

La requalification de la "fausse sous-traitance"

La requalification d'un contrat de sous-traitance en contrat de travail expose l'entrepreneur principal aux sanctions pénales (fortes amendes et peines de prison) visant le travail dissimulé, le prêt illicite de main d'oeuvre, le délit de marchandage voire le recours irrégulier à des étrangers soumis à autorisation de travail. Le maître de l'ouvrage lui-même est susceptible de poursuites comme coauteur. De plus, l'entrepreneur principal risque un rappel de charges sociales sur les règlements effectués au pseudo sous-traitant de même qu'une restitution de la Tva indûment récupérée sur cette "fausse facturation". C'est dire combien s'impose une stricte vigilance.

LA PRESOMPTION DE REGULARITE

Le code du travail (*article D.8221-6-1*) instaure une présomption de travail non salarié si le donneur d'ordre s'acquitte des obligations suivantes, pour tout contrat d'au moins 3 000 euros (montant global de la prestation même si celle-ci fait l'objet de plusieurs paiements ou facturations).

Lors de conclusion du contrat, puis, s'il se poursuit dans le temps, tous les 6 mois jusqu'à la fin de son exécution, l'entrepreneur principal doit obtenir du sous-traitant :

- un document justifiant son immatriculation,
- une attestation de vigilance, délivrée par l'Urssaf ou par le RSI (pour les travailleurs indépendants), qui mentionne le nombre de salariés et le total des rémunérations que le sous-traitant a déclaré lors de sa dernière échéance. Ce document atteste également de son respect des obligations déclaratives et de paiement des charges sociales.

Le donneur d'ordre doit également s'assurer de l'authenticité et de la validité de l'attestation de vigilance de son sous-traitant sur le site internet de l'Urssaf (www.urssaf.fr) ou du RSI (www.rsi.fr/attestations.html), en saisissant le numéro qu'elle porte.

Le donneur d'ordre doit en outre se faire communiquer par le sous-traitant la liste nominative et les titres des étrangers soumis à autorisation de travail, susceptibles d'intervenir sur le chantier.

Enfin, si l'entrepreneur principal intervient dans le cadre d'un marché public, il doit se conformer à ses exigences réglementaires spécifiques concernant la sous-traitance.

L'ensemble de ces éléments est repris par les modèles de déclaration figurant en pages suivantes, selon que l'entrepreneur principal fasse appel à un sous-traitant établi en France ou à l'étranger.

LA DISSIMULATION D'EMPLOI SALARIÉ

La requalification d'un contrat de sous-traitance en travail dissimulé est cependant possible si la prestation sous-traitée s'exerce dans les conditions d'un travail salarié. En effet, nonobstant la régularité des éléments précédents, selon l'article L.8221-6-II du code du travail :

" L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque (les sous-traitants précités) fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. Dans ce cas, la dissimulation d'emploi salarié est établie si le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement par ce moyen à l'accomplissement des obligations incombant à l'employeur mentionnées à l'article L. 8221-5" (absence de déclaration préalable à l'embauche, de bulletin de paye, de déclarations sociales et fiscales).

Le délit de dissimulation d'emploi salarié vise essentiellement le donneur d'ordre qui utilise un travailleur indépendant (artisan travaillant seul, auto entrepreneur).

Est travailleur indépendant, celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat le liant à son donneur d'ordre. Il ne doit exister aucun lien de subordination entre ce travailleur indépendant et le donneur d'ordre qui utilise ses services.

La dissimulation d'emploi salarié est donc constituée s'il est établi que le supposé indépendant, travaille en fait dans les mêmes conditions qu'un salarié ou qu'un intérimaire.

Pour caractériser le délit, les juges apprécient la situation des parties sans s'arrêter aux apparences. Ils recherchent principalement l'existence d'un lien de subordination et

peuvent le démontrer par un faisceau d'indices :

- facturation à l'heure,
- absence d'autonomie du sous-traitant pour fixer le prix et les conditions de travail,
- obligation du sous-traitant de respecter des horaires,
- disponibilité totale du sous-traitant,
- intégration du sous-traitant dans une équipe,
- administration et gestion du sous-traitant par l'entreprise principale,
- dépendance économique en raison de la part de chiffre d'affaires que le sous-traitant réalise pour le compte du donneur d'ordre,
- ...

Ces indices, non limitatifs, sont laissés à l'appréciation du juge. Aucune réglementation ne fixe, par exemple, la part de chiffre d'affaires qu'un indépendant peut réaliser pour un même donneur d'ordre sans être qualifié de "faux salarié".

LE PRÊT ILLICITE DE MAIN D'OEUVRE

Selon l'article L.8241-1 du Code du travail : "*Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite*". Toutefois « *une opération de prêt de main-d'oeuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ».

Ainsi, le commerce de main d'oeuvre à titre lucratif est il prohibé hors du cadre réglementé des sociétés de travail temporaire et des entreprises de travail à temps partagé, régulièrement constituées,

Les deux critères principaux sont :

- le but lucratif de l'opération : prêt de main d'oeuvre donnant lieu à la facturation d'une marge s'ajoutant au coût direct (salaires+charges+remboursement de frais), même s'il s'agit de simples frais de gestion,
- son objectif exclusif. La fourniture de main-d'oeuvre ne doit pas être l'unique objet de la prestation.

Le délit est donc constitué par la mise à disposition et l'utilisation de travailleurs comme s'il s'agissait d'intérimaires alors que leur employeur n'a pas le statut d'une société de travail temporaire.

Nb. Seul le prêt de main d'oeuvre à titre lucratif est interdit. Il reste parfaitement licite à titre non lucratif (art. 8241-2 du code du travail).

Ainsi une entreprise peut-elle utiliser du personnel mis à sa disposition temporairement par une autre. Le prêteur ne peut néanmoins facturer à l'emprunteur que du prix coûtant : salaires, charges et frais de déplacement. Il doit aussi justifier :

- d'une convention signée entre le prêteur et l'emprunteur,
- de l'accord du personnel détaché, formalisé par avenant à son contrat de travail.

LE DÉLIT DE MARCHANDAGE

Le délit de marchandage est défini comme « *toute opération à but lucratif de fournitures de main d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice aux salariés qu'elle concerne ou d'é luder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail* » (art. L.8231-1 du code du Travail).

Comme le prêt illicite de main d'oeuvre, le délit de marchandage, dont il très proche, suppose la mise à disposition de personnel auprès d'un employeur par l'intermédiaire d'un tiers employeur.

Il est également établi par le caractère lucratif du prêt de main d'oeuvre. Il se différencie du délit précédent par le **préjudice subi par le travailleur** concerné ne bénéficiant pas des mêmes avantages que les salariés de l'entreprise utilisatrice. Il ne s'agit pas uniquement d'un moindre salaire, mais aussi d'une privation d'institutions représentatives du personnel, d'un contournement des règles de l'intérim, de celles des CDD, etc...

Celui qui a utilisé de la main d'oeuvre sous le couvert de fausse sous-traitance est considéré comme coauteur du marchandage. C'est ainsi qu'est exposé le donneur d'ordre.

LE RECOURS À DES ÉTRANGERS IRRÉGULIERS

Au délit de dissimulation d'emploi, de délit de marchandage ou de prêt illicite de main d'oeuvre peut s'ajouter l'emploi irrégulier d'étrangers dépourvus de titre de travail (art. L. 8251- 1 du code du travail). Peuvent être sanctionnés, les employeurs mais aussi les bénéficiaires de la fraude, s'ils en ont eu connaissance.

Toutefois, la plupart des ressortissants de l'Union Européenne (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Royaume Uni, Slovaquie, Slovénie, Suède) n'ont pas besoin d'une autorisation sauf les ressortissants Roumains et Bulgares (jusqu'au 31/12/2013) ainsi que les Croates (jusqu'au 30/06/2015). Les autres ressortissants de l'Espace économique Européen (Islande, Lichtenstein, Norvège) et de la Suisse, bénéficient aussi de la liberté de travail.

Pour les autres pays, l'entrepreneur principal doit, pour tout marché d'au moins 3 000 euros, se faire remettre par son sous-traitant la liste nominative des salariés étrangers susceptibles de travailler sur le chantier, avec date d'embauche, nationalité, type et numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail (art. L.8254-1 et art. D.8254-2 du code du travail).

DES SANCTIONS PÉNALES

Pour être condamné, le délit doit être intentionnel.

- En cas de travail dissimulé constaté dans son entreprise ou dans celle d'un de ses sous-traitants, la personne

physique reconnue coupable, risque un emprisonnement de 3 ans et une amende de 45 000 euros, la personne morale une amende de 225 000 euros et le placement sous surveillance judiciaire.

- En cas de prêt illicite de main d'œuvre ou de marchandage, la personne physique risque un emprisonnement de 2 ans et une amende de 30 000 euros et la personne morale une amende de 150 000 euros.

- En cas d'emploi irrégulier d'étrangers, la personne physique risque 5 ans de prison et 15 000 euros d'amende par étranger. Ces peines sont portées à 10 ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende, lorsque l'infraction est commise en bande organisée. La personne morale encourt une amende de 75 000 euros.

DES SANCTIONS CIVILES

La nature des sanctions varie selon le délit commis.

Travail dissimulé

L'entrepreneur principal passible de la requalification d'une prestation de sous-traitance en travail dissimulé ou ayant manqué à ses obligations de vérification, encourt :

- un rappel des cotisations sociales majorées de 25%,
- une annulation rétroactive des réductions et exonérations de cotisations appliquées (contrats aidés, réduction Fillon,...),
- une responsabilité et solidarité financière comme donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues aux salariés, aux services fiscaux et aux organismes de Sécurité sociale.

Ces sanctions s'appliquent aux 5 années civiles qui précèdent la constatation de l'infraction et à l'année en cours.

Autres risques encourus :

- la saisine du tribunal des Prud'hommes par un travailleur indépendant requalifié en "faux salarié" (jusqu'à 6 mois de salaire en dommages et intérêts),
- une restitution de TVA, indûment récupérée sur les factures d'un "faux sous-traitant". En effet l'article 256 A du code général des impôts précise que :
"Ne sont pas considérés comme agissant de manière indépendante :
- les salariés et les autres personnes qui sont liés par un contrat de travail ou par tout autre rapport juridique créant des liens de subordination en ce qui concerne les conditions de travail, les modalités de rémunération et la responsabilité des employeurs".

Délit de marchandage

L'entreprise principale s'expose au paiement des salaires, congés payés, cotisations sociales des salariés du sous-traitant (art. L.8232-2 du code du travail). Une action directe des salariés, de la Caisse de congés payés et de l'Urssaf contre l'entreprise peut être intentée (art. L.8232-3 du code du travail).

Recours à des salariés étrangers en situation irrégulière.

Le contrevenant s'expose au paiement d'une contribution spéciale de 17 150 euros à 85 750 euros en

cas de récidive, et à une contribution forfaitaire de réacheminement du salarié variant selon le pays d'origine (art. L.8253-1 du code du travail et L.626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Pénalités dans les marchés publics

L'article 93 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a modifié l'article L.8222-6 du code du travail. Tout contrat écrit, passé par une personne morale de droit public, doit prévoir une pénalité applicable au cocontractant coupable de travail dissimulé. Elle peut atteindre 10% du montant du marché dans la limite des amendes par ailleurs encourues).

DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Aux sanctions pénales et civiles, peuvent s'ajouter des sanctions civiles :

- interdiction d'exercer, directement ou par personne interposée, jusqu'à 5 ans,
- fermeture de l'établissement concerné, jusqu'à 3 mois sur simple transmission du procès verbal au préfet,
- exclusion des marchés publics jusqu'à 5 ans,
- remboursement des aides publiques octroyées au cours des 12 mois précédant l'établissement du PV.
- refus des aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle (pour une durée maximale de 5 ans) aux personnes physiques et morales ayant été verbalisées pour une infraction de travail dissimulé.

DES PEINES COMPLEMENTAIRES

Ces sanctions peuvent être assorties de peines complémentaires :

- l'affichage ou la diffusion du jugement dans la presse aux frais de la personne condamnée.
- la confiscation des outils, stocks et machines,
- l'interdiction d'exercer une fonction publique.

QUI CONTRÔLE?

Sont habilités à contrôler : la Police, la Gendarmerie, les Douanes, l'Inspection du Travail, l'Urssaf, la MSA, la Direction Générale des Impôts (art.L.8271-1-2 du code du travail).

FAIRE CESSER UN TRAVAIL IRRÉGULIER

A l'obligation de vigilance du donneur d'ordre (art L. 8222-1 du code du travail) s'ajoute une obligation de diligence (art L. 8222-5 du code du travail).

Le donneur d'ordre, informé de l'intervention d'un sous-traitant en situation irrégulière, doit enjoindre aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation, en lui adressant une mise en demeure du modèle suivant.

(suite page 10)

SOUS-TRAITANT ETABLI EN FRANCE JUSTIFICATIF DE REGULARITE

Cette attestation et les documents qui l'accompagnent doivent être fournis à la conclusion du contrat de sous-traitance et renouvelés tous les six mois si son exécution se prolonge.

Je soussigné (nom, prénom) :

Agissant en qualité de représentant légal de l'entreprise (raison sociale, adresse du siège social, numéro Siret) :

1 - Justifie de la licéité de mon entreprise,

selon les articles L.8222-1 et D.8222-5 du code du travail, en annexe, par (cocher) :

• l'un des documents suivants :

- une copie de l'extrait d'inscription au registre du commerce et des sociétés (K ou K bis),
- ou une copie de la carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers,
- ou un récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises (si la personne physique ou morale est en cours d'inscription),

et

- une attestation de déclarations sociales et de paiement émanant de l'URSSAF (ou du RSI) et datant de moins de 6 mois (dite attestation de vigilance).

2 - Atteste sur l'honneur,

a - en toute hypothèse (article D.8254-2 du code du travail) :

- ne pas avoir l'intention de faire appel, pour l'exécution du contrat, à des salariés de nationalité étrangère (cocher si nécessaire),
- avoir l'intention de faire appel, pour l'exécution du contrat, à des salariés de nationalité étrangère (cocher si nécessaire).

Dans ce cas, je certifie que ces salariés sont autorisés à exercer une activité professionnelle en France. S'ils sont soumis à une autorisation de travail, je joins la liste nominative des salariés étrangers concernés, indiquant pour chacun sa date d'embauche, sa nationalité ainsi que le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail (art D.8254- 2, D.8254-4, D.8254-5, D.8254-6 du code du Travail).

b - si le marché principal est conclu avec un maître de l'ouvrage public ou assimilé (articles 43, 44, 46 du code des marchés publics) :

- avoir satisfait à l'ensemble de mes obligations fiscales et sociales de déclaration et de paiement telles qu'elles résultent du code des marchés publics;
- ne pas faire l'objet d'une interdiction de concourir aux marchés publics sur le fondement des articles 131-10 ou 131-39 du code pénal,
- n'avoir pas fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L.8221-1, L.8221-3, L.8221-5, L.8231-1, L.8241-1, L.8251-1 et L.8251.2 du code du Travail;
- pour les contrats administratifs, ne pas faire l'objet d'une mesure d'exclusion ordonnée par le préfet, en application des articles L. 8272-4, R. 8272-10 et R. 8272-11 du code du travail (pour travail illégal);
- être en règle au cours de l'année précédant celle du lancement de la consultation, au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;
- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du code pénal, à l'article 1741 du code général des impôts et aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et à l'article L.317.8 du code de sécurité intérieure, ou pour une infraction de même nature dans un autre Etat de l'Union européenne;
- ne pas être en liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire ou à une procédure équivalente régie par le droit étranger, en cas de redressement judiciaire, être habilité à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ou de l'accord cadre.

Fait à

le

(Signature et cachet)

SOUS-TRAITANT ETABLI A L'ETRANGER JUSTIFICATIF DE REGULARITE

Cette attestation et les documents qui l'accompagnent doivent être fournis à la conclusion du contrat de sous-traitance et renouvelés tous les six mois si son exécution se prolonge. Leur rédaction doit être en français ou accompagnée d'une traduction française.

Je soussigné (nom, prénom) :

Agissant en qualité de représentant légal de l'entreprise (raison sociale, adresse du siège social, numéro Siret):

1 - Justifie de la licéité de mon entreprise (selon les articles L.8222-7 et D.8222-5 du code du travail) en annexe, par (cocher) :

Un document émanant des autorités tenant le registre professionnel du pays d'origine de la société que je représente ou par un document équivalent certifiant son inscription (ou pour les entreprises en cours de création, un document de moins de 6 mois certifiant la demande d'immatriculation),

Un document mentionnant son numéro de TVA intracommunautaire (pour les ressortissants de l'Union Européenne). En l'absence de ce numéro, un document précisant l'identité et l'adresse du représentant de ma société auprès de l'administration fiscale française (si le sous-traitant n'est pas ressortissant de l'Union Européenne).

Un document attestant de la régularité de sa situation sociale concernant le rattachement de ses salariés à un régime de protection sociale :

- soit les certificats de détachement de ses salariés attestant de leur maintien au régime de leur pays d'origine (formulaire A1 pour les Etats de l'EEE)
- soit une attestation de déclarations sociale et de paiement émanant de l'organisme gérant le régime obligatoire du pays concerné et datant de moins de six mois,
- soit une attestation de fourniture de déclarations sociales et de paiement émanant de l'URSSAF (ou du RSI) datant de moins de 6 mois,

2 - Atteste sur l'honneur (selon l'article D.8254-2 du code du travail),

ne pas avoir l'intention de faire appel, pour l'exécution du contrat, à des salariés de nationalité autre que française (cocher si nécessaire).

avoir l'intention de faire appel, pour l'exécution du contrat, à des salariés de nationalité étrangère. (cocher si nécessaire).

Je certifie que ces salariés sont autorisés à exercer une activité professionnelle en France. S'ils sont soumis à une autorisation de travail, je joins la liste nominative des salariés étrangers concernés, indiquant pour chacun sa date d'embauche, sa nationalité ainsi que le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail (art D.8254-2, D.8254-4, D.8254-5, D.8254-6 du code du Travail).

- si le marché principal est conclu avec un maître de l'ouvrage public ou assimilé :

- que la société que je représente a satisfait à l'ensemble de ses obligations fiscales et sociales de déclaration et de paiement telles qu'elle résultent du code des marchés publics ou règles d'effet équivalent dans son pays d'origine,

- que la société que je représente n'a pas fait l'objet d'une interdiction de concourir aux marchés publics telle qu'elle résulte du code des marchés publics ou règles d'effet équivalent dans son pays d'origine,

- n'avoir pas fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L.8221-1, L.8221-3, L.8221-5, L.8231-1, L.8241-1, L.8251-1 et L.8251.2 du code du Travail,

ou des infractions de même nature dans mon pays d'origine ;

- pour les contrats administratifs, ne pas faire l'objet d'une mesure d'exclusion ordonnée par le préfet, en application des articles L. 8272-4, R. 8272-10 et R. 8272-11 du code du travail (pour travail illégal);

- être en règle au cours de l'année précédant celle du lancement de la consultation, au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du code pénal, à l'article 1741 du code général des impôts et aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense, ou pour une infraction de même nature dans un autre Etat de l'Union européenne;

- ne pas être en liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire ou à une procédure équivalente régie par le droit étranger, en cas de redressement judiciaire, être habilité à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ou de l'accord cadre.

Fait à _____ le _____
(Signature et cachet)

LR/AR

A (...) le (...)

M (...),

Nous sommes informés d'une situation de travail irrégulier vous concernant sur le chantier (...) pour lequel nous vous avons sous-traité des prestations.

Ainsi qu'en dispose l'article L.8222-5 du code du travail, nous vous enjoignons de cesser immédiatement cette situation.

V (...),

travailleur à la législation de l'État d'occupation habituelle),
- soit par une immatriculation temporaire à la Sécurité sociale française.

Si les conditions du détachement ne sont pas réunies, les salariés qui ont travaillé illégalement sur le sol français seront considérés comme non déclarés avec toutes les conséquences pénales et civiles que cette situation entraînera pour leur employeur et le donneur d'ordre.

L'employeur étranger, doit respecter les principales dispositions sociales françaises en matière de rémunération : salaire minimum, durée du temps de travail, repos, congés et conditions de travail (hygiène, sécurité, emploi des mineurs...), ainsi que la convention collective applicable dans le domaine. Les régimes de chômage intempéries et des caisses de congés payés sont applicables au btp.

Il doit délivrer un bulletin de salaire pour une prestation de service supérieure à 1 mois, ou un document équivalent, pour une prestation inférieure à 1 mois. Il doit également effectuer une déclaration préalable d'intervention auprès de l'inspection du travail du lieu où s'effectue la prestation.

L'obligation de vigilance du donneur d'ordre

Comme pour un cocontractant français, le bénéficiaire de la prestation doit remplir son obligation de vigilance et procéder aux vérifications prévues par le code du travail en matière de cocontractants. Son sous-traitant étranger doit notamment attester être à jour du paiement de ses cotisations auprès de l'organisme dont il relève.

Les sociétés d'intérim étrangères

« La mise à disposition de salariés intérimaires par une entreprise de travail temporaire établie hors de France auprès d'une entreprise utilisatrice en France est un des quatre cas de détachement définis par le code du travail (art. L. 1262-2). À ce titre, le code du travail prévoit l'obligation pour les entreprises de travail temporaire établies hors de France d'être régulièrement immatriculées en tant que telles dans leur pays d'établissement et d'y exercer une activité significative. Elles doivent en outre justifier d'une garantie financière, afin d'assurer le paiement aux salariés détachés de l'intégralité des salaires dus pendant leur période de détachement.

Les entreprises de travail temporaire établies hors de France sont également tenues de respecter à l'égard des salariés détachés en France l'ensemble des règles du code du travail relatives au travail temporaire. Ainsi s'appliquent notamment les règles françaises relatives à la durée des missions, aux cas de recours à l'intérim, à l'élaboration du contrat de mise à disposition et du contrat de mission, et aux droits individuels des salariés en matière de conditions de travail (durée du travail, travail de nuit, repos hebdomadaire, jours fériés, sécurité et hygiène sur les lieux de travail) et de rémunération (les salariés mis à disposition doivent ainsi percevoir une rémunération au moins égale à celle que percevrait, après période d'essai, un salarié de l'entreprise utilisatrice de qualification équivalente et occupant le même poste de travail).

LES ENTREPRISES ETRANGERES

Le détachement

La législation de Sécurité sociale applicable est celle du territoire sur lequel s'exerce l'activité professionnelle. C'est le principe de territorialité. Ce principe s'applique quels que soient :

- la nationalité du travailleur et son lieu de résidence,
- la nationalité de l'employeur et le lieu où il est implanté.

Des conventions internationales peuvent déroger à ce principe par le biais du détachement. Le travailleur conserve alors protection sociale d'origine tout en travaillant dans un autre pays durant un temps déterminé. Les conditions du détachement opéré à partir d'États membres de l'Union Européenne supposent que le salarié détaché :

- conserve un lien organique avec l'entreprise qui le détache,
 - ne remplace une autre personne parvenue au terme de son détachement,
 - réside dans l'un des états visés par le Règlement Communautaire,
- L'entreprise étrangère doit exercer une activité économique substantielle et employer habituellement du personnel dans son pays d'origine. La durée prévisible du détachement ne doit pas excéder pas 24 mois (sauf dérogation).

Les obligations

Une entreprise étrangère, de l'union européenne ou non, qui intervient temporairement en France au titre d'une prestation de service, est tenue de respecter des obligations particulières prévues par la loi française.

- Désigner un représentant fiscal en France
 - si la prestation est soumise à la TVA,
 - si l'entreprise est établie en dehors de l'Union européenne.
- Justifier d'une couverture sociale pour son personnel
 - soit par la présentation d'un formulaire de détachement A1 dûment complété et signé (anciennement E 101) s'il existe des accords entre la France et le pays d'origine (le certificat de détachement atteste du maintien du

Concernant les formalités à accomplir, les entreprises de travail temporaire établies hors de France doivent transmettre une déclaration préalable à l'inspection du travail du lieu d'exécution de la mission du salarié détaché. Par ailleurs, le code du travail (art. D. 8222-7) prévoit l'obligation pour l'entreprise utilisatrice, en sa qualité de donneur d'ordre en France, de se faire remettre par l'entreprise étrangère un certain nombre de documents préalablement à la conclusion du contrat de mise à disposition (dès lors qu'il porte sur un montant au moins égal à 3000 euros). La responsabilité solidaire de l'entreprise utilisatrice pourra être engagée s'il est prouvé qu'elle n'a pas accompli ces formalités et qu'un procès verbal pour travail dissimulé est relevé à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire étrangère (art. L. 8222-2 du code du travail). En matière de sécurité sociale, le règlement communautaire 883/2004 permet, sous certaines conditions, de limiter les changements de législation applicable pour de courtes périodes de détachement, en prévoyant le maintien de la législation de l'État d'envoi. Ainsi, en application de ce règlement, les entreprises de travail temporaires établies hors de France peuvent légalement rester affiliées dans leur État d'établissement et y verser des cotisations sociales pendant la période de mise à disposition de leurs salariés auprès d'entreprises françaises.»

Ministre du travail, JO An du 01/11/2011, page : 11653.

L'AGREMENT DU SOUS-TRAITANT

Le respect du code du travail ne dispense pas de l'observation de la loi sur la sous-traitance qui constitue elle-même un indice de présomption de régularité.

La faculté de sous-traiter est soumise à l'obligation pour l'entrepreneur principal de faire accepter le sous-traitant par le maître de l'ouvrage et de faire agréer ses conditions de paiement (loi n°75-1334 du 31 décembre 1975, article 3). L'absence de déclaration d'un sous-traitant, quelque soit son rang, au maître de l'ouvrage est passible d'une amende de 7500 euros (article L.8271-1-1 du code du travail).

Pratiquement, il doit déclarer nominativement chaque sous-traitant, préciser ses conditions de paiement (prix, délais de règlement, révisions de prix éventuelles, ...) au maître de l'ouvrage et recueillir en cela son accord. Cette formalité peut intervenir à tout moment mais avant le début des travaux et en tenant compte du délai de remise d'un PPSPS lorsqu'il est requis. Dans les marchés publics et assimilés, l'article 5 de la loi fait cependant obligation au candidat qui envisage de sous-traiter, de déclarer nominativement ses sous-traitants dès la soumission (formulaire DC2).

Aucune sous-traitance n'est possible si elle ne satisfait pas aux obligations précitées. De plus, la sous-traitance occulte expose chaque partie à des risques importants.

L'entrepreneur principal qui a manqué à ses obligations reste lié au sous-traitant mais ne peut lui opposer le contrat (Loi N° 75-1334 du 31/12/75. Art 3).

Le maître de l'ouvrage public, ou professionnel privé, qui a connaissance de la présence sur le chantier d'un

sous-traitant non agréé, ou dépourvu de garantie de paiement, doit faire en sorte que l'entrepreneur principal régularise cette situation (Loi N° 75-1334 du 31/12/75. Art 14.1). A défaut, il serait conduit à réparer le préjudice subi de ce fait par le sous-traitant.

Le sous-traitant, enfin, perd de fait sa garantie de paiement en restant occulte. Si la preuve de son agrément ne lui est pas fournie par l'entrepreneur principal, il doit impérativement signaler sa présence au maître de l'ouvrage (LR/AR). Cette précaution, trop ignorée, est fondamentale. En tout état de cause, il lui appartient de démontrer qu'il était connu du maître de l'ouvrage.

Dans les marchés publics

Dans les marchés publics, acceptation, agrément et, par ailleurs, mise en place du paiement direct, sont généralement demandés par l'entrepreneur principal au moyen d'un seul formulaire réglementaire (DC 4). (Télécharger à partir du site internet du SNSO : www.second-oeuvre.com, rubrique sous-traitance)

Un sous-traitant ne peut pas intervenir sur un chantier s'il n'est pas préalablement agréé par le maître de l'ouvrage et si, étant soumis à un Ppsps, il n'a pas adressé ce document au coordinateur SPS (Ccag-travaux. art.3.6).

Lorsque le sous-traitant est désigné dans l'offre, la notification du marché au titulaire emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement. Dans l'autre cas, le silence du maître de l'ouvrage, gardé pendant vingt et un jours, vaut accord (Art. 114 du Code des Marchés Publics).

Le maître de l'ouvrage peut demander des renseignements relatifs aux capacités professionnelles et financières du sous-traitant ainsi que ses attestations de régularité (Art. 114 du Code des Marchés Publics).

Le Ccag-travaux prévoit que le pouvoir adjudicateur notifie au titulaire et à chacun des sous-traitants, l'exemplaire de l'acte spécial leur revenant (Ccag-travaux. art.3.6.1.2).

Sous-traitance indirecte

L'actuel Ccag-travaux instaure un contrôle plus strict de la sous-traitance indirecte (le sous-traitant d'un autre sous-traitant). Les demandes d'agrément doivent remonter par ordre hiérarchique, via le titulaire. Elles doivent être assorties d'une justification de la garantie de paiement du sous-traitant indirect (soit délégation de paiement par le maître de l'ouvrage, soit caution fournie par son entrepreneur principal). L'intervention du sous-traitant indirect ne peut pas s'effectuer, soit avant la mise en place de la délégation, soit avant que le pouvoir adjudicateur ait accusé réception au titulaire d'une copie de la caution (Ccag-travaux. art.3.6.2).

Dans les marchés privés

La forme de l'agrément est libre. Nous vous conseillons cependant l'utilisation du modèle suivant.

ACCEPTATION D'UN SOUS-TRAITANT
ET AGREMENT
DE SES CONDITIONS DE PAIEMENT

1. DECLARATION DE SOUS-TRAITANCE

• MARCHE

- maître de l'ouvrage (nom ou raison sociale, adresse, n° SIRET) :
- titulaire (nom ou raison sociale, adresse, n° SIRET) :
- objet :

• PRESTATIONS SOUS-TRAITEES

- nature :
- montant TVA comprise :

• SOUS-TRAITANT

(nom ou raison sociale, adresse, n° SIRET) :

• CONDITIONS DE PAIEMENT

a) Si délégation de paiement :

- modalités de calcul et de versement des avances et acomptes :
- date (ou mois) d'établissement des prix :
- modalités de révision des prix :
- stipulations relatives aux délais, pénalités, primes, réfections et retenues diverses :

b) Si règlement par l'entreprise principale :

- modalités de calcul de versement des avances et acomptes :
- date (ou mois) d'établissement des prix :
- modalités de révision des prix :
- stipulations relatives aux délais, pénalités, primes, réfections et retenues diverses :
- mode de paiement :
- délai de paiement :

L'entreprise principale s'engage à

fournir au sous-traitant une caution bancaire en garantie de paiement. Elle en justifiera au maître de l'ouvrage. En cas d'impossibilité d'obtention auprès de son établissement financier, l'entrepreneur principal demandera au maître de l'ouvrage la mise en place de la délégation de paiement

Fait à ... le ...

(signature de l'entrepreneur principal)

2 - DECISION DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Connaissance prise des renseignements ci-dessus mentionnés, je, soussigné... agissant en qualité de maître de l'ouvrage, accepte le sous-traitant présenté et agréé ses conditions de paiement.

Fait à ... le ...

(signature du maître de l'ouvrage)

Les bonnes pratiques

• **Obtenir les documents et déclarations obligatoires**

Les éléments figurant en pages précédentes doivent être fournis à la conclusion du contrat de sous-traitance et renouvelés tous les six mois si son exécution se prolonge.

En cas de recours à un sous-traitant étranger, la rédaction des documents doit être effectuée en français ou accompagnée d'une traduction française effectuée par un traducteur assermenté.

• **Veiller particulièrement à la déclaration relative aux étrangers soumis à autorisation de travail**

• **Vérifier l'authenticité et la validité de l'attestation "de vigilance"**

sur : www.urssaf.fr

ou pour les indépendants sur : www.rsi.fr/attestations.htm

• **Etablir un contrat de sous-traitance**

Bien que la qualification donnée à la relation n'en détermine pas la nature nous vous recommandons :

- d'appeler "contrat de sous-traitance" la commande par laquelle vous confiez la réalisation de travaux,
- d'utiliser le contrat type professionnel (contrat de sous-traitance du Btp) et ses conditions particulières types.

• **S'assurer que le sous-traitant dispose de capacités professionnelles suffisantes**

On comparera notamment l'effectif porté sur l'attestation de vigilance avec celui nécessaire à la réalisation des travaux.

• **Traiter à forfait**

Le forfait caractérise l'autonomie d'exécution propre au contrat d'entreprise. Une facturation à l'heure préjuge en revanche du lien de subordination propre au contrat de travail.

• **S'assurer que le prix du sous-traitant couvre équitablement ses coûts**

• **Respecter l'autonomie d'exécution du sous-traitant**

L'entrepreneur principal veillera à ne pas intégrer le sous-traitant dans ses équipes et à ne pas lui faire porter la tenue de son entreprise.

• **Exiger du sous-traitant qu'il ne sous-traitte pas à son tour sans l'accord préalable de l'entrepreneur principal**

De plus, un sous-traitant indirect ne peut intervenir sans accord préalable du maître de l'ouvrage.

• **Faire établir un Ppsps par le sous-traitant si le chantier comporte un Pgc**

• **Demander au sous-traitant d'avoir au moins son petit outillage, voire ses petites fournitures**

• **Demander au sous-traitant l'identification des salariés employés sur le chantier**

Carte BTP délivrée par les Caisses de Congés Payés ou badge.

• **N'utiliser les services d'un indépendant qu'occasionnellement**

Vérifier par la chronologie de ses numéros de facture qu'il vous établit.

• **Ne pas fermer les yeux devant des indices de travail irrégulier**

• **Enjoindre le sous-traitant de faire cesser une situation de travail irrégulier (LR/AR) dès que vous en êtes informé**

• **Ne pas laisser intervenir un sous-traitant avant son agrément par le maître de l'ouvrage**

• **Respecter les dispositions de la loi de 1975 sur la sous-traitance**

• **Respecter le préambule déontologique du contrat type de sous-traitance du btp**