

**MODE D'EMPLOI  
POUR LE CONTROLE  
DE LA FAUSSE SOUS-TRAITANCE**

**Faire respecter l'ordre public social**

**Hervé GUICHAOUA**

**Juriste en droit social**

**Ancien directeur du travail Ministère du travail**

**[rvguichaoua@hotmail.fr](mailto:rvguichaoua@hotmail.fr)**

**<https://herveguichaoua.fr/>**

**2<sup>ème</sup> édition**

**Janvier 2020**



## Remerciements

Je remercie très sincèrement les contrôleurs du travail, les inspecteurs du travail, les directeurs adjoints du travail et les directeurs du travail qui ont accepté de relire ce « Mode d'emploi », et qui m'ont fait bénéficier de leur contribution, de leur compétence et de leur expérience pour améliorer son contenu.

La 2<sup>ème</sup> édition intègre les dispositions pertinentes de l'article 44 de la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019, dite loi LOM, relatives au statut du travailleur mobile des plateformes en ligne et la décision du 20 décembre 2019 du Conseil constitutionnel censurant partiellement ces dispositions, ainsi que la jurisprudence significative intervenue depuis le mois d'octobre 2015, notamment celle relative au statut social des personnes travaillant pour le compte de plateformes électroniques de mise en relation, à la fausse prestation de services internationale et au prétendu détachement de travailleur salarié ou indépendant sur le territoire français.

La 2<sup>ème</sup> édition du Mode d'emploi est en ligne sur le site de l'auteur à l'adresse suivante : <https://herveguichaoua.fr/> ainsi que tous les textes et la jurisprudence cités.

Ce site est consacré aux ressources juridiques dédiées à la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

### Du même auteur :

.- Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019

.- Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social 3<sup>ème</sup> édition Juillet 2019

.- Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social 2<sup>ème</sup> édition Avril 2018

.- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017

.- Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé 1<sup>ère</sup> édition Juin 2017

.- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2017



## PLAN

**Sommaire 7**

**Quelques remarques liminaires 13**

**1<sup>ère</sup> partie Qu'est-ce que la vraie sous-traitance ? 15**

**2<sup>ème</sup> partie Qu'est-ce que la fausse sous-traitance ? 31**

**3<sup>ème</sup> partie Les droits des victimes de la fausse sous-traitance 95**

**4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence 111**

**Annexes 143**

- **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance 147**
- **Tableau comparatif des éléments constitutifs du délit de marchandage et du délit de prêt illicite de main-d'œuvre 152**
- **Périmètre des délits de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre 153**
- **Six articles publiés 154**



## SOMMAIRE

Quelques remarques liminaires 13

### **1<sup>ère</sup> partie Qu'est-ce que la vraie sous-traitance ? 15**

**.A. Définition de la sous-traitance 17**

**.A.1. La définition juridique 17**

**.A.2. La définition économique 18**

**.B. Un peu de vocabulaire 18**

- **.B.1. Le maître d'ouvrage 18**
- **.B.2. Le maître d'ouvrage délégué 19**
- **.B.3. Le maître d'oeuvre 19**
- **.B.4. L'entreprise principale 19**
- **.B.5. L'entreprise générale 19**
- **.B.6. Le donneur d'ordre 19**
- **.B.7. Le donneur d'ouvrage 20**
- **.B.8. Le cocontractant 20**
- **.B.9. Le sous-traitant 20**
- **.B.10. Le sous-traitant direct 21**
- **.B.11. Le sous-traitant indirect 21**
- **.B.12. L'entreprise utilisatrice 21**
- **.B.13. L'entreprise extérieure 21**
- **.B.14. Le prestataire 21**
- **.B.15. Le prestataire de services 21**
- **.B.16. Le tâcheron 22**

**.C. Les caractéristiques et le formalisme de la sous-traitance 22**

- **.C.1. Les formes de la sous-traitance 22**
  - **.C.1.1. La sous-traitance interne et la sous-traitance externe 22**

- **.C.1.2.** La sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité ou de technicité **23**
- **.C.1.3.** Quid de la sous-traitance de pose ? **23**
- **.C.2.** L'organisation de la sous-traitance **23**
  - **.C.2.1.** La sous-traitance verticale ou en cascade **23**
  - **.C.2.2.** La sous-traitance horizontale ou en râteau **23**
- **.C.3.** Le formalisme de la sous-traitance **24**
  - **.C.3.1.** Le contrat écrit de sous-traitance n'est pas obligatoire **24**
  - **.C.3.2.** L'acceptation et l'agrément du sous-traitant par le maître d'ouvrage **25**
  - **.C.3.3.** L'affichage de l'identité du sous-traitant **26**
  - **.C.3.4.** Les vérifications préalables pour les activités de sécurité privée **26**
- .D.** Les critères de la vraie sous-traitance **26**
  - **.D.1.** La définition de la Cour de cassation **27**
  - **.D.2.** Le sous-traitant dispose d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal **27**
  - **.D.3.** Le sous-traitant est autonome **28**
  - **.D.4.** Le sous-traitant exerce l'autorité et la subordination juridique sur ses salariés **28**
  - **.D.5.** Le sous-traitant réalise une prestation précisément définie **28**
  - **.D.6.** Le sous-traitant dispose d'un savoir faire spécifique **29**
  - **.D.7.** Le sous-traitant fournit les moyens, les matériels, équipements, et matériaux **29**
  - **.D.8.** La rémunération du sous-traitant est forfaitaire **29**
  - **.D.9.** le recours à un sous-traitant est connu et transparent **30**

## **2<sup>ème</sup> partie Qu'est- ce que la fausse sous-traitance ? 31**

Quelques remarques liminaires **33**

**.I). 1<sup>ère</sup> situation** la fausse sous-traitance, par du prêt illicite de salarié entre deux ou plusieurs entreprises **36**

**.A.** L'interdiction de principe du prêt de main-d'œuvre à but lucratif **37**

**.B.** Quels sont les prêts de main-d'œuvre ou les mises à disposition de salarié autorisés par la législation du travail ? **38**



- **.B.1.** Les prêts de main-d'œuvre à but lucratif ou à titre onéreux **38**
- **.B.2.** Le prêt de main-d'œuvre ou la mise à disposition de salarié sans but lucratif **40**

**.C.** Qu'est-ce qu'un prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif, caractéristique de la fausse sous-traitance ? **41**

**.C.1.** Les précisions apportées par la Cour de cassation **41**

- **.C.1.1.** La caractérisation du prêt de main-d'œuvre **41**
- **.C.1.2.** Les éléments non suffisants pour caractériser le prêt de main-d'œuvre, mais (très) utiles pour conforter l'analyse **42**
- **.C.1.3.** Les éléments qui ne font pas obstacle à la reconnaissance du prêt de main-d'œuvre **44**
- **.C.1.4.** Quid de la preuve du but lucratif ? **44**

**.C.2.** Quelle différence entre le délit de marchandage et le délit de prêt illicite de main-d'œuvre ? **45**

- **.C.2.1.** Les trois points communs **45**
- **.C.2.2.** Les deux différences **46**

**.C.3.** Quels sont les clignotants du prêt illicite de main-d'œuvre et de la fausse sous-traitance ? **47**

- **.C.3.1.** Les éléments factuels **47**
- **.C.3.2.** Les secteurs d'activité sensibles **48**

**.C.4.** Quels sont les incontournables de l'enquête ? **48**

- **.C.4.1.** Les agents de contrôle habilités **48**
- **.C.4.2.** L'accès à tous les documents relatifs à l'opération litigieuse **49**
- **.C.4.3.** L'audition du salarié **50**

**.C.5.** Les personnes mises en cause, les sanctions et les incriminations **51**

- **.C.5.1.** Les deux entreprises **51**
- **.C.5.2.** Les différentes incriminations **52**
- **.C.5.3.** Les sanctions **53**
  - **C.5.3.1.** Les sanctions pénales **53**
  - **.C.5.3.2.** Les sanctions civiles **53**
  - **.C.5.3.3.** Les sanctions financières **57**

- **.C.5.3.4. Les sanctions administratives 58**
- **.C.5.4. Les articles L.8232-1 et L.8232-2 du code du travail sont-ils tombés en désuétude ? 58**
  - **.C.5.4.1. L'article L.8232-1 du code du travail 58**
  - **.C.5.4.2. L'article L.8232-2 du code du travail 59**
- .C.6. Pour un bon usage des infractions de marchandage et de prêt illicite de personnel 59**
- .II). 2ème situation la fausse sous-traitance, par l'emploi occulte d'un salarié, dissimulé sous un prétendu statut de travailleur indépendant 63**
  - .A. Les apparences du faux travail indépendant 64**
  - .B. La requalification de la situation apparente de travail indépendant 65**
    - **.B.1. Le travail dans les mêmes conditions qu'un salarié 65**
    - **.B.2. Les éléments caractérisant la subordination juridique 65**
    - **.B.3. Les éléments insuffisants à eux seuls pour caractériser le faux travail indépendant, mais (très) utiles pour conforter l'analyse 68**
    - **.B.4. Les éléments qui ne font pas obstacle à la reconnaissance du faux travail indépendant 69**
  - .C. Les présomptions de salariat 73**
    - **.C.1. Présentation 73**
    - **.C.2. Les tempéraments 73**
      - **.C.2.1. L'artiste de spectacles vivants ou enregistrés 73**
      - **.C.2.2. Le mannequin 74**
      - **.C.2.3. Le bûcheron ou travailleur forestier 75**
  - .D. Le gérant 77**
    - **.D.1. Le gérant libre 77**
    - **.D.2. Le gérant mandataire « de droit commun » 77**
    - **.D.3. Le gérant sous statut salarié de succursale non alimentaire visé aux articles L.7321-1 et suivants du code du travail 77**
    - **.D.4. Le gérant non salarié de succursale alimentaire visé aux articles L.7322-1 et suivants du code du travail 79**
  - .E. La présomption de non salariat 79**

- .F. Quels sont les clignotants du faux travail indépendant et de la fausse sous-traitance ? 80**
  - **.F.1. Les éléments factuels 80**
  - **.F.2. Les secteurs d'activité sensibles 81**
- .G. La typologie des fraudes au faux travail indépendant 82**
  - **.G.1. Le recours à un faux travailleur indépendant, personne physique 82**
  - **.G.2. Le recours à un faux travailleur indépendant, personne physique, qui emploie des salariés 82**
  - **.G.3. La création d'une société écran par le donneur d'ordre 82**
  - **.G.4. L'intervention d'un intermédiaire 83**
  - **.G.5. Le recours à un prétendu prestataire indépendant établi à l'étranger 83**
- .H. Quels sont les incontournables de l'enquête? 84**
  - **.H.1. Les agents de contrôle habilités 84**
  - **.H.2. L'accès à tous les documents relatifs à l'opération litigieuse 84**
  - **.H.3. L'audition du prétendu sous-traitant 86**
  - **.H.4. L'audition de l'intermédiaire 87**
- .I. Les personnes mises en cause, les incriminations et les sanctions 87**
  - .I.1. Dans le cadre du recours à du faux travail indépendant, sans intermédiaire 87**
    - **.I.1.1. Les personnes 87**
    - **.I.1.2. Les incriminations et les sanctions 88**
      - **.I.1.2.1. Les incriminations et les sanctions pénales 88**
      - **.I.1.2.2. Les sanctions civiles 89**
      - **.I.1.2.3. Les sanctions financières 92**
      - **.I.1.2.4. Les sanctions administratives 93**
  - .I.2. Dans le cadre du recours à du faux travail indépendant, avec un intermédiaire 93**
    - **.I.2.1. Au plan pénal 93**
    - **.I.2.2. Au titre des sanctions civiles 94**
    - **.I.2.3. Les sanctions administratives 94**

### **3<sup>ème</sup> partie Les droits des victimes et des créanciers de la fausse sous-traitance 95**

Quelques remarques liminaires 97

**.A. Le salarié 99**

- **.A.1. Intérêt à agir et droits lésés 99**
- **.A.2. Qui mettre en cause ? 99**
- **.A.3. Comment ? 100**

**.B. Les organismes de recouvrement de la sphère sociale 104**

- **.B.1. Intérêt à agir et droits lésés 104**
- **.B.2. Qui mettre en cause ? 105**
- **.B.3. Comment ? 105**

**.C. L'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) 108**

- **.C.1. Intérêt à agir et droits lésés 108**
- **.C.2. Qui mettre en cause ? 109**
- **.C.3. Comment ? 109**

**.D. Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises 109**

- **.D.1. Intérêt à agir et droits lésés 110**
- **.D.2. Qui mettre en cause ? 110**
- **.D.3. Comment ? 110**

**.4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence 111**

## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

.1. La fausse sous-traitance, contrairement au travail dissimulé, ne constitue pas en soi une infraction inscrite dans le code du travail ou dans une autre législation. Ce sont les conséquences d'un constat de fausse sous-traitance qui sont constitutives d'infractions à la législation sociale.

La fausse sous-traitance est une appellation usuelle et communément partagée de longue date, pour désigner des pratiques commerciales d'entreprises qui visent, à titre principal, à s'affranchir de la qualité d'employeur et, qui par leurs mécanismes illicites, tombent sous le coup de la loi. Ces pratiques se traduisent par des opérations d'intermédiation interdites de personnel et par le recours à du faux travail indépendant.

.2. Les principales infractions qui résultent de la fausse sous-traitance sont le marchandage, le prêt illicite de personnel, le travail dissimulé et, le cas échéant, l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail. Mais bien d'autres infractions sont susceptibles d'être constatées, selon la pratique commerciale mise en place : non respect des règles d'hygiène, de santé et de sécurité, non respect du Smic, de la durée du travail, du repos dominical etc.

.3. Si, à l'origine de ces fraudes, la fausse sous-traitance prospérait uniquement entre entreprises françaises, l'ouverture de l'Union européenne à d'autres Etats depuis 1986 a rendu cette fraude transnationale. Il est remarquable de constater que la première affaire examinée en 1996 par la Cour de cassation<sup>1</sup> relative à une entreprise étrangère intervenant sur le territoire français a concerné, toutes dispositions du code du travail confondues, une affaire de fausse sous-traitance. Aujourd'hui, les affaires de fausse sous-traitance impliquant des entreprises étrangères en relation avec des donneurs français sont fréquentes<sup>2</sup>.

La grille d'analyse pour identifier de la fausse sous-traitance franco-française ou de la fausse sous-traitance transnationale est la même ; idem pour les qualifications, les incriminations et les conséquences. Autrement dit, le recours à une entreprise étrangère ne permet pas à une entreprise française de pratiquer de la fausse sous-traitance et les conditions de leur mise en cause sont identiques.

.4. L'essentiel des outils juridiques pour lutter contre la fausse sous-traitance se trouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Certes les mises en cause et les condamnations se fondent au final sur des textes de qualification et de répression inscrits essentiellement dans le code du travail. Mais ces mises en causes et ces condamnations reposent initialement sur

---

<sup>1</sup> Cass. crim. n° 95-80772 du 16 janvier 1996 STIM. Voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/> .

<sup>2</sup> Il suffit de consulter les décisions de la Cour de cassation rendues depuis l'affaire STIM ; **voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.**

les techniques de requalification de la situation apparente de travail, illustrées par les deux arrêts de principe Barrat et Guégan de la Cour de cassation<sup>3</sup>. Il est donc indispensable de connaître, de s'approprier et de mentionner cette jurisprudence<sup>4</sup> pour aller à l'essentiel, être efficace et déterminant.

.5. Sauf cas particulier, les enquêtes portant sur des pratiques de fausse sous-traitance demandent du temps, et sans doute de la patience : parce qu'il est rare que les entreprises mises en cause reconnaissent les faits, voire collaborent, et parce que l'ampleur des fraudes<sup>5</sup> nécessite assez souvent des investigations poussées. S'ajoute parfois<sup>6</sup> la contrainte supplémentaire d'une enquête liée à la présence d'une entreprise étrangère. On ne peut pas caractériser une situation de fausse sous-traitance comme on identifie, par exemple, des infractions à la médecine du travail.

.6. L'essentiel du traitement de la fausse sous-traitance se fait actuellement par le pénal. Or, les salariés victimes de ces fraudes, notamment lorsqu'ils sont prétendument détachés, ont des droits non négligeables à faire valoir, ainsi que les organismes de recouvrement des cotisations sociales<sup>7</sup>. Malgré une jurisprudence favorable, ces victimes, et notamment les organismes de recouvrement<sup>8</sup>, des cotisations sociales se mobilisent trop peu et ne valorisent pas les techniques de requalification offertes par la Cour de cassation.

---

<sup>3</sup> Cass. Plén. n° 81-15290 du 4 mars 1983 BARRAT ; Cass. crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985 GUEGAN.

<sup>4</sup> **Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.**

<sup>5</sup> Par exemple, en cas de recours à des dizaines de faux travailleurs indépendants.

<sup>6</sup> L'essentiel des investigations se fait en direction du donneur d'ordre et des travailleurs qui sont en France.

<sup>7</sup> Urssaf, MSA, CGSS, Pôle Emploi, caisse de retraite complémentaire.

<sup>8</sup> Les organismes de recouvrement ont des sommes considérables à récupérer auprès d'un donneur d'ordre français qui recourt à des faux travailleurs indépendants résidant à l'étranger.

## **1<sup>ère</sup> partie**

**QU'EST-CE QUE LA VRAIE SOUS-TRAITANCE ?**





## Qu'est ce que la vraie sous-traitance ?

Déceler la fausse sous-traitance, puis la traiter et la sanctionner, suppose de faire la distinction avec la vraie sous-traitance et de connaître a fortiori sa définition, ses caractéristiques et ses modalités. La différence entre la vraie et la fausse sous-traitance relève de critères fixés par la jurisprudence de la Cour de cassation.

L'analyse est binaire : ou il s'agit de vraie sous-traitance ou il s'agit de fausse sous-traitance. En cas de doute, la situation sera considérée comme relevant de la vraie sous-traitance.

### **.A. La définition de la sous-traitance**

Traditionnellement, deux définitions de la sous-traitance sont utilisées pour décrire cette relation commerciale : la définition juridique de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et la définition économique donnée par le Conseil économique et social<sup>9</sup>.

#### **.A.1. La définition juridique**

L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975<sup>10</sup> relative à la sous-traitance définit la sous-traitance comme l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage.

La définition issue de la loi du 31 décembre 1975 décrit la sous-traitance comme une opération triangulaire faisant intervenir trois personnes ; le maître d'ouvrage, l'entrepreneur, appelée encore l'entreprise principale, et le sous-traitant.

La définition donnée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975 s'applique à toutes les relations commerciales, quel que soit le secteur d'activité ; elle ne s'applique pas uniquement au secteur du bâtiment ou de la construction, bien qu'elle y soit souvent mobilisée ; elle n'est pas circonscrite aux marchés ou contrats publics, même si certaines dispositions de la loi leurs sont spécifiquement dédiées.

La définition juridique de la sous-traitance est, par nature, unique. Dès lors qu'un autre texte à valeur normative (loi, ordonnance, décret, arrêté) fait état de la notion de sous-traitance, il renvoie nécessairement à la loi du 31 décembre 1975, et donc à une relation commerciale impliquant (au moins) trois protagonistes<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> La définition juridique de la sous-traitance est, par nature, unique. Il existe d'autres définitions économiques ou socio économiques de la sous-traitance, notamment celle de la Communauté économique européenne (CEE) donnée dans une communication du 18 décembre 1978 (JOCE n° C 001 3 janvier 1979) ou celle de l'AFNOR (norme NF X 50-300 novembre 1987).

<sup>10</sup> La loi du 31 décembre 1975 (JO. du 3 janvier 1976) a fait l'objet de plusieurs modifications depuis son origine.

<sup>11</sup> A titre d'illustration, voir le décret n°2003-295 du 26 décembre 2003 portant approbation du contrat type de transport routier de marchandises exécuté par des sous-traitants.

## **.A.2. La définition économique**

La définition économique de référence reste celle donnée en 1973 par le Conseil économique et social<sup>12</sup> qui décrit la sous-traitance comme l'opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli tout ou partie des actes de production et de services dont elle assure la responsabilité économique finale<sup>13</sup>. A contrario, l'artisan qui travaille pour un particulier n'est pas un sous-traitant de celui-ci. Cette définition, contrairement à celle de la loi du 31 décembre 1975, n'implique que deux protagonistes dans une relation commerciale bilatérale, qui n'est pas triangulaire. Par ailleurs, la référence au maître d'ouvrage n'existe pas.

Dans la réalité, la définition bilatérale du Conseil économique et social est systématiquement utilisée dans le monde économique, dès qu'il ne s'agit pas d'évoquer des relations commerciales dans le secteur du bâtiment et de la construction. Cette définition binaire est en effet usuellement utilisée notamment dans l'industrie (sous-traitance dans l'automobile, la pétrochimie, l'aéronautique), dans les services (sous-traitance du nettoyage des locaux, du gardiennage, de la restauration, de la distribution de prospectus) ou dans l'informatique.

Dans ces différents secteurs de l'industrie, des services ou de l'informatique, la loi de 1975 ne trouvera à s'appliquer que si la première relation commerciale est elle-même sous-traitée à une troisième entreprise. Il en est de même de toute la législation de lutte contre le travail illégal ou le dumping social inscrite dans le code du travail qui fait peser des obligations sur le maître d'ouvrage, entendu au sens de la loi du 31 décembre 1975, c'est-à-dire dans le cadre d'une relation commerciale impliquant au moins trois protagonistes.

D'où l'intérêt de bien identifier et qualifier les différents intervenants dans une relation commerciale de production, de fourniture ou de services.

## **.B. Un peu de vocabulaire**

Plusieurs termes ou expressions sont susceptibles d'être utilisés dans le monde du travail pour qualifier les différents protagonistes, en relation avec la (vraie ou fausse) sous-traitance.

### **.B.1. Le maître d'ouvrage.**

Cette appellation est mentionnée expressément dans la loi du 31 décembre 1975 et dans le code du travail. Le maître d'ouvrage est celui qui se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance; il prend l'initiative du processus économique et pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé<sup>14</sup>. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

Le maître d'ouvrage peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier.

<sup>12</sup> Devenu le Conseil économique, social et environnemental (CESE).

<sup>13</sup> Voir JO du 26 avril 1973 Avis et rapport p.305.

<sup>14</sup> Voir également l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

### **.B.2. Le maître d'ouvrage délégué**

Par manque de temps ou de compétences, le maître d'ouvrage peut confier tout ou partie de ses attributions à une personne physique et morale qui aura alors en charge, sur instructions du maître d'ouvrage, de le représenter et d'exécuter ses prérogatives et obligations. Il se substitue donc en principe au maître d'ouvrage dans ses obligations légales, dans les limites du mandat qu'il a reçu<sup>15</sup>. Ni la loi du 31 décembre 1975, ni le code du travail ne font état du maître d'ouvrage délégué dont l'existence et les missions sont prévues par les articles 3 et 5 de la loi du 12 juillet 1985<sup>16</sup>.

### **.B.3. Le maître d'œuvre**

Il est désigné par le maître d'ouvrage qui le rémunère, soit pour assurer la conception de l'ouvrage à réaliser, soit pour assurer le suivi de la bonne exécution de l'ouvrage à réaliser. Le maître d'ouvrage peut lui confier les deux missions. Il s'agit souvent d'un architecte ou d'un cabinet d'études spécialisé.

L'appellation de maître d'œuvre n'apparaît, ni dans la loi du 31 décembre 1975, ni dans les dispositions du code du travail relatives à la lutte contre le travail illégal et le dumping social car il exécute les directives du maître d'ouvrage et en est son préposé. Pour autant, sa responsabilité peut être mise en cause, le cas échéant, au titre de la complicité.

### **.B.4. L'entreprise principale**

L'entreprise principale est celle qui est titulaire d'un marché directement confié par le maître d'ouvrage. Il peut donc exister plusieurs entreprises principales concomitantes si, pour l'exécution d'un travail déterminé, le maître d'ouvrage a conclu des contrats avec des entreprises différentes, en fonction de leur savoir-faire respectif. Chaque entreprise principale est titulaire d'un lot.

Est également qualifiée d'entreprise principale à l'égard de son propre sous-traitant, en application de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1975, l'entreprise sous-traitante de premier rang qui elle-même sous-traite.

### **.B.5. L'entreprise générale**

L'entreprise générale est celle qui a obtenu du maître d'ouvrage la réalisation de la totalité du travail ; elle se voit confier un marché tous corps d'état (TCE). L'entreprise générale sous-traite nécessairement, car elle ne dispose pas de toutes les compétences pour réaliser le marché dans son intégralité. A contrario, le maître d'ouvrage n'a qu'un interlocuteur contractuel qui est l'entreprise générale et il sait nécessairement par avance qu'elle va sous-traiter.

### **.B.6. Le donneur d'ordre**

Le donneur d'ordre est celui qui passe personnellement une commande à une entreprise pour la réalisation d'un travail. C'est le client direct, au sens usuel de ce terme. Le donneur

---

<sup>15</sup> Par précaution, il conviendra parfois de demander le contrat de mandat pour connaître les missions précises confiées au maître d'ouvrage délégué.

<sup>16</sup> Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 précitée.

d'ordre peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier.

Un maître d'ouvrage est donc aussi un donneur d'ordre, par exemple à l'égard de l'entreprise principale, de l'entreprise générale ou du maître d'œuvre ; il cumule alors ces deux qualités.

Un sous-traitant, qui sous-traite lui-même, est le donneur d'ordre de son propre sous-traitant.

### **.B.7. Le donneur d'ouvrage**

Le donneur d'ouvrage est l'expression utilisée pour désigner celui qui confie du travail à un travailleur à domicile. Le donneur d'ouvrage ne se trouve pas dans une relation de sous-traitance avec le travailleur à domicile puisque celui-ci est considéré comme un salarié par la loi<sup>17</sup>.

### **.B.8. Le cocontractant**

Cette appellation a été précisément choisie, validée par le Conseil d'Etat et retenue dans la loi du 31 décembre 1991<sup>18</sup>, pour bien viser les deux parties à une relation commerciale identifiée, voire toutes les parties si la relation commerciale est multilatérale. Le cocontractant est soit l'auteur du travail réalisé, soit le destinataire de ce travail.

Le maître d'ouvrage est donc à la fois donneur d'ordre et cocontractant.

Le donneur d'ordre est également cocontractant.

### **.B.9. Le sous-traitant**

En application de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant est celui qui se voit confier par l'entreprise principale l'exécution de tout ou partie de son contrat ou de son marché.

En référence à la définition du Conseil économique et social, le sous-traitant est toute entreprise qui se voit confier un travail par un donneur d'ordre (par exemple, l'entreprise de nettoyage qui assure la propreté des locaux d'un hypermarché). Dans certains secteurs d'activité, le terme de sous-traitant est traditionnellement peu ou pas usité ; on lui préfère celui de prestataire, qui signifie la même chose<sup>19</sup>.

Le sous-traitant est cocontractant de son donneur d'ordre. Il devient lui-même donneur d'ordre et entreprise principale s'il sous-traite.

---

<sup>17</sup> Article L.7413-1 du code du travail.

<sup>18</sup> Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

<sup>19</sup> Un consultant ou un formateur à qui une entreprise fait appel sera plutôt appelé un prestataire qu'un sous-traitant. Idem dans la grande distribution pour l'animation d'un événement ou d'une promotion, la mise en place ou la gestion de rayons ou de marchandises.

**.B.10. Le sous-traitant direct**

Le sous-traitant direct est celui qui a contracté avec l'entreprise principale titulaire du marché (sous-traitant de 1<sup>er</sup> rang). Il devient donneur d'ordre et entreprise principale s'il sous-traite.

**.B.11. Le sous-traitant indirect**

Le sous-traitant indirect n'a pas contracté avec l'entreprise principale titulaire du marché. Il a obtenu un marché du sous-traitant de 1<sup>er</sup> rang ou d'un rang inférieur. Il devient donneur d'ordre s'il sous-traite.

**.B.12. L'entreprise utilisatrice**

L'entreprise utilisatrice, mentionnée aux articles R.4511-1 et suivants du code du travail, est un donneur d'ordre dans le cadre d'une opération de sous-traitance, au sens de la définition du Conseil économique et social, réalisée par l'entreprise extérieure. Elle est également maître d'ouvrage et cocontractant de l'entreprise extérieure à qui elle fait appel.

**.B.13. L'entreprise extérieure**

L'entreprise extérieure, mentionnée aux articles L.4511-1, R.4511-1 et suivants du code du travail, est un sous-traitant, au sens de la définition du Conseil économique et social, du donneur d'ordre qu'est l'entreprise utilisatrice. Elle n'est pas nécessairement sous-traitante au sens de la loi du 31 décembre 1975. Elle est cocontractante de l'entreprise utilisatrice.

**.B.14. Le prestataire**

Le prestataire est un terme franco français très usuel, parfois utilisé pour désigner, dans une relation commerciale, un sous-traitant, dans le sens donné par la définition du Conseil économique et social, c'est-à-dire dans une relation bilatérale. Le terme prestataire est en effet préféré à celui de sous-traitant dans de nombreux secteurs d'activité, notamment pour les activités intellectuelles ou dématérialisées ou les activités relevant du secteur tertiaire.

**.B.15. Le prestataire de services**

L'expression prestataire de services peut être employée et comprise de deux façons différentes :

- au sens historique et franco français, le prestataire de services est celui qui exécute un travail pour un donneur d'ordre; cette appellation est habituellement utilisée pour les travaux ou les activités qui ne relèvent pas du secteur industriel ou de la production. Cette expression reste d'actualité et conserve tout son sens.

- au sens communautaire<sup>20</sup> ou transnational, le prestataire de services est l'entreprise qui vient en France effectuer un travail temporaire à la demande et pour le compte d'un donneur d'ordre. On peut, de ce fait, quasi assimiler prestataire de services et sous-traitant, même si les deux notions ne se recouvrent pas complètement. A contrario, une entreprise

---

<sup>20</sup> Articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

étrangère qui intervient pour son compte propre en France n'est pas un prestataire de services; elle est éventuellement cocontractante d'une entreprise française<sup>21</sup>.

### **.B.16. Le tâcheron**

Le tâcheron est un travailleur payé à la quantité, à la surface, au poids, au volume, au pourcentage. L'appellation familière de tâcheron est sans lien avec son statut ; elle est neutre. Le tâcheron est en effet, soit un salarié, soit un travailleur indépendant, en fonction de ses conditions de travail. Assimiler par principe le tâcheron à un travailleur indépendant ou à un sous-traitant n'est pas juridiquement pertinent. Le tâcheron est un sous-traitant, à condition qu'il soit un vrai travailleur indépendant et qu'il relève de la définition de la loi du 31 décembre 1975 ou de celle du Conseil économique et social.

### **.C. Les caractéristiques et le formalisme de la sous-traitance**

La sous-traitance est l'expression de la liberté de contracter dans les relations d'affaires, ce qui explique le faible encadrement juridique de son organisation et de ses modalités d'exécution. Hormis la loi du 31 décembre 1975, très peu de textes précisent les conditions et les modalités de la sous-traitance, exceptée dans le secteur des transports routiers<sup>22</sup> et pour l'exercice des activités privées de sécurité<sup>23</sup>.

#### **.C.1. Les formes de la sous-traitance**

De façon classique, la distinction s'opère entre :

##### **.C.1.1. La sous-traitance interne et la sous-traitance externe.**

La sous-traitance interne est réalisée dans les locaux du donneur d'ordre ou dans une zone géographique où il est présent. C'est le cas, par exemple, du nettoyage des locaux ou de la construction navale.

La sous-traitance externe est réalisée hors des locaux du donneur d'ordre, et la plupart du temps dans les locaux du sous-traitant. C'est le cas, par exemple, de la sous-traitance dans l'aéronautique où de très nombreux sous-traitants fabriquent dans leur entreprise des équipements, des pièces et des produits qui entrent dans la construction de l'avion ou de l'hélicoptère.

Le risque de fausse sous-traitance est bien plus réel dans le cas de la sous-traitance interne, compte tenu du degré d'immixtion du donneur d'ordre dans l'activité du sous-traitant ; on citera, à cet égard, le nettoyage des chambres d'hôtels, le travail de découpe et de désossage de la viande dans les abattoirs, ou les fonctions d'accueil du public, de standard téléphonique ou de tri du courrier dans les entreprises.

<sup>21</sup> Par exemple, si elle démonte des machines outils qu'elle a achetées à l'entreprise française.

<sup>22</sup> Voir la loi n° 92-1445 du 31 décembre 1992 relative aux relations de sous-traitance dans le domaine du transport routier de marchandises.

<sup>23</sup> Voir article R.631-23 du code de la sécurité intérieure.

### **.C.1.2. La sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité ou de technicité**

La sous-traitance de capacité consiste à sous-traiter un travail que le donneur d'ordre sait faire, mais qu'il ne peut pas faire (manque d'effectif, surcharge de commandes) ou qu'il ne veut plus faire (économie d'échelle).

La sous-traitance de spécialité ou de technicité consiste à sous-traiter un travail que le donneur d'ordre ne sait pas faire parce qu'il ne relève pas de son métier habituel, tel que la restauration collective ou le lancement d'une campagne publicitaire ou l'organisation d'un événement.

Le risque de fausse sous-traitance est bien plus réel en présence d'une sous-traitance de capacité ; il s'accroît encore lorsque la sous-traitance de capacité s'effectue dans les locaux du donneur d'ordre, telle que la mise en rayons dans la grande distribution.

### **.C.1.3. Quid de la sous-traitance de pose ?**

Certaines organisations professionnelles du BTP font la défense ou la promotion de la sous-traitance de pose, y compris en proposant un contrat type pour cette sous-traitance<sup>24</sup>.

La sous-traitance de pose est la forme la plus simplifiée de la sous-traitance de capacité puisque, dans cette situation, le donneur d'ordre fournit à son sous-traitant la totalité des moyens techniques : matériel, matériaux ou produits à poser, à installer ou à mettre en œuvre, machines, outillage etc. Le sous-traitant apporte éventuellement son petit outillage.

En soi, la sous-traitance de pose est licite, même si elle peut plus facilement verser dans la fausse sous-traitance, puisque le sous-traitant ne vient qu'avec ses salariés et qu'elle se résume à mobiliser une force de travail complémentaire<sup>25</sup>.

### **.C.2. L'organisation de la sous-traitance**

Compte tenu de la liberté de contracter, il n'existe pas de limite ou de contrainte à l'organisation de la sous-traitance qui peut être unique, en cascade ou en râteau.

**La sous-traitance unique** : le donneur d'ordre n'a qu'un sous-traitant qui lui-même ne sous-traite pas.

**La sous-traitance verticale ou en cascade** : chaque sous-traitant sous-traite, tout ou partie, le travail qu'il a obtenu. La loi ne fixe aucune limite à la sous-traitance en cascade, ni en volume, ni en pourcentage, ni en niveau. Une sous-traitance de 10ème rang n'est pas interdite.

**La sous-traitance horizontale ou en râteau** : le donneur d'ordre ou l'un des sous-traitants sous-traite simultanément à plusieurs sous-traitants le même travail.

La sous-traitance en cascade et la sous-traitance en râteau peuvent se combiner, ce qui multiplie les difficultés d'identification des entreprises intervenantes pour réaliser un travail.

<sup>24</sup> Voir article « La sous-traitance de pose est encadrée mais pas interdite ». Le Moniteur 27 février 2015.

<sup>25</sup> Voir *infra* p.41 et p.64.

**NOTA**

*Peut-on limiter ou interdire contractuellement a priori la sous-traitance ? En principe, non.*

*Cette limitation ou cette interdiction de la sous-traitance peut cependant résulter, au cas par cas, du refus du maître d'ouvrage d'agréer un sous-traitant, en application de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975. L'article 3 de la loi s'applique à toute opération de sous-traitance, quel que soit le secteur d'activité.*

*Sauf si la sous-traitance est occulte, c'est-à-dire n'a pas fait l'objet d'une demande d'agrément, le niveau ou le volume de la sous-traitance dépend donc uniquement du maître d'ouvrage dûment sollicité.*

**.C.3. Le formalisme de la sous-traitance****.C.3.1. Le contrat écrit de sous-traitance n'est pas obligatoire**

**.C.3.1.1.** Contrairement à une idée reçue, le contrat écrit de sous-traitance n'est pas obligatoire, sauf dans deux situations :

- pour l'exécution de marchés ou de contrats publics d'un montant égal ou supérieur à 15 000 HT, en application de l'article 11 du code des marchés publics,

- pour la construction d'une maison individuelle, conformément à l'article L.231-13 du code de la construction et de l'habitation<sup>26</sup>. Le défaut de contrat écrit de sous-traitance dans le cadre de la construction d'une maison individuelle relevant de la loi du 19 décembre 1990 est passible, en application de l'article L.241-8 de ce même code, d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 37 500 euros.

Cette infraction est relevée par procès-verbal par les agents de contrôle habilités ou fait l'objet d'un signalement au procureur de la République, sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale, par les autres agents de contrôle (inspection du travail, agents des organismes de recouvrement).

**.C.3.1.2.** Bien que le contrat écrit de sous-traitance ne soit pas obligatoire, il est souvent établi pour formaliser les relations commerciales. Selon, les circonstances, il sera sommaire ou très détaillé et volumineux, accompagné le cas échéant d'avenants ou d'annexes techniques ou financières. Il s'agit d'un document commercial qu'il ne faut donc pas hésiter à demander et à consulter. Sa lecture est indispensable, même si sa plus value reste au final peu utile ou déterminante en raison des circonstances de l'affaire<sup>27</sup>.

Selon les secteurs d'activité, le contrat de sous-traitance possède une autre dénomination<sup>28</sup>, telle que contrat de collaboration, contrat de concession, contrat de prestation de services,

<sup>26</sup> Loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle.

<sup>27</sup> Pour éviter des requalifications en fausse sous-traitance, certains de ces contrats, notamment pour les auto entrepreneurs, pourront contenir des clauses, mentionnant avec beaucoup d'insistance que ces sous-traitants sont libres et autonomes.

<sup>28</sup> Le contrat peut être aussi dénommé convention.



contrat d'assistance, contrat de partenariat, contrat de régie, contrat d'adhésion, contrat d'étude, contrat de maintenance etc... Dans tous les cas, il s'agit du document contractuel commercial qui formalise la relation entre le donneur d'ordre et le sous-traitant.

**.C.3.1.3.** Dans la mesure où le contrat écrit de sous-traitance n'est pas obligatoire, hormis les deux exceptions précitées, la plus grande prudence s'impose dans la compréhension et l'application de l'article L.8271-1-1 du code du travail. L'article L.8271-1-1 prévoit en effet que les infractions au premier alinéa de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance sont constatées par les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal<sup>29</sup> et sont passibles d'une amende de 7 500 euros.

Le premier alinéa de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 contient deux obligations : d'une part, celle de l'entrepreneur de faire agréer son sous-traitant par le maître d'ouvrage et d'autre part, celle de l'entrepreneur de communiquer le contrat de sous-traitance au maître d'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Cette rédaction, lapidaire et directive, de l'article L.8271-1-1 du code du travail pourrait laisser penser que le contrat de sous-traitance est écrit puisqu'il doit être transmis au maître d'ouvrage lorsqu'il en fait la demande et, qu'à défaut, un délit est constitué. Il n'en n'est rien. Il faut uniquement comprendre que cette transmission au maître d'ouvrage n'est obligatoire que lorsque le contrat a fait l'objet d'un écrit, c'est-à-dire dans le cadre des marchés publics, de la construction d'une maison individuelle et, de façon spontanée, par le donneur d'ordre et le sous-traitant dans les autres situations.

### **.C.3.2. L'acceptation et l'agrément du sous-traitant par le maître d'ouvrage**

L'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 oblige l'entreprise qui sous-traite à faire accepter et agréer son ou ses sous-traitants par le maître d'ouvrage. Jusqu'à la loi du 16 juin 2011<sup>30</sup>, cette obligation d'acceptation et d'agrément du sous-traitant n'avait qu'une nature civile et commerciale, en lien avec le paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage.

Au fil du temps, cette obligation a été perçue comme un moyen de transparence contribuant à la lutte contre la sous-traitance occulte, puis contre le travail dissimulé.

C'est donc de façon logique que le législateur de 2011 a modifié l'esprit de la loi du 31 décembre 1975, qui, jusqu'alors, n'était assortie d'aucune sanction pénale. Il a érigé en infraction une obligation déclarative, à l'origine purement civile et commerciale, de l'entreprise qui sous-traite, espérant ainsi obtenir davantage de transparence sur la réalité de la sous-traitance.

En application de l'article L.8271-1-1 du code du travail, le fait pour une entreprise, principale ou sous-traitante, quel que soit son rang, de ne pas faire accepter et agréer son ou ses sous-traitants par le maître d'ouvrage, est un délit passible d'une amende de 7 500

<sup>29</sup> Inspection du travail, Urssaf, MSA, CGSS, services fiscaux, douane, gendarmerie, police...

<sup>30</sup> Article 83 de la loi n° 2001-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité ; cet article 83 qui concerne la sous-traitance est, certes, fort utile, mais pourrait être considéré comme surréaliste car logé dans une loi traitant d'un tout autre sujet.

euros. Cette infraction est constatée par les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal<sup>31</sup>.

La demande d'acceptation et d'agrément d'un sous-traitant, pas plus que la réponse du maître d'ouvrage, ne devant être écrites, la preuve de la violation de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas évidente, surtout si une connivence existe entre le maître d'ouvrage et l'entreprise qui a sous-traité.

### **.C.3.3. L'affichage de l'identité du sous-traitant**

Toute entreprise qui intervient sur un chantier ayant donné lieu à la délivrance d'un permis de construire doit afficher son identité sur un panneau visible depuis la voie publique.

L'obligation d'affichage, de publicité et de transparence, prévue par l'article R.8221-1 du code du travail, vaut pour toutes les entreprises intervenantes, y compris les sous-traitants, les travailleurs indépendants sans salarié et les entreprises étrangères. Aucune entreprise n'est dispensée de l'affichage public.

Cette obligation d'affichage exhaustif, bien qu'ancienne et très connue des professionnels du BTP, est très rarement respectée, pour diverses raisons ou divers prétextes<sup>32</sup>.

Le défaut d'affichage constitue une contravention de 5<sup>ème</sup> classe prévue et sanctionnée par l'article R.8224-1 du code du travail.

### **.C.3.4. Les vérifications préalables pour les activités privées de sécurité**

L'article R.631-23 du code de la sécurité intérieure prévoit que tout contrat de sous-traitance ou de collaboration libérale ne peut intervenir qu'après vérification par l'entreprise privée de sécurité donneuse d'ordre de la validité de l'autorisation de l'entreprise sous-traitante, des agréments de ses dirigeants et associés et des cartes professionnelles de ses salariés qui seront amenés à assurer ces prestations dans le cadre de ces contrats.

Le défaut d'accomplissement de ces vérifications n'est pas assorti de sanction pénale spécifique. La responsabilité pénale éventuelle du donneur d'ordre relève de la complicité.

Des sanctions administratives peuvent être cependant prononcées par la commission interrégionale d'agrément et de contrôle (CIAC) dans les conditions et selon les modalités prévues par les articles R.633-1 et suivants du code de la sécurité intérieure.

## **.D. Les critères de la vraie sous-traitance**

Les critères de la vraie sous-traitance (pour la distinguer de la fausse sous-traitance) sont définis par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est donc indispensable de connaître cette jurisprudence<sup>33</sup> qui, aujourd'hui, est constituée de plusieurs dizaines de décisions, se rapportant de nombreux secteurs d'activité, et visant également le recours à des entreprises étrangères.

<sup>31</sup> Inspection du travail, Urssaf, MSA, CGSS, services fiscaux, douane, gendarmerie, police...

<sup>32</sup> Manque de place, notamment en zone urbaine.

<sup>33</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*.

Les critères de la Cour de cassation constituent le faisceau d'indices sur lequel l'agent de contrôle, l'organisme de recouvrement, puis le juge, auront à se prononcer. Ces critères n'ont pas tous nécessairement la même valeur et sont à pondérer selon le secteur d'activité.

En résumé, on peut dire que la sous-traitance est l'exécution d'un contrat d'entreprise, au sens de l'article 1710 du code civil, c'est-à-dire d'une obligation de résultat, avec une liberté des moyens.

#### **.D.1. La définition de la Cour de cassation**

La chambre criminelle de Cour de cassation précise que le contrat d'entreprise et la sous-traitance doivent comporter l'exécution d'une tâche nettement définie, rémunérée de façon forfaitaire, avec le maintien de l'autorité du sous-traitant sur son personnel, auquel il verse son salaire et dont il assure l'encadrement, la discipline et la sécurité<sup>34</sup>. Elle ajoute que le sous-traitant demeure responsable de son personnel ainsi que de l'exécution et de la qualité des travaux accomplis<sup>35</sup>. Dans une autre affaire, la Cour de cassation indique que le contrat de sous-traitance est une convention par laquelle un employeur offre une prestation réalisée par son propre personnel restant placé sous sa direction et rémunérée habituellement de façon forfaitaire<sup>36</sup>. Enfin, dans une autre affaire, la Cour de cassation confirme la relaxe du chef d'entreprise mis en cause car il fournissait les moyens, le matériel ainsi que les véhicules nécessaires à la mission de ses salariés ; il devait assumer une obligation de résultat, les travaux mis à sa charge étant effectués sous sa seule responsabilité, ce qui caractérise le contrat d'entreprise<sup>37</sup>.

#### **.D.2. Le sous-traitant dispose d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal**

Disposer d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal signifie avoir une clientèle propre, c'est-à-dire au moins deux clients concomitants et multiples. La clientèle en constitue l'élément essentiel. Le fonds de commerce ou le fonds artisanal n'existe pas si le sous-traitant travaille pour un donneur d'ordre unique et donc pour un client unique<sup>38</sup>.

Cette condition, souvent oubliée, est posée par l'article L.8232-1 du code du travail. Elle mérite d'être vérifiée notamment pour certains auto entrepreneurs, pour des chauffeurs-livreurs de messagerie rapide ou pour des conducteurs de camion toupie livrant du béton prêt à l'emploi.

Le sous-traitant établi à l'étranger justifie qu'il est juridiquement constitué dans l'Etat où il réside, qu'il y réalise la part prépondérante de son activité ou qu'il ne s'est pas créé juste avant sa prestation en France (y compris, à la demande du donneur d'ordre français)<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Cass. crim. 21 janvier 1986 TMG.

<sup>35</sup> Cass. crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994 TNEE et SCN.

<sup>36</sup> Cass. crim. n° 92-82928 du 22 juin 1993 BANQUE POPULAIRE PROVENCALE ET CORSE.

<sup>37</sup> Cass. crim. n° 86-96663 du 18 avril 1989 EURODIF.

<sup>38</sup> **Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.**

<sup>39</sup> Voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition, Juin 2019, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua@hotmail.fr/>

### **.D.3. Le sous-traitant est autonome**

Le sous-traitant exerce son activité librement, avec son savoir-faire, son matériel et son mode opératoire. Il négocie et fixe les prix. Il n'est pas subordonné au donneur d'ordre.

S'il est employeur, il fixe les horaires de travail et choisit le nombre et les qualifications des salariés.

L'autonomie est juridique, et non pas économique. Réaliser l'essentiel de son chiffre d'affaires avec le même donneur d'ordre ne remet pas en cause à soi seul cette autonomie juridique dans la mesure où il a d'autres clients et donc justifie d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.

L'existence d'une réelle autonomie peut donner lieu à discussion lorsque le sous-traitant est tenu de respecter un cahier des charges (ou un contrat de mandat) très strict déterminé par son donneur d'ordre. Les clauses du cahier des charges doivent être purement techniques et rédigées en termes d'obligation de résultat. Il ne faut pas que ce cahier des charges devienne l'équivalent d'un contrat de travail<sup>40</sup>.

### **.D.4. Le sous-traitant exerce l'autorité et la subordination juridique sur ses salariés**

Le sous-traitant peut être un travailleur indépendant qui n'a pas de salarié. Lorsque le sous-traitant est un travailleur indépendant avec des salariés ou une entreprise, il doit conserver l'autorité sur ses salariés, c'est-à-dire leur donner des instructions et des directives, les encadrer et les diriger. Il leur confie le travail à réaliser, organise leur activité et leur emploi du temps, fixe et contrôle les horaires de travail. Les salariés lui rendent compte.

Les salariés du sous-traitant ne sont pas sous l'autorité du donneur d'ordre de leur employeur.

Le sous-traitant reste l'employeur de ses salariés qui sont sous sa subordination.

### **.D.5. Le sous-traitant réalise une prestation précisément définie**

Ce critère est régulièrement rappelé par la Cour de cassation. Il ne suffit donc pas que l'objet du travail confié au sous-traitant soit conforme à l'objet social de l'entreprise ; la prestation du sous-traitant doit être spécifiquement identifiée et identifiable (lieu, période, nature de la prestation, spécifications, cahiers des charge).

Mentionner uniquement dans un contrat commercial qu'une entreprise de sécurité privée effectue le gardiennage des locaux d'un hypermarché n'est pas suffisamment précis.

L'identification et le détail de la prestation réalisée par le sous-traitant ressort du contrat de sous-traitance ou des autres pièces contractuelles du marché. A défaut de pièces contractuelles, le devis, les factures, les bons de travaux, les ordres de services ou tout autres écrits en relation avec la tâche confiée au sous-traitant permettent de connaître (ou non) le détail de la prestation.

---

<sup>40</sup> Cass. soc. n° 88-40121 du 17 avril 1991 LALAU ; cass. crim. n° 97-82979 du 31 mars 1998 F.P. ; cass. crim. n° 98-88103 du 21 septembre 1999 BABOU EUROTExTILE.

L'accès à ces documents commerciaux et leur consultation est un passage obligé de l'enquête, des investigations et de l'analyse du dossier.

#### **.D.6. Le sous-traitant dispose d'un savoir faire spécifique**

Ce critère apparaît régulièrement dans certaines décisions de la Cour de cassation, ce qui conforte la sous-traitance dite de spécialité. Pour autant, la sous-traitance de capacité existe également et elle est parfaitement licite. Le critère du savoir-faire ou de la technicité n'est donc pas a priori un critère déterminant du faisceau d'indices. Ce critère est à relativiser en fonction de la nature et des circonstances de la sous-traitance. Parfois, il sera neutre et sans effet utile pour l'analyse et la qualification d'une situation de travail; parfois, il viendra confirmer cette analyse et cette qualification. Ce critère est à utiliser, en second rang, et avec discernement.

#### **.D.7. Le sous-traitant fournit les moyens, les matériels, équipements et matériaux**

La fourniture des moyens, matériels, équipements et matériaux par le sous-traitant est en principe l'une des caractéristiques de l'autonomie du sous-traitant, voire de son faire et de sa technicité. Il est donc logique que le sous-traitant soit en charge de tous les moyens techniques lui permettant de réaliser son obligation de résultat.

Pour autant, il arrive que le sous-traitant n'ait pas à fournir la totalité de ces moyens. Sur un chantier, le peintre peut bénéficier de l'échafaudage posé par le ravaleur ou le couvreur, voire installé par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage dans le cadre d'un compte *pro rata*. De même, le donneur d'ordre peut acheter lui-même les matériaux ou matières premières, mis en œuvre par son sous-traitant, car le vendeur préfère traiter avec un gros compte ou une entreprise établie en France. Un chauffeur livreur de messagerie rapide va disposer d'un véhicule prêté, loué ou mis à disposition par son donneur d'ordre.

Dans ce type de relation d'affaires, la sous-traitance peut alors se réduire à la fourniture de la force de travail et du savoir faire du sous-traitant, ce qui n'est pas interdit<sup>41</sup>. C'est d'ailleurs ce qui peut se passer pour la distribution de prospectus lorsqu'elle est sous-traitée à bon escient.

S'agissant de la sous-traitance à une entreprise étrangère, le donneur d'ordre français peut prendre en charge, par commodité, le transfert, le transport et l'hébergement des salariés détachés, sans pour autant pratiquer de la fausse sous-traitance.

Le critère de la fourniture des moyens par le sous-traitant est donc lui aussi à relativiser, en fonction de la nature, de l'objet et des circonstances de la sous-traitance. Parfois, il sera neutre et sans effet utile pour l'analyse et la qualification d'une situation de travail; parfois, il viendra confirmer cette analyse et cette qualification. Ce critère est à utiliser, en second rang, et avec discernement.

#### **.D.8. La rémunération du sous-traitant est forfaitaire**

Le caractère forfaitaire de la rémunération s'apprécie à la lecture des pièces contractuelles du marché et du devis, lorsqu'ils existent, et, à défaut, à la lecture des factures. Le sous-traitant facture globalement un travail, dans toutes ses composantes. La facturation à un

---

<sup>41</sup> Ce qui est appelé la sous-traitance de pose ; voir *supra* p.23 et *infra* p.43 et 69.

prix forfaitaire est cependant détaillée, par poste de coût (produits ou services) et conforme au modèle de facture entre professionnels, qui comporte des mentions obligatoires.

Une facturation à l'heure ou à la journée ou mentionnant l'identité ou le nombre de salariés signifie que seul est facturé le temps passé, c'est-à-dire le coût unitaire de la main-d'œuvre, sans autre coût ou dépense.

Une facturation horaire (qui détaillerait de surcroît entre la nature des différentes heures de travail) ou calendaire n'est pas usuelle dans le cas d'une vraie sous-traitance ; elle mérite une curiosité, voire une expertise particulière de la part de l'agent de contrôle (**voir infra p.43 et p.48 le travail en régie**).

#### **.D.9. Le recours à un sous-traitant est connu et transparent**

La sous-traitance n'est pas occulte puisqu'elle est portée à la connaissance du maître d'ouvrage par l'entreprise qui sous-traite, afin d'être acceptée et agréé par celui-ci, en application de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975. Le non respect de l'article 3 par l'entreprise qui sous-traite est un délit passible d'une amende d'un montant de 7 500 euros. Cette infraction est relevée par les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

L'obligation de transparence de la sous-traitance est renforcée par diverses formalités :

- .- la rédaction d'un contrat écrit pour les marchés et les contrats publics, ainsi que pour la construction d'une maison individuelle relevant de la loi du 19 décembre 1990,
- .- l'affichage de l'identité de l'entreprise sous-traitante sur un panneau visible depuis la voie publique, pour les chantiers du BTP ayant donné lieu à la délivrance d'un permis de construire,
- .- l'obligation pour le sous-traitant d'établir un plan particulier de sécurité et de protection de la santé, qui est remis à l'entreprise principale, au coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé et au maître d'ouvrage,
- .- la participation au collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail,
- .- l'intervention en qualité d'entreprise extérieure dans une entreprise utilisatrice.

Le caractère occulte de l'intervention du sous-traitant peut laisser penser que celui-ci n'intervient pas en tant que tel et que son rôle se limite à fournir du personnel.

## **2<sup>ème</sup> partie**

**QU'EST-CE QUE LA FAUSSE SOUS-TRAITANCE ?**





## Qu'est-ce que la fausse sous-traitance ?

### Quelques remarques liminaires

.1. A défaut de précision légale, la fausse sous-traitance peut être définie comme une organisation frauduleuse du travail qui, sous des apparences de légalité commerciale, vise pour une entreprise à faire travailler de fait des salariés, mais en s'affranchissant du respect de la législation fiscale et sociale liée à sa qualité d'employeur. L'employeur se fait passer pour un donneur d'ordre qui recourt à un sous-traitant, alors qu'en réalité il utilise ce sous-traitant ou le personnel de ce sous-traitant comme ses propres salariés.

Ce faisant, l'entreprise place les salariés, ainsi dissimulés, dans une grande précarité et les prive d'avantages sociaux ; elle ne paie pas les cotisations sociales dont elle est redevable ; elle devient moins disante, déloyale, plus compétitive et génère du dumping social.

La fausse sous-traitance est une appellation usuelle, communément partagée, qui ne constitue pas en soi une infraction déterminée. Mais la détection d'une situation de fausse sous-traitance permet de caractériser un éventail d'infractions à la législation sociale, dont celles qui relèvent du champ du travail illégal.

.2. Par nature, la fausse sous-traitance tente toujours d'avoir une apparence de légalité, c'est-à-dire d'une vraie sous-traitance, en utilisant un cadre commercial formellement correct ou une appellation commerciale honorable et séduisante. Le cadre commercial apparent utilisé peut être d'une grande intelligence et sophistication.

En effet, il est rare que les instigateurs ou les bénéficiaires de la fausse sous-traitance reconnaissent l'existence de cette fraude sociale. Sauf cas exceptionnel, ils ne vont pas admettre qu'ils pratiquent du marchandage, du prêt illicite de main-d'œuvre ou qu'ils recourent à un réseau de faux auto entrepreneurs ou de prétendus prestataires de services venus de l'étranger.

Au contraire, ces personnes mettront en avant, selon la nature du montage incriminé, l'existence de contrats commerciaux en bonne et due forme (contrats de sous-traitance, contrat de prestation de services, contrat de franchise, contrat de collaboration, contrat de mandat, contrat d'assistance...), l'existence de devis, de facture, le fait que le sous-traitant soit lui-même inscrit à un registre professionnel, paie ses cotisations et des impôts, reverse la TVA, ou le fait que ses partenaires soient eux-mêmes des gérants et/ou associés d'une société (une SARL, par exemple).

.3. L'objectif de la lutte contre la fausse sous-traitance vise donc à contourner ces apparences commerciales, pour faire ressortir la réalité de la situation de travail, en s'appuyant sur des faits. Il s'agit de requalifier les relations contractuelles, au nom de l'ordre public social.

L'agent de contrôle ou l'organisme de recouvrement propose au juge une requalification et le juge requalifie.

Cette démarche de requalification est souvent engagée dans une perspective pénale par les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé et ceux habilités en matière de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre.

Mais les organismes de recouvrement sociaux<sup>42</sup> disposent, par ailleurs, de leurs propres procédures, de nature civile, pour récupérer les sommes éludées par la fausse sous-traitance.

La démarche de requalification peut être engagée par un agent de contrôle ou par un organisme de recouvrement, quelle que soit la dénomination donnée par les intéressés à leur montage ou à leur relation commerciale et quel que soit le contenu ou l'épaisseur du contrat ou de la convention<sup>43</sup>. Ce qui compte au final, c'est la réalité des conditions de travail et les constats factuels, et non pas les clauses et les termes du contrat ou de la convention ou des autres documents commerciaux qui sont rédigés.

**.4.** La démarche de requalification de la relation commerciale apparente de sous-traitance vers la fausse sous-traitance résulte historiquement de la jurisprudence de la Cour de cassation, puis du code du travail qui, au fil du temps, a intégré quelques dispositions dans ce sens (qui n'ajoutent rien à la jurisprudence de la Cour de cassation).

**.4.1.** La Cour de cassation rappelle en effet que les personnes sont impuissantes à se soustraire au statut qui découle nécessairement de leurs conditions de travail. Seules les conditions de travail déterminent le statut applicable au travailleur. Le premier arrêt de requalification de la Cour de cassation date de 1913 pour des allumeurs de réverbère au début du 20<sup>e</sup> siècle<sup>44</sup>. Depuis cette date, la Cour de cassation a rendu des dizaines de décisions de même nature<sup>45</sup>, dont les arrêts Barrat et Guégan<sup>46</sup>.

**.4.2.** Dans le code du travail sont insérées quelques dispositions en lien avec le statut applicable au travailleur :

- les articles L. 8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail, issus notamment de la loi du 4 août 2008<sup>47</sup>, sont la dernière reformulation de l'article 49 tant commenté et critiqué de la loi Madelin du 11 février 1994<sup>48</sup>. L'article L.8221-6 pose une présomption de non salariat. L'article L.8221-6-1 stipule qu'est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre.

---

<sup>42</sup> Urssaf, MSA, CGSS, caisse de retraite complémentaire, Pôle Emploi, caisse de congés payés.

<sup>43</sup> Même celui rédigé par un grand cabinet d'avocats ou de conseil.

<sup>44</sup> Voir le rapport annuel sur l'inspection du travail, 1913, p.LI.

<sup>45</sup> **Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.**

<sup>46</sup> **Voir supra note de bas de page n° 3 p.14.**

<sup>47</sup> Article 11-II de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>48</sup> Articles 35 et 49 de la loi n° 94-126 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

.- les articles L.7121-5 et L.7123-4-1 du code du travail précisent dans quelles conditions la présomption de salariat applicable à l'artiste du spectacle vivant ou enregistré ou au mannequin n'est pas opposable à la personne établie dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen<sup>49</sup>. Cet artiste ou ce mannequin pourrait donc être considéré comme un travailleur indépendant. On fera remarquer que le donneur d'ordre potentiel de l'artiste ou mannequin, considéré comme travailleur indépendant et établi dans l'UE ou l'EEE, peut lui aussi être rattrapé par la subordination juridique permanente<sup>50</sup>.

.- l'article L.722-23 du code rural pose une présomption de salariat à l'égard du bûcheron ou travailleur forestier et précise les conditions de sa levée ;

.- les articles L.8232-1 et suivants du code du travail décrivent les conséquences en matière de législation sociale de l'absence d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal du sous-traitant à l'égard de son donneur d'ordre. Ces dispositions du code du travail sont très peu souvent utilisées<sup>51</sup>.

.- les articles L.7321-1 et suivants du code du travail précisent les conditions d'assujettissement du gérant de succursale à certaines dispositions du code du travail, hors tout lien de subordination juridique.

**.5.** La fausse sous-traitance est devenue transnationale avec les opportunités commerciales offertes depuis 1986<sup>52</sup> par la libre prestation de services et les différentiels très attractifs du coût de la main-d'œuvre. Si les secteurs du BTP et du transport routier de marchandises (TRM) sont particulièrement affectés par ces fraudes, bien d'autres secteurs en sont victimes tels que le maraîchage, le débosselage de véhicules ou le transport aérien de passagers.

Les mêmes grilles d'analyse juridique de requalification s'appliquent à la fausse sous-traitance internationale, ce qui est attesté par les nombreuses condamnations déjà intervenues<sup>53</sup>.

Le fait qu'un donneur d'ordre recourt à une entreprise étrangère ne l'autorise pas bien entendu à pratiquer de la fausse sous-traitance; il s'expose aux mêmes sanctions qu'en faisant appel à un sous-traitant français dans des conditions de fraude identique<sup>54</sup>.

#### **La fausse sous-traitance se manifeste sous deux formes différentes de fraude :**

.- soit par une opération illicite de prêt de main-d'œuvre et de mise à disposition d'un ou de plusieurs salariés entre deux ou plusieurs entreprises **(I)**,

<sup>49</sup> Voir le Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>

<sup>50</sup> Voir *infra* p.79 et suivante.

<sup>51</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>52</sup> Date de l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne.

<sup>53</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>54</sup> Voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur, disponible sur son site.

.- soit par l'emploi occulte d'un salarié, dissimulé sous un prétendu statut de travailleur indépendant (II).

Le recours à la fausse sous-traitance est avant tout une délinquance économique et financière. Le contournement de la législation sociale par leurs auteurs n'est pas un objectif en soi, mais le moyen qui permet d'être au final moins disants et plus compétitifs.

Les principales raisons qui expliquent le recours à de la fausse sous-traitance sont les suivantes :

.- le moindre coût du travail,

.- la souplesse dans la gestion de la main-d'œuvre,

.- le non respect de certaines dispositions ciblées du code du travail : le Smic, les durées du travail, le repos dominical, l'hygiène, la sécurité, la santé, les autorisations de travail.

Ces différentes motivations sont d'une importance variable selon les secteurs d'activité. Pour un magasin non alimentaire, ce sera un montage commercial pour lui permettre d'éviter l'interdiction d'ouvrir le dimanche ; pour une entreprise de transport routier, l'objectif sera de ne pas supporter les conséquences liées au non respect des temps de conduite et de repos; pour une entreprise qui monte des ossatures en bois ou métallique, le but sera d'éviter de mettre en œuvre des protections collectives et de livrer l'ouvrage dans un délai plus court.

La fausse sous-traitance cause un préjudice au salarié victime de cette fraude. Le préjudice revêt des formes variées; son importance et sa gravité dépendent de la durée de la fraude, du niveau du statut social du donneur d'ordre dont il est privé et de son statut personnel (par exemple, prétendu salarié détaché, salarié étranger sans titre de travail, jeune salarié à la recherche d'un premier emploi, salarié licencié pour motif économique etc.).

En règle générale, le salarié victime de la fausse sous-traitance voit son statut social dégradé et pénalisé. Le préjudice peut se traduire par la privation du statut de salarié, la privation de la législation sociale et de la protection sociale françaises, la privation de la législation en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, le non respect du Smic, des durées du travail et des congés payés, l'exclusion du bénéfice d'une convention collective plus favorable, la précarité de son emploi...

### **.I). 1<sup>ère</sup> situation la fausse sous-traitance, par du prêt illicite de salarié entre deux ou plusieurs entreprises<sup>55</sup>**

Le prêt de salarié ou location de salarié ou mise à disposition de salarié, entre deux ou plusieurs entreprises, est strictement règlementé. Le principe posé par le code du travail est l'interdiction du prêt de salarié lorsqu'il est effectué dans un but lucratif, ce qui est très

---

<sup>55</sup> Le terme « entreprise » est entendu au sens large et inclus les personnes physiques, les associations et toute autre entité.

souvent le cas, compte tenu de la définition très large du but lucratif donnée par la Cour de cassation<sup>56</sup>.

Cette interdiction est ancienne puisqu'elle date de 1848<sup>57</sup>. Elle a été confortée en 1973<sup>58</sup>.

Au fil du temps, l'interdiction du prêt de personnel ou de mise à disposition de salarié à but lucratif a fait l'objet de dérogations ponctuelles, ciblées et encadrées pour certaines activités ou certains métiers.

Cependant, des entreprises passent outre cette interdiction et n'utilisent pas non plus l'une ou l'autre des dérogations prévues par la loi pour recourir de façon légale au personnel dont elles ont besoin, sans procéder à son embauche.

Pour obtenir ce personnel supplémentaire, ces entreprises s'adressent à d'autres entreprises qui n'ont pas l'autorisation de louer du personnel à but lucratif. Sachant cette opération interdite et sanctionnée par la loi, ces entreprises dissimulent ces opérations prohibées sous des montages commerciaux qui la plupart du temps sont présentés aux agents de contrôle, aux services de recouvrement et au juge comme de la sous-traitance ou de la prestation de services, au sens national et communautaire de cette expression, qui, elles, sont parfaitement licites.

Ce sont les investigations des agents de contrôle et des services de recouvrement, ainsi que le travail du juge pénal, qui vont révéler la fraude à la loi et identifier un prêt de main-d'œuvre illicite au lieu d'une sous-traitance apparente. Dans certaines affaires, encore assez rares, la mise à jour de ces fraudes se fait devant le conseil de prud'hommes par le salarié victime qui a engagé une procédure judiciaire de sa propre initiative ou avec le soutien d'une organisation syndicale<sup>59</sup>.

#### **.A. L'interdiction de principe du prêt de main-d'œuvre à but lucratif**

L'interdiction de principe du prêt de main-d'œuvre à but lucratif est sans doute l'une des infractions les plus anciennes de la législation du travail puisqu'elle a été introduite par le décret-loi du 2 mars 1848, en lien direct avec l'abolition de l'esclavage qui résulte du même décret-loi. Cette interdiction a été confortée par la loi du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre.

L'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, qui résulte de ces deux textes, a donné lieu à la création de deux infractions inscrites dans le code du travail, l'infraction de marchandage, qui est codifiée à l'article L.8231-1 (décret-loi du 2 mars 1848), et l'infraction de prêt illicite de main-d'œuvre, qui est codifiée à l'article L.8241-1 (loi du 6 juillet 1973).

Ces deux infractions, qui sont des délits, relèvent du champ du travail illégal.

Ces deux infractions visent des pratiques commerciales prohibées, sensiblement identiques, qui sont la traduction pénale de l'une des deux formes de la fausse sous-traitance<sup>60</sup>. Ainsi,

<sup>56</sup> Voir *infra* p.44 et suivante.

<sup>57</sup> Décret-loi du 2 mars 1848 tendant à réprimer les abus de marchandage.

<sup>58</sup> Loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre. Pour l'historique détaillé des textes, voir le site de l'auteur : <https://herveguichaoua.fr/>.

<sup>59</sup> Voir not. Cass.soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003 CEA.

<sup>60</sup> Voir *infra en annexe* p152 et 153 la présentation détaillée de ces deux infractions.

lorsqu'une situation de fausse sous-traitance est identifiée, l'infraction de marchandage et/ou l'infraction de prêt illicite de main-d'œuvre sont caractérisées.

L'interdiction de principe du prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif a fait l'objet, au fil du temps, par voie législative, de plusieurs dérogations autorisant, sous conditions, le prêt de main-d'œuvre à but lucratif ou à titre onéreux<sup>61</sup>. La plus connue de ces dérogations est sans doute le prêt de main-d'œuvre ou la mise à disposition de salarié effectué par une entreprise de travail temporaire.

Sont donc licites, et ne constituent pas du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre, les prêts de main-d'œuvre ou les mises à disposition de salariés à but lucratif autorisés par le code du travail et le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif.

### **.B. Quels sont les prêts de main-d'œuvre ou les mises à disposition de salarié autorisés par la législation du travail ?**

Les prêts de main-d'œuvre ou les mises à disposition de salarié autorisés par le code du travail sont constitués, d'une part par une liste limitative de prêts de main-d'œuvre à **but lucratif**, et d'autre part par le prêt de main-d'œuvre ou la mise à disposition d'un salarié à **but non lucratif**.

**.B.1. Les prêts de main-d'œuvre à but lucratif ou à titre onéreux** constituent une liste «à la Prévert », c'est-à-dire très hétérogène, qui s'explique par les raisons spécifiques qui ont conduit chaque fois le législateur à déroger, au fil du temps, à l'interdiction de principe du prêt de personnel.

**.B.1.1.** Sont autorisés les prêts de main-d'œuvre ou les mises à disposition de salarié suivants :

- ⇒ par les entreprises de travail temporaire - articles L.1251-1 et suivants du code du travail,
- ⇒ par les agences de mannequins – articles L.7123-1 et suivants du code du travail,
- ⇒ dans le cadre d'un groupement d'employeurs – articles L.1253-1 et suivants du code du travail,
- ⇒ par une entreprise de travail à temps partagé – articles L.1252-1 et suivants du code du travail,
- ⇒ par une association de services à la personne – articles L.7232-1 et suivants du code du travail,
- ⇒ par une association intermédiaire – articles L.5132-7 et suivants du code du travail,
- ⇒ par une entreprise adaptée – articles L.5213-1 » et suivants du code du travail,
- ⇒ dans le cadre du portage salarial – articles L.1254-1 et suivants du code du travail,

---

<sup>61</sup> Ce qui signifie la même chose pour la Cour de cassation.

- ⇒ par les associations dénommées « junior entreprises » – arrêté ministériel de la sécurité sociale du 20 juin 1988<sup>62</sup>,
- ⇒ par les entreprises membres d'un pôle de compétitivité (article 47 de la loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006)
- ⇒ par les grandes entreprises et les groupes auprès de jeunes entreprises, de PME ou d'organismes à but non lucratif (organismes d'intérêt général, fondations ou associations reconnue d'utilité publique) article L.8241-3 du code du travail,
- ⇒ par les associations ou les sociétés sportives – article 222-3 du code du sport,
- ⇒ les mises à disposition de salarié auprès d'organisation syndicale ou d'employeurs – articles L.2135-7 et L.2135-8 du code du travail.

Le prêt de main-d'œuvre et la mise à disposition de salarié effectués dans le cadre de l'un de ces dispositifs restent donc licites, même s'ils donnent lieu à facturation et à contrepartie financière.

**.B.1.2.** Par ailleurs, il convient de ne pas confondre le prêt ou la mise à disposition de personnel d'une part et le placement d'autre part. Celui qui prête ou met à disposition un salarié est son employeur, celui qui effectue le placement n'est pas l'employeur de la personne placée; c'est un intermédiaire qui assure une mise en relation.

Le placement payant est autorisé depuis la loi du 18 janvier 2005<sup>63</sup>, sauf pour les opérations d'introduction en France ou d'embauche de travailleurs étrangers. Cette activité de placement particulière est réservée à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII). La violation du monopole de l'OFII est un délit de trafic de main-d'œuvre, réprimé et sanctionné par les articles L.5222-1 et L.5224-2 du code du travail.

#### **NOTA**

*Dès lors que l'un de ces prêts de main-d'œuvre se fait hors du cadre juridique qui le régit, et donc en violation de celui-ci, ce prêt de main-d'œuvre devient illicite. Il constitue alors les infractions de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre.*

*Ces incriminations, validées par le Conseil Constitutionnel et la Cour de cassation<sup>64</sup>, présentent notamment un très grand intérêt pour les fraudes commises par les ETT établies hors de France qui détachent des intérimaires sur le territoire français sans respecter le code du travail<sup>65</sup>. Ces incriminations entraînent par ailleurs celle de dissimulation d'emploi salarié, à l'égard de l'utilisateur du salarié mis à sa disposition dans des conditions contraires à la loi.*

<sup>62</sup> Il s'agit davantage d'une tolérance administrative que d'une véritable dérogation au principe de l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, puisque l'activité des Junior Entreprises n'est autorisée par aucun texte législatif ; elle reste juridiquement très fragile.

<sup>63</sup> Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

<sup>64</sup> Décision DC.94-357 du 25 janvier 1995; cass. crim. n° 82-91726 du 22 mars 1983 SONOCAR.

<sup>65</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

**.B.2. Le prêt de main-d'œuvre ou la mise à disposition de salarié sans but lucratif** est encadré par les articles L.8241-1 et L.8241-2 du code du travail, qui sont de création récente dans le code du travail<sup>66</sup> et dont on connaît encore mal la portée et les limites avec le prêt illicite de main d'œuvre.

**.B.2.1.** Hormis les situations énumérées au paragraphe **.B.1.** ci-dessus, seul le prêt de main-d'œuvre ou la mise à disposition de salarié effectué conformément aux articles L.8241-1 et L.8241-2 du code du travail est autorisé, mais à la double condition qu'il soit sans but lucratif et qu'il respecte tout le formalisme décrit à l'article L.8241-2 du code du travail.

Ce prêt de main-d'œuvre est considéré comme étant sans but lucratif, en application de l'alinéa 6 de l'article L.8241-1 du code du travail, dès lors que l'entreprise prêteuse, c'est-à-dire l'employeur originel, ne facture à l'entreprise utilisatrice que les salaires versés, les différentes cotisations et contributions et les frais professionnels remboursés au salarié au titre de la mise à disposition. L'entreprise prêteuse ne peut donc facturer des frais de gestion, ni directement, ni de façon occulte en majorant le montant des charges, des contributions et des frais professionnels. Au cas contraire, le délit de prêt illicite de personnel serait constitué.

Le respect du formalisme décrit à l'article L.8241-2 du code du travail est substantiel, car il a pour objet de transformer un prêt illicite de salarié en un prêt licite<sup>67</sup>. A défaut de respecter toutes les règles de ce formalisme, le prêt de salarié encadré et règlementé *a priori* licite devient illicite, si le but lucratif de ce prêt, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, est démontré<sup>68</sup> (**voir infra p.44 et suivante**).

**.B.2.2.** La loi Cherpion, dont sont issues ces règles sur le prêt licite de salarié sans but lucratif, avait pour objectif de sécuriser au plan pénal la mise à disposition d'un salarié entre entreprises, et d'échapper à une partie de la jurisprudence de la Cour de cassation qui donne une définition assez large du but lucratif.

Les remarques et les interrogations que suscitent sur ce point la loi Cherpion permettent d'en douter. Ainsi :

- si le respect de la loi Cherpion rend le prêt de salarié licite et ne permet plus de constater l'infraction de prêt exclusif de main-d'œuvre mentionnée à l'article L.8241-1 du code du travail, elle laisse subsister l'infraction de marchandage mentionnée à l'article L.8231-1 du code du travail, ce qui n'est guère rassurant pour les entreprises,

- la loi Cherpion passe sous silence l'essentiel, c'est-à-dire le transfert de la subordination juridique de l'entreprise prêteuse vers l'entreprise utilisatrice. En effet, le prêt licite d'un salarié entraîne le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise utilisatrice. Ce sujet, qui n'est jamais anodin, se pose avec d'autant plus de pertinence que la loi Cherpion permet de prêter un salarié dès le jour de son embauche et pour plusieurs années<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Dispositions issues de l'article 40 de la loi n°2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels (dite loi Cherpion).

<sup>67</sup> Le respect du formalisme « blanchit » l'illégalité de principe du prêt de salarié. Si non respect, voir l'analyse de la Cour de cassation dans Cass. soc. n° 12-27855 du 11 mars 2015 RANDSTAD.

<sup>68</sup> Cass.soc. n°17-25910 du 28 mai 2019 Gestclair.

<sup>69</sup> La loi Cherpion ne fixe en effet aucune limite à la mise à disposition du salarié prêté qui peut durer plusieurs années.



L'entreprise utilisatrice s'expose (sans le savoir ?) au délit de dissimulation d'emploi salarié, en sus de celui de marchandage.

.- la loi Cherpion est-elle applicable dans les entreprises qui n'ont pas d'institutions représentatives du personnel (IRP)? En principe non, puisque la consultation de ces institutions est obligatoire, et pour chaque mise à disposition, en application de l'article L.8241-2 du code du travail. Une entreprise sans IRP court un risque pénal, alors qu'elle pense être couverte par la loi Cherpion.

.- pour la même raison, la loi Cherpion ne s'applique pas à la mobilité internationale intragroupe, puisque l'entreprise étrangère qui mettrait à disposition un de ses salariés, sous un statut de détaché, ne possède ni comité d'entreprise, ni délégué du personnel, ni comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. La mobilité internationale intragroupe reste donc un prêt de main-d'œuvre à but lucratif, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>70</sup>, non autorisé et donc illicite, lorsque le salarié travaille en France sous le statut de détaché, et non pas en emploi direct.

### **.C. Qu'est ce qu'un prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif, caractéristique de la fausse sous-traitance ?**

Le prêt illicite de main-d'œuvre consiste pour l'entreprise A, appelée le fournisseur ou sous-traitant, à mettre à la disposition de l'entreprise B, appelée l'utilisateur ou donneur d'ordre, un ou plusieurs de ses salariés, en dehors des cas prévus et autorisés par la loi, c'est-à-dire en dehors des cas mentionnés au paragraphe .B. ci-dessus. L'entreprise B va faire travailler ce salarié qui lui est prêté comme s'il s'agissait de son propre personnel, en lui donnant du travail, en lui adressant ordres et directives et en contrôlant son activité. Cette opération se traduit par un transfert de la subordination juridique de l'entreprise A vers l'entreprise B.

La plupart du temps, cette opération donne lieu à une facturation par l'entreprise A et au paiement d'un prix par l'entreprise B.

En première analyse, cette opération constitue le délit de marchandage et/ou le délit de prêt exclusif de main-d'œuvre, qui sont l'une des traductions juridiques de la fausse sous-traitance.

#### **.C.1. Les précisions apportées par la Cour de cassation**

Les précisions apportées par la jurisprudence de la Cour de cassation sont essentielles pour faire la distinction entre un prêt illicite de main-d'œuvre et une vraie sous-traitance<sup>71</sup>.

##### **.C.1.1. Le prêt de main-d'œuvre est caractérisé, à titre principal, lorsque :**

- ⇒ l'entreprise B fournit le travail au salarié de l'entreprise A,
- ⇒ l'entreprise B, notamment par son personnel d'encadrement, organise l'activité, détermine le mode opératoire, fixe les tâches à accomplir, donne les ordres, directives et instructions,
- ⇒ l'entreprise B fixe et contrôle les horaires de travail, les jours de repos ou de congés,

<sup>70</sup> Voir p.42 paragraphe .C.1.4.

<sup>71</sup> **Voir le détail de cette jurisprudence infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.**

- ⇒ le salarié de l'entreprise A apparaît dans l'organigramme de l'entreprise B ; il est destinataire des notes de service que l'entreprise B adresse à son propre personnel et il participe aux réunions de services de l'entreprise B,
- ⇒ le salarié de l'entreprise A rend compte au quotidien de son activité à l'entreprise B et en réfère chaque fois que nécessaire,
- ⇒ le salarié de l'entreprise A n'a quasiment aucun contact à caractère professionnel avec son entreprise,
- ⇒ les tâches confiées au salarié de l'entreprise A relèvent de l'activité normale et habituelle de l'entreprise B,
- ⇒ le salarié prêté effectue les mêmes tâches que les salariés de l'entreprise B,
- ⇒ l'entreprise B choisit le salarié, le révoque ou demande à le remplacer,
- ⇒ le salarié de l'entreprise A ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel de l'entreprise B,
- ⇒ le salarié de l'entreprise A reçoit une formation de la part de l'entreprise B,
- ⇒ les travaux et les tâches confiés à l'entreprise A ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,
- ⇒ l'entreprise B demande au salarié d'accomplir des travaux et des tâches qui ne relèvent pas de son métier,
- ⇒ des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats<sup>72</sup>, factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un prêt de main-d'œuvre ou de la mise à disposition du salarié.

**Nota**

*Ces différents éléments ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction de la situation de travail contrôlée, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la fausse sous-traitance.*

*Mais tous les éléments présents doivent être mentionnés dans la procédure.*

**.C.1.2. Les éléments suivants sont insuffisants à eux seuls pour caractériser le prêt de main-d'œuvre, mais sont (très) utiles pour conforter l'analyse**

- ⇒ lors d'un contrôle, le salarié se présente ou est présenté comme un intérimaire,
- ⇒ la facturation est établie en fonction des heures de travail ou porte le nom du salarié,

<sup>72</sup> Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».

- ⇒ l'entreprise B fournit les matériaux, les équipements et le matériel,
- ⇒ le salarié de l'entreprise A porte les vêtements de travail de l'entreprise B,
- ⇒ l'entreprise A n'a pas fait l'objet d'une demande d'agrément auprès du maître d'ouvrage et est inconnue de celui-ci,
- ⇒ l'entreprise A n'est pas invitée aux réunions de chantier ou équivalent,
- ⇒ l'identité de l'entreprise A n'est pas affichée sur un panneau visible depuis la voie publique,
- ⇒ l'entreprise A n'est pas considérée par l'entreprise B comme une entreprise extérieure, au sens des articles R.4511-1 et suivants du code du travail, avec toutes les conséquences qui en découlent.

### **Nota**

#### **.1) Quid de la sous-traitance de pose ?<sup>73</sup>**

*La sous-traitance de pose, qui est une sous-traitance de capacité, est licite. Mais dans la mesure où le donneur d'ordre fournit au sous-traitant tous les éléments techniques (matériel, matériaux, matière première, machine etc) et que le sous-traitant ne vient qu'avec ses salariés pour réaliser un travail sans spécificité particulière, le risque est particulièrement grand de constater que le donneur d'ordre donne des instructions et dirige et contrôle étroitement le travail de pose de « son » produit<sup>74</sup>.*

*Si cet encadrement par le donneur d'ordre existe, la fausse sous-traitance est avérée. Elle sera confortée par la dépendance technique, voire la dépendance économique du sous-traitant.*

*La sous-traitance de pose devient alors une simple « sous-traitance » illicite de main-d'œuvre.*

*Mais la dépendance technique ou économique du sous-traitant de pose n'est pas suffisante pour requalifier la relation contractuelle en marchandage et /ou en prêt illicite de main-d'œuvre.*

#### **.2) Quid du travail en régie ?**

*Le travail en régie est une expression juridique relevant du droit administratif ; c'est une modalité d'exécution du service public, soit directement par l'Etat ou une collectivité, soit par un établissement public administratif. Cette expression est cependant utilisée dans le secteur privé, sans pouvoir se rattacher à une norme juridique particulière. Or, il est fréquent que l'emploi de cette expression dans le secteur privé recouvre en réalité des travaux exécutés par un salarié mis à disposition dans le cadre d'opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre, car la facturation est faite à l'heure de travail effectuée par le salarié. La plus grande attention est donc à porter, dès lors que cette expression est utilisée lors d'un contrôle ou mentionnée dans un écrit.*

<sup>73</sup> Voir supra p.23 et infra p.69.

<sup>74</sup> La situation classique est celle de la pose des parpaings dans le BTP.

### .C.1.3. Les éléments suivants ne font pas obstacle à la reconnaissance du prêt de main-d'œuvre illicite

- ⇒ un contrat de sous-traitance ou équivalent est rédigé,
- ⇒ le salarié prêté est qualifié ou très qualifié; le prêt de main-d'œuvre peut viser un cadre, dès lors qu'il reçoit son travail et ses instructions de l'entreprise B.
- ⇒ le salarié prêté dispose de son équipement de travail ou de son outillage, ce qui est le cas notamment dans le bâtiment ou le travail de la viande,
- ⇒ les salariés de l'entreprise A sont supervisés par un chef d'équipe de l'entreprise A, dès lors que tous les salariés de l'entreprise A, y compris le chef d'équipe, reçoivent leur travail et les directives de l'entreprise B qui les encadre et dirige,
- ⇒ la rémunération est forfaitaire,
- ⇒ l'entreprise sous-traitante qui fournit la main-d'œuvre est établie hors de France.

#### **Nota**

*La procédure destinée à établir le prêt de main-d'œuvre et la mise à disposition du salarié doit mentionner tous les éléments de fait identifiés lors de l'enquête, en les présentant dans l'ordre décroissant de pertinence et d'importance. La conviction du juge se forge au regard de l'ensemble de ces éléments.*

### .C.1.4. Quid de la preuve du but lucratif ?

L'opération de prêt de main-d'œuvre ou de mise à disposition du salarié, une fois établie, doit se réaliser dans un but lucratif.

La preuve du but lucratif de l'opération est (très) simple à rapporter, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation. La jurisprudence de la Cour de cassation s'explique notamment par le fait que le code du travail précise que l'opération de prêt de main-d'œuvre est **à but** lucratif, et non pas **à caractère** lucratif. Cette différence rédactionnelle, voulue par le législateur, est fondamentale. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer l'existence d'un bénéfice, d'un profit ou d'une plus value financière pour l'entreprise A et/ou l'entreprise B.

La Cour de cassation considère que le but lucratif du prêt de main-d'œuvre ou de la mise à disposition d'un salarié est établi dès lors qu'un des éléments suivants existe ou est avéré<sup>75</sup> :

- ⇒ l'établissement d'une facturation, y compris à prix coûtant<sup>76</sup>,
- ⇒ l'utilisateur facture des frais de gestion,

<sup>75</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>76</sup> Sauf respect de la loi Cherpion voir *supra* p.40.

- ⇒ le paiement d'un prix, y compris à prix coûtant<sup>77</sup>,
- ⇒ le versement d'une contrepartie financière, y compris à prix coûtant<sup>78</sup>,
- ⇒ l'opération est effectuée à titre onéreux,
- ⇒ l'utilisateur ne supporte pas les salaires et les cotisations sociales,
- ⇒ l'utilisateur bénéficie d'une souplesse dans la gestion de son personnel,
- ⇒ un profit, un bénéfice ou un gain pour le fournisseur ou l'utilisateur de la main-d'œuvre.

Ces éléments sont alternatifs et non pas cumulatifs. Cependant, la coexistence de plusieurs de ces éléments dans une affaire doit être mentionnée, pour conforter le but (particulièrement) lucratif de l'opération.

Au regard de cette jurisprudence, il n'est donc pas juridiquement nécessaire de procéder à l'exercice, souvent fastidieux, de la comparaison du montant des bulletins de paie avec celui des factures, pour faire ressortir un différentiel positif sur les factures. Cependant, si le travail d'enquête fait apparaître un différentiel, il caractérise bien entendu le but lucratif.

Cet exercice et cette démonstration du différentiel sont davantage destinés à chiffrer l'ampleur de la fraude, ou le manque à gagner pour la sécurité sociale lorsque le fournisseur de la main-d'œuvre est une entreprise établie hors de France.

A défaut d'identifier un but lucratif, le marchandage ou le prêt de main-d'œuvre illicite n'est pas constitué<sup>79</sup>.

## **.C.2. Quelles différences entre l'infraction de marchandage et l'infraction de prêt illicite de main-d'œuvre ?**

Deux incriminations sont susceptibles d'être retenues en présence d'une fausse sous-traitance qui se traduit par la mise à disposition illicite de salarié : le délit de marchandage de l'article L.8231-1 du code du travail et/ou le délit de prêt illicite de main-d'œuvre de l'article L.8241-1 du code du travail. Quelle(s) incrimination(s) retenir ?

Ces délits ont trois points communs et deux différences.

### **.C.2.1. Les trois points communs**

- ⇒ l'entreprise B fournit le travail au salarié prêté ou mis à disposition,
- ⇒ le transfert de la subordination juridique, inhérent à la mise à disposition du salarié de l'entreprise A auprès de l'entreprise B,
- ⇒ le but lucratif de l'opération.

---

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> Cass. soc. n° 17-25910 du 28 mai 2019 GESTCLAIRE.

### .C.2.2. Les deux différences

⇒ **le marchandage** implique que le salarié subisse un préjudice ou que la loi ou le texte conventionnel soit éludé. Il s'agit d'une condition alternative et non cumulative.

Le préjudice subi par le salarié résulte, soit de l'atteinte portée à son statut individuel (emploi précaire, taux horaire inférieur à celui des salariés de l'utilisateur, pas de surveillance médicale, pas d'équipement de sécurité, moindre protection contre les risques professionnels, absence de déclaration d'accident du travail, absence de ticket restaurant etc), soit de l'atteinte portée à son statut collectif (moindre convention collective, moins de jours de congés, pas d'institution représentative du personnel, absence d'accord de participation ou d'intéressement, privation du système de protection sociale française ou du système des caisses de congés payés s'il est un salarié détaché).

A défaut de préjudice subi par le salarié, le marchandage n'est pas constitué, si, par ailleurs, la législation n'est pas éludée<sup>80</sup>.

L'évasion de la loi est quasi systématique puisque l'opération de prêt de personnel se fait en dehors du cadre qui régit le travail temporaire. La loi éludée n'est pas nécessairement la seule législation du travail ; il peut s'agir d'une loi relative, par exemple, à une profession réglementée de transport routier ou de sécurité privée. Le contournement des textes conventionnels dépend des modalités de la fraude.

La procédure, qui ne viserait que le délit de marchandage, doit donc impérativement présenter et détailler le préjudice subi par le salarié et/ou expliquer en quoi la loi ou les textes conventionnels sont éludés.

⇒ **le prêt illicite de main-d'œuvre** implique que cette opération soit exclusivement une mise à disposition de salarié, c'est-à-dire une mise à disposition de main-d'œuvre nue, sans autre prestation de la part de l'entreprise A qui fournit le salarié. Le caractère d'exclusivité s'apprécie, d'une part uniquement sur la tête du fournisseur de main-d'œuvre<sup>81</sup> et, d'autre part, non pas au regard des relations commerciales qu'entretiennent l'entreprise A et l'entreprise B, mais au regard de la seule situation de travail et d'emploi dans l'entreprise B du salarié prêté<sup>82</sup>.

Il n'est pas nécessaire de constater un préjudice subi par le salarié, ni le contournement de la loi ou d'un texte conventionnel.

---

<sup>80</sup> Cass. soc. n° 17-25910 du 28 mai 2019 GESTCLAIRE.

<sup>81</sup> Le caractère exclusif n'est pas remis en cause, même si l'entreprise utilisatrice fournit les échafaudages et le ferrailage.

<sup>82</sup> Le caractère exclusif n'est pas remis en cause, même si le prêt de main-d'œuvre s'inscrit dans le cadre d'un contrat de vente entre les deux entreprises.

**Nota**

*Dans la plupart des affaires de fausse sous-traitance par mise à disposition illicite de salarié, l'infraction de marchandage se cumule avec l'infraction de prêt illicite de main-d'œuvre, puisque les éléments constitutifs des deux infractions sont présents.*

*Il ne faut donc pas hésiter à faire état de ces deux infractions dans la procédure transmise au procureur de la République, pour donner à cette procédure le maximum de sécurité juridique. Il serait regrettable en effet que tout le travail d'enquête destiné à démontrer et à établir le transfert de la subordination juridique et la fausse sous-traitance soit fragilisé par une qualification pénale partielle et incomplète.*

**.C.3. Quels sont les clignotants du prêt illicite de personnel et de la fausse sous-traitance ?**

La fausse sous-traitance est une délinquance d'intelligence, qui peut « rapporter gros ». Rarement, les protagonistes avouent et reconnaissent la fraude à la loi ; ils affirmeront qu'il s'agit d'une opération de sous-traitance.

Les agents de contrôle sont donc conduits à constater, la plupart du temps, de leur seule initiative que le salarié qui est en activité fait l'objet d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre.

Il n'existe pas une recette ou un « truc » pour déceler a priori cette fraude à la loi, très diffuse dans le monde du travail. Si le BTP reste un secteur d'activité sensible avec donc une vigilance particulière des agents de contrôle, de nombreux autres secteurs d'activité sont victimes de ces pratiques dont l'identification et la caractérisation ne sont pas évidentes pour un non initié.

**.C.3.1. Les éléments factuels suivants (non exhaustifs) sont autant de clignotants pour les agents de contrôle :**

⇒ la survenance d'un accident du travail ou le constat du non respect d'une disposition du code du travail,

⇒ le salarié effectue des tâches totalement intégrées au fonctionnement de l'entreprise B, et difficilement dissociables de son process ; son activité est fondue dans celle des salariés de l'entreprise B (nettoyage de chambres d'hôtel, travail de la viande dans l'atelier de désossage, le laboratoire ou le stand du donneur d'ordre, tenue de l'accueil ou du standard téléphonique de l'entreprise B, mise en rayon de produits dans un hypermarché, compostage de chèques dans le back office d'une banque, vente de meubles dans un magasin d'ameublement, conduite des véhicules de l'entreprise B, débosselage de carrosserie de véhicules de l'entreprise B après un orage de grêle, le personnel navigant commercial, voire technique, en service à bord des avions d'une autre compagnie aérienne...),

⇒ la liste des entreprises extérieures fournies par l'entreprise utilisatrice, en application de l'article R.4511-11 du code du travail, mentionne des activités sous-traitées qui méritent une attention particulière (ramassage des caddies sur un parking de supermarché,

prestations informatiques à demeure, autres prestations intellectuelles à demeure notamment dans les bureaux d'étude d'entreprises d'ingénierie...),

⇒ cette liste ne mentionne pas la présence dans l'entreprise B de l'entreprise sous-traitante A qui a été « oubliée »,

⇒ le langage utilisé par le donneur d'ordre : entreprise prestataire, travail en régie, salarié en mission, salarié tâcheron, salarié en attachement, salarié en dépenses contrôlées, salarié en mobilité,

⇒ le salarié se présente ou est présenté comme un intérimaire,

⇒ le salarié porte les vêtements et les équipements du donneur d'ordre,

⇒ le salarié ne se présente pas comme un salarié d'un sous-traitant,

⇒ le sous-traitant est occulte pour le maître d'ouvrage et ignoré des réunions de travail (réunions de chantier...),

⇒ le représentant de l'entreprise A ne se rend quasiment jamais sur le lieu de travail du salarié,

⇒ les mentions écrites dans les documents commerciaux (devis, factures, contrats, avenants, cahiers des charges, ordre de services, bon de travail...) qui contiennent parfois des mentions fortement allusives ou explicites,

⇒ plus rarement la plainte du salarié victime ou d'une organisation syndicale.

**.C.3.2.** Par ailleurs, certaines activités sont connues pour être porteuses de fausse sous-traitance : travail et désossage de la viande, montage de parpaings, coulage de sols industriels ou de chapes en béton, construction navale, mise en rayon et démonstrateurs dans les magasins, personnel fourni par les sociétés événementielles (hôtesse d'accueil), pseudo junior entreprises ; en outre, un nombre non négligeable de prestations de services internationales se traduisent par de la fausse sous-traitance. Ces activités, par nature, sont particulièrement regardées et examinées.

Enfin, dans cette matière, l'expérience des agents de contrôle compte et permet d'identifier, quel que soit le secteur d'activité, une situation à risque qui mérite une attention spécifique.

#### **.C.4. Quels sont les incontournables d'une enquête relative à du prêt illicite de main-d'œuvre ?**

Chaque affaire de fausse sous-traitance est particulière. Pour autant, certaines démarches des agents de contrôle habilités restent constantes et incontournables pour se déterminer en toute connaissance de cause. Ces dossiers donnent lieu en général à des défenses pugnaces des personnes mises en cause auxquelles la procédure doit résister. Il faut donc établir le faisceau d'indices le plus démonstratif et convaincant.

##### **.C.4.1. Les agents de contrôle habilités**

Les agents de contrôle habilités en matière de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre sont moins nombreux que ceux habilités en matière de travail dissimulé. Il s'agit :



- ⇒ des agents de l'inspection du travail,
- ⇒ es gendarmes et des policiers,
- ⇒ des agents des douanes, pour le seul marchandage,
- ⇒ des agents des impôts, pour le seul marchandage.

Les procédures, surtout lorsqu'elles n'omettent pas de viser l'infraction de dissimulation d'emploi salarié, établies par ces agents peuvent être utilisées par les organismes de recouvrement pour demander à l'entreprise B le paiement des cotisations et des contributions sociales qu'elle a éludées à l'occasion de l'emploi du salarié prêté et mis à sa disposition<sup>83</sup>.

#### **.C.4.2. L'accès à tous les documents relatifs à l'opération litigieuse**

L'accès à ces documents et leur connaissance sont essentiels.

.- En raison de leur statut, les agents ont accès *a minima* aux documents commerciaux (devis, factures, contrats, avenants, cahiers des charges, ordre de services, bon de travail...) qui représentent le dénominateur commun de leurs pouvoirs d'investigation. Ces documents résultent d'écrits classiques, de télécopies ou de courriels.

La lecture de ces documents pourra être sans intérêt, s'ils sont laconiques, peu nombreux ou bien rédigés ; mais ces documents peuvent aussi contenir des informations utiles, voire déterminantes et décisives. Ne pas les consulter peut empêcher d'établir une procédure ou de l'affaiblir.

Ces documents peuvent être demandés indifféremment au donneur d'ordre et/ou au sous-traitant ; les réclamer aux deux intéressés évite la rétention de documents par l'un ou l'autre et assure une meilleure exhaustivité.

.- les documents utilisés pour contrôler et comptabiliser les heures de travail. En présence d'une situation de fausse sous-traitance, il est (très) fréquent que l'entreprise B, l'entreprise utilisatrice, établisse le planning, assure le pointage des horaires de travail du salarié prêté, le contrôle, le valide par une signature et l'adresse à l'entreprise A, après en avoir gardé un double. Cet horaire est parfois contresigné par le salarié, qui lui-même en conserve souvent un exemplaire.

La tenue de ce pointage s'explique par le fait que, comme tout employeur, l'utilisateur veut contrôler le temps de travail et les absences de son personnel; par ailleurs, en présence d'une fausse sous-traitance la facturation se fait sur une base horaire et un temps de présence, même si, facialement, la facture éditée présente une somme forfaitaire non détaillée par heures de travail.

Le planning et le pointage peuvent être demandés à l'entreprise utilisatrice et au salarié ; ce dernier fournira d'ailleurs peut-être à cette occasion des documents plus probants que ceux remis par l'entreprise B.

---

<sup>83</sup> Voir *infra* p.53 et suivantes.

Le pointage de l'horaire ou du temps de présence du salarié, sous une forme ou une autre<sup>84</sup>, est un élément fondamental du faisceau d'indices, qui caractérise le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise B et donc le prêt de personnel. Avoir communication de ce pointage est déterminant pour l'enquête. Par ailleurs, le pointage n'est pas une mesure isolée mise en œuvre par l'entreprise B à l'égard du salarié prêté. Elle fait partie d'un ensemble de comportements de l'entreprise B qui atteste du transfert de la subordination juridique. Le but de l'enquête est d'identifier ces autres comportements.

- **les documents de travail** remis au salarié par l'entreprise B. L'utilisateur fournit le travail au salarié qui lui est prêté. Pour certains métiers, la fourniture du travail s'accompagne de la remise de fiches de poste, de fiches de travail, de plans ou de spécifications, de modes opératoires, de bible de conduite, de guide de travail, de *vadémécum*<sup>85</sup>, de fiche de compte rendu ou d'inventaire, de notes de services, voire du règlement intérieur.

Obtenir communication de ces documents de travail est aussi déterminant que le planning et les documents de pointage car ils attestent d'une immixtion forte et du pouvoir de direction, d'instruction et de contrôle de l'entreprise B et de l'absence de l'entreprise A dans le processus de travail du salarié prêté.

**.C.4.3. L'audition du salarié prêté est un exercice obligatoire et incontournable**, ce qui est susceptible de représenter une charge de travail conséquente pour l'enquêteur si le nombre de salariés est important et que, de surcroît, il ne s'exprime pas en langue française<sup>86</sup>. L'audition du salarié vise à déterminer qui exerce sur lui l'autorité pendant son activité professionnelle.

Cette audition s'ajoute à celle des personnes responsables de l'entreprise A et de l'entreprise B, impliquées dans la relation commerciale litigieuse.

L'audition du salarié porte sur la façon très concrète dont il travaille de façon quotidienne : horaire de travail, accomplissement d'heures supplémentaires, nature du travail, fourniture du travail, identification de son encadrement, demande de consignes, rendu compte, restitution de son activité et relation avec son employeur officiel.

L'audition du salarié doit être l'occasion de lui demander de communiquer tous les documents, dont il a connaissance, relatifs à son activité professionnelle : pointage, bible de travail, *vadémécum*, fiche de poste, notes de services, organigramme.

Lorsque le contrôle d'une situation de fausse sous-traitance n'est pas inopiné, mais préparé et organisé, l'audition du salarié peut résulter d'un questionnaire spécifiquement adapté et préalablement établi. Ce questionnaire, traduit dans une langue appropriée, facilite l'audition du salarié de nationalité étrangère.

En tout état de cause, l'audition du salarié doit porter sur le maximum d'items mentionnés ci-dessus aux points C.1.1. et C.1.2.

<sup>84</sup> Feuilles d'heures, émargement d'un registre ou d'un cahier ou badgeage électronique.

<sup>85</sup> La bible, le guide ou le *vadémécum* est un document (parfois un classeur) confectionné par l'entreprise B qui détaille la conduite à tenir et les actes et gestes à accomplir au quotidien par le salarié dans le cadre de son poste de travail.

<sup>86</sup> Cas des salariés de nationalité étrangère, en emploi direct ou détachés.

**Nota**

*La mise en œuvre du droit d'audition (libre ou soumis à l'assentiment préalable de la personne entendue) varie selon le statut et la qualité des agents de contrôle ou des services de recouvrement et, en outre, dépend parfois du cadre juridique dans lequel ils opèrent.*

*Parfois même l'audition du salarié est prohibée, car irrégulière<sup>87</sup>.*

*Le non respect du droit d'audition est susceptible d'entacher l'audition, voire toute la procédure, de nullité.*

**.C.5. Les personnes mises en cause, les incriminations et les sanctions**

Une enquête de prêt illicite de main-d'œuvre résultant d'une fausse sous-traitance nécessite du temps et un investissement conséquent pour les agents de contrôle habilités. Il est donc indispensable que les nombreuses conséquences juridiques qui résultent de cette fraude soient toutes bien identifiées et traitées.

**.C.5.1. Les deux entreprises qui participent à l'opération de fausse sous-traitance** sont co auteurs des infractions de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre<sup>88</sup>. Leur responsabilité pénale est équivalente ; elles encourent les mêmes sanctions pour la commission de ces deux infractions. Mais l'entreprise utilisatrice, l'entreprise B, encourt des mises en cause supplémentaires pour la commission d'autres infractions.

Cette égalité pénale devant la loi ne signifie pas pour autant que les sanctions infligées par le juge seront identiques. L'une des deux entreprises, en raison de son poids économique, ou de la répétition de ses agissements, ou de son comportement de dissimulation ou de tromperie ou d'obstacle, peut légitimement se voir sanctionnée plus fortement. Pour permettre au juge de se prononcer en tout état de cause, la procédure doit contenir ces éléments de contexte et d'environnement.

**Nota**

*Quid de la mise en cause du maître d'ouvrage dans le schéma suivant?*

*L'entreprise A, le maître d'ouvrage, confie un marché à l'entreprise B, qui emploie des salariés de l'entreprise C dans le cadre d'une opération de prêt illicite de personnel. La responsabilité pénale de A peut-elle être retenue pour recours à l'entreprise B qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié mis illégalement à sa disposition?*

*Pas de jurisprudence à ce jour pour illustrer ce cas de figure.*

<sup>87</sup> Cass. civ. 2 n° 17-24359 du 20 septembre 2018 URSSAF DE LA MANCHE ; dans une affaire de dissimulation d'emploi salarié en relation avec du marchandage et du prêt illicite de main d'œuvre, audition du salarié prêté. Voir également Cass. civ. 2 n° 13-19493 du 9 octobre 2014 URSSAF DES COTES D'ARMOR ; *contra* Cass. soc. n° 99-20506 du 14 juin 2001 URSSAF DE MONTPELLIER.

<sup>88</sup> L'une n'est donc pas auteur et l'autre complice.

*Cependant, retenir la responsabilité du maître d'ouvrage n'est pas irréaliste. Par exemple, dans l'hypothèse où l'entreprise B n'a pas de salarié et ne déclare cependant pas de sous-traitant au maître d'ouvrage. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui impose à celui qui recourt à une entreprise de s'assurer qu'elle ne pratique pas de travail dissimulé, il faudra que le maître d'ouvrage s'explique sur son choix de confier l'exécution d'un marché à un cocontractant qui n'avait pas les moyens humains de le réaliser.*

### **.C.5.2. Les incriminations**

En premier lieu, l'entreprise A, qui prête, et l'entreprise B, qui utilise, commettent chacune les infractions de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre.

Mais l'entreprise B, qui utilise le salarié mis à disposition, commet d'autres infractions qui ont des conséquences lourdes et dissuasives, notamment pour lutter contre le dumping social du fait du recours à une entreprise étrangère<sup>89</sup>.

La jurisprudence considère en effet que l'utilisateur devient l'employeur de fait du salarié prêté, pendant le temps de sa mise à disposition. Cette analyse résulte du fait que l'utilisateur fournit le travail et exerce la subordination juridique sur ce salarié. Il commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié prévue par l'article L.8221-5 du code du travail, puisqu'il n'a pas effectué la DPAE, ni remis de bulletin de paie au salarié prêté ; il commet également, par voie de conséquence, l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité par défaut de déclarations sociales prévue à l'article L.8221-3 du code du travail, puisque la part de l'activité économique réalisée par ce salarié dissimulé est soustraite à l'assiette des cotisations sociales dues.

**Relever cette (ou ces) infraction(s) dans la procédure est essentielle** car les conséquences sont bien plus importantes que celles attachées à la seule infraction de marchandage et à la seule infraction de prêt illicite de main-d'œuvre, notamment en raison du recouvrement auprès de l'entreprise B des cotisations sociales liées à l'emploi du salarié prêté et de l'action prud'homale que ce salarié peut engager à l'encontre de cette entreprise.

L'entreprise B commet également l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail prévue par l'article L.8251-1 du code du travail, si le salarié prêté est un ressortissant étranger qui ne possède pas d'autorisation pour travailler en France.

L'entreprise B commet en outre toutes les autres infractions à la législation du travail, notamment s'il survient un accident du travail, si la législation relative à la durée du travail, au repos dominical ou au Smic n'est pas respectée.

L'entreprise B s'expose à l'infraction d'abus de vulnérabilité prévue par les articles 225-13 et 225-14 du code pénal ainsi qu'à l'infraction de travail forcé ou en servitude prévue par les articles 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal,

---

<sup>89</sup> Voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>

L'entreprise B s'expose enfin aux sanctions relatives à l'hébergement collectif des salariés (défaut de déclaration, hébergement non conforme, hébergement indigne<sup>90</sup>), si elle assure elle-même cet hébergement.

#### **NOTA**

*Considérer que l'entreprise utilisatrice est l'employeur du salarié prêté et en tirer toutes les conséquences juridiques présente un grand intérêt lorsque la fausse sous-traitance résulte d'une fausse prestation de services internationale.*

*Dans cette hypothèse, peu importe le sort juridique réservé dans la procédure à l'entreprise établie hors de France, puisque le donneur français, utilisateur du salarié détaché qui lui est prêté, est considéré comme le seul et véritable employeur, avec toutes les conséquences de droit.*

*Il est donc essentiel de relever à son encontre l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.*

*Cette démarche de lutte contre le dumping social est d'autant plus utile que beaucoup de relations commerciales entre les donneurs d'ordre français et les entreprises étrangères relèvent de la fausse sous-traitance.*

### **.C.5.3 les sanctions encourues sont de nature très diverse**

**.C.5.3.1. Les sanctions pénales** sont d'abord, et à titre principal, celles prévues par le code du travail pour marchandage, prêt illicite de personnel (entreprise A et entreprise B), travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et, le cas échéant, emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (entreprise B).

A ces sanctions de base, s'ajoutent éventuellement les sanctions prévues pour d'autres infractions mentionnées dans la procédure, telles que les infractions à la législation relative à l'hygiène, à la santé ou à la sécurité, à la durée du travail, au repos dominical ou au Smic, si elle n'est pas respectée (entreprise B).

S'appliquent également à l'égard de l'entreprise B les sanctions du code pénal pour abus de vulnérabilité (articles 225-13 et 225-14) ou pour travail forcé ou en servitude (articles 225-14-1 et 225-14-2), ainsi que les sanctions relatives à l'hébergement collectif des salariés (défaut de déclaration, hébergement non conforme, hébergement indigne<sup>91</sup>).

**.C.5.3.2. Les sanctions civiles**, souvent méconnues ou peu mises en œuvre, sont à la main des organismes de recouvrement et à l'initiative du salarié. Elles constituent pourtant un atout de poids pour lutter contre le dumping social.

<sup>90</sup> La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécemment : Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

<sup>91</sup> La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou réglementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécemment : Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

⇒ Les organismes de recouvrement des cotisations sociales (régime de base, retraite complémentaire et Pôle Emploi) peuvent s'adresser à l'entreprise B pour lui demander de payer, en qualité d'employeur de fait, les cotisations et contributions sociales qui sont dues en raison de l'emploi du salarié mis à sa disposition. Ils peuvent aussi se fonder sur la lecture que fait la Cour de cassation des dispositions de l'article L.1251-52 du code du travail relatives à la défaillance des entreprises de travail temporaire<sup>92</sup>. Cependant, il est rarissime que les organismes de recouvrement engagent cette action, elle aussi très dissuasive.

L'utilisateur du salarié prêté, l'entreprise B, verbalisée pour travail dissimulé, marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre peut se voir refuser les exonérations et les abattements de cotisations sociales sur salaire, ainsi que l'annulation de ces exonérations et de ces abattements dont il a bénéficié dans les 5 années précédant sa verbalisation.

⇒ Les caisses de congés payés du BTP ont également un intérêt fort à s'adresser à l'entreprise utilisatrice pour lui demander de verser les cotisations qui lui sont dues en raison de l'emploi du salarié mis à sa disposition. Cette démarche est particulièrement fondée lorsque le salarié mis à disposition est détaché au profit d'une entreprise française par une entreprise étrangère qui participe à une opération de fausse sous-traitance.

⇒ Le salarié prêté de façon illicite a la faculté de saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir de l'entreprise B les sommes qui lui sont dues (rappel de salaire<sup>93</sup>, paiement d'heures supplémentaires, participation, intéressement...), ainsi que l'indemnité forfaitaire de 6 mois de salaire pour travail dissimulé.

⇒ Les organisations syndicales peuvent désormais<sup>94</sup> utiliser, soit l'article L.1265-1, soit l'article L.8223-4 du code du travail, pour saisir d'initiative le conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits du salarié victime de la fausse sous-traitance, dès lors qu'il n'y se soit pas opposé.

L'intérêt pour les organismes de recouvrement, les caisses de congés payés du BTP, le salarié et les organisations syndicales de mettre en cause, par le mécanisme de la requalification, le donneur d'ordre en qualité d'employeur est de s'adresser en principe à un débiteur à meilleure consistance économique, plus solvable et dont l'existence est moins éphémère que le sous-traitant. Lorsque celui-ci est établi à l'étranger, la mise en cause du donneur d'ordre établi en France laisse espérer une meilleure exécution des décisions de justice.

---

<sup>92</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*.

<sup>93</sup> Notamment pour le salarié détaché payé 400 euros par mois.

<sup>94</sup> Article 9 de la loi n°20146790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, dite loi Savary.

**Nota**

***Quid des conséquences de l'arrêt Altun du 6 février 2018 et de l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018 de la CJUE relatifs au certificat de détachement dans une affaire de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre caractérisée par une situation de fausse prestation de services internationale résultant d'une fausse sous-traitance internationale?***<sup>95</sup>

⇒ *Dans une affaire de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre, la jurisprudence considère que l'utilisateur devient l'employeur de fait du salarié victime de cette opération.*

*Il en résulte que l'utilisateur requalifié peut être mis en cause, d'une part pour dissimulation d'emploi salarié sous ses trois modalités (défaut de DPAE, défaut de remise de bulletin de paie et défaut de déclaration sociale), et d'autre part pour le non paiement des cotisations et contributions sociales éludées en raison de cet emploi dissimulé.*

*En outre, le prétendu salarié détaché a la faculté de saisir le conseil de prud'hommes pour requalifier cet utilisateur en employeur de fait, avec toutes les conséquences sociales de droit.*

*S'agissant d'un utilisateur, employeur de fait d'un prétendu salarié détaché victime d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre et titulaire d'un certificat de détachement, cette analyse est contrariée par la jurisprudence de la CJUE, reprise par la Cour de cassation, lorsque la mise en cause de cet utilisateur se fonde sur le défaut de déclaration sociale.*

⇒ *Dans la décision Altun, la CJUE a confirmé sa jurisprudence A-Rosa du 27 avril 2017<sup>96</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse. L'institution de sécurité sociale française (Urssaf, MSA, caisse de retraite complémentaire...) doit préalablement demander le retrait de ce formulaire à l'institution de sécurité sociale de l'Etat qui l'a délivré et en obtenir son retrait.*

*Dans la décision Alpenrind, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens*

<sup>95</sup> Pour plus d'informations, voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur et disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr>

<sup>96</sup> Pour davantage d'analyse, voir les articles de commentaire de ces deux décisions publiés dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site.

⇒ L'application stricte que la Cour de cassation fait, tant en matière pénale qu'en matière civile, de la jurisprudence communautaire relative à la force probante du certificat de détachement fragilise sensiblement les procédures judiciaires engagées en France pour lutter contre la dissimulation d'emploi salarié d'un prétendu travailleur détaché, résultant d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre. Le bon épilogue de ces procédures ne dépend plus du juge français, mais du comportement de l'institution émettrice du certificat de détachement.

Il est à penser que, tous les cas, la Cour de cassation, sauf évolution ou revirement de jurisprudence, va en effet censurer toutes les procédures pénales ou civiles prononçant une condamnation, en s'affranchissant du certificat de détachement, sans avoir préalablement demandé, voire obtenu le retrait de ce formulaire auprès de l'institution qui l'a émis.

Tel est le sens dominant des décisions non équivoques rendues par la Cour de cassation depuis l'arrêt Altun de la CJUE

Dans l'arrêt Ryanair du 18 septembre 2018<sup>97</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions A-Rosa et Altun de la CJUE avait été respecté.

Dans les arrêts Krakbau du 9 mai 2018, STJ du 20 décembre 2018 et Batival du 24 janvier 2019<sup>98</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires STJ et Batival, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.

Dans les affaires STJ et Batival, l'application scrupuleuse de la jurisprudence A-Rosa par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à

<sup>97</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de commentaire de cette décision publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site.

<sup>98</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.



*tout principe régissant la qualité d'employeur.*

*Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt Groupement GTS du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>99</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.*

*⇒ Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019<sup>100</sup>, il résulte de cette jurisprudence que le juge français ne peut plus entrer directement en voie de condamnation pour non déclaration sociale à l'encontre d'un utilisateur, employeur de fait d'un prétendu salarié détaché dans le cadre d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre, soit au plan pénal, soit au plan civil, dès que lors que cette condamnation écarte d'office un certificat de détachement non préalablement contesté, voire non retiré par l'institution émettrice de ce document.*

*Si l'institution émettrice refuse de retirer le certificat de détachement, le juge français ne pourra pas entrer en voie de condamnation, même si la fraude est évidente.*

*Au plan pénal, le juge ne pourra pas condamner cet employeur de fait pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale, pour l'emploi d'un prétendu salarié détaché*

*Au plan civil, le juge ne pourra pas condamner cet employeur de fait à verser les cotisations sociales en France en raison de cet emploi, même si cette qualité a été reconnue par une autre décision de justice ayant autorité de chose jugée.*

**.C.5.3.3. Les sanctions financières** résultent de la mise en recouvrement par l'OFII<sup>101</sup> de la contribution spéciale pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (article L.5253-1 du code du travail) et de la contribution forfaitaire pour emploi d'un salarié étranger sans titre de séjour (article L.626-1 du CESEDA). Ces sanctions financières sont mises en œuvre, soit à l'encontre de l'entreprise A, employeur officiel et déclaré du salarié étranger, soit à l'encontre de l'entreprise B, donneur d'ordre, qui est considérée comme l'employeur de fait du salarié étranger prêté<sup>102</sup>.

L'un des objectifs de la lutte contre le travail illégal étant de mettre en cause, chaque fois que possible, le donneur d'ordre, notamment en raison de sa plus grande solvabilité, la logique conduit à réclamer de façon préférentielle, la contribution spéciale et la contribution forfaitaire à ce donneur d'ordre débiteur, plutôt qu'à l'entreprise sous-traitante dont

<sup>99</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

<sup>100</sup> Et des décisions à venir de la CJUE dans les affaires C-370/17 et C-37/18 VUELING.

<sup>101</sup> Sous réserve que les agents de contrôle habilités n'oublient pas d'adresser leur procédure à l'OFII.

<sup>102</sup> Voir la note d'information de la DPM du 20 février 1992 relative à la mise en cause de l'employeur réel d'un travailleur étranger démuné d'autorisation de travail. Voir également le Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal d'un salarié étranger sans titre de travail 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2017, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>

l'existence peut être éphémère ou qui est établie à l'étranger, ce qui rend son recouvrement aléatoire.

Ces sanctions financières ne sont pas à oublier car elles représentent un montant élevé et, donc, dissuasif.

**.C.5.3.4. Des sanctions administratives** s'appliquent à l'entreprise B en raison des trois infractions relevant du travail illégal qu'elle commet. Il s'agit:

⇒ du refus de certaines aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture pendant une durée qui ne peut excéder 5 ans (article L.8272-1 du code du travail),

⇒ du remboursement de ces mêmes aides, versées dans les 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal (article L.8272-1 du code du travail),

⇒ de la fermeture de l'établissement par le préfet, pour une durée qui ne peut pas excéder 3 mois (article L.8272-2 du code du travail),

⇒ de l'exclusion des marchés publics par le préfet, pour une durée qui ne peut pas excéder 6 mois (article L.8272-4 du code du travail).

**.C.5.4. Les articles L.8232-1 et L.8232-2 du code du travail sont-ils tombés en désuétude ?**

Les articles L.8232-1 et L.8232-2 du code du travail organisent un transfert de responsabilité pénale et civile sur l'entreprise cocontractante d'obligations qui sont normalement à la charge du sous-traitant.

Il s'agit de dispositions anciennes, issues du décret-loi du 8 août 1935 tendant à réprimer les abus du marchandage qui, semble-t-il, ont cessé de recevoir application<sup>103</sup>.

**.C.5.4.1. L'article L.8232-1 du code du travail** vise<sup>104</sup> les relations de sous-traitance impliquant trois intervenants, c'est-à-dire la sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975 ; il organise un transfert de responsabilité pénale, pour le non respect de certaines dispositions du code du travail<sup>105</sup>, du sous-traitant vers l'entreprise principale lorsque deux conditions sont réunies :

⇒ le contrat de sous-traitance porte essentiellement sur la main-d'œuvre des travaux à accomplir<sup>106</sup> ; le sous-traitant apporte principalement de la main-d'œuvre.

⇒ le sous-traitant n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, c'est-à-dire ne dispose pas de biens matériels (éléments corporels) nécessaires à

<sup>103</sup> Le dernier arrêt de la Cour de cassation date de 2009 : Cass.soc. n° 08-41483 du 3 juin 2009 LABORATOIRES VIGALIS ; voir également Cass. civ.2 n° 08-20740 du 17 décembre 2009 CEGELEC.

<sup>104</sup> L'article L.8232-1 ne s'applique pas aux activités agricoles lorsqu'elles ne sont pas commerciales dans leur forme d'organisation.

<sup>105</sup> Les conditions de travail (âge d'admission, durée et travail de nuit), les repos et congés, l'hygiène, la santé et la sécurité.

<sup>106</sup> Voir la circulaire du 29 mai 1936 de présentation du décret-loi du 8 août 1935.

l'exercice de son activité professionnelle et, surtout, ne justifie pas d'une clientèle multiple et concomitante (éléments incorporels)<sup>107</sup>.

Lorsque le sous-traitant ne respecte pas ces dispositions du code du travail, l'entreprise principale en devient pénalement responsable de plein droit au regard de dispositions du code du travail visées par l'article L.8232-1 du code du travail.

**.C.5.4.2. L'article L.8232-2 du code du travail** vise les relations commerciales binaires entre deux entreprises, qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans la loi du 31 décembre 1975 ; il organise un transfert de responsabilité civile à l'égard des salariés, des caisses de congés payés et des organismes de protection sociale du sous-traitant vers son donneur d'ordre, lorsque trois conditions sont réunies :

⇒ le sous-traitant doit recruter lui-même sa main-d'œuvre ; contrairement à l'article L.8232-1 du code du travail, la prestation du sous-traitant ne doit pas porter essentiellement sur la main-d'œuvre. La main-d'œuvre n'est pas nécessairement recrutée pour exécuter le marché du donneur d'ordre.

⇒ le sous-traitant ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal,

⇒ le sous-traitant est défaillant pour le paiement des salaires, des congés payés et de ses obligations résultant de la protection sociale des salariés.

L'article L.8232-2 du code du travail relève de la même logique que la solidarité financière en matière de travail dissimulé. Il s'agit de faire supporter par le donneur d'ordre les conséquences économiques d'une prétendue sous-traitance.

Bien que les articles L.8232-1 et L.8232-2 du travail soient datés, ils trouveraient sans doute à s'appliquer à certaines situations de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre transnationales.

#### **Nota**

*La mise en œuvre des sanctions financières, administratives et civiles, qui sont réellement dissuasives, suppose un bon échange de documents et d'informations entre les agents verbalisateurs et les différents autorités et organismes en charge de leur application.*

*Faute d'avoir communiqué ces documents et ces informations, la lutte contre cette forme de dumping social n'aura pas atteint ses objectifs.*

#### **.C.6. Pour un bon usage des infractions de marchandage et de prêt illicite de personnel**

Les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre sont le plus souvent constatées et poursuivies dans les affaires de fausse sous-traitance, c'est-à-dire d'une relation commerciale qui dissimule une mise à disposition illicite à but lucratif d'un salarié.

<sup>107</sup> Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

Mais les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre sont caractérisées également dans 6 autres situations, qui ne constituent pas de la fausse sous-traitance, mais qui relèvent également du trafic de main-d'œuvre.

**1<sup>ère</sup> situation.** Il s'agit du prêt de main-d'œuvre à but lucratif autorisé par la loi<sup>108</sup>, mais qui est effectué en violation du cadre juridique qui le régit. Dès lors que le prêt de main-d'œuvre se fait hors de ce cadre, il ne peut plus être considéré comme licite, c'est-à-dire conforme à la loi. Il devient illicite et constitue dès lors du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif.

Cette analyse résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la position du Conseil Constitutionnel<sup>109</sup>.

Cette analyse vaut tout particulièrement pour l'entreprise de travail temporaire et l'agence de mannequins, y compris lorsqu'elles sont établies à l'étranger, ainsi que pour l'utilisateur installé en France. Dans cette situation, l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire ou l'agence de mannequins sont co responsables au plan pénal<sup>110</sup>.

L'intérêt de cette analyse est alors de considérer que l'utilisateur français devient l'employeur de cet intérimaire ou de ce mannequin, détaché en France de façon illégale. L'utilisateur français ne peut pas revendiquer le bénéfice de la loi française sur le travail temporaire ou sur les agences de mannequins car il s'est placé en dehors de ce cadre juridique en ne le respectant pas<sup>111</sup>. Il commet donc également le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

**2<sup>ème</sup> situation** Il s'agit du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, tel qu'il a été défini et autorisé par la loi Cherpion aux articles L.8241-1 alinéa 6 et L.8241-2 du code du travail<sup>112</sup>. Ces articles visent des mises à disposition individuelles de salarié, entre deux entreprises, en dehors de toute relation de sous-traitance.

La lecture a contrario de ces articles du code du travail emporte pour conséquence que :

⇒ ces dispositions, même si elles sont respectées par les deux entreprises, ne légalisent pas le marchandage et ne font pas disparaître cette infraction à leur égard,

⇒ il suffit par ailleurs que l'entreprise qui prête un salarié facture des frais de gestion à l'entreprise qui accueille pour que ces deux entreprises soient mises en cause, non seulement pour marchandage, mais également pour prêt illicite de main-d'œuvre car le but lucratif est ainsi établi,

⇒ enfin, le non respect d'une des très nombreuses conditions substantielles posées par l'article L.8241-2 du code du travail pour rendre licite le prêt de main-d'œuvre, rend illicite la

<sup>108</sup> Voir p.3\_ et suivante.

<sup>109</sup> Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>110</sup> Not. Cass. crim. n° 16-86244 du 12 décembre 2017 D. ELECTRONICS SAMSIC INTERIM AQUITAINE.

<sup>111</sup> Par exemple, en signant des contrats de mise à disposition non conformes au code du travail ou en contractant avec une ETT sans garantie financière ou en ne pouvant justifier d'un surcroît exceptionnel d'activité.

<sup>112</sup> Voir supra p.40.

mise à disposition du salarié, dès lors que le but lucratif, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation (**voir supra p.44**), est avéré<sup>113</sup>.

**3<sup>ème</sup> situation** Il s'agit des structures associatives qui fournissent, contre rémunération, des artistes (et parfois des techniciens) à des producteurs de spectacles vivants, permettant ainsi à ces producteurs de ne pas apparaître comme l'employeur officiel des artistes et de s'affranchir de leurs obligations sociales. L'association se comporte comme l'employeur, alors qu'elle ne produit pas le spectacle. Le vrai producteur se contente de payer l'association sur facture.

Cette pratique n'est pas rare pour les spectacles occasionnels (dans un bar ou un café) ou pour les spectacles organisés dans le cadre d'activité saisonnière (animation musicale dans un club de vacances pendant la période estivale).

La mise à disposition d'artistes ou de techniciens dans le cadre de ce montage constitue du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre, ainsi que de la dissimulation d'emploi salarié pour le véritable producteur du spectacle vivant, c'est-à-dire le responsable du bar, du café ou du club de vacances. L'association est coauteur et complice de ces délits.

**4<sup>ème</sup> situation** Il s'agit de la mobilité internationale intragroupe du salarié<sup>114</sup> qui, dans le cadre de la gestion individuelle de son contrat de travail exécuté hors de France, est affecté temporairement en France dans une entreprise du groupe auquel appartient son employeur. L'affectation temporaire du salarié dans une entreprise en France dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe se fait soit par une embauche (temporaire) en France, soit par un détachement.

L'embauche en France du salarié en mobilité ne contrevient à aucune règle. Il en va autrement du détachement du salarié, qui correspond à un prêt de personnel ou à une mise à disposition, puisque la quasi totalité des situations de mobilité intragroupe s'accompagne d'un transfert de la subordination juridique vers l'entreprise française qui le reçoit, qui lui fournit le travail à réaliser, qui organise son travail et qui encadre son activité.

Ce prêt de personnel ne relève pas de la loi Cherpion, qui n'a pas été pensée et rédigée<sup>115</sup> pour traiter le prêt de personnel transnational ; en outre, la loi Cherpion ne blanchit pas l'infraction de marchandage. Ce prêt est par ailleurs à but lucratif, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation (**voir supra p.44**) : pas de salaire et de charges sociales supportés par l'entreprise française.

**5<sup>ème</sup> situation** Il s'agit d'entreprises, désormais souvent domiciliées hors de France, qui proposent, moyennant contrepartie financière, de la main-d'œuvre salariée, sans avoir le statut d'entreprise de travail temporaire, dont d'ailleurs elles ne se réclament pas. Cette

<sup>113</sup> Cf, l'analyse de la Cour de cassation dans Cass. soc. n°12-27855 du 11 mars 2015 RANDSTATD.

<sup>114</sup> Voir articles du même auteur « Le point sur la mobilité internationale intragroupe du salarié » publié sur son site, rubrique Actualités 8 décembre 2019 et « Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français ». Droit ouvrier Mai 2015 ; disponibles sur le site : <https://herveguichaoua.fr/> ; voir également le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur, disponible sur ce site.

<sup>115</sup> Cf. les références dans l'article L.8241-2 du code du travail aux institutions représentatives du personnel françaises.

activité d'intermédiation, totalement illégale en France, et qui n'est pas assimilable à de la sous-traitance, relève du trafic de main-d'œuvre, du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre pour les entreprises impliquées.

**6<sup>ème</sup>** Il s'agit d'entreprises, et parfois d'associations, qui proposent à d'autres entreprises des personnes présentées comme de prétendus stagiaires ou prétendus travailleurs indépendants ou prétendus bénévoles, alors qu'en réalité, ces personnes sont employées comme salariés, sans en avoir le statut. Cette activité d'intermédiation pour proposer et placer des stagiaires ou des travailleurs indépendants, voire des bénévoles, n'est pas en soi illicite dès lors qu'il s'agit de vrais stagiaires, travailleurs indépendants ou bénévoles. L'intermédiation pour les stagiaires est cependant soumise à agrément du ministère chargé de l'immigration, lorsque les stagiaires sont des ressortissants d'Etats tiers.

L'opération d'intermédiation devient illicite lorsqu'elle concerne des faux stagiaires, des faux travailleurs indépendants ou des faux bénévoles. Elle s'analyse en du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre à la charge des deux entreprises ; elle constitue également de l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, si le prétendu stagiaire, travailleur indépendant ou bénévole est un ressortissant d'un Etat tiers. L'entreprise ou l'association, auteur de l'intermédiation, est coauteur et complice de ces délits.

**En résumé,** les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre ne sont pas exclusivement mobilisables pour réprimer la fausse sous-traitance. Elles sont également appropriées pour sanctionner d'autres pratiques liées à du trafic de main-d'œuvre, notamment du fait des ETT établies hors de France qui prestent sur le territoire français sans respecter la législation française en matière de travail temporaire.

#### **Nota**

*Un prêt ou une mise à disposition de salarié entraîne le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil qui, de surcroît, lui fournit son travail. A défaut de texte précisant le contraire<sup>116</sup>, l'entreprise d'accueil devient son employeur. Celle-ci doit donc se comporter comme tel. A défaut, elle commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.*

*Autrement dit, même si la disposition est licite (cas de la loi Cherpion), cette opération ne neutralise pas bien entendu les effets du transfert de la subordination juridique à l'égard de l'entreprise d'accueil qui fournit le travail.*

*D'où l'intérêt de distinguer entre les éléments constitutifs de ces infractions : marchandage et prêt illicite d'une part, dissimulation d'emploi salarié d'autre part. Au-delà des différences d'incrimination, cette distinction présente un enjeu considérable pour le salarié mis à disposition et pour les organismes de recouvrement.*

<sup>116</sup> Cas des ETT, des agences de mannequins etc.

## **.II). 2<sup>ème</sup> situation : la fausse sous-traitance, par l'emploi occulte d'un salarié, dissimulé sous un prétendu statut de travailleur indépendant**

L'emploi d'un salarié sous un prétendu statut de travailleur indépendant<sup>117</sup> relève de la fausse sous-traitance puisque la relation de salariat est dissimulée sous l'apparence d'une relation commerciale.

.1. A l'origine, la différence fondamentale avec le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre tient essentiellement dans les modalités du montage commercial. Alors que le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre impliquent une relation à minima triangulaire (l'entreprise qui prête, l'entreprise qui utilise et le salarié prêté), le faux travail indépendant résulte d'une simple relation binaire entre le donneur d'ordre (l'employeur de fait) et le prétendu travailleur indépendant (le salarié de fait).

Mais l'apparition de formes sophistiquées de faux travail indépendant a remis en cause ce schéma, par la création de sociétés écrans, l'intervention de divers intermédiaires et la prestation de services internationale. Le faux travail indépendant, s'il continue de résulter principalement d'une relation binaire, peut s'inscrire dans d'autres schémas commerciaux illicites plus évolués.

.2. Les incriminations et les sanctions relatives au faux travail indépendant ne relèvent pas, contrairement au marchandage et au prêt illicite de main-d'œuvre, de textes spécifiques d'interdiction et de sanction inscrits dans le code du travail. Tout le processus d'incrimination et de sanction pénale et civile, repose sur une démarche de requalification de la relation contractuelle, initiée par les agents de contrôle et les services de recouvrement et validée par le juge, civil ou pénal. Cette requalification se légitime par le respect de l'ordre public social, auquel nul ne peut se soustraire<sup>118</sup>, fût-ce par un montage commercial très élaboré.

Le mécanisme de requalification conduit à constater l'existence d'infractions « de droit commun » mentionnées dans le code du travail. La qualité de donneur d'ordre est un leurre qui est écarté. Sa qualité d'employeur, qui a toujours existé, est sortie de l'ombre par le juge, qui lui fait application tout simplement le code du travail et le code de la sécurité sociale qu'il a tenté d'éluder.

.3. Les affaires de faux travail indépendant se présentent de façon très variée et n'épargnent aucun secteur d'activité : depuis les contrats d'intégration dans l'agriculture, les clubs de fitness et de remise en forme avec des « coachs » auto-entrepreneurs, les agences immobilières avec les négociateurs immobiliers, les centres de formation ou d'enseignement sans professeur ou intervenant salarié, les magasins ouverts le dimanche avec des caissiers et des vendeurs travailleurs indépendants, les entreprises de transport de petits colis sans chauffeur livreur salarié, le démarchage téléphonique par des agents commerciaux, ou encore le maraîchage en plein vent ou en serres assuré par des prestataires de services provenant des nouveaux Etats membres de l'Union européenne. Voire des artistes ou des mannequins (mineurs) payés sur facture.

<sup>117</sup> Il ne sera pas fait de développement spécifique pour l'auto-entrepreneur qui est un travailleur indépendant.

<sup>118</sup> Arrêt BARRAT et arrêt GUEGAN *voir supra* p.34.

## **.A. Les apparences du faux travail indépendant**

Le donneur d'ordre organise un système de travail indépendant d'apparence légalité et qu'il tente de justifier.

**.A.1.** Le prétendu recours par un donneur d'ordre à un faux travailleur indépendant se traduit par une apparence de légalité purement formelle de la relation d'affaires qu'il entretient avec le prétendu sous-traitant:

⇒ le travailleur indépendant est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, en qualité de personne physique ou de personne morale.

Lorsque l'exercice du métier est règlementé, il est également inscrit aux registres spécifiques : registre des agents commerciaux, registre des transporteurs ; il dispose de l'agrément pour les professions de la sécurité privée.

⇒ le travailleur indépendant est connu en tant que tel des organismes de recouvrement sociaux et des services fiscaux,

⇒ il émet des devis et des factures,

⇒ il dispose, éventuellement, d'un contrat commercial (contrat de sous-traitance, contrat de franchise, contrat d'intégration dans l'agriculture ; contrat d'apporteur d'affaires, contrat d'agent commercial, contrat de mandat, de concession ou de représentation...), de bons de commandes, d'ordres de service,

⇒ il peut lui-même être employeur de salarié.

**.A.2.** A contrario, la situation de travail ne relève pas d'une enquête relative à du faux travail indépendant dès lors que le travailleur ou son donneur d'ordre n'est pas en capacité de justifier de ce statut apparent, par la production de l'immatriculation aux registres consulaires, aux registres professionnels ou des déclarations fiscales et sociales.

Le statut de travailleur indépendant ne se présume pas ; il se prouve et se démontre. Si cette preuve n'est pas rapportée, il s'agit d'une situation de travail dissimulé classique.

La preuve de la qualité apparente de travailleur indépendant pose des problèmes récurrents avec les personnes établies hors de France et qui se présentent comme des « prestataires », c'est-à-dire des travailleurs indépendants dans l'Etat de leur provenance :

⇒ soit la personne ne produit aucun document justifiant sa qualité connue légalement de travailleur indépendant dans cet Etat ; en fonction de ses conditions de travail en France, elle est considérée comme un salarié dissimulé de son donneur d'ordre en France ou comme exerçant du travail dissimulé en France, par dissimulation d'activité économique. Son donneur d'ordre est mis en cause pour recours à du travail dissimulé.



⇒ soit, elle justifie de cette qualité dans l'Etat de provenance, mais travaille en France comme un faux travailleur indépendant<sup>119</sup>.

### **.B. La requalification de la situation apparente de travail indépendant**

**.B.1.** La requalification d'un prétendu sous-traitant en salarié s'effectue en démontrant que celui-ci n'exerce pas son activité professionnelle de façon libre et autonome pour le compte d'un donneur d'ordre, mais qu'il travaille dans les mêmes conditions qu'un salarié. Son activité professionnelle n'est pas indépendante ; elle est subordonnée.

La requalification de pseudo travailleur indépendant en salarié ne se fait pas au regard des conditions d'exercice de la totalité de son activité professionnelle, mais dans le cadre de chacune des relations qu'il entretient avec ses différents donneurs d'ordre. Ainsi, un travailleur indépendant qui a 4 donneurs d'ordre peut être requalifié en salarié à l'égard d'un seul de ceux-ci, alors que son activité professionnelle est exercée en toute indépendance à l'égard des 3 autres<sup>120</sup>.

Si le travailleur indépendant ne travaille que pour un seul donneur d'ordre, il ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal<sup>121</sup> ; la requalification est plus aisée.

La preuve de la subordination juridique s'administre par un faisceau d'indices qui, *grosso modo*, est le même que celui permettant d'identifier de la mise à disposition de salarié. La fausse sous-traitance, qu'elle résulte de la mise à disposition illicite de salarié ou du recours à un prétendu travailleur indépendant, se révèle, en dénominateur commun, par l'exercice de la subordination juridique par celui qui fournit le travail.

A ce titre, la requalification d'un prétendu auto entrepreneur en salarié s'effectue en application de la même grille d'analyse et les mêmes critères qu'un prétendu travailleur indépendant de droit commun<sup>122</sup>. Il en va ainsi en particulier si le prétendu auto entrepreneur exerce son activité par l'intermédiaire d'une plateforme électronique de mise en relation<sup>123</sup>.

**.B.2. Outre le fait que le donneur d'ordre fournit le travail au pseudo sous-traitant, la subordination juridique de celui-ci au donneur d'ordre se caractérise par les éléments (non exhaustifs) suivants :**

⇒ le donneur d'ordre a contraint le sous-traitant à prendre le statut de travailleur indépendant pour lui confier du travail ; le sous-traitant n'était pas auparavant un travailleur indépendant. Prendre le statut de travailleur indépendant n'est pas le libre choix du sous-traitant.

⇒ les conditions de travail imposées par le donneur d'ordre (horaires notamment) lui interdisent d'avoir sa propre clientèle,

<sup>119</sup> Dans certaines affaires de fausse prestation de services internationale, le donneur d'ordre en France employait simultanément, à la fois des prestataires qui ne pouvaient pas justifier de leur qualité dans l'Etat de provenance et des faux travailleurs indépendants.

<sup>120</sup> Voir *infra*. p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>121</sup> *Idem.*

<sup>122</sup> *Idem.*

<sup>123</sup> *Idem.*

- ⇒ le donneur d'ordre organise et encadre l'activité, détermine le mode opératoire, détermine les tâches à accomplir, donne les ordres, directives et instructions,
- ⇒ le donneur d'ordre fixe et contrôle les horaires de travail, les jours de repos ou de congés,
- ⇒ le sous-traitant pointe ses heures de début et de fin de travail,
- ⇒ le sous-traitant est formé par le donneur d'ordre au début de leur relation contractuelle,
- ⇒ le sous-traitant est soumis à une période d'essai ou une période probatoire,
- ⇒ le sous-traitant est soumis à des pénalités de même nature que des sanctions disciplinaires,
- ⇒ le sous-traitant est un ancien salarié du donneur d'ordre ; il continue de travailler dans les mêmes conditions.
- ⇒ le sous-traitant n'a pas la libre disposition de son outil de travail ; l'outil de travail est fourni par le donneur d'ordre uniquement quand le donneur d'ordre le fait travailler pour son compte<sup>124</sup>.
- ⇒ le donneur d'ordre impose au sous-traitant d'utiliser un matériel ou un équipement d'un modèle ou d'une nature bien déterminé,
- ⇒ le donneur d'ordre dispose du matériel et des équipements, mais pas du personnel salarié<sup>125</sup>,
- ⇒ le sous-traitant travaille exclusivement pour le donneur d'ordre ; il ne dispose pas d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.
- ⇒ le sous-traitant apparaît dans l'organigramme du donneur d'ordre au même titre que ses salariés ; il est destinataire des notes de service que le donneur d'ordre adresse à son propre personnel et il doit participer aux réunions de service du donneur d'ordre,
- ⇒ le sous-traitant rend compte au quotidien de son activité au donneur d'ordre et lui en réfère chaque fois que nécessaire, (au besoin par des fiches imposées par le donneur d'ordre),
- ⇒ le donneur d'ordre fixe le prix des prestations et les délais de paiement, et non l'inverse ;
- ⇒ en cas de plusieurs sous-traitants travaillant pour le même donneur d'ordre, les contrats commerciaux sont rédigés en termes identiques (contrat type) et imposés aux sous-traitants ; le prix et les délais de paiement sont identiques et imposés.
- ⇒ le donneur d'ordre établit les factures de son sous-traitant,

---

<sup>124</sup> Cas d'un pilote d'hélicoptère ou d'un moniteur de saut en parachute.

<sup>125</sup> Une entreprise de transport routier qui dispose de 10 camions mais d'aucun conducteur salarié.

⇒ le sous-traitant effectue les mêmes tâches que les salariés de l'entreprise B, le donneur d'ordre se réserve le droit de le révoquer à tout moment,

⇒ le sous-traitant ne dispose pas d'un savoir faire différent du personnel du donneur d'ordre,

⇒ les travaux et les tâches confiés au sous-traitant ne sont pas précisément définis, notamment en l'absence de contrat commercial écrit,

⇒ des écrits contenant des mentions explicites (devis, contrats<sup>126</sup>, factures, bons de commande, bons de travaux, ordres de services) font état d'un contrôle très poussé du donneur d'ordre sur l'activité du sous-traitant,

⇒ le sous-traitant a été recruté par voie d'annonces, voire via Pôle Emploi,

⇒ le client ignore que le travail est effectué par un travailleur indépendant sous-traitant.

S'agissant de la situation particulière du prétendu travailleur indépendant travaillant pour le compte et par l'intermédiaire d'une plateforme de mise en relation en ligne pour effectuer des courses ou des livraisons, la Cour de cassation reconnaît la requalification en salariat, en constatant que :

⇒ d'une part, l'application informatique était dotée d'un système de géolocalisation, permettant le suivi en temps réel par le donneur d'ordre de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci,

- d'autre part, le donneur d'ordre disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier,

ce dont il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination.

#### **Nota**

**.1)** Les différents éléments ci-dessus énumérés ne sont pas bien entendu cumulatifs. En fonction de la situation de travail contrôlée, seuls certains de ces éléments seront présents et suffiront à caractériser la fausse sous-traitance. Mais tous les éléments présents doivent être mentionnés dans la procédure.

**.2)** Dans deux décisions rendues récemment par la Cour de cassation<sup>127</sup>, le critère du service organisé, qui avait été relativisé par l'arrêt Société Générale du 13 novembre 1996, semble davantage valorisé et déterminant pour prononcer la requalification.

**.3)** Lorsque le donneur d'ordre recourt de façon simultanée à plusieurs prétendus travailleurs indépendants<sup>128</sup> pour faire prospérer son activité économique, il est nécessairement contraint

<sup>126</sup> Par exemple, un document intitulé « Contrat de délégation de personnel ».

<sup>127</sup> Cass. soc. n° 15-14267 du 1<sup>er</sup> mars 2017 RICHELIEU FINANCE ; cass. soc. n° 17-22670 du 28 novembre 2018 SAGEM.

<sup>128</sup> Plusieurs dizaines.

*de mettre en place une organisation collective, rigoureuse, encadrée et contrôlée de cette activité pour être efficace. On imagine mal en effet, par exemple, que chaque travailleur indépendant travaille à l'heure et au jour qui lui conviennent. Cette organisation collective et très poussée de l'activité économique, en raison du nombre de travailleurs, se traduit par une subordination juridique accrue, matérialisée par divers comportements du donneur d'ordre qui sont à relever lors de l'enquête.*

*La procédure destinée à établir le faux travail indépendant doit mentionner tous les éléments de fait identifiés lors de l'enquête, en les présentant dans l'ordre décroissant de pertinence et d'importance. La conviction du juge se forge au regard de l'ensemble de ces éléments.*

### **.B.3. Les éléments suivants sont insuffisants à eux seuls pour caractériser le faux travail indépendant, mais sont (très) utiles pour conforter l'analyse**

- ⇒ lors d'un contrôle, le sous-traitant se présente ou est présenté comme un salarié du donneur d'ordre,
- ⇒ la facturation est établie en fonction des heures de travail,
- ⇒ le sous-traitant porte les vêtements de travail du donneur d'ordre, ou doit inscrire l'identité de son donneur d'ordre sur son équipement de travail<sup>129</sup>,
- ⇒ le donneur d'ordre fournit les matériaux, les équipements, le matériel, le produit à poser, à façonner ou à mettre en œuvre,
- ⇒ le sous-traitant n'a pas fait l'objet d'une demande d'agrément auprès du maître d'ouvrage et soit inconnu de celui-ci,
- ⇒ le sous-traitant n'est pas invité aux réunions de chantier ou équivalent,
- ⇒ l'identité du sous-traitant n'est pas affichée sur un panneau visible depuis la voie publique,
- ⇒ le sous-traitant n'est pas considéré par le donneur d'ordre comme une entreprise extérieure, au sens des articles R.4511-1 et suivants du code du travail, avec toutes les conséquences qui en découlent.

<sup>129</sup> Messagerie de moins de 3,5 T ou camion-toupie pour la livraison de béton prêt à l'emploi.

**Nota****Quid de la sous-traitance de pose ?<sup>130</sup>**

*La sous-traitance de pose, qui est une sous-traitance de capacité, est licite. Mais dans la mesure où le donneur d'ordre fournit au sous-traitant tous les éléments techniques (matériel, matériaux, matière première, machine etc) et que le sous-traitant ne vient qu'avec ses salariés pour réaliser un travail sans spécificité particulière, le risque est grand de constater que le donneur d'ordre donne des instructions et dirige et contrôle étroitement le travail de pose de « son » produit<sup>131</sup>.*

*Si cet encadrement par le donneur d'ordre existe, la fausse sous-traitance est avérée. Elle sera confortée par la dépendance technique, voire la dépendance économique du sous-traitant. La sous-traitance de pose devient alors une simple « sous-traitance » illicite de main-d'œuvre.*

*Mais la dépendance technique ou économique du sous-traitant de pose n'est pas suffisante pour requalifier la relation contractuelle en marchandage et /ou en prêt illicite de main-d'œuvre.*

**.B.4. Les éléments suivants ne font pas obstacle à la reconnaissance du faux travail indépendant**

- ⇒ un contrat de sous-traitance ou équivalent est rédigé,
- ⇒ il a été créé une société écran entre le donneur d'ordre et le sous-traitant qui est présenté comme un gérant mandataire,
- ⇒ le sous-traitant emploie lui-même du personnel salarié,
- ⇒ le sous-traitant est qualifié ou très qualifié; dès lors qu'il reçoit son travail et ses instructions du donneur d'ordre,
- ⇒ le sous-traitant dispose de son équipement de travail ou de son outillage, ce qui est le cas notamment dans le bâtiment ou le travail de la viande,
- ⇒ le sous-traitant est propriétaire ou dispose en location d'un gros matériel pour son travail<sup>132</sup>,
- ⇒ la rémunération est forfaitaire,
- ⇒ le sous-traitant est établi à l'étranger.

<sup>130</sup> Voir supra p.23 et p.43.

<sup>131</sup> La situation classique est celle de la pose des parpaings dans le BTP.

<sup>132</sup> Ont été considérés par le juge comme travaillant dans un lien de subordination des prétendus chauffeurs indépendant de camion toupie qu'ils utilisaient en crédit bail (leasing).

### **Nota sur les plateformes de mise en relation électronique ou numériques**

*Pour tenter de sécuriser le statut d'une certaine catégorie de travailleur indépendant, y compris sous le statut d'auto entrepreneur, exerçant leur activité professionnelle pour le compte d'une plateforme de mise en relation en ligne, l'article 44 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, dite loi LOM, introduit dans le code du travail des nouvelles dispositions, insérées aux articles L.7342-7 à L.7342-11 de ce code.*

*Cette sécurisation juridique ne vise que les travailleurs indépendants qui exercent pour le compte d'une plateforme, soit une activité de conduite d'une voiture de transport avec chauffeur, soit une activité de livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non.*

*.1) Plus concrètement, il s'agit d'éviter ou de limiter ou de contenir d'une part les requalifications en salariat prononcées par le juge à la demande du prétendu travailleur indépendant opérant par le biais d'une plateforme ou à la demande des organismes de recouvrement des cotisations sociales et d'autre part les condamnations pénales pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié prononcées à l'encontre des entreprises gérant ces plateformes.*

*Pour atteindre cet objectif, l'article 44 de la loi offre la possibilité à la plateforme de mise en relation d'établir une charte déterminant les conditions et les modalités de sa responsabilité sociale, définissant ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation ; cette charte est facultative.*

*La charte est publiée sur le site internet de la plateforme et annexée aux contrats ou aux conditions générales d'utilisation qui la lient aux travailleurs.*

*.2) L'entreprise, qui gère la plateforme, peut demander, si elle le souhaite, à l'autorité administrative de se prononcer, par voie d'une homologation, sur la conformité du contenu de la charte aux dispositions précitées du code du travail relatives aux plateformes de mise en relation par voie électronique, dans des conditions fixées par décret.*

*L'article 44 de la loi ajoute que l'établissement de la charte homologuée et le respect des engagements pris par la plateforme dans ce document ne peuvent caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique entre la plateforme et les travailleurs indépendants.*

*L'article 44 apporte par ailleurs deux autres précisions concernant les droits sociaux du travailleur indépendant opérant pour le compte de la plateforme.*

*Il améliore, sous réserve d'un seuil de chiffre d'affaires, les droits du travailleur indépendant en matière de formation professionnelle et validation des acquis de l'expérience; il permet l'abondement du compte personnel de formation de l'intéressé.*

*Il modifie les conditions du bénéfice de l'assurance volontaire à laquelle il souscrit pour couvrir le risque d'accident du travail.*

*.3) L'article 44 de la loi mobilités est la réintroduction dans le code du travail des dispositions censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 septembre 2018. Le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositions, introduites par voie d'amendement lors des débats parlementaires relatifs à la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018, étaient sans*

*relation avec l'objet de la loi et constituaient un cavalier législatif.*

*Sur le fond, l'article 44 de la loi suggère les remarques suivantes, outre le rappel de la jurisprudence de requalification de la Cour de cassation (voir supra p.65 et suivantes) :*

⇒ *la légitimation d'un modèle économique fondé sur l'optimisation sociale*

*La plupart des sociétés qui gèrent des plateformes de mise en relation par voie électronique ont fait le choix de développer leur activité par le recours à des travailleurs indépendants, dont la grande majorité exerce sous le statut d'auto entrepreneur. Ces entreprises auraient pu recruter des salariés sous contrat de travail à durée indéterminée ou à durée déterminée, à temps plein, à temps partiel ou sous contrat de travail intermittent. Elles pouvaient également se constituer en groupement d'employeurs.*

*Sous-traiter toute l'activité économique à un réseau de travailleurs indépendants, y compris sous un statut d'auto entrepreneur, n'est pas en soi critiquable, dès lors que le travailleur indépendant a fait le choix, voulu et assumé, d'opter pour ce statut, pour en faire un vrai métier, avec une vraie qualification et un savoir-faire, pendant de longues années.*

*Or tel n'est pas le cas ; les personnes qui travaillent pour ces plateformes se voient imposer le statut de travailleur indépendant pour travailler et pour accéder à cet emploi ; ces personnes n'étaient sans doute pas travailleurs indépendants auparavant et abandonneront très rapidement ce statut de circonstance et sans avenir pour elles. Les travailleurs indépendants ne fixent pas les prix de leur prestation ; c'est, dans ce modèle économique, le client, c'est à dire la plateforme, qui fixe les prix ; il s'agit d'une relation commerciale inversée, au seul bénéfice de la plateforme donneur d'ordre.*

*La charte mentionnée par l'article 44 de la loi sera sans doute préparée et rédigée de façon méticuleuse par des juristes spécialisés en droit social, notamment pour tenter d'éviter la requalification contractuelle; ce document de plusieurs pages, truffé de subtilités juridiques incompréhensibles pour le commun des mortels, devra être signée «les yeux fermés» par le travailleur indépendant. Il est à craindre que cette charte ne conduise qu'à formaliser les conditions objectives actuelles de la précarité de ce type de travailleur indépendant «malgré lui ». Cette charte sociale risque d'être un simple succédané de contrat commercial déguisé.*

*Il aurait été sans doute plus légitime pour les pouvoirs publics et pour le législateur de rendre cette branche d'activité plus attractive, en proposant des emplois salariés pérennes, assortis d'une couverture conventionnelle avec des avantages sociaux et des parcours professionnels engageants.*

⇒ *le paradoxe du périmètre restreint de l'article 44 de la loi*

*S'il est considéré légitime par les pouvoirs publics de sécuriser les relations entre un donneur d'ordre et ses sous-traitants lorsqu'est mise en œuvre une plateforme électronique, cette préoccupation, dans un souci d'équité, voir d'égalité de traitement, devrait bénéficier, non seulement à tous les travailleurs indépendants des plateformes, et pas uniquement au secteur des transports de passagers, des courses et des livraisons, mais à tous les secteurs d'activité qui recourent de façon préférentielle et systémique à des travailleurs indépendants, notamment sous statut d'auto entrepreneur, avec un risque sérieux de requalification en*

*salariné.*

*Sans documenter le propos en citant les très nombreuses décisions de requalification rendues par le juge, on peut citer néanmoins le gardiennage, le nettoyage de locaux, la distribution de prospectus et de gratuits, l'édition, les messageries en VL de moins de 3,5 T, les négociateurs immobiliers, les coiffeurs à domicile, les plateformes téléphoniques, les hôtesse d'accueil, les clubs de fitness et de remise en forme..., sans oublier les organismes de formation et le BTP.*

*On comprend mal l'intérêt soudain et ciblé porté au recours à la sous-traitance dans ce seul secteur d'activité pour en moraliser l'utilisation. La première requalification contractuelle prononcée par la Cour de cassation date en effet de 1907. Est-ce parce que la subordination juridique est latente et les risques de requalification sont plus évidents ?*

*N'aurait-il pas été plus judicieux pour les pouvoirs publics d'inviter cette branche d'activité à se structurer et à se doter d'une convention collective, plutôt que de s'installer dans un processus de gestion d'un contentieux sans fin de requalification devant les tribunaux?*

⇒ *Un effet sur la prévention des requalifications neutralisé par le Conseil constitutionnel*

*L'article 44 mentionnait que l'établissement de la charte, à condition d'être homologuée par l'administration, ainsi que le respect des engagements pris par la plateforme dans ce document, ne pouvaient caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique entre la plateforme et les travailleurs indépendants.*

*Tout en reconnaissant la possibilité pour la plateforme de conclure la charte sociale prévue par l'article 44 de la loi LOM et de la faire homologuer par l'administration, le Conseil constitutionnel a cependant censuré la disposition centrale de l'article 44 qui interdisait la requalification du statut apparent de travailleur indépendant en salarié en présence d'une charte homologuée. Le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution le fait que la plateforme puisse de façon unilatérale, et sans recours possible devant le juge, insérer dans la charte des éléments excluant la relation contractuelle avec le travailleur de la définition du contrat de travail, et donc de son existence, alors que la détermination des critères de définition du contrat de travail ne peuvent relever que de la compétence du législateur au titre des principes fondamentaux du droit du travail.*

*Le fait que la charte puisse faire l'objet d'une homologation par l'administration ne modifie pas cette méconnaissance de ce principe fondamental du droit du travail, dès lors que l'administration se limite à vérifier de façon formelle la conformité du contenu de la charte à ce que prescrit la loi.*

*Ainsi, contrairement à ce qu'affirme l'exposé des motifs et la première partie de l'étude d'impact, l'article 44 n'aura donc pas vocation à sécuriser les relations contractuelles. Dès lors, quelle utilité va présenter l'intervention de l'administration pour homologuer la charte ?*

*Dès lors, l'article 44 de la loi mobilités ressemble fort aux articles 35, 49 et 50 de la loi du 11 février 1994, dite loi Madelin, dont l'objectif, demeuré vain, était de limiter les requalifications de travailleur indépendant en salarié, en introduisant dans le code du travail une présomption de non salariat fondée sur l'absence d'un lien de subordination juridique permanente (**voir supra p.34 et infra p.79 et suivante**).*



### **.C. Les présomptions de salariat**

Les présomptions de salariat mentionnées dans le code du travail ou le code rural sont d'ordre public et s'imposent à toute personne sur le territoire français.

**.C.1.** Les présomptions de salariat visent quelques métiers ou professions ciblés, qui sont considérés être exercés de plein droit sous le régime du salariat. Compte tenu du risque d'exposition à la fraude, sont uniquement évoqués, ci après, l'artiste de spectacles vivants ou enregistrés (article L.7121-3 du code du travail), le mannequin (article L.7123-3 du code du travail) et le bûcheron ou travailleur forestier (article L.722-23 du code rural)<sup>133</sup>.

La personne qui exerce ce métier ou cette profession est un salarié et le bénéficiaire de son travail est un employeur. Les qualités de salarié et d'employeur sont reconnues par le code du travail, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une subordination juridique dans la relation contractuelle de travail, notamment par la technique du faisceau d'indices. C'est d'ailleurs l'objectif et la finalité de la présomption de salariat : faire application de la législation du travail, sans référence à l'existence d'une subordination juridique. Le seul fait d'exercer ce métier ou cette profession implique nécessairement le salariat.

A contrario, la personne qui exerce ce métier ou cette profession n'est pas juridiquement un travailleur indépendant, ni un sous-traitant. Le bénéficiaire de sa prestation n'est pas un donneur d'ordre.

La personne couverte par la présomption de salariat fait l'objet d'une DPAE, bénéficie d'un contrat de travail et reçoit un bulletin de paie. Elle n'est pas payée sur facture.

**.C.2.** La loi a cependant prévu des hypothèses (très limitées) qui permettent de s'affranchir de la présomption de salariat et de considérer l'artiste, le mannequin ou le bûcheron comme un travailleur indépendant et, donc, comme un sous-traitant. Les modalités de neutralisation de la présomption de salariat varient selon le métier ou la profession exercé.

#### **C.2.1. L'artiste de spectacles vivants ou enregistrés**

La présomption de salariat est écartée dans deux hypothèses, indépendantes l'une de l'autre :

**.1-** en application de l'article L.7121-3 du code du travail, l'artiste devient un travailleur indépendant dès lors qu'il exerce l'activité objet de son contrat de production dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce, c'est-à-dire s'il justifie d'une indépendance scénique, technique et économique. Dans la pratique, ce statut de travailleur indépendant est très exceptionnellement pris et revendiqué par l'artiste<sup>134</sup>. Cependant, l'artiste ou le producteur qui se réclame du statut de travailleur indépendant, qui reste une exception au droit commun, devra le justifier. Le bien fondé de la neutralisation de la présomption de salariat s'apprécie pour chaque contrat de production, c'est-à-dire pour chaque spectacle ou chaque enregistrement.

<sup>133</sup> Sont également concernés le journaliste et le VRP. Par ailleurs, l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial confère le statut de salarié au travailleur porté ; a contrario, il n'est pas travailleur indépendant.

<sup>134</sup> Notamment parce qu'il entraînerait une rupture dans son régime d'indemnisation du chômage et de sa protection sociale de salarié et parce que la triple indépendance est assez rare.

.2- pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a dû introduire dans le code du travail, à la demande de la Commission européenne, une exception à la présomption de salariat de l'artiste. A cet effet, l'article L.7121-5 du code du travail permet au producteur, ou à l'organisateur de la prestation artistique en France, d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un artiste qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier à titre habituel dans un Etat de l'UE ou de l'EEE.

La Cour de cassation fait une application stricte de cette exception à la présomption de salariat. Elle précise qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement, d'apporter la preuve que l'artiste exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

Dans les 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé chaque fois de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers<sup>135</sup>. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable à l'artiste résidant en Suisse ou dans un pays tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'au producteur, sans réserve. Elle n'a pas non plus d'effet à l'égard de l'artiste mineur<sup>136</sup>.

#### **Nota**

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail, la requalification de l'artiste prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente, notamment si l'artiste se produit intégré dans une troupe ou un ensemble, comme l'un de ses membres.*

#### **.C.2.2. Le mannequin<sup>137</sup>**

Contrairement à l'artiste des spectacles vivants ou enregistrés, le code du travail ne prévoit pas d'écarter la présomption de salariat du mannequin au motif qu'il réalise une prestation impliquant son inscription au registre du commerce. La présomption de salariat du mannequin est irréfragable à ce titre. Un mannequin ne peut être employé sous un statut de travailleur indépendant par un donneur d'ordre.

Cependant, pour respecter le principe de la libre prestation de services, la France a introduit dans le code du travail, à la suite de celle intervenue pour l'artiste, une exception à la présomption de salariat, rédigée en termes strictement identiques. A cet effet, l'article L.7123-4-1 du code du travail permet d'écarter la présomption de salariat à l'égard d'un mannequin qui justifie être établi en tant que travailleur indépendant pour exercer ce métier

<sup>135</sup> Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>136</sup> On conçoit assez mal en effet qu'un mineur puisse être un travailleur indépendant.

<sup>137</sup> Voir également le Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>.

à titre habituel dans un Etat de l'UE ou de l'EEE. Mais cette exception ne vaut qu'à l'égard de l'utilisateur direct du mannequin, mais pas à l'égard de l'agence de mannequins qui, par nature, ne place que des mannequins salariés<sup>138</sup>.

Il n'existe pas de jurisprudence relative à la portée de l'exception à la présomption de salariat posée par l'article L.7123-4-1 du code du travail. Cependant, la similitude de la rédaction des termes de l'article L.7123-4-1 avec l'article L.7121-5 qui vise l'artiste permet de penser que la Cour de cassation fera également une application stricte de cette exception à la présomption de salariat du mannequin, ainsi qu'elle le fait pour l'exception à la présomption de salariat de l'artiste. S'agissant de l'artiste, la Cour de cassation précise en effet qu'il appartient au producteur du spectacle, et non pas aux agents de contrôle habilités ou aux organismes de recouvrement, d'apporter la preuve que l'artiste exerce son activité de façon habituelle en qualité de travailleur indépendant dans le pays où il est établi.

Dans chacune des 3 affaires dans lesquelles s'est prononcée à ce jour la Cour de cassation, elle a refusé de faire application de cette dérogation à la présomption pour des artistes étrangers<sup>139</sup>. Elle a considéré que les artistes restaient couverts par la présomption de salariat et que les producteurs établis en France étaient leurs employeurs.

Si on transpose cette jurisprudence au mannequinat, il appartient à l'utilisateur direct du mannequin d'apporter la preuve que celui-ci exerce ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans l'Etat de l'UE ou de l'EEE où il est établi.

A contrario, cette exception à la présomption de salariat n'est pas applicable au mannequin résidant en Suisse ou dans un pays tiers. La présomption lui est opposable, ainsi qu'à l'utilisateur, sans réserve. Elle n'a pas non plus d'effet à l'égard du mannequin mineur<sup>140</sup>.

#### **Nota**

*A supposer réunies les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail, la requalification du mannequin prestataire en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

### **.C.2.3. Le bûcheron ou travailleur forestier**

La présomption de salariat du bûcheron, prévue par l'article L.722-23 du code rural, obéit quant à elle à un troisième régime juridique, différent de ceux applicables à l'artiste et au mannequin.

La présomption de salariat, souvent réduite au métier de bûcheron, a une portée bien plus large. Elle vise en réalité tous les métiers relevant des travaux forestiers et qui sont

<sup>138</sup> Voir le Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1<sup>ère</sup> édition Mars 2017, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>.

<sup>139</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*.

<sup>140</sup> On conçoit mal en effet qu'un mineur puisse être un travailleur indépendant.

mentionnés à l'article L.722-3 du code rural ; à ce titre, un élagueur, par exemple, relève de la présomption de salariat.

La présomption de salariat du bûcheron ou du travailleur forestier prévue par le code rural a une force juridique plus forte que celle qui vise l'artiste et le mannequin.

.1- En effet, la présomption ne peut être levée que par une décision administrative ; par ailleurs, contrairement au code du travail, le code rural ne prévoit pas d'exception pour le bûcheron ou le travailleur forestier qui serait établi à titre habituel et indépendant dans un Etat de l'UE ou de l'EEE, lorsque celui-ci intervient sur le territoire français. La présomption de salariat qui vise le métier de bûcheron est donc quasi irréfragable, tant qu'elle n'a pas été levée.

Le bûcheron ou le travailleur forestier n'est pas un travailleur indépendant, mais un salarié, et celui pour le compte duquel il travaille n'est pas son donneur d'ordre, mais son employeur.

Le respect de cette présomption de salariat, qui est d'ordre public, n'est pas anodin car de très nombreux bûcherons ou de travailleurs forestiers originaires des nouveaux Etats membres de l'Union européenne travaillent sur le territoire français.

2- La levée de la présomption de salariat, qui est demandée par le bûcheron ou le travailleur forestier via sa caisse de MSA, a pour effet de transformer le statut de salarié du bûcheron ou de travailleur forestier en statut de travailleur indépendant ; le bûcheron ou le travailleur forestier est alors appelé un entrepreneur de travaux forestiers (ETF). Il est déclaré en tant que tel à la MSA.

La procédure de levée de la présomption de salariat, qui relève de la commission consultative régionale *ad hoc*, a pour objet de s'assurer que le bûcheron ou le travailleur forestier dispose de la capacité, de l'expérience professionnelle et de l'autonomie pour exercer ce métier à titre indépendant<sup>141</sup>.

Historiquement<sup>142</sup>, la levée de la présomption de salariat a eu pour vocation de s'appliquer au bûcheron ou au travailleur forestier établi en France, quelle que soit sa nationalité. Ce n'est que de façon incidente que cette procédure peut théoriquement concerner le bûcheron ou le travailleur forestier établi hors de France, puisque celui-ci relève de plein droit de l'article L.722-23 du code rural et de son décret d'application.

En effet, le bûcheron ou le travailleur forestier doit notamment justifier de la possession de diplômes français.

La levée de la présomption de salariat se prouve par la présentation d'une attestation annuelle délivrée par la MSA. Dès lors que le bûcheron ou le travailleur forestier ne produit pas l'attestation de levée de la présomption de salariat, il est salarié de celui qui lui fournit du travail. Il ne peut être considéré comme un sous-traitant.

<sup>141</sup> Pour les conditions détaillées, voir l'article D.722.32 du code rural.

<sup>142</sup> A l'époque de la création de la présomption de salariat dans le code rural, le détachement de bûcherons en France n'existait pas.

**Nota**

*.1) En application de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006, la France a dû modifier la procédure de levée de la présomption de salariat du bûcheron par un décret du 20 juin 2013. La commission régionale consultative a été supprimée et remplacée par un avis du DRAAF, transmis à la MSA qui instruit le dossier.*

*La directive du 12 décembre 2006, pas plus que le décret du 20 juin 2013 (ni a fortiori l'instruction technique du ministère de l'agriculture du 27 avril 2016), n'ont remis en cause ou atténué le principe de la présomption de salariat du bûcheron, qui relève de la seule compétence du législateur. Il n'existe pas en effet dans le code rural une disposition législative de même nature que l'article L.7121-5 pour l'artiste ou l'article L.7123-4-1 pour le mannequin.*

*.2) A supposer que le bûcheron ait bénéficié de la levée de la présomption de salariat, sa requalification en salarié resterait cependant possible par la démonstration de droit commun de l'existence d'un lien de subordination juridique permanente.*

**.D. Le gérant**

Au regard de la législation sociale et du risque de faux travail indépendant, il est possible de distinguer les 4 catégories de gérant suivant :

**.D.1. Le gérant libre**, c'est-à-dire un commerçant qui exploite en toute autonomie un fonds de commerce qu'il a en location, sous son nom et sa responsabilité commerciale. En principe, au regard de la jurisprudence existante, ce type de gérance ne fait pas l'objet de procédure de requalification pour faux travail indépendant, bien qu'elle soit juridiquement possible.

**.D.2. Le gérant mandataire « de droit commun »** exploite un fonds de commerce, dont il n'est pas propriétaire, dans les conditions fixées par le mandat, par exemple la gestion d'un hôtel dans le cadre d'une chaîne hôtelière. Ce gérant n'est pas salarié ; il peut employer du personnel qui lui est subordonné. Il est inscrit au registre du commerce et des sociétés (RCS), et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Le propriétaire du fonds supporte le risque d'exploitation.

Lorsque le contrat de mandat est trop directif ou coercitif et/ou que le gérant reçoit des directives précises et contraignantes, il est alors privé de toute liberté de gestion. Il peut dès lors être requalifié en salarié par la démonstration d'un lien de subordination juridique permanente, et ceci, malgré l'existence d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés de l'activité dont il assure la gérance mandataire. Les décisions de justice de requalification de gérant mandataire « de droit commun » en salarié sont nombreuses<sup>143</sup>.

**.D.3. Le gérant mandataire sous statut salarié de succursales visé aux articles L.7321-1 et suivants du code du travail.** Ces dispositions du code du travail stipulent que le gérant de succursales bénéficie de plein droit de certaines dispositions du code du travail, hors toute

<sup>143</sup> Not. Cass. soc. n° 07-18276 du 21 janvier 2009 CHAÎNE HOTELIERE EUROPARC ; voir également d'autres décisions *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

subordination juridique, lorsqu'il exerce son activité notamment dans l'une des deux séries de conditions suivantes:

.- 1° soit vendre des marchandises de toute nature qui lui sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsqu'il exerce sa profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise,

.- 2° soit recueillir les commandes ou recevoir des marchandises à traiter, à manutentionner, à transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsqu'il exerce sa profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise.

Ces dispositions du code du travail s'appliquent quel que soit le mode d'exploitation, en personne physique ou en personne morale, et bien qu'il reste travailleur indépendant.

Tout comme pour les présomptions de salariat, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de subordination juridique pour faire application de ces articles du code du travail. Une subordination technique et économique suffit, voire l'existence d'un service organisé. Il est immatriculé au registre du commerce et des sociétés (RCS), et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Il est affilié au régime général de sécurité sociale.

Les dispositions des articles L.7321-1 et suivants l'emportent sur les articles L.8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail (voir ci-après) qui instituent une présomption de non salariat à l'égard du travailleur indépendant dûment immatriculé et déclaré.

Certains contrats de franchise flirtent avec les articles L.7321-1 et suivants du code du travail, ce qui explique les requalifications judiciaires relatives à cette relation commerciale<sup>144</sup>. La fraude consiste pour le chef d'entreprise à ne pas faire bénéficier le gérant de succursale des dispositions du code du travail qui lui sont applicables, en considérant que les conditions de l'article L.7321-2 du code du travail ne sont pas réunies.

Le gérant de succursale (non salarié), notamment s'il exerce seul sans salarié, peut donc se voir reconnaître le bénéfice du code du travail, soit par la requalification de droit commun démontrant l'existence d'une subordination juridique permanente, soit par la preuve de l'existence de l'une ou l'autre de la série des conditions mentionnées au 1° ou au 2° de l'article L.7321-2<sup>145</sup>.

La requalification du gérant par la démonstration d'une subordination juridique permanente emporte également la requalification du personnel qu'il emploie ; ce personnel devient également salarié du chef d'entreprise qui a confié le mandat de gestion de l'établissement.

La technique de requalification posée par les articles L.7321-1 et suivants du code du travail est assez peu utilisée par les agents de contrôle habilités ou par le juge pénal. Le contentieux

---

<sup>144</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*.

<sup>145</sup> Not. Cass. soc. n° 99-41265 du 4 décembre 2001 FRANCE ACHEMINEMENT transport de petit colis messagerie ou encore Cass. soc. n° 03-40731 du 8 février 2005 YVES ROCHER commerce de détail non alimentaire.

est essentiellement initié par les gérants eux-mêmes et, parfois, par les organismes de recouvrement des cotisations sociales du régime général<sup>146</sup>.

#### **.D.4. Le gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire ou de coopérative de consommation visé aux articles L.7322-1 du code du travail**

Ce gérant relève d'un statut hybride. Il est non salarié, en application de ces dispositions du code du travail, lorsque le contrat de mandat ne fixe pas ses conditions de travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité.

Bien qu'il soit non salarié en application du code du travail, le gérant de succursale alimentaire bénéficie, de la part du propriétaire de la succursale, des dispositions du code du travail relatives à la durée du travail, aux congés payés, à la santé et à la sécurité. Par ailleurs, il bénéficie des accords collectifs pris en application de l'article L.7322-3 du code du travail<sup>147</sup> et de la législation relative aux institutions représentatives du personnel. Il est affilié au régime de sécurité sociale du régime général.

Ces dispositions du code du travail s'appliquent quel que soit le mode d'exploitation, en personne physique ou en personne morale.

La gérance mandataire fait l'objet d'une inscription au registre du commerce et des sociétés (RCS).

Bien entendu, ce gérant non salarié peut être requalifié en salarié, s'il est démontré qu'il exerce son activité dans le cadre d'une subordination juridique permanente<sup>148</sup>.

La requalification du gérant de la succursale emporte la requalification du personnel qu'il emploie ; ce personnel devient également salarié du chef d'entreprise ou du propriétaire.

La technique de requalification posée par les articles L.7321-1 et suivants du code du travail est assez peu utilisée par les agents de contrôle habilités ou le juge pénal. Le contentieux est essentiellement initié par les gérants eux-mêmes et, parfois, par les organismes de recouvrement des cotisations sociales du régime général.

#### **.E. La présomption de non salariat**

La présomption de non salariat a connu une vie juridique très mouvementée depuis son introduction dans le code du travail par la loi Madelin du 11 février 1994<sup>149</sup>.

Depuis cette date, la présomption de non salariat a fait l'objet de 4 rédactions différentes, dont la dernière, codifiée aux articles L.8221-6 et L.8221-6-1 du code du travail, date de 2008.

<sup>146</sup> Cass. civ. 2 n° 11-23638 du 8 novembre 2012 HEYTENS FRANCE

<sup>147</sup> Not. l'accord national du 18 juillet 1963. IDCC 1314.

<sup>148</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*. Not. Cass.soc. n° 10-21897 du 15 février 2012 MAGASINS CASINO.

<sup>149</sup> Articles 49 et 35 de la loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

L'objectif originel de l'insertion de cette présomption de non salariat dans le code du travail en 1994 était d'empêcher les requalifications abusives (*sic*) prononcées par le juge<sup>150</sup>, du statut de travailleur indépendant vers le statut de salarié.

En vertu de cette présomption de non salariat, dès lors qu'une personne justifie être légalement déclarée et connue en qualité de travailleur indépendant, cette qualité est opposable à tous, sauf à démontrer que cette personne est juridiquement subordonnée. Pour « limiter le risque de requalification abusive par le juge », la loi Madelin a introduit la notion de lien de subordination juridique permanente.

L'insertion de la présomption de non salariat dans le code du travail, dans ses différentes versions, n'a pas modifié pour autant l'analyse et la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, depuis la loi Madelin, a rendu de nombreuses décisions sur ce sujet<sup>151</sup>. Ce sont les conditions de travail qui déterminent, au nom de l'ordre public, le statut applicable au travailleur ; la permanence de la subordination s'apprécie pendant la durée et dans le cadre de la relation contractuelle litigieuse. L'existence d'une subordination juridique fait tomber le statut de travailleur indépendant, au profit de celui de salarié.

#### **.F. Quels sont les clignotants du faux travail indépendant et de la fausse sous-traitance ?**

La fausse sous-traitance est une délinquance d'intelligence, qui peut « rapporter gros ». Il est donc rare que les protagonistes avouent et reconnaissent la fraude à la loi ; ils affirmeront qu'il s'agit d'une opération de sous-traitance ou d'une activité mandatée, concédée ou franchisée.

Les agents de contrôle sont donc conduits à constater, la plupart du temps, de leur seule initiative, qu'ils se trouvent peut-être en présence d'une situation de faux travail indépendant, sauf si le prétendu travailleur indépendant n'est pas immatriculé et déclaré en tant que tel.

Il n'existe pas une recette ou un « truc » pour déceler a priori cette fraude à la loi, très diffuse dans le monde du travail. Si le BTP reste un secteur d'activité sensible avec donc une vigilance particulière des agents de contrôle, de nombreux autres secteurs d'activité sont victimes de ces pratiques dont l'identification et la caractérisation ne sont pas évidentes.

#### **.F.1. Les éléments factuels suivants (non exhaustifs) sont autant de clignotants pour les agents de contrôle :**

- ⇒ le travailleur indépendant est un ancien salarié du donneur d'ordre,
- ⇒ la survenance d'un accident du travail au prétendu sous-traitant ou le constat du non respect d'une disposition du code du travail,
- ⇒ le travailleur indépendant effectue des tâches totalement intégrées au fonctionnement de l'entreprise B, et difficilement dissociables de son process ; il est fondu dans le collectif de travail (distributeur de prospectus, serveur dans un restaurant ou un bar, travail de la viande dans l'atelier, le laboratoire ou le stand du donneur d'ordre, démonstrateur dans un magasin, vente de meubles dans un magasin d'ameublement,

<sup>150</sup> Se reporter à l'exposé des motifs de la loi Madelin et aux débats parlementaires.

<sup>151</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*.



conduite des véhicules de l'entreprise B, débosselage de carrosserie de véhicules de l'entreprise B après un orage de grêle, négociateur immobilier, enseignant dans un organisme de formation, démarchage téléphonique sur une plateforme de travail, pilotage d'un hélicoptère à la demande d'un exploitant et sans en avoir la libre disposition...),

⇒ la liste des entreprises extérieures fournies par l'entreprise utilisatrice, en application de l'article R.4511-11 du code du travail, mentionne des activités sous-traitées qui méritent une attention particulière (ramassage des caddies sur un parking de supermarché, prestations informatiques à domicile, autres prestations intellectuelles à domicile notamment dans les bureaux d'étude d'entreprises d'ingénierie...),

⇒ le fait que cette liste ne mentionne pas la présence dans l'entreprise B du sous-traitant ou du prestataire A qui a été « oublié »,

⇒ le langage utilisé par le donneur d'ordre : sous-traitant prestataire, travail en régie, travailleur en mission, tâcheron, prestataire en attachement, prestataire en dépenses contrôlées,

⇒ le travailleur indépendant exerce le métier d'artiste, de mannequin, de journaliste, de bûcheron, de VRP, de travailleur à domicile,

⇒ le travailleur indépendant est serveur dans un restaurant ou un bar,

⇒ le travailleur indépendant porte les vêtements et les équipements du donneur d'ordre,

⇒ le travailleur indépendant ne se présente pas comme tel,

⇒ le sous-traitant est occulté pour le maître d'ouvrage ou le client final et ignoré des réunions de travail (réunions de chantier...),

⇒ les mentions écrites dans les documents commerciaux (devis, factures, contrats, avenants, cahiers des charges, ordre de services, bon de travail...) qui contiennent parfois des mentions fortement allusives ou explicites,

⇒ plus rarement, la plainte du travailleur indépendant victime<sup>152</sup> ou d'une organisation syndicale.

**.F.2.** Par ailleurs, certaines activités sont connues pour être porteuses de fausse sous-traitance : contrat d'intégration dans l'agriculture, distribution de prospectus, démarchage téléphonique, conduite de camion toupie pour la livraison du béton prêt à l'emploi, travail et désossage de la viande, montage de parpaings, coulage de sols industriels ou de chapes en béton, construction navale, démonstrateurs dans les magasins; en outre, un nombre non négligeable de prestations de services internationales se traduisent par de la fausse sous-traitance. Ces activités, par nature, sont particulièrement regardées et examinées.

---

<sup>152</sup> Dans la célèbre affaire GUEGAN, la veuve d'un des deux prétendus travailleurs indépendants, décédé à la suite d'une chute de grande hauteur, a révélé à l'inspecteur du travail quelles étaient les véritables conditions d'emploi et de travail de feu son conjoint.

La qualité d'auto entrepreneur ou d'agent commercial, citée par le travailleur indépendant ou le donneur d'ordre, mérite, dans un certain environnement de travail, quelques vérifications plus approfondies<sup>153</sup>.

Enfin, dans cette matière, l'expérience des agents de contrôle compte et permet d'identifier, quel que soit le secteur d'activité, une situation à risque qui justifie une attention spécifique.

### **.G. La typologie des fraudes au faux travail indépendant<sup>154</sup>**

La fraude à l'emploi salarié par le recours à du faux travail indépendant se présente sous des formes diversifiées. Elles ont toutes en commun de dissimuler la subordination juridique au donneur d'ordre, mais par différents biais commerciaux, qui intègrent désormais les effets d'aubaine suscités par la prestation de services internationale.

#### **.G.1. Le faux travail indépendant par le recours à un prétendu travailleur indépendant, personne physique**

C'est la forme classique et traditionnelle de recours à du faux travail indépendant ; elle reste aussi la plus répandue et la plus connue des agents de contrôle, des organismes de recouvrement et du juge. Le donneur d'ordre utilise les services d'un ou plusieurs prétendus travailleurs indépendants qu'il encadre, dirige, contrôle et sanctionne. Ces personnes sont intégrées ou non à ses propres salariés. Parfois, le donneur d'ordre ne dispose pas ou plus en propre de salariés ; son activité économique ne prospère que par ce mode de fonctionnement.

Ce prétendu travailleur indépendant peut être un travailleur indépendant de droit commun ou un auto entrepreneur, ce qui ne change rien juridiquement à l'analyse de la situation de travail litigieuse.

#### **.G.2. Le faux travail indépendant par le recours à un prétendu travailleur indépendant qui, lui-même emploie des salariés**

Le fait que le faux travailleur indépendant soit lui-même employeur de salariés, au service du donneur d'ordre, n'est pas un obstacle à la requalification générale et collective du sous-traitant et de son personnel en salarié du donneur d'ordre. Cette requalification générale et collective est possible dès lors que le sous-traitant et son personnel travaillent tous et simultanément sous la subordination du donneur d'ordre<sup>155</sup>. Ce cas de figure se rencontre en particulier dans le secteur du bâtiment.

#### **.G.3. La création d'une société écran par le donneur d'ordre pour exercer, par son intermédiaire, son activité économique**

Ce montage commercial a été imaginé pour permettre au donneur d'ordre de contourner la législation sociale et d'en bénéficier, en pensant ne pas être mis en cause si la violation de la loi est constatée et sanctionnée ; il se défait sur le représentant légal de la société écran qu'il a créée ou qu'il a contraint de créer.

<sup>153</sup> Par exemple, une plateforme téléphonique d'un centre d'appel qui fonctionne avec des auto entrepreneurs ou des agents commerciaux.

<sup>154</sup> Voir *infra* p.111 4<sup>ème</sup> partie *Jurisprudence*.

<sup>155</sup> *Idem*.

Cette forme plus réfléchie et plus élaborée de fraude à la loi a vu le jour dans le secteur du transport routier de marchandises et dans le commerce de détail non alimentaire.

Dans le secteur du transport routier de marchandises, le donneur emploie des conducteurs qui sont officiellement présentés comme responsables, par exemple, d'une société en participation (SEP). Le donneur d'ordre impose des conditions de transport qui obligent les conducteurs à ne pas respecter les temps de conduite et les temps de repos, pas plus que les limitations de vitesse. Le même système peut se retrouver pour la conduite des camions toupies destinés à la livraison du béton prêt à l'emploi sur les chantiers.

Dans le secteur du commerce de détail non alimentaire, les premiers contournements constatés par la création de sociétés écran ont eu pour objectif de s'affranchir de l'interdiction de respecter le repos dominical. Dans le contrat de mandat donné par le donneur d'ordre aux prétendus gérants indépendants de ces commerces, une clause les obligeait de fait à ouvrir le dimanche et, donc, à employer du personnel salarié. Cette ouverture était illégale, mais générait du chiffre d'affaires pour le donneur d'ordre qui se protégeait ainsi des poursuites pénales pour non respect du repos dominical.

D'autres secteurs d'activité sont affectés par la création de sociétés écrans, notamment dans le cadre de relations commerciales relevant de la franchise, du parrainage, du mandat ou de la concession.

#### **.G.4. L'intervention d'un intermédiaire pour assurer la relation entre le donneur d'ordre et le prétendu travailleur indépendant**

L'intermédiaire intervient auprès d'un donneur d'ordre potentiel pour lui proposer les services d'un ou de plusieurs prétendus travailleurs indépendants. L'intérêt pour le donneur d'ordre ainsi démarché par l'intermédiaire, outre le contournement de la législation sociale, est de bénéficier d'une main-d'œuvre d'appoint qui est gérée par l'intermédiaire qui se charge de toutes les formalités administratives et de l'acheminement sur le lieu de travail. Le service est proposé « clé en main ».

Cette proposition et ce placement s'effectuent selon des modalités plus ou moins visibles et sophistiquées et selon des habillages juridiques élaborés. L'un de ces premiers montages identifiés par les agents de contrôle a été celui mis en place par le groupement Techniciens sans frontières (TSF)<sup>156</sup>, au début des années 90.

Depuis, diverses formules ainsi ont prospéré, dopées par les facilités offertes par la libre prestation de services, notamment dans l'agriculture et le transport aérien<sup>157</sup>.

#### **.G.5. Le recours à un prétendu prestataire établi hors de France**

La libre prestation de services a suscité de nombreux effets d'aubaine, dont le recours à des prestataires résidant hors de France présentés comme des travailleurs indépendants. Bien entendu, un donneur d'ordre établi en France a la faculté de recourir à un prestataire étranger. Cependant, cette relation commerciale doit correspondre à une véritable sous-

<sup>156</sup> Cass. crim. n° 01-82290 du 2 octobre 2001 ; voir également Cass. soc. n° 94-21637 du 17 octobre 1996, à la suite d'une action en assujettissement de la CPAM de l'Isère.

<sup>157</sup> Voir l'article de Rachel Knaebel du 12 octobre 2015 relatif à Ryanair sur le site Bastamag.

traitance. Si cette relation de travail est juridiquement subordonnée, le donneur d'ordre devient l'employeur de ce prestataire.

Compte tenu de l'éloignement géographique et des obstacles linguistiques qui rendent plus difficiles la relation directe entre le donneur d'ordre et le prestataire, il est très fréquent que des intermédiaires interviennent dans ces opérations de fausse sous-traitance internationale. L'intermédiaire, basé en France ou à l'étranger, agit en fait comme une entreprise de travail temporaire de fourniture de faux travailleurs indépendants<sup>158</sup>. Il propose lui aussi un service « clé en main ». On est là au cœur des trafics de main-d'œuvre.

#### **.H. Quels sont les incontournables d'une enquête relative à du faux travail indépendant?**

*Grosso modo*, il s'agit de la même technique d'enquête que celle portant sur du prêt illicite de main-d'œuvre.

Chaque affaire de faux travail indépendant est sans doute particulière. Pour autant, certaines démarches des agents de contrôle habilités restent constantes et incontournables pour se déterminer en toute connaissance de cause. Ces dossiers donnent lieu en général à des défenses pugnaces des personnes mises en cause auxquelles la procédure doit résister. Il faut donc établir le faisceau d'indices le plus démonstratif et convaincant.

##### **.H.1. Les agents de contrôle habilités**

Les agents de contrôle habilités sont ceux qui sont habilités pour rechercher et constater le travail dissimulé et l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, puisque ce sont les infractions majeures qui caractérisent le recours à du faux travail indépendant.

Les agents de contrôle habilités qui appartiennent à des organismes de recouvrement ont un rôle plus déterminant, car ils initient les procédures de recouvrement des sommes dont le paiement est éludé par le donneur d'ordre.

##### **.H.2. L'accès à tous les documents relatifs à la relation commerciale litigieuse**

L'accès à ces documents et leur connaissance sont essentiels, voire déterminants.

Tout d'abord, les agents vérifient que le prétendu travailleur indépendant est bien connu et déclaré comme tel (RCS, RM, registre spécial des agents commerciaux, services fiscaux, Urssaf, MSA, CGSS etc...). Cette vérification élémentaire est importante, car elle peut se transformer très rapidement en une enquête plus simple de travail dissimulé classique si le travailleur indépendant n'est pas officiellement connu.

Elle est également essentielle pour le prestataire étranger qui se dit être travailleur indépendant dans son Etat d'origine ; lui-même, ou son donneur d'ordre, doit apporter la preuve de son existence légale hors de France, puis de son activité prépondérante et significative hors de France<sup>159</sup>. Ce n'est pas aux agents de contrôle ou aux organismes de recouvrement d'apporter ces deux preuves, puisque la prestation de services est un mode

<sup>158</sup> A Paris, des pubs irlandais employaient des serveurs/euses présentés comme des travailleurs indépendants irlandais, détachés par une entreprise d'intermédiation irlandaise.

<sup>159</sup> Voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français. 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>.

dérogatoire d'exercice d'une activité professionnelle indépendante en France qui s'accomplit en principe sous le régime de l'établissement.

⇒ En raison de leur statut, les agents ont un accès plus ou moins limité ou plus au moins étendu aux documents utiles à leurs investigations ; mais, *a minima*, ils ont tous accès, en application des différentes dispositions du code du travail relatives à la lutte contre le travail illégal, aux documents commerciaux (devis, factures, contrats, avenants, cahiers des charges, ordre de services, bon de travail...) qui représentent le dénominateur commun de leurs pouvoirs d'investigation. Ces documents résultent d'écrits classiques, de télécopie, de courriel ou de support informatique.

La lecture de ces documents pourra être sans intérêt, s'ils sont laconiques, peu nombreux ou bien ou habilement rédigés ; mais ces documents peuvent aussi contenir des informations utiles, voire déterminantes et décisives. Ne pas les consulter peut empêcher d'établir une procédure ou de l'affaiblir.

Ces documents peuvent être demandés indifféremment au donneur d'ordre et/ou au sous-traitant ; les réclamer aux deux intéressés évite la rétention de documents par l'un ou l'autre et assure une meilleure exhaustivité.

⇒ Parmi ces documents, ceux utilisés pour contrôler et comptabiliser les heures de travail revêtent un intérêt particulier. En effet, en présence d'une situation de faux travail indépendant, il n'est pas rare que le donneur d'ordre établisse le planning de travail, assure le pointage des horaires de travail du faux travailleur indépendant, le contrôle, le valide par une signature pour la facturation, après en avoir gardé un double.

La tenue de ce pointage s'explique par le fait que, comme tout employeur, le donneur d'ordre veut contrôler le temps de travail et les absences de son personnel; par ailleurs, en présence d'un faux travail indépendant, la facturation se fait sur une base horaire et un temps de présence, même si, facialement, la facture éditée présente une somme forfaitaire non détaillée.

Le planning et le pointage peuvent être demandés au donneur d'ordre et au pseudo travailleur indépendant; ce dernier fournira d'ailleurs peut-être à cette occasion des documents plus probants que ceux remis par son donneur d'ordre.

Le pointage de l'horaire ou du temps de présence du travailleur indépendant, sous une forme ou une autre<sup>160</sup>, est un élément fondamental du faisceau d'indices, qui caractérise la subordination juridique exercée par le donneur d'ordre. Avoir communication de ce pointage est déterminant pour l'enquête. Par ailleurs, le pointage n'est pas une mesure isolée mise en œuvre par le donneur d'ordre à l'égard de son sous-traitant. Elle fait partie d'un ensemble de comportements du donneur d'ordre qui atteste de la subordination juridique. Le but de l'enquête est d'identifier ces autres comportements.

⇒ De même, les documents de travail remis au travailleur indépendant par le donneur d'ordre pour décrire et organiser son activité sont significatifs. Le donneur d'ordre fournit le travail ; mais pour certains métiers, la fourniture du travail s'accompagne de la remise de fiches de poste, de fiches de travail, de plans ou de spécifications, de modes opératoires, de

---

<sup>160</sup> Feuilles d'heures, émargement d'un registre ou d'un cahier ou badgeage électronique.

bible de conduite, de guide de travail, de *vadémécum*<sup>161</sup>, de fiche de compte rendu ou d'inventaire, de notes de services, voire du règlement intérieur.

Obtenir communication de ces documents de travail est aussi déterminant que le planning et les documents de pointage car ils attestent d'une immixtion forte et du pouvoir de direction, d'instruction et de contrôle du donneur d'ordre dans le processus de travail du sous-traitant.

**.H.3. L'audition du prétendu sous-traitant est un exercice obligatoire et incontournable**, ce qui est susceptible de représenter une charge de travail conséquente pour l'enquêteur si le nombre de travailleurs est important et que, de surcroît, il ne s'exprime pas en français<sup>162</sup>. L'audition du travailleur indépendant vise à déterminer le degré et les modalités d'immixtion du donneur d'ordre dans son activité professionnelle. Cette audition s'ajoute à celle du donneur d'ordre.

L'audition du travailleur indépendant porte sur la façon très concrète dont il travaille de façon quotidienne : horaire de travail, accomplissement d'heures supplémentaires, nature du travail, fourniture du travail, identification de son encadrement, demande de consignes, rendu compte, restitution de son activité.

L'audition du travailleur indépendant doit être l'occasion de lui demander de communiquer tous les documents, dont il a connaissance, relatifs à son activité professionnelle : pointage, bible de travail, *vadémécum*, fiche de poste, notes de services, organigramme.

Lorsque le contrôle d'une situation de faux travail indépendant n'est pas inopiné, mais préparé et organisé, l'audition du travailleur indépendant peut résulter d'un questionnaire préalablement établi. Ce questionnaire, traduit dans une langue appropriée, facilite l'audition du travailleur indépendant de nationalité étrangère. Ce type d'audition-questionnaire est validé par la Cour de cassation<sup>163</sup>.

En tout état de cause, l'audition du prétendu travailleur indépendant doit porter sur le maximum d'items mentionnés ci-dessus aux points B.2. et B.3. ci-dessus.

**Nota**

*La mise en œuvre du droit d'audition (libre ou soumis à l'assentiment préalable de la personne entendue) varie selon le statut et la qualité des agents de contrôle ou des services de recouvrement et, en outre, dépend parfois du cadre juridique dans lequel ils opèrent.*

*Son non respect est susceptible d'entacher l'audition elle-même, voire la totalité de la procédure, de nullité<sup>164</sup>.*

<sup>161</sup> La bible, le guide ou le vadémécum est un document (parfois un classeur) confectionné par l'entreprise B qui détaille la conduite à tenir et les actes et gestes à accomplir au quotidien par le salarié dans le cadre de son poste de travail.

<sup>162</sup> Cas des salariés de nationalité étrangère, en emploi direct ou détachés.

<sup>163</sup> Cass. civ. 2 n° 10-14388 du 17 février 2011 LE ROLLAND.

<sup>164</sup> Cass. civ. 2 n° 17-24359 du 20 septembre 2018 URSSAF DE LA MANCHE ; dans une affaire de dissimulation d'emploi salarié en relation avec du marchandage et du prêt illicite de main d'œuvre, audition du salarié prêté.

**.H.4. Si un intermédiaire est intervenu** pour placer et fournir le prétendu travailleur indépendant, son audition est nécessaire car il est l'un des protagonistes de la fraude. Son audition se justifie par le fait qu'il communiquera des informations et des documents (au minimum les factures, voire les écrits de son démarchage, tels que de la publicité) utiles à l'analyse de la situation. L'audition se justifie également par le fait que sa responsabilité pénale est engagée.

L'intermédiaire peut être quiconque : une entreprise, une association, un « particulier ». Cet intermédiaire réside en France ou hors de France, ce qui est le cas lorsque le prétendu travailleur indépendant est détaché depuis son Etat de résidence ; son audition devient alors plus délicate à réaliser.

Cette audition est assortie des mêmes précautions procédurales afin d'éviter toute irrégularité de nature à entacher l'enquête et les investigations.

### **.I. Les personnes mises en cause, les incriminations et les sanctions**

Une enquête de faux travail indépendant, tout comme une enquête de prêt illicite de main-d'œuvre résultant d'une fausse sous-traitance, nécessite du temps et un investissement conséquent pour les agents de contrôle habilités. Il est donc indispensable que les nombreuses conséquences juridiques qui résultent de cette fraude soient toutes bien identifiées et traitées.

Bien que les situations de fraude rencontrées puissent être assez variées, on peut distinguer les deux hypothèses suivantes.

#### **.I.1. Dans le cadre du recours à du faux travail indépendant, sans intermédiaire**

**.I.1.1.** Le recours à du faux travail indépendant, sans intermédiaire, permet de requalifier le donneur d'ordre en employeur :

⇒ du travailleur indépendant, personne physique, en nom propre ou en société en participation, EIRL, EURL, auto entrepreneur, prestataire étranger, etc.

⇒ du travailleur indépendant et de ses salariés (requalification collective), lorsque ce groupe de personnes travaille sous l'autorité du donneur d'ordre,

⇒ du représentant légal ou du gérant de fait d'une autre société et de ses salariés (requalification collective), lorsque l'ensemble des personnes travaillant dans cette société sont sous la subordination juridique du donneur d'ordre. La requalification fait disparaître l'écran de la société fictive, créée uniquement pour dissimuler la subordination juridique et la qualité d'employeur du donneur d'ordre.

**Nota**

*Quid de la mise en cause du maître d'ouvrage dans le schéma suivant?*

*L'entreprise A, le maître d'ouvrage, confie un marché à l'entreprise B, qui emploie des faux travailleurs indépendants. La responsabilité pénale de A peut-elle être retenue pour recours à l'entreprise B qui pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié ?*

*Pas de jurisprudence à ce jour pour illustrer ce cas de figure qui nécessite de démontrer que le maître d'ouvrage, l'entreprise A, savait que ces travailleurs indépendants étaient placés sous la subordination juridique de son cocontractant, l'entreprise B.*

**.I.1.2. Les incriminations et les sanctions**

La jurisprudence qualifie d'employeur le donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant, ce qui entraîne de nombreuses conséquences juridiques à son égard, de nature à lutter de façon efficace contre le travail illégal et le dumping social.

**.I.1.2.1. Les incriminations et sanctions pénales**

Le donneur d'ordre commet l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

⇒ Il commet également l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail prévue par l'article L.8251-1 du code du travail, si le salarié prêté est un ressortissant étranger qui ne possède pas d'autorisation pour travailler en France ; par exemple, il recourt à un pseudo prestataire australien pour le débosselage de véhicules grêlés ou à un pseudo mannequin indépendant russe pour un défilé ou pour une séance de photos ou à un pseudo bucheron prestataire indépendant moldave.

⇒ Le donneur d'ordre commet toutes les autres infractions à la législation du travail, notamment s'il survient un accident du travail, si la législation relative à la durée du travail, au repos dominical ou au Smic n'est pas respectée.

⇒ Le donneur d'ordre s'expose à l'infraction d'abus de vulnérabilité prévue par les articles 225-13 et 225-14 du code pénal ainsi qu'à l'infraction de travail forcé ou en servitude prévues par les articles 225-14-1 et 225-14-2 du code pénal.

⇒ Il s'expose enfin aux sanctions relatives à l'hébergement collectif des salariés (défaut de déclaration, hébergement non conforme, hébergement indigne<sup>165</sup>), s'il assure lui-même cet hébergement.

<sup>165</sup> La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou règlementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécemment : Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.



### .I.1.2.2. Les sanctions civiles

Les sanctions civiles sont à la main des organismes de recouvrement et à l'initiative du faux travailleur indépendant. Elles constituent un atout de poids pour lutter contre le dumping social.

⇒ Les organismes de recouvrement des cotisations sociales (régime de base, retraite complémentaire et Pôle Emploi) peuvent s'adresser au donneur d'ordre, employeur de fait, pour lui demander de payer les cotisations et contributions sociales qui sont dues en raison de l'emploi du prétendu travailleur indépendant.

#### **Nota**

*Dans une jurisprudence de principe<sup>166</sup>, la Cour de cassation précise que l'organisme de recouvrement qui engage une procédure contre le donneur d'ordre pour obtenir sa requalification en employeur de fait et le paiement des cotisations et contributions sociales éludées en cette qualité est tenu de mettre en cause dans cette procédure chaque prétendu travailleur indépendant. A défaut, la procédure est jugée irrégulière.*

Cette action des organismes de recouvrement est, non seulement dissuasive, mais profitable à la trésorerie de ces organismes, notamment lorsque le donneur d'ordre recourt à un réseau de plusieurs dizaines de travailleurs indépendants.

Le donneur d'ordre, verbalisé pour travail dissimulé, peut se voir refuser les exonérations et les abattements de cotisations sociales sur salaire, ainsi que l'annulation de ces exonérations et de ces abattements.

⇒ Les caisses de congés payés du BTP ont également un intérêt fort à s'adresser au donneur d'ordre pour lui demander de verser les cotisations qui lui sont dues en raison de l'emploi du faux travailleur indépendant. Cette démarche est particulièrement fondée car le secteur du BTP est très exposé aux pratiques de faux travail indépendant.

⇒ Le pseudo travailleur indépendant a la faculté de saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir du donneur d'ordre les sommes qui lui sont dues (rappel de salaire<sup>167</sup>, paiement d'heures supplémentaires, indemnité de congés payés, délivrance de bulletins de paie, participation, intéressement...), ainsi que l'indemnité forfaitaire de 6 mois de salaire pour travail dissimulé.

⇒ Les organisations syndicales peuvent désormais<sup>168</sup> utiliser, soit l'article L.1265-1, soit l'article L.8223-4 du code du travail, pour saisir d'initiative le conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits du salarié victime de la fausse sous-traitance, dès lors qu'il n'y se soit pas opposé.

<sup>166</sup> Cass. civ. 2 n° 17-19242 du 29 novembre 2018 URSSAF DU CANTAL.

<sup>167</sup> Notamment pour le prétendu travailleur indépendant qui a reçu 400 euros par mois de la part du donneur d'ordre.

<sup>168</sup> Article 9 de la loi n°20146790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, dite loi Savary.

**Nota**

***Quid des conséquences de l'arrêt Altun du 6 février 2018 et de l'arrêt Alpenrind du 6 septembre 2018 de la CJUE relatifs au certificat de détachement dans une affaire de dissimulation d'emploi salarié caractérisée par une situation de fausse prestation de services internationale résultant d'une fausse sous-traitance internationale par un prétendu travailleur indépendant?***<sup>169</sup>

⇒ *Dans une affaire de dissimulation d'emploi salarié résultant du recours à un prétendu travailleur indépendant, la jurisprudence considère que le donneur d'ordre devient l'employeur de fait du prétendu travailleur indépendant requalifié en salarié.*

*Il en résulte que le donneur d'ordre requalifié peut être mis en cause, d'une part pour dissimulation d'emploi salarié sous ses trois modalités (défaut de DPAAE, défaut de remise de bulletin de paie et défaut de déclaration sociale), et d'autre part pour le non paiement des cotisations et contributions sociales éludées en raison de cet emploi dissimulé.*

*En outre, le salarié, employé sous un statut indu de travailleur indépendant, a la faculté de saisir le conseil de prud'hommes pour demander la requalification de son donneur d'ordre en employeur de fait, avec toutes les conséquences sociales qui en découlent.*

*S'agissant d'un donneur d'ordre, employeur de fait d'un prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché, cette analyse est contrariée par la jurisprudence de la CJUE, reprise par la Cour de cassation, lorsque la mise en cause de cet employeur de fait se fonde sur le défaut de déclaration social en France, et alors que le prétendu travailleur indépendant est muni d'un certificat de détachement.*

⇒ *Dans la décision Altun, la CJUE a confirmé sa jurisprudence A-Rosa du 27 avril 2017<sup>170</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse. L'institution de sécurité sociale française (Urssaf, MSA, caisse de retraite complémentaire...) doit préalablement demander le retrait de ce formulaire à l'institution de sécurité sociale de l'Etat qui l'a délivré et en obtenir son retrait.*

*Dans la décision Alpenrind, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens.*

<sup>169</sup> Pour plus d'informations, voir le Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 4<sup>ème</sup> édition Juin 2019, du même auteur et disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/> .

<sup>170</sup> Pour davantage d'analyse, voir les articles de commentaire de ces deux décisions publiés dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site.

⇒ *L'application stricte que la Cour de cassation fait, tant en matière pénale qu'en matière civile, de la jurisprudence communautaire relative à la force probante du certificat de détachement fragilise sensiblement les procédures judiciaires engagées en France pour lutter contre la dissimulation d'emploi salarié d'un prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché. Le bon épilogue de ces procédures ne dépend plus du juge français, mais du comportement de l'institution émettrice du certificat de détachement.*

*Il est à penser que, tous les cas, la Cour de cassation, sauf évolution ou revirement de jurisprudence, va en effet censurer toutes les procédures pénales ou civiles prononçant une condamnation, en s'affranchissant du certificat de détachement, sans avoir préalablement demandé, voire obtenu le retrait de ce formulaire auprès de l'institution qui l'a émis.*

*Tel est le sens dominant des décisions non équivoques rendues par la Cour de cassation depuis l'arrêt Altun de la CJUE*

*Dans l'arrêt Ryanair du 18 septembre 2018<sup>171</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions A-Rosa et Altun de la CJUE avait été respecté.*

*Dans les arrêts Krakbau du 9 mai 2018, STJ du 20 décembre 2018 et Batival du 24 janvier 2019<sup>172</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires STJ et Batival, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.*

*Dans les affaires STJ et Batival, l'application scrupuleuse de la jurisprudence A-Rosa par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant*

<sup>171</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de commentaire de cette décision publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site.

<sup>172</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

*la qualité d'employeur.*

*Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt Groupement GTS du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>173</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.*

*⇒ Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019<sup>174</sup>, il résulterait de cette jurisprudence que le juge français ne peut plus entrer directement en voie de condamnation pour non déclaration sociale à l'encontre d'un donneur d'ordre, employeur de fait d'un prétendu travailleur indépendant détaché soit au plan pénal, soit au plan civil, dès que lors que cette condamnation écarte d'office un certificat de détachement non préalablement contesté, voire non retiré par l'institution émettrice de ce document.*

*Si l'institution émettrice refuse de retirer le certificat de détachement, le juge français ne pourra pas entrer en voie de condamnation, même si la fraude est évidente.*

*Au plan pénal, le juge ne pourra pas condamner cet employeur de fait pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale pour l'emploi d'un faux travailleur indépendant prestataire de services.*

*Au plan civil, le juge ne pourra pas condamner cet employeur de fait à verser les cotisations sociales en Franc en raison de cet emploi, même si cette qualité été reconnue par une autre décision de justice ayant autorité de chose jugée.*

### **.I.1.2.3. Les sanctions financières**

Les sanctions financières résultent de la mise en recouvrement par l'OFII<sup>175</sup> auprès du donneur d'ordre, requalifié en employeur de fait du prétendu travailleur indépendant, de la contribution spéciale pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (article L.5253-1 du code du travail) et de la contribution forfaitaire pour emploi d'un salarié étranger sans titre de séjour (article L.626-1 du CESEDA)<sup>176</sup>.

Ces sanctions financières ne sont pas à oublier car elles représentent un montant élevé et, donc, dissuasif.

<sup>173</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

<sup>174</sup> Et des décisions à venir de la CJUE dans les affaires C-370/17 et C-37/18 VUELING.

<sup>175</sup> Sous réserve que les agents de contrôle habilités n'oublient pas de transmettre leur procédure à l'OFII.

<sup>176</sup> Voir la note d'information de la DPM du 20 février 1992 relative à la mise en cause de l'employeur réel d'un travailleur étranger démunie d'autorisation de travail. Voir également le Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2017, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>.

#### **.I.1.2.4. Les sanctions administratives**

Le donneur d'ordre s'expose à ces sanctions administratives, en raison des deux infractions relevant du travail illégal qu'il commet (travail dissimulé, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de travail).

Il s'agit:

⇒ du refus de certaines aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture pendant une durée qui ne peut excéder 5 ans (article L.8272-1 du code du travail),

⇒ du remboursement de ces mêmes aides, versées dans les 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal (article L.8272-1 du code du travail),

⇒ de la fermeture de l'établissement par le préfet, pour une durée qui ne peut pas excéder 3 mois<sup>177</sup> (article L.8272-2 du code du travail),

⇒ de l'exclusion des marchés publics par le préfet, pour une durée qui ne peut pas excéder 6 mois (article L.8272-4 du code du travail).

#### **.I.2. Dans le cadre du recours à du faux travail indépendant, avec un intermédiaire**

L'intervention d'un intermédiaire qui assure la mise en relation ou qui fournit un prétendu travailleur indépendant à un donneur d'ordre n'exonère pas la responsabilité de ce dernier et ne modifie pas les incriminations et les infractions qui lui sont imputables.

**.I.2.1. Au plan pénal**, l'intermédiaire, qui n'est pas l'employeur de fait du faux travailleur indépendant, commet cependant les infractions suivantes, puisqu'il est instigateur et bénéficiaire d'un trafic de main-d'œuvre :

⇒ marchandage et/ou prêt illicite de salarié

⇒ complicité de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié ; il permet en effet au donneur d'ordre de se mettre en relation avec un salarié qu'il va dissimuler.

⇒ complicité d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et/ou de séjour, pour le même motif, dès lors que le prétendu travailleur indépendant est un ressortissant de pays tiers,

⇒ aide à l'entrée et au séjour irrégulier d'un salarié étranger sur le territoire français,

⇒ abus de vulnérabilité,

⇒ non respect de la législation sur l'hébergement collectif (déclaration, non-conformité, hébergement indigne<sup>178</sup>), si l'intermédiaire assure l'hébergement du prétendu travailleur indépendant.

---

<sup>177</sup> Voir notamment Conseil d'Etat n° 385569 du 11 novembre 2014 IDEAC fermeture d'un centre de fitness qui emploie un homme de ménage sous un prétendu statut d'auto entrepreneur ; TA Lyon n° 1803116 du 20 novembre 2018 fermeture d'une auto-école en ligne qui emploie des moniteurs sous un statut de prétendus auto entrepreneurs.

**.I.2.2. Au titre des sanctions civiles**, l'intermédiaire, s'il est établi en France, verbalisé pour complicité de travail dissimulé, peut se voir refuser les exonérations et les abattements de cotisations sociales sur salaire, ainsi que l'annulation de ces exonérations et de ces abattements dont il a bénéficié dans les 5 années précédant sa verbalisation.

**.I.2.3. Les sanctions administratives** prévues en matière de lutte contre le travail illégal s'appliquent à l'intermédiaire, s'il est établi en France, puisqu'il commet au moins trois délits : le marchandage, le prêt illicite de personnel et la complicité de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Il s'agit:

⇒ du refus de certaines aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture pendant une durée qui ne peut excéder 5 ans (article L.8272-1 du code du travail),

⇒ du remboursement de ces mêmes aides, versées dans les 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal (article L.8272-1 du code du travail),

⇒ de la fermeture de l'établissement par le préfet, pour une durée qui ne peut pas excéder 3 mois ; cette sanction administrative est tout à fait judiciaire en raison de la nature même de l'activité d'intermédiation (article L.8272-2 du code du travail),

⇒ de l'exclusion des marchés publics par le préfet, pour une durée qui ne peut pas excéder 6 mois (article L.8272-4 du code du travail).

**Nota**

*La mise en œuvre des sanctions financières, administratives et civiles à l'encontre du donneur d'ordre qui recourt à du faux travail indépendant et qui sont réellement dissuasives, suppose un bon échange de documents et d'informations entre les agents verbalisateurs et les différents autorités et organismes en charge de leur application.*

*Faute d'avoir communiqué ces documents et ces informations, la lutte contre cette forme de dumping social n'aura pas atteint ses objectifs.*

<sup>178</sup> La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou règlementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécemment : Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

## **3<sup>ème</sup> partie**

# **LES DROITS DES VICTIMES ET DES CREANCIERS DE LA FAUSSE SOUS-TRAITANCE<sup>179</sup>**

---

<sup>179</sup> Voir également le Mode d'emploi pour les droits des victimes du travail illégal et du dumping social 2<sup>ème</sup> édition Avril 2018, du même auteur, disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>





## QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

**.1)** Les principales victimes et les créanciers de la fausse sous-traitance, et du dumping social qu'elle génère, du fait du comportement des entreprises utilisatrices et des donneurs d'ordre, sont :

- ⇒ le salarié, prêté ou prétendu travailleur indépendant,
- ⇒ les comptes publics,
- ⇒ les organismes de recouvrement des cotisations sociales du régime de base (URSSAF, MSA, CGSS, ENIM..),
- ⇒ les caisses de retraite complémentaire,
- ⇒ Pôle Emploi,
- ⇒ les caisses de congés payés,
- ⇒ l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII),
- ⇒ les entreprises qui respectent la réglementation,
- ⇒ les organisations professionnelles et les organisations syndicales.

Sont également lésés, les salariés qui n'ont pas accès à ces emplois dénaturés, parce qu'ils ne sont pas disponibles officiellement sur le marché du travail comme emplois salariés : un demandeur d'emploi ne sera pas alors embauché comme salarié car le statut de prétendu auto entrepreneur ou de prétendu gérant mandataire d'un hôtel ou d'un magasin de vente de chaussures lui est imposé.

Il en est de même des effets de substitution pour un poste de travail occupé par un détachement illégal sur le territoire français.

Ce qui fait beaucoup de monde....

**.2)** Le respect des droits lésés et leur valorisation, y compris par le recours au juge, est non seulement légitime, mais nécessaire pour faire cesser ces fraudes. Cette valorisation est d'autant plus justifiée que le préjudice subi peut avoir des impacts financiers ou non très conséquents (manque à gagner, perte d'un marché, menace sur l'emploi local...).

**.3)** Les modalités de valorisation des droits lésés dépendent du statut et de la qualité des victimes qui disposent chacune d'outils juridiques spécifiques. Au fil du temps, ces outils juridiques ont été adaptés et améliorés ; leur mise en œuvre est confortée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour autant, ces outils ne produiront d'effet utile que si toutes les victimes s'en saisissent et les mobilisent.

**.4)** S'agissant des agents de contrôle habilités, des organismes de recouvrement et des services de l'Etat engagés dans la lutte contre cette délinquance, on n'insistera jamais assez sur l'importance de la collaboration, de la coopération, de l'échange d'informations et de documents et de la mise en commun.

**.5)** Si la gestion pénale de ces fraudes, qui peuvent être transnationales, est le premier levier qui vient à l'esprit, il ne faut oublier de traiter toutes leurs conséquences financières, fiscales et sociales, qui se traduisent généralement par des manques à gagner non négligeables. La transmission des informations et des procédures entre les différents partenaires est à cet égard indispensable pour être efficace.

## Les victimes de la fausse sous-traitance

### A. Le salarié

Le salarié est l'objet de la fausse sous-traitance ; il en est la victime directe car au centre de cette fraude et de ce dumping social. Il dispose d'un certain nombre d'outils juridiques pour faire valoir ses droits, mais ils sont très peu utilisés dans la pratique. Ces droits restent donc (hélas) très virtuels et théoriques. Ce n'est donc pas le salarié victime de la fraude qui est acteur principal de la lutte contre ces fraudes.

#### A.1. Intérêt à agir et droits lésés

Le salarié victime de la fausse sous-traitance justifie de plusieurs intérêts à agir pour obtenir l'application de la législation sociale à son égard :

⇒ la requalification de son lien contractuel salarié avec l'entreprise utilisatrice (prêt de personnel) ou le donneur d'ordre (faux travailleur indépendant), et donc notamment l'abandon de son statut de salarié détaché si telle est sa situation,

⇒ la reconnaissance des droits attachés à son statut individuel et collectif de salarié (législation du travail et législation de sécurité sociale) auprès de l'entreprise utilisatrice ou du donneur d'ordre,

⇒ la valorisation de ses droits en qualité de salarié dissimulé par l'entreprise utilisatrice ou par le donneur d'ordre requalifié en employeur de fait,

#### **Nota**

*Dans une jurisprudence de principe<sup>180</sup>, la Cour de cassation considère que le gérant de succursales des articles L.7321-1 et suivants du code du travail doit faire l'objet d'une DPAE et bénéficie de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour dissimulation d'emploi salarié.*

⇒ l'obtention de dommages et intérêts auprès de son employeur officiel qui le prête de façon illicite, sous réserve qu'il justifie d'un préjudice<sup>181</sup>.

#### A.2. Qui mettre en cause ?

Le salarié victime d'une opération marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre ou d'un emploi sous un prétendu statut de travailleur indépendant dans le cadre de fausse sous-traitance met en cause l'entreprise utilisatrice (prêt de personnel)<sup>182</sup> ou son donneur d'ordre (faux travail indépendant), en qualité d'employeur réel, mais dissimulé. C'est en effet à ces deux interlocuteurs d'assumer leurs obligations d'employeur de fait à son égard.

<sup>180</sup> Cass. soc. n° 15-21192 du 23 novembre 2016 SOCIETE DES GARAGES DE VENDEE.

<sup>181</sup> Cass. soc. n° 17-25910 du 28 mai 2019 GESTCLAIRE.

<sup>182</sup> Cass. soc. n° 16-14695 du 5 avril 2018 COKES DE CARLING.

Le salarié victime d'une opération de marchandage ou de prêt illicite hors situation de fausse sous-traitance, telle qu'à l'occasion du non respect de la législation sur le travail temporaire, met en cause l'entreprise de travail temporaire ou l'entreprise utilisatrice, simultanément ou successivement<sup>183</sup>.

### A.3. Comment?

Le salarié a la faculté (très théorique) de saisir en premier lieu les services compétents de l'Etat, notamment l'inspection du travail, pour obtenir la régularisation de ses droits. Mais cette démarche risque d'être vaine pour le salarié car seul le juge peut requalifier la situation contractuelle.

Pour autant, lorsque les faits sont patents, l'inspection du travail peut obtenir une régularisation de la situation du salarié avec un employeur bien disposé, qui va reconnaître la fraude à la loi. L'inspection du travail pourra peut-être obtenir son embauche par l'entreprise utilisatrice ou le donneur d'ordre.

En tout état de cause, la saisine de l'inspection du travail présente l'intérêt d'appeler l'attention sur les pratiques d'une entreprise qui ne sont pas éventuellement circonscrites à ce salarié.

Le salarié dispose, à titre principal, de la possibilité de saisir la juridiction prud'homale, pour faire valoir ses droits, même si, officiellement, il a la qualité de travailleur indépendant ou de salarié détaché, en application de l'article R.1412-5 du code du travail<sup>184</sup>. Il peut aussi saisir le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)<sup>185</sup> ou la juridiction répressive en se constituant partie civile dans le procès pénal. La saisine du TASS est légitime dès lors que le salarié souhaite faire valoir ses droits à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ou obtenir le versement de cotisations sociales en France, en qualité de salarié.

Le salarié dispose également de la faculté de déposer plainte auprès du procureur de la République ou de faire une citation directe devant la juridiction répressive.

C'est une démarche à sa seule initiative, sauf devant le conseil de prud'hommes. En effet, la loi Savary du 10 juillet 2014 permet à une organisation syndicale de saisir de sa propre initiative cette juridiction pour défendre les droits du salarié victime du travail illégal et/ou détaché, sous réserve que celui-ci, dûment informé, ne s'y soit pas opposé. Cette saisine syndicale, qui aurait dû être étendue au TASS pour les accidents du travail et les maladies professionnelles, a pour objet d'assurer une meilleure effectivité de l'application du droit du travail.

Le salarié victime de la fausse sous-traitance peut bien entendu à la fois se constituer partie civile dans un procès pénal pour demander des dommages et intérêts au titre du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur, le donneur d'ordre ou le maître

---

<sup>183</sup> Cass. soc. n° 18-16668 du 10 avril 2019 ADIA LOGIDIS.

<sup>184</sup> Même si le salarié détaché est titulaire d'un certificat de détachement: Cass. soc. n° 13-27799 du 10 juin 2015 EASYJET.

<sup>185</sup> Devenu la section sociale du tribunal de grande instance au 1<sup>er</sup> janvier 2019.

d'ouvrage<sup>186</sup> et saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir toutes les sommes qui lui sont dues au titre de l'exécution de son contrat de travail en France.

La constitution de partie civile du salarié devant la juridiction répressive est strictement limitée à l'obtention des dommages intérêts qui résultent du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur. Il ne peut pas obtenir par cette voie des rappels de salaire ou d'indemnité ou le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à six mois de salaire pour la dissimulation de son emploi ; il ne peut pas non plus obtenir le versement des cotisations sociales non versées sur son compte d'assuré social en qualité de salarié.

Toutes les sommes dues en raison de l'exécution de son contrat de travail relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes<sup>187</sup> ; il en va de même pour la compétence exclusive du TASS<sup>188</sup> pour le versement des cotisations sociales sur son compte personnel d'assuré social. Dans cette hypothèse, le salarié est tenu par le délai de prescription propre à chaque demande.

#### **Nota**

***Quid de l'opposabilité et des effets du certificat de détachement à l'égard du salarié titulaire de ce formulaire et qui travaille en France en qualité de prétendu travailleur détaché, soit dans le cadre d'une opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre, soit dans le cadre d'un faux travail indépendant.***

*⇒ Dans une affaire de fausse sous-traitance, la jurisprudence considère que l'utilisateur du salarié prêté ou le donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant devient leur employeur de fait.*

*Il en résulte que le salarié peut assigner devant le conseil de prud'hommes ou devant le TASS son utilisateur ou son donneur d'ordre pour obtenir sa requalification en employeur de fait, avec toutes les conséquences sociales qui en découlent, ou se constituer partie civile au procès pénal.*

*Cette démarche en requalification ou en constitution de partie civile du salarié peut se trouver sensiblement contrariée par la jurisprudence A-Rosa du 27 avril 2017 et Altun du 6 février 2018 de la CJUE, reprise par la Cour de cassation, relative à l'opposabilité du certificat de détachement, selon les demandes que le salarié formule devant le juge.*

*⇒ Si la demande du salarié porte exclusivement sur la reconnaissance de droits sociaux prévus par la législation du travail ou se limite à une constitution de partie civile en relation avec la réparation du préjudice résultant du non respect de cette législation, elle va cependant se heurter à une incertitude juridique sérieuse résultant de la décision du 8 janvier 2019<sup>189</sup> de la Cour de cassation de saisir la CJUE d'une question préjudicielle.*

<sup>186</sup> Cass. crim. n° 08-80027 du 16 septembre 2008.

<sup>187</sup> Cass. crim. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 AUCHAN.

<sup>188</sup> Devenu la section sociale du tribunal de grande instance au 1<sup>er</sup> janvier 2019.

<sup>189</sup> Cass. crim. n° 17-82553 du 8 janvier 2019 BOUYGUES. Voir également la présentation et le commentaire de cette décision sur le site de l'auteur <https://herveguichaoua.fr/> , rubrique Actualités.

*La chambre criminelle de Cour de cassation, en référence la décision A-Rosa de la CJUE, a demandé à la juridiction communautaire si l'opposabilité du certificat de détachement produit des effets sur les obligations déclaratives à effectuer au titre de la législation du travail (notamment la déclaration préalable à l'embauche) d'une entreprise établie à l'étranger, mais qui est condamnée en France pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié en ayant omis de procéder à la déclaration préalable à l'embauche et aux déclarations sociales des prétendus salariés détachés qu'elle faisait travailler en France.*

*La réponse de la CJUE risque d'avoir une incidence sur les droits sociaux du salarié, notamment ceux directement liés à la reconnaissance d'une situation de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.*

*⇒ Si la demande du salarié porte sur la reconstitution de sa protection sociale et/ou la réparation du préjudice subi du fait de la privation de la protection sociale française, elle va se heurter encore plus directement à la jurisprudence A-Rosa et Altun de la CJUE, reprise par la Cour de cassation.*

*Dans la décision Altun du 6 février 2018, la CJUE a confirmé sa jurisprudence A-Rosa du 27 avril 2017<sup>190</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse. L'institution de sécurité sociale française (Urssaf, MSA, caisse de retraite complémentaire...) doit préalablement demander le retrait de ce formulaire à l'institution de sécurité sociale de l'Etat qui l'a délivré et en obtenir son retrait.*

*Dans la décision Alpenrind du 6 septembre 2018, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens.*

*⇒ L'application stricte que la Cour de cassation fait, tant en matière pénale qu'en matière civile, de la jurisprudence communautaire relative à la force probante du certificat de détachement fragilise sensiblement les procédures judiciaires de requalification engagées en France par tout prétendu salarié détaché ou par tout prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché. Le bon épilogue de ces procédures ne dépend plus du juge français, mais du comportement de l'institution émettrice du certificat de détachement.*

*Il est à penser que, tous les cas, la Cour de cassation, sauf évolution ou revirement de jurisprudence, va en effet censurer toutes les procédures pénales ou civiles prononçant une condamnation, en s'affranchissant du certificat de détachement, sans avoir préalablement*

<sup>190</sup> Pour davantage d'analyse, voir les articles de commentaire de ces deux décisions publiés dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site : <https://herveguichaoua.fr/> .

*demandé, voire obtenu le retrait de ce formulaire auprès de l'institution qui l'a émis.*

*Tel est le sens dominant des décisions non équivoques rendues par la Cour de cassation depuis l'arrêt Altun de la CJUE.*

*Dans l'arrêt Ryanair du 18 septembre 2018<sup>191</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que le mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions A-Rosa et Altun de la CJUE avait été respecté.*

*Dans les arrêts Krakbau du 9 mai 2018, STJ du 20 décembre 2018 et Batival du 24 janvier 2019<sup>192</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires STJ et Batival, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.*

*Dans les affaires STJ et Batival, l'application scrupuleuse de la jurisprudence A-Rosa par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France, tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant la qualité d'employeur.*

*Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt Groupement GTS du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>193</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.*

*⇒ Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019<sup>194</sup>, il résulterait de cette jurisprudence que le juge français ne peut plus se prononcer d'office sur la demande en requalification d'un prétendu salarié détaché ou d'un prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché, soit au plan civil, soit au plan pénal, dès que lors que cette*

<sup>191</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de commentaire de cette décision publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site.

<sup>192</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

<sup>193</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

<sup>194</sup> Et des décisions à venir de la CJUE dans les affaires C-370/17 et C-37/18 VUELING.

*instance judiciaire porte sur la reconnaissance de droits sociaux en relation avec le certificat de détachement et/ou la protection sociale du salarié.*

*Si l'institution émettrice refuse de retirer le certificat de détachement, le juge français ne pourra pas réserver une suite favorable à la demande du salarié, même si une autre décision de justice ayant autorité de chose jugée a déjà reconnu sa qualité de salarié d'un employeur de fait établi en France.*

## **B. Les organismes de recouvrement de la sphère sociale**

Il s'agit des organismes de recouvrement des cotisations sociales du régime de base (URSSAF, MSA, CGSS,..), des caisses de retraite complémentaire, de Pôle Emploi et des caisses de congés payés.

Indiscutablement, ces organismes sont la clé de voûte de la lutte contre le travail illégal et le dumping social, y compris en présence de pratiques de fausse sous-traitance. Ce ne sont pas les rares actions engagées par les salariés qui font poids.

Pour cette raison, les organismes de recouvrement doivent être destinataires d'un maximum d'informations et de procédures relatives à des affaires de fausse sous-traitance, ce qui est facilité par la levée du secret professionnel inscrite dans le code du travail. En effet, le dénominateur commun de ces affaires est le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

L'implication de l'URSSAF et, dans une moindre mesure, de la MSA, est bien réelle dans le recouvrement des cotisations sociales relatives à ce type d'affaire, notamment lorsque sont présentes des entreprises étrangères. Celle des caisses de retraites complémentaires, de Pôle Emploi, et des caisses des congés payés reste très limitée, voire inexistante<sup>195</sup>. Ce qui se traduit par la perte des cotisations qui leur sont dues et le délaissement assez incompréhensible d'un outil efficace pour lutter contre ces fraudes.

### **B.1. Intérêt à agir et droits lésés**

L'intérêt à agir des organismes de recouvrement est double : d'une part l'intérêt personnel de l'institution qu'ils représentent puisqu'ils souffrent d'un manque à gagner comptable financier parfaitement chiffrable et qui peut porter sur plusieurs années et d'autre part l'intérêt général au titre de leur mission de gestion d'un service public ou quasi service public directement affecté par les conséquences du travail illégal et du dumping social.

Les droits lésés correspondent au montant des cotisations et contributions éludées, calculé sur le nombre de personnes assujetties à leur paiement et compte tenu du délai de prescription de leurs propres créances (5 ans pour les cotisations sociales relatives à une affaire de travail dissimulé) ainsi que des pénalités et majorations pour retard. Ces montants peuvent être substantiels dans des affaires de faux travail indépendant impliquant plusieurs dizaines de personnes ou dans des affaires de fausse sous-traitance transnationale.

<sup>195</sup> Les fraudeurs peuvent dormir sur leurs deux oreilles.



Les organismes de recouvrement du régime de base ont la faculté, par ailleurs, d'obtenir auprès de l'entreprise utilisatrice ou du donneur d'ordre le remboursement des exonérations ou d'allègement dont il a bénéficié.

## B.2. Qui mettre en cause ?

L'organisme de recouvrement met cause l'entreprise utilisatrice (salarié prêté) ou le donneur d'ordre (faux travail indépendant). Celui-ci est l'employeur dissimulé, mais réel du salarié objet de la fausse sous-traitance ; il est redevable des cotisations et contributions sociales.

La jurisprudence de la Cour de cassation permet également à l'organisme de recouvrement de mettre en cause le donneur d'ordre par une lecture inattendue de l'article L.1251-52 du code du travail relatif à la défaillance des entreprises de travail temporaire<sup>196</sup>.

### **Nota**

*Dans une jurisprudence de principe<sup>197</sup>, la Cour de cassation précise que l'organisme de recouvrement qui engage une procédure contre le donneur d'ordre pour obtenir sa requalification en employeur de fait de prétendus travailleurs indépendants et le paiement des cotisations et contributions sociales éludées en cette qualité est tenu de mettre en cause dans cette procédure chaque prétendu travailleur indépendant. A défaut, la procédure est jugée irrégulière.*

## B.3. Comment ?

L'organisme de recouvrement dispose de deux voies pour mettre en cause l'entreprise utilisatrice ou le donneur d'ordre redevable des cotisations et contributions qui lui sont dues.

Il réclame le paiement des cotisations et des contributions devant la juridiction compétente, selon les procédures de droit commun. Dans cette hypothèse, l'organisme dispose d'un délai de prescription allongé, porté à 5 ans (au lieu de 3 ans), puisqu'il s'agit de travail dissimulé<sup>198</sup>.

Il se constitue partie civile dans le cadre de la procédure pénale pour demander, sous forme de dommages intérêts, la réparation du préjudice financier directement lié au non versement des cotisations et contributions. Ces dommages et intérêts peuvent être fixés à un montant qui représente l'exact montant des cotisations et contributions éludées<sup>199</sup>.

L'organisme de recouvrement peut bien entendu à la fois se constituer partie civile au procès pénal pour demander des dommages intérêts en réparation du préjudice financier du fait du non paiement des cotisations et saisir le tribunal de droit commun compétent

<sup>196</sup> Voir infra p.111 4<sup>ème</sup> partie Jurisprudence.

<sup>197</sup> Cass. civ. 2 n° 17-19242 du 29 novembre 2018 URSSAF DU CANTAL.

<sup>198</sup> Article L.244-3 alinéa 1<sup>er</sup> du code de la sécurité sociale.

<sup>199</sup> Cf affaires Easyjet, Vueling, Ryanair et bien d'autres.

(TASS<sup>200</sup> ou tribunal de grande instance pour la caisse de congés payés) pour le paiement des cotisations qui lui sont dues.

L'action devant le TASS permet de reconnaître et de régulariser les droits du prétendu travailleur indépendant au regard du régime des travailleurs salariés, ou du salarié indûment détaché en matière de protection sociale en France (assurance maladie, retraite...).

### **Nota**

#### ***Quid de l'opposabilité du certificat de détachement aux organismes de recouvrement sociaux et au juge national français dans une affaire de fausse sous-traitance, soit par du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d'œuvre, soit par le recours à du faux travail indépendant?***

*La réponse à cette question est essentielle au titre de l'efficacité de la lutte contre le travail illégal et le dumping social.*

*Le non versement des cotisations sociales en France, en se référant indûment au statut de salarié ou de travailleur indépendant détaché muni d'un certificat de détachement, est en effet l'une des causes principales de la fraude et du dumping social.*

⇒ *Dans une affaire de fausse sous-traitance, la jurisprudence considère que l'utilisateur du salarié prêté ou le donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant devient leur employeur de fait.*

*Il en résulte que l'utilisateur ou le donneur d'ordre requalifié peut être mis en cause, en qualité d'employeur de fait, pour le non paiement des cotisations et contributions sociales éludées en raison de cet emploi dissimulé.*

*Cette analyse ancienne et constante du juge français est contrariée par la jurisprudence de la CJUE, reprise par la Cour de cassation, lorsque la mise en cause de cet employeur de fait se fonde sur le défaut de déclaration sociale d'un prétendu salarié détaché ou d'un prétendu travailleur indépendant muni d'un certificat de détachement.*

⇒ *Dans la décision Altun du 6 février 2018, la CJUE a confirmé sa jurisprudence A-Rosa du 27 avril 2017<sup>201</sup> au terme de laquelle les autorités nationales et le juge national de l'Etat d'accueil et d'emploi du salarié détaché par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse, ne peuvent pas remettre en cause d'office et de leur propre initiative la validité d'un certificat de détachement, qui dispense de payer les cotisations et contributions sociales en France, y compris lorsque ce formulaire est obtenu ou utilisé de façon frauduleuse. L'institution de sécurité sociale française (Urssaf, MSA, caisse de retraite complémentaire...) doit préalablement demander le retrait de ce formulaire à l'institution de sécurité sociale de l'Etat qui l'a délivré et en obtenir son retrait.*

<sup>200</sup> Devenu la section sociale du tribunal de grande instance au 1<sup>er</sup> janvier 2019.

<sup>201</sup> Pour davantage d'analyse, voir les articles de commentaire de ces deux décisions publiés dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>.

*Dans la décision Alpenrind du 6 septembre 2018, la CJUE considère que les conclusions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, saisie d'un recours par l'Etat membre d'accueil et d'emploi du salarié détaché, qui souhaite obtenir le retrait d'un certificat de détachement qu'il estime indûment délivré, ne s'imposent pas à l'Etat membre qui l'a émis ; la CJUE précise que ces conclusions n'ont la valeur que d'un simple avis. Ainsi, cet Etat membre n'est pas tenu de retirer le certificat de détachement, alors même que la Commission administrative conclut dans ce sens.*

⇒ *L'application stricte que la Cour de cassation fait, tant en matière pénale qu'en matière civile, de la jurisprudence communautaire relative à la force probante du certificat de détachement fragilise sensiblement les procédures judiciaires engagées en France pour lutter contre la dissimulation d'emploi salarié d'un prétendu salarié détaché ou d'un prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché, par le biais d'une opération de fausse sous-traitance. Le bon épilogue de ces procédures ne dépend plus du juge français, mais du comportement de l'institution émettrice du certificat de détachement.*

*Il est à penser que, tous les cas, la Cour de cassation, sauf évolution ou revirement de jurisprudence, va en effet censurer toutes les procédures pénales ou civiles prononçant une condamnation, en s'affranchissant du certificat de détachement, sans avoir préalablement demandé, voire obtenu le retrait de ce formulaire auprès de l'institution qui l'a émis.*

*Tel est le sens dominant des décisions non équivoques rendues par la Cour de cassation depuis l'arrêt Altun de la CJUE.*

*Dans l'arrêt Ryanair du 18 septembre 2018<sup>202</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation d'une cour d'appel, alors que la procédure et les qualifications et les incriminations s'articulaient autour du défaut de création d'un établissement en France ; la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences du constat d'une fraude à l'établissement sur la validité des certificats de détachement des salariés affectés à l'activité économique sur le territoire français constitutive de cette fraude, tant qu'il n'était démontré que mode d'emploi du retrait du certificat de détachement décrit par les décisions A-Rosa et Altun de la CJUE avait été respecté.*

*Dans les arrêts Krakbau du 9 mai 2018, STJ du 20 décembre 2018 et Batival du 24 janvier 2019<sup>203</sup>, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation rend opposables les certificats de détachement de salariés employés dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance internationale, qui induit pourtant l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français ; dans les affaires STJ et Batival, l'organisme de recouvrement qui réclamait les cotisations sociales à cet employeur de fait s'appuyait de surcroît sur une condamnation pénale de cet employeur de fait pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et dissimulation d'emploi salarié.*

*Dans les affaires STJ et Batival, l'application scrupuleuse de la jurisprudence A-Rosa par la Cour de cassation a pour effet de renoncer à condamner une entreprise française reconnue employeur de fait de prétendus salariés détachés à verser des cotisations sociales en France,*

<sup>202</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de commentaire de cette décision publié dans Droit Ouvrier du mois de juin 2017, du même auteur et disponibles sur son site.

<sup>203</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

*tant que les certificats de détachement ne sont pas retirés par l'institution de sécurité sociale qui les a émis. Si ces formulaires ne sont pas retirés, cette entreprise, bien qu'employeur, ne sera pas tenue de verser des cotisations sociales, ce qui est contraire à tout principe régissant la qualité d'employeur.*

*Cette série de décisions est cependant tempérée par l'arrêt Groupement GTS du 7 mai 2019 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>204</sup> qui a censuré une décision d'une cour d'appel pour n'avoir pas suffisamment recherché s'il n'existait pas un employeur de fait en France pour des salariés détachés dont les cotisations sociales étaient versées dans un autre Etat de l'Union européenne.*

*⇒ Sous réserve de cette décision non anodine du 7 mai 2019<sup>205</sup>, il résulterait de cette jurisprudence que le juge français ne peut plus entrer directement en voie de condamnation pour non déclaration sociale à l'encontre d'un utilisateur ou d'un donneur d'ordre, employeur de fait, d'un prétendu salarié détaché ou d'un prétendu travailleur indépendant prestataire de services détaché, soit au plan pénal, soit au plan civil, dès que lors que cette condamnation écarte d'office un certificat de détachement non préalablement contesté, voire non retiré par l'institution émettrice de ce document.*

*Si l'institution émettrice refuse de retirer le certificat de détachement, le juge français ne pourra pas entrer en voie de condamnation, même si la fraude est évidente.*

*Au plan pénal, le juge ne pourra pas condamner cet employeur de fait pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié par défaut de déclaration sociale pour l'emploi d'un faux salarié détaché ou d'un faux travailleur indépendant prestataire de services.*

*Au plan civil, le juge ne pourra pas condamner cet employeur de fait à verser les cotisations sociales en France en raison de cet emploi, même si cette qualité été reconnue par une autre décision de justice ayant autorité de chose jugée.*

### **C. L'office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)<sup>206</sup>**

Au titre des ses missions, l'OFII est chargé de mettre en recouvrement et de percevoir la contribution spéciale et la contribution forfaitaire, qui sont dues lorsqu'une entreprise emploie un salarié étranger démunie de titre de travail et/ou de titre de séjour. L'entreprise utilisatrice (salarié prêté) ou le donneur d'ordre est redevable de ces contributions lorsque le salarié victime de la fausse sous-traitance est un ressortissant étranger démunie de ce ou de ces titre(s).

#### **C.1. Intérêt à agir et droits lésés**

L'intérêt à agir de l'OFII et les droits lésés résultent directement des textes relatifs à l'efficacité de la répression des trafics de main-d'œuvre étrangère, et plus particulièrement

<sup>204</sup> Pour davantage d'analyse, voir l'article de présentation et de commentaire de cette décision publié sur le site de l'auteur.

<sup>205</sup> Et des décisions à venir de la CJUE dans les affaires C-370/17 et C-37/18 VUELING.

<sup>206</sup> Voir également le Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi illégal d'un salarié étranger sans titre de travail 1<sup>ère</sup> édition Octobre 2017, du même auteur et disponible sur son site : <https://herveguichaoua.fr/>.

de l'article L.8253-1 du code du travail et de l'article L.626-1 du CESEDA. Compte tenu du montant dissuasif de ces pénalités fixé par le code du travail et le CESEDA, qui s'ajoutent à toutes les autres sanctions ou pénalités en matière de lutte contre le travail illégal et le dumping social, leur mise en recouvrement ne doit pas être négligée.

L'OFII n'est pas cependant en capacité d'agir spontanément et d'initiative ; la mise en recouvrement de ces deux contributions dépend des procédures des agents de contrôle habilités qu'il reçoit.

### **C.2. Qui mettre en cause ?<sup>207</sup>**

L'OFII met en cause l'entreprise utilisatrice ou le donneur d'ordre, employeur dissimulé mais réel du salarié étranger démuné de titre de travail et/ou de séjour. La requalification opérée par l'OFII sur la base des procédures transmises par les agents de contrôle habilités peut être contestée devant la juridiction administrative par l'entreprise utilisatrice ou le donneur d'ordre.

La note de la DPM du 20 février 1992 décrit très précisément les conditions de mise en cause de l'entreprise utilisatrice ou du donneur d'ordre, employeur de fait du salarié étranger employé sans titre de travail et/ou de séjour.

### **C.3. Comment ?**

L'OFII ne peut rien faire d'initiative. Il attend de recevoir les procès-verbaux relevés par les agents de contrôle habilités<sup>208</sup> qui constatent l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et, le cas échéant, l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et sans titre de séjour.

A réception de cette procédure, et sous réserve de respecter une procédure contradictoire avec l'employeur de fait, l'OFII met en recouvrement.

L'action en recouvrement se prescrit au terme de quatre ans.

La mise en recouvrement des deux contributions est indépendante des suites judiciaires ; un classement sans suite, une relaxe ou une affaire non définitivement jugée n'interdisent pas à l'OFII de mettre en recouvrement.

## **D. Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises**

Au-delà des discours et des déclarations d'intention, l'implication effective des organisations syndicales, des organisations professionnelles et des entreprises dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social reste particulièrement modeste. Alors que le recours à de la fausse sous-traitance recèle de nombreuses fraudes, leur contribution est dès lors importante. On peut espérer que l'insertion dans la loi Savary du 10 juillet 2014, d'une disposition certes symbolique, mais qui leur est spécifiquement dédiée pour agir en justice en qualité de partie civile, les mobilise davantage.

<sup>207</sup> Voir la note d'information de la DPM du 20 février 1992 relative à la mise en cause de l'employeur réel d'un travailleur étranger démuné d'autorisation de travail.

<sup>208</sup> Inspection du travail, gendarmerie, police et douanes.

### **D.1. Intérêt à agir et droits lésés**

La jurisprudence reconnaît le droit aux organisations syndicales, aux organisations professionnelles et aux entreprises de se constituer partie civile dans les affaires de travail illégal, chacune en fonction du préjudice causé aux intérêts collectifs ou particuliers qu'elles défendent ou représentent ou qui sont lésés (perte d'un marché, par exemple).

La loi Savary a inséré un article 2.21-1 dans le code de procédure pénale qui formalise cette constitution de partie civile, sans que cet ajout présente cependant une plus value particulière par rapport à l'état du droit existant.

Se constituer partie civile permet notamment de conforter l'action publique et d'attester de l'intérêt porté à la lutte contre ces fraudes.

Ces personnes peuvent également adresser un signalement au procureur de la République ou le saisir d'une véritable plainte, en qualité de victime<sup>209</sup>.

### **D.2. Qui mettre en cause ?**

Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises interviennent au cas par cas, en fonction des informations portées à leur connaissance et des enjeux. Elles choisissent les affaires qui, à leurs yeux, méritent une attention particulière.

Ainsi le choix de se constituer dans une affaire peut s'expliquer, par exemple, par l'évocation d'une question de principe sur le droit applicable.

### **D.3. Comment ?**

Les organisations syndicales, les organisations professionnelles et les entreprises disposent d'une très grande liberté d'action pour se manifester et agir et choisir la voie qui leur paraît la plus appropriée. La constitution de partie civile dans une affaire pénale ou la citation directe restent les procédures les plus usuelles.

Les organisations syndicales disposent en outre de la faculté de soutenir plus particulièrement le salarié victime d'une opération de fausse sous-traitance s'il est détaché, dans le cadre d'une procédure prud'homale. La loi Savary du 10 juillet 2014 a inséré dans le code du travail un article L.1265-1 qui les autorise à saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, dès lors que ce salarié, dûment informé, ne s'y est pas opposé.

L'action des organisations syndicales est d'autant plus judicieuse et utile que les pratiques de fausse sous-traitance peuvent se combiner avec de l'abus de vulnérabilité et de l'hébergement indigne<sup>210</sup>, notamment lorsque les victimes de la fausse sous-traitance sont des salariés détachés.

---

<sup>209</sup> Dans ce domaine, les mots ont un sens. Il s'agit bien d'un dépôt de plainte, et non pas d'une simple dénonciation.

<sup>210</sup> La Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité en violation des normes législatives ou règlementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécent : Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

## **4<sup>ème</sup> partie**

### **JURISPRUDENCE**





**I Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre p.114**

**II Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre hors situation de fausse sous-traitance  
p.128**

**III Faux travail indépendant p.129**

## JURISPRUDENCE RELATIVE A LA FAUSSE SOUS-TRATANCE

La jurisprudence qui suit est non exhaustive. Elle reprend pour partie et complète la jurisprudence citée dans le Mode d'emploi.

Cette jurisprudence est à compléter par celle, plus topique et ciblée, qui est citée dans les autres Modes d'emploi, ainsi que par la jurisprudence mise en ligne sur le site de l'auteur :

<https://herveguichaoua.fr/>

### I) Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre

#### .I.1. Champ d'application des articles L.8231-1 et L. 8241-1 du code du travail

- Cass. crim. n° 02-85022 du 30 septembre 2003 Union CGT le fait qu'un EPA soit le donneur d'ordre et l'utilisateur n'exclut pas l'application des articles sur le marchandage et le prêt illicite de personnel l'égard de l'entreprise sous-traitante **arrêt de principe**

#### .I.2. Compétence du juge français

- Cass. crim. n° 96-85-519 du 16 septembre 1997 SIDERBA opérations de marchandage réalisées hors de France - compétence du juge français car salariés embauchés en France oui

#### .I.3. Critères de la vraie sous-traitance

- Cass. crim. n° 80-94065 du 2 juin 1981 QUALITEC prestations en milieu industriel **1<sup>er</sup> arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 82-94131 du 7 février 1984 ALPHA INFORMATIQUE prestations informatiques **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 84-90417 du 19 mars 1985 CFDT métaux SNIAS élaboration d'une documentation technique pour le donneur d'ordre **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994 SCHIAVINA secteur nucléaire
- Cass. crim. n° 84-91628 du 21 janvier 1986 AZOLACQ sous-traitance de mise en sac et manutention de produits chimiques
- Cass. soc. n° 91-40222 du 9 juin 1993 SOTRALENTZ le prêt de main d'œuvre n'est pas prohibé lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 92-11404 du 27 octobre 1994 CPAM Douai vraie sous-traitance

- Cass. soc. n° 00-41156 du 19 juin 2002 SIPIC société de surveillance industrielle au sein des entreprises
- Cass. soc. n° 07-44667 du 20 mai 2009 COFATECH relevé de compteurs pour le compte de EDF GDF
- Cass. soc. n° 11-24342 du 20 février 2013 AUSY prestations informatiques
- Cass. soc. n° 12-19942 du 4 décembre 2013 NOMAD NETCOM prestations informatiques nécessitant une expertise particulière et salariés rendant compte à leur employeur

#### **.I.4. Intérêt de relever les deux infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre par procès-verbal**

- Cass. crim. n° 92-82057 du 5 janvier 1993 SONOCAR **arrêt de principe**

#### **.I.5. Coauteurs des infractions**

- Cass. crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989 LUBRIZOL LUCAS **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 91-81653 du 26 janvier 1993 RODRIGO

### **Complicité**

#### **.I.6. Élément intentionnel**

- Cass. crim. n° 92-82928 du 22 juin 1993 BANQUE POPULAIRE PROVENCALE ET CORSE l'élément intentionnel résulte du caractère volontaire de la commission de ces délits **arrêt de principe**

#### **.I.7. Absence d'activité propre du fournisseur de main-d'œuvre**

- Cass. crim. n° 92-82057 du 5 janvier 1993 SONOCAR
- Cass. crim. n° 92-86291 du 12 octobre 1993 GINER absence de clientèle propre

#### **.I.8. Absence d'autonomie impliquant la fausse sous-traitance**

- Cass. crim. n° 82-94131 du 7 février 1984 ADIDA prestation de service informatique à la régie RENAULT
- Cass. crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989 LUBRIZOL LUCAS maintenance
- Cass. crim. n° 88-84222 du 25 avril 1989 GETE recrutement en contrat de travail à durée déterminée par un bureau d'études pour les entreprises de gros œuvre (démonstration intéressante pour le préjudice)
- Cass. crim. n° 88-84255 du 25 avril 1989 PROUVEUR intérêt de la démonstration du but lucratif également
- Cass. crim. n° 94-82850 du 7 août 1995 SOULE DUPUY BTP
- Cass. crim. n° 95-81453 du 6 février 1996 PFISTER maintenance industrielle

- Cass. crim. n° 96-82254 du 18 mars 1997 MADINIER/DANZAS logistique activité sous-traitée de conditionnement dans l'entrepôt du donneur d'ordre
- Cass. crim. n° 97-80138 du 16 juin 1998 SOFREGAZ mise à disposition de cadres
- Cass. crim. n° 99-84 368 du 21 mars 2000 RAVERA BTP
- Cass. crim. n° 01-83755 du 22 janvier 2002 BOUMAZA petite messagerie
- Cass. crim. n° 04-80806 du 15 février 2005 CARREFOUR France merchandising dans hypermarché
- Cass. crim. n° 06-86970 du 26 juin 2007 EARL RICHAUD cueillette de pommes par des salariés prêtés par un ETF
- Cass. crim. n° 11-87206 du 5 février 2013 ORANGE CARAIBES prestations informatiques

#### **I.9. Absence de technicité ou de savoir faire particulier - tâches identiques**

- Cass. crim. n° 92-81901 du 12 janvier 1993 SOPREMA
- Cass. crim. n° 91-81653 du 26 janvier 1993 TNE
- Cass. soc. n° 91-40222 du 9 juin 1993 SOTRALENTZ opération licite si conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire spécifique
- Cass. crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994 GEC ALSTHOM
- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET
- Cass. crim. n° 96-80727 du 28 janvier 1997 CAYEUX
- Cass. crim. n° 98-85665 du 3 novembre 1999 SOPREMA
- Cass. crim. n° 99-85485 du 16 mai 2000 COFRATEL
- Cass. soc. n° 07-45200 du 8 avril 2009 JALPAK INTERNATIONAL
- Cass. crim. n° 09-80414 du 15 septembre 2009 SE-KA
- Cas. soc. n° 10-27138 du 3 mai 2012 ONET
- Cass. crim. n° 14-82833 du 23 juin 2015 CHANIN
- Cass. soc. n° 15-17873 du 7 décembre 2016 SOGETI FRANCE pas de prêt illicite de main-d'œuvre, notamment présence d'une technicité et d'un savoir faire

#### **I.10. Tâches relevant de l'activité normale de l'entreprise utilisatrice**

- Cass. crim. n° 96-80727 du 28 janvier 1997 CAYEUX
- Cass. crim. n° 04-80086 du 15 février 2005 CARREFOUR France
- Cass. soc. n° 10-27138 du 3 mai 2012 ONET

**I.11. Activité intégrée au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice**

- Cass. crim. n° 92-82853 du 5 janvier 1993 SOFECOME gestion des stocks

**I.12. Petit outillage**

- Cass. crim. n° 92-82853 du 5 janvier 1993 SOFECOME la fourniture d'un matériel de manutention ne remet pas en cause le prêt illicite de main-d'œuvre
- Cass. crim. n° 91-81653 du 26 janvier 1993 RODRIGO BTP le sous-traitant apporte uniquement le petit outillage
- Cass. crim. n° 92-83262 du 23 février 1993 LAROCK BTP étanchéité, seulement petit outillage
- - Cass. crim. n° 92-82844 du 23 mars 1993 AYDOGAN BTP la fourniture d'un petit outillage ne remet pas en cause le caractère d'exclusivité
- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET désossage de la viande la fourniture d'un petit outillage ne remet pas en cause le caractère d'exclusivité

**I.13. Petit encadrement par le sous-traitant**

- Cass. crim. n° 83-94721 du 15 juin 1984 SARTEC la présence de deux cadres du sous-traitant encadrant les salariés prêtés n'empêche pas le prêt illicite de main-d'œuvre
- Cass. crim. n° 88-84255 du 25 avril 1989 PROUVEUR présence du frère de l'employeur sous-traitant indifférente
- Cass. crim. n° 91-86835 du 20 octobre 1992 SCOBAT la présence de l'artisan sous-traitant sur le chantier qui, lui-même, recevait des directives de la part du donneur d'ordre, n'empêche pas le prêt illicite de personnel
- Cass. crim. n° 91-81653 du 26 janvier 1993 RODRIGO la présence d'un chef d'équipe du sous-traitant, placé sous l'autorité du conducteur de travaux du donneur d'ordre, n'empêche pas le prêt illicite de personnel
- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET autorité toute théorique du sous-traitant exercée par du personnel de petite qualification

**I.14. Tâches non précisément définies**

- Cass. crim. n° 91-86835 du 20 octobre 1992 SCOBAT
- Cass. crim. n° 94-82850 du 7 août 1995 SOCAE

**I.15. Qualification élevée des salariés prêtés**

- Cass. crim. n° 97-80138 du 16 juin 1998 D1AZ prêt illicite de cadres

**I.16. Formation des salariés prêtés par le donneur d'ordre**

- Cass. crim. n° 83-94721 du 15 juin 1984 SARTEC

- Cass. crim. n° 92-82853 du 5 janvier 1993 SOFECOME
- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET
- Cass. crim. n° 99-85485 du 16 mai 2000 COFRATEL
- Cass. crim. n° 04-84457 du 30 mars 2005 LAURY-CHALONGES

#### **I.17. Caractère exclusif de l'opération**

- Cass. crim. n° 91-86253 du 27 octobre 1992 SPADA NICOLETTI l'exclusivité de l'opération s'apprécie uniquement au regard des prestations fournies par le prêteur ou fournisseur et non au regard des prestations de l'utilisateur
- Cass. crim. n° 92-86291 du 12 octobre 1993 GINER idem
- Cass. crim. n° 92-82853 du 5 janvier 1993 SOFECOME la fourniture d'un matériel de manutention ne remet pas en cause le prêt illicite de main-d'œuvre
- Cass. crim. n° 92-82844 du 23 mars 1993 AYDOGAN la fourniture d'un petit outillage ne remet pas en cause le caractère d'exclusivité
- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET la fourniture d'un petit outillage ne remet pas en cause le caractère d'exclusivité
- Cass. crim. n° 04-84457 du 30 mars 2005 LAURY-CHALONGES le fait que l'entreprise utilisatrice assure la formation des salariés prêtés ne remet pas en cause le caractère d'exclusivité

#### **I.18. Loi éludée**

- Cass. crim. du 25 octobre 1983 LABORIE non application de la convention collective
- Cass. crim. n° 92-85227 du 10 août 1993 BLIN paiement à la chambre d'hôtel nettoyée (à la tâche) et non pas au temps réellement passé
- Cass. crim. n° 97-81195 du 10 février 1998 CHEZE l'utilisateur ne franchit pas le seuil de 50 salariés grâce au recours aux prétendus sous-traitants (pas d'IRP)

#### **I.19. Préjudice subi par le salarié**

- Cass. crim. du 25 octobre 1983 LABORIE privation IRP - non application de la convention collective – salaire inférieur
- Cass. crim. n° 84-91628 du 25 juin 1985 ALTRA privation IRP et action des organisations syndicales
- Cass. crim. n° 85-95585 du 23 juin 1987 KODAK convention collective moins favorable, pas d'accord de participation, pas de représentation du personnel
- Cass. crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989 LUCAS ET DRANSART privation des avantages du statut social de l'utilisateur

- Cass. crim. n° 88-84222 du 25 avril 1989 BOLCIONI GTE non application de la convention collective – pas de prime de précarité – pas de repos compensateur
- Cass. crim. n° 92-82844 du 23 mars 1993 AYDOGAN salariés prêtés dissimulés et absence de visite médicale du travail
- Cass. crim. n° 94-82850 du 7 août 1995 LAURY-CHALONGES précarité d'emploi, non application de la convention collective
- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET privation IRP
- Cass. crim. n° 04-84457 du 30 mars 2005 pas de convention collective, pas d'accord d'intéressement
- Cass. crim. n° 10-83166 du 24 mai 2011 TRANSCO emploi précaire
- Cass. soc. n° 17-25910 du 28 mai 2019 GESTCLAIRE si pas de préjudice pour le salarié, pas de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre

#### **.I.20. But lucratif (conception extensive de la notion par la Cour de cassation)**

Tous les arrêts qui suivent peuvent être considérés comme des **arrêts de principe**.

- Cass. crim. n° 82-92003 du 15 février 1983 ETABLISSEMENTS LAJOINIE versement d'une rétribution oui
- Cass. crim. n° 89-86124 du 27 novembre 1990 SPTR versement d'émoluments oui
- Cass. crim. n° 92-83262 du 23 février 1993 SOPREMA rémunération des salariés prêtés inférieure à celle des salariés de l'utilisateur
- Cass. crim. n° 92-83381 du 23 mars 1993 ANADON l'utilisateur ne supporte ni les salaires, ni les charges sociales
- Cass. crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994 TNEE comparaison entre la facturation et les bulletins de paie (voir également Cass. soc. n° 03-13707 du 17 juin 2005 DOME X'PATS)
- Cass. crim. n° 96-85090 du 14 octobre 1997 NICOLETTI le seul versement de sommes et le paiement d'une contrepartie financière suffisent à caractériser le but lucratif
- Cass. crim. n° 96-86479 du 12 mai 1998 DELAUZE la facturation à prix coûtant caractérise le but lucratif
- Cass. crim. n° 98-82934 du 27 mai 1999 MONTEJAR but lucratif ou à titre onéreux : notions équivalentes
- Cass. crim. n° 99-85485 du 16 mai 2000 POULAIN les simples factures suffisent à démontrer le but lucratif

- Cass. crim. n° 03-82797 du 17 février 2004 EFUBA coût de la main-d'œuvre moindre dans le pays étranger et l'utilisateur échappe aux charges liées au recours au travail temporaire
- Cass. crim. n° 05-85253 du 20 mars 2007 BEYER au profit de l'utilisateur ou du prêteur de main-d'œuvre, un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire
- Cass. soc. n° 07-42379 du 29 octobre 2008 Fédération nationale des infirmiers facturation, mais pas de but lucratif
- Cass. crim. n° 09-69175 du 18 mai 2011 JOHN DEERE accroissement de la flexibilité et économie de charges pour l'utilisateur
- Cass. soc. n° 17-25910 du 28 mai 2019 GESTCLAIRE pas de but lucratif établi pas de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre

**Nota** Pas de but lucratif lorsque la mise à disposition du salarié, qui se fait entre une structure qui a le statut d'association reconnue d'utilité publique, ce qui est incompatible avec la recherche de bénéfices, et le syndicat inter hospitalier, ne tend pas à l'obtention d'un gain, mais poursuit un but d'économie des dépenses publiques de santé visant à rationaliser les moyens de fonctionnement des services hospitaliers de manière à pérenniser ses activités

- Cass. soc. n° 02-14680 du 1<sup>er</sup> avril 2003 CROIX ROUGE FRANCAISE

#### **I.21. L'utilisateur du salarié prêté devient son employeur de fait: dissimulation d'emploi salarié et emploi de salarié étranger sans titre de travail**

- Cass. crim n° 88-84222 du 25 avril 1989 GTE
- Cass. soc. n° 86-44229 du 4 avril 1990 ANPHAR ROLLAND
- Cass. soc. n° 86-43561 du 16 mai 1990 SMI
- Cass. crim n° 90-80060 du 15 octobre 1991 ALEMAN
- Cass. crim n° 92-83262 du 23 février 1993 SOPREMA
- Cass. crim. n° 93-85285 du 27 septembre 1994 DELAGE
- Cass. crim. n° 96-83063 du 6 mai 1997 HENRI
- Cass. crim n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER
- Cass. crim. n° 01-83461 du 22 janvier 2002 DUO ENTREPRISE
- Cass. soc. n° 01-43554, n° 01-43947 et n° 01-43999 du 9 décembre 2003 CEA **arrêts de principe en raison de la motivation de la cour d'appel**
- Cass. crim. n° 04-87596 du 21 juin 2005 PMP SONOREL



- Cass. crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006 ABC **arrêt de principe** : cumul des infractions de marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et de dissimulation d'emploi salarié
- Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX fausse prestation de services internationale
- Cass. crim. n° 17-86601 du 30 octobre 2018 DEMOLITION PHENIX fausse prestation de services internationale accident du travail mortel

#### **I.22. Mise à disposition de faux travailleurs indépendants avec intermédiaire**

- Cass. crim. n° 79-94543 du 28 octobre 1980 SONOVISION traducteurs
- Cass. crim. n° 01-82290 du 2 octobre 2001 TSF bâtiment
- Cass. crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005 MPDC faux travailleurs indépendants établis à l'étranger
- Cass. crim. n° 11-87418 du 4 septembre 2012 EUROPOL gardiennage notamment avec des faux travailleurs indépendants

#### **I.23. Entreprise étrangère impliquée - fausse prestation de services internationale (PSI)**

- Cass. crim. n° 95-80772 du 16 janvier 1996 STIM travaux de soudure par une entreprise portugaise **1<sup>er</sup> arrêt relatif à une fausse PSI**
- Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER réparation navale fausse sous-traitance par entreprise polonaise
- Cass. crim. n° 96-86479 du 12 mai 1998 DELAUZE, FLEURY et SA COMEX emploi de travailleurs français par une entreprise suisse délocalisation fictive- utilisateur français considéré comme le véritable employeur
- Cass. crim. n° 98-84501 du 27 mai 1999 PATTI emploi de travailleurs portugais détachés par une ETT portugaise utilisateur français considéré comme le véritable employeur de fait
- Cass. crim. n° 98-83063 du 22 juin 1999 FLAMMANG emploi de travailleurs par une entreprise ETT monégasque non respect de la réglementation sur le travail temporaire
- Cass. crim. n° 98-87686 du 16 novembre 1999 WISSING entreprise néerlandaise plaçant des faux stagiaires néerlandais dans des campings
- Cass. crim. n° 03-82797 du 17 février 2004 EFUBA réfection de fours industriels
- Cass. crim. n° 05-84168 du 28 mars 2006 VERSERON activité de bâtiment pseudo entreprise sous-traitante roumaine
- Cass. crim. n° 05-85253 du 20 mars 2007 BEYER déménagement Luxembourg

- Cass. crim. n° 06-83147 du 2 mai 2007 travaux de peinture sous-traités à une entreprise polonaise emploi de salarié étranger sans titre de travail
- Cass. crim. n° 10-87475 du 10 mai 2011 SALT transports routiers de marchandises
- Cass. crim. n° 08-82843 du 9 décembre 2008 SIDROM mise à disposition par une société intermédiaire de salariés et de pseudo artisans polonais
- Cass. crim n° 10-82626 du 12 octobre 2010 Société JPV transport routier de marchandises - non opposabilité du décret du 17 avril 2002 sur la location de véhicule avec chauffeur - groupe de sociétés - salariés de la société polonaise mis à la disposition de l'entreprise française
- Cass. crim. n° 09-88759 du 9 novembre 2010 SOGEEFER TESI serruriers polonais mis à disposition par une entreprise luxembourgeoise
- Cass. crim. n° 10-82926 du 15 février 2011 ALMA bâtiment
- Cass. crim. n° 10-82636 du 1<sup>er</sup> mars 2011 NORCOLOR travaux de peinture industrielle
- Cass. soc n° 09-43181 du 26 octobre 2011 Société JPV transport routier de marchandises - groupe de sociétés - salarié de la société polonaise mis à la disposition de l'entreprise française
- Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX fausse prestation de services internationale dans le BTP
- Cass. crim. n° 14-83652 du 30 mars 2016 AJ DAMIAO fausse prestation de services internationale dans le BTP accident du travail
- Cass. crim. n° 17-86601 du 30 octobre 2018 DEMOLITION PHENIX fausse prestation de services internationale dans le BTP accident du travail mortel
- Cass. crim. n° 17-81428 du 7 mai 2019 AUTOCARS J. une cour d'appel ne peut pas relaxer un chef d'entreprise de transport de voyageurs établi en France et débouter des prétendus salariés détachés partie civile sans vérifier plus précisément l'existence d'une subordination juridique avec ce chef d'entreprise et le bien fondé de leur non affiliation au régime français de sécurité sociale

#### **.I.24. Accident du travail**

- Cass. crim. n° 92-82057 du 5 janvier 1993 SONOCAR
- Cass. crim. n° 97-80714 du 9 novembre 1998 KAYA
- Cass. crim. n° 03-87015 du 7 décembre 2004 COMETRA
- Cass. crim. n° 04-87596 du 21 juin 2005 PMP SONOREL
- Cass. crim. n° 14-82833 du 23 juin 2015 CHANIN
- Cass. crim. n° 14-83652 du 30 mars 2016 AJ DAMIAO

- Cass. crim. n° 17-86601 du 30 octobre 2018 DEMOLITION PHENIX

### **.1.25. Secteurs d'activité<sup>211</sup>**

#### **Agriculture**

- Cass. crim. n° 06-86970 du 26 juin 2007 EARL RICHAUD cueillette de pommes par des salariés prêtés par un entrepreneur de travaux forestiers (ETF)
- Cass. crim. n° 07-87289 du 8 juin 2010 ESAF sexages de volailles par des salariés de nationalité chinoise prêtés dans le cadre d'un montage commercial international complexe
- Cass. crim. n°10-85567 du 7 juin 2011 ANJOU MYRTILLES cueillette de myrtilles par des salariés prêtés par une entreprise britannique

#### **Association intermédiaire**

- Décision du Conseil Constitutionnel du 25 janvier 1995 activité des associations intermédiaires hors cadre légal – marchandage – prêt illicite de main-d'œuvre
- Cass. crim. n° 99-82639 du 30 mai 2000 dès lors qu'une association intermédiaire agit dans le respect de ses compétences, pas de marchandage

#### **Banque**

- Cass. crim. n° 92-82928 du 22 juin 1993 BANQUE POPULAIRE PROVENCALE ET CORSE traitement des chèques post marquage en back office

#### **Bûcheron – travaux de forestage**

- Cass. crim. n° 15-84813 du 13 décembre 2016 YRIA SIDROM fausse prestation de services internationale

#### **Commerce de détail non alimentaire**

- Cass. crim. n° 11-82391 du 19 juin 2012 TIFOUINE prêt de personnel entre 2 sociétés du même groupe pour contourner l'obligation du repos dominical

#### **Dessinateur**

- Cass. crim. n° 84-91628 du 25 juin 1985 ALTRA

#### **Désossage travail de la viande**

- Cass. crim. n° 94-84807 du 30 octobre 1995 BELLEC COLLET
- Cass. crim. n° 96-80565 du 22 mai 1997 SODECOUP
- Cass. crim. n° 98-81720 du 27 janvier 1998 BOUCHERS SERVICES

---

<sup>211</sup> Par choix, il ne sera mentionné aucun arrêt relatif au secteur du BTP tant ces arrêts sont nombreux et mieux connus.

**Gardiennage – sécurité privée - surveillance**

- Cass. crim. n° 11-87418 du 4 septembre 2012 EUROPOL, notamment avec des faux travailleurs indépendant
- Cass. crim. n° 16-83785 du 20 juin 2017 UNIVERDIS

**Grande distribution**

- Cass. crim. n° 94-80983 du 26 septembre 1995 CARREFOUR démonstrateurs
- Cass. crim. n° 00-81407 du 27 février 2001 CARREFFOUR merchandiseurs
- Cass. crim. n° 04-80806 du 15 février 2005 CARREFOUR mise en rayon
- Cass. crim. n° 04.88457 du 30 mars 2005 LAURY-CHALONGES (LECLREC) vendeurs

**Guide touristique - accompagnateur**

- Cass. crim. n° 07-45200 du 8 avril 2009 JALPACK accompagnateurs de voyages organisés

**Hôtesse accueil - standard**

- Cass. crim. n° 96-80727 du 28 janvier 1997 CAYEUX
- Cass. crim. n° 08-88309 du 1<sup>er</sup> septembre 2009 KS SERVICES

**Logistique - manutention**

- Cass. crim. n° 92-82853 du 5 janvier 1993 SOFECOME gestion des stocks
- Cass. crim. n° 96-82254 du 18 mars 1997 DANZAS logistique d'une entreprise de transport routier de marchandises
- Cass. crim. n° 0485028 du 24 mai 2005 MONTALEV levage manutention en milieu industriel

**Maintenance**

- Cass. soc. n° 88-44105 du 2 avril 1992 BNP PARIS BAS maintenance installation plomberie
- Cass. crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994 TNEE centrale nucléaire
- Cass. soc. n° 10-27138 du 3 mai 2012 ONET nettoyage et tri de copeaux dans un atelier d'usinage

**Métallurgie - serrurerie - réparation navale**

- Cass. crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994 TNEE centrale nucléaire
- Cass. crim. n° 95-80772 du 16 janvier 1996 STIM travaux de soudure par une entreprise portugaise

- Cass. crim. n° 95-83683 du 9 octobre 1996 TEM GEC ALSTHOM tuyauteurs soudeurs
- Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER réparation navale entreprise polonaise
- Cass. crim. n° 09-88759 du 9 novembre 2010 SOGEEFER TESI serruriers polonais mis à disposition par une entreprise luxembourgeoise
- Cass. crim. n° 12-82957 du 5 juin 2013 CERT tuyauteurs

### **Nettoyage**

- Cass. crim. n° 92-85227 du 10 août 1993 BLIN nettoyage de chambres d'hôtel
- Cass. soc. n° 10-27138 du 3 mai 2012 ONET nettoyage et tri de copeaux dans un atelier d'usinage

### **Porteur de bagages**

- Cass. soc. n° 00-44840 du 29 avril 2003 AEROPORT DE PARIS

### **Prestations intellectuelles**

- Cass. crim n° 79-94543 du 28 octobre 1980 SONOVISION traducteurs
- Cass. crim. n° 84-90417 du 19 mars 1985 SNIAS élaboration d'une documentation technique
- Cass. crim. n° 97-80138 du 16 juin 1998 DIAZ bureau d'études en ingénierie
- Cass. soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003 CEA prestations informatiques
- Cass. crim. n° 11-87206 du 5 février 2013 ORANGE CARAIBES prestations informatiques

### **Spectacles vivants**

- Cass. crim. n° 90-87520 du 15 octobre 1991 CAMUS COULIER prestations techniques – accident du travail

### **Transports**

- Cass. crim. n° 05-85253 du 20 mars 2007 BEYER déménagement
- Cass. crim. n° 09-84113 du 2 février 2010 DEMXEL déménagement
- Cass. crim. n° 10- 82626 du 12 octobre 2010 CL TRANSPORT fausse prestation de services internationale transport routier de marchandises transnational
- Cass. crim. n° 10-87475 du 10 mai 2011 SALT transport routier de marchandises transnational
- Cass. crim. n° 10-83166 du 24 mai 2011 TRANSCO transport routier de marchandises

- Cass. crim. n° 13-83217 du 12 juin 2016 TRANSPORTS STJ fausse prestation de services internationale transport routier de marchandises transnational
- Cass. crim. n° 17-81428 du 7 mai 2019 AUTOCARS J. une cour d'appel ne peut pas relaxer un chef d'entreprise de transport de voyageurs établi en France et débouter des prétendus salariés détachés partie civile sans vérifier plus précisément l'existence d'une subordination juridique avec ce chef d'entreprise et le bien fondé de leur non affiliation au régime français de sécurité sociale

### Visiteurs médicaux

- Cass. crim. n° 08-82691 du 29 septembre 2009 RANBAXY

### I.26. Application des articles L.8232-1 et L.8232- 2 du code du travail

- Cass. soc. n° 82-15126 du 30 novembre 1983 CREATION RAFATEX existence d'un fonds de commerce par clientèle propre non application de l'article L.8232-2 du code pour le paiement des cotisations sociales par le donneur d'ordre
- Cass. soc. n° 81-10044 du 22 mars 1982 CITRA FRANCE paiement des cotisations sociales
- Cass. crim. n° 95-84524 du 26 novembre 1996 CASTEL ET FROMAGET application indirecte de l'article L.8232-1 du code du travail à la suite d'un accident mortel du travail
- Cass. soc. n° 08-41483 du 3 juin 2009 LABORATOIRES VIGALIS non application de l'article L.8232-2 du code du travail au bénéfice du salarié

### I.27. Droits du salarié

- Cass. soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003 CEA **arrêt de principe** requalification de la relation contractuelle; l'utilisateur du salarié prêté devient son employeur, avec toutes les conséquences de droit
- Cass. soc. n° 86-43561 du 16 mai 1990 SMI idem arrêt CEA
- Cass. soc. n° 88-44105 du 2 avril 1992 BNP PARIS BAS idem arrêt CEA
- Cass. soc. n° 10-27138 du 3 mai 2012 ONET idem arrêt CEA
- Cass. soc. n° 00-44840 du 29 avril 2003 AEROPORT DE PARIS idem arrêt CEA
- Cass. crim. n° 08-82691 du 29 septembre 2009 RANBAXY obtention de dommages intérêt en se constituant partie civile dans la procédure pénale
- Cass. soc. n° 16-14695 du 5 avril 2018 COKES DE CARLING reconnaissance de la qualité d'employeur de fait de l'entreprise utilisatrice et de la dissimulation d'emploi salarié par celle-ci
- Cass. crim. n° 17-81428 du 7 mai 2019 AUTOCARS J. une cour d'appel ne peut pas relaxer un chef d'entreprise établi en France et débouter des prétendus salariés détachés partie civile sans vérifier plus précisément l'existence d'une subordination

juridique avec ce chef d'entreprise et le bien fondé de leur non affiliation au régime français de sécurité sociale

### **I.28. Droits des organismes de recouvrement**

- Cass. civ. 2 n° 11-28245 du 20 juin 2013 CL. JURA **arrêt de principe** droit pour l'Urssaf de réclamer à l'utilisateur les cotisations sociales dues en raison de sa qualité d'employeur de fait des salariés prêtés, alors même que ces salarié sont détachés avec des certificats de détachement
- Cass. crim. n° 13-84776 du 10 septembre 2014 PRO CARRELAGE constitution de partie civile de l'Urssaf dans une affaire de marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre
- Cass. civ. 2 n° 17-21706 du 20 décembre 2018 TRANSPORTS STJ même en se fondant sur une condamnation pénale du donneur d'ordre, requalifié en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans le cadre d'une opération de marchandage, l'URSSAF ne peut pas obtenir le paiement des cotisations sociales auprès de cet employeur dès lors qu'elle n'a pas respecté la procédure de demande de retrait du certificat de détachement auprès de l'institution émettrice
- Cass. civ. 2 n° 17-20191 du 24 janvier 2019 BATIVAL même en se fondant sur une condamnation pénale du donneur d'ordre, requalifié en employeur de fait de prétendus salariés détachés dans le cadre d'une opération de marchandage, l'URSSAF ne peut pas obtenir le paiement des cotisations sociales auprès de cet employeur dès lors qu'elle n'a pas respecté la procédure de demande de retrait du certificat de détachement auprès de l'institution émettrice
- CA Besançon n° 16/000847 du 26 mai 2017 TRANSPORTS STJ cotisations sociales dues par le donneur d'ordre français requalifié en employeur de fait dans le cadre d'une fausse prestation de services internationale

### **I.29. Action judiciaire organisation syndicale**

- Cass. soc. n° 07-45200 du 8 avril 2009 JALPACK INTERNATIONAL procédure judiciaire engagée par une organisation syndicale pour interdire à l'utilisateur de pratiquer du prêt illicite de main-d'œuvre

### **I.30. Recouvrement par l'OFII de la contribution spéciale pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail**

- CAA Marseille n° 00MA00011 du 20 janvier 2004 REVETEMENT ET PEINTURE DU MIDI recouvrement auprès de l'utilisateur
- CAA Versailles n° 07VE0611 du 3 mars 2009 SAUBA PARC SA recouvrement auprès de l'utilisateur
- CAA Versailles n° 09VE01032 du 11 mai 2010 IBA EXPANSION recouvrement auprès de l'utilisateur

- CAA Douai n° 10DA01590 du 22 mars 2012 SOCIETE ANIZEENNE DE CONSTRUCTION recouvrement auprès de l'utilisateur

## **II) Marchandage et prêt illicite de personnel hors situation de fausse sous-traitance**

**.I.I.1. Décision du Conseil Constitutionnel du 25 janvier 1995** activité des associations intermédiaires exercée en dehors du cadre légal marchandage prêt illicite de main-d'œuvre oui

### **.I.I.2. Association intermédiaire**

- Cass. crim. n° 99-82639 du 30 mai 2000 CGT-FO dès lors qu'une association Intermédiaire agit dans le respect de ses compétences, pas de marchandage

### **.I.I.3. Entreprise de travail temporaire ne respectant pas la législation sur l'intérim**

- Cass. crim. n° 82-91726 du 22 mars 1983 SONOCAR
- Cass. crim. n° 98-84501 du 27 mai 1999 PATTI ETT portugaise
- Cass. crim. n° 98-83063 du 22 juin 1999 BOSS ETT monégasque
- Cass. crim. n° 98-86565 du 21 septembre 1999 RMO ETT monégasque
- Cass. crim. n° 98-83529 du 22 juin 1999 JAN Marylène
- Cass. soc. n° 07-41847 du 8 avril 2009 HORS CLICHES
- Cass. crim. n° 10-80862 du 13 novembre 2012 ADVANCE
- Cass. crim. n° 16-86244 du 12 décembre 2017 D. ELECTRONICS – SAMSIC INTERIM AQUITAINE condamnation de l'utilisateur et de l'entreprise de travail temporaire
- Cass. soc. n° 18-16668 du 10 avril 2019 ADIA LOGIDIS le salarié intérimaire victime du non respect de la législation sur le travail temporaire peut obtenir la double condamnation de l'entreprise utilisatrice (requalification en CDI) et de l'entreprise de travail temporaire (dommages et intérêts)

### **I.I.4. Entreprise prêteuse qui n'a pas le statut d'entreprise de travail temporaire**

- Cass. crim. n° 92-82057 du 5 janvier 1993 SONOCAR
- Cass. crim. n° 95-83406 du 13 novembre 1996 ROGER
- Cass. crim. n° 96-85519 du 16 septembre 1997 SIDERBA
- Cass. crim. n° 97- 85440 du 8 décembre 1998 MODUS mise à disposition de prétendus co gérants pour contourner l'obligation de respecter le repos dominical dans des commerces de détail non alimentaires



- Cass. crim. n° 07-81043 du 3 mars 2009 EARL CIDRES LEBRUN
- Cass. crim. n° 16-80198 du 10 janvier 2017 2G INTERNATIONAL mise à disposition de travailleurs salariés d'entreprises étrangères

#### **.I.I.5. Faux stagiaire mis à disposition**

- Cass. crim. n° 98-87686 du 16 novembre 1999 WISSING stagiaires néerlandais
- Cass. crim. n° 09-86095 du 26 MAI 2010 BUTTERFLY stagiaires ressortissants étrangers
- Cass. crim. n° 11-85662 du 5 juin 2012 ACTIONS LANGUES stagiaires ressortissants étrangers (épilogue affaire 26 mai 2010)

#### **I.I.6. Pseudo Junior Entreprise**

- Cass. crim n° 03-86681 du 16 MARS 2004 SACIP marchandage prêt illicite de main-d'œuvre

### **.III) Faux travail indépendant**

#### **.III.1. Principe et critères de la requalification**

- Cass. Assemblée plénière n° 81-15290 et 81-41647 du 4 mars 1983 BARRAT enseignant en « convention de collaboration de type purement libéral » requalifié en salarié **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985 GUEGAN: BTP montage levage de charpentes métalliques **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 88-40121 du 17 avril 1991 LALAU transport routier société écran **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 94-86096 du 21 août 1995 CHARNEAU : toujours viser le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié et non le prêt de main-d'œuvre illicite ou le marchandage
- Cass. soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996 SOCIETE GENERALE banque **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 98-40-572 du 19 décembre 2000 SOCIETE BASTILLE taxi **arrêt de principe**
- Cass.soc. n° 01-45147 du 25 octobre 2005 SOVETRA société écran transport routier **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 08-45538 du 7 juillet 2010 MARC LE NEZET CONSULTANT **arrêt de principe**

- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe**  
1<sup>er</sup> arrêt de requalification d'un auto entrepreneur en salarié
- Cass. soc. n° 15-14267 du 1<sup>er</sup> mars 2017 SAGEM influence du critère du service organisé
- Cass. soc. n° 17-22670 du 1<sup>ER</sup> mars 2017 RICHELIEU FINANCE influence du critère du service organisé

### **.III.2. Subordination juridique permanente**

- Cass. crim. n° 96-86675 du 10 mars 1998 BONGLET
- Cass. crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998 THOUVIGNON: la permanence de la subordination s'apprécie pendant la durée de celle-ci **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 05-82287 du 14 février 2006 DURET
- Cass. soc. n° 14-12184 du 22 septembre 2015 SFP

### **.III.3. Auto entrepreneur**

- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe**  
1<sup>er</sup> arrêt de requalification d'un auto entrepreneur en salarié
- Cass. soc. n° 14-16178 du 20 octobre 2015 TRANSPORTS DU MONT BLANC requalification non
- Cass. crim. n° 14-85638 du 15 décembre 2015 NORD PICARDIE requalification oui
- Cass. crim. n° 15-81886 du 24 mai 2016 OMICRON PROTECTION requalification oui
- Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD requalification oui
- Cass. crim. n° 15-86654 du 13 décembre 2016 à l'occasion d'un accident du travail mortel – requalification en salarié oui
- Cass. crim. n° 15-86580 du 10 janvier 2017 ARCHETYPE 82 requalification oui
- Cass. crim. n° 16-81748 du 23 janvier 2018 DBT PRO accident du travail requalification oui

### **.III.4. Conditions d'existence d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal**

- Cass. soc. n° 71-11163 du 28 juin 1972 MICHEL ET JAUFFRET existence d'un fonds de commerce oui
- Cass. com. du 13 novembre 1969 ETABLISSEMENTS MARIUS pas de fonds de commerce actes de commerce insuffisants nécessité d'une clientèle propre
- Cass. soc. n° 81-10044 du 22 mars 1982 CITRA France pas de fonds de commerce absence de clientèle propre

- Cass. soc. n° 88-10701 du 31 mai 1990 MAICK HAROLD pas de fonds de commerce pas de clientèle propre
- Cass. civ. 2 n° 11-11003 du 15 mars 2012 pas de fonds de commerce absence de matériel propre

### **.III.5. Plusieurs donneurs d'ordre**

- Cass. crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998 THOUVIGNON: le fait pour un travailleur indépendant de travailler pour plusieurs donneurs d'ordre n'interdit pas de le requalifier à l'égard de l'un de ces donneurs d'ordre, s'il existe avec celui-ci une subordination juridique permanente **arrêt de principe**

### **.III.6. Travail exclusif pour le donneur d'ordre**

- Cass. crim. n° 96-86675 du 10 mars 1998 BONGLET

### **.III.7. Sociétés écran**

- Cass. soc. n° 86-14997 du 21 décembre 1988 SOGARA CARREFOUR ramassage de caddies d'un hypermarché
- Cass. soc. n° 88-40121 du 17 avril 1991 LALAU transport messagerie petit colis
- Cass. crim n° 98-84134 du 8 juin 1999 BONNET atelier de confection
- Cass. crim. n° 89-86910 du 25 septembre 1991 KLEBOTH commerce de détail non alimentaire
- Cass. crim. n° 94-81959 du 18 juillet 1995 TRANSPORTS JF MOREAU transport routier de marchandises
- Cass. crim. n° 97- 85440 du 8 décembre 1998 MODUS mise à disposition de prétendus co gérants pour contourner l'obligation de respecter le repos dominical dans des commerces de détail non alimentaires
- Cass. crim. n° 98-88103 du 21 septembre 1999 KLEBOTH commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 98-40572 du 19 décembre 2000 SOCIETE BASTILLE taxi
- Cass. crim. n° 04-81551 du 23 novembre 2004 KLEBOTH commerce de détail non alimentaire
- Cass. crim. n° 01-86388 du 25 juin 2002 GIFI commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 01-41896 du 27 mai 2003 BESSON CHAUSSURES commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 01-45147 du 25 octobre 2005 SOVETRA société en participation transport routier

- Cass. crim. n° 06-82028 du 9 janvier 2007 Mario X : montage complexe de sociétés avec à leur tête des gérants de paille
- Cass. crim. n° 11-82355 du 8 avril 2014 VET'AFFAIRES commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-44865 du 8 juin 2010 B&B...faux gérant mandataire chaîne hôtelière
- Cass. soc. n° 07-18276 du 21 janvier 2009 CHAÎNE HOTELIERE EUROPARC faux gérant mandataire d'un hôtel de chaîne
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-45223 du 1<sup>er</sup> février 2011 SFR faux gérant d'un point de vente de téléphonie mobile
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL faux gérant mandataire hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B faux gérant mandataire hôtel indépendant

### **III.8. Gérant de succursales non alimentaires - articles L.7321-1 et suivants du code du travail (ex article L.781-1 du code du travail) – requalification en salarié<sup>212</sup>**

- Cass. soc. n° 82-10224 du 16 février 1983 TAPIS SAINT MACLOU requalification oui - assujettissement au régime général
- Cass. soc. n° 92-44749 du 7 novembre 1995 FRANCE ACHEMINEMENT requalification oui - contrat de franchise chauffeur livreur messagerie petits colis
- Cass. soc. n° 99-41265 du 4 décembre 2001 FRANCE ACHEMINEMENT requalification oui – contrat de franchise chauffeur livreur messagerie petits colis
- Cass. soc. n° 11-21486 du 20 février 2013 GARAGES DE VENDEE station service - requalification oui
- Cass. soc. n° 14-22439 du 14 janvier 2016 SIMATEL requalification oui – gérant hôtel de chaîne
- Cass. soc. n° 15-21192 du 23 novembre 2016 GARAGES DE VENDEE station service – requalification oui avec indemnité forfaitaire pour dissimulation d'emploi salarié

---

<sup>212</sup> Il s'agit de la jurisprudence limitée à la requalification du gérant mandataire en salarié, à l'exclusion de la jurisprudence qui, sans le requalifier, lui rend applicable certaines dispositions du code du travail.

### III.9. Gérant de succursales alimentaires - articles L.7322-1 et suivants du code du travail (ex article L.782-1 du code du travail) – requalification en salarié<sup>213</sup>

- Cass. soc. n° 90-22094 du 4 juin 1992 BOUCHERIES PARISIENNES subordination juridique oui - assujettissement régime général oui
- Cass. soc. n° 07-40813 du 11 mars 2009 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO requalification non – absence de subordination juridique mais assujettissement au code du travail
- Cass. soc. n° 09-40133 du 6 octobre 2010 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO requalification non – absence de subordination juridique mais assujettissement au code du travail
- Cass. soc. n° 10-21897 du 15 février 2012 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO requalification oui – subordination juridique oui
- Cass. soc. n° 13-15066 du 12 juin 2014 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO subordination juridique oui
- Cass. soc. n° 15-22730 du 5 octobre 2016 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO requalification non – absence de subordination juridique mais assujettissement au code du travail

### III.10. Portée présomption de salariat artiste résident UE et EEE

- Cass. crim. n° 10-80283 du 12 octobre 2010 HARTUNG **arrêt de principe** le producteur d'un spectacle vivant établi dans l'UE qui produit en France des artistes domiciliés dans l'UE doit prouver que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes. Sinon, travail dissimulé à l'encontre du producteur.
- Cass. civ. 2 n° 11-14505 du 4 avril 2012 OFFICE DU TOURISME DE PAMIERIS **arrêt de principe** même décision de la Cour de cassation, rendue par la 2<sup>ème</sup> chambre civile. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas.
- Cass. soc. n° 13-13742 du 14 mai 2014 ASSOCIATION SAMS **arrêt de principe** même décision de la Cour de cassation, rendue par la chambre sociale. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes.

### III.11. Mise à disposition de faux travailleurs indépendants - intermédiaire

- Cass. soc. n° 87-11302 du 17 décembre 1992 ATI ASSISTANCE interprètes traducteurs
- Cass. crim. n° 79-94543 du 28 octobre 1980 SONOVISION traducteurs

---

<sup>213</sup> Idem.

- Cass. crim. n° 97- 85440 du 8 décembre 1998 MODUS mise à disposition de prétendus co gérants pour contourner l'obligation de respecter le repos dominical dans des commerces de détail non alimentaires
- Cass. crim. n° 01-82290 du 2 octobre 2001 TSF bâtiment
- Cass. crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005 MPDC faux travailleurs indépendants établis à l'étranger
- Cass. crim. n° 08-82843 du 9 décembre 2008 SIDROM fraude complexe à l'emploi, avec notamment des faux travailleurs indépendants polonais
- Cass. crim. n° 07-81043 du 3 mars 2009 ramasseurs de pommes faux travailleurs indépendants polonais
- Cass. crim. n° 11-87418 du 4 septembre 2012 EUROPOL gardiennage notamment avec des faux travailleurs indépendants
- Cass. crim. n° 15-84813 du 13 décembre 2016 YRIA mise à disposition de bûcherons faux travailleurs indépendants établis à l'étranger

### **.III. 12. Faux travailleur indépendant résidant à l'étranger (fausse PSI)**

- Cass. crim n° 95-18115 du 27 mars 1997 faux artisan portugais dans le bâtiment
- Cas. crim n° 04-87840 du 13 septembre 2005 faux artisans polonais
- Cass. crim n° 08-82843 du 9 décembre 2008 faux artisans polonais dans le bâtiment
- Cass. crim. n° 07-81043 du 3 mars 2009 ramasseurs de pommes faux travailleurs indépendants polonais
- Cass. crim. n° 09-85044 du 2 février 2010 faux artisans polonais tuyauteurs soudeurs
- Cass. crim n° 07-87289 du 8 juin 2010 faux travailleurs indépendants chinois dans l'agriculture
- Cass. crim n° 10-82636 du 1er mars 2011 faux travailleurs indépendants polonais peintres cabine de peinture
- Cass. crim. n° 12-80734 du 20 janvier 2013 FRUITS ET LEGUMES ROLF fausses travailleuses indépendantes roumaines maraîchage arboriculture
- Cass. crim. n° 13-87667 du 9 décembre 2014 INTERSOL accident du travail mortel faux travailleur indépendant portugais
- Cass. crim. n° 15-84813 du 13 décembre 2016 YRIA bûcherons polonais et roumains faux prestataires de services faux travailleurs indépendants établis à l'étranger

### **.III.13. Secteurs d'activités ou métiers**

#### **Agriculture**

- Cass. crim. n° 92-84846 du 6 avril 1993 SACY vendangeurs élément intentionnel

- Cass. crim. n° 98-88092 du 11 janvier 2000 MICHEL X ramasseurs de cornichons
- Cass. crim. n° 00-82708 du 18 décembre 2000 LA FERME DE PECH REDON contrat d'intégration gavage de canards
- Cass. civ. 2 n° 07-15535 du 13 novembre 2008 GMD idem
- Cass. crim. n° 07-81043 du 3 mars 2009 EARL CIDRES LEBRUN ramasseurs de pommes faux travailleurs indépendants polonais
- Cass. crim. n° 09-84998 du 15 mars 2011 sexage de volailles
- Cass. crim. n° 12-80734 du 20 janvier 2013 FRUITS ET LEGUMES ROLF fausses travailleuses indépendantes roumaines maraîchage arboriculture

### **Agent immobilier**

- Cass. crim. n° 03-87767 du 7 décembre 2004 JJP
- Cass. civ. 2 n° 08-21817 du 20 mai 2010 TROIS ROIS IMMOBILIERE
- Cass. soc. n° 08-45538 du 7 juillet 2010 MARC LE NEZET CONSULTANT

### **Artiste du spectacle vivant ou enregistré**

- Cass. crim. n° 10-80283 du 12 octobre 2010 HARTUNG **arrêt de principe** le producteur d'un spectacle vivant établi dans l'UE qui produit en France des artistes domiciliés dans l'UE doit prouver que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes. Sinon, travail dissimulé à l'encontre du producteur.
- Cass. civ. 2 n° 11-14505 du 4 avril 2012 OFFICE DU TOURISME DE PAMIERIS **arrêt de principe** même décision de la Cour de cassation, rendue par la 2<sup>ème</sup> chambre civile. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas.
- Cass. soc. n° 13-13742 du 14 mai 2014 ASSOCIATION SAMS **arrêt de principe** même décision de la Cour de cassation, rendue par la chambre sociale. Les artistes ne peuvent être considérés comme travailleurs indépendants que si le producteur démontre que la présomption de salariat ne s'applique pas à ces artistes.

### **BTP**

- Cass. crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985 GUEGAN montage levage de charpentes métalliques **arrêt de principe**
- Cass. soc. n° 91-20979 du 28 avril 1994 CHAPON requalification en salarié d'un travailleur indépendant qui effectuait chez un particulier des travaux du bâtiment
- Cass. crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998 THOUVIGNON **arrêt de principe**
- Cass. crim. n° 98-85183 du 16 novembre 1999 HARD

- Cass. crim. n° 16-81748 du 23 janvier 2018 DBT PRO accident du travail auto entrepreneurs

### **Centre équestre**

- Cass. soc. n° 84-44576 du 15 octobre 1987 CERCLE HIPPIQUE SAINT GEORGES instructeur de centre équestre

### **Commerce de détail alimentaire - gérant mandataire de succursale**

- Cass. soc. n° 86-18467 du 27 septembre 1989 GOULET-TURPIN pas de subordination juridique
- Cass. soc. n° 90-22094 du 4 juin 1992 BOUCHERIES PARISIENNES subordination juridique oui
- Cass. soc. n° 10-21897 du 15 février 2012 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO subordination juridique oui
- Cass. soc. n° 13-15066 du 12 juin 2014 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO subordination juridique oui
- Cass. soc. n° 07-40813 du 11 mars 2009 SOCIETE DE DISTRIBUTION CASINO pas de subordination juridique mais assujettissement code du travail

### **Commerce de détail non alimentaire - gérant mandataire de succursale**

- Cass. soc. n° 99- 41265 du 4 décembre 2001 FRANCE ACHEMINEMENT transport de petit colis messagerie
- Cass. soc. n° 03-40731 du 8 février 2005 YVES ROCHER commerce de détail non alimentaire
- Cass. soc. n° 13-27742 du 22 septembre 2015 TOTAL gérant de station service

### **Commerce de détail non alimentaire - gérant mandataire hors succursale**

- Cass. crim. n° 89-86910 du 25 septembre 1991 KLEBOTH
- Cass. crim. n° 97- 85440 du 8 décembre 1998 MODUS mise à disposition de prétendus co gérants pour contourner l'obligation de respecter le repos dominical dans des commerces de détail non alimentaires
- Cass. crim. n° 98-88103 du 21 septembre 1999 KLEBOTH
- Cass. crim. n° 04-81551 du 23 novembre 2004 KLEBOTH
- Cass. crim. n° 06-82028 du 9 janvier 2007 Mario X : montage complexe de sociétés avec à leur tête des gérants de paille

### **Commerciaux**

- Cass. crim. n° 05-83857 du 14 février 2006 GIANNI X



- Cass. soc. n° 13-27535 du 6 mai 2015 LANGUEDOC GEOTHERMIE **arrêt de principe**  
1<sup>er</sup> arrêt de requalification d'un **auto entrepreneur**

### **Confection**

- Cass. crim n° 98-84134 du 8 juin 1999 BONNET

### **Courtage financier**

- Cass. soc. n° 10-16342 du 18 janvier 2012 FIVENTIS

### **Démarchage téléphonique**

- Cass. crim. n° 05-83857 du 14 février 2006 LANGUEDOCIENNE D'AMEUBLEMENT
- Cass. crim. n° 14-85638 du 15 décembre 2015 NORD PICARDIE requalification oui auto entrepreneurs

### **Démonstrateur dans la grande distribution**

- Cass. soc. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 AUCHAN

### **Désossage travail de la viande**

- Cass. crim. n° 91-82634 du 14 avril 1992 BOUTET désosseur ; le fait que le travailleur indépendant dispose de son propre matériel pour une valeur de 2000F ne suffit pas à remettre en cause la requalification en salarié
- Cass. soc. n° 91-18531 du 27 janvier 1994 BUGEY SALAISONS désosseur
- Cass. crim. n° 96-80565 du 22 mai 1997 ROTH désosseur

### **Distribution de prospectus**

- Cass. crim. n° 93-80748 du 14 décembre 1993 RAPID PUB

### **Edition- presse**

- Cass. crim. n° 15-86580 du 10 janvier 2017 ARCHETYPE 82 requalification oui auto entrepreneur

### **Enseignement formation**

- Cass. Assemblée plénière n° 81-15290 et 81-41647 du 4 mars 1983 BARRAT **arrêt de principe**
- Cass. civ. 2 n° 04-30550 du 9 mars 2006 CRFPA formateurs payés en honoraires
- Cass. soc. n° 11-18998 du 31 octobre 2012 WESFORD statut de travailleur indépendant confirmé
- Cass. civ.2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD requalification oui auto entrepreneur

**Franchisé**

- Cass. soc. n° 86-18467 du 27 septembre 1989 GOULET-TURPIN pas de subordination juridique
- Cass. crim. n° 97- 82979 du 31 mars 1998 FP Coverall nettoyage de locaux
- Cass. soc. n° 92-44749 du 7 novembre 1995 FRANCE ACHEMINEMENT requalification chauffeur livreur messagerie petits colis
- Cass. soc. n° 99-41265 du 4 décembre 2001 FRANCE ACHEMINEMENT transport de petit colis messagerie
- Cass. soc. n° 10-16342 du 18 janvier 2012 FIVENTIS courtage financier
- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-45223 du 1<sup>er</sup> février 2011 SFR faux gérant d'un point de vente de téléphonie mobile
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B faux gérant hôtel indépendant

**Gardiennage**

- Cass. crim. n° 99-84643 du 22 février 2000 APS
- Cass. crim. n° 1187418 du 4 septembre 2012 EUROPOL
- Cass. crim. n° 15-81886 du 24 mai 2016 OMICRON PROTECTION requalification oui auto entrepreneurs

**Hôtellerie**

- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS faux gérant indépendant
- Cass. soc. n° 08-44865 du 8 juin 2010 B&B faux gérant mandataire chaîne hôtelière
- Cass. soc. n° 07-18276 du 21 janvier 2009 CHAÎNE HOTELIERE EUROPARC faux gérant mandataire d'un hôtel de chaîne
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL faux gérant indépendant chaîne hôtelière
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL faux gérant indépendant chaîne hôtelière
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B faux gérant indépendant chaîne hôtelière

**Interprète traducteur**

- Cass. soc. n° 87-11302 du 17 décembre 1992 ATI ASSISTANCE

**Nettoyage de locaux**

- Cass. crim. n° 97- 82979 du 31 mars 1998 FP COVERALL
- Conseil d'Etat n° 385569 du 11 novembre 2014 IDEAC fermeture administrative préfectorale

**Plateforme de mise en relation électronique**

- Cass. soc. n° 17-20079 du 28 novembre 2018 TAKE EAT EASY portage et livraison de plats cuisines à domicile
- CA Paris n° RG18/08357 du 10 janvier 2019 UBER transport passagers-vtc
- TA Lyon n° 1803116 du 20 novembre 2018 auto-école – fermeture préfectorale

**Porteur de bagages**

- Cass. soc. n° 02-42127 du 9 juillet 2003 SNCF
- Cass. soc. n° 07-45509 du 29 avril 2009 AEROPORT DE PARIS AIR PORTAGE

**Ramassage de caddies**

- Cass. soc. n° 86-14997 du 21 décembre 1988 SOGARA CARREFOUR ramassage de caddies sur parking d'un hypermarché

**Téléphonie mobile point de vente**

- Cass. soc. n° 08-45223 du 1<sup>er</sup> février 2011 SFR faux gérant d'un point de vente

**Transports**

- Cass. soc. n° 80-12138 du 2 juin 1981 BETON DE FRANCE conducteurs de toupies à béton
- Cass. crim. n° 92-83864 du 30 mars 1993 HELI-COURLY pilote d'hélicoptère
- Cass. crim. n° 93-84923 du 5 janvier 1995 VILLAR messagerie petits colis
- Cass. soc. n° 98-40572 du 19 décembre 2000 SOCIETE BASTILLE chauffeur de taxi
- Cass. crim. n° 00-86308 du 27 mars 2001 EXAPAQ SUD messagerie petits colis
- Cass. crim n° 01-83767 du 27 novembre 2001 France Acheminement : franchisé petite messagerie
- Cass. soc. n° 99- 41265 du 4 décembre 2001 FRANCE ACHEMINEMENT transport de petit colis messagerie
- Cass. crim. n° 02-84224 du 17 juin 2003 EXTAND messagerie

- Cass. crim. n° 02-84393 du 17 juin 2003 EXAPAQ SA messagerie
- Cass. soc. n° 01-45147 du 25 octobre 2005 SOVETRA société écran transport routier
- Cass. civ. 2 n° 06-20480 du 20 mars 2008 CEMEX conducteurs de toupies à béton
- Cass. soc. n° 11-10688 du 30 novembre 2011 SNGT chauffeur de taxi
- Cass. soc. n° 14-16178 du 20 octobre 2015 TRANSPORTS DU MONT BLANC requalification non vrai auto entrepreneur

### **.III. 14. Droits du salarié victime (faux travailleur indépendant)**

- Cass. civ. 2 n° 03-30253 du 22 février 2005 SOFREPI à la suite d'un accident du travail, reconnaissance de la faute inexcusable du donneur d'ordre requalifié en employeur
- Cass. soc. n° 03-45394 du 12 juillet 2005 LOURDES INVEST HOTELS faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 08-45292 du 31 mai 2011 ETAP HOTEL faux gérant hôtel indépendant
- Cass. soc. n° 11-21486 du 20 février 2013 GARAGES DE VENDEE l'action du salarié en régularisation du versement par son employeur de fait de ses cotisations sociales au régime général se prescrit par trente ans
- Cass. soc. n° 12-16664 du 9 octobre 2013 GROUPE B&B faux gérant hôtel indépendant
- Cass. crim. n° 13-83327 du 14 octobre 2014 BINAN constitution de partie civile au procès pénal

### **.III. 15. Droits des organismes de protection sociale victimes: assujettissement et paiement des cotisations sociales**

- Cass. soc. n° 82-10224 du 16 février 1983 TAPIS SAINT MACLOU gérant de succursale
- Cass. soc. n° 89- 20300 du 5 décembre 1991 JET SERVICES messagerie petits colis
- Cass. soc. n° 90-22094 du 4 juin 1992 BOUCHERIES PARISIENNES faux gérants indépendants
- Cass. soc. n° 87-11302 du 17 décembre 1992 ATI ASSISTANCE traducteurs interprètes
- Cass. soc. n° 95.18115 du 27 mars 1997 DEBEZY faux travailleurs indépendants portugais détachés
- Cass. civ. 2 n° 04-30550 du 9 mars 2006 CRFPA formateurs payés en honoraires

- Cass. civ. 2 n° 06-20480 du 20 mars 2008 CEMEX conducteurs de toupies à béton
- Cass. civ. 2 n° 11-23638 du 8 novembre 2012 HEYTENS FRANCE assujettissement régime général et non pas RSI gérant mandataire succursale non alimentaire
- Cass. civ. 2 n° 16-11535 du 9 mars 2017 URSSAF MDI-PYRENEES obligation de mettre en cause le prétendu travailleur indépendant dans l'instance engagée contre le donneur d'ordre pour obtenir le paiement par celui-ci des cotisations sociales dues à raison de l'emploi de ce travailleur
- Cass. civ. 2 n° 17-19242 du 29 novembre 2018 URSSAF DU CANTAL obligation de mettre en cause le prétendu travailleur indépendant dans l'instance engagée contre le donneur d'ordre pour obtenir le paiement par celui-ci des cotisations sociales dues à raison de l'emploi de ce travailleur

**.III. 16. Recouvrement de la contribution spéciale pour emploi d'un faux travailleur indépendant de nationalité étrangère OFII**

- CAA Nancy n° 04NA00399 du 14 novembre 2005 Joseph X fausse PSI d'un travailleur polonais recouvrement auprès du donneur d'ordre
- CAA Paris n° 04PA02587 du 26 mars 2007 Société centrale d'entretien emploi d'un faux travailleur indépendant polonais recouvrement auprès du donneur d'ordre
- CAA Lyon n° 12LY24256 du 20 février 2014 preuve de la qualité de travailleur indépendant non rapportée



## **ANNEXES**





- **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance 147**
  
- **Tableau comparatif des éléments constitutifs du délit de marchandage et du délit de prêt illicite de main-d'œuvre 152**
  
- **Périmètre des délits de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre 153**
  
- **Six articles publiés 154**



**Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance****Titre I Dispositions générales**

**Article 1** (modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 – art.7)

Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

**Article 2**

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

**Article 3**

L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.

**Titre II Du paiement direct**

**Article 4** (modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.12)

Le présent titre s'applique aux marchés passés par les entreprises publiques qui ne sont pas des acheteurs soumis au code de la commande publique.

**Article 5** (modifié par Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 – art.7)

Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

**Article 6** (modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.12)

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.

**Article 7**

Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

**Article 8**

L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.

Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Les notifications prévues à l'alinéa 1er sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

**Article 9**

La part du marché pouvant être nantie par l'entrepreneur principal est limitée à celle qu'il effectue personnellement.

Lorsque l'entrepreneur envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants prévue à l'article 3 de la présente loi est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter.

**Article 10**

Le présent titre s'applique :

Aux marchés sur adjudication ou sur appel d'offres dont les avis ou appels sont lancés plus de trois mois après la publication de la présente loi ;

Aux marchés de gré à gré dont la signature est notifiée plus de six mois après cette même publication.

### **Titre III De l'action directe.**

**Article 11** (modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.12)

Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.

Le présent titre ne s'applique pas aux marchés publics soumis à la deuxième partie du code de la commande publique à l'exception :

1° Des marchés publics relevant de ses livres Ier à III dont le montant est inférieur au seuil fixé en application du 2° de l'article L. 2193-10 ;

2° Des marchés publics relevant de son livre V.

**Article 12** (modifié par Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 - art.5)

Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article.

### **Article 13**

L'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent.

**Article 13-1** (créé par Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 – art.7 et modifié par Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 – art.63)

L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement.

Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants.

**Article 14** (modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art.6)

A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

A titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie.

**Article 14-1** (modifié par Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 – art.186)

Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :

- le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;

- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.

Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.

#### **Titre IV Dispositions diverses**

##### **Article 15**

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi.

**Article 15-1** (abrogé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 art.12)

**Article 15-2** (abrogé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.12)

**Article 15-3** (modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.12)

La présente loi, à l'exception du dernier alinéa de l'article 12, est applicable en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française sous réserve des dispositions suivantes :

Au premier alinéa de l'article 14, les mots : “ dans les termes de l'article 1338 du code civil ” sont supprimés.

**NOTA** : L'article 222 IV de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose :

"Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur :

1° La référence au territoire de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence à la Nouvelle-Calédonie;

2° La référence à l'assemblée territoriale de la Nouvelle- Calédonie est remplacée par la référence au congrès de la Nouvelle-Calédonie;

3° La référence à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au gouvernement de la Nouvelle- Calédonie."

**Article 15-4** (modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 – art.12)

La présente loi est applicable dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, aux contrats passés par l'Etat et ses établissements publics.

**Article 16**

Des décrets en Conseil d'Etat précisent les conditions d'application de la présente loi.

**Comparaison des éléments constitutifs du délit de marchandage (article L.8231-1 du code du travail) et du délit de prêt illicite de main-d'œuvre (article L.8241-1 du code du travail)**

<p><b>Eléments communs aux deux délits</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- la main-d'œuvre mise à disposition est soit des salariés présentés comme tels, soit des prétendus travailleurs indépendants, stagiaires ou bénévoles requalifiés en salarié</li> <li>- le prêteur est l'employeur officiel, mais pas l'employeur réel</li> <li>- le prêteur ne fournit pas ou ne fournit plus le travail</li> <li>- le prêteur n'exerce pas ou n'exerce plus la subordination juridique</li> <li>- l'utilisateur n'est pas l'employeur officiel, mais il est l'employeur réel</li> <li>- l'utilisateur fournit le travail</li> <li>- l'utilisateur exerce la subordination juridique</li> <li>- le prêt de personnel est réalisé dans un but lucratif</li> <li>- le but lucratif est constaté chez le prêteur et/ou chez l'utilisateur</li> </ul>
<p><b>Eléments supplémentaires spécifiques au délit de marchandage</b></p>	<p>l'opération de prêt de personnel doit avoir pour effet :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- soit de causer un préjudice au salarié</li> <li>- soit d'éluder la loi ou une stipulation conventionnelle</li> </ul>
<p><b>Elément supplémentaire spécifique au délit de prêt illicite de main-d'œuvre</b></p>	<p>le prêt de main-d'œuvre est exclusif de toute autre prestation de la part du prêteur</p>

Une opération illicite de prêt de personnel peut relever (assez souvent) à la fois du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre, dès lors que tous les éléments constitutifs des deux infractions sont réunis.

Ces deux infractions sont alors mentionnées dans la procédure (procès-verbal, rapport), par souci de sécurité juridique.



## Périmètre des délits de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre

Les délits de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre ne visent pas uniquement les opérations de fausse sous-traitance.

Compte tenu de la position du Conseil Constitutionnel et de la jurisprudence de la Cour de cassation, les délits de marchandage et/ou de prêt illicite de personnel s'appliquent aux faits suivants :

- le prêt illicite de personnel à but lucratif dans le cadre d'une fausse sous-traitance,
- la fourniture, le placement ou la mise à disposition d'un prétendu stagiaire, d'un prétendu travailleur indépendant ou d'un prétendu bénévole par un intermédiaire,
- le prêt de personnel à but lucratif ou à titre onéreux autorisé par la loi, mais qui s'effectue en violation de cette loi (**voir supra p.38 et suivante et p.59 et suivantes**) : cas de l'ETT et de l'utilisateur qui ne respectent pas la loi sur le travail temporaire,
- le prêt de personnel à but lucratif en dehors des cas autorisés par la loi,
- le prêt de personnel sans but lucratif effectué en violation des articles L.8241-1 et L.8241-2 du code du travail (loi Cherpion). Le non respect de la loi Cherpion rend le prêt de personnel nécessairement lucratif, sous réserve de le caractériser et de le mentionner, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la notion de but lucratif (**voir supra p.44 et suivante**), et donc illicite.
- la mise à disposition d'un salarié dans le cadre de la mobilité internationale intragroupe. Elle s'effectue en dehors de la loi Cherpion. Elle est donc à but lucratif, sus réserve de le caractériser et de le mentionner, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la notion de but lucratif (**voir supra p.44 et suivante**) et donc illicite (et réciproquement).

### **Nota**

*Le prêt ou la mise à disposition de personnel, qu'il soit licite ou illicite, entraîne le transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil ou utilisatrice qui devient l'employeur de fait, avec toutes les conséquences de droit.*

## Six articles publiés

- La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal. Droit Ouvrier. Décembre 2012.
  
- Les droits du salarié victime du travail illégal. Droit Ouvrier. Août 2013.
  
- Fausse sous-traitance en milieu industriel (nettoyage et tri des copeaux) et requalification ; commentaire de la décision du 27 juin 2013 de la cour d'appel de Grenoble. Droit Ouvrier. Novembre 2013.
  
- Fausse sous-traitance – nettoyage de chambres d'hôtel ; commentaire de la décision du 21 mai 2014 du conseil de prud'hommes de Paris. Droit Ouvrier. Septembre 2014.
  
- Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français. Droit Ouvrier. Mai 2015.
  
- Mobilité intragroupe du salarié et marchandage : la logique d'un transfert de la subordination juridique non assumé ; commentaire de la décision du 12 octobre 2016 de la Cour de cassation. Droit Ouvrier. Décembre 2016.