

Pour répondre à vos questions, merci de contacter **ministeresp(AT)yahoo.fr** qui redirigera votre mail au camarade référant du syndicat Solidaires

Le travail dissimulé

En pratique, il faut faire la différence entre:

- le travail dissimulé sans remise de bulletin de salaire, l'absence de bulletin de salaire est la situation la plus certaine de travail dissimulée.

- le travail dissimulé avec la remise de bulletin de salaire. La remise d'un bulletin de salaire n'apporte pas du tout la certitude que le salarié a été déclaré par l'employeur.

Nous utilisons tous le terme « travail au noir » ou « travail clandestin » mais cela recouvre plusieurs situations très proches.

Le code du travail est précis là dessus et il est important de bien connaître les nuances.

Le travail dissimulé est une des formes du travail illégal.

Le Code du travail considère plusieurs situations de travail illégal, c'est à dire portant non seulement préjudice au salarié mais aussi à l'ordre public.

Il s'agit du travail dissimulé, du marchandage, du prêt illicite de main-d'œuvre, de l'emploi d'étranger sans titre de travail et de cumuls irréguliers d'emplois.

Le contrat de travail dont le salarié est sans autorisation de travail relève du travail illégal « Emploi d'étranger sans titre de travail ».

Article L8251-1 du Code du travail

- Nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un n étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France.

- Il est également interdit à toute personne d'engager ou de conserver à son service un étranger dans une catégorie professionnelle, une profession ou une zone géographique autres que celles qui sont mentionnées, le cas échéant, sur le titre prévu au premier alinéa.

- Le Code du travail considère avant tout l'absence d'autorisation de travail, ce qui est plus précis que l'absence de titre de séjour.

- Le « sans papier » est désigné dans le Code du travail par l'« étranger sans titre de travail ».

- Le tribunal compétent sur les litiges individuels en droit du travail est le Conseil de prud'hommes.

- Il n'a pas à se prononcer sur la situation administrative du salarié mais sur l'absence d'autorisation de travail et donc sur le caractère illicite de la relation de travail.

- Tout sans papier est justiciable comme tout salarié et il a le droit d'agir contre son employeur devant le Conseil de prud'hommes.

- Tous les salariés, français, étrangers avec ou sans une autorisation de travail, peuvent être

dans ces situations de travail illégal.

- Mais plus que les autres salariés, les sans papiers ou travailleurs sans titre de travail peuvent être dans une situation de travail qui cumulent plusieurs formes de travail illégal.

- C'est le cas du sans papier qui est victime d'une situation de travail dissimulé et qui doit faire plus de 48 heures de travail par semaine. Il y a dans ce cas : travail dissimulé, emploi d'étranger sans titre de travail et de cumul irrégulier d'emploi.

- Le salarié n'est jamais responsable ou fautif de la situation de travail dissimulé, toute la responsabilité revient à son employeur.

- Reconnu par les Prud'hommes, la relation de travail ouvre droit au salarié à des dédomagements qui peuvent être conséquents et surtout à la remise des bulletins de salaire et des documents de fin de contrat en cas de rupture du contrat. Ces documents sont très importants pour constituer par la suite une demande de régularisation.

Tout d'abord, le travail dissimulé peut être partiel ou total.

Article L8221-1 du Code du travail

Sont interdits :

1° Le travail totalement ou partiellement dissimulé, défini et exercé dans les conditions prévues aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ;

2° La publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé ;

3° Le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé.

Après le Code du travail fait la distinction entre l'activité dissimulée et le travail dissimulé.

L'activité dissimulée est la situation où la société n'existe pas légalement, elle n'a pas déclaré son existence au Registre du Commerce (pour les entreprises) ou à la Chambre des Métiers (pour les artisans), et à l'URSSAF.

Nous nous intéresserons essentiellement au travail dissimulé.

Article L8221-5 du Code du travail

Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

Le travail dissimulé est donc nécessairement constitué par l'employeur qui n'a pas déclaré son salarié à l'URSSAF.

Il n'a pas adressé de déclaration préalable à l'embauche (DPAE, anciennement Déclaration unique d'embauche DUE). Donc même s'il a remis des bulletins de salaire au salarié, s'il ne l'a pas déclaré, il n'a pas versé les cotisations sociales.

Même s'il a déclaré le salarié, si l'employeur ne remet pas de bulletins de salaire c'est du travail dissimulé.

Si l'employeur a déclaré le salarié et remis des bulletins de salaire, un décompte inférieur au nombre d'heures réellement effectuées, même si elles ont été payés sous forme de « primes », constitue le travail dissimulé.

Et en dernier lieu, le non versement des cotisations sociales.

Nous connaissons aussi bien :

- des étrangers sans titre de travail qui sont déclarés, ayant reçu des bulletins de salaires conformes et dont les cotisations sociales ont été versées

- des étrangers sans titre de travail qui sont déclarés, mais dont les bulletins de salaire ne sont pas conformes, et/ou les cotisations sociales ne sont pas versées

- comme d'autres étrangers sans titre de travail qui ne sont pas déclarés et qui n'ont reçu aucun bulletin de salaire.

Il faut régler juridiquement la situation du travailleur étranger sans titre de travail en situation de travail dissimulé comme n'importe quel travailleur français ou travailleur étranger en situation régulière.

Mais ce qui change c'est les droits en cas de rupture du contrat de travail.

L'étranger sans titre de travail a une protection spéciale, c'est une indemnité de trois mois

minimum en cas de rupture du contrat de travail.

Article L8252-2 du Code du travail

Le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite :

1° Au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci, conformément aux dispositions légales, conventionnelles et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi, déduction faite des sommes antérieurement perçues au titre de la période considérée. A défaut de preuve contraire, les sommes dues au salarié correspondent à une relation de travail présumée d'une durée de trois mois. Le salarié peut apporter par tous moyens la preuve du travail effectué ;

2° En cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire, à moins que l'application des règles figurant aux articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduise à une solution plus favorable.

3° Le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel il est parti volontairement ou a été reconduit.

Lorsque l'étranger employé sans titre l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie soit des dispositions de l'article L. 8223-1, soit des dispositions du présent chapitre si celles-ci lui sont plus favorables.

Le conseil de prud'hommes saisi peut ordonner par provision le versement de l'indemnité forfaitaire prévue au 2°.

Ces dispositions ne font pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions.

Cependant, il faut vérifier ce qui est le plus favorable, entre le cumul des indemnités de licenciement (article L1234-9 du Code du travail) et de préavis (qui ne peut être exécuté mais qui doit être indemnisé, L.1234-5 du Code du travail) et l'indemnité forfaitaire de trois mois de salaire.

Dans le cas du travail dissimulé, n'importe quel salarié a le droit à la rupture du contrat de travail, à une indemnité forfaitaire de 6 mois de salaire peut être obtenue.

Article L8223-1 du Code du travail

En cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

C'est une indemnité qui est due pour tout salarié, français, étranger ayant un titre de travail ou non.

Cependant, depuis le 30 septembre 2011 elle n'est pas cumulable avec l'indemnité forfaitaire de rupture pour l'embauche d'un étranger sans titre de travail.

Dans la procédure judiciaire pour un étranger sans titre de travail et en travail dissimulé, il faut donc demander ce qui est le plus favorable :

- soit l'indemnité de 3 mois,

- soit l'indemnité forfaitaire de 6 mois pour travail dissimulé,

- soit le cumul des indemnités de licenciement et de préavis.

Comme tout salarié, il a droit à la protection des salaires en cas de liquidation

Si l'employeur a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, il faudra mettre en cause le liquidateur judiciaire et le représentant du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS), organisme patronal, qui devra verser les salaires et indemnités retenues par le Conseil de prud'hommes. L'étranger sans titre de travail a droit à cette protection,

Article L8252-3 du Code du travail

Le salarié étranger mentionné à l'article L. 8252-1 bénéficie des dispositions du chapitre III du titre V du livre II de la troisième partie relatives aux assurances et privilèges de salaire pour les sommes qui lui sont dues en application de cet article.

Les conseillers prud'hommes peuvent ordonner la remise de documents

En dernier lieu, toute demande de rappel de salaire devra être accompagnée d'une remise des bulletins de salaire correspondant à la période travaillée et des documents sociaux :

- un certificat de travail mentionnant les éléments du droit individuel à la formation

- une attestation Pôle Emploi

Leur remise doit être demandée et cela ne peut pas être refusé au motif que l'étranger sans titre de travail n'a pas le droit à la formation ou à l'assurance chômage. La remise de ces documents est obligatoire, quelque soit la situation administrative du salarié.

Il faut aussi demander le redressement ou réintégration des rémunérations perçus dans l'assiette des cotisations sociales (disposition prévue par le Code de la Sécurité Sociale).

Comment prouver les faits pour faire valoir les textes ?

Nous avons vu les textes, ce qui s'appelle les « moyens de droit ».

Pour faire reconnaître le travail dissimulé par les conseillers prud'hommes, il faut avoir des éléments qui prouvent la relation de travail, comment le contrat de travail s'est déroulé et comment il a été rompu.

Il faut des preuves, ce qui s'appelle les « moyens de faits ».

Dans la procédure judiciaire, il faut démontrer que le salarié

- a fourni sa force du travail pour le bénéfice d'une société ou d'un artisan ou d'un particulier, cela s'appelle le travail pour autrui,

- qu'il recevait des ordres, on parle de subordination,

- et qu'il a été rémunéré ou qu'il était prévu une rémunération.

Ce sont les trois éléments qui caractérisent un contrat de travail, en tant que notion juridique, que le contrat soit écrit ou non

Bien entendu dans le travail dissimulé total, il n'y a pas de contrat écrit !

En l'absence de contrat écrit, la relation de travail est présumée comme étant un contrat à durée indéterminée.

Le salaire à réclamer correspond à celui de la convention collective applicable du secteur et selon le poste occupé (conventions collectives des ouvriers du bâtiment, des entreprises de propreté, du particulier employeur, de la prévention sécurité, des Hotels Cafés Restaurants, des entreprises du paysage..).

Toutefois, si la moyenne mensuelle des salaires perçus est supérieur à la convention collective, il faut demander ce salaire moyen.

Il est très difficile d'apporter des preuves lorsque l'on se trouve dans la situation d'un travailleur sans titre de séjour et en travail dissimulé mais l'action syndicale peut être décisive (action direct vers le patron, le client, le donneur d'ordre..).

Voici trois exemples de salariés qui étaient dans une situation très difficile mais dont la relation de travail a été démontré:

Situation 1.

- Samba a travaillé une semaine sur le nettoyage d'un chantier. Il a juste une carte de visite de son employeur, la Sarl Boxin, et il n'a pas été rémunéré.

Nous avons retrouvé vérifié l'adresse sur le Greffe du Commerce. Comme Samba ne connaissait pas l'adresse nous avons du retrouver le lieu du chantier, il s'agissait de la construction d'une école municipale.

Samba est retourné sur place pour noter les indications du permis de construire : le maître d'œuvre principale était la société MTDR et le maître d'ouvrage la commune.

Nous avons adressé un courrier à Boxin, MTDR et la mairie. Nous n'avons pas mentionné la situation administrative de Samba mais la situation de travail dissimulé.

C'est en faisant pression sur le donneur d'ordre que le sous traitant a concédé à remettre 420 euros en espèces et de main à main à Samba. Cette somme a été déposée tout de suite à la banque contre remise d'une preuve de dépôt et nous avons écrit à nouveau à Boxin et MTDR pour demander les documents du contrat de travail.

La mairie a agi dans le sens du salarié en se manifestant auprès du maître d'œuvre principal.

MTDR adressait par courrier à Samba les documents d'un contrat de travail de la société Boxin mais au nom d'un autre salarié. Les documents font description d'un CDI et d'une déclaration à l'URSSAF postérieure à la période travaillée.

Situation 2.

Khaled a travaillé 8 semaines sur un chantier de rénovation d'un pavillon pour deux patrons du bâtiment associés. Il n'a aucune preuve.

Il a perçu une partie de la rémunération convenue mais en espèces et sans preuve de dépôt. Par contre il a la possibilité par contre d'avoir le témoignage du maître d'ouvrage.

Nous avons tout d'abord écrit à la société BRICOFUTE. Cette société a répondu beaucoup

trop vite par télécopie puis par courrier avec avis de réception qu'elle connaissait bien Khaled et qu'il a bien travaillé sur ce chantier par le sous traitant de BRICOFUTE, un artisan du nom d'ALFONSO et nous a donné ces coordonnées.

Nous avons retourné le même courrier à l'artisan ALFONSO. Sans réponse, Khaled a du saisir le Conseil de prud'hommes.

Lors du bureau de conciliation, les deux patrons étaient là, et ils ont non seulement reconnu que Khaled était leur ouvrier sur ce chantier mais de plus ils ont reconnu l'avoir payé partiellement et de ne pas l'avoir déclaré.

Comme BRICOFUTE et ALFONSO refusaient de transiger, ils ont été condamné solidairement à verser les salaires dus à Khaled, une indemnité de travail dissimulée et de remettre les bulletins de salaire, un certificat de travail et l'attestation pour l'assurance chômage.

Situation 3.

Anthioumane et son collègue, Ali, ont travaillé 10 mois pour la société ULTRATECK, sur plusieurs chantiers de construction d'immeubles.

Anthioumane a reçu des chèques à son nom et même des virements à raison de 100 euros par jour travaillé, mais Ali a reçu des chèques au nom d'un tiers. Il n'était pas remis de bulletin de salaire.

La société ULTRATECK a été placée en liquidation judiciaire et ils ont du se rendre aux prud'hommes face au liquidateur et à l'AGS.

Anthioumane avait aussi une promesse d'embauche au poste de ferrailleur pour un salaire brut de 2100 euros.

Nous avons vérifié la société sur le greffe du commerce et constaté qu'elle était en liquidation judiciaire.

Dans ce cas, il faut saisir directement le Conseil de prud'hommes en formation de jugement, en citant le liquidateur judiciaire et l'AGS.

Si Anthioumane a eu gain de cause, Ali n'a pas pu prouver la relation de travail et a été débouté.

Il faut savoir que l'AGS garantit aussi l'indemnité forfaitaire de 6 mois pour travail dissimulé.

Il faut comprendre que toutes les formes de travail illégal portent non seulement atteinte aux droits et intérêts individuels des salarié-es mais aussi à la collectivité, au droit du travail et aux accords collectifs.

Il s'agit de faire reconnaître la relation de travail et obtenir la remise de documents - bulletins de salaire, d'une attestation pour l'assurance chômage et d'un certificat de travail - afin d'appuyer une demande de régularisation.

Démontrer le contrat de travail:

C'est évidemment tout notre difficulté dans la situation du travail dissimulé total !

Il faut toujours raisonner à partir de ce qui doit être légal en terme de relation de travail et non de situation de « travail au noir » ou « travail clandestin » qui est l'écart à la norme.

Pour démontrer la relation de travail il faut réunir les trois conditions, travail au profit d'autrui, subordination, rémunération.

Il faut donc dans un premier temps adresser un courrier de pré-contentieux à l'employeur avec si possible le soutien d'une organisation syndicale.

Si l'employeur ne donne pas de suite, il faudra envisager de saisir le Conseil de prud'hommes.

En pratique, c'est souvent la démonstration de la rémunération qui emporte la conviction des

conseiller-e-s prud'hommes.

Bien que la jurisprudence décrit une certaine nécessité à ce que ces trois conditions soient réunies, en pratique, il peut arriver qu'un conseil de prud'hommes reconnaisse une relation de travail salarié et donc d'un contrat de travail sur une seule des conditions.

Mais il faut vérifier les trois conditions et être en capacité d'argumenter dessus.

1) Concernant le travail pour autrui, cela paraît évident mais justement, il faut être le plus précis possible là dessus.

Il faut faire l'inventaire des tâches qui ont été effectuées pour le compte de l'employeur, voire écrire l'équivalent d'un « profil de poste ». Cela est très parlant pour les conseillers prud'hommes.

2) Concernant la rémunération, il s'agit d'une contrepartie au travail fourni mais aussi à la mise à disposition auprès de l'employeur.

- Dans l'écart à la norme qu'est le travail dissimulé, l'employeur ne verse jamais le temps de mise à disposition sans remise de travail à effectuer ! Il paie à la pièce ou à la tâche.

Il faut toutefois prendre cela en compte dans les demandes, aussi bien dans le courrier de précontentieux que dans la saisine du Conseil de prud'hommes.

- Dans le travail dissimulé total, la rémunération est bien souvent versée en espèces, elle peut aussi être convenue ou plutôt imposée partiellement voire totalement par des avantages

en nature (hébergement et/ou nourriture).

3) Concernant le lien de subordination, il s'agit de la différence entre le travail salarié et la prestation de services.

La subordination c'est le fait d'être placé sous l'autorité de son employeur qui donne ordres et directives au salarié, il peut contrôler le travail et sanctionner.

C'est la condition la moins précise et généralement les juges apprécient sur ce que l'on appelle un faisceau d'indices.

Pour démontrer la subordination il est possible par exemple d'apporter un descriptif horaire des journées travaillées, avec l'heure d'arrivée et l'heure de départ.

Il est aussi important de démontrer les moyens fournis par l'employeur pour travailler : vêtements, outils, produits et matériaux.

Les travailleurs sans autorisation de travail sont évidemment les travailleurs les plus « isolés ». Concernant les travailleurs sans autorisation de travail, même participants à un collectif de travail, ils sont de fait plus ou moins à part à cause de leur situation administrative.

Dans la situation de travail dissimulé, c'est bien entendu encore pire !

Les secteurs dans lesquels les travailleurs sans autorisation de travail sont les plus présents, sont des secteurs dans lesquels les organisations syndicales sont les moins implantées : bâtiment, nettoyage, restauration, sécurité, particulier employeur...

Ce sont des secteurs privés, très externalisés et sous traités (changement régulier des marchés et nombreux transferts du contrat de travail), avec des salariés isolés physiquement avec des contrats précaires (temps partiel, CDD, intérim)...

Pour combattre le travail dissimulé, il est nécessaire de passer à l'écrit, de formaliser ce qui est informel.

Il faut rédiger un mémo pour le salarié qui veut faire valoir ses droits dans sa situation d'exploitation en travail dissimulé.

Il faut donc s'approprier une méthode.

Le mémo se présente ainsi :

- un calendrier indiquant les jours travaillés, avec les heures d'arrivée et les heures de départ,

- un état des versements des rémunérations, quelque soit la forme (virement ou chèque, espèces, avantages en nature),

- un descriptif des lieux de travail, avec l'adresse la plus précise possible,

- un descriptif du poste occupée, des taches effectuées,

- l'employeur direct, mais aussi le donneur d'ordre, les autres entreprises intervenante, les clients, les fournisseurs,

- Ce qui a été convenu entre le salarié et la personne qui l'a embauché, en terme de rémunération, de travail à fournir, de temps de travail, de subordination,

- un descriptif de l'organisation du travail (division du travail, répartition des tâches, organisation des repos et congés), des collègues, de la hiérarchie.

Ce mémo se décline selon l'activité et donc selon les preuves matérielles qui doivent être recherchées et produites devant le Conseil de prud'hommes,

Bâtiment:

- badge d'accès au chantier, bons de livraisons, permis de construire, identifier une parcelle cadastrale, prospectus commercial de vente des biens immobiliers, photo du salarié en tenue de travail et sur le lieu de travail...

Propreté, sécurité:

- vêtements de travail, badge, clés ou passe, cahier d'inspection de chantier, photo du salarié

en tenue de travail et sur le lieu de travail...

Restaurants:

- Carte ou menu, bons de livraisons, relevé de chambre froide, carte de visite, tickets de caisse, photo du salarié en tenue de travail et sur le lieu de travail...

Particulier employeur:

Clés du domicile, notes écrites du particulier employeur, tickets de caisse, photo du salarié en tenue de travail et sur le lieu de travail...