

La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal

par *Hervé GUICHAOUA*, Directeur du travail

PLAN

I. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une vraie sous-traitance entachée de travail illégal

- A. Les sanctions pénales du recours interdit au travail dissimulé et à l'emploi d'un salarié étranger sans titre
- B. La mise en cause financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage
- C. Les mesures administratives

II. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une fausse sous-traitance

- A. Les éléments constitutifs de la fausse sous-traitance
- B. Les qualifications juridiques et les incriminations relevant de la fausse sous-traitance
- C. En présence d'un recours à du faux travail indépendant

Dès l'origine de l'introduction, dans la législation française, des premières dispositions destinées à lutter contre ce qui est appelé aujourd'hui le travail illégal (1), le souci du législateur a été de pouvoir rechercher la responsabilité du bénéficiaire de la prestation effectuée en marge de la légalité, c'est-à-dire du donneur d'ordre (2) qui a passé directement la commande, qui en bénéficie et qui la paie. Il a toujours été considéré que cette mise en cause était légitime et essentielle à l'efficacité de la lutte contre les formes les plus marquées du travail illégal (3) : le donneur d'ordre choisit son cocontractant, il fixe, voire impose, les prix, compte tenu de son envergure financière et économique, et il est souvent plus solvable que son prestataire dont la durée de vie peut être, de surcroît, éphémère.

Les conditions et les modalités de mise en cause du donneur d'ordre, principalement définies par le Code du travail, se sont précisées et développées au fil du temps pour connaître un tournant décisif avec la loi du 31 décembre 1991 (4) qui a mis fin à une relative impunité du donneur d'ordre, due à une rédaction inappropriée et peu opérante des textes alors en vigueur.

En effet, initialement prévu au plan pénal pour lutter contre le travail dissimulé (5), le régime de la mise en cause du donneur d'ordre a été modifié une première fois en 1972 (6), en y ajoutant sa responsabilité financière, associée à une condamnation pénale préalable de l'auteur du travail dissimulé.

La loi du 31 décembre 1991 a élargi et renforcé sensiblement le champ de la mise en cause pénale du bénéficiaire de la prestation par l'introduction de la notion d'interposition de personne, et a créé un régime de responsabilité économique totalement autonome du pénal, appelé la solidarité financière, permettant d'impliquer également, pour la première fois, le maître d'ouvrage (7).

La loi du 11 mars 1997 (8) a dupliqué le principe de la solidarité financière pour les affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Ce dispositif a lui-même été complété par la loi du 16 juin 2011 (9).

(1) Loi du 11 octobre 1940 sur les cumuls d'emplois.

(2) Le donneur d'ordre, appelé encore le client ou le cocontractant, est toute personne qui passe directement une commande à un professionnel. Dans une opération de sous-traitance, il existe plusieurs donneurs d'ordre. Le maître d'ouvrage est unique : il s'agit de celui qui engage le processus économique et qui est destinataire final du travail réalisé.

(3) Le travail dissimulé, l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre.

(4) 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.

(5) Loi du 11 octobre 1940, précitée.

(6) Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

(7) En effet, un donneur d'ordre n'a pas nécessairement la qualité de maître d'ouvrage, qui se trouve à l'initiative et au sommet du processus économique.

(8) Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

(9) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

Une jurisprudence, certes tardive, mais aujourd'hui abondante, est venue apporter une contribution décisive à la mise en cause pénale des donneurs d'ordre, en précisant très utilement la portée de ces textes fortement contestés par les intéressés devant les tribunaux. Elle a, en outre, élargi les situations de leur mise en cause prévues par la loi, en tirant toutes les conséquences de la requalification de relations contractuelles apparemment commerciales en relations de travail salarié. Dans un environnement économique fortement marqué par l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français, il est important de noter que l'ensemble de ce dispositif s'applique sans réserve au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage qui recourent à un opérateur économique établi hors de France.

Alors que certains agents en charge de la lutte contre le travail illégal sont restés longtemps sceptiques sur la réalité de cette mise en cause, la combinaison des textes et de la jurisprudence atteste de l'efficacité de ce dispositif à un double titre : soit dans le cadre d'une véritable relation commerciale, mais affectée par des pratiques de travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (I), soit dans le cadre d'une situation de fausse sous-traitance (II).

I. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une vraie sous-traitance entachée de travail illégal

Historiquement, le dispositif juridique de lutte contre le travail illégal a d'abord posé le principe de l'interdiction de recourir sciemment, directement ou de façon interposée, à une entreprise sous-traitante qui pratique du travail dissimulé (10). Puis la même interdiction a été insérée, quelques années plus tard, à l'égard du recours à une entreprise sous-traitante qui emploie un salarié étranger démuné de titre de travail ou de séjour (11). Dans les faits, cette deuxième interdiction va souvent de pair avec la première, puisque l'emploi d'un salarié étranger sans titre correspond très fréquemment, et à titre principal, à la dissimulation de son emploi en qualité de salarié. Pour autant, le non-respect de ces deux interdictions est assorti de sanctions qui leur sont propres.

Un donneur d'ordre et un maître d'ouvrage, qui ne respectent pas l'une ou l'autre de ces interdictions, peuvent voir leur responsabilité pénale et leur mise en cause financière engagées dans des conditions déterminées par le Code du travail et précisées par la jurisprudence. Ils s'exposent, en outre, à plusieurs pénalités administratives.

A. Les sanctions pénales du recours interdit au travail dissimulé et à l'emploi d'un salarié étranger sans titre

Au plan pénal, le recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger sans titre constitue un délit passible du tribunal correctionnel. Le

tribunal dispose d'une gamme très étendue de sanctions, mentionnées dans le Code du travail (12).

1. Bien que l'interdiction du recours à du travail dissimulé par un donneur d'ordre soit ancienne (13), son contrôle par les services de l'État s'est effectué très timidement jusqu'au début des années 90. En atteste la première décision rendue sur ce sujet par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui date du 25 janvier 1994 (14). Depuis cet arrêt, de nombreuses décisions de justice sont intervenues, témoignant d'un intérêt grandissant porté aux donneurs d'ordre, qui s'explique par les apports juridiques et opérationnels introduits par la loi du 31 décembre 1991 et par la forte mobilisation des pouvoirs publics et des organismes de recouvrement consécutive à la publication de cette loi.

Compte tenu du caractère sibyllin de la rédaction de la loi, qui interdit le recours « sciemment » au travail dissimulé, il revenait à la jurisprudence de caractériser l'élément intentionnel de ce délit, puisqu'il est rare que le donneur d'ordre reconnaisse sa responsabilité dans ce type d'affaire. Cette jurisprudence s'est forgée, en particulier, à partir des situations de travail dissimulé constatées dans le secteur de la confection. Dans un arrêt de principe (15), dont la formulation a été reprise par la suite, la Cour de cassation considère que l'interdiction de recourir sciemment à du travail dissimulé emporte pour conséquence que le donneur d'ordre doit prouver qu'il a accompli, à l'égard de

(10) Article L. 8221-1 du Code du travail. Le travail dissimulé correspond soit à la dissimulation de l'activité d'un opérateur économique, soit à la dissimulation de salarié par un employeur.

(11) Article L. 8251-2 du Code du travail.

(12) Au total, et pour chaque délit, dix-sept sanctions différentes, applicables soit aux personnes physiques, soit aux personnes morales.

(13) L'infraction de travail clandestin, dénommée travail dissimulé depuis 1997, a été créée par la loi du 11 octobre 1940 précitée.

(14) Cass. Crim. n° 93-83364 du 25 janvier 1994, *Portail*.

(15) Cass. Crim. n° 96-86211 du 4 novembre 1997, *Var Expansion* ; confirmation not. par Cass. Crim. n° 05-80170 du 27 septembre 2005, *JK Bâtiments*.

son sous-traitant délinquant, les diligences qui s'imposent à tout professionnel pour s'assurer que ce contractant n'effectue pas de travail dissimulé. Ces diligences, qui par nature peuvent être diverses et variées en fonction de la situation de travail dissimulé rencontrée, sont appréciées, dans un premier temps, par les services de contrôle, puis par les juges lorsqu'ils reçoivent leurs procédures (16). Autrement formulé, le donneur d'ordre ne peut donc s'abstenir de vérifier, *a priori*, la situation de son sous-traitant ou faire preuve d'indifférence ou de peu d'attention à son égard (17).

La Cour de cassation a complété cette analyse en précisant, au fil des affaires qui lui ont été soumises, notamment que constituent également du recours intentionnel à du travail dissimulé le fait de rémunérer son sous-traitant à un niveau qui ne lui permet pas de s'acquitter des ses obligations fiscales et sociales (18) ; le fait que ce sous-traitant dispose de faibles moyens (19) ; le fait de constater que le nombre de salariés officiels du sous-traitant ne suffit pas à réaliser la commande (20) ou encore le fait de ne pas lui avoir demandé les documents prévus dans le cadre de la solidarité financière (21). Bien plus, la Cour de cassation considère que les vérifications effectuées par le donneur d'ordre au titre de la solidarité financière ne suffisent pas à l'exonérer de sa responsabilité pénale, dès lors que des éléments objectifs laissent à penser que le risque de travail dissimulé est, *a priori*, avéré (22). Le donneur d'ordre doit donc démontrer qu'il a été particulièrement scrupuleux dans le choix du professionnel à qui il recourt.

2. La responsabilité pénale du maître d'ouvrage, au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, est, quant à elle, plus récente, puisqu'elle date de la loi du 31 décembre 1991. La loi a, en effet, introduit à cette date dans le Code du travail la notion de recours « *par personne interposée* ». Cette notion a toute son importance, dès lors que le maître d'ouvrage peut ne pas avoir, dans une chaîne de sous-traitance, de relation contractuelle directe, c'est-à-dire de lien de droit, avec le professionnel qui pratique du travail dissimulé, alors même que ce maître d'ouvrage bénéficie des fruits de son intervention. Sans doute moins souvent retenue, du fait d'une plus grande difficulté à démontrer son caractère

intentionnel, cette responsabilité pénale du maître d'ouvrage n'est pas cependant restée une simple mention formelle inscrite dans le Code du travail (23).

A l'inverse du travail dissimulé, il n'existe pas, assez curieusement, de jurisprudence abondante ou significative relative à la mise en cause pénale du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage qui recourt à un sous-traitant qui emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail (24), alors même que certains secteurs d'activité utilisent notoirement ces salariés (25).

Deux raisons peuvent expliquer cette situation. En premier lieu, une rédaction moins explicite, qui vise l'interposition de personne, des dispositions du Code du travail interdisant et réprimant le recours à un sous-traitant employant de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail (26), ce qui a limité le nombre de procédures susceptibles d'être établies ; en second lieu, un choix des agents de contrôle et des magistrats de ne retenir qu'une seule fois la mise en cause du donneur d'ordre, au titre de la dissimulation d'emploi salarié.

Enfin, en application du droit pénal général, la mise en cause d'autres protagonistes intervenant dans une affaire de travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger sans titre de travail reste possible par les actes de complicité, incrimination, de surcroît trop peu souvent utilisée en droit pénal du travail (27). Pourtant, l'imputation de cette incrimination permet de retenir la responsabilité de toute personne qui joue un rôle actif, voire déterminant, dans la commission du travail dissimulé ou d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (28).

B. La mise en cause financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage

La mise en cause financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage s'ajoute à leur responsabilité pénale. Elle est indépendante de celle-ci, ce qui en fait l'un de ses intérêts. La finalité de la solidarité financière est de nature préventive. Elle doit conduire le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage à être vigilants dans le choix de leurs relations professionnelles et de leurs interlocuteurs.

1. La mise en cause du donneur d'ordre a été rendue

(16) Cass. Crim. n° 03-87752 du 22 juin 2004, *Folymode*.

(17) Y. Saint-Jours « La protection juridique des salariés contre les effets pervers de la sous-traitance » Dr. Ouv. 1998, p. 257.

(18) Cass. Crim. n° 95-82009 du 11 mars 1997, *SCA La Moutonnade*.

(19) Cass. Crim. n° 00-83920 du 13 février 2001, *SCI Had*.

(20) Cass. Crim. n° 00-83820 du 19 décembre 2000, *Framod*.

(21) Cass. Crim. n° 95-84204 du 21 janvier 1997, *Sarl Fraic'Heure*.

(22) Cass. Crim. n° 01-80013 du 4 septembre 2001, *Société Eole*.

(23) Cass. Crim. n° 01-85601 du 3 avril 2002, *Cogédim Tradition*.

(24) Voir cependant Cass. Crim. n° 10-83142 du 7 décembre 2010, *Comme des garçons*.

(25) Les pouvoirs publics évaluent le nombre de salariés étrangers sans titre de travail dans une fourchette située entre 200 000 et 400 000 personnes.

(26) Cette rédaction a été clarifiée par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et à la nationalité.

(27) Il est significatif que la récente instruction du 12 septembre 2012 du ministère du Travail sur la rédaction des procès-verbaux de l'inspection du travail ne mentionne nullement cette possibilité (cf. paragraphe IV, 4).

(28) Cass. Crim. n° 97-85762 du 20 octobre 1998 ; Cass. Crim. n° 00-83920 du 13 février 2001, *SCI Had*.

théoriquement possible dès l'origine de l'interdiction du travail dissimulé. Cette mise en cause a été par la suite associée, en 1972 (29), à une condamnation pénale préalable de l'auteur du travail dissimulé, ce qui réduisait sensiblement son impact. La loi du 31 décembre 1991 a introduit un mécanisme autonome beaucoup plus opérationnel, fondé sur une obligation de vigilance générale et systématique dans le choix du contractant, qui s'applique à tous les donneurs d'ordre (30), dès lors que le montant du marché est égal ou supérieur à 3 000 euros (31). La loi du 31 décembre 1991 a, par ailleurs, créé un mécanisme spécifique permettant de mettre en cause financièrement, pour la première fois, le maître d'ouvrage.

La mise en cause financière du donneur d'ordre en matière d'emploi d'étranger sans titre de travail a été introduite plus tardivement dans le Code du travail par la loi du 11 mars 1997 et complétée par un ajustement législatif en 2011.

S'agissant du donneur d'ordre, la solidarité financière a pour effet de lui transférer le paiement des sommes dont est débiteur son cocontractant, en matière fiscale et en matière sociale, ainsi que des rémunérations et indemnités dues à ses salariés. Elle permet aussi de lui demander de rembourser les aides publiques dont a bénéficié son cocontractant. Lorsque ce dernier emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail et en situation irrégulière, le donneur d'ordre est également tenu par le paiement de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire (32). Dans certaines affaires, ces différentes sommes représentent des montants élevés.

La solidarité financière est mise en œuvre à la diligence du ou des créanciers intéressés. L'intérêt de la solidarité financière pour le créancier est de lui permettre de choisir son débiteur - sous-traitant ou donneur d'ordre - et de s'adresser directement et exclusivement au donneur d'ordre, *a priori* plus solvable et de meilleure pérennité économique. Cet avantage est d'autant plus appréciable lorsque le sous-traitant est une entreprise étrangère qui n'a aucune existence en France. À ce titre, la solidarité financière est à la fois préventive et dissuasive, puisqu'elle conduit le donneur d'ordre à faire un choix réfléchi de son cocontractant. Le donneur d'ordre avisé, qui ne souhaite pas être tenu au paiement des dettes de son sous-traitant,

évitera de faire appel à la première entreprise venue.

Pour autant, la solidarité financière du donneur d'ordre n'est pas automatique, dès lors que du travail dissimulé ou de l'emploi d'étranger sans titre de travail est constaté. Il faut que le donneur n'ait pas procédé à des vérifications préalables, puis périodiques, auprès de son cocontractant, vérifications très formelles (33) dont il doit rapporter la preuve si son sous-traitant est en infraction avec la loi.

La solidarité financière est applicable même si le donneur d'ordre a bénéficié d'une décision de relaxe au pénal (34). Le montant de 3 000 euros s'apprécie dans la globalité de la relation commerciale entretenue entre le donneur d'ordre et le sous-traitant, lorsque les contrats se succèdent dans le temps (35).

En 2004 (36), une évolution législative inappropriée a conditionné la mise en œuvre de la solidarité financière en matière de travail dissimulé à l'existence d'un procès-verbal établi par un agent de contrôle à l'encontre du sous-traitant, faisant dépendre ainsi l'action des créanciers, et notamment du salarié victime des pratiques de son employeur, de l'intervention préalable de l'administration. Ce faisant, le champ de la solidarité financière a été considérablement réduit, contrairement à l'intention du législateur du 31 décembre 1991 qui avait volontairement conçu un mécanisme autonome, de nature civile, de récupération des sommes dues, à la seule main des créanciers.

Dans la pratique, la solidarité financière est essentiellement utilisée par deux créanciers, les Urssaf en matière de travail dissimulé et l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) pour l'emploi de salariés étrangers sans titre de travail. S'agissant des diligences des Urssaf, tant le rapport annuel de l'Acoss sur la lutte contre le travail illégal (37) que la jurisprudence de la Cour de cassation (38) attestent de l'intérêt soutenu porté par ces organismes de recouvrement à cette procédure. L'activité de l'OFII est moins visible, mais tout aussi réelle, notamment pour obtenir le paiement de la contribution spéciale (39).

Cependant, pour donner à ce mécanisme tout son dynamisme, notamment au bénéfice des salariés dissimulés, il faudrait revenir au texte originel de la loi du 31 décembre 1991 et supprimer l'exigence d'un procès-

(29) Loi n° 72-648 du 11 juillet 1972 définissant et sanctionnant le travail clandestin.

(30) Entreprises, associations, personnes morales de droit public et particuliers.

(31) Article L. 8222-1 du Code du travail.

(32) Article L. 8254-2 du Code du travail.

(33) Articles D. 8222-4 et suivants du Code du travail.

(34) Cass. Civ. 2 n° 06-21961 du 17 janvier 2008, *Mory Team*.

(35) Cass. Civ. 2 n° 06-20594 du 17 janvier 2008, *Maisons Vesta*.

(36) Article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

(37) Selon le rapport annuel 2011 de l'Acoss, 12 millions d'euros ont été chiffrés à l'encontre des donneurs d'ordre pour 226 procédures engagées contre eux.

(38) Une dizaine d'arrêts rendus dont le dernier : Cass. Civ. 2 n° 12-40037 du 5 juillet 2012, *Arco*. Décision de non-transmission au Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité.

(39) CA Versailles n° 05VE01659 du 18 décembre 2007, *SEGECO*.

verbal préalable d'un agent de contrôle, d'autant que ce procès-verbal est couvert par l'article 11 du Code de procédure pénale (40) et qu'il n'est pas transmissible au salarié créancier. Ce dernier, bien que victime des pratiques de travail illégal de son employeur, est doublement pénalisé par la réforme de 2004.

2. Contrairement au donneur d'ordre, la responsabilité financière du maître d'ouvrage ne peut pas être actionnée immédiatement lors du constat d'une situation de travail dissimulé ou d'emploi d'étranger sans titre de travail du fait d'un sous-traitant avec lequel il n'a pas de relation directe. La loi considère qu'il ne connaît que l'entreprise principale avec qui il a contracté. Il doit donc être, préalablement, mis en demeure de faire cesser sans délai la situation de travail dissimulé ou d'emploi d'étranger sans titre de travail constatée par un agent de contrôle, un syndicat ou un représentant du personnel. Faute d'avoir fait cesser immédiatement le travail dissimulé ou l'emploi d'étranger sans titre de travail dans le processus économique qu'il a initié, le maître d'ouvrage se trouve dans les liens de la solidarité financière et peut se voir réclamer, à l'identique du donneur d'ordre, les dettes fiscales et sociales de tout sous-traitant, quel que soit son rang, ainsi que la contribution spéciale et la contribution forfaitaire dues à l'OFII.

En première analyse, ce mécanisme peut paraître complaisant à l'égard du maître d'ouvrage, qui est censé avoir une connaissance précise de la façon dont se réalise le travail qu'il a commandé et dont il surveille l'exécution. En réalité, cette solidarité financière est une entorse remarquable à la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, puisqu'elle oblige le maître d'ouvrage à intervenir pour régulariser une situation de travail non contractuelle impliquant un sous-traitant avec lequel il n'a aucun lien de droit. Au surplus, si le maître d'ouvrage laisse perdurer la situation de travail dissimulé ou d'emploi d'étranger sans titre de travail après avoir reçu cette mise en demeure, sa responsabilité pénale peut être également retenue puisqu'il aura utilisé, par personne interposée et en toute connaissance de cause, les services d'un sous-traitant en marge de la légalité.

Compte tenu des risques encourus au plan financier et pénal, il est donc rare qu'un maître d'ouvrage reste passif et ne donne pas suite à la mise en demeure de régularisation qu'il reçoit.

3. En tout état de cause, la condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour avoir

recouru à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail entraîne de plein droit leur solidarité financière.

Enfin, au nom de la même logique, un mécanisme récent de solidarité financière, introduit dans le Code de la Sécurité sociale (41) autorise les organismes de protection sociale à réclamer, à titre subsidiaire, à la société-mère ou à la société holding à laquelle appartient l'employeur, le paiement de ses cotisations et contributions sociales, ainsi que les majorations et pénalités lorsque cet employeur est verbalisé pour travail dissimulé.

C. Les mesures administratives

Des mesures administratives complètent les sanctions pénales et la solidarité financière. Cinq mesures sont susceptibles d'être mobilisées à l'encontre du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage.

La condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour avoir recouru à une entreprise qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail entraîne leur exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans (42).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut se voir refuser, pendant cinq ans, des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle, ainsi que les aides et les subventions publiques à caractère culturel et celles accordées par Pôle Emploi. Les aides et subventions déjà versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal peuvent être remboursées (43).

Lorsqu'ils ont fait l'objet d'un procès-verbal pour du travail dissimulé, ils perdent le bénéfice des exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés qu'ils emploient, pour chacun des mois au cours duquel il est constaté qu'ils ont recouru à du travail dissimulé en qualité de complice de leur sous-traitant, et ce dès l'établissement du procès-verbal (44).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet de la fermeture administrative de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, pendant trois mois, par décision préfectorale.

(40) L'article 11 du CPP pose le principe du secret de l'enquête et de l'instruction.

(41) Article 75 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures (article L. 243-7-3 du Code de la Sécurité sociale).

(42) Article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal ; circulaire n° 98-27 du 19 février 1998 du ministère de l'Équipement, des transports et du logement.

(43) Article L. 8272-1 du Code du travail.

(44) Article L. 133-4-5 du Code de la Sécurité sociale.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou qui emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet d'une exclusion des contrats publics, pendant six mois, par décision préfectorale.

Les différents acteurs publics de la lutte contre le travail

illégal disposent ainsi, dans le cadre de leur mission, d'outils juridiques diversifiés et spécifiques pour rechercher et mettre en cause la responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage dans le cadre d'une véritable opération de sous-traitance, mais lorsque ces derniers ont bénéficié des services d'une entreprise intervenant en marge de la légalité.

II. La responsabilité du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage qui recourent à une fausse sous-traitance

Lorsque le recours à un sous-traitant se limite à une relation commerciale dont l'objet réel, mais non avoué, est de se procurer un complément de main-d'œuvre, sans autre prestation, la fausse sous-traitance est caractérisée. Bien que celle-ci ne constitue pas, en soi, une infraction, cette utilisation illicite de salarié est susceptible de qualifications juridiques et d'incriminations visant le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

A. Les éléments constitutifs de la fausse sous-traitance

La fausse sous-traitance est une appellation familière, dont l'usage a réellement commencé à prospérer dans le monde du travail au début des années 70. La fausse sous-traitance peut se définir comme une organisation frauduleuse du travail qui, sous des apparences de légalité commerciale, vise à faire travailler des salariés en s'affranchissant du respect de la législation fiscale et sociale afférente à ces emplois. Il s'agit de la forme la plus élaborée du travail illégal. Elle n'est pas fortuite ; elle est voulue et organisée.

La fausse sous-traitance se manifeste soit par de la mise à disposition illégale de salarié(s) entre deux entreprises, soit par l'emploi de salarié(s) sous un statut apparent de travailleur(s) indépendant(s). Dans les deux cas, la réalité de la relation de travail subordonné est masquée par un montage commercial.

La fausse sous-traitance par mise à disposition illégale de salariés constitue, en première analyse, les infractions de marchandage et de prêt illicite de personnel (45).

Lorsqu'elle se traduit par l'emploi de faux travailleurs indépendants, elle correspond, à titre principal, à l'infraction de dissimulation d'emploi salarié (46).

1. A défaut de précision dans le Code du travail, la Cour de cassation a posé les critères permettant de faire la distinction entre une vraie sous-traitance et une simple mise à disposition de salariés constituant du marchandage ou du prêt illicite de main-d'œuvre (47). Le premier arrêt de la Haute juridiction qui définit la vraie sous-traitance la présente comme 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 (48). Depuis cette décision, de très nombreux arrêts sont venus préciser et confirmer la nature des éléments de fait, qui, par la technique du faisceau d'indices, sont à prendre en considération pour analyser la situation de travail litigieuse (49).

Au premier chef, le transfert de la subordination juridique exercée sur les salariés du sous-traitant vers le donneur d'ordre caractérise principalement l'existence d'une fausse sous-traitance (50). A ce marqueur déterminant, dont la preuve nécessite un examen détaillé des relations de travail, s'ajoutent :

- l'absence de savoir-faire ou de technicité spécifique des salariés du sous-traitant ; cela ne signifie pas que ces salariés ne sont pas ou peu qualifiés, mais qu'ils n'ont pas de compétence particulière par rapport aux salariés du donneur d'ordre (51) ;
- le fait que les salariés du sous-traitant s'acquittent

(45) Articles L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail.

(46) Article L. 8221-5 du Code du travail.

(47) Si des petites différences existent entre le marchandage et le prêt illicite de personnel, il s'agit fondamentalement de pratiques visant à se prêter des salariés contre rémunération, en dehors des cas autorisés par la loi.

(48) Cass. Crim. du 21 janvier 1986, *TMG* ; voir également Cass. Crim. n° 93-83104 du 3 mai 1994, *SNC*.

(49) L'une des décisions sans doute la plus explicite est l'arrêt *CEA* rendu le 9 décembre 2003 (n° 01-43554) par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans une affaire de prestations informatiques.

(50) Cass. crim. n°84-91628 du 25 juin 1985 *Altra* ; cass. crim. n°91-81653 du 26 janvier 1993 *Rodrigo*.

(51) Cass. Crim. n° 91-40222 du 9 juin 1993, *Sotralentz* ; Cass. Crim. n° 09-80414 du 15 septembre 2009, *S° Ka* ; des ingénieurs et cadres peuvent faire l'objet de marchandage et de prêt illicite de personnel : Cass. Crim. n° 97-80138 du 16 juin 1998, *IPSI*.

de tâches relevant de l'activité normale et habituelle du donneur d'ordre (52) ;

- l'absence de définition précise de la tâche à accomplir par le sous-traitant (53) ;

- la fourniture du mode opératoire, de la matière première, du matériel et des matériaux par le donneur d'ordre, voire la formation du personnel du sous-traitant (54).

Ces éléments peuvent être complétés, en fonction des circonstances de l'affaire, d'autres indices tels que les mentions portées sur les documents commerciaux et les modalités de la facturation.

Par ailleurs, cette mise à disposition de salariés, lorsqu'elle est avérée, doit se faire dans un but lucratif pour être répréhensible et constituer ainsi du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre. La Cour de cassation donne une définition large du but lucratif, qui facilite la caractérisation de ces deux infractions : soit un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire pour le sous-traitant ou le donneur d'ordre (55). Ainsi, le fait de facturer et de verser une contrepartie financière, y compris à prix coûtant (56), ou le fait pour le donneur d'ordre de ne pas avoir à supporter les salaires et les charges, ou encore le fait pour le donneur d'ordre de bénéficier par cette opération d'un accroissement de la flexibilité (57) relèvent d'un but lucratif.

Pour limiter les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la définition du but lucratif, la loi du 28 juillet 2011, dite loi *Cher pion* (58), précise que le but lucratif du seul prêt de main-d'œuvre n'existe pas lorsque la facturation est faite à prix coûtant, c'est-à-dire en remboursement exclusif des salaires, des charges sociales et des frais professionnels versés au salarié prêté. La loi *Cher pion* encadre, par ailleurs, dans un dispositif assez strict, les modalités de cette mise à disposition, qui s'ajoute à la liste des autres mises à dispositions licites déjà

autorisées par le Code du travail (59).

2. La seconde manifestation de la fausse sous-traitance est l'emploi de salarié sous un statut apparent de travailleur indépendant. Cette fraude à l'emploi de salarié se traduit par de multiples montages, qu'il est possible de classer en deux catégories : d'une part, le recours direct par un donneur d'ordre à un ou plusieurs pseudo-travailleurs indépendants, personnes physiques, et, d'autre part, la création de sociétés commerciales, personnes morales, avec des gérants sans réelle autonomie.

De longue date, les tribunaux utilisent la technique de la requalification des relations contractuelles, qui a donné lieu à une jurisprudence considérable sur le sujet, visant la quasi-totalité des secteurs d'activités (60). Cette technique, visant au respect de l'ordre public social, est illustrée par deux arrêts particulièrement emblématiques de la Cour de cassation, l'un rendu par l'Assemblée plénière (*Barrat*) et l'autre par la Chambre criminelle (*Guégan*) (61). Pour tenter de contrer ou de limiter ces requalifications judiciaires, jugées abusives par certains, des dispositions ont été introduites dans le Code du travail, initialement par la loi du 11 février 1994, dite loi *Madelin* (62). Cette loi conditionnait la requalification de la relation contractuelle à l'existence d'une subordination juridique permanente. Malgré une certaine effervescence juridique autour de cette disposition lors de son insertion dans la loi et plusieurs ajustements législatifs ultérieurs, cette mention a survécu et est toujours inscrite dans le Code du travail (63). Sans grand effet sur les contentieux de faux travail indépendant soumis aux tribunaux, puisque très rapidement la Cour de cassation confirmait, puis maintenait, son analyse antérieure à la loi *Madelin* (64), à partir de la définition de la relation de travail subordonnée donnée dans l'arrêt *Société Générale* (65).

Ainsi donc, la requalification du statut de travailleur indépendant en salarié est prononcée s'il est établi que le donneur d'ordre se comporte à l'égard du travailleur

(52) Cass. Crim. n° 96-80727 du 28 janvier 1997, *Cayeux*.

(53) Cass. Crim. n° 93-80533 du 12 octobre 1993, *CMP*.

(54) Cass. Crim. n° 92-82928 du 22 juin 1993, *Scaramanga*.

(55) Cass. Crim. n° 05-85253 du 20 mars 2007, *Beyer*.

(56) Cass. Crim. n° 96-85090 du 14 octobre 1997, *Nicoletti* ; Cass. Crim. n° 96-86479 du 12 mai 1998, *Sogexpat*.

(57) Cass. Crim. n° 09-69175 du 18 mai 2011, *John Deere*, RDT 2011, p. 503, n. A. Fabre.

(58) Article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, RDT 2011, p. 572, comm. S. Tournaux.

(59) Dans le cadre du travail temporaire, des agences de mannequins, des entreprises à temps partagé, des pôles de compétitivité, des associations intermédiaires...

(60) J.-P. Laborde « Contrat de travail et activité professionnelle » Dr. Ouv. 2011, p. 418 ; M. Badel « Actualité de la subordination : aspects de Sécurité sociale » Dr. Ouv. 2011, p. 438 ; F. Héas « Être ou ne pas être subordonné » Dr. Ouv. 2009, p. 405, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(61) Cass. Ass. Plén. n° 81-11647 du 4 mars 1983, *Barrat*, Dr. Ouv. 1984, p. 418 ; Cass. Crim. n° 84-95559 du 29 octobre 1985, *Guégan*.

(62) Articles 35 et 49 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle modifiés par l'article 2 de la loi du 11 mars 1997 précitée, l'article 34 de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, l'article 23 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, l'article 63 de la loi n°2005-157 du 23 février 2005 et l'article 11 de la loi n°2008-776 du 4 août 2005.

(63) Article L. 8221-6 du Code du travail.

(64) Cass. Crim. n° 96-86675 du 10 mars 1998, *Bonglet* ; Cass. Crim. n° 97-81873 du 31 mars 1998, *SEO* (pour des faits concomitants à la publication de la loi *Madelin*) et du même jour, pour de faux franchisés, n° 97-82979, Dr. Ouv. 1998, p. 438, n. M. Richevaux ; Cass. Crim. n° 05-82287 du 14 février 2006, *Duret*.

(65) Cass. Soc. n° 94-13187 du 13 novembre 1996, *Société Générale*, RPDS 1997, p. 30, n. L. de La Pradelle.

indépendant comme il le ferait à l'égard d'un salarié, en encadrant son activité, en lui donnant des directives et des instructions, en l'obligeant à rendre compte et en le sanctionnant, ce qui révèle une subordination juridique et non pas l'exercice autonome d'une activité professionnelle.

La création du statut d'auto-entrepreneur et l'entrée de douze nouveaux États dans l'Union Européenne (66) ont créé un effet d'aubaine auprès des donneurs d'ordre et ont augmenté les situations de faux travail indépendant. Mais la technique de la requalification contractuelle, fondée sur la démonstration de l'existence d'une subordination juridique permanente, outil juridique de la lutte contre cette forme de travail illégal, s'applique également à ces manifestations plus récentes de cette fraude.

B. Les qualifications juridiques et les incriminations relevant de la fausse sous-traitance

Le dispositif de lutte contre le travail illégal propose différentes réponses aux fraudes générées par les pratiques de fausse sous-traitance (67), qu'il s'agisse soit de marchandage ou de prêt illicite de personnel, soit de recours à du faux travail indépendant.

1. En présence de marchandage ou de prêt illicite de personnel

Les deux infractions de marchandage ou de prêt illicite de personnel obéissent au même régime de sanctions pénales, civiles, financières et administratives.

a) Au plan pénal, il s'agit de délits inscrits dans le Code du travail depuis le décret loi du 2 mars 1848, qui a aboli l'esclavage, ce qui en fait les dispositions les plus anciennes de ce code. Ces délits sont réprimés par des textes et des peines spécifiques, qui visent à la fois le donneur d'ordre et le sous-traitant, c'est-à-dire l'utilisateur et le fournisseur des salariés objets de l'opération de fausse sous-traitance.

La Cour de cassation a apporté deux précisions importantes relatives à la répression de ces infractions. Elle a tout d'abord indiqué (68) que le donneur d'ordre et le sous-traitant sont co-auteurs, à part égale, de ces infractions. Elle a surtout tiré toutes les conséquences du transfert de la subordination juridique du sous-traitant vers le donneur d'ordre résultant d'une situation de fausse

sous-traitance, en considérant que le donneur d'ordre devenait l'employeur des salariés prêtés (69). En cette qualité, le donneur d'ordre-employeur peut être également condamné pour dissimulation d'emploi salarié (70). S'il s'avère que les salariés prêtés sont des étrangers sans titre de travail, le donneur d'ordre peut se voir condamné pour un troisième délit d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (71). Enfin, si le salarié prêté est victime d'un accident du travail au service du donneur d'ordre, ce dernier peut être condamné pour non-respect des règles de sécurité prévues par le Code du travail (72). Il s'agit donc d'un dispositif pénal très dense et, en principe, particulièrement dissuasif, compte tenu du cumul des sanctions potentiellement encourues, notamment du fait de la requalification.

b) Au plan civil, toutes les conséquences de la requalification du donneur d'ordre en employeur n'ont pas encore été tirées, sans doute faute, pour les salariés victimes de ces pratiques, de connaître cette jurisprudence et d'engager des contentieux prud'homaux appropriés. Il est cependant acquis que la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation (73) rejoint celle de la Chambre criminelle en considérant, elle aussi, le donneur d'ordre comme l'employeur des salariés prêtés et qui sont, de fait, dissimulés par celui-ci (74). La Chambre sociale considère explicitement qu'un contrat de travail unit le donneur d'ordre et le salarié mis à disposition lors d'une opération de fausse sous-traitance. Cette qualification ouvre des perspectives intéressantes aux salariés pour l'ensemble des droits attachés à l'exécution et à la rupture de leur contrat de travail : application du statut collectif de l'entreprise du donneur d'ordre, indemnités de rupture et reconnaissance de la faute inexcusable de celui-ci, si un accident du travail survenait. Ces perspectives sont d'autant plus réelles et intéressantes que certaines mises à disposition, dans le cas de fausse sous-traitance, peuvent durer de longues périodes (75).

c) Au plan financier et administratif, le donneur d'ordre, utilisateur de la main-d'œuvre qui lui est prêtée, s'expose à plusieurs sanctions qui s'ajoutent aux suites pénales et civiles.

Lorsque les salariés prêtés sont des étrangers sans titre de travail, le donneur d'ordre est redevable, en

(66) Sur ce sujet, v. H. Guichaoua «Fraudes aux prestations de services internationales et au détachement de salariés sur le territoire français», Dr. Ouv. 2011, p. 769.

(67) F. Muller « Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main-d'œuvre : *what else ?* » Dr. Ouv. 2011, p. 447.

(68) Cass. Crim. n° 87-81212 du 25 avril 1989, *Renault*.

(69) Cass. Crim. n° 90-80060 du 15 octobre 1991, *Sebello*.

(70) Cass. Crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006, *ABC*.

(71) Cass. Crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998, *Tessandier* (ce qui devient aussi le cas pour de la fausse sous-traitance avec des entreprises bulgares et roumaines pendant la période transitoire).

(72) Cass. Crim. n° 04-87596 du 21 juin 2005, *PMP Sonorel*.

(73) Cass. Soc. n° 86-4356 du 16 mai 1990, *SMI* ; Cass. Soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003, *CEA*.

(74) Pas de déclaration préalable à l'embauche et pas de remise de bulletin de paie de la part du donneur d'ordre.

(75) Notamment pour des prestations intellectuelles (informatiques) ou dans la grande distribution.

qualité d'employeur, de la contribution spéciale (76) et de la contribution forfaitaire dues à l'OFII, qui peuvent atteindre des montants élevés. Ce mécanisme s'applique également lorsque la fausse sous-traitance intervient dans le cadre d'une prestation de services internationale (77). Le contentieux du recouvrement de ces deux contributions relevant de la juridiction administrative, celle-ci procède à la même analyse que le juge judiciaire, s'agissant de la requalification du donneur d'ordre en employeur.

Par ailleurs, le donneur d'ordre s'expose aux sanctions communes qui s'appliquent aux entreprises qui pratiquent du travail illégal.

La condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, travail dissimulé ou emploi d'un salarié étranger sans titre de travail entraîne leur exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans (78).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, travail dissimulé ou emploi d'un salarié étranger sans titre de travail peut se voir refuser, pendant cinq ans, des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle, ainsi que les aides et les subventions publiques à caractère culturel et celles accordées par Pôle Emploi. Les aides et subventions déjà versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal peuvent être remboursées (79).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour du travail dissimulé perd le bénéfice des exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés qu'il emploie, pour chacun des mois au cours duquel il est constaté qu'il a recouru à du travail dissimulé en qualité de complice de son sous-traitant, et ce dès l'établissement du procès-verbal (80).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet de la fermeture administrative de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, pendant trois mois, par décision préfectorale.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour recours à un sous-traitant qui pratique du travail dissimulé ou emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet d'une exclusion des contrats publics, pendant trois mois, par décision préfectorale.

C. En présence d'un recours à du faux travail indépendant

Le recours par une entreprise à du faux travail indépendant est assorti de sanctions pénales, civiles, financières et administratives quasiment identiques à celles qui résultent d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de personnel.

1. Au plan pénal, la requalification du donneur d'ordre en employeur du faux travailleur indépendant, telle qu'elle résulte des arrêts *Barrat et Guégan*, entraîne sa mise en cause pour le délit de dissimulation d'emploi salarié (81), y compris lorsque les faux travailleurs sont présentés comme des prestataires établis hors de France (82). Dans cette dernière situation, le donneur d'ordre fait l'objet, également, de sanctions pour emploi d'étranger sans titre de travail, lorsque ces personnes requalifiées en salariés devaient posséder une autorisation de travail (83). L'élément intentionnel de l'infraction se déduit du montage frauduleux (84). Le donneur d'ordre encourt également des sanctions pour non-respect des règles de sécurité prévues par le Code du travail si le pseudo-travailleur indépendant est victime d'un accident du travail (85).

Le donneur d'ordre s'expose aux mêmes conséquences pénales lorsque, par un montage commercial *a priori* plus sophistiqué via des contrats de mandat, il a créé un réseau de sociétés commerciales avec des gérants sans autonomie réelle. La société-écran n'est pas un obstacle à la requalification (86).

Dans certaines affaires, les pseudos-travailleurs indépendants sont placés via des intermédiaires, par l'entremise de montages plus ou moins sophistiqués. Ces intermédiaires, qui, contrairement aux donneurs d'ordre, ne sont pas les employeurs de ces personnes, font l'objet de condamnation pour marchandage ou prêt illicite de main-d'œuvre (87).

(76) Cour administrative d'appel de Douai n° 10DA01590 du 22 mars 2012, *Société aniziène de construction*.

(77) CAA Nancy n° 04NC00399 du 14 novembre 2005.

(78) Article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

(79) Article L. 8272-1 du Code du travail.

(80) Article L. 133-4-5 du Code de la Sécurité sociale.

(81) Cass. Crim n° 09-86305 du 28 septembre 2010, *Europol*.

(82) Cass. Crim. n° 09-85044 du 2 février 2010, *Bak*.

(83) *Bak* précitée ; Cass. Crim. n° 04-87840 du 13 septembre 2005, *MPDC*.

(84) Cass. Crim. n° 92-84846 du 6 avril 1993, *Sacy*.

(85) Cass. Crim. n° 99-81629 du 19 octobre 1999, *Mata*.

(86) Cass. Crim. n° 01-86388 du 25 juin 2002, *Gifi Center*.

(87) Cass. Crim. n° 01-82290 du 2 octobre 2001, *TSF*.

2. Au plan civil, les nombreuses actions judiciaires, conduites tant par les faux travailleurs indépendants eux-mêmes contre leurs donneurs d'ordre que par les organismes de recouvrement des cotisations sociales, dénotent une plus grande attention et une plus forte sensibilité à l'égard de cette fraude qu'envers les opérations de marchandage et de prêt illicite de personnel.

Sans être la première action judiciaire menée par un pseudo-travailleur indépendant, la procédure engagée par M. Barrat contre l'école des Roches, qui a donné lieu à la décision de principe de la Cour de cassation, avait pour objet d'obtenir des indemnités consécutives à la rupture, qu'il jugeait abusive, de son contrat de travail. Depuis, plusieurs actions judiciaires emblématiques en requalification ont été portées devant les tribunaux, notamment dans le transport routier de marchandises (88), les activités de taxi (89), le portage de bagages en aéroport ou en gare (90), la gérance d'hôtels de chaîne (91) et les commerces de détail non alimentaires (92). Ces actions engagées devant les tribunaux, soit pendant le cours de la période de travail, soit à l'issue de celle-ci, visent à obtenir la transformation de leur statut en salariés, des rappels de rémunération, l'indemnité de congé payé, l'indemnité forfaitaire pour emploi dissimulé ou l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que la remise de bulletins de paie.

Les organismes de recouvrement se sont mobilisés, et continuent de le faire, contre cette fraude à l'emploi salarié qui élude le paiement des cotisations sociales (93). L'action en recouvrement de ces cotisations auprès du donneur d'ordre bénéficie d'ailleurs d'un délai de prescription de cinq ans, et non du délai de droit commun de trois ans, puisqu'il s'agit de dissimulation d'emploi salarié (94).

Pour renforcer la lutte contre ce type de fraude, l'action en recouvrement des cotisations sociales éludées dans des affaires de faux travail indépendant, et dans les limites de la prescription, a été formellement prévue par la loi du 11 mars 1997. Cette action en recouvrement a été

supprimée, à la surprise générale, par la loi du 1er août 2003 (95), fragilisant ainsi des procédures en cours engagées par les Urssaf dans des affaires de cette nature avec des fraudes significatives (96). Cette procédure a été fort opportunément rétablie par la loi du 21 décembre 2011 (97), mais en la conditionnant à une condamnation pénale préalable du donneur d'ordre pour dissimulation d'emploi salarié, ce qui retarde et réduit sensiblement les effets de ce mécanisme (98).

La mise en cause du donneur d'ordre en matière de recouvrement de cotisations sociales offre un intérêt supplémentaire lorsque les faux travailleurs indépendants sont présentés comme des prestataires établis hors de France.

3. Au plan financier et administratif, le donneur d'ordre encourt les mêmes sanctions que celles applicables dans une affaire de marchandage ou de prêt illicite de personnel.

Lorsque les faux travailleurs indépendants sont des étrangers sans titre de travail, il est redevable en qualité d'employeur de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire dues à l'OFII. Ce mécanisme s'applique également lorsque la fausse sous-traitance intervient dans le cadre d'une prestation de services internationale (99). Le contentieux du recouvrement de ces deux contributions relevant de la juridiction administrative, celle-ci procède à la même analyse que le juge judiciaire, s'agissant de la requalification du donneur d'ordre en employeur.

Par ailleurs, le donneur d'ordre s'expose aux pénalités administratives communes qui s'appliquent aux entreprises qui pratiquent du travail illégal.

La condamnation pénale d'un donneur d'ordre ou d'un maître d'ouvrage pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, entraîne leur exclusion automatique des marchés publics pendant cinq ans (100).

(88) Cass. Crim. n° 97-80236 du 24 février 1998, *Tournaux* ; Cass. Soc. n°s 01-45147 et 01-45148 du 25 octobre 2005, Dr. Ouv. 2006, p. 137, n. A. de Senga ; Cass. Civ. 2 n° 06-20.480 du 20 mars 2008, Dr. Ouv. 2008, p. 528, n. A. Mazières.

(89) Cass. Soc. n° 98-40572 du 19 décembre 2000, *Labanne*, Dr. Ouv. 2001, p. 241, n. A. de Senga.

(90) Cass. Soc. n° 02-42127 du 9 juillet 2003, *SNCF*.

(91) Cass. Soc. n° 04-40749 du 23 nov. 2005, *HCBM*, Dr. Ouv. 2006, p. 138, n. A. de Senga ; Cass. Soc. n° 09-40478 du 15 décembre 2010, *Etap*.

(92) Cass. Soc. n° 01-41896 du 27 mai 2003, *Besson* ; CA Versailles 24 octobre 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 425.

(93) Cass. Civ. 2 n° 08-21817 du 20 mai 2010, *Trois Rois Immobilier* (régime général) ; Cass. Civ. 2 n° 07-15535 du 13 novembre 2008, *MSA des Pyrénées Atlantiques* (régime agricole), Dr. Ouv. 2009, p. 104, n. F. Guiomard ; Cass. Civ. 2 n° 06-20.480 du 20 mars 2008, préc. ; Cass. Civ. 2 n° 03-30741 du 31 mai 2005 (régime général), Dr. Ouv. 2005, p. 487, n. Y. Saint-Jours.

(94) Article L. 244-3 du Code de la Sécurité sociale.

(95) Article 23 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique.

(96) Cass. Civ. 2 n° 10-22868 du 13 octobre 2011, *Babou*.

(97) Article 125 de la loi n° 2011-1966 du 21 décembre 2011 de financement de la Sécurité sociale pour 2012.

(98) Il aurait été plus judicieux de revenir à la rédaction de l'article 2 de la loi du 11 mars 1997, qui en faisait une procédure autonome du pénal.

(99) CAA Nancy n° 04NC00399 du 14 novembre 2005.

(100) Voir note 40.

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, peut se voir refuser, pendant cinq ans, des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle, ainsi que les aides et les subventions publiques à caractère culturel et celles accordées par Pôle Emploi. Les aides et subventions déjà versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal peuvent être remboursées (101).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour dissimulation d'emploi salarié perd le bénéfice des exonérations et réductions de cotisations et contributions sociales applicables au titre des rémunérations versées aux salariés qu'il emploie, pour chacun des mois au cours duquel il est constaté qu'il a recouru à cette fraude en qualité de complice de son sous-traitant, et ce dès l'établissement du procès-verbal (102).

Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour dissimulation d'emploi salarié, voire emploi d'un salarié étranger sans titre de

travail, peut faire l'objet de la fermeture administrative de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction, pendant trois mois, par décision préfectorale.

Il peut également faire l'objet d'une exclusion des contrats publics, pendant trois mois, par décision préfectorale.

La mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage dans le cadre de la lutte contre le travail illégal est une nécessité bien comprise par tous ceux qui sont impliqués dans cette mission et qui disposent, à cet effet, d'outils juridiques efficaces. Cependant, la difficulté majeure rencontrée dans le cadre de ces enquêtes, notamment pour les affaires de fausse-sous-traitance, complexes par nature (103), est le temps qui est nécessaire pour les mener utilement à leur terme. Un travail en partenariat renforcé entre les services de contrôle et les organismes de recouvrement est, sans doute, de nature à faciliter le traitement de tous les aspects de cette délinquance d'intelligence, y compris pour mieux informer les salariés victimes de ces pratiques des droits dont ils disposent.

Hervé Guichaoua

(101) Voir note 41.

(102) Voir note 42.

(103) Certains montages frauduleux peuvent concerner plusieurs centaines de personnes employées en fraude avec la loi.



Dalloz HyperCours – 2012
ISBN 978 2 247 12173 1
704 pages – 34 €

DROIT DU TRAVAIL (7^e ed.)

par Elsa Peskine et Cyril Wolmark

I. SITUER LE DROIT DU TRAVAIL

Ouvertures
Domaine
Sources

II. L'ACCÈS À L'EMPLOI

Le recrutement
Conclusion du contrat
Le contrat à durée déterminée
Les relations triangulaires de travail
Le contrat de travail à temps partiel

III. LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR

Pouvoir disciplinaire
Pouvoir normateur
Pouvoir et contrat
Pouvoir et droits fondamentaux

IV. LE CONTENU DE L'EMPLOI

Le salaire
Le temps de travail

V. LE CONTRAT PRÉSERVÉ

La suspension du contrat de travail
Transferts d'entreprise

VI. L'EMPLOI PERDU

Qualifications de la rupture
Droit commun du licenciement
Les motifs personnels de licenciement
Le licenciement économique

VII. LES SALARIÉS COALISÉS

La grève
Le syndicat

VIII. LES CONVENTIONS COLLECTIVES

Formation et champ d'application
Modification et destruction des conventions collectives
Les conventions collectives parmi les sources du droit du travail

IX. LES DÉLÉGUÉS DES TRAVAILLEURS

Diversité des délégués des travailleurs
Désignation et élection des représentants

X. LA PUISSANCE PUBLIQUE

L'inspection du travail
Le conseil de prud'hommes