

AUTO ENTREPRISE ET DELIT DE MARCHANDAGE

Le délit de marchandage ou prêt de main d'œuvre illicite , qu'est ce ?

La définition : articles L 8231-1, L 8241-1, L 8241-2

Définitions

Le prêt de main-d'œuvre (ou marchandage) consiste à mettre à la disposition d'une entreprise, du personnel dont la gestion relève d'une autre entreprise.

Le prêt de main-d'œuvre à but lucratif est en principe interdit, sauf quelques exceptions dont le travail temporaire, le portage salarial, le mannequinât, et la sous-traitance lorsqu'elle n'a pas pour but exclusif le prêt de main-d'œuvre à caractère lucratif.

Quand une entreprise sous-traite des services à un autoentrepreneur elle peut se retrouver dans une relation de travail salarié dissimulée sous l'étiquette fausse d'activité indépendante.

- Le « faux-indépendant » est déclaré comme indépendant au plan de la sécurité sociale, mais travaille en réalité sous l'autorité d'un employeur avec un lien de subordination, dans les mêmes conditions que ses collègues salariés mais sans bénéficier de contrat de travail.
- Le lien de subordination existe dès qu'une personne, l'employeur, peut exercer son autorité sur une autre personne, l'employé. Cette autorité doit pouvoir s'exercer à tout moment mais pas nécessairement de manière étroite et ininterrompue. Il suffit donc qu'elle soit potentielle, l'employeur ayant à tout moment le pouvoir exercé ou non, de donner des ordres et de surveiller leur exécution.

La Cour de Cassation dans son arrêt du 13 novembre 1996 explique :

« ... le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; ... le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ; »

Parmi les éléments qui indiquent ce lien de subordination la justice tient compte d'un faisceau d'indices :

- ✓ l'absence de participation par le travailleur dans les gains ou les pertes de l'entreprise
- ✓ l'absence de réinvestissement dans l'entreprise avec du capital propre
- ✓ l'absence de responsabilité ou de pouvoir de décision dans l'entreprise
- ✓ la garantie de paiement périodique
- ✓ le fait de n'avoir comme client qu'une seule et unique entreprise
- ✓ le fait de ne pas être soi-même employeur
- ✓ le fait de ne pas pouvoir organiser librement son temps de travail
- ✓ l'existence de procédure de contrôle interne, avec sanctions à l'appui
- ✓ l'absence de pouvoir de décision concernant la facturation aux clients

L'idée est de considérer que, lorsqu'une majorité des indices sont présents, l'on se trouve en présence d'un statut de "faux indépendant".

C'est donc sur ces éléments qu'il y aura lieu d'être particulièrement vigilant lorsqu'il sera fait appel à un autoentrepreneur ...

En quoi, moi auto entrepreneur suis-je concerné ?

La question à se poser :

suis-je vraiment indépendant de mon client ?

Votre contrat de prestations peut être requalifié par l'Urssaf ou par les tribunaux en contrat de travail si les conditions d'exercice font ressortir que vous n'êtes pas réellement indépendant et qu'un lien de subordination existe entre vous et cette société.

En cas de litige, sachez que les juges rechercheront

- ✓ Si vous n'avez qu'un seul client ?

Et, dans ce cas,

- ✓ si votre travail est effectué, dans les faits, sous le contrôle et la direction de la société concernée.

Pour cela, ils s'appuieront sur un faisceau d'indices, parmi lesquels on peut citer :

- ❖ la mise à votre disposition d'un bureau, d'une armoire, de l'usage du téléphone et de la photocopieuse, des fournitures qui vous sont nécessaires, des services d'une secrétaire, ...
- ❖ des délais imposés par le contrat,
- ❖ le fait que la société vous donne des directives et détermine le montant de votre rémunération...

Quelles conséquences si mon contrat est requalifié par le juge ?

- **Sur le plan administratif :**

dans le cas où il est constaté l'existence d'un prêt de main d'œuvre illicite, de marchandage ou de travail dissimulé, l'autorité administrative peut refuser d'accorder, pendant une durée maximale de 5 ans, les aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle à la personne ayant fait l'objet de cette verbalisation.

- **Sur le plan pénal :**

Le prêt illicite de main d'œuvre et le marchandage sont punis de peines identiques : emprisonnement de 2 ans et /ou amende de 30 000,00 € pour les personnes physiques (Art. L.8234-1 alinéa 1 et 8243-1 alinéa 1 du Code du Travail) ;

- **Sur le plan social :**

- votre prestataire client devient votre employeur. Il ne vous a pas déclaré comme salarié, et peut être poursuivi pour dissimulation de salarié s'il est établi qu'il s'est intentionnellement soustrait à l'accomplissement des formalités d'embauche (art. L. 8221-5 du code du travail).

Les coûts sont ceux de l'URSSAF avec rappel des cotisations et d'indemnité, ce qui peut se chiffrer en dizaine de milliers d'Euros pour un faux salarié autoentrepreneur pendant 2 ou 3 ans.

- Vous pouvez solliciter la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail vous liant au client avec paiement des rémunérations, indemnités et charges sociales vous concernant .

Exemples de condamnations par la Cour de Cassation

(remplacer « salariés mis à disposition » par autoentrepreneur)

- La Cour condamne dès lors que le contrat de prestations de services révèle que les salariés mis à la disposition du client par le prestataire ne justifient d'aucun savoir-faire spécifique.

Autre exemple : si le client prête une combinaison de travail de sa société à un salarié du prestataire parce qu'il a oublié la sienne, c'est constitutif du même délit pénal. Ce n'est pas son salarié, s'il n'a pas sa tenue de travail, il ne travaille pas.

- Par ailleurs, elle condamne pour prêt de main-d'œuvre illicite lorsqu'elle constate que les salariés mis à disposition sont sous l'autorité du client (Crim.15/06/1984) : seul le prestataire a l'autorité hiérarchique et disciplinaire.

En revanche, dès lors qu'il existe un risque grave et immédiat de danger pour un salarié du prestataire, le client peut lui donner un ordre mais ce n'est que pure logique, et s'il ne le fait pas, il peut être poursuivi pour non assistance à personne à danger.

- La Cour engage également la responsabilité pénale du client dès lors que la rémunération se fait à la journée ou au nombre de salariés présents ou en fonction de leur compétence. Ce mode de rémunération fait référence à celui d'un contrat de travail. La rémunération doit être globale et forfaitaire.

Le délit est constitué dans l'hypothèse où la prestation, objet du contrat, a comme but exclusif un prêt de main-d'œuvre et non un apport d'un savoir-faire spécifique ou d'un matériel spécifique. Les faits sont à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Quelles précautions dois je prendre pour ne pas être condamnable ?

Le statut des autoentrepreneurs est dans la ligne de mire du gouvernement, précisément parce qu'il recèlerait des *situations de salariat déguisé*. Cette même problématique affecte un certain nombre de relations de travail, notamment avec des travailleurs indépendants, dans le cadre de contrats de prestations de service, d'entreprise, de consultant, distribution, franchise, agence commerciale, courtage, commissionnaire, mandataire, locataire-gérant, loueur d'ouvrage, etc...

Un soin tout particulier doit être apporté non **seulement à la rédaction du contrat de sous-traitance mais aussi aux modalités effectives de son exécution.**

- ❑ Tout d'abord pour qu'un contrat de prestations de services soit recevable en tant que tel, il doit avoir pour objet une tâche précise et ponctuelle qui nécessite un **savoir-faire particulier** que l'entreprise cliente n'est pas capable d'assumer en interne.
- ❑ Ensuite le prestataire, ou entrepreneur selon les cas, doit **seul** fournir les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa prestation, qu'ils soient matériels ou humains.
- ❑ Par la suite, le prestataire doit être la **seule autorité hiérarchique et disciplinaire** concernant ses salariés qu'il aura mis à la disposition de l'entreprise cliente.
- ❑ La **rémunération doit être globale et forfaitaire**.
- ❑ Enfin, veiller à ce qu'il n'y ait pas dépendance économique: être prudent lorsque le chiffre d'affaires réalisé avec le client devient supérieur à 50% du chiffre d'affaire total .

Mes obligations vis-à-vis du client

Pour lutter contre le travail dissimulé, le prêt de main d'oeuvre illicite et le délit de marchandage, le code du travail impose au client une obligation de vigilance et de contrôle

Il convient donc de respecter les dispositions des articles L.8222-1 ; R.8222-1 et D.8222-5 du Code du Travail qui imposent à toute personne qui conclut **un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant au moins égal à 5 000,00 €**, en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services, de s'assurer, lors de la conclusion du contrat et tous les 6 mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat que son cocontractant s'acquitte de ses obligations au regard des articles L.8221-3 et L.8221-5 du même Code.

Le client vous demandera de lui remettre au moment de la conclusion du contrat et **tous les 6 mois jusqu'à la fin de son exécution les documents suivants :**

- ✓ attestation de fourniture de déclaration sociale émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au cocontractant et datant de moins de 6 mois ;
- ✓ attestation sur l'honneur du cocontractant du dépôt auprès de l'administration fiscale, à la date de l'attestation, de l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires et **le récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises lorsque le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer au registre du Commerce et des Sociétés notamment pour les auto entrepreneurs;**
- ✓ un extrait Kbis pour une société ou un extrait K pour une entreprise individuelle;
- ✓ un devis faisant mention du nom ou de la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au registre du Commerce et des Sociétés ou au répertoire des métiers ;
- ✓ un récépissé de dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises pour les personnes en cours d'inscription ;
- ✓ **lorsque le cocontractant emploie des salariés**, une attestation sur l'honneur établie par ce cocontractant certifiant que le travail sera réalisé avec des salariés employés régulièrement.

Quels recours ai-je si mon « client » abuse de notre relation ?

En dehors de la résiliation de votre contrat de prestations, ce qui peut s'avérer difficile en cours d'exécution, vous pouvez solliciter **la requalification de votre contrat en contrat de travail**

Si une telle action prospère, elle peut ouvrir droit à des rappels de salaire, de congés payés et, en cas de rupture de la relation, aux indemnités de licenciement, préavis, congés payés, ainsi qu'à des dommages et intérêts pour licenciement injustifié.

Certains demandeurs n'hésitent pas également à mettre en avant les risques au pénal, de travail dissimulé, prêt de main-d'œuvre illicite ou délit de marchandage qui se traduisent, le plus souvent, par une demande supplémentaire d'indemnité de six mois de salaire pour travail dissimulé devant le **Conseil de prud'hommes**.

Pour forger sa conviction, le juge va procéder par faisceaux d'indices :

- ✓ Le demandeur inscrit ou immatriculé à l'un des registres énumérés à l'article L 8221-6. I du Code du travail ne bénéficiera ainsi pas d'office de la présomption de non salariat prévue à cet article, d'autant que le point II ajoute que « *l'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par 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* ».
- ✓ Le juge va aller au-delà de la dénomination que les parties ont voulu donner au contrat ou des formes qu'elles auraient entendu exclure et va se livrer à un examen minutieux des conditions de fait dans lesquelles a été exercée l'activité en cause .
Le critère essentiel de requalification est l'existence d'un lien de subordination permanent, impliquant un travail sous l'autorité et le contrôle d'un cocontractant à même de sanctionner tout manquement éventuel.
- ✓ Les indices les plus fréquemment invoqués à l'appui d'une demande en requalification : la longue durée des relations, l'absence d'autonomie dans l'exercice des missions, l'exigence de comptes rendus trop réguliers, l'imposition d'horaires de travail, l'absence de liberté dans l'organisation du travail, l'absence de savoir-faire distinct de celui des salariés du cocontractant, des modes de rémunération traduisant un prêt de main-d'œuvre, l'intégration aux équipes du cocontractant à travers des organigrammes, la mise à disposition de moyens matériels, d'un bureau, d'une carte de visite, de papiers à entête, d'une ligne téléphonique, d'une adresse électronique, la validation des congés.

Qui contrôle ?

- Pour constater par procès-verbal l'infraction de marchandage ou de prêt illicite de main-d' œuvre l'Inspecteur du travail dispose de moyens de contrôle importants.
- En effet, les Inspecteurs du travail, les agents des impôts et des douanes sont habilités à se communiquer réciproquement tous renseignements et tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission.
- Dans le cadre de cette mission, ils peuvent se faire présenter les devis, les bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux opérations de marchandage et de prêt illicite de main-d' œuvre. C. trav., art. L8271-2.
- une coresponsabilité des différents intervenants (donc de l'autoentrepreneur) peut être établie , et le contrat conclu avec votre client est nul de plein droit.