

Fiche 14 (en cours de mise à jour)

LE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE OU A LA PRESTATION DE SERVICES PRÊT ILLICITE DE MAIN D'ŒUVRE/MARCHANDAGE FAUX TRAVAIL INDEPENDANT

Une opération de sous-traitance ou de prestation de services se caractérise comme étant l'exécution autonome, avec des moyens et une technicité propres, d'un travail précisément défini par un contrat d'entreprise, un contrat commercial ou un contrat de prestation de services, et comportant une obligation de résultat. La sous-traitance concerne donc au moins 2 opérateurs : un donneur d'ordre et un sous-traitant (ou cocontractant).

L'encadrement des salariés, l'organisation du travail ainsi que les directives données à ceux-ci, les conditions de travail, la fourniture du matériel et des matériaux, sont assurés par l'entreprise sous-traitante. Le donneur d'ordre ne peut donc intervenir directement auprès des salariés du sous-traitant qui doivent rester sous la subordination juridique de ce dernier.

1. Recours à la sous-traitance

Pour être licite un contrat de sous traitance ou de prestation de services doit observer les caractéristiques suivantes :

- Le contrat porte sur une tâche à accomplir, définie avec précision, et non sur une simple location ou fourniture de main-d'oeuvre ;
- Le personnel mis à disposition dans l'entreprise de spectacles conserve, pendant l'exécution de la mission, une totale autonomie par rapport aux salariés de l'entreprise de spectacles : cette autonomie se concrétise au niveau de l'encadrement, qui doit être assuré par un salarié du prestataire doté des pouvoirs correspondants, et par certaines conditions de travail telles que les horaires de travail notamment ;
- La rémunération prévue au contrat est fixée forfaitairement en fonction du résultat et non du nombre d'heures de travail effectuées ou du nombre de salariés mis à disposition ;
- Le sous-traitant ou le cocontractant prestataire fournit au personnel détaché les moyens matériels nécessaires à l'exécution de la tâche ;
- L'activité sous-traitée implique une spécialisation ou un savoir faire que ne possèdent pas les salariés de l'entreprise de spectacles donneur d'ordre ;
- Le contrat comporte des clauses contraignantes pour le sous-traitant comme une obligation de résultat.

2. Prêt illicite de main-d'œuvre

Les opérations de prêt de main-d'œuvre à but lucratif sont interdites, à l'exception de certaines situations de mise à disposition de salariés très encadrées par la réglementation et réalisées par :

- les entreprises de travail temporaire,
- les agences de mannequins,
- les agents artistiques,
- les associations ou les sociétés sportives,
- les entreprises de travail à temps partagé,
- les entreprises de portage salarial.

Ainsi, les entreprises de travail temporaire doivent être titulaires d'une garantie financière, effectuer des formalités déclaratives spécifiques.

Lorsque ces structures agissent en dehors de leur objet statutaire des poursuites pénales peuvent être engagées pour des infractions de prêt illicite de main d'œuvre, marchandage ou encore exercice illégal de l'activité de travail temporaire.

Constitution de l'infraction

L'opération de prêt de salariés entre l'employeur qui prête son personnel et l'utilisateur constitue le délit de prêt illicite de main d'œuvre, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- l'objet de la prestation se limite à la mise à disposition de travailleurs placés sous le contrôle d'une autre entreprise, sans tâche spécifique particulièrement définie ou sans savoir faire spécifique,
- la mise à disposition de personnel est exclusive de toute autre prestation,

- la rémunération de la prestation n'est ni forfaitaire ni librement négociée,
- l'opération a un but lucratif résultant de la recherche d'un profit ou d'un gain par le prêteur de la main d'œuvre.

Depuis la loi du 28 juillet 2011, l'absence de but lucratif dans une opération de mise à disposition est caractérisé par le fait que l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, 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. Par ailleurs, l'article L. 8241-2 du code du travail est modifié pour préciser les conditions du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif.

Sanctions pénales : article L. 8243-1 CT

Deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (personne physique) et/ou 150 000 € (personne morale)

3. Marchandage

Les éléments constitutifs du marchandage sont :

- l'existence d'une opération de fourniture de main d'œuvre à but lucratif,
- causant un préjudice au salarié fourni,
- ou éludant l'application de la loi, du règlement ou de la convention collective.

La fourniture de main-d'œuvre effectuée à l'aide de faux statuts (faux bénévoles, faux stagiaires, faux travailleurs indépendants) auxquels ont recours des employeurs pour échapper ou tenter d'échapper aux contraintes de la législation du travail et de la sécurité sociale caractérise précisément le marchandage (Cass. crim., 10 décembre 1996, ROUSSET – 13 décembre 2005, Sté MPDC)

Sanctions pénales : L. 8234-1 CT

Délit prévu par l'article L. 8231-1 du code du travail et qui peut être relevé à l'encontre du fournisseur de main d'œuvre et de l'entreprise utilisatrice et puni de 2 ans d'emprisonnement et/ou amende de 30 000 € pour la personne physique et 150 000 € pour la personne morale.

L'entreprise utilisatrice peut, en outre, être poursuivie pour travail dissimulé dans la mesure où, en cas de transfert total du lien de subordination des salariés prêtés, elle aurait dû les déclarer elle-même. Infraction punie de 3 ans d'emprisonnement et/ou 45 000 € d'amende pour la personne physique et 225 000 € d'amende pour la personne morale).

4. Le faux travail indépendant

Le faux travail indépendant se définit comme une relation entre un employeur et un salarié qui est dissimulé sous l'apparence d'une fiction juridique de « sous-traitance de travaux » ou de « prestation de services ». L'employeur se présente comme un donneur d'ordre qui a recours aux services de travailleurs indépendants. Cette fiction juridique permet au donneur d'ordre d'échapper aux obligations liées au statut d'employeur (réglementation du travail en général), de bénéficier d'une souplesse maximum dans la gestion du personnel (embauche, licenciement, horaires, congés...), d'acquiescer des facilités de trésorerie en échappant au versement des charges sociales, voire en fraudant sur la TVA facturée et de proposer des prix à des montants plus bas car il n'a pas à supporter les charges sociales, ni le respect du SMIC ou du salaire minimum conventionnel. De plus, le donneur d'ordre emploie le faux travailleur indépendant dans les mêmes conditions qu'un salarié (pas d'autonomie dans l'organisation du travail, horaires de travail fixés par le donneur d'ordre, intégration dans le personnel salarié de l'employeur, dépendance économique, etc.) mais sans en avoir le statut et les droits, dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de l'employeur.

Cette fraude repose sur le fait que les prétendus travailleurs indépendants sont immatriculés et déclarés en tant que tels auprès des registres professionnels, de l'administration fiscale et des organismes de protection sociale.

Sanctions pénales : article L. 8224-1 CT

En présence de cette fraude, les tribunaux requalifient les relations contractuelles et estiment que le donneur d'ordre doit être considéré comme l'employeur de ces faux travailleurs indépendants avec toutes les conséquences qui en découlent.

Au plan pénal, le donneur d'ordre est poursuivi pour travail dissimulé car il est en réalité et de droit l'employeur et n'a pas déclaré ses salariés. Infraction punie de 3 ans d'emprisonnement et / ou 45 000 € d'amende pour la personne physique et 225 000 € d'amende pour la personne morale).

Sanctions administratives pour marchandage, prêt illicite de main d'oeuvre et recours à du faux travail indépendant :

- exclusion des marchés publics,
- refus et remboursement des aides à l'emploi et à la formation professionnelle.
- refus et remboursement des subventions et des aides à caractère public versées par le ministère chargé de la culture, les DRAC et le CNC.
- fermeture administrative

Ces sanctions peuvent être cumulées. Elles peuvent également se cumuler avec les sanctions pénales.

Portage salarial dans le spectacle vivant (cf fiche 5 D)

Le recours au portage salarial dans le secteur du spectacle comporte des risques en vertu de la présomption de salariat. L'absence de renversement de la présomption de salariat entraîne pour l'employeur de salarier l'artiste et de procéder aux déclarations sociales sous peine de se rendre passible du délit de dissimulation d'emploi salarié.

Voir aussi :

- plaquette « travail illégal et spectacle vivant et enregistré »

à télécharger au lien

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Theatre-spectacles/Actualites/Guide-des-obligations-sociales-du-spectacle-vivant-et-enregistre>