

Obligations de vigilance en matière de sous-traitance : un risque pénal à ne pas négliger

14/11/2019



Chaque mois, Avosial publie une chronique pour actuEL-RH. Ce mois-ci, Emmanuel Daoud et Guillaume Martine, avocats au sein du cabinet Vigo, appellent les entreprises à la prudence dans leurs relations

contractuelles avec leurs sous-traitants. Les juges ont en effet tendance à apprécier largement la responsabilité des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé.

En avril 2019, la direction générale du travail annonçait comme l'une de ses grandes priorités la lutte contre les fraudes au détachement et le travail illégal, avec près de 50 000 contrôles ciblés prévus sur l'année. Cette intensification oblige le donneur d'ordre contractant avec des sous-traitants susceptibles d'effectuer du travail dissimulé à se montrer d'autant plus rigoureux dans l'accomplissement de ses obligations de vigilance.

L'article L. 8222-1 du code du travail impose à la personne qui a recours à un sous-traitant de s'assurer que ce dernier respecte bien ses obligations déclaratives. Pour ce faire, il doit exiger la remise d'attestations et documents émanant des divers organismes au moment de la conclusion du contrat, puis tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat. L'article D. 8222-5 du code du travail établit la liste de ces documents. Il s'agit principalement de l'inscription au registre du commerce et des sociétés et d'une attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions à la sécurité sociale.

Il convient de souligner que cette obligation de vigilance ne s'applique qu'à la relation contractuelle directe : le donneur d'ordre n'est pas tenu de solliciter ces documents auprès des sous-contractants de son sous-contractant.

La solidarité financière, sanction initiale du non-respect des obligations de vigilance

La sanction du non-respect de ces obligations de vigilance est connue : le donneur d'ordre qui n'a pas procédé à ces vérifications auprès de son cocontractant qui a fait l'objet de poursuites pour travail dissimulé est tenu solidairement avec ce dernier quant au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires, ainsi que des pénalités et majorations dues au Trésor public et aux organismes sociaux (*article L. 8222-2 du code du travail*). Le législateur a ainsi instauré une sanction de nature financière à l'encontre du donneur d'ordre négligeant, mécanisme

doublement dissuasif : d'une part, le montant d'une telle régularisation peut s'élever à des niveaux très importants, et d'autre part, cette sanction présente un caractère systématique, la démonstration d'une intention frauduleuse n'étant pas nécessaire.

Le non-respect des obligations de vigilance, élément moral de l'infraction de recours au travail dissimulé

Cependant, les tribunaux ont progressivement admis que le non-respect par le donneur d'ordre de son obligation de vérification pouvait également caractériser l'infraction pénale de recours à du travail dissimulé, soit comme un indice s'ajoutant à d'autres, soit comme un indice suffisant en soi.

Dans un arrêt rendu le 10 janvier 2017, la Cour de cassation a d'ailleurs très clairement affirmé que "commet sciemment le délit de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé celui qui ne vérifie pas, alors qu'il y est tenu par l'article L. 8222-1 du code du travail, la régularité, au regard des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 dudit code, de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services".

Aux conséquences financières s'ajoutent ainsi désormais des conséquences pénales pour le donneur d'ordre qui aurait été négligeant dans la collecte des documents démontrant que son cocontractant se conforme à ses obligations. Une telle évolution, particulièrement contestable dans la mesure où elle tend à ramener l'élément intentionnel de l'infraction de recours ("sciemment") au travail dissimulé au niveau d'une simple négligence, témoigne de la volonté d'intensifier la lutte contre le travail dissimulé.

Le donneur d'ordre, acteur de la lutte contre le travail dissimulé


Cela doit amener le donneur d'ordre à une plus grande prudence encore, non seulement au moment de contracter, mais également tout au long de la relation contractuelle. La Cour de cassation a depuis longtemps précisé qu'il ne suffisait pas de seulement solliciter son cocontractant, mais qu'il fallait encore s'assurer que ce dernier réponde effectivement à ces sollicitations. Ainsi, le donneur d'ordre qui a continué de confier des chantiers en sous-traitance à une entreprise qui n'avait pas justifié de la régularité de l'emploi de ses salariés, celle-ci n'ayant pas répondu à sa demande de communication des documents justificatifs, sera déclaré coupable de recours à du travail dissimulé (*arrêt du 27 septembre 2005*).

De même, si, en principe, le donneur d'ordre n'est pas tenu de vérifier la sincérité des documents remis par son cocontractant, un écart important entre le nombre de salariés apparaissant sur les déclarations aux organismes fournies par le cocontractant et le nombre de salariés effectivement présents sur le chantier caractérisera l'intention du donneur d'ordre de recourir à du travail dissimulé (*arrêt du 30 octobre 2001*).

Enfin, si le donneur d'ordre n'est tenu d'aucun devoir de vigilance à l'égard des sous-traitants de son cocontractant, on remarque en pratique une tendance de l'inspection du travail à chercher sa responsabilité lorsque le cocontractant apparaît comme un simple intermédiaire entre le donneur d'ordre et les sous-traitants réalisant du travail dissimulé. Compte tenu de l'impulsion donnée par la direction générale du travail dans la lutte contre le travail dissimulé,

il n'est pas impensable qu'à l'avenir, l'obligation de vigilance soit étendue au-delà de la stricte relation contractuelle entre le donneur d'ordre et son cocontractant, englobant alors un ou plusieurs degrés supplémentaires de la chaîne de sous-traitance.

Conséquences pénales en cas de non-respect, tentation d'extension de son champ au-delà de la seule relation contractuelle... Indéniablement, l'obligation de vigilance en matière de sous-traitance doit désormais être considérée comme une question incontournable au sein de l'entreprise, tant sur le plan juridique que commercial, dans la mesure où elle a vocation à être un critère pour contracter ou non avec tel sous-traitant. C'est d'ailleurs bien là l'objectif des obligations en matière de vigilance : associer le donneur d'ordre dans la lutte contre les acteurs ayant recours au travail dissimulé, et les écarter de la vie des affaires.

 Emmanuel Daoud et Guillaume Martine

Emmanuel Daoud et Guillaume Martine

Écrit par

Laurie Mahé Desportes

Autres articles de l'édition

- Travail de nuit dans les commerces : le gouvernement annonce une concertation et une ordonnance
- Le Syntec renouvelle sa contribution conventionnelle formation
- Index de l'égalité : le simulateur de calcul accessible aux entreprises de moins de 250 salariés
- Licenciement collectif et reclassement externe : ne saisir la CPNEF que si l'accord de branche prévoit expressément sa compétence