

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES
CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS

**L'EVOLUTION DE LA RESPONSABILITE ET DE LA
CORESPONSABILITE DU DONNEUR D'ORDRES :
LA NECESSITE DU CONTRÔLE
DE LA SOUS-TRAITANCE**



MEMOIRE POUR L'OBTENTION DU MASTER 2

DROIT DES TRANSPORTS TERRESTRES

PAR

MATHILDE BOULGARIAN

SOUS LA DIRECTION DE MONSIEUR LE PROFESSEUR CYRIL BLOCH

ANNEE UNIVERSITAIRE 2013-2014

REMERCIEMENTS

Je tiens à présenter mes remerciements à Monsieur le Professeur Cyril BLOCH, directeur du Centre de Droit Maritime et des Transports, pour m'avoir permis d'intégrer le Master II Droit des Transports Terrestres.

Je remercie également Madame Marjorie VIAL pour sa gentillesse, sa patience et son écoute, tout au long de l'année écoulée.

Je voudrais remercier chacun des professionnels intervenus dans le Master II, et en particulier Madame Sandra SALLE et Monsieur Daniel HOENIG. Ils ont su prendre de leur temps pour répondre à mes questions et m'ont aidée dans la réalisation de ce mémoire.

Je souhaite remercier tout particulièrement ma tutrice d'apprentissage Madame Clémence BRUNIER, pour m'avoir accueilli au sein de l'entreprise TAB. Elle a su me faire confiance et me guider tout en m'apportant une expérience professionnelle unique et enrichissante.

Enfin, je tiens à remercier ma famille pour son soutien infailible tout au long de mes études.

TABLE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES UTILISÉS

BTL : Bulletin des Transports et de la Logistique

BTP : Bâtiments et Travaux Publics

DRE : Direction Régionale de l'Équipement

DREAL : Direction Régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement

DIREN : Direction Régionale de l'Environnement

DRIRE : Direction Régionale de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement

LOTI : Loi d'Orientation des Transports Intérieurs

PME : Petites et Moyennes Entreprises

TRO : Tarification Règlementaire Obligatoire

TVA : Taxe sur la Valeur Ajoutée

URSSAF : Union de Recouvrement pour la Sécurité Sociale et les Allocations Familiales

Sommaire

INTRODUCTION :	5
PARTIE PRELIMINAIRE : RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS	13
TITRE I : DISTINCTION ENTRE RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE	13
Chapitre I : La définition de la responsabilité.....	13
Chapitre II : La définition de la coresponsabilité.....	21
TITRE II : RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE EN DROIT DES TRANSPORTS	24
Chapitre I : L'application des principes de responsabilité et de coresponsabilité : la réalité de l'entreprise	24
Chapitre II : Le mécanisme de droit commun et le mécanisme propre au droit des transports : la protection de la responsabilité du dirigeant d'entreprise.....	28
PREMIERE PARTIE : NECESSITE D'UN CONTRÔLE APPROFONDI DE LA SOUS-TRAITANCE.....	32
TITRE I : RISQUE ET CONTRÔLE ACTUEL DE LA SOUS-TRAITANCE,.....	32
Chapitre I : Le contrôle de la sous-traitance en droit des transports	32
Chapitre II : La responsabilité, coresponsabilité et interprétation du contrat : les risques de la sous-traitance.....	34
TITRE II : EVOLUTION DU CONTRÔLE DE LA SOUS-TRAITANCE, UNE NECESSITE.....	46
Chapitre I : Une pratique de plus en plus influente.....	46
Chapitre II : La volonté des entreprises de transport de se protéger	47
Chapitre III : Des moyens de protection à améliorer	49
DEUXIEME PARTIE : EVOLUTION DU CONTRÔLE ET DES OBLIGATIONS DU DONNEUR D'ORDRES, NOUVELLE RESPONSABILITE INADAPTEE	59
TITRE I : CONTRÔLE ET SOLUTIONS ENVISAGEES	59
Chapitre I : L'apport de la loi SAVARY	59
Chapitre II : La solution du référencement	61
TITRE II : APPRECIATION DU CONTRÔLE PAR L'EUROPE.....	72
Chapitre I : Le fondement et l'exécution du contrôle	72
Chapitre II : Un contrôle étatique	76
Chapitre III : Un contrôle européen	77
CONCLUSION.....	80

INTRODUCTION :

I. Le transport, une activité intrinsèquement risquée

1.- Aujourd'hui, selon les dernières statistiques françaises, 80 000 euros de marchandises disparaissent chaque jour dans les méandres des chaînes de transport et de logistique¹. Ce fret subit les assauts de personnes peu scrupuleuses qui n'hésitent pas à enfreindre la loi pour commettre des vols par effraction dans les entrepôts, des braquages ou « saucissonnage » de chauffeurs routiers, ou encore des ouvertures de semi-remorques lors de repos de conducteurs sur des aires de stationnement.

2.- Le transport est une activité décrite comme intrinsèquement dangereuse et risquée. Les enseignements dispensés cette année par l'équipe pédagogique du Master II « Droit des transports terrestres », tout comme l'observation du fonctionnement d'une entreprise de transport, nous apprennent que le conducteur routier a entre ses mains une « arme par destination² » prenant la forme de son ensemble routier. C'est-à-dire qu'il peut causer autant de dommages corporels que de dommages matériels si par malheur il perdait le contrôle de son véhicule. De plus, même si le chauffeur routier reste professionnel et diligent, il évolue dans le milieu réglementé mais tout aussi dangereux que forme l'ensemble des réseaux routiers français, européens et internationaux. Il nous est aussi indiqué que le transport est une activité atomisée, difficile à contrôler et que ces difficultés rendent la matière d'autant plus attractive pour tout individu souhaitant exercer une activité illégale derrière une façade de transporteur.

3.- Ces infractions sont le plus souvent motivées par l'argent. Prenons l'exemple de la pratique du vol ou du « tombé du camion ». Il est rare que le vol de colis de produits cosmétiques soit motivé par la nécessité ou le besoin d'un conducteur routier ou d'un agent de manutention. En revanche la revente des produits volés apporte un gain suffisant pour justifier et exécuter cette infraction. Le même raisonnement peut être tenu pour parler des vols touchant les semi-remorques complètes de langoustes à l'approche des fêtes de fin d'année. La plupart des infractions touchant les transports sont motivées par des intérêts économiques³. Il est d'ailleurs question dans la plupart des articles de magazines relatifs au transport de vol exprimé en euros (80 000 euros de marchandises chaque jour), et non d'une détermination de ces pertes par leurs poids.

¹ M.-N. FRISON, « Smart Water, nouvelle arme de dissuasion contre le fret », Logistiques Magazine, 2014.

² Comme dirait Monsieur D. HOENIG (expert).

³ L. GUARINO, « Les réseaux mafieux redoublent d'imagination économique », L'officiel des Transporteurs, 2014, p. 22 à 31.

4.- Afin de venir à bout de ces vols et autres abus qui rongent les chaînes de transport et de logistique, des solutions ont été envisagées. Les transporteurs et les logisticiens ont mis en place diverses techniques propres à leurs métiers. Les transporteurs ont équipé leur matériel roulant de système antivol, d'alarmes, de bâches renforcées pour éviter qu'elles ne soient ouvertes ou lacérées au moyen de tout objet suffisamment aiguisé, ou encore de bouchons de réservoir inviolables pour éviter les « siphonages » d'essence. Les logisticiens ont, quant à eux, clôturer leurs entrepôts et les ont équipés de systèmes de vidéosurveillance, avec ou sans gardien, de systèmes d'alarme ou de tout autre système de dissuasion toujours plus efficace ou sophistiqué (système smartwater).

5.- Il n'est absolument pas, ici, question de justifier ces multiples agressions et infractions à l'encontre des transporteurs sous prétexte de la dangerosité de l'activité, ou encore de dresser une liste des risques encourus lors de l'exercice de cette activité.

6.- En revanche, il convient de s'arrêter sur un point spécifique de l'activité : une anomalie dans le domaine des transports qui peut se révéler dangereuse pour toute entreprise y exerçant mais aussi pour ses partenaires ; et qu'il convient d'identifier ici, en en cernant tous les aspects, afin de présenter les meilleurs moyens à l'entreprise pour y faire face.

7.- Il s'agit de s'intéresser à la sous-traitance et aux risques financiers que l'utilisation de ce mode de fonctionnement peut créer. En effet, la faute du sous-traitant comme celle du donneur d'ordres peut être la cause de pertes financières considérables pour les cocontractants, et amorcer un mécanisme de faillites en chaîne. Pour éviter cela, différents textes interviennent pour régir la relation de sous-traitance et créent une obligation de vigilance pour le donneur d'ordres.

8.- Il convient alors de s'interroger sur cette obligation : L'obligation de vigilance du donneur d'ordres doit-elle être considérée comme un simple contrôle ou une évolution de son régime de responsabilité et de coresponsabilité ?

9.- Il faut, alors, s'attacher à répondre à la problématique juridique posée par cette demande insérée dans une relation contractuelle particulière, et établir des moyens afin de réduire son impact sur le droit des transports et sur l'activité pratique des transporteurs. Avant cela, revenir sur une définition de la sous-traitance et de ses usages paraît nécessaire.

II. Utilité du recours à la sous-traitance

10.- Le recours à la sous-traitance est très utilisé par les entreprises. La loi du 31 décembre 1975 a doté ce système d'un « régime général », cela signifie que la sous-traitance peut être utilisée dans tous les contrats d'entreprise quels qu'ils soient. Libre ensuite à l'entreprise de sous-traiter ou non une partie de son activité. Quelque soit l'entreprise, le recours à la sous-traitance est motivé par des intérêts économiques. Il s'agit là d'une stratégie de l'entreprise pour optimiser sa production tout en réduisant ses coûts. Dans le transport terrestre, la sous-traitance consiste pour un donneur d'ordres à confier une partie de son activité à un sous-traitant qui va l'exécuter lui-même moyennant une rémunération. Cela permet au donneur d'ordres de se libérer d'une partie de son activité pour laquelle il ne peut actuellement investir ou pour laquelle il ne dispose pas des ressources matérielles nécessaires ; et cela en faveur d'un sous-traitant qui dispose lui des ressources nécessaires financières ou matérielles ou d'une expérience que ne possède pas l'entreprise du donneur d'ordres.

11.- Ce dernier évite aussi une gestion salariale, il n'a pas à se soucier d'une embauche supplémentaire de salariés. La sous-traitance peut ici être un moyen de vérifier la fiabilité d'un nouveau marché et la viabilité d'investissements futurs. Dans ce cas, le donneur d'ordres avant de se lancer dans des investissements peu sûrs, contrôle la viabilité d'un nouveau marché avant de s'y implanter totalement, de la même manière qu'il contrôle l'utilité de nouveaux employés avant d'envisager d'embaucher de nouveaux membres de personnels. Mais la sous-traitance peut aussi avoir des effets beaucoup moins positifs.

III. Les limites de la sous-traitance

12.- D'abord ce personnel, s'il n'appartient pas directement à l'entreprise « donneur d'ordres », agit pour elle. L'entreprise a donc intérêt à ce que l'entreprise sous-traitante soit qualifiée pour exécuter correctement la prestation qui lui est confiée. L'entreprise recherche donc une certaine qualité de prestation. Cet élément de qualité va la sécuriser dans sa démarche et lui permettra en pratique d'avoir confiance dans son sous-traitant, ce qui est relativement important dans une relation contractuelle.

13.- Mais l'entreprise recherche aussi un prix. Il est hors de question pour une entreprise soucieuse de sa rentabilité, encore plus quand on observe la conjoncture économique actuelle, de dépenser plus qu'elle ne gagne. Quel intérêt aurait donc une entreprise à confier un marché à une autre entreprise, à laquelle elle n'est absolument pas liée, si cela lui coûte plus cher que de l'exécuter par ses propres moyens ? Le donneur d'ordres cherche donc une prestation de qualité et financièrement avantageuse.

14.- Cette notion de prix a entraîné de graves dégradations dans le milieu du transport routier de marchandises dans les années 1980. En pratique, un grand nombre d'entreprises se sont créées. En réalité, il s'agissait de salariés d'entreprise de transport qui ont été poussés par leur patron à s'installer à leur compte. Une fois établies, ces multiples entreprises formées de patron-chauffeurs se sont livrées une concurrence acharnée. Les nombreux flux qui étaient censés leur être confiés par leurs anciens employeurs ne pouvaient être partagés entre tous les salariés nouvellement établis à leur compte. Et la concurrence ainsi créée a permis de tirer les prix vers le bas, au profit des entreprises de transport déjà existantes.

15.- En effet, il n'est pas question pour un transporteur de confier un trafic sur lequel il peut se rémunérer correctement, mais il n'est pas question non plus de céder un trafic gratuitement. Dans ce cas, il faut que le transporteur puisse donc tirer une rémunération du trafic qu'il transfère, même si ce n'est pas lui qui l'exécute. Cette rémunération proviendra de l'action de commission. L'organisation du transport qu'il va réaliser lui sera rémunérée. Mais pour que cette commission puisse être financièrement intéressante et qu'elle permette à l'entreprise de faire des bénéfices, il faudra que le transporteur qui va réaliser la prestation directement (le sous-traitant) soit peu rémunéré ; car plus la rémunération du sous-traitant est faible, plus la rémunération du transporteur pour sa commission sera élevée. Donc un transporteur souhaitant faire une marge intéressante devra rechercher le sous-traitant proposant le prix le plus bas. Cela semble logique et il ne semble pas important de s'arrêter aux techniques économiques des entreprises, sauf qu'ici, cette réalité économique contrevient à diverses règles du droit de la concurrence mais aussi aux règles de sécurité concernant la matière.

16.- En outre, ce recours à la sous-traitance condamnable permettait aussi de se « débarrasser » d'une partie du salariat beaucoup plus facile à contrôler de cette manière. La sous-traitance a donc été utilisée de manière totalement détournée et abusive durant cette période et continue encore à l'être, permettant ainsi la commission d'infractions.

IV. Sous-traitance et infractions

17.- Le recours à la sous-traitance est fondé sur une relation contractuelle, et toute relation peut être abusive ou source de litige. La sous-traitance est aussi une technique économique, les infractions qu'elle engendre ne sont pas seulement motivées par des intérêts économiques, elles prennent aussi naissance dans cette matière. Ces infractions ont des conséquences qui causeront des dommages économiques irréversibles à l'entreprise de transport, au point de causer sa faillite.

Elles touchent le cœur même de l'entreprise puisqu'elles visent à détruire son aspect lucratif (selon définition de l'entreprise et de ses buts).

18.- Nous parlons ici d'infractions dont la commission n'est possible que parce qu'elles sont permises à travers les vides et les difficultés de contrôle qui entourent l'activité du transport terrestre et encore plus la sous-traitance. En effet, les entreprises exerçant une activité de transport terrestre, comme toutes les autres entreprises d'ailleurs, se doivent de répondre à des impératifs administratifs et sociaux. Ceux-ci permettent de vérifier que la société exerce ses actions conformément aux réglementations en vigueur, édictées par la politique gouvernementale, et conformes à l'orientation économique souhaitée pour l'Etat français.

19.- Le lien entre ces infractions et le recours à la sous-traitance est étroit ; tout comme le lien qui est créé entre le donneur d'ordres et son sous-traitant. Il ne faut pas pour autant stigmatiser le milieu des transports ou le recours à la sous-traitance. Une personne ayant l'intention de commettre un méfait sera susceptible d'atteindre ses objectifs quelque soit le milieu où elle se trouve. Le recours à la sous-traitance ne doit pas non plus apparaître comme un signe avant coureur ou une intention du transporteur de commettre une fraude. Cependant, dans le monde du transport, c'est le plus souvent sur ce mode de relation contractuelle que vont se greffer des anomalies susceptibles d'engendrer des litiges, que ce soit entre les deux sociétés cocontractantes ou entre les autorités administratives étatiques et l'une des sociétés ou même les deux.

20.- Ces litiges peuvent avoir une origine contractuelle (mauvaise exécution ou désaccord dans les prestations de services définies). Mais ces litiges peuvent aussi naître d'une faute du sous-traitant comme du donneur d'ordres dans la non-exécution de ses obligations administratives, fiscales ou sociales. Ce type de litige, contrairement aux premiers, provoque des conséquences bien plus graves qui ne touchent pas seulement l'entreprise fautive, mais toutes les entreprises liées à l'entreprise blâmable.

21.- L'utilisation de la sous-traitance en droit des transports est intimement liée à son évolution. Le phénomène est aussi ancien que la matière. Mais l'abus de sous-traitance a provoqué autant de faillites, sinon plus, que de créations d'entreprises. Et le droit des transports terrestres a dû inventer différents mécanismes visant à contrôler l'utilisation de la sous-traitance dans ce domaine et à en limiter les abus.

V. Sous-traitance et législation

22.- Lorsque l'on évoque le recours à la sous-traitance en droit des transports, que ce soit en pratique ou à travers les enseignements universitaires, il s'agit en grande partie de décrire la commission ainsi que les divers outils permettant de recourir à la sous-traitance. Ceux-ci sont complétés et précisés par l'apprentissage de nombreux textes de lois - comme le contrat type relatif à la sous-traitance - et de jurisprudences. Au final, on constate l'existence d'un droit de la sous-traitance spécifique au droit des transports, mais dont l'application connaît encore des flous et des vides juridiques dans la pratique comme dans la théorie.

23.- En pratique, on peut aussi noter que le recours à la sous-traitance peut effrayer les entreprises. Si ce système est nécessaire pour le développement de certaines sociétés, et malgré certains abus de la part de leurs sous-traitants, le droit qui borde ce recours est sensiblement favorable au sous-traitant. Selon la formule de Lacordaire, « *Entre le fort et le faible, [...] c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère* »⁴. Le droit né du régime général de la sous-traitance a donc eu cette mission de protection en faveur du sous-traitant.

24.- Dans un premier temps, la retranscription en droit des transports terrestres de la loi du 31 décembre 1975 visait en effet à protéger le sous-traitant contre la faillite de son débiteur en lui permettant une action contre le maître d'ouvrage. Le transport a, plus tard, eu une loi encore plus favorable au sous-traitant : la loi GAYSSOT de 1998⁵, qui contrairement à la loi de 1975, instaurait une action en double paiement en cas de faillite du débiteur. On peut aussi noter le mécanisme d'agrément du sous-traitant, qui aujourd'hui donne lieu, en sens inverse à une interdiction formelle du recours à la sous-traitance dans la plupart des contrats de transport entre un chargeur et un transporteur.

25.- Cependant les différents textes législatifs qui régissent l'utilisation de la sous-traitance ont avant tout pour intérêt de régler son application dans l'économie actuelle et au final de protéger celle-ci. En effet, il s'agit d'un moyen pour les entreprises de faire des bénéfices et de se développer à travers une exploitation correcte du système ; et non d'exploiter une autre société en détournant les règles.

26.- La sous-traitance présente de nombreux avantages qui intéressent le plus grand nombre, mais son détournement peut lui créer une économie parallèle indésirable dans le milieu des transports. Sa mauvaise utilisation permet de frauder la législation du travail, mais aussi d'enfreindre la législation administrative et fiscale française, en

⁴H. LACORDAIRE, *Conférence de Notre-Dame de Paris*, Tome V, 1951.

⁵ Loi n° 98-69 du 6 février 1998.

se servant du sous-traitant. Le législateur a donc créé des garde-fous pour encadrer ce système. Cependant, ces limites posées par la législation sont elles-mêmes réduites à la protection des sous-traitants.

27.- Or, la formule de Lacordaire a inversé les tendances. En voulant protéger l'administration et la fiscalité française, le système législatif français s'est accordé à défendre le sous-traitant contre les abus dont il pouvait être victime. Mais l'économie du transport a besoin de recourir à la sous-traitance. Et les entreprises doivent pouvoir avoir confiance en ce mode de travail sans être stigmatisées, et sans que cela ne se retourne contre elles. Ces entreprises doivent être elles-aussi considérées et non oubliées en faveur de leurs sous-traitants. Les règles de la sous-traitance doivent être favorables ou contraignantes aussi bien envers le sous-traitant qu'envers l'entreprise y recourant afin de ne pas donner envie à la société « donneur d'ordres » de passer outre.

28.- N'oublions pas que la sous-traitance est un contrat, et à ce titre, cette convention obéit au droit français. Selon l'article 1101 du code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » La relation de sous-traitance doit donc être une relation basée sur l'égalité du sous-traitant et du donneur d'ordres en ce qui concerne leurs obligations comme leurs devoirs. Les deux cocontractants doivent donc être traités sur un pied d'égalité afin d'avoir confiance dans la relation qu'ils établissent. Cette égalité peut nécessiter un contrôle de la relation. Les deux acteurs de ce contrat ne doivent pas, en revanche, être supplantés par un troisième intervenant en la personne du législateur. Malgré tout, plus qu'un régime général, c'est un régime impératif qui est né de la sous-traitance afin de venir à bout des abus. Le donneur d'ordres supporte aujourd'hui une obligation de vigilance qui le dépasse et le place en situation de faiblesse. Une surveillance limitée par essence, par les frontières étatiques, alors que le transport de marchandise a une vocation internationale. Un contrôle qui est une réponse aux abus de la sous-traitance mais qui ne pourra être effectif que s'il est pris en compte par le droit européen et le droit français, ensemble.

29.- C'est aux textes qui régissent la sous-traitance et l'obligation de vigilance du donneur d'ordres que nous allons nous intéresser et à leur intervention dans la relation contractuelle qu'ils régissent. En effet, la mise en œuvre de ces textes nous oblige à nous interroger sur la responsabilité qu'ils créent. En encadrant la relation contractuelle telle qu'ils le font, toujours dans un souci de protection de l'économie et de la loi française, ils créent un système de responsabilité différent de la responsabilité liée à la relation contractuelle.

30.- C'est pourquoi, au vu de ces différents constats, nous ferons, dans un premier temps un point sur la responsabilité et la coresponsabilité en droit français. Puis, nous étudierons la responsabilité du donneur d'ordres vis-à-vis de son sous-traitant, ses effets et la nécessité d'un contrôle. Enfin, nous envisagerons les moyens pour lui de se prémunir d'une quelconque mise en œuvre de sa responsabilité. Nous verrons ainsi les tentatives de mise en place d'un contrôle effectif et les difficultés qui se posent à lui à travers l'internationalité de la matière.

PARTIE PRELIMINAIRE : RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS

31.- L'un des principes fondamentaux du droit français est celui de responsabilité. *Chacun est responsable de ses actes et se doit de réparer le dommage qu'il a causé à autrui.*⁶ Cependant, cette définition classique, bien que mettant en valeur le caractère personnel du principe, est loin d'être suffisante. Les effets engendrés par sa réalisation ne peuvent être contenus dans une définition aussi sommaire qui ne délimite pas clairement les dimensions et les limites de ce système. Le champ d'application de cette institution doit lui aussi être défini car le concept de responsabilité se retrouve aussi dans d'autres domaines que le droit.

32.- La responsabilité touche en effet à l'activité politique puisqu'on parle de responsabilité des gouvernants, mais aussi aux croyances religieuses, puisque de nombreux textes religieux font état d'une responsabilité morale, et enfin aux sentiments : une personne peut en effet se sentir responsable sans que cela ne découle d'un statut juridique.

33.- Cela nous permet alors d'affirmer que les rôles de la responsabilité, et ses divers aspects ne sont pas tous relatifs au droit. Bien plus qu'un principe juridique, il s'agit d'un principe moral permettant la vie en société.

34.- Cependant, nous ne nous intéresserons ici qu'à la responsabilité vue sous un angle juridique. La responsabilité ne sera étudiée qu'à travers le droit civil (responsabilité contractuelle et extracontractuelle) et le droit pénal, en fonction du droit commun, puis en fonction du droit des transports et du contrat de sous-traitance.

TITRE I : DISTINCTION ENTRE RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE

Chapitre I : La définition de la responsabilité

35.- La responsabilité n'est souvent définie que comme la réparation d'un dommage causé à une personne, en ce sens que la réparation ne sera justifiée que si la victime prouve un lien étroit et direct entre le dommage subi et l'auteur du dommage. L'auteur d'un dommage ne verrait donc sa responsabilité engagée que par la victime qui a subi un dommage direct de son fait. Et toujours selon cette définition, la réparation ne serait due que par un auteur ayant eu un comportement fautif ou ayant commis un acte ou un fait contraire à l'ordre social.

⁶ Article 1382 et suivants du code civil.

36.- Mais ce concept a évolué avec le droit et les avancées industrielles françaises. Les progrès de l'industrie française ont créé de nouveaux risques ou dommages sans qu'il y ait un lien direct entre l'auteur du trouble et la victime. Dans ce cas, on ne répare plus un dommage direct, mais on envisage la réparation d'un risque créé par l'activité humaine afin de ne pas bloquer l'évolution de celle-ci. En effet, bien que risquée l'activité reste utile à une évolution économique de la France. Le risque d'une activité ne la rend pas moins nécessaire, mais le risque d'une activité entière ne peut pas être sous la responsabilité d'un seul homme. Devant un tel constat, et afin de pouvoir parer à ce risque, on le socialise, on le fait supporter par tous. La responsabilité devient teintée de solidarité et le caractère personnel de la responsabilité en est atténué. On peut apercevoir, derrière cette nouvelle forme de responsabilité, les prémices de la responsabilité détenue par le chef d'entreprise.

Section I : Fondements

I. Responsabilité civile

37.- La définition donnée précédemment est une définition classique, propre au droit français. Nous devons alors noter que le concept bien que récemment apparu n'en est pas pour autant ancien et vaste en ce que sa définition revêt plusieurs sens et touche plusieurs matières.

38.- Le terme *responsabilité* vient du latin *respondere* qui signifie « se porter garant », et de *sponsio* relatif à la notion de « débiteur ». Cependant, l'idée même de la responsabilité ressort de la loi du Talion, dont l'existence nous est révélée par le Code de Hammurabi en 1730 avant notre ère. La loi du Talion, souvent représentée par la maxime « œil pour œil, dent pour dent », avait pour but premier d'éviter une escalade de violence suite à un acte commis. Le terme de Talion vient lui-même du latin *talīs* qui peut être traduit par « tel » ou « pareil ». La loi du Talion et le Code de Hammurabi selon sa rédaction, ont donc pour effet de contrôler la vengeance privée en la limitant. Selon ce code, la réaction de la victime ne peut être supérieure au crime commis. On cherche une réciprocité dans l'action de la victime, réciprocité demandée par le code. On introduit donc un contrôle de la société de ces vengeances privées, le crime et la peine doivent être réciproques.

39.- L'existence de la notion est ancienne, le terme aussi. Mais son sens a évolué au fil des siècles. Son insertion et son utilisation dans le droit français est d'ailleurs relativement récente. D'autant plus récente que le principe a évolué et s'est divisé en deux afin de distinguer une responsabilité civile et une responsabilité pénale.

II. Responsabilité pénale

40.- La naissance de la responsabilité pénale contraste bien avec la définition donnée précédemment et montre ses limites. Il n'est plus question de punir le responsable d'un dommage, par rapport à sa victime, mais selon son acte contraire à la société. C'est-à-dire qu'on ne recherche plus seulement à ce que la peine permette l'indemnisation de la victime et son retour à une situation « normale », la peine doit aussi témoigner du caractère contraire à la société de l'acte commis.

41.- Avec le code de Hammurabi et la loi du Talion, on aperçoit les prémices de l'intrusion de la société dans la régulation des vengeances privées. Il est alors question d'encadrer ces vendettas afin d'éviter qu'elles ne dégénèrent et prennent des proportions pouvant affecter la vie en société ou son bon fonctionnement. Selon ce système, la peine est encadrée et ne sert qu'à compenser le dommage subi par la victime.

42.- La responsabilité pénale a, par la suite, évolué. L'une des évolutions majeures peut être perçue dans le droit romain, qui inspire en grande partie notre droit, en ce qu'il distingue la répression et la réparation. Dans le droit français actuel, la peine infligée à l'auteur d'une infraction a en effet une double vocation. Il est toujours question de protéger la victime et de réparer le dommage qu'elle a subi, mais il est aussi question de punir le comportement fautif de l'auteur d'une infraction en ce qu'il est contraire à la société. Celle-ci s'érige donc elle aussi en victime et tente de se protéger.

43.- Mais pour qu'un acte soit contraire aux comportements habituels des personnes en société, il faut que les comportements normaux, comme anormaux soient codifiés. La responsabilité pénale française n'existe pas sans le principe de légalité, et elle ne vient que réprimer un comportement fautif.

44.- Le système juridique américain a, quant à lui, sacralisé les dommages et intérêts punitifs. Les juges américains se réservent le droit d'allouer à la victime d'un dommage, en plus d'une somme censée le réparer, une seconde somme d'argent punitive. Cette somme n'a aucune autre fonction que celle de punir l'auteur de l'acte répréhensible. Les dommages et intérêts punitifs, ne sont pas reconnus en France. Cependant certaines juridictions françaises ont tendance, depuis plusieurs années, à accorder des sommes supérieures à celles qui suffiraient pour une simple réparation de dommage. Cela nous oblige à nous interroger sur la possibilité de voir les juridictions françaises emprunter et appliquer les dommages punitifs en France.

45.- Enfin, en plus de la distinction entre responsabilité civile et pénale, on peut ajouter une distinction interne à la responsabilité civile et différencier la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle.

III. Responsabilité contractuelle

46.- Parmi les multiples définitions de la responsabilité et les divers champs d'application qui lui ont été donnés, on note l'environnement contractuel.

47.- Actuellement, il est possible de parler du « sentiment de responsabilité ». Un chef d'entreprise peut très bien se sentir responsable de l'entreprise qu'il a créée par exemple. Ces sens des mots *responsable* ou *responsabilité*, sont différents des sens que leur confère une analyse juridique. Ces définitions se trouvent en dehors du droit. Elles font référence à une charge assumée, à un pouvoir d'une personne sur d'autres ou sur des biens.

48.- Pourtant, en pratique, le sentiment de responsabilité d'un chef d'entreprise va s'extérioriser. Le sentiment de pouvoir et de prise en charge va se déclarer par des ensembles de contrats, et la responsabilité ne sera plus ressentie mais garantie par un lien contractuel visible par tous.

49.- La personne responsable va donc s'obliger ; et la charge, dans un premier temps morale, va devenir une prise en charge réelle définie par des actions. Dans ce cas, en cas de défaillance dans l'accomplissement des obligations qu'elle s'était fixée, la responsabilité de la personne sera mise en œuvre à travers ce lien contractuel et non selon la responsabilité civile extracontractuelle.

50.- En effet, la relation créée entre ces personnes les concerne en priorité et n'a pas à être envisagée en fonction d'autres intervenants. Le lien entre eux est unique et personnel, et c'est ce lien qui servira de fondement à toute action en responsabilité pensée par l'un des deux contractants.

Section II : Mise en œuvre de la responsabilité et régime applicable

I. Mise en œuvre de la responsabilité

A) Responsabilité civile extracontractuelle

51.- La responsabilité, qu'elle soit civile contractuelle ou extracontractuelle ou encore pénale ne s'applique pas d'elle-même. Si deux personnes peuvent avoir la volonté de se lier et déclarent ainsi prendre en charge les dommages qui résulteraient de ce lien, il n'en est pas de même pour tous les sujets de droit. Cependant, il n'est pas non plus besoin qu'un lien soit constaté ou que deux personnes souhaitent cette liaison pour que le système de responsabilité s'applique.

52.- En droit français, le principe de responsabilité se retrouve dans plusieurs articles du code civil et pénal.

53.- L'article 1383 du code civil français énonce « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* » ; énoncé auquel fait écho l'article 121-1 du code pénal français : « *Nul n'est responsable que de son propre fait* ».

54.- Cependant, ces articles ne font que montrer l'existence de la responsabilité et reconnaître son caractère personnel. L'application de la responsabilité dépendra quant à elle de la lecture et de l'interprétation de tous les textes formant et entourant le principe.

55.- En ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité civile extracontractuelle, elle découle des articles 1382 à 1384 du code civil. Ces articles énoncent un triptyque nécessaire à l'exercice de l'action en responsabilité de toute victime d'un dommage. Il faut, selon eux, un fait ou un acte générateur d'un dommage, un dommage appelé préjudice, et un lien de causalité direct entre les deux. Sans ces trois éléments cumulatifs, aucune action en responsabilité ne pourra succéder. Une fois ces éléments réunis, la victime du préjudice pourra être indemnisée pour le préjudice qu'elle a subi. N'oublions pas que l'on se trouve ici dans le domaine de la responsabilité civile et qu'aucun lien contractuel n'est nécessaire entre l'auteur du fait dommageable et la victime, le lien de causalité entre l'acte dommageable et le préjudice suffit.

56.- En revanche il en va différemment pour la responsabilité civile contractuelle.

B) Responsabilité civile contractuelle

57.- A priori, comme il l'a été dit plus tôt, la responsabilité civile contractuelle naît d'un contrat. C'est ce contrat qui servira de fondement à toute action. Ce constat nous permet donc de déterminer les champs d'application de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle. Tout dommage né d'une mauvaise exécution ou d'une non-exécution des obligations d'un contrat permettra de mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de la personne fautive. La réparation de tout autre dommage devra être demandée sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle et nécessitera donc la réunion des trois éléments cumulatifs décrits dans le paragraphe précédent.

58.- En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, il est donc question d'un contrat qui unit les deux parties, mais aussi d'un dommage créé par ce contrat.

59.- Cependant, la preuve de l'existence de ce contrat peut être difficile à donner. Un contrat peut être oral, et bien que l'absence d'*instrumentum* ne signifie pas qu'un contrat n'existe pas, le *negotium* reste difficile à prouver. La question d'une relation contractuelle peut aussi se poser en présence d'accord de volonté. Un simple accord, non formel permet-il à une victime d'invoquer la responsabilité contractuelle de l'auteur de son préjudice ? Enfin, on peut s'interroger sur les règles de validité du contrat, s'il est annulé ou s'il est en formation ou terminé au moment de la survenance du litige : les règles de la responsabilité contractuelle s'appliqueront-elles ? L'annulation du contrat fait obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité qui aurait dû découler de son application. Pour les dommages nés de l'annulation même du contrat, on appliquera la responsabilité précontractuelle et à travers elle la responsabilité extracontractuelle posée par l'article 1382 du code civil.

60.- Les limites entre les champs d'exercice de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle ne sont donc pas si bien définies ou imperméables. En ce qui concerne la distinction entre responsabilité civile et pénale, la distinction est plus visible.

C) Responsabilité pénale

61.- Pour être mise en œuvre, la responsabilité pénale nécessite la réalisation de plusieurs critères. D'abord, pour qu'une action soit punie et permette de mettre en cause son auteur et sa responsabilité, il faut que l'action soit condamnée. En droit pénal, le principe de légalité est maître. Ce principe est énoncé à plusieurs reprises dans plusieurs textes fondamentaux du droit français comme :

- l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui énonce que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* »,
- mais aussi l'article 34 de la constitution du 4 octobre 1958 : « *la loi fixe les règles concernant : [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; [...]* »
- ou encore le code pénal de 1810 : « *nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils ne fussent commis* ».

62.- Il ressort de ces énoncés que personne ne peut être condamné pour un acte qu'il a commis si cet acte n'a pas préalablement été interdit par la loi. Il est clair que ces articles vont à l'encontre de condamnations arbitraires. Toute peine doit avoir un fondement, et en ce sens, le droit pénal apparaît comme un garant de la démocratie.

63.- En revanche, pour les actes condamnés par la loi, une fois le principe de légalité respecté et la preuve du comportement fautif de l'auteur du dommage démontrée, son crime peut lui être imputé. Mais s'il est coupable de son action, il n'en assumera pas forcément la responsabilité. En effet, le droit pénal rend irresponsables les personnes « fragiles », ne pouvant être réellement maîtres de leur comportement : les mineurs ou majeurs protégés ou encore certaines personnes mentalement irresponsables, mais la volonté est également étudiée. Une personne forcée de commettre une infraction ne sera pas toujours tenue pour responsable.

64.- Pour celles cependant auxquelles l'action est imputable, action qui mérite une incrimination, la question de la responsabilité peut être posée. N'oublions pas que si la reconnaissance d'une faute en droit civil fait encourir une responsabilité civile à son auteur permettant d'indemniser sa victime, une faute reconnue en droit pénal fait encourir une peine à son auteur ayant pour but premier de protéger la société.

65.- Les conditions de mise en cause de la responsabilité pénale d'une personne sont pour l'essentiel les mêmes qu'en droit civil. Une fois la faute commise et condamnée par le principe de légalité, la faute doit être imputable à son auteur et donc certaine ; mais surtout la faute et le dommage subi par la victime doivent être en lien. Ce lien en revanche n'a pas à être direct, exclusif ou immédiat. Si le dommage découle bien de la faute, le lien direct est réel et permet l'indemnisation de sa victime. L'application d'une peine dépendra quant à elle de l'imputabilité de l'infraction à son auteur. Si l'auteur est responsable de ses actes, il assumera alors la peine associée à son acte, déterminée par les textes de loi.

II. Les limites

66.- Le principe de responsabilité, qu'il soit civil ou pénal souffre cependant d'exceptions. Une personne peut en effet commettre un acte dommageable sans que sa responsabilité soit mise en cause.

67.- Bien que la législation ait souhaité briser le lien entre responsabilité civile et pénale à travers la proclamation de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, on constate que ces exceptions sont semblables entre responsabilité civile et pénale.

68.- Que l'on parle de responsabilité contractuelle, extracontractuelle ou pénale, on observe trois réserves principales à l'application de la responsabilité : la force majeure, la faute de la victime ou le fait d'un tiers, et la délégation de pouvoir.

A) Force majeure

69.- Pour être qualifié d'événement de force majeure, une situation doit présenter trois critères cumulatifs : l'extériorité, l'irrésistibilité et l'imprévisibilité. Dans le cas

de la réunion de ces trois critères cumulatifs, la personne qui subira un dommage ne pourra pas pour autant se retourner contre l'auteur du fait dommageable. En effet, celui-ci ne pourra pas être tenu pour responsable de son acte puisque celui-ci a été contraint pas la force majeure d'agir ainsi.

70.- La force majeure permet d'exonérer l'auteur d'une infraction ou d'un dommage sur le plan civil comme pénal.

71.- Parmi les causes communes d'exonérations aux différents types de responsabilité, on peut aussi noter la contrainte ou le dol, mais aussi certaines conditions propres à la responsabilité civile comme la faute de la victime.

B) Faute de la victime

72.- Il est rare de voir dans la matière pénale, une personne se mettant en danger volontaire ou souhaitant devenir la victime d'un crime.

73.- En revanche, en droit civil, on peut noter certains comportements fautifs de personnes qui vont par la suite entraîner un préjudice pour elles-mêmes. Ce préjudice peut être commis par un tiers, mais aidé, dans sa commission par le comportement de la victime.

74.- Dans ce cas, il ne peut y avoir qu'un seul responsable, les deux comportements fautifs doivent être punis et la victime ne pourra pas obtenir réparation d'un tiers s'il s'avère qu'elle est tout autant responsable du dommage qu'elle a subi.

75.- La victime ne pourra pas obtenir de réparation intégrale, mais seulement de la partie du préjudice qu'elle n'a pas causée. On retrouve donc l'intérêt du lien de causalité, sauf dans le cas où le fait de la victime ne constituerait pas une faute mais un simple fait.

76.- Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, on note aussi la délégation de pouvoir comme rempart à l'application de la responsabilité.

C) Délégation de pouvoir

77.- Dans le cadre de la réalisation d'un contrat comme dans les rapports entre sujets de droit, une personne a la possibilité de déléguer ses pouvoirs. Dans ce cas, la question peut être posée de l'imputabilité du dommage qui survient. Doit-on se tourner contre le délégant ou le délégataire ? Quel titulaire de droit est responsable ? Le droit civil admet la responsabilité du fait d'autrui, le lien de subordination lie les deux personnes : la personne commettant la faute et son responsable. Cependant la faute personnelle du préposé permettra de faire obstacle à la responsabilité du dirigeant.

78.- En matière pénale, en revanche, dans le cadre d'un rapport hiérarchique en entreprise, seule la délégation de pouvoir pourra éviter l'application de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. La délégation de pouvoir a été consacrée par la jurisprudence, d'où elle provient essentiellement, comme une cause d'exonération de la responsabilité pénale.

79.- La délégation de pouvoir permet donc un transfert de responsabilité en ce qu'elle transfère aussi l'autorité du délégant, ses droits et ses devoirs, tout en respectant un certain formalisme.

80.- Nous avons vu que chaque personne était responsable de ses actes, ce que prouvent les délégations de pouvoir et fautes personnelles qui permettent de toujours rechercher la responsabilité de la personne fautive. Il nous faut maintenant envisager la probabilité d'être face à deux personnes au comportement fautif.

Chapitre II : La définition de la coresponsabilité

81.- La coresponsabilité est définie dans les deux principales branches du droit comme la participation de plusieurs auteurs au même dommage. Cela se veut favorable à la victime qui peut donc se tourner vers les responsabilités des deux auteurs afin de voir son dommage réparé. Cependant, on doit se demander si ces coauteurs doivent être tenus pour responsables de manière égale. En effet, dans le cas où le dommage est créé par des comportements fautifs successifs, doit-on tenir les deux auteurs responsables de la même manière ? Est-il juste de leur demander la même réparation ou la même indemnisation de la victime si le fait d'un auteur a créé moins de tort que le comportement de l'autre ? La coresponsabilité, comme la responsabilité donne lieu elle aussi à des interrogations dans sa définition, auxquelles nous tenterons d'apporter des réponses à travers l'étude de ses fondements et de son application.

Section I : Fondements

I. Coresponsabilité civile extracontractuelle

82.- Le fondement de la coresponsabilité en matière civile est le même que la responsabilité civile : toute personne qui crée un dommage à autrui se doit de le réparer. Lorsque ce dommage est causé par deux personnes, il est donc, selon ce raisonnement, logique que celles-ci en soient responsables et indemnisent leur victime.

83.- Mais cette indemnisation doit-elle être également payée par les deux auteurs de l'acte dommageable si leur participation à celui-ci n'a pas eu le même effet ?

84.- Le principe en droit civil, dans le cas de la coresponsabilité, est celui de l'obligation au tout. Cela signifie que la victime peut ester en justice l'auteur de l'infraction de son choix, autrement dit un seul des deux coupables. Dans ce cas, les auteurs sont responsables et obligés solidairement de la réparation de tout le dommage subi, quand bien même leur comportement n'en aurait causé qu'une partie.

85.- Cependant, en droit français, la solidarité ne se présume pas, et l'intention du législateur en ce sens, ne suffit pas à la justifier.

86.- On trouve donc différents fondements à cette solidarité en se fondant sur la causalité. Certains auteurs pensent que chaque coauteur doit être considéré comme le responsable de l'entier dommage subi. L'autre solution repose dans l'impossibilité de déterminer la responsabilité de chacun dans la commission du dommage et son résultat. Mais ce qu'il ressort surtout de ces analyses, c'est la faveur faite à la victime de pouvoir actionner, selon son choix, l'un des coauteurs, souvent le plus solvable.

87.- Ce principe de solidarité et d'obligation au tout, dépasse, par son idée de faveur à la victime, le simple champ de la responsabilité civile extracontractuelle. Son application au cas par cas, permet son utilité dans des cas toujours très différents et ainsi même à la responsabilité contractuelle. On peut s'interroger sur la coresponsabilité dans le domaine pénal.

II. Coresponsabilité pénale

88.- En droit pénal, la coresponsabilité naît de la coaction. L'hypothèse de la coaction est celle où plusieurs personnes s'unissent pour commettre une même infraction susceptible d'entraîner une incrimination. Cette union n'a pas à être directe, une aide ou une omission permettent de tomber dans la complicité de l'action et d'engager la responsabilité du comportement coupable. Le même traitement peut être envisagé pour la personne qui, sans participer à l'action activement ou passivement, en permet sa réalisation.

89.- Les coauteurs, en matière pénale, sont soumis au même traitement qu'étudié précédemment dans la discipline civile. Ils sont tous tenus pour responsables de l'intégralité du dommage lié à l'infraction commise. Cette indépendance de responsabilité a ses avantages mais aussi ses inconvénients.

90.- Les auteurs de l'infraction pourront être condamnés indépendamment et si l'un d'eux bénéficie d'une irresponsabilité pénale, cela n'empêchera pas la condamnation des autres.

91.- Cependant, il semble difficile de condamner les coauteurs pour un même crime alors que leur implication dans sa commission n'est pas égale. D'autre part, en

traitant les coauteurs de cette manière, on ne prend pas en compte la commission de l'infraction en groupe. Or cette notion de groupe doit être prise en compte afin de cerner la totalité de l'action, ce que ne permet pas l'indépendance des responsabilités.

92.- C'est pourquoi, la coresponsabilité qu'elle soit civile ou pénale, est soumise, au même titre que la responsabilité à un régime propre.

Section II : Mise en œuvre de la coresponsabilité et régime applicable

I. Coresponsabilité civile

93.- La coresponsabilité civile permet à la victime d'un dommage de saisir l'auteur du dommage qu'elle souhaite. En fonction de son choix et de la saisie effectuée, le coauteur devra répondre de l'entier dommage et indemniser la victime.

94.- Cependant, il est possible au coauteur condamné de saisir à son tour les autres auteurs. Le fondement de cette action repose sur la subrogation de l'action, admise de plein droit par le droit commun. Or, cette subrogation serait liée à l'action de la victime et ne pourrait succéder, notamment en cas de renonciation de la victime. Un autre fondement à ce recours a donc été trouvé par la jurisprudence : l'action personnelle.

95.- Ce recours est aussi motivé par l'exigence de rationalité et d'équité entre les coauteurs, afin que celui qui a été choisi par la victime et condamné plus que les autres ne souffre pas non plus de cette condamnation pour un acte auquel il a sensiblement moins participé que les autres.

96.- Il en va de même pour la coresponsabilité pénale.

II. Coresponsabilité pénale

97.- Si le fait de traiter chaque coauteur comme seul responsable de l'infraction et de rendre chaque responsabilité indépendante, est favorable à la victime, il ne faut pas oublier le but répressif de la juridiction pénale.

98.- La victime n'est pas seule, la société est victime aussi et la peine encourue doit permettre de satisfaire les deux. En ce sens, la victime ne choisit pas d'ester ou non les auteurs de son préjudice, chacun est jugé pour son acte. De plus, puisque chacun est condamné et que cela relève de l'ordre public, il n'est pas question pour l'un d'eux d'agir contre un autre coauteur au moyen d'une action récursoire ou personnelle.

99.- La coresponsabilité se distingue donc ici de la complicité puisque chaque coauteur est responsable au même titre que les autres, selon les mêmes fondements et

pour le même crime. Contrairement à la complicité où le complice n'encourt pas forcément la même peine que l'auteur de l'infraction.

100.- Que l'on parle de responsabilité ou de coresponsabilité, en matière civile ou pénale, ou encore qu'elle touche des personnes physiques ou morales, le résultat est le même : tout comportement fautif entraînera la mise en cause de la responsabilité de son auteur afin d'indemniser la victime et de protéger la société.

101.- Or, ce présent mémoire veut aborder l'application de la responsabilité et de la coresponsabilité dans un domaine plus précis que le droit général : le droit des transports et le milieu de l'entreprise dans lequel il s'applique en particulier.

TITRE II : RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE EN DROIT DES TRANSPORTS

Chapitre I : L'application des principes de responsabilité et de coresponsabilité : la réalité de l'entreprise

102.- Quelle responsabilité ou coresponsabilité encourt le chef d'une entreprise de transport ? Il ne s'agit pas ici de distinguer le chef d'entreprise des autres citoyens de droits; son activité ne le place pas au-delà des lois, et ne lui apporte pas d'immunité.

103.- Le monde de l'entreprise a cependant des règles qui lui sont propres et applicables, tout comme le monde des transports. Il faut ainsi distinguer la responsabilité de la personne morale, particulière à l'entreprise et celle relative à tous ses intervenants, notamment au chef d'entreprise. Il faut aussi identifier tous les chaînons de l'entreprise et les personnes susceptibles de commettre des infractions, engager la responsabilité du chef d'entreprise ou répondre de celle-ci.

104.- Le secteur des transports étant un milieu d'activité pouvant être dangereux, il connaît l'application de certains mécanismes de responsabilité et de coresponsabilité généraux, mais aussi propres à ce milieu.

Section I : Les fondements de la responsabilité de la personne morale et du chef d'entreprise

105.- Lorsqu'une entreprise se crée, qu'elle soit relative au transport terrestre ou non, elle se doit de conclure un certain nombre de contrats, utiles à la reconnaissance de son existence mais permettant aussi de distinguer la responsabilité du chef d'entreprise, et celle qu'il exerce quotidiennement en temps que personne physique.

106.- Parmi ces contrats, on trouve une obligation de contracter une assurance. Tout chef d'entreprise, toute entreprise, pour pouvoir fonctionner doit souscrire une assurance en responsabilité civile et professionnelle.

I. La responsabilité civile

107.- L'obligation de responsabilité provient de la volonté du législateur de protéger les tiers à l'entreprise. Ceux-ci pourraient être victimes de son activité. Or ces tiers n'ont aucun lien contractuel avec l'entreprise, et si le comportement de l'entreprise n'est pas fautif, la responsabilité pénale de l'entreprise ne pourra pas suffire. Etant dans un milieu essentiellement contractuel, et dans l'intérêt du consommateur et des tiers, la responsabilité civile sera donc essentiellement contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle.

108.- L'entreprise sera tenue de la même manière qu'une personne physique, sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Notons ici qu'il s'agit d'appliquer la responsabilité de la personne morale, souvent plus solvable que le chef d'entreprise personne physique. Cette solution est donc favorable à la victime.

109.- Cependant, le chef d'entreprise peut lui-même être tenu pour responsable lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'exercice de ses fonctions.

II. La responsabilité contractuelle

110.- L'entreprise, dans un but lucratif, conclut aussi d'autres contrats afin d'exercer son activité et d'en tirer les bénéfices nécessaires à son fonctionnement.

111.- La conclusion de ces contrats place ses cocontractants sous une responsabilité civile contractuelle. Le cocontractant qui subirait un dommage par la réalisation ou l'inexécution de ce contrat pourrait invoquer la responsabilité contractuelle de l'entreprise.

112.- Mais cela pourrait aussi être le cas d'un tiers victime de l'exécution de ce contrat. En effet, malgré l'effet relatif des contrats, souvent prôné par le législateur, les juridictions ont dernièrement reconnu qu'un tiers était susceptible de fonder son action sur un contrat conclu par deux autres personnes et auquel il n'a pas pris part, si sa non-exécution ou si son exécution lui cause un dommage.

113.- Toujours dans un esprit protecteur, le législateur régularise aussi lui-même les relations contractuelles entre entreprise. Certains accords sont en effet interdits, comme les ententes. De la même manière et plus propre au droit des transports, la pratique des prix abusivement bas est interdite.

114.- Or ces interdictions sont d'ordre public et le responsable encourt une responsabilité pénale, la responsabilité qui inquiète le plus de professionnels dans le monde des transports.

III. La responsabilité pénale

115.- Le chef d'entreprise encourt une responsabilité pénale du fait de l'exercice de son activité, mais il encourt aussi une coresponsabilité pénale, ce qui nous intéresse tout particulièrement dans le cadre des contrats de sous-traitance. L'entreprise est vue comme la réunion de plusieurs moyens afin d'obtenir un but précis. Ces moyens sont apportés par différentes personnes qui encourent toutes, indépendamment, une responsabilité pénale, mais dont les actes peuvent parfois engager les autres membres de l'union.

116.- Bien que la personne morale ait elle-même une responsabilité pénale, le droit préfère s'en tenir à celle de son dirigeant. Cela est peut-être dû au fait que longtemps les entreprises servaient d'écran à leurs dirigeants.

117.- La responsabilité encourue par le chef d'entreprise est une responsabilité personnelle. Pourtant il peut arriver qu'il réponde du fait de ses préposés, comme le préposé peut assumer la responsabilité pénale du chef d'entreprise du fait d'une délégation de pouvoir.

118.- Cette responsabilité est personnelle et non du fait d'autrui comme on pourrait l'imaginer. En effet, si le chef d'entreprise est responsable pour le fait de son salarié, c'est que ce fait est un révélateur. Le chef d'entreprise se doit d'appliquer et de faire respecter les règles propres à l'entreprise. Dans le cas où il n'exécute pas ses fonctions, il serait coupable de non-exécution de ses pouvoirs de direction et de contrôle, inexécution révélée par l'acte du salarié. En ce sens, on condamne bien le dirigeant pour une faute personnelle et non pour le fait d'autrui.

119.- Le dirigeant d'une entreprise de transport est aussi coresponsable. Son activité peut l'obliger à se placer en donneur d'ordres face à des entreprises sous-traitantes. Cette relation fait naître une coresponsabilité découlant de diverses dispositions. Il encourt une coresponsabilité selon les dispositions du code pénal, en cas d'accidents corporels ou encore d'infractions créées par son activité, selon qu'il soit considéré comme auteur, coauteur ou complice du fait dommageable.

120.- Cela vaudra aussi au regard des dispositions du code de la route et du décret « coresponsabilité », et selon les dispositions du code du travail, afin de protéger l'entreprise sous-traitante et ses salariés de travail dissimulé.

121.- Enfin, le code de commerce et sa législation sur les prix abusivement bas et les dispositions du code civil créent aussi une coresponsabilité entre le donneur d'ordres et l'entreprise qu'il emploie.

122.- Une fois définies et reconnues, il faut voir comment s'appliquent en pratique responsabilité et coresponsabilité du chef d'entreprise en tant que donneur d'ordres.

Section II : L'application

123.- Il s'agit ici d'indemniser un tiers dont le préjudice est né de l'exploitation de la société.

124.- De la même manière que pour la personne physique, les mêmes conditions seront requises pour mettre en œuvre la responsabilité du dirigeant personne physique ou de la société personne morale.

125.- Pour la responsabilité civile, on retrouve le triptyque traditionnel de la faute, du dommage et du lien de causalité. La réunion de ces trois éléments permettra de prouver la responsabilité de l'entreprise et d'obtenir la réparation du préjudice.

126.- La responsabilité contractuelle, beaucoup plus utilisée dans le monde entrepreneurial, nécessitera que le dommage résulte bien des obligations du contrat conclu entre les parties.

127.- Pour la responsabilité pénale, la faute devra être imputable au dirigeant. La récente modification du code pénal laisse sous-entendre que la responsabilité pénale devrait être mise plus souvent en avant en plaçant l'entreprise sous le même régime que la personne physique. La responsabilité personnelle endurée par le chef d'entreprise sera mise en œuvre à condition de prouver une faute.

128.- Cette faute, puisqu'elle est révélée par l'acte du salarié, est d'une certaine manière présumée. Cette présomption n'est pas avantageuse pour le dirigeant et nous oblige à nous interroger sur l'intention. Une faute ainsi déterminée est-elle volontaire ou n'est-elle qu'une simple négligence ? Cette obligation de faute et la responsabilité personnelle permettent au chef d'entreprise de s'exonérer par l'infraction propre du salarié, s'il est prouvé que le salarié agissait ainsi pour son compte et non dans l'intérêt de l'entreprise.

129.- Une entreprise de transport nécessite l'effort de plusieurs personnes pour fonctionner correctement. Le chef d'entreprise augmente donc ses chances d'être tenu pour responsable ou coresponsable selon son nombre d'employés.

130.- Or, la fonction la plus sujette à des accidents et à l'engagement de la responsabilité du chef d'entreprise est celle de chauffeur routier. Un conducteur a, en effet, beaucoup plus de chance d'avoir un accident de la route, impliquant un tiers, dans le cadre de son contrat de travail, que les autres membres de l'entreprise. Cependant, dans une entreprise de transport routier de marchandises, il n'y a pas qu'un seul service. Le développement de l'activité demande plusieurs pôles pour gérer différents pôles comme la facturation, la comptabilité, l'informatique, le commerce.

131.- Le chef d'entreprise est donc rarement en lien direct avec le chauffeur routier, pourtant le plus enclin à créer un dommage dont il sera responsable.

132.- C'est pourquoi, pour se protéger, il applique certains mécanismes issus du droit commun mais aussi certains systèmes propres au transport.

Chapitre II : Le mécanisme de droit commun et le mécanisme propre au droit des transports : la protection de la responsabilité du dirigeant d'entreprise

133.- Selon le droit commun, le dirigeant peut déléguer certaines de ses prérogatives. Dans ce cas, la responsabilité associée est transmise par la dérogation.

Section I : Mécanisme de droit commun : la délégation

134.- Dans le fonctionnement d'une entreprise de transport, la délégation de pouvoir est fréquemment utilisée, notamment en ce qui concerne la partie « exploitation ». Une entreprise de transport, pour fonctionner a besoin d'une « exploitation ». Cette fonction, le plus souvent exercée par un ensemble de personnes regroupées en service, consiste à gérer tous les transports demandés par un client, et nécessaires à l'acheminement des marchandises d'un point A à un point B. Ces deux points peuvent être au sein d'un même Etat, dans deux Etats de l'Union Européenne ou à l'International, c'est l'entreprise qui détermine où elle souhaite travailler.

135.- Or, le service est dirigé par une personne qui est rarement le dirigeant lui-même. Hormis le cas du patron-chauffeur, dont la situation est telle qu'il ne pourra pas voir sa responsabilité pénale engagée par un salarié et qui dans ce cas assume la fonction de dirigeant et de responsable d'exploitation, le responsable d'exploitation bénéficie d'une délégation de pouvoir. Il guide et organise les transports et donc par extension les conducteurs dans leur travail quotidien. L'activité des conducteurs est guidée, d'autre part, par la législation européenne sur les temps de travail et de repos⁷. Dans le cas où le responsable, dans un souci de ponctualité, obligerait ses

⁷ Règlement CE n° 561/2006 du 15 mars 2006 applicable au 11 avril 2007.

conducteurs à enfreindre ces dispositions légales, et que cela entraînerait un accident, la responsabilité pénale du dirigeant pourrait être mise en jeu. Cependant, la délégation de pouvoir, précédemment effectuée fera écran. C'est, le salarié de l'entreprise qui devra supporter la responsabilité pénale du chef d'entreprise.

136.- Dans la vie quotidienne d'une entreprise de transport routier, et quelle que soit sa taille, la délégation de pouvoir est un mécanisme très usité, en particulier dans le cadre de l'exploitation. Cela est dû aux caractéristiques de la fonction de « responsable d'exploitation » ou d' « exploitant ».

137.- Lorsqu'une entreprise de transport souhaite augmenter son activité et installer une antenne, pour pouvoir exercer cette fonction, un diplôme est requis, ensuite, une connaissance géographique est recommandée, ainsi qu'une certaine expérience dans le domaine afin de gérer le personnel de conduite comme le chargement pour rentabiliser chaque trajet et éviter que des ensembles routiers roulent « à vide », sans chargement.

138.- Le dirigeant, en fonction de la distance géographique n'a plus de regard ou de lien direct avec ses conducteurs. Ceux-ci, à l'inverse, travaillent directement pour lui et engagent directement sa responsabilité.

139.- En effet, la coresponsabilité est un mécanisme commun en droit routier et différents textes vont dans ce sens. En plus de la responsabilité pénale commune du chef d'entreprise, le milieu des transports a vu la création d'un décret de coresponsabilité pénale pour le donneur d'ordres le 23 juillet 1992, aujourd'hui intégré au code de la route aux articles R. 121-1 à R. 121-5. Le dirigeant devient responsable de toute infraction commise par son employé ; si la commission de celle-ci est due à sa volonté de respecter les ordres donnés, mais l'impossibilité de s'y soumettre.

140.- Le dirigeant est donc responsable des ordres donnés, mais aussi de leur bonne application, ce qui est possible dans le cadre d'une activité commerciale ou industrielle par exemple ; ce qui est plus difficile lorsque l'employé est indépendant ou se trouve dans un autre Etat par exemple, dans le cadre de sa mission. De la même manière, un patron devant gérer toute l'entreprise et l'intégralité de ses services, ne peut pas se concentrer exclusivement sur sa flotte d'ensembles routiers et de conducteurs.

141.- Le mécanisme de la délégation de pouvoir prend ici tout son sens et toute son ampleur. Il n'est pas question de parer l'application de ce décret, mais d'appliquer un

système conforme à la réalité du milieu et de rendre responsables ceux qui exercent la gestion réelle et effective de l'exploitation.

142.- Ce décret de coresponsabilité est applicable au donneur d'ordres. Il n'est donc pas seulement applicable au dirigeant d'une entreprise dans le cadre de sa relation avec ses salariés. Il peut trouver application dans d'autres situations propres au transport telles que la sous-traitance par exemple.

143.- Un donneur d'ordres demandant à une entreprise de transport routier de marchandises la réalisation d'une mission, impossible à exécuter sans enfreindre les dispositions légales du code de la route ou des temps de conduite ou de repos, est donc coresponsable pénalement d'un salarié qui n'est pas le sien et d'une entreprise qui ne lui appartient pas. Le donneur d'ordres ne peut pas ici demander l'application d'une délégation de pouvoir.

144.- La coresponsabilité du donneur d'ordres va donc bien au-delà de sa propre société. La délégation de pouvoir ne suffit d'ailleurs pas toujours. Le Cour de cassation a dégagé la théorie de participation personnelle. Cela est assimilable à l'ingérence. Dans le cas où, malgré une délégation de pouvoir, la personne assumant habituellement droits, devoirs, et responsabilité continuerait à les assumer et à exercer ses missions, la délégation ne s'appliquerait pas.

145.- La sous-traitance et la délégation de pouvoir ne font donc pas obstacle à la coresponsabilité pénale du donneur d'ordres, en droit des transports terrestres. Le dirigeant est contraint, par le législateur, de s'intéresser à sa mission et aux moyens

Section II : Mécanisme propre au transport

146.- La coresponsabilité dans le domaine des transports ne se retrouve pas seulement dans la matière pénale et ne concerne pas que la relation qui unit le dirigeant et son employé.

147.- Elle peut aussi toucher au domaine financier et s'appliquer dans les relations de sous-traitance. L'article L. 132-8 du code de commerce a instauré dans son second paragraphe une action en double paiement du prix en faveur du sous-traitant. Dans le cas où un sous-traitant ne serait pas payé par son donneur d'ordres, il pourrait se retourner, à sa guise, contre l'expéditeur ou le destinataire, afin d'obtenir le paiement de sa créance. Qu'importe que l'expéditeur ou le destinataire aient déjà payé le prix du transport au donneur d'ordres. A partir du moment où le donneur d'ordres est défaillant dans le règlement de ses dettes, le sous-traitant a la possibilité d'agir.

148.- La loi GAYSSOT, qui crée cet article, instaure donc par ce moyen, une responsabilité financière et même une coresponsabilité financière entre le donneur d'ordres et son client, en faveur du sous-traitant. Ces personnes sont en fait liées par le contrat de transport. Cette responsabilité financière qui incombe à l'expéditeur ou au destinataire en cas de défaillance du donneur d'ordres est donc essentiellement contractuelle. Et il n'existe pour l'expéditeur aucun moyen de s'en prémunir. Cela force en fait l'expéditeur à s'intéresser à l'organisation du transport et à vérifier le respect des règles relatives au milieu et la solvabilité de ses cocontractants. Cependant, il y a très peu d'éléments permettant de savoir comment exécuter ce contrôle, ou de le faire. L'obligation est là, mais aucun moyen n'est réellement mis en œuvre pour la respecter.

149.- On retrouve aussi une coresponsabilité financière dans l'exécution du contrat de sous-traitance. Le donneur d'ordres sera en effet responsable en cas de prix abusivement bas. La loi oblige à ce que le prix convenu couvre à la fois les charges du transport et permette une juste rémunération du transporteur. Dans le cas où le prix défini, même défini par le sous-traitant, ne répondrait pas à ces critères, le donneur d'ordres serait responsable, et coresponsable de l'infraction.

150.- La limite entre un transporteur et son sous-traitant est mince. Cette limite s'amenuise encore avec le lien contractuel qu'ils créent entre eux dans leur relation de sous-traitance. Par divers mécanismes, donneur d'ordres et sous-traitant sont reliés, et les prescriptions légales entre eux les obligent à être prudents.

151.- Si le contrôle est conseillé, il est difficile à exécuter en tenant compte de la relation de sous-traitance et en respectant toutes les caractéristiques de cette relation contractuelle. Pourtant, au vu des risques de voir sa responsabilité ou sa coresponsabilité engagée, il devient nécessaire pour les dirigeants d'entreprise de transport routier de marchandises de réaliser le contrôle de leur sous-traitance.

PREMIERE PARTIE : NECESSITE D'UN CONTRÔLE APPROFONDI DE LA SOUS-TRAITANCE

TITRE I : RISQUE ET CONTRÔLE ACTUEL DE LA SOUS-TRAITANCE,

Chapitre I : Le contrôle de la sous-traitance en droit des transports

152.- Puisqu'il s'agit ici de définir la sous-traitance et les rapports qui naissent de ce mode de fonctionnement entrepreneurial, et puisque dans un premier temps, cela n'est envisagé qu'à travers le droit français, il semble évident de partir du texte principal évoquant cette relation de travail : le contrat type « sous-traitance ».

153.- C'est le décret n° 2003-1295 du 26 décembre 2003 qui institue le contrat type « sous-traitance ». Ce contrat type avait été abandonné en 2001 suite à un vice de forme avant d'être repris dans son ensemble et sans modification pour être publié en 2003. C'est de sa rédaction que provient la première obligation de contrôle du sous-traitant, imposée au donneur d'ordres. L'article 6.1. du contrat, relatif aux obligations de l'opérateur de transport, indique que celui-ci doit vérifier les informations administratives, et la bonne exécution des obligations sociales et fiscales de son sous-traitant. L'obligation de contrôle de la sous-traitance est donc expressément édictée par le droit français, propre au milieu des transports à travers l'article 6.1. du contrat type « sous-traitance ».

154.- Cependant, le droit français reste muet sur deux points pourtant importants : les moyens possibles pour effectuer ce contrôle et les sanctions en cas de non respect du contrôle. On peut se demander si cette obligation légale en est réellement une, puisqu'elle n'a aucune conséquence en cas de non-exécution. Il faut alors se reporter aux articles L. 8222-1 à 8222-7 du code du travail qui instaurent une obligation et une solidarité financière des donneurs d'ordres et des maîtres d'ouvrages. Il faut noter que cela ne s'applique qu'en cas de non respect de l'article L. 8222-1.

155.- Ces articles viennent au secours d'une vision uniquement contractuelle, où l'on envisage que l'obligation résulte du contrat et où l'on considère que sa sanction pourrait être la simple annulation du contrat en cas de non-exécution. Ainsi, dans le cas où un donneur d'ordres abuserait de son sous-traitant, en connaissant sa situation irrégulière, et ne voudrait pas exécuter ses obligations, il ne serait nullement sanctionné par l'annulation du contrat. En revanche, il le serait sur le droit commun du travail.

156.- L'unique sanction contractuelle serait trop favorable au donneur d'ordres contrevenant. Une inexécution contractuelle permettrait l'annulation du contrat et replacerait les parties en l'état où elles se trouvaient avant sa conclusion.

157.- Mais lorsque le donneur d'ordres ne peut exécuter ce contrôle, ou que le sous-traitant est lui-même un contrevenant, le second est-il tenu de la même solidarité à l'égard du premier ? La responsabilité du donneur d'ordres continue-t-elle à être engagée ? Ces obligations sont-elles limitées ou s'effacent-elles devant l'impossibilité du donneur d'ordres de les respecter ? Que se passe-t-il quand l'obligation contractuelle violée a des conséquences qui dépassent le simple cadre contractuel ou quand cette obligation met en danger l'autorité étatique ? La sanction peut-elle être aussi incertaine et n'obéir qu'au contrat ?

158.- Il semble que ces obligations mal définies et mal encadrées aient surtout pour principal but d'intéresser le donneur d'ordres à la situation de l'entreprise à laquelle il recourt tout en comptant sur sa bonne foi. Cet intérêt doit être porté à la situation financière de l'entreprise, mais aussi à sa situation salariale, puisqu'il devient responsable et solidaire de cette situation en cas de fraude.

159.- Lorsque le législateur a mis en place le mécanisme de l'article L. 132-8 du code de commerce, ce système visait essentiellement à éviter les faillites en chaînes d'entreprises de transport. Aujourd'hui, ce mécanisme d'agrément ne suffit plus à faire face. De nombreuses sociétés de transport se créent, de manière éphémère, profitant de l'atomisation du milieu pour agir irrégulièrement. La fraude à la TVA est l'une des plus utilisées. Or il s'agit d'une fraude qui concerne les impôts, le fisc et donc l'Etat. Ces entreprises créées frauduleusement se jouent des lois et mettent, en plus de leurs donneurs d'ordres, l'Etat et son économie en péril.

160.- L'insécurité créée va au-delà du contrat, elle touche à l'ordre public et nécessite une sanction autre que celle contractuelle qui doit s'abattre sur tous ses auteurs. De plus, l'aspect financier qui pèse sur ces fraudes oblige l'Etat à chercher une caution, un garant qui sera susceptible en cas de fraude ou de défaillance du sous-traitant, de payer à sa place.

161.- Il nous faut donc étudier la coresponsabilité qui lie donneur d'ordres et sous-traitant et son application, née ou non de leur contrat. Puis les moyens offerts à l'entreprise « donneur d'ordres » de se protéger en cas de malversations de son sous-traitant, et la nécessité pour elle d'effectuer un contrôle de celui-ci.

Chapitre II : La responsabilité, coresponsabilité et interprétation du contrat : les risques de la sous-traitance

Section I : La prise en compte du risque de la sous-traitance par l'entreprise

162.- L'enseignement du droit, en université, nous invite à nous interroger sur une problématique afin d'y apporter la solution la plus adaptée, tout en tenant compte de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine.

163.- Le juriste d'entreprise suit le même modèle. Face à un problème, il se doit de trouver la meilleure solution, en tenant compte de la loi toujours, mais aussi du fonctionnement de l'entreprise. Cependant, il n'est pas obligé d'intervenir qu'à la suite d'un problème, dans le cadre de sa résolution. Cette phase coûte en général plus cher à l'entreprise, qui est face au problème et à la recherche de la solution. Il est donc conseillé d'intégrer la personne occupant la fonction de juriste plus tôt dans le processus de réflexion, bien en amont de la prise de décision. Dans ce cas, comme dans l'autre, elle n'a aucun pouvoir décisionnaire, en revanche, elle est associée à la prise de décision et devra livrer la meilleure analyse juridique de la situation. Son rôle devient celui d'un analyste et gestionnaire de risques, afin de guider le décisionnaire vers la solution la plus adaptée et la moins risquée pour l'entreprise.

164.- Il y a en effet, depuis plusieurs années, un souhait des entreprises de continuer à se développer, tout en limitant les risques à prendre. Le risque doit être calculé et limité afin d'être pris en compte et intégré dans l'expansion de l'entreprise. Dans le cas contraire, la prise de risque osée peut porter ses fruits, comme provoquer la faillite de l'entreprise. Le calcul doit être rodé, et l'heure n'est plus aux entreprises ayant un comportement offensif.

165.- La prise en compte du droit dans une entreprise vient aussi du fait que le milieu commercial et contractuel est pour l'essentiel composé de règles juridiques. Le droit est aujourd'hui partout et accessible à tous.

166.- Le droit des transports en est la preuve. Avant, un simple accord oral suffisait à conclure un contrat de transport. Aujourd'hui, les relations contractuelles entre un donneur d'ordres et un transporteur sont le plus souvent encadrées par des accords cadres très précis qui demandent une analyse des moyens du transporteur à mettre en œuvre pour les exécuter et souvent en amont, comme en aval dans le cadre d'un litige, le recours à un juriste.

167.- Ce référencement apparaît comme nécessaire. Beaucoup d'entreprises, dans leur activité quotidienne ont recours à des sous-traitants. Or, elles confient à certains,

en plus des marchandises, du matériel de transport (châssis). Ces ensembles routiers ont un coût, et en cas de défaillance du sous-traitant, l'entrepreneur peut supporter des pertes financières conséquentes. Les tractionnaires doivent donc être assurés et sûrs, l'entreprise doit pouvoir leur faire confiance. Ces tractionnaires interviennent aussi dans la réalisation d'un contrat de transport que la société a pu conclure avec un client et pour lequel la moindre erreur de fonctionnement pourrait causer un dommage. En plus d'un coût financier certain, en cas de recours inefficace à un sous-traitant, l'entreprise peut aussi supporter le poids d'une mauvaise réputation et des répercussions sur l'aspect commercial de la relation.

168.- Mais l'intérêt d'un référencement vient aussi des obligations du donneur d'ordres et de la crainte d'être tenu pour responsable ou coresponsable en cas de défaillance financière du sous-traitant ou en cas de problème dans l'interprétation, du contrat de sous-traitance conclu, par le juge.

Section II : Les risques en pratique

I. La requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail : ingérence, et lien de subordination

169.- Ces dernières années, la jurisprudence a eu tendance à interpréter les contrats de sous-traitance. Bien que le droit des transports bénéficie de modèles de contrats appelés « contrat type », élaborés par la profession et conformes à tous les modes de transport de marchandises, ces contrats ont un caractère supplétif et s'appliquent en cas d'insuffisance de la loi ou d'incompréhension de la volonté des parties. Les articles L. 1432-2 et L. 1432-4 du code des transports affirment ce caractère supplétif. Il est donc nécessaire pour tout intervenant du monde des transports de les connaître car ils peuvent lui être appliqués, afin de parer aux incertitudes de n'importe quelle relation contractuelle. Mais le contrat type peut lui-même être incomplet, et ce constat s'applique aussi au contrat type « sous-traitance ».

170.- Ce dernier établit les obligations du donneur d'ordres et du sous-traitant le temps de leur relation. Cependant, ce contrat se montre très théorique. Dans la pratique, il en va autrement. Il est très rare qu'il soit fondé sur une égalité relationnelle et une indépendance des parties avec des obligations respectives. Or c'est ce manque d'indépendance qui va provoquer sa requalification.

171.- En effet, le milieu des transports est composé de très nombreuses entreprises de patron-chauffeur. Ces entrepreneurs ont besoin de travailler et ne tiennent pas toujours compte des prix ou des conditions. A l'ère du numérique, un patron-chauffeur peut gérer son activité de sa cabine. Il lui suffit de se connecter aux « bourses de fret » et de choisir les lots correspondant à ses destinations. Mais ce

genre de pratiques connaît des failles. Le chauffeur doit dans un premier temps trouver des lots pour rentabiliser son trajet. Il arrive qu'il trouve un « lot complet », ce qui est avantageux puisqu'il va charger à un seul endroit et exécuter son transport sans perdre de temps. Il pourra peut-être même exécuter plusieurs voyages en une journée. Cependant, financièrement, charger plusieurs lots est plus avantageux. Le transport de « lots partiels » est payé plus cher car il est soumis à l'offre et à la demande. Or, ce type de transports nécessite une « ramasse ». La ramasse consiste à aller chercher et charger chaque lot chez chaque expéditeur, opération extrêmement chronophage. Le transporteur doit donc trouver un intérêt dans cette opération : l'argent, sinon, il se tournera vers la recherche de lots complets. Le prix du transport de lots partiels couvre donc amplement les coûts de l'opération, même chronophage. Le transporteur n'a donc pas nécessairement besoin d'exécuter plusieurs ramasses ou plusieurs transports de lots partiels dans sa journée. Cela représente encore une économie, au niveau de l'usure du matériel et de la consommation de carburants par rapport à un transporteur de lots complets

172.- Mais cette recherche constante de lots, même facilitée par les bourses de fret, est elle-même chronophage. Il est donc beaucoup plus avantageux pour un transporteur d'avoir un contrat lui confiant un flux régulier.

173.- C'est ce que proposent certaines entreprises à leurs sous-traitants : la réalisation de flux réguliers en leur confiant différents transports au cours d'une certaine période. Mais un tel contrat peut avoir des inconvénients et peut s'apparenter à un contrat de travail. Il nous faut alors distinguer ces deux contrats.

174.- Le transporteur sous-traitant et le donneur d'ordres sont unis par deux contrats. Il y a un contrat de sous-traitance, ainsi qu'un contrat concernant le déplacement de la marchandise, la réalisation d'une opération de transport. Il y a donc un contrat de transport et un contrat de sous-traitance. Le contrat de transport a pour but la réalisation d'une prestation de service : la livraison de la marchandise. Et le contrat de sous-traitance a pour but d'encadrer la réalisation de cette prestation, il est donc supérieur au contrat de transport.

175.- Le contrat de transport est défini selon les articles 1779 et 1782 du code civil comme un contrat de louage d'ouvrage. Comme tous les contrats, il est caractérisé par l'engagement des parties de réaliser respectivement des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner. Ces obligations réciproques permettent de mettre les parties au contrat sur un pied d'égalité et d'éviter la conclusion de contrats abusifs. La volonté du code civil français est en effet d'éviter de placer des parties en position d'infériorité afin que leur consentement ne soit pas influencé.

176.- A l'issue de ce contrat de transport, le sous-traitant s'engage à transporter la marchandise et à effectuer des opérations de chargement ou de déchargement selon le poids du chargement et les dispositions légales du contrat type général. L'opérateur de transport s'engage, quant à lui, à payer le prix du transport.

177.- En 1961, la Tarification Routière Obligatoire a été instaurée. Ce système permettait de déterminer la rémunération à verser au transporteur selon un prix fixé au kilomètre. Mais l'ouverture du marché n'a pas permis sa continuité et la TRO a été abrogée en 1988. Certains transporteurs étrangers n'étant pas tenus des mêmes règles que les transporteurs français en matière de rémunération ou de charges salariales, et réussissaient à se dégager une marge malgré une rémunération des plus basses. Cette pratique tirait les prix vers le bas, et les opérateurs de transport pouvaient confier l'exécution de leur transport pour des coûts mineurs. Cela explique que malgré la disparition de la TRO, différentes dispositions législatives visant à contrôler la rémunération du prix du transport aient pris sa suite.

178.- En 1995, la loi sur la sécurité et la modernisation des transports⁸, a sanctionné la pratique de transports à perte. Cette pratique est punie par une amende, que se doit de payer le transporteur, mais aussi le donneur d'ordres qui est coresponsable de l'infraction.

179.- La LOTI⁹ instaurait déjà dans son article 8 un certain formalisme dans le contrat de transport relatif au prix. Celui-ci devait comportait une clause qui précisait le prix du transport comme des prestations accessoires, mais il faut attendre 1995 pour que la pratique de prix abusivement bas soit condamnée.

180.- Enfin, les contrats types comportent tous une clause indiquant que le prix du transport doit permettre une juste rémunération du transporteur, soit couvrir ses frais et permettre un bénéfice.

181.- Le contrat de transport est donc strictement défini, et les obligations qui en naissent doivent être égales afin que les parties soient indépendantes.

182.- Mais l'indépendance des parties peut aussi être envisagée à travers la responsabilité du transporteur. Le sous-traitant est avant tout un transporteur. A ce titre, il est donc garant de la marchandise et assume une obligation de résultat. Cette obligation l'oblige à tout mettre en œuvre pour que le transport de la marchandise soit effectué conformément à ce qui est convenu. En cas de dommage, il sera

⁸ Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

⁹ Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs.

pleinement responsable et ne pourra s'exonérer qu'en prouvant la faute d'un tiers, de l'ayant droit à la marchandise, le vice de la marchandise ou la force majeure.

183.- Cette responsabilité propre au transporteur lui permet d'exécuter le transport comme bon lui semble. Il est indépendant dans sa gestion du transport, de l'opérateur de transport qui lui a confié la réalisation de la mission. Il est aussi indépendant dans son fonctionnement mais aussi face au risque de son activité, il supporte seul les coûts, et à l'inverse, profite seul de ses bénéfices.

184.- Cette indépendance est propre au contrat de transport comme au contrat de sous-traitance, et ne se retrouve pas dans un contrat de travail où contrairement au contrat de transport, la subordination est primordiale.

185.- Le contrat de travail n'a jamais été strictement défini. La jurisprudence en donne plusieurs définitions parmi lesquelles on retrouve certains éléments : un engagement à la réalisation d'une tâche, un lien de subordination et une rémunération.

186.- Cette dernière pourrait permettre de qualifier le contrat de travail et de le distinguer. Mais le critère de lien de subordination paraît plus adapté. L'ancien article 120-3 du code du travail considère en effet, la subordination juridique comme un caractère de qualification du contrat de travail.

187.- Le lien de subordination fait apparaître un rapport de force sous-jacent. Ce rapport de force se retrouve dans les fonctions du chef d'entreprise qui exerce un pouvoir de contrôle, de direction et de sanction et ce, de manière permanente. C'est ce lien qui sera pris en compte pour requalifier un contrat de sous-traitance en contrat de travail.

188.- En effet, afin d'éviter un détournement du système et de la législation du travail, le contrat de sous-traitance est encadré. On souhaite éviter que la relation de sous-traitance soit un contrat de travail déguisé, ce qui arrive assez fréquemment en droit des transports. Pour cela, on ne prend pas en compte ce que le contrat a établi mais la réalité des liens qui unissent les cocontractants.

189.- Ce système de requalification a été déterminé par la jurisprudence et témoigne de la volonté du législateur de protéger les salariés et d'éviter les détournements de salariés par les entreprises. Car le détournement permet à l'entreprise de traiter le sous-traitant comme un membre de son personnel, sans pour autant payer les charges associées et en ayant la possibilité de rompre toute relation sans qu'il soit nécessaire de recourir au licenciement et de lui verser les frais associés.

190.- Ces abus ont été constatés et la jurisprudence est venue y mettre un terme en requalifiant le contrat de sous-traitance en contrat de travail quand cela était nécessaire.

191.- Cette requalification des faits par le droit permet d'expliquer l'attention soudaine portée à ces contrats. En confiant un flux régulier à un sous-traitant, une entreprise ne s'expose pas forcément à une requalification, cela nécessite la réunion et l'appréciation de plusieurs critères. Mais la facilité de réunion de ces critères oblige chaque entreprise à tout mettre en œuvre pour éviter une telle requalification.

192.- Ces critères ne sont pas strictement définis mais laissés à l'appréciation du juge. On peut constater que le lien de subordination est un critère fondamental. L'ingérence du donneur d'ordres dans la gestion de l'entreprise du sous-traitant, de la même manière qu'elle fait obstacle à la délégation de pouvoir, permet la requalification d'un contrat de sous-traitance en contrat de travail.

193.- Mais la dépendance économique permet aussi d'aider cette requalification.

II. La dépendance économique

194.- L'un des arrêts fondamentaux, illustrant la jurisprudence de requalification de contrat de sous-traitance en contrat de travail est l'arrêt EXAPAQ¹⁰ rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 27 mars 2001. Cet arrêt dégage un faisceau d'indices permettant de justifier la requalification. Qu'importent les éléments relevés, leur nature ou leur importance, tant qu'ils démontrent un lien de subordination et une dépendance économique. Dans cette situation, la relation entre donneur d'ordres et sous-traitant est trop proche du salariat pour ne pas échapper à la requalification.

195.- La dépendance économique ne connaît pas de dispositions législatives la définissant. Elle va alors être interprétée en fonction de la situation et des dispositions du code de commerce. La liberté contractuelle comme la liberté d'entreprendre souffre d'exceptions. Celles-ci sont posées par le législateur dans un esprit de protection des contractants mais aussi du marché économique. L'économie française, toujours dans la protection de l'intérêt général, cherche à limiter les pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes et les abus de positions dominantes. Selon ce contexte économique, l'abus d'une position dominante pour imposer ses prix et conditions est interdit. De la même manière, l'abus de la dépendance économique est aussi condamné selon l'article L. 420-2 du code de

¹⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 mars 2001, N° 00-86.308.

commerce. Cet article, s'il condamne l'abus de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise, ne définit pas la dépendance économique. C'est à la jurisprudence que revient encore ce privilège. Selon l'appréciation des juges, la dépendance économique peut être décrite comme une relation d'exclusivité non souhaitée. Cette relation montre l'impossibilité pour une entreprise dite dépendante de trouver une solution alternative ou un marché d'activité comparable lui permettant de mettre un terme à cette exclusivité.

196.- La relation qui en découle place l'entreprise dépendante dans une situation de faiblesse vis-à-vis de son donneur d'ordres. Son fonctionnement est réduit aux attentes de son cocontractant, qu'importent les conditions puisqu'en cas de refus, l'entreprise dépendante ne se remettrait pas de la perte de ce contrat représentant la totalité de son chiffre d'affaires.

197.- L'intérêt du critère de dépendance économique dans la requalification du contrat de travail nous oblige, encore une fois, à nous arrêter sur la volonté du législateur. La prise en compte de ce critère et son application créent une responsabilité à l'égard du donneur d'ordres. En cas de requalification du contrat de travail, il sera en effet, responsable de son sous-traitant comme il l'aurait été de son salarié et devra payer les charges associées. Cependant, l'entreprise en état de dépendance économique est la mieux placée pour connaître son chiffre d'affaires et trouver d'autres marchés afin de ne jamais se trouver dans une telle situation. Là encore le législateur pose des conditions en faveur du sous-traitant, qui pour être respectées par l'opérateur de transport, l'obligent à contrôler ses cocontractants.

198.- En droit des transports, la dépendance économique sera surtout déduite de l'exclusivité de la relation, mais aussi du prix pratiqué.

199.- La rémunération de la prestation de transport doit être juste et permettre au transporteur de couvrir ses frais tout en dégageant un bénéfice. Cette rémunération amène alors à s'interroger sur sa forme. Elle est en effet la contrepartie de la prestation du transporteur. Le donneur d'ordres doit payer le déplacement de sa marchandise. Dans ce cas, le prix est alors fonction de l'opération de transport. Pour être déterminée, la rémunération devra tenir compte de la marchandise, de sa nature, de son volume, des opérations de transport et de chargement ou de déchargement réellement effectuées, et de la distance parcourue. Le prix est donc propre à chaque opération de transport, contrairement à un salaire qui est forfaitaire et versé de manière régulière, quelle que soit l'activité du salarié.

200.- Le sous-traitant obtiendra une rémunération conforme aux opérations qu'il aura effectuées et qui tiendra compte de son activité qu'elle soit en hausse ou en baisse.

En ce sens, cette rémunération prouvera que le sous-traitant exerce bien à son compte et possède une entreprise distincte de l'entreprise « donneur d'ordres ». La distinction des patrimoines est d'autant plus importante que la jurisprudence admet l'extension des procédures collectives en cas de confusion de patrimoine. Il n'est donc pas dans l'intérêt du donneur d'ordres de se voir attribuer l'entreprise sous-traitante défaillante comme une filiale. Quant au sous-traitant, il supportera seul ses gains comme ses pertes et donc les risques de son activité.

201.- Mais cette indépendance financière se traduira aussi par une gestion propre de son activité et de son entreprise. Cette indépendance de gestion est nécessaire selon l'article 4.3. du contrat type « sous-traitance » qui énonce que : « le sous-traitant a la responsabilité du choix et de la gestion de ses fournisseurs de biens et de services ». Tout opérateur de transport qui s'immiscerait dans la gestion économique d'une entreprise sous-traitante risquerait de voir sa responsabilité engagée dans le cas d'une requalification en contrat de travail. L'ingérence serait constatée mais aussi la dépendance économique du sous-traitant qui ne serait plus capable de conclure par ses propres moyens et indépendamment, les contrats nécessaires à son activité.

202.- Cependant, avant de requalifier le contrat, l'article 4.4. du même contrat type permet au donneur d'ordres de faire profiter son sous-traitant des prix qu'il obtient de ses fournisseurs. Mais là encore, la limite entre échange de bons procédés et ingérence est mince. Si les avantages pour le sous-traitant sont grands, la perte de contrôle sur sa gestion peut lui être néfaste en cas de désaccord entre son donneur d'ordres et ses fournisseurs. Enfin, la limite entre conseil et obligation est encore plus ténue et d'autant plus difficile à prouver. Le spectre de la requalification n'étant jamais très éloigné des ambiguïtés contractuelles, il est dans l'intérêt des deux contractants de se préoccuper eux-mêmes de leur gestion, sans prendre le risque de la confier à une tierce personne.

Section III : Les effets de la requalification et le dépassement de la notion

203.- En fonction de ces éléments de requalification, on peut se demander si la relation qui unit une entreprise et ses tractionnaires n'est pas susceptible d'être requalifiée en contrat de travail. Il est clair qu'elle leur confie des flux de marchandises et que les patrons-chauffeurs se soumettent facilement à ces contrats plutôt que de se lancer dans des recherches de fournisseurs tout aussi chronophages que l'exécution de ramasses. Les tractionnaires s'engagent donc volontairement dans une relation exclusive et travaillent pour un unique client. On peut alors s'interroger sur la légalité de cette obéissance à la mono-clientèle et sur la possibilité d'une requalification en contrat de travail.

204.- La mono-clientèle est une pratique courante en droit des transports. Indépendamment de cette pratique, la liberté contractuelle laissée aux parties permet aux cocontractants de définir des clauses d'exclusivité dans leur contrat.

205.- La pratique de la mono-clientèle ne sera donc pas jugée illégale et ne suffira pas, en elle-même, à justifier une requalification. Cependant, comme toute pratique douteuse, elle devra être contrôlée. Elle sera limitée dans le temps, semblablement à la clause d'exclusivité, sa validité étant soumise à une vie de dix ans. Les deux parties devront s'engager. Le donneur d'ordres devra conforter sa relation avec son sous-traitant en lui confiant des informations sincères et nécessaires pour que celui-ci s'engage en connaissance de cause.

206.- La relation de sous-traitance est donc soumise à un formalisme certain. Le moindre écart à ces règles précises, est susceptible de créer un faisceau d'indices qui permettra la requalification du contrat de sous-traitance établi en contrat de travail.

207.- Cette requalification n'est pas souhaitable. En effet, une telle décision s'accompagne de sanctions, sanctions qui vont mettre en œuvre la responsabilité et la coresponsabilité de l'entreprise ; des sanctions qui peuvent impacter de manière forte sur l'entreprise et son fonctionnement et ainsi causer sa perte.

208.- La requalification ne fait que rétablir la vérité sur une situation certaine mais mal interprétée. Le rétablissement opéré a pour fonction d'appliquer à cette situation de fait, les règles de droit auxquelles l'entreprise a voulu échapper. Il s'agit également de rendre à chaque contractant les avantages auxquels il avait droit et dont il a été privé mais aussi de condamner celui qui a volontairement souhaité se soustraire à ses obligations légales.

209.- Les sanctions suivant la requalification sont de deux ordres : fiscales et sociales ainsi que pénales.

210.- Les sanctions fiscales et sociales ont pour fonction la punition du donneur d'ordres malveillant, mais elles ont aussi pour but de rétablir le sous-traitant dans ses droits. Ces sanctions sont rétroactives et dépendent, pour s'appliquer, de la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail. Cette requalification sera le plus souvent demandée par le sous-traitant. La rétractation d'un donneur d'ordres qui détourne une situation de droit afin de ne pas se voir appliquer les contraintes juridiques qui l'entourent paraît difficile à croire. Les demandes de requalification, dans leur majorité vont donc provenir des sous-traitants qui souhaitent se voir appliquer les droits dont on les a privés.

211.- Dans ce cas, ils devront fonder leur action sur le code civil et son article 1315 alinéa 1 qui énonce que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Le sous-traitant doit donc rapporter la preuve d'un contrat de travail, ce qui lui est possible de faire en se servant du faisceau d'indices déterminé par la jurisprudence.

212.- Face à ces critères, il existe peu de moyens pour le donneur d'ordres d'éviter cette requalification. On note cependant la présomption de non salariat posée par l'article L. 8221-6 du code du travail. La loi Madelin du 11 février 1994 instaure une présomption de non salariat retranscrite à l'article L. 120-3 ancien du code du travail. Cela signifie qu'une personne était présumée travailler pour son compte, donc être indépendante, dès lors qu'elle était inscrite au registre du commerce. La présomption était cependant atténuée dès qu'un lien de subordination juridique pouvait être constaté. Le critère de subordination juridique, utile aujourd'hui à la requalification du contrat de travail, était déjà utilisé afin de mettre un terme à la présomption de non salariat. Cependant, ce lien de subordination juridique ne produisait ses effets que s'il était permanent, et non temporaire. Il fallait alors étudier la situation des entreprises dans leur ensemble et les relations contractuelles entretenues ainsi que leur durée.

213.- Le critère de temps disparaît avec le remaniement de l'article par la loi AUBRY du 19 janvier 2000. Cette loi instaure une obligation de paiement des contributions et cotisations dues à l'URSSAF pour celui qui a eu recours au service d'une personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés, si les conditions permettent d'établir un contrat de travail. Parmi les critères dégagés par la jurisprudence afin de requalifier un contrat de sous-traitance en contrat de travail, on retrouve le lien de subordination juridique. En revanche, il n'est plus question d'une notion de temporalité. Cette disparition de la distinction entre relation temporaire et permanente va dans l'intérêt du sous-traitant qui pouvait être malmené de la même façon, quelque soit la durée de la relation.

214.- Malgré ce constat, l'article 8221-6 II reprend cette notion de permanence du lien de subordination juridique. Cependant, il semble difficile d'envisager que ce type de relation même temporaire ne soit pas puni. Actuellement, la jurisprudence ne s'étant pas prononcée, on peut présumer qu'une telle relation est permise, bien que cela soit en contradiction avec la volonté de protection du législateur qui découle du premier alinéa.

215.- A défaut de trouver les arguments nécessaires pour éviter la requalification de son contrat, l'opérateur de transport se verra appliquer rétroactivement la législation

française sur le droit du travail. Tout son fonctionnement et ses décisions fondées sur le droit commercial n'ont plus de raison d'être si la relation est définie comme une relation salariale et non contractuelle. Ainsi, la rupture de leur relation pourra être elle-même requalifiée en licenciement abusif sans cause réelle et sérieuse. La procédure formelle du licenciement n'ayant pas été respectée donnera lieu à des dommages et intérêts en faveur du « salarié ».

216.- Le donneur d'ordres devra alors se conformer à la législation du droit du travail, désormais applicable à sa situation, en ce qui concerne le paiement des contributions et cotisations dues à l'URSSAF. Le donneur d'ordres devra alors s'acquitter de toutes les charges sociales dont le paiement lui sera réclamé par les organismes sociaux (caisses des congés payés, sécurité sociale, etc.). Le donneur d'ordres sera aussi soumis à l'article L. 8221-2 du code du travail et sera tenu d'une solidarité financière avec son sous-traitant. Il devra payer les impôts, les taxes dont le paiement est nécessaire au fonctionnement de l'entreprise. Bien sûr, il en va de même, que cette requalification touche un patron-chauffeur ou une PME. Dans le second cas aussi, le donneur d'ordres sera tenu pour responsable et se devra d'acquitter les contributions sociales de la même manière.

217.- La requalification entraîne aussi des sanctions pénales. La requalification du contrat peut être interprétée comme une volonté du donneur d'ordres de dissimuler une partie de son activité, de ses employés et ainsi, de se livrer à la pratique de travail illégal. Le travail illégal permet de fonder des sanctions pénales en direction du donneur d'ordres. Depuis 2005, la notion de travail illégal est reconnue et définie, elle désigne un ensemble de fraudes majeures à l'ordre public social et économique, précisément prévues et définies par le code du travail. La notion se divise ensuite en six infractions : l'emploi d'un étranger démuné de titre de travail, le cumul irrégulier d'emplois, la fraude aux revenus de remplacement, le prêt illicite de personnel, le travail dissimulé, le marchandage. Les deux dernières infractions nous intéressent tout particulièrement, bien que toutes ces pratiques soient condamnées par des sanctions pénales allant de l'amende à l'emprisonnement selon la gravité.

218.- Le travail dissimulé et le marchandage sont les seules infractions permettant des sanctions pénales découlant de la requalification d'un contrat de sous-traitance en contrat de travail. Afin de procéder à la prise de telles sanctions, il faut avant tout prouver que l'attitude du donneur d'ordres est coupable ainsi que sa volonté d'agir frauduleuse. En effet, les relations entre transporteur et donneur d'ordres sont faites de telles manières qu'un manque d'attention ou de vigilance suffit à créer un lien de subordination juridique ou une situation de dépendance économique, sans pour autant attester de la volonté de l'opérateur de transport de détourner le système. Il

faudra donc, avant de lui appliquer des sanctions pénales, prouver qu'il a intentionnellement souhaité profiter du régime de sous-traitance, tout en voulant éviter l'application du droit du travail.

219.- Le marchandage comme le travail dissimulé ont tous deux pour objet de permettre à l'entreprise de faire des bénéfices tout en privant le « salarié » de ses droits. Le salarié est donc défavorisé par cette situation ; ce qui caractérise le marchandage tout comme les bénéfices acquis par l'exploitation de la main d'œuvre fournie et non déclarée. Le marchandage peut donc qualifier une situation précédant la requalification du contrat de travail. La reconnaissance du marchandage a cependant des inconvénients pour les deux cocontractants. Le donneur d'ordres et le sous-traitant sont désignés comme coauteurs de l'infraction et encourent donc tous deux une sanction pénale.

220.- Le travail dissimulé est aussi applicable en cas de « fausse sous-traitance ». Mais cette qualification se distingue de celle du marchandage car l'acte la formant doit être volontaire et dans ce sens, seul le donneur d'ordres sera sanctionné.

221.- Cependant, pour que les sanctions pénales ou sociales s'appliquent, et que la responsabilité du donneur d'ordres soit mise en œuvre, il faut que le contrat soit requalifié. Cette requalification en contrat de travail dépend d'un faisceau d'indices vu précédemment. Au final, l'obligation de contrôle du sous-traitant demandée par le contrat type transport ne suffit pas à permettre la mise en cause de sa responsabilité ou de sa coresponsabilité en cas de faute. Il sera nécessaire de requalifier le contrat pour que le donneur d'ordres contrevenant ou le sous-traitant soit condamné. Le donneur d'ordres n'est donc pas condamné sur un fondement contractuel mais sur un fondement délictuel, propre au droit commun. Quant à l'obligation de contrôle née du contrat, elle n'instaure qu'une présomption simple de responsabilité à l'égard de l'opérateur de transport.

222.- Il a fallu attendre la loi du 10 juillet 2014, dite loi SAVARY, pour que soient renforcées l'obligation de contrôle et la solidarité financière du donneur d'ordres. Cette loi crée ou plutôt conforte la responsabilité du donneur d'ordres et lui impose une obligation de vigilance. Le donneur d'ordres avant de contracter avec un prestataire doit vérifier que celui-ci soit à jour et respecte les obligations auxquelles il est soumis. Dans le cas contraire, le donneur d'ordres est sanctionné par une amende.

223.- La responsabilité du donneur d'ordres a donc évolué. Aujourd'hui, elle n'est plus présumée mais bien réelle et s'applique de plein droit. Les relations contractuelles restent cependant privées. En fonction de ce constat, il semble qu'il faille toujours une faute révélée pour que la responsabilité s'applique. En effet, il

faudra toujours constater une violation des obligations de l'opérateur de transport, par les autorités compétentes ou sur dénonciation d'un sous-traitant, pour lui appliquer la sanction. Une fois de plus, la règle est posée, mais son application reste sujette à interprétation. Or, cette interprétation, souvent en faveur de la partie faible, oblige le donneur d'ordres à se protéger, notamment en établissant un contrôle de ses sous-traitants. Il se conforme ainsi à la loi et cela pourra le protéger et lui permettre de prouver sa bonne foi.

TITRE II : EVOLUTION DU CONTRÔLE DE LA SOUS-TRAITANCE, UNE NECESSITE

Chapitre I : Une pratique de plus en plus influente

224.- La sous-traitance est une pratique établie et nécessaire en droit des transports. Il est aujourd'hui très rare de rencontrer un opérateur de transport qui n'y recourt pas. Ce mode de fonctionnement touche le chargeur, qui ne peut exécuter lui-même ses transports et les délègue à un transporteur. Cela implique aussi le transporteur lui-même qui peut déléguer une partie de son activité à un confrère pour se concentrer sur un autre projet. Cela concerne encore le transporteur qui souhaite conclure un contrat en vue d'obtenir un marché spécifique qui lui demandera une flotte toute aussi particulière qu'il ne possède pas.

225.- Ce transfert d'activité, aussi minime soit-il, est fait dans l'intérêt des deux entreprises. L'entreprise sous-traitante est rémunérée pour son travail, mais au-delà de cet aspect financier, l'entreprise peut être appelée pour son savoir-faire. Elle est donc reconnue aux yeux d'autres transporteurs et pourra être concernée par d'autres contrats de même type. Le contrat de sous-traitance, bien exécuté, peut donc servir de façade publicitaire et d'argument de vente à plus long terme au profit du sous-traitant. Pour le donneur d'ordres, le fait de recourir à une telle entreprise signifie souvent une croissance de l'entreprise à laquelle il ne peut faire face, croissance pouvant être temporaire comme permanente.

226.- Cependant, malgré ces aspects positifs, la sous-traitance est une délégation d'activité. A ce titre, elle peut s'interpréter comme une perte de contrôle pour le donneur d'ordres qui n'exécute pas lui-même les contrats conclus, mais les réalise par l'intermédiaire d'une tierce personne. Il recourt à cette personne, à l'entreprise sous-traitante de manière volontaire. Il la choisit selon des critères objectifs comme sa capacité à effectuer le travail à accomplir, sa taille, son fonctionnement, la flotte et les équipements spécifiques en sa possession. Les relations contractuelles sont aussi dominées par des critères subjectifs.

227.- Le droit français fonde toute la relation contractuelle sur le consentement, qui ne doit pas être vicié. Le consentement doit être certain, sûr, et surtout, ne pas être influencé. La relation contractuelle obéit aussi à un principe de liberté. Elle est donc soumise aux philosophies de liberté et de confiance. L'opérateur de transport aura donc besoin d'avoir confiance en son cocontractant afin d'envisager la relation en toute sérénité. L'appréciation du sous-traitant est donc, en pratique, toute aussi objective que subjective. La conclusion du contrat, quant à elle, bien que guidée par des philosophies de liberté et de confiance, sera en pratique rendue nécessaire par la situation économique de l'entreprise. En effet, le recours à un sous-traitant est souvent utilisé pour palier une croissance soudaine d'activité, à laquelle il faut répondre rapidement. Le temps et la nécessité de parer à une situation nouvelle ne jouent pas en faveur de l'entreprise « donneur d'ordres ». L'opérateur de transport sera donc motivé par un besoin de sous-traiter, qui ne lui laissera pas le temps de satisfaire ses critères subjectifs. Or, c'est sur cette subjectivité que repose toute la crainte du donneur d'ordres. Si ses propres critères de sélection de son sous-traitant ne sont pas comblés, le donneur d'ordres ne pourra avoir confiance dans cette relation. Si l'on ajoute à cela, les jurisprudences de requalification des contrats de sous-traitance en contrat de travail, rarement au profit de l'opérateur de transport, ainsi que la loi SAVARY publiée dernièrement et imposant une obligation de vigilance, on obtient un sentiment d'insécurité croissant du donneur d'ordres. Ce sentiment est le fondement de la volonté des entreprises de transport de se protéger aujourd'hui et de prendre les mesures nécessaires pour que leurs relations contractuelles se déroulent sans encombre.

Chapitre II : La volonté des entreprises de transport de se protéger

228.- L'entreprise de transport n'a qu'une seule fonction : transporter du fret selon la demande de son client ; quelle que soit l'importance de l'entreprise ou le milieu dans lequel elle exerce, qu'il soit maritime, aérien ou terrestre. Le déplacement sera l'objet d'un contrat de transport. Ce contrat est en principe bipartite. Il ne concerne dans son exécution que le client du transporteur et le transporteur. Cette définition, agréable à envisager par sa simplicité, est aujourd'hui bousculée par la réalité du milieu du transport et son évolution.

229.- Le transport fait aujourd'hui intervenir d'autres participants qui diffèrent et s'ajoutent aux intervenants historiques. Le client et le transporteur suffisent toujours à la conclusion d'un contrat de transport, mais ils ne sont pas forcément les seuls intervenants concernés. Les définitions mêmes de client et de transporteur ont changé et se sont adaptées au fonctionnement actuel. Le client était avant défini comme le bénéficiaire du contrat de transport et le commanditaire du déplacement.

Aujourd'hui, la bonne exécution du contrat de transport est favorable à plusieurs bénéficiaires : d'abord à l'expéditeur, celui qui met à disposition du transporteur la marchandise à déplacer, mais aussi au destinataire, celui qui va recevoir la marchandise et en disposer après qu'elle lui a été livrée. L'expéditeur, comme le destinataire, peuvent être clients et ordonner le transport de la marchandise. Mais le client peut aussi être indépendant de l'expéditeur et du destinataire.

230.- Le transport peut en effet s'inscrire dans un processus de fabrication, il ne peut être qu'une intervention, une partie d'une chaîne industrielle. Dans ce cas, il peut permettre l'acheminement d'une matière première vers un lieu de transformation et, le client peut être celui qui possèdera le produit transformé et procèdera à sa revente.

231.- Les mêmes problèmes de définition peuvent se rencontrer concernant le transporteur. Le transporteur est celui qui exécute le transport par ses propres moyens. Dans ce cas, quelle est la place du transporteur qui sous-traite l'opération de transport dans un tel contrat ? Pendant des années, la jurisprudence a énoncé : « qui sous-traite devient commissionnaire ». Ainsi, le transporteur n'est plus transporteur mais commissionnaire, il organise donc le transport et peut être l'interlocuteur du client. Le transporteur réel sera quant à lui celui qui effectue réellement le transport, donc le sous-traitant. Enfin le commissionnaire peut être un transporteur comme un commissionnaire exerçant à ce titre et inscrit au registre des commissionnaires en tant que tel, sans disposer de flotte personnelle. La jurisprudence est d'ailleurs revenue sur la qualification de commissionnaire et sur son application au transporteur. Elle se fonde aujourd'hui sur la volonté des parties et sur ce qu'elles ont souhaité au moment de la conclusion du contrat, encore une illustration de la liberté qui règne en matière contractuelle.

232.- L'autre illustration de ces évolutions de vocabulaire est l'article L. 132-8 du code de commerce qui instaure un lien entre expéditeur, commissionnaire, transporteur et destinataire, lien découlant du contrat de transport. Cet article instaure une responsabilité financière de l'expéditeur et du destinataire envers le transporteur en cas de défaillance du commissionnaire dans le paiement du prix du transport. Dans une telle situation, la loi autorise le transporteur sous-traitant à demander sa rémunération à l'expéditeur ou au destinataire et ce, même dans l'hypothèse où ils auraient déjà réglé le prix du transport. Cette solidarité financière montre encore une fois que le législateur force les intervenants au contrat de transport à s'intéresser non pas à sa conclusion ou aux bénéfices qu'ils vont en retirer, mais à l'exécution du transport elle-même.

233.- Cette obligation sous-jacente et aperçue dans différents contrats de transport et textes législatifs encadrant la matière, est aujourd'hui clairement énoncée et visible par tous au sein de la loi du 10 juillet 2014. Sa publication ne fait cependant que constater la volonté du législateur, comme des parties au contrat de transport, d'être sûres de ce qu'elles concluent et de leurs partenaires. L'article L. 132-8 du code de commerce en est bien la preuve. La requalification du contrat de transport en contrat de travail le confirme, la relation de sous-traitance doit être encadrée et cet encadrement semble aujourd'hui nécessaire pour que celle-ci se déroule dans les meilleures conditions.

234.- Ainsi la crainte du donneur d'ordres et la contrainte opérée par ses clients sur sa personne, fondée sur l'article L. 132-8 du code de commerce, l'obligent à contrôler les personnes auxquelles il recourt. Le donneur d'ordres, faisant preuve d'une parfaite bonne foi, va donc tout mettre en œuvre pour établir ce contrôle, de manière volontaire et en accord avec la législation. Mais si l'obligation de contrôle découle des textes, aucun d'eux ne donne d'informations sur la mise en place de ce contrôle et les moyens susceptibles de le permettre.

Chapitre III : Des moyens de protection à améliorer

235.- Ici encore, puisque le transporteur agit toujours dans un milieu commercial, au sein de relations contractuelles, la liberté prévaut. On peut alors s'interroger sur la valeur de cette liberté. Est-elle suffisante pour permettre au transporteur de se défendre en mettant en place un contrôle de ses sous-traitants ? Quelle forme doit d'ailleurs avoir ce contrôle ? Est-il soumis à un formalisme des plus stricts ou, là encore, la liberté prévaut ? Ces questions, auxquelles aucune disposition légale ne vient répondre, sont pourtant des questions quotidiennes et des plus importantes dans la vie d'une entreprise de transport.

236.- Si on analyse les textes précédemment exposés, on retrouve une obligation de contrôle, sous-jacente ou affirmée, ainsi qu'une sanction : la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail avec la solidarité financière encourue et les sanctions pénales. Le raisonnement juridique a un point de départ et un point d'arrivée, mais aucun fil conducteur, aucune indication.

237.- En effet, la jurisprudence a dégagé un faisceau d'indices pour permettre la requalification du contrat de travail. Cette requalification est une sanction pour le donneur d'ordres, mais celle-ci est impropre et n'a rien à voir avec le contrat conclu. En effet, la requalification est une sanction de la volonté du transporteur de détourner la législation du droit du travail. Elle ne sanctionne donc absolument pas la non-exécution de l'obligation de contrôle du donneur d'ordres, mais son intention et son

comportement contrevenant. Elle est en revanche une sanction possible à la désinvolture du donneur d'ordres face à ce contrôle et à son manque de diligence.

238.- On peut déduire de ce faisceau d'indices et de la sanction encourue les écarts à ne pas faire et par raisonnement déductif le comportement à tenir afin de ne pas être sanctionné. Dans ce cas, et toujours en fonction des déductions que nous permettent de faire les quelques indications légales dans ce domaine, le donneur d'ordres est libre de prendre et de mettre en œuvre, par n'importe quels moyens, toutes les mesures qu'il juge nécessaire pour exécuter son obligation de contrôle.

239.- Cette liberté de moyens paraît très avantageuse, mais elle a aussi des inconvénients pouvant finalement mettre le donneur d'ordres dans une situation encore plus périlleuse que celles auxquelles il est déjà confronté.

240.- La liberté laissée au donneur d'ordres a une limite qui est formée par l'ingérence. L'immixtion du donneur d'ordres dans la vie et le fonctionnement de l'entreprise sous-traitante est en effet une cause de requalification. L'exercice de ce contrôle n'est donc pas si libre et oblige le donneur d'ordres à savoir manier à la perfection contrôle et liberté pour ne pas tomber dans l'ingérence.

241.- Les moyens de contrôle à mettre en place et leur fonctionnement peuvent seulement être déduits de ce que permet la jurisprudence pour ne pas tomber dans l'ingérence. Il est donc donné aux entreprises un ordre de contrôle, sans leur dire comment exécuter celui-ci. Ce contrôle inscrit entre une obligation et une sanction concrète, apparaît, pour sa part, comme totalement abstrait. Cela paraît, au vu des sanctions encourues totalement improbable. Le vide juridique entourant le contrôle auquel l'opérateur de transport doit se soumettre est encore une fois propice aux interprétations en faveur du sous-traitant.

242.- Ce vide juridique est lui-même comparable à une sanction du donneur d'ordres. En effet, le donneur qui se satisferait du manque d'informations sur le contrôle à opérer pour justifier son manque d'action, ou un défaut de contrôle mis en place, risquerait malgré tout d'être condamné ; d'abord sur son inexécution de contrôle mais aussi pour laisser perdurer une situation qualifiable de « fausse sous-traitance », ce qui serait immédiatement interprété en faveur du sous-traitant. Car comme le contrôle trop approfondi peut être vu comme une immixtion du donneur d'ordres, l'absence de contrôle, ou de tout acte montrant un intérêt du donneur d'ordres pour son sous-traitant peut être perçu comme une volonté de celui-ci de ne pas se conformer à la réglementation en vigueur.

243.- Les moyens à mettre en place doivent donc être définis au plus vite afin que le donneur d'ordres puisse parer à toute tentative de requalification, lorsque son intention n'était pas de celles-là. Il est aussi conseillé de définir l'intensité et les limites du contrôle à effectuer autrement que par l'application de sanctions immédiates ou d'un régime qui ne lui correspond plus ou ne lui est pas adapté. La non-exécution du contrôle de sous-traitance doit être distinguée de la requalification du contrat de travail et du travail illicite. En ce sens, elle ne doit pas se voir appliquer les sanctions de ces principes, mais des sanctions qui lui sont propres, tout en prenant en compte la volonté ou non du donneur d'ordres d'exécuter ce contrôle, son action ou sa passivité. Quant au contrôle, unique preuve de la bonne foi de l'entreprise, il doit être mis en œuvre coûte que coûte. Au vu de la liberté laissée au donneur d'ordres, il peut lui être conseillé de se fier, encore une fois à son instinct et à ses critères subjectifs pour l'exécuter.

Section I : Contrôle existant et contrôle mis en place dans les entreprises de transport

244.- Malgré les imprécisions législatives, la mise en place du contrôle est aujourd'hui nécessaire. La relation contractuelle étant envisagée dans un cadre législatif français, les cocontractants se doivent d'obéir aux dispositions légales françaises. En cas de problème d'interprétation de la loi ou de la volonté des parties dans un contrat de transport, le contrat type s'applique. Or l'obligation de contrôle se retrouve dans tous ces documents, quels qu'ils soient. L'entreprise doit donc se résoudre à le mettre en œuvre.

245.- Si ce contrôle est justifié par des dispositions légales, le donneur d'ordres ne peut pas pour autant tout se permettre, s'il ne veut pas être considéré comme intervenant directement dans la gestion de l'entreprise sous-traitante. Ce contrôle est aussi imposé par la relation contractuelle elle-même. Les différents intervenants étant liés entre eux par le contrat de transport, ils se doivent tous de veiller, selon leurs moyens et leur implication, à sa bonne exécution.

246.- Etant donné que ce contrôle vise le transporteur réel, celui qui va effectuer la prestation et en supporter les risques, c'est au donneur d'ordres, qui est en lien direct avec lui, de l'effectuer. Ce contrôle libre va donc le plus souvent en pratique prendre la forme d'un référencement.

247.- Le donneur d'ordres est responsable de son sous-traitant, au même titre que le commissionnaire est responsable du transporteur qu'il emploie. A ce titre, et selon la relation contractuelle, il se doit de «connaître son cocontractant». Cette «connaissance» implique que le donneur d'ordres ou le commissionnaire

comprene qui est la personne en face de lui. Il doit se représenter l'entreprise avec laquelle il contracte telle qu'elle est vraiment et non selon ses attentes. De ce fait, l'opérateur de transport est tenu de vérifier l'identité et la capacité de son sous-traitant.

248.- En pratique, le donneur d'ordres doit donc vérifier la capacité de son cocontractant lui permettant de conclure le contrat de transport. Historiquement, l'activité de transport a toujours été très peu contrôlée. Il a fallu attendre le décret n° 99-752 du 30 août 1999 pour que l'accès à la profession de transporteur soit réglementé. Avant ce texte, il suffisait d'acheter un tracteur et une semi-remorque pour exercer en tant que transporteur. Aujourd'hui la personne qui souhaite s'établir en tant que transporteur doit respecter quatre conditions : une condition d'établissement, d'honorabilité, de capacité financière et de capacité professionnelle. Si ces conditions ne sont pas respectées, la personne ne peut s'établir en tant que transporteur. Dans le cas contraire, elle exercerait illégalement la profession et serait condamnable pour cet exercice illicite.

249.- Le donneur d'ordres, comme le commissionnaire, doit vérifier qu'il traite bien avec un transporteur professionnel. Ces obligations sont réglementaires. Cela permet de pouvoir les contrôler plus facilement. En effet, ces conditions sont posées par la loi qui atteste elle-même de leur bonne réalisation. La législation édicte donc des documents permettant au transporteur de prouver qu'il se conforme bien à toutes les exigences législatives. La capacité professionnelle est, par exemple, reconnue par un diplôme délivré par l'Etat. La capacité financière fait l'objet d'une déclaration annuelle, à chaque fin d'exercice comptable, à la DREAL. Cette autorité propre au domaine des transports français, atteste en fonction de la déclaration reçue de sa capacité financière. Dans le cas où celle-ci serait insuffisante pour exercer une activité de transport, la DREAL pourrait refuser de laisser fonctionner l'entreprise plus longtemps.

250.- Ce contrôle préalable fait intervenir la DREAL, l'entreprise est donc soutenue dans sa démarche de contrôle par l'Etat en ce sens qu'elle n'est pas la seule à l'exercer. Cependant le fait de contrôler qu'un transporteur ait une conscience et une activité professionnelle, ne signifie pas qu'il soit à jour des exigences posées par les articles L. 8222-1 et suivants du code du travail. Et, même si le respect de ces exigences est tout aussi bien contrôlé par la loi, la manière dont une entreprise gère sa politique fiscale ou sociale, ou encore ses bénéficiaires, est privée. Ce contrôle d'une entreprise sur une autre, même dans un esprit de protection afin de voir une relation commerciale s'exécuter en toute transparence, est-il possible sans tomber dans l'ingérence ? Car même motivé par de nobles intérêts, ou justifié par la loi, il reste un

contrôle et le terme est souvent plus négatif que positif. La loi elle-même n'arrive pas à le définir de façon à éloigner sérieusement la crainte de requalification. L'entreprise, laissée libre doit donc, pour réaliser ce contrôle, se soumettre à toutes les exigences de la loi et savoir manier à la perfection contrôle et liberté, obligation d'informations et ingérence.

251.- La technique du référencement semble être la plus apte à combler opérateur de transport, entreprise sous-traitante et exigences étatiques. Elle consiste à demander à chaque sous-traitant un ensemble de pièces et de documents prouvant son bon fonctionnement, conformément aux différentes dispositions légales applicables à l'entreprise. Le donneur d'ordres doit alors s'interroger sur plusieurs points.

252.- Il faut en premier lieu, déterminer les documents à demander. La détermination de façon précise de ces pièces est très importante. Le donneur d'ordres doit en effet savoir ce qu'il peut demander, et ce qu'il ne peut pas demander. L'entreprise, face à lui, a en effet des devoirs mais aussi des droits dont la confidentialité fait partie. N'étant pas encadré, les seules limites rencontrées par le donneur d'ordres sont donc la volonté de son sous-traitant, la confidentialité des contrats que celui-ci a conclus, et le spectre de l'ingérence.

253.- Ensuite, il faut savoir apprécier ces pièces, leur utilité, et leur véracité. Là encore se pose le problème de l'autorité du donneur d'ordres. Si on lui donne le pouvoir et la responsabilité de réclamer des documents propres à l'activité de son sous-traitant, quelle est son autorité face à ceux-ci pour vérifier qu'ils ne mentent pas ? Dans le cas d'une production frauduleuse d'écrits, la volonté du donneur d'ordres d'avoir tenté de référencer son sous-traitant suffira-t-elle à le protéger, ou, la diligence qui naît de ses prérogatives de contrôle est-elle illimitée ? Sera-t-il tenu comme coresponsable de l'infraction de faux et d'usage de faux de son sous-traitant ? Les prérogatives de contrôle de l'opérateur de transport connaissent ici une nouvelle limite, prouvant bien que ce contrôle ne peut pas être abouti, si l'entreprise n'est pas aidée.

254.- Enfin, il faut s'interroger sur la prescription de ces pièces. Il n'est pas question de demander une liasse de documents inadaptée et ce une seule fois dans la vie de l'entreprise. Les articles du code du travail, relatifs à la responsabilité financière du donneur d'ordres énoncent d'ailleurs que, dans le cadre d'une relation établie, le donneur d'ordres doit demander un Kbis de moins de trois mois. Pour une relation contractuelle d'une durée d'un an, le donneur d'ordres devra donc régulièrement demander le Kbis de son cocontractant. La même situation peut être observée face aux attestations d'assurance qui sont, pour la plupart, établies pour une année ou

même moins de six mois, en fonction du paiement des primes par l'assuré. Dans ce cas encore, il faudra régulièrement redemander les attestations au sous-traitant. Le donneur d'ordres sera-t-il alors responsable en cas d'oubli ou d'impossibilité d'obtenir ces écrits en raison de la trop courte durée de la relation ?

255.- Il faut aussi tenir compte des spécificités de chaque tractionnaire. Le référencement doit être effectué au cas par cas, selon les caractères de l'entreprise cocontractante. Un patron-chauffeur n'aura pas à justifier du paiement de ses charges et cotisations à l'URSSAF de la même façon qu'une PME. La capacité financière demandée à ces deux types d'entreprise ne sera pas la même. Il faut aussi noter qu'en cas de délégation de pouvoir à un tiers, notamment de la gestion effective des transports, le contrôle ne sera pas effectué de la même manière. Régulièrement des entreprises de transport se créent, et pour parer à l'absence d'une des quatre conditions nécessaires pour sa création, notamment la capacité professionnelle, elles embauchent une personne possédant cette capacité ou la louent à un tiers. Le législateur demande qu'une telle personne exerce une gestion effective des transports, et ne soit pas un prête-nom. Cette personne encourt, du fait de son activité, une responsabilité pénale, elle doit donc s'intéresser à tous les actes conclus et effectués en son nom. Dans ce cas, comment contrôler une telle union et vérifier que le sous-traitant possède bien en son sein un « responsable transport » ? Comment le donneur d'ordres peut-il demander la preuve de la réalisation des quatre conditions nécessaires à l'établissement d'une entreprise de transport et comment le sous-traitant peut-il la lui apporter sans tomber dans l'ingérence ? Encore une fois, la difficulté de ce contrôle et ses limites sont visibles.

256.- Ces difficultés peuvent freiner une mise en place volontaire d'un référencement ou d'un autre moyen de contrôle.

257.- Le droit a une place prépondérante dans la vie de l'entreprise de sa naissance jusqu'à sa disparition. Tous les aspects de la vie en entreprise sont soumis à autant de législations spécifiques. Cependant, l'entreprise a pourtant un seul intérêt : les bénéfices. Toutes ses décisions sont prises dans ce sens. Une entreprise doit être rentable si elle veut fonctionner, mais aussi si elle souhaite accomplir d'autres projets. Face à cette recherche de profit, la mise en place d'un système de contrôle peut apparaître comme une perte de temps et d'argent et pousser le donneur d'ordres à tenter de le contourner.

Section II : Non-contrôle de la sous-traitance

258.- Les difficultés de mise en place de ce contrôle imposé peuvent effrayer l'opérateur de transport. Le contrôle qui peut être volontairement effectué par le donneur d'ordres, peut, de la même manière, ne pas l'être.

I. Non-contrôle volontaire

259.- La recherche du profit est le fondement de toute entreprise, mais aussi la philosophie qui dirigera toute sa vie. Cette recherche de gain se retrouve dans tous les processus de fonctionnement de la société, qu'elle soit une société de transport ou non. Chaque décision qui sera prise ira dans ce sens. La prise de décision doit donc se faire en connaissance de cause, le bénéfice doit être la finalité de celle-ci.

260.- Si l'on étudie la mise en place du contrôle sous l'aspect économique, le coût de sa réalisation et de son respect est supérieur à ses avantages. En effet, il n'y a pas de réelle sanction financière en cas de contrôle mal ou non effectué. La sanction, financière ou pénale, viendra de la requalification du contrat en contrat de travail, elle-même découlant le plus souvent d'une dénonciation. Aujourd'hui on estime à trente-trois mille, le nombre d'entreprises de transport en activité. La plupart étant des entreprises de patrons-chauffeurs, on peut s'attendre, de leur part, à des conclusions de contrats de sous-traitance auprès d'opérateurs de transport consciencieux ou non. Ces donneurs d'ordres ne sont eux-mêmes contrôlés que par la DREAL ou le fisc, soit par des autorités de contrôle aux effectifs bien insuffisants pour identifier les détournements du système de sous-traitance et agir contre

261.- Au vu de ces différents éléments, il est alors facile d'imaginer le comportement envisagé par la majeure partie des opérateurs de transport. Etant donné que la mise en place d'un référencement coûte du temps à l'entreprise, mais aussi de l'argent, et qu'il y a peu de chance qu'il soit vérifié un jour que l'entreprise l'a mis en place, ou que l'obligation de contrôle du donneur d'ordres soit mise en cause, le référencement perd son intérêt.

262.- Le fait que ce contrôle soit demandé par la loi, mais qu'il ne possède pas de sanction appropriée laisse une marge d'appréciation au donneur d'ordres. La mise en place d'un tel contrôle sera donc soumise à la volonté de l'opérateur de transport, mais aussi à son analyse et à sa prise de risques.

263.- On peut penser que cette prise de risques dépendra de la philosophie de l'entreprise, mais aussi de sa structure. Une entreprise ayant conclu de multiples contrats de sous-traitance aura plus de chance d'être dénoncée par un sous-traitant mécontent que celle ne recourant à la sous-traitance qu'occasionnellement.

264.- En fonction d'un savant calcul de risques, propre à chaque entreprise, on peut donc s'attendre à un contournement du contrôle, sous prétexte de raisons économiques. C'est donc, là encore, la crainte du donneur d'ordres, les possibilités que le risque se transpose en fait dommageable dans la réalité, qui vont le contraindre à mettre en place ce contrôle.

265.- Ces constats et cette possible interprétation laissent apparaître la volonté de l'opérateur de transport de détourner une nouvelle fois le système. Il semble que son intérêt soit dans l'abus de la sous-traitance et l'exploitation de son cocontractant. Cela peut être vrai pour certains d'entre eux mais ce comportement ne peut pas être généralisé et appliqué à tous ; d'autant que le référencement n'est pas forcément souhaité par les sous-traitants eux-mêmes.

II. Un contrôle impossible en pratique

266.- L'obligation de contrôle, renforcée par la loi SAVARY, est à destination des donneurs d'ordres. C'est à eux de vérifier la bonne exécution, par leurs prestataires de service, de leurs obligations fiscales, sociales et administratives.

A) L'obligation trop lourde des donneurs d'ordres

267.- Ils doivent donc exécuter un contrôle de leurs cocontractants, susceptible de déterminer si ceux-ci sont en règle ou non au regard des législations, notamment celle du travail. L'opérateur de transport est forcé de s'intéresser à la situation de son sous-traitant. Cette contrainte particulière ne semble pourtant pas justifiée. Certes, elle a un fondement légal, mais dans la pratique, elle ne dispose d'aucun ancrage. On peut en effet s'interroger sur la mise en place de ce contrôle et son imputabilité au donneur d'ordres. D'où vient cette volonté du législateur de le contraindre à une telle action ?

268.- L'observation de la pratique et de la jurisprudence rendue dans ce domaine peut justifier cette contrainte par les abus du donneur d'ordres. En effet, on peut, dans une interprétation stricte de la loi, penser que c'est le sous-traitant qui est contrôlé et seulement lui, et dans ce cas, ne pas saisir l'intérêt de lier le donneur d'ordres à ce système.

269.- Il en va différemment si l'on interprète la loi avec un regard plus large. Les nombreux abus du donneur d'ordres en dépit du respect de son cocontractant ont obligé le législateur à intervenir afin de rétablir l'ordre. La taille d'une entreprise « donneur d'ordres », souvent bien plus grande que celle d'un sous-traitant patron-chauffeur est plus facile à contrôler. En déléguant et en hiérarchisant le contrôle, de l'Etat vers le donneur d'ordres, et du donneur d'ordres vers le sous-traitant, on limite les structures à contrôler. L'intégration du donneur d'ordres dans un cycle de

contrôle permet aux autorités en charge de celui-ci d'intervenir plus vite et de manière plus ciblée. Mais cela permet, par la même occasion de contrôler le donneur d'ordres, de le rendre responsable de ses abus et d'éviter qu'il ne détourne le système. Il est donc question de le contrôler et de le punir aussi en mettant en cause sa responsabilité et sa coresponsabilité financière et pénale en cas d'abus. Le fait qu'il puisse lui aussi être concerné et puni par le contrôle permet de comprendre qu'il en supporte la charge en ce sens qu'elle n'est qu'une continuité des devoirs qu'il possède déjà dans le domaine.

270.- Cela explique que le sous-traitant ne soit pas directement contrôlé, le contrôle de toutes les structures, d'auto-entrepreneurs notamment, serait impossible à mettre en place et coûterait plus cher à l'Etat que de laisser des entreprises abusées faire faillite.

B) Un contrôle volontairement éludé

271.- Ce contrôle a en effet une dimension économique particulière, et importante puisqu'elle forme la base, et constitue l'inspiration de cette démarche. En liant donneur d'ordres et sous-traitant par une responsabilité et une coresponsabilité financière, le législateur a souhaité faire en sorte d'avoir toujours un garant en cas de défaillance économique de la structure du prestataire de service. En effet, le sous-traitant est contrôlé afin de remplir ses obligations fiscales, sociales et administratives ; autant d'obligations relatives à l'Etat et à sa perception de taxes et d'impôts, dont tout détournement est condamné. Or, lorsqu'il y a détournement, cela cause aussi une dette à l'Etat qui devient créancier de toutes les contributions sociales du prestataire. Cela n'est pas le cas du donneur d'ordres, qui a profité de la situation volontairement ou involontairement. Son manque de diligence est alors condamné. Il est rendu responsable financièrement des dettes créées par son cocontractant. L'Etat possède par ce moyen la meilleure des couvertures en la personne du garant que devient le donneur d'ordres.

272.- Cette notion économique peut tout aussi bien expliquer que l'on ne contrôle pas directement le tractionnaire afin de lui permettre de se mettre à jour de ses obligations dans un premier temps, et afin de protéger l'économie du milieu du transport.

273.- L'observation de la pratique nous montre que beaucoup d'entreprises ne sont formées que par des patrons-chauffeurs souhaitant travailler et ce à n'importe quel prix, sans se soucier de n'agir que pour une mono-clientèle. Un grand nombre d'entre eux réalisent cent pour cent de leur chiffre d'affaire avec un seul donneur d'ordres.

Or, statuer sur tous ces contrats et les requalifier ou leur appliquer les règles de dépendance économique ne serait pas forcément les meilleures des solutions.

274.- En effet, dans certains cas, la situation, bien que caractéristique d'une dépendance économique, n'en est pas pour autant abusive. La qualifier en tant que telle correspondrait à donner un statut juridique réel au sous-traitant. Mais en lui demandant de diminuer le chiffre d'affaires qu'il réalise avec cette entreprise, cela pourrait condamner la sienne, ce qui est contraire à l'esprit de la loi. Pour la croissance de l'économie nationale, il vaut mieux en effet permettre à un entrepreneur de réaliser son chiffre d'affaires comme bon lui semble, quitte à le laisser se mettre en situation de dépendance économique, que de l'empêcher de travailler, ou de réaliser un chiffre d'affaires correct, en l'obligeant à chercher différents flux qui ne seront pas forcément aussi avantageux que son unique contrat.

275.- Enfin, la recherche et la réunion de documents prouvant une bonne exécution des obligations du sous-traitant, peuvent aussi lui poser des difficultés. Pour une PME cela pose moins de problèmes. Mais toujours dans l'hypothèse du patron-chauffeur, il lui est difficile de remplir tout aussi bien les demandes concernant des documents administratifs et les demandes concernant des transports. Il peut aussi lui être difficile d'annoncer le chiffre d'affaires qu'il réalise avec le donneur d'ordres de peur de se voir retirer une partie des flux.

276.- L'autre difficulté vient des sous-traitants travaillant de manière « spot ». Ces sous-traitants intervenant auprès d'une entreprise de manière occasionnelle, n'ont pas forcément intérêt à se faire contrôler et à répondre aux attentes du donneur d'ordres. Les risques de requalification de contrat ou de dépendance économique n'ont pas lieu d'être envisagés ici, il serait alors inutile de vérifier la situation du tractionnaire.

277.- Cela est sans compter sur la crainte du donneur d'ordres de voir celui à qui il confie sa marchandise l'abuser à son tour. L'obligation de contrôle posée par la loi vient donc répondre à une situation de fait abusive, dans un sens comme dans l'autre.

278.- La nécessité de ce contrôle et l'importance de la responsabilité et de la coresponsabilité entre les deux intervenants principaux du contrat de transport ne font plus aucun doute.

DEUXIEME PARTIE : EVOLUTION DU CONTRÔLE ET DES OBLIGATIONS DU DONNEUR D'ORDRES, NOUVELLE RESPONSABILITE INADAPTEE

TITRE I : CONTRÔLE ET SOLUTIONS ENVISAGEES

Chapitre I : L'apport de la loi SAVARY

279.- La loi SAVARY, comme les articles 8221-1 et suivants du code du travail, précise une obligation de contrôle dont les faiblesses sont découvertes par sa mise en place.

280.- Le contrôle posé par les articles du code du travail et inclus dans le contrat type « sous-traitance » à l'article 6, est demandé par le droit français. Ce constat explique son orientation vers la protection du sous-traitant. La législation sociale française est, en comparaison des autres législations nationales, l'une des plus complètes et des plus protectrices. Elle a constaté les différents abus possibles et les contournements du droit du travail et a su s'adapter en fonction de l'évolution même des entreprises, afin de ne plus permettre ces actes malveillants.

281.- La vigilance demandée au donneur d'ordres est une preuve de ces avancées législatives, mais c'est aussi un système propre au droit français. Elle s'inscrit dans une évolution parallèle du droit des transports et de la sous-traitance en France, ainsi que du droit du travail et des contrôles que cette législation impose. On peut alors s'interroger sur la vision et l'intérêt de ce contrôle au sein de l'Union Européenne et même à l'international. Si dans le cadre français le sous-traitant est souvent en situation de faiblesse, en est-il de même à l'international ?

282.- La lecture de différentes revues pratiques comme juridiques relatives à l'activité de transport terrestre de marchandises, telles « l'Officiel des Transporteurs » ou « le Bulletin des Transports et de la Logistique », nous dépeint une toute autre réalité. Depuis l'ouverture du transport sur l'Europe et la possibilité de transporter des marchandises à travers l'Union Européenne grâce au cabotage, les bourses de fret ne sont plus réservées aux transporteurs d'un seul pays. La marchandise mise en ligne par ces moyens peut se trouver dans n'importe quel état, et le transporteur qui se présentera pour son déplacement peut lui aussi être originaire d'un pays membre de l'Union Européenne différent de celui de mise à disposition ou de livraison de la marchandise.

283.- Or, ces différents points d'extranéité touchant le contrat de transport, mettent le donneur d'ordres dans une situation délicate, ne lui permettant pas d'exécuter

correctement ses obligations. Ces difficultés sont augmentées par l'exécution souvent hâtive des missions de transport, puisque c'est une activité où la rapidité d'action est nécessaire afin de respecter les délais impartis. Cela crée des failles dans lesquelles des organismes mafieux s'engouffrent volontairement. Les articles de revue de transport nous rapportent de nombreux exemples et nous offrent un concentré de ces actions frauduleuses. Il n'est alors plus question d'envisager le donneur d'ordres en situation de force, ce n'est plus le cas. C'est le tractionnaire qui exerce et se place en position dominante. Celui-ci peut avoir une existence réelle, mais ne peut être aussi qu'une société écran à une organisation criminelle. Celle-ci se servira de la bourse de fret pour transporter un lot qu'elle jugera intéressant, présentera un ensemble routier chez l'expéditeur, ensemble routier qui n'arrivera jamais au lieu de livraison fort du prix du transport et d'une marchandise qu'il pourra revendre.

284.- Le domaine des transports, étant par essence dangereux, a toujours été victime de vols, le plus souvent de marchandises. Ces vols, comme les techniques frauduleuses, évoluent en même temps que les innovations techniques et juridiques permettant de se protéger. Si l'on observe toujours une certaine saisonnalité dans ces infractions (vol de semi-remorques frigorifiques transportant des produits alimentaires convoités pour la fin de l'année, vol de parfums au printemps à l'approche des fêtes des mères), les semi-remorques ne sont plus les seules à susciter de l'intérêt. On peut y ajouter le carburant et les équipements même de la semi-remorque (châssis, pneus, système d'échappement, etc.). La marchandise reste cependant l'objet des principaux vols, et pour pouvoir l'atteindre, les techniques de fraudes se multiplient et prennent d'autres formes, notamment la forme économique. De nombreuses entreprises se créent sans pour autant que cette existence soit réelle et constatée par une inscription au registre du commerce et des sociétés.

285.- C'est donc encore une fois la crainte et la conscience professionnelle de l'opérateur de transport comme du donneur d'ordres qui vont les pousser à se conformer à leurs obligations. Mais celles-ci sont propres au droit français. Or, la législation sur le cabotage ouvre les entreprises à un fonctionnement européen. Comment peuvent-elles se protéger et respecter leurs obligations dans ce contexte ?

286.- La loi SAVARY vient lutter contre le détachement « sauvage »¹¹ et le dumping social¹². Elle précise les obligations et établit une de vigilance pour le donneur

¹¹ Recours à un « salarié détaché » selon la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, sans respecter cette directive.

¹² Recours à des travailleurs étrangers pour que l'entreprise qui les emploie profite de conditions sociales avantageuses.

d'ordres en définissant un certain formalisme. L'objectif de cette loi qui était de préciser certaines zones d'ombres est accompli. Elle est nécessaire, même si elle peut paraître disproportionnée quant aux contraintes imposées au donneur d'ordres. Les dangers économiques relatifs au fonctionnement des entreprises comme à la marchandise montrent également la nécessité de cette loi et de l'obligation de vigilance du donneur d'ordres.

Chapitre II : La solution du référencement

287.- Il est clair que la dimension européenne et internationale donne une toute autre couleur à ce contrôle et le rend d'autant plus nécessaire. Les deux cocontractants ont en effet, et quelle que soit la loi envisagée, besoin d'être protégés.

Section I : La protection des intervenants du transport

288.- Contracter, même avec une entreprise d'un Etat membre de l'Union européenne, demande une bonne connaissance des pratiques contractuelles et des connaissances juridiques certaines. Le contrat établi, pour être le plus efficace doit définir le rôle de chacun et ne pas laisser de place à l'interprétation. Il doit refléter l'exacte volonté des parties et ne pas permettre une quelconque requalification.

289.- Bien que le prêt de main d'œuvre, le dumping social, les délocalisations ou le détachement sauvage soient des pratiques dans la ligne de mire du législateur actuel, il n'est pas question de les interdire. En revanche, il est nécessaire de les contrôler afin d'éviter les abus. Le code du travail français n'y suffit plus. Il est nécessaire d'adopter des textes à portée internationale. La loi SAVARY a cette vocation, mais perd de ce fait son efficacité, car elle s'adresse avant tout au donneur d'ordres français. C'est lui qui est visé par l'obligation et sera puni en cas de non-diligence. Cette réglementation est aussi encadrée par l'Europe et va sûrement nécessiter une directive d'application. Il est donc probable que sa transposition, en accord avec la réalité de l'activité à laquelle elle se destine lui fasse perdre de sa force, mais son but restera le même, la protection des parties au contrat de sous-traitance.

I. L'entreprise

290.- Il s'agit avant tout de protéger les entreprises exerçant dans le milieu du transport. Les deux parties sont visées, qu'elles soient opérateur de transport ou sous-traitant, employeur ou donneur d'ordres. La loi SAVARY reprend les articles du code du travail définissant le détachement de salariés auprès d'une autre entreprise. Dans le cas du contrôle de la pratique du dumping social, c'est l'employeur qui risque une amende administrative de deux mille euros ou quatre mille en cas de récidive dans l'année, le total de l'amende ne pouvant dépasser dix mille euros. Mais

le donneur d'ordres est lui aussi tenu par ces mêmes amendes quand l'employeur se montre défaillant dans le respect de ses obligations.

291.- Il a en effet la mission de d'avertir l'employeur et de l'enjoindre de régulariser sa situation quand une infraction est contestée. Cette absence d'avertissement et de vigilance est punissable par une amende. Mais le donneur d'ordres est aussi responsable financièrement en cas de non-paiement des salaires. Il sera en effet tenu de rémunérer les salariés de son cocontractant, de son sous-traitant direct ou indirect et du cocontractant de son sous-traitant.

292.- Les deux entreprises sont donc censées communiquer à leurs cocontractants toutes les informations relatives à la bonne exécution de leurs obligations pour protéger leur fonctionnement. La nouveauté de la loi est la publication des condamnations des entreprises sur un registre dédié, notamment pour celles ayant exercé en recourant au travail dissimulé. Les sanctions pénales et financières sont plus lourdes et la parution des condamnations, visible par les autres entreprises, a un effet dissuasif encore plus important.

293.- L'entreprise doit en effet prendre en compte sa réputation, et la protection de son fonctionnement et de son savoir-faire. Une telle parution pourrait lui être néfaste aux yeux des autres acteurs du secteur d'activité. La publication de la sanction est donc une seconde punition pour le donneur d'ordres. Cette seconde sanction a, en outre, un effet pénalisant *a posteriori*, puisque l'entreprise punie et reconnue comme fraudeuse, en plus des sanctions pénales, financières et administrative, risque de perdre une partie de ses flux.

294.- La sanction financière est dédoublée. Elle se pose donc en sanction directe, constatant la situation litigieuse et en sanction indirecte, suite à la découverte de cette situation. Puisque les relations contractuelles sont avant tout fondées sur une relation de confiance entre les partenaires, l'accusation portée contre l'un, et le constat de sa situation illégale pourraient rompre cette relation. La perte de contrat et donc de flux de transport serait à envisager et avec elle des difficultés financières de l'entreprise qui n'a pas accompli ses obligations de vigilance.

295.- La loi qui se veut protectrice des entreprises d'opérateurs de transport comme de sous-traitance, possède des défauts dans son interprétation pouvant, en pratique causer les dégâts qu'elle souhaitait éviter. L'entreprise a donc intérêt à exécuter le contrôle et son obligation de vigilance.

296.- Le référencement envisagé dans un premier temps comme une technique de contrôle propre à l'entreprise, et proche des sous-traitants avec une analyse au cas

par cas de leur situation, doit être transposé à l'international. Il apparaît comme la seule solution suffisante à la protection de l'entreprise puisqu'il permet de connaître son cocontractant dans les moindres détails sociaux et administratifs. Cette dimension internationale, pour une entreprise nationale, peut cependant poser des difficultés d'application. En effet, les difficultés remarquées dans la mise en place du contrôle en matière nationale, s'accroissent du fait de la dimension internationale.

297.- De la même manière, le chef d'une entreprise « donneur d'ordres » peut se trouver dans une situation délicate quant à la mise en cause de sa responsabilité.

II. Le chef d'entreprise

298.- Selon la loi SAVARY, l'entreprise est tenue par une solidarité financière en cas de non-exécution de son obligation de contrôle. L'entreprise doit faire face à cette annonce à l'échelle nationale comme à l'échelle internationale, et la prendre en compte dans son fonctionnement. Cette sanction sera envisagée avant même la conclusion d'un contrat.

299.- Cependant, la loi SAVARY comme les articles du code du travail français n'envisage qu'une coresponsabilité financière et administrative. On ne s'intéresse ici qu'à l'hypothèse du travail dissimulé ou d'abus du sous-traitant. La loi et les autres textes restent muets en ce qui concerne la fraude fiscale ; et le détournement de la législation du travail ne serait alors pas révélé par un contrôle des autorités appropriées ou un sous-traitant abusé, mais par un accident de la route impliquant un dommage corporel. En droit français, la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail était suffisante pour que le transporteur et le donneur d'ordres soient coresponsables et assument la responsabilité de leurs actes sur les plans financier et pénal. Le donneur d'ordres devenait, du fait de cette requalification du contrat, l'employeur et supportait alors la responsabilité pénale associée.

300.- On peut se demander si le raisonnement reste le même avec l'apparition de la loi SAVARY. Celle-ci ne se positionne que sur le domaine de la responsabilité et de la coresponsabilité financière du donneur d'ordres. Rien n'est dit sur sa responsabilité pénale, sauf en cas de travail dissimulé.

301.- La requalification du contrat de travail serait-elle possible en droit international ? En effet, la loi française a défini un faisceau d'indices permettant de requalifier le contrat. Mais ce faisceau est propre au droit français. On peut alors se demander quelle sera la méthode utilisée par le droit international, et si dans ce cas, la loi française pourra être la loi applicable. Etant donné qu'il s'agit au travers de cette loi et des contrôles qu'elle impose, de sanctionner le contrevenant qui souhaiterait contourner les législations françaises du droit du travail, il semble

évident que la loi française doit s'appliquer. L'intérêt de l'application de la loi française est de sanctionner celui qui a mal agi pour ne pas se la voir appliquer. Sur un fondement économique, l'application de la loi française permettra à l'Etat de récupérer les taxes et contributions qu'il n'a pas pu percevoir du fait de la fraude. Enfin l'application de la législation française du travail est considérée comme plus favorable au sous-traitant, selon la jurisprudence, interprétation sur laquelle certains doutes peuvent être émis. S'il est clair que le donneur d'ordres la détourne pour que le régime applicable, ou plutôt le régime qu'il s'applique, lui soit plus favorable, on ne peut pas suivre le même raisonnement pour le sous-traitant. En effet, ce n'est pas parce qu'il n'en perçoit pas les bénéfices qu'une fois appliquée celle-ci lui sera plus favorable que sa loi nationale.

302.- L'intérêt économique qui habite la loi SAVARY, motive la création d'un contrôle et d'une obligation de vigilance du donneur d'ordres, mais il n'est pas suffisant à lui seul pour justifier l'établissement de cette loi dans son ensemble et cacher ses failles concernant l'application de la responsabilité et de la coresponsabilité pénale à l'international. La responsabilité du donneur d'ordres est appréciée de manière financière et celui-ci apparaît victime de la nouvelle loi, face à des contraintes trop lourdes à son encontre selon Patrick HETZEL, député qui a tenu à donner son avis sur la loi et les motifs de l'abstention des députés UMP lors du vote de la loi.¹³

303.- Les sanctions encadrant la responsabilité financière du donneur d'ordres sont cependant susceptibles d'atténuation s'il prouve sa bonne foi, ou si au contraire, sa passivité est constatée. Mais là encore, la loi peut être interprétée, et ayant vocation à s'appliquer dans un contexte européen, on peut se demander quelle est la définition de la passivité à retenir. Le comportement du donneur d'ordres est sujet à interprétation. Cette interprétation apparaît comme un moyen de pression en faveur du législateur qui sera susceptible d'apprécier le comportement du contrevenant en fonction de ce qu'il souhaite économiquement et des dommages causés à la fiscalité française. Il est donc fort probable que l'interprétation du comportement soit influencée par la somme détournée et la grandeur du litige et non par le comportement réel du donneur d'ordres.

304.- Afin de ne permettre aucune interprétation en ce sens, le donneur d'ordres se doit de réagir et de trouver une solution, notamment avec le référencement.

¹³ *Loi Savary : abstention de l'UMP*, BTL 2014, n° 3515 du 28 juillet 2014, p.1.

III. Le sous-traitant

305.- Le référencement peut être tout aussi utile au sous-traitant. Avec les paquets législatifs autorisant le cabotage, et la mise en place de moyens de communication et de transport multimodaux, le transport routier de marchandises connaît de moins en moins de limites géographiques. Un lot de marchandises est transporté de plus en plus facilement grâce à la containerisation. Cette pratique fait aussi intervenir plus de parties au contrat de transport. Ce dernier peut être exécuté par plusieurs sous-traitants, mais aussi par plusieurs transporteurs sous couvert de la même lettre de voiture.

306.- En pratique, les sous-traitances en cascade sont la plupart du temps interdites dans les contrats cadres de transport, notamment à cause de la responsabilité financière qui lie l'expéditeur et le destinataire au sous-traitant à travers la loi GAYSSOT. Cela n'empêche pas qu'un transport puisse avoir plusieurs intervenants de bout en bout.

307.- Pour faciliter un transport à l'étranger, il est courant de recourir à un commissionnaire. Celui-ci va organiser le transport et le faire exécuter par des transporteurs. La plupart du temps, les transporteurs auxquels il recourt sont connus de lui, car ce sont souvent des personnes auxquelles il a déjà fait appel auparavant. Etant tenu par l'obligation de vigilance, il vaut mieux pour le commissionnaire qu'il connaisse ses cocontractants et ait établi avec eux une relation contractuelle encadrée.

308.- Une relation contractuelle valide et stable est tout aussi profitable pour le sous-traitant. Au vu des exigences auxquelles doit faire face le donneur d'ordres et de la prudence qui lui est imposée, il est attendu que son comportement change et qu'il s'oriente vers des relations contractuelles plus sûres. Or, puisque ses règles sont faites dans l'intérêt du tractionnaire, et au vu du changement possible dans l'attitude des opérateurs de transport envers les sous-traitants, la conduite de ces derniers doit elle aussi changer. Le sous-traitant, afin d'agir dans la légalité mais aussi afin d'être protégé, doit répondre à l'obligation de vigilance des donneurs d'ordres. Il peut agir en se laissant référencer par exemple, et donc en fournissant toutes les preuves nécessaires à son positionnement quant à la réalisation de ses obligations sociales, fiscales et administratives, mais aussi en se mettant à jour de ses obligations quand une irrégularité est constatée et lui est signalée par son donneur d'ordres.

309.- Les sous-traitants ont aussi un intérêt majeur à voir ce contrôle s'effectuer. En effet, une distinction doit être faite entre la sous-traitance régulière et la sous-traitance dite « spot ». Cette technique de sous-traitance est nommée en pratique

« affrètement ». L'affrètement est un terme issu du vocabulaire du transport maritime désignant une convention par laquelle une entreprise met à la disposition d'une autre (l'affréteur), un navire dans le but de son exploitation. Le terme a été repris en droit des transports terrestres, surtout en droit routier afin de désigner la même opération, le navire étant ici remplacé par un ensemble routier.

310.- Cette pratique ne présente pas de danger de requalification ou de dépendance économique puisque l'affréteur n'a qu'un rapport occasionnel voire unique avec son sous-traitant. Cependant, cela n'empêche pas le tractionnaire de ne pas exécuter ses obligations de contributions aux charges sociales. Or, le caractère éphémère de la relation compromet la bonne exécution par le donneur d'ordres de son obligation de vigilance. Il lui est difficile de mettre en place un tel contrôle et de fournir autant d'efforts pour un seul transport de lots. De la même manière, son expérience unique avec ce sous-traitant, même en cas d'accident corporel, ne suffirait pas à mettre en cause sa responsabilité.

311.- En revanche, cela laisse une possibilité aux sous-traitants non contrôlés d'exécuter leurs transports comme bon leur semble, en dépit du respect des règles d'assurance, des règles sociales, ou même de la R.S.E. Ce comportement, volontairement malveillant, est en pratique réel et surtout très difficile à sanctionner. La sanction va alors être existante cependant de manière indirecte, par l'attitude des donneurs d'ordres envers ces entreprises. Les Ceux-ci sont contraints au contrôle, or ce contrôle ne tient pas compte des spécificités de la pratique, ni de la distinction entre sous-traitance spot et régulière. On peut donc s'attendre à ce que plutôt que de prendre le risque de travailler avec des sous-traitants spot, impossibles à contrôler, ils ne travaillent tout simplement plus avec ce genre de structures atomisées. Là encore, la difficulté est réelle. Si l'on comprend l'idée du contrôle et même la volonté du législateur de ne pas s'embarrasser d'entreprises contrevenantes, susceptibles de justifier qu'elles soient éliminées du milieu du transport, la même pensée ne peut être soutenue face à des patrons-chauffeurs ayant besoin d'une activité. Ceux-ci vont être pénalisés et évincés du marché sans qu'ils soient coupables d'infractions.

312.- Cette réforme invite à s'interroger sur un possible changement de comportement au sein même du monde des transports, sur une évolution de l'attitude de ses acteurs, afin d'agir et d'exécuter ce contrôle ensemble. Le texte de loi ne parle pas d'égalité entre donneur d'ordres et sous-traitant, mais bien d'un contrôle afin de répartir les tâches de chacun et d'éviter les abus. On peut cependant envisager qu'un comportement diligent ne soit plus contraint mais effectué volontairement afin de parvenir à une égalité naturelle entre ces deux acteurs, et ce malgré les différences de poids économiques des entreprises.

Section II : Le référencement, une solution adaptée à l'internationalité du transport

313.- Ce changement souhaité par les acteurs du transport est voulu dans toute l'Europe et même à l'international. Cependant, cela ne suffit pas. En effet, ce changement ne doit pas seulement concerner les acteurs du monde des transports, mais aussi leur cadre d'exercice. Or, ce cadre est composé de la législation.

314.- Le transport est une activité qui s'est exercée sans cadre législatif pendant plusieurs décennies. Les premières lois dans le domaine en droit français sont intervenues tardivement afin d'encadrer une activité qui ne cessait de progresser. Les entreprises de transports ont connu des années fastes profitant des libertés laissées par le législateur. Il a fallu attendre les années 1980-1990, pour que le législateur vienne encadrer l'activité et son essor.

315.- En droit international, il existe peu de textes concernant le droit des transports routiers. Mis à part la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route en date du 19 mai 1956 sur la responsabilité du transporteur et les conditions de transport, le transport routier international de marchandises est soumis à peu de règles. Or, l'activité du transport est telle qu'elle dépasse les frontières géographiques. Le transport en se développant à l'international ne peut être tenu de répondre uniquement de ses lois étatiques.

316.- Ainsi, l'obligation de contrôle et de vigilance du prestataire de service posée par la loi française, va s'intégrer à ce contexte international. Mais afin de favoriser son application entre les différentes parties au contrat de transport à travers des Etats différents, il semble nécessaire de rendre ce contrôle international.

317.- La mise en place d'un contrôle unique, uniforme et international entre les entreprises de transport, qu'elles exercent en tant que donneur d'ordres ou sous-traitant, permettrait une meilleure compréhension du système à mettre en place. La réciprocité des obligations entre les différents opérateurs de transport à travers le monde, ou du moins, à travers l'Union européenne amènerait également un échange d'informations de qualité et utile à toutes les entreprises concernées par la mise en place de l'obligation de vigilance.

318.- Cela permettrait aussi une égalité entre les entreprises de transport françaises et leurs jumelles étrangères. En effet, si l'obligation s'applique à toutes les entreprises françaises et par conséquent aux entreprises étrangères qui contractent avec elles, elles ne s'appliquent qu'aux entreprises françaises. Les entreprises étrangères ne sont donc soumises à aucune obligation similaire. Elles peuvent engager la responsabilité financière des entreprises françaises mais l'inverse ne peut pas s'appliquer.

*L'évolution de la responsabilité et de la coresponsabilité du donneur d'ordres :
la nécessité du contrôle de la sous-traitance*

Mathilde BOULGARIAN – Année universitaire 2013-2014

319.- Cette mise en cause de la responsabilité des entreprises françaises semble déloyale. Alors que la loi SAVARY cherche elle-même à lutter contre la concurrence déloyale, elle instaure à son insu un système défavorable aux entreprises françaises. Celles-ci sont tenues d'effectuer une surveillance accrue de leurs sous-traitants et sont sanctionnées dans le cas contraire. Or aucun contrôle de même type n'est établi et assorti de telles sanctions dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Les entreprises françaises sont donc poussées à la réactivité, quand les entreprises nationales d'autres pays peuvent faire acte de passivité sans être sanctionnées. La mise en place d'une obligation de vigilance internationale est donc nécessaire. On peut espérer qu'un tel système soit instaurait, mais cela paraît difficile étant donné que ce contrôle est lié à la France.

320.- La loi SAVARY reprend et modifie pour l'essentiel les articles du code du travail français. Elle tente surtout de limiter et de mettre fin à une pratique frauduleuse essentiellement française aussi.

321.- En effet, si la législation française relative au droit du travail est avancée, la fiscalité appliquée à ce domaine l'est tout aussi. L'entreprise française est soumise par sa législation nationale à un paiement de contributions et de charges assez élevé. Le paiement de taxes est souvent ressenti comme une injustice par la société contrainte de payer. Bien que ce ressenti soit essentiellement subjectif, la comparaison entre la somme de taxes à payer par une entreprise française et celle relative à une entreprise étrangère laisse transparaître un certain appétit du fisc français, appétit qui peut s'avérer fatal quand il touche des petites structures d'entreprises.

322.- Afin d'éviter cette avidité, les entreprises ont donc cherché à contourner les législations fiscales françaises applicables à leur situation. Elles ont alors entrepris, au moyen de savants montages fiscaux, de s'établir dans d'autres pays aux obligations sociales moins coûteuses. Cela aurait pu se passer sans encombre si les entreprises une fois l'autre nationalité obtenue, s'étaient conduites en tant que citoyennes modèles de leur nouvelle patrie. Or, leur démarche ne visait qu'à se voir appliquer un régime fiscal plus favorable et non à adopter les us et coutumes de leur nouvelle patrie. Ces entreprises ont cherché à s'établir à l'étranger, tout en continuant à fonctionner dans leur pays d'origine. La manœuvre a consisté pour l'essentiel à établir un siège social écran dans l'état à la fiscalité avantageuse, puis au moyen de filiales, à retourner exercer dans le pays d'origine de l'entreprise, en reprenant la même main d'œuvre et la même clientèle. Une autre technique, tout aussi avantageuse, consistait à rester établi en France, tout en embauchant une main d'œuvre moins chère en provenance d'un autre Etat, membre ou non de l'Union

européenne. Cette façon de faire n'est pas propre au domaine des transports, elle touche d'autres secteurs d'activités comme celui du BTP par exemple. Mais qu'importe qui l'utilise ou la technique choisie, le contournement législatif consiste en un détournement volontaire de la loi. Il est exercé avec l'intention de ne pas se voir appliquer une disposition légale, et en ce sens, il est forcément illégal puisque son but principal l'est aussi.

323.- Le législateur français a constaté l'infraction et décidé d'y mettre un terme, selon les articles 8221-1 et suivants du code du travail. Le contrôle instauré par ces articles est donc français par essence. Il est propre au droit français car il est né de son évolution. Ces textes sont venus parer les défauts de la législation française et la consolider. Ils permettent aussi d'espérer que d'autres pays suivront la même démarche afin de compléter le contrôle mis en place par la France et de l'unifier, mais aussi afin d'établir un système de responsabilité et de coresponsabilité commun.

324.- L'obligation de vigilance imposée aujourd'hui apparaît donc comme l'évolution nécessaire de la législation pour encadrer celles du domaine du transport, et notamment par rapport à l'ouverture du secteur sur l'Europe. Cette législation nouvelle est fondée sur une idée déjà sous-jacente et exploitée dans les textes relatifs au transport, celle de la vérification de l'existence réelle de l'entreprise.

325.- Cette vérification sert aussi les intérêts de l'expéditeur et du destinataire. Le contrat de transport est conclu le plus souvent entre un expéditeur et un transporteur, tous les deux professionnels du transport. Il n'en est pas de même pour le destinataire. Il peut dans certains cas organiser un transport pour son compte, mais le plus souvent, il n'est pas un professionnel du domaine et n'intervient pas directement dans le contrat. Il y est associé et en devient partie puisqu'il en est le bénéficiaire. L'article L. 132-8 du code de commerce le rend responsable financièrement, tout comme l'expéditeur, de la bonne exécution du contrat.

326.- Cela lui permet d'agir sur le contrat de transport et de le contester quand il souffre de sa mauvaise exécution. Il est en effet libre d'émettre des réserves sur le contrat de transport quand la marchandise ne lui est pas parvenue intacte, bien que cette intervention soit postérieure à la conclusion et à l'exécution du contrat de transport.

327.- Le contrôle effectué par le donneur d'ordres, a donc pour but de le protéger, mais aussi de protéger le destinataire. Ce contrôle s'adresse directement aux exécutants du contrat de transport, et indirectement à l'extrême maillon de la chaîne de transport, le destinataire et donc le consommateur.

328.- Ce dernier est touché par les ramifications du contrat de transport. Il s'y intéresse et y est intéressé de plus en plus. N'étant pas un professionnel du domaine, et constituant l'ultime maillon de la chaîne de transport, il ne connaît pas le fonctionnement des étapes précédentes. Il n'est pas non plus informé de la provenance de sa marchandise ou des différents pays qu'elle va traverser afin de lui parvenir. Enfin, il n'est pas averti de la législation relative au transport, et ainsi des contrôles à exécuter en fonction des différentes personnes qui vont prendre en charge la marchandise. Ce nombre de personnes n'augmente pas forcément avec l'ouverture sur l'Europe, contrairement aux déplacements de marchandises à l'international. Les flux sont de plus en plus internationaux. La facilité de déplacement, offerte par les moyens techniques dont bénéficie le secteur des transports, et l'ouverture des frontières permettent aujourd'hui d'importer et d'exporter tout type de marchandise dans toute l'Europe, au gré des demandes d'expéditeurs et de destinataires.

329.- Les destinataires doivent être distingués des consommateurs. Le destinataire peut être le consommateur final de la marchandise. C'est le cas d'une entreprise qui reçoit des matières premières d'autres régions ou pays pour les transformer et créer un produit qu'il revendra, ou d'un particulier qui se fait livrer sa commande dans le cas d'un transport de messagerie (transport de moins de trois tonnes). En majorité cependant, le destinataire sera différent du consommateur final. C'est le cas du destinataire qui va réceptionner la marchandise et la mettre à disposition du consommateur (exemple des plateformes logistiques de grandes et moyennes surfaces). Le destinataire reçoit la marchandise, il en prend livraison, le consommateur l'utilise.

330.- Jusqu'ici, en cas de litige sur la marchandise à la livraison, et si aucune réserve n'avait été émise lors de la prise en charge de la marchandise ou lors de l'exécution du transport, le transporteur était présumé responsable. Dans l'hypothèse où plusieurs transporteurs étaient concernés par l'acheminement de la marchandise, le dernier transporteur était présumé responsable et assumait le litige. Le destinataire comme le consommateur était protégé par ce système et pouvait réclamer une compensation de son préjudice auprès de l'organisateur du transport. Celui-ci se retournait ensuite contre le transporteur présumé coupable. Ce système de responsabilité prend, en pratique le nom de « syndrome du dernier livreur ».

331.- On peut aujourd'hui s'intéresser à l'évolution de ce syndrome avec l'obligation de vigilance du donneur d'ordres. Si celui-ci est tenu de vérifier les références du transporteur auquel il fait appel et qu'il n'exécute pas cette inspection, il est évident qu'il ne pourra pas se retourner contre son sous-traitant. Cela n'empêchera pas pour autant le destinataire de se retourner contre le donneur d'ordres. Dans le cas d'une

défaillance de son sous-traitant, d'une fraude ou même d'un vol de marchandises, le donneur d'ordres sera donc tenu d'indemniser le destinataire sans pouvoir intenter d'action récursoire contre son tractionnaire.

332.- La protection du destinataire était donc déjà assurée grâce au « syndrome du livreur ». Aujourd'hui avec l'obligation de vigilance du donneur d'ordres, elle est renforcée. Il semble que l'on souhaite protéger le destinataire du contrat de transport contre les dommages dont il peut être victime. Cette protection apparaît comme nécessaire au vu de l'ouverture du transport sur le monde et du caractère international de l'activité. Cette protection accrue peut aussi être interprétée comme un entremêlement du droit des transports et du droit de la consommation. Le droit de la consommation, toujours très protecteur, vient compléter le droit des transports et encadrer les différents systèmes de responsabilité nés du contrat de transport.

333.- Ce contrôle semble bénéfique à tous les acteurs du monde du transport, bien que les obligations qui en découlent et frappent le donneur d'ordres soient ouvertement critiquées par les praticiens concernés. Ce contrôle est utile à l'évolution de l'activité, afin de la guider et de l'encadrer par un carcan légal. L'internationalisation du transport et la mobilité de la marchandise, l'augmentation de son nombre d'intervenants et l'atomisation du secteur, ainsi que les nombreux abus constatés rendent l'évolution des lois associées indispensable.

334.- Cette surveillance souffre pourtant de difficultés d'application. Celles-ci révélées par la pratique confirment d'autres entraves plus théoriques. En effet, cette demande de diligence, qu'elle découle de la loi SAVARY ou de textes propres au transport comme les contrats types, crée un régime de responsabilité et de coresponsabilité financière particulier.

335.- Jusqu'ici, le principe de « théorie personnelle » posé par la Cour de cassation entourait la responsabilité et sa mise en œuvre. Avec ces nouveaux textes, le donneur d'ordres est aujourd'hui tenu des fautes de son sous-traitant. Bien qu'il ne s'agisse que d'une obligation de vigilance et que la responsabilité posée par celle-ci peut-être écartée si le donneur d'ordres prouve qu'il a été diligent, cela rouvre le débat sur la faute personnelle et l'intention de l'infraction propre à la responsabilité pénale, débat comparable à celui qui a eu lieu sur l'appréciation du chef d'entreprise.

336.- En effet, la même manière que celle utilisée pour déterminer la faute du chef d'entreprise, a été reprise pour déterminer la responsabilité du donneur d'ordres. Ce dernier assume une responsabilité et une coresponsabilité non pas du fait de la faute de son sous-traitant mais du fait de son manquement à son obligation de vigilance. La responsabilité qui découle de ce manquement semble alors disproportionnée par

rapport à l'obligation. Cette responsabilité excessive et soulevée lors du vote de la loi, est encore plus visible lorsque le donneur d'ordres tente d'exécuter son obligation. Il se retrouve dans l'impossibilité de répondre aux ordres donnés par le législateur puisque cette surveillance n'est pas comprise par son interlocuteur.

337.- Le donneur d'ordres est aussi condamné sans que son intention de nuire soit prouvée. Son manque de diligence ne découle pas d'une volonté de sa part de contourner la loi. Un manque d'inattention peut suffire à le faire condamner. La loi lui demande d'enjoindre son sous-traitant à respecter ses obligations quand il a connaissance d'un manquement. La forme de ce commandement et la date à laquelle il doit intervenir ne sont en revanche pas indiquées, ni le moyen de prendre connaissance de ces infractions. Le donneur d'ordres peut donc être condamné pour une simple erreur de jugement de son cocontractant, sans intention de sa part de désobéir au contrôle. Le système de responsabilité ainsi mis en place apparaît d'autant plus difficile à comprendre pour les donneurs d'ordres.

338.- Leur vigilance doit donc être accrue mais cette surveillance est difficile à mettre en place au sein même d'une entreprise de transport. Il est difficile, en pratique, là où chaque membre de l'entreprise a un poste établi, de consacrer une personne au référencement. Certaines entreprises tentent l'expérience mais ce référencement s'avère insuffisant. Par manque de temps et souvent de connaissances, elles se contentent de demander quelques documents comme la licence communautaire et aucun des documents relatifs aux paiements des charges sociales.

339.- C'est la raison pour laquelle, à l'approche du vote de la loi SAVARY, certaines sociétés ont proposé aux entreprises de transport de se charger elles-mêmes de leurs référencements. La pratique est de plus en plus courante et amène à s'interroger sur les fondements légaux de ce contrôle et sur son exécution.

TITRE II : APPRECIATION DU CONTRÔLE PAR L'EUROPE

Chapitre I : Le fondement et l'exécution du contrôle

Section I : Un contrôle interne

340.- Si ce référencement est aussi difficile à mettre en place pour les petites sociétés de transports comme les PME, il est aussi très difficile pour les patrons-chauffeurs sous-traitants d'y répondre. Certes il s'agit ici d'une comparaison extrême mais bien réelle en pratique. Une PME de transport n'aura ni le temps, ni l'argent, ni les effectifs ou encore les connaissances nécessaires pour exécuter un référencement convenable. Le même constat pourra être fait en sens inverse, en étudiant le statut du

patron-chauffeur tractionnaire. Il ne pourra se charger de fournir les documents demandés en temps et en heure pour les mêmes raisons que celles du donneur d'ordres. Ce n'est pas le cas des groupes de transports. Ceux-ci possèdent les ressources nécessaires à ce référencement.

341.- Cette situation défavorable aux petites entreprises nous invite à évoquer l'hypothèse selon laquelle ce référencement serait volontairement néfaste à ces structures et propices aux grandes. L'atomisation du secteur du transport est une réalité à laquelle beaucoup ont voulu mettre un terme par le passé. Cet assemblage de petites entités gravitant autour d'une société plus importante s'avère très difficile à contrôler. Or, le contrôle est un mal nécessaire pour éviter des abus. Devant l'impossibilité de l'exécuter, il serait opportun de réduire le nombre de ces entités ou même de les faire disparaître. Cette réduction souhaitée n'est pourtant pas souhaitable, puisque ce sont ces entreprises atomisées qui font aujourd'hui fonctionner le transport.

342.- C'est la raison pour laquelle ce contrôle s'adresse aux donneurs d'ordres et non aux sous-traitants directement. Afin de ne pas s'embarrasser d'un contrôle épuisant dû au trop grand nombre d'entreprises, on s'adresse directement aux donneurs d'ordres. Ceux-ci, moins nombreux sont de ce fait plus faciles à contrôler. Ce sont donc eux qui vont réellement vérifier la bonne exécution par leurs cocontractants de leurs obligations sociales, et rendre des comptes à l'autorité de contrôle étatique.

343.- Les donneurs d'ordres n'ont pas pour autant envie de se charger d'un contrôle dont personne ne veut. Cette obligation de vigilance oblige l'entreprise, si elle veut la réaliser correctement à charger une personne pour l'effectuer, une personne utile mais qui ne travaille plus directement pour l'entreprise et dont la rentabilité économique peut être mise en doute.

344.- Jusqu'ici, et face aux imprécisions du contrat type de transport sous-traitance et de son obligation de surveillance, les donneurs d'ordres se chargeaient eux-mêmes de leur contrôle. Il permettait de prouver leur diligence face aux risques de requalification du contrat en contrat de travail ou de dépendance économique. Ce contrôle est aujourd'hui plus maladroit qu'il n'est suffisant. Les donneurs d'ordres insèrent des clauses contractuelles dans leurs contrats cadres afin de parer leurs insuffisances sans que ces clauses aient l'effet escompté.

Section II : Un contrôle collectif

345.- L'idée est alors née, dans la pratique, de créer des groupements ou des bases de données permettant un contrôle plus facile. Ces structures accessibles à tous prennent

différentes formes ou ont différents fonctionnements, mais un point commun. Elles fonctionnent sur un principe de confiance et de surveillance mutuelles.

I. Les bases de données numériques

346.- On note, en premier, la création de bases de données numériques, propres à des entreprises de transport. Ces entreprises définissent une liasse de documents nécessaire et suffisante selon elles pour se prémunir de tout problème d'interprétation ou de toute application de sanction. Ces « bibliothèques numériques » sont ensuite ouvertes aux sous-traitants mais aussi aux donneurs d'ordres. Les intervenants disposent d'un espace personnel où ils mettent en ligne leurs documents selon la liste établie. Puis une personne est chargée de la vérification de ces documents, elle examine ceux mis en ligne et valide le dossier. Une variante permet de ne pas faire exécuter ce contrôle par une personne mais par les intervenants eux-mêmes. Il suffit de leur permettre un libre accès aux documents, et de les laisser les apprécier afin de prendre la décision, de manière autonome de travailler avec eux ou non.

347.- Ces bases informatiques pour être plus reconnues, peuvent être associées à des bourses de fret comme le fait WTRANSNET. Il s'agit d'une bourse de fret qui propose des lots à la vente, au même titre que B2P. Mais en parallèle de cette bourse de fret, elle offre une antenne numérique à ses clients nommée DOC&DATA. Cette antenne est une base de donnée dans laquelle les clients se réfèrent eux-mêmes et échangent différentes informations. Suivant le même principe, TELEROUTE, autre bourse de fret permet même d'attribuer une note à ses prestataires ou donneurs d'ordres afin d'informer les autres intervenants référencés sur la qualité de travail de chacun. La bourse elle-même se permet de noter ses clients en fonction des documents rendus.

II. Les sociétés de référencement

348.- Il existe aussi des bases de référencement numériques indépendantes. Ces bases ne travaillent, ni pour une bourse de fret, ni pour une entreprise mais pour toutes celles nécessitant un référencement. Elles offrent une prestation de services. L'ironie de la situation est frappante. Le donneur d'ordres qui souhaite contrôler ses prestataires y parvient en recourant à un autre prestataire pour lequel les mêmes obligations sont susceptibles de s'appliquer. Ces entreprises de référencement se servent de leurs connaissances juridiques pour établir une liste de documents permettant un référencement correct. Elles complètent ce référencement par une vérification précise des documents et de leur validité auprès des organismes et des autorités étatiques les établissant et les délivrant. Elles fournissent ainsi un référencement sûr et conforme des prestataires. Ce référencement est des plus efficaces.

349.- Les référencements établis par des sociétés extérieures ont cependant un prix. Certaines entreprises de transport ne sont pas plus convaincues par le paiement de ce prix que par la mise en place d'un tel système en leur sein et en le déléguant à un salarié. Il existe donc une troisième possibilité comparable à un référencement.

III. Les groupements de transporteurs

350.- Des groupements de transporteurs mettent en place des alliances. Ces unions constatées par contrats et achat de parts sociales, permettent l'adhésion d'un transporteur à un groupe de transporteurs qui lui offrira certains avantages, dont la plupart sont commerciaux. Le groupe permet d'accéder à des tarifs avantageux auprès des partenaires de l'union, à des conseils de gestion mais aussi à des flux de transport. En échange, l'adhérent s'engage à travailler au sein et avec le groupe et à signaler toute anomalie financière de sa part ou concernant un autre adhérent. Ces unions ne valent pas un référencement, mais permettent une certaine sureté économique.

351.- Le recours à une entreprise indépendante semble être la meilleure des solutions. Mais comment interpréter son rôle et sa responsabilité ? Ces entreprises prennent, en effet, à leur charge, un contrôle confié au donneur d'ordres et pour lequel il encourt des sanctions en cas de non-exécution. En contractant avec ces entreprises, il leur délègue cette mission de surveillance. On peut alors se demander si la délégation de pouvoir est riche de tous ses effets dans cette situation. Puisque la délégation fait obstacle à la mise en cause de la responsabilité du délégant dans le domaine de la responsabilité pénale, on peut s'attendre à ce qu'elle ait la même fonction ici. Le donneur d'ordres ayant prouvé sa diligence en contractant avec une entreprise pour effectuer ce contrôle, il n'est pas censé être tenu de plus. L'entreprise de prestation de services qui effectue un mauvais contrôle sera-t-elle alors tenue pour responsable ? Sera-t-elle sous le coup de la responsabilité et des sanctions que le donneur d'ordres souhaitait éviter ? La délégation de pouvoir est réelle, et elle est constatée. Elle ne peut que s'appliquer et faire obstacle à la mise en cause du donneur d'ordres. Dans le cas où cette délégation ne s'appliquerait pas, le donneur d'ordres pourrait se retourner contre la structure de référencement sur le fondement du contrat conclu et de sa mauvaise exécution. Il engagerait alors la responsabilité contractuelle de celle-ci afin d'obtenir réparation. Il pourrait envisager sur le même fondement, une action récursoire, afin de se voir indemniser par cette entreprise des sanctions financières et pénales ayant pu lui être appliquées.

IV. Le rôle des assureurs

352.- Une autre solution peut être envisagée. Celle-ci consisterait à impliquer une assurance. Le donneur d'ordres, en déléguant ce contrôle cherche à se protéger des

sanctions applicables en cas de non réalisation de sa mission de surveillance. Il recherche donc à se garantir contre la perte financière qu'il pourrait subir du fait du paiement d'une amende administrative ou pénale. Il démontre par cette délégation sa volonté d'obéir aux dispositions légales. Si l'entreprise délégataire se montre incompétente, la solution viendrait alors de l'assureur. L'assureur du donneur d'ordres permettrait de couvrir les pertes et se retournerait vers l'assurance du prestataire de services qui l'indemniserait de la somme du dommage causé par le mauvais référencement. L'Etat trouverait donc, en ces assureurs, les garants qu'il souhaitait en instaurant cette obligation de contrôle. Ce système permettrait par la même occasion de protéger le donneur d'ordres et d'alléger ses obligations légales.

353.- Car celles-ci sont bien trop lourdes pour n'être assumées que par le seul donneur d'ordres. Le recours à des entreprises tiers permettrait de rendre l'exécution de ce contrôle possible. Les précisions qu'il cherche à obtenir sur la situation économique des sous-traitants, en revanche, freinent la réalisation de son contrôle. Une surveillance trop importante pourrait être vécue par le sous-traitant comme une ingérence du donneur d'ordres. Ce dernier a en effet l'obligation, mais n'en a pas le pouvoir réel. Celui-ci, effectué de manière privée, est demandé par l'Etat lui-même. En ce sens, il s'apparente à une délégation de service public.

Chapitre II : Un contrôle étatique

354.- Bien plus qu'un contrôle privé ou qu'un référencement propre à chaque entreprise, le donneur d'ordres intervient pour le compte de l'Etat. Si l'Etat demandait jusqu'ici, à l'opérateur de transport, un minimum de diligence, le contrôle qu'il cherche à mettre en place aujourd'hui est maximum. L'Etat n'a cependant délégué que la mission de contrôle et non le pouvoir pour l'exécuter, or les deux éléments ne peuvent être séparés si l'on veut réaliser la tâche efficacement.

355.- Jusqu'au 10 juillet 2014, le contrôle entre donneur d'ordres et sous-traitant dans le milieu des transports n'était établi que par un seul texte : le contrat type « sous-traitance » et son article 6. Son manquement n'était sanctionné qu'en cas de requalification en contrat de travail, de dépendance économique ou de travail illicite.

356.- Aujourd'hui, avec la loi du 10 juillet 2014, ce contrôle a évolué, tout comme les sanctions qui y sont assorties et les secteurs d'activités auxquels il s'adresse. L'obligation de surveillance du donneur d'ordres est applicable à toutes les relations de sous-traitance, et la solidarité financière mise en place sanctionne sa non-exécution. Le contrôle a donc évolué pour suivre et s'adapter à la pratique. Il s'adresse aux intervenants de transport mais ne peut être exécuté par eux.

357.- Le donneur d'ordres, pour exécuter ce contrôle, se doit de toujours veiller à ne pas tomber dans l'ingérence. Pour que son contrôle soit complet, il doit cependant veiller à l'approfondir. Cette recherche de précisions l'engage dangereusement sur la pente glissante de l'ingérence. Paradoxalement, c'est la pratique elle-même qui le pousse dans cette direction.

358.- En obligeant le donneur d'ordres à contrôler son sous-traitant, on lui demande de s'intéresser à ses obligations sociales. Il ne suffit pas de demander une preuve de la réalisation de ses paiements, il faut vérifier que cette preuve soit vraie. Le donneur d'ordres a donc le devoir de travailler avec les autorités fiscales. Il exécute un réel contrôle fiscal de son cocontractant alors qu'il n'est pas une autorité fiscale étatique, ni un commissaire aux comptes ni même un comptable. L'Etat lui délègue en effet une mission jusqu'alors confiée à ses services publics. Le donneur d'ordres est fort d'un contrôle mais n'a cependant pas le pouvoir de l'exécuter. Il peut, de plus, être condamné s'il ne l'exécute pas, ou s'il l'exécute en étant trop présent dans la vie et le fonctionnement de l'entreprise de son sous-traitant. Voilà sans doute pourquoi la place est difficile à tenir.

359.- Le donneur d'ordres est responsabilisé. Il doit s'intéresser au fonctionnement de son sous-traitant, tout en le laissant gérer son entreprise comme bon lui semble. Sa diligence a pour limite son ingérence, tout comme son contrôle est limité par son manque de pouvoir.

360.- Ce manque de pouvoir semble paradoxal face à la mission confiée. L'Etat lui-même ne permet pas au donneur d'ordres de l'effectuer mais l'y oblige. Si l'exigence d'un tel contrôle et sa réalisation, peuvent être assimilés à un contrôle étatique en France, cela ne se peut pas en Europe.

Chapitre III : Un contrôle européen

361.- La réalité du contrôle est telle que le donneur d'ordres ne pourra pas l'assumer seul, encore moins dans une dimension autre qu'étatique. La nécessité de ce contrôle, si elle est compréhensible, ne peut pas pour autant justifier le système mis en place. Le transport en ayant vocation à être international doit trouver une autorité de compétence internationale pour encadrer ce contrôle et l'exécuter correctement.

362.- Il est probable que les sociétés de prestation de services, proposant un référencement se développent dans la sphère internationale. Dans le même sens, on peut penser à une évolution du rôle du commissionnaire.

363.- Le commissionnaire de transport, en étant en lien avec ses sous-traitants et partenaires pourrait en effet, établir le même contrôle et le même référencement que

les entreprises de prestation de services. Sa gestion déjà internationale ne l'obligerait pas à évoluer dans cette dimension puisqu'il y exerce déjà. En revanche, cela l'obligerait à créer un nouveau service de prestations, plus complet, difficile à mettre en place pour un commissionnaire exerçant seul, mais envisageable pour un regroupement de commissionnaires.

364.- Ceux-ci, comme les entreprises, auraient alors la possibilité de créer un label ou même un agrément attestant du contrôle des sous-traitants. Cet agrément permettrait une connaissance certaine, plus rapide du statut des tractionnaires et accessible à tous les intervenants du milieu du transport, y compris le destinataire.

365.- La valeur étatique du contrôle ne doit pas pour autant en être oubliée. Le donneur d'ordres est amené à traiter avec des sous-traitants d'autres Etats et peut ainsi avoir du mal à obtenir ou à comprendre les informations fournies. La création d'un organisme de contrôle international serait sans doute la solution.

366.- La France peut compter sur la DREAL pour contrôler le secteur des transports. Les Directions Régionales de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement sont des services décentralisés du ministère de l'écologie. Les DREAL sont nées de la fusion des Directions Régionales de l'Équipement (DRE), des Directions Régionales de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE) et des Directions Régionales de l'Environnement (DIREN) dont elles reprennent les compétences. Ces fusions ont eu lieu entre 2009 et 2011 pour la plupart. Les DREAL sont au nombre de vingt et une, soit une par région. Le décret qui annonce leur création évoque aussi dans leur mission la gestion des infrastructures et des services de transport.

367.- Les DREAL effectuent une mission de contrôle des entreprises de transport, sur route mais aussi en entreprise. La DREAL a donc autorité pour constater les infractions commises par les entreprises de transport.

368.- La loi SAVARY énonce que le donneur d'ordres doit demander à son sous-traitant de régulariser sa situation s'il a connaissance d'une infraction, celle-ci pouvant être révélée par un contrôle des autorités compétentes. La DREAL peut donc être considérée comme cette autorité compétente désignée par la loi.

369.- Cette compétence ne vaut qu'en matière nationale. Avec l'ouverture sur l'Europe, on peut donc s'attendre à ce qu'un tel organisme soit créé au niveau européen, ou que la DREAL soit confortée dans ses compétences nationales et dotée de compétences internationales.

370.- Cela lui permettrait d'être l'autorité de contrôle à laquelle les donneurs d'ordres pourraient se référer pour interpréter les documents internationaux obtenus. Cela entraînerait aussi une uniformisation de la loi et des critères d'interprétation afin d'établir un contrôle certain et ne permettant ni la requalification de la sous-traitance en cas d'ingérence, ni l'interprétation de la notion de diligence que doit respecter le donneur d'ordres.

371.- Cet organisme identifié éclairerait aussi le donneur d'ordres sur le contrôle à établir, en devenant son autorité de référence. Cette autorité l'aiderait à contrôler les sous-traitants et à prouver sa bonne foi. Dans le cas contraire, elle serait aussi l'autorité unique chargée d'infliger la sanction financière ou pénale.

372.- L'obligation de vigilance du donneur d'ordres est réelle, mais incomplète puisqu'elle ne devrait pas que viser le donneur d'ordres. Elle suit l'évolution du monde du transport et établit une protection du milieu en créant une responsabilité et une coresponsabilité et une responsabilité. Elle ne tient pas assez compte de la pratique ce qui ne lui permet pas d'être soutenue par ceux pour qui elle est faite.

CONCLUSION

373.- L'obligation de surveillance du donneur d'ordres est une obligation nécessaire. La responsabilité et la coresponsabilité ainsi mises en place sont une évolution intrinsèque du droit des transports. Elle vient mettre un terme aux abus du milieu, et encadrer ce mode de fonctionnement.

374.- Le transport et le contrat de transport ne peuvent plus se contenter des usages qui les entouraient. L'activité s'est développée, au niveau national comme international. L'oral ne suffit plus, surtout dans ce secteur où les entreprises atomisées se permettent autant de libertés avec les dispositions légales. Le transport et la législation doivent s'adapter à l'évolution du milieu, et cela passe par des procédures écrites et des réalisations de contrôles.

375.- L'établissement d'un contrôle uniquement français ne suffit plus non plus. Il est clair que par sa situation géographique, la France est un carrefour, un point de passage d'entreprises internationales, que celles-ci effectuent des opérations de cabotage ou de simples opérations de transport internationales. Avec la législation du cabotage et son application en France, la situation va continuer à se développer. La France devient un pays de transit qui concentrera une bonne partie des flux européens.

376.- Les récentes législations sur le cabotage vont augmenter le nombre de contrats de transport avec des points d'extranéité. Les contrats de sous-traitance internationaux donneront lieu aux mêmes constats relatifs à la nécessité d'un contrôle européen et centralisé afin de permettre au transport de continuer à se développer entre les différents pays.

377.- Face aux nombreuses entreprises qui font faillite, il est tout aussi nécessaire pour l'Etat concerné d'avoir des garants pour parer ces pertes financières. La garantie offerte par les donneurs d'ordres est suffisante pour que la loi les soumette à des obligations conséquentes et pour qu'elle augmente leur responsabilité, sans autre explication.

378.- Ces obligations sont pourtant défavorables et créent un déséquilibre difficile à résoudre pour le donneur d'ordres. Il est défavorisé par rapport aux autres intervenants du milieu, mais aussi face aux donneurs d'ordres d'autres pays avec lesquels il traite mais qui ne sont pas soumis à des obligations aussi importantes.

379.- Ce déséquilibre est néfaste au transport français. C'est la raison pour laquelle l'obligation qui le crée doit être unifiée et uniformisée, mais aussi s'adapter à la pratique afin de permettre son application et donc son utilité.

380.- Si le secteur du transport doit être contrôlé pour éviter des abus, il doit l'être par des lois adaptées à la pratique française tout en tenant compte de l'ouverture sur le monde.

BIBLIOGRAPHIE

I. – Traités et manuels

- I. BON-GARCIN, *Droit des transports*, Dalloz, Précis, 1ère, 2010.
- P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Précis, 2ème, 2012.
- E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexis-Nexis, Précis, 2ème, 2008.
- B. KERGUELEN-NEYROLLES, L. GARCIA-CAMPILLO, *Lamy Transport*, Tome I, Lamy, 2010.
- J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, Manuel, 19ème, 1974.

II. – Mémoires

- N. BOETTO, La requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail dans le transport routier de *marchandise*, 2010-2011.
- C. DIENNET, *La sous-traitance en matière de transport routier de marchandise*, 2006.

III. – Revues

- M.-N. FRISON, « Smart Water, nouvelle arme de dissuasion contre le fret », *Logistiques Magazine*, 2014.
- L. GUARINO, « Les réseaux mafieux redoublent d'imagination économique », *L'officiel des Transporteurs*, 2014, p. 22 à 31
- Bulletin des Transports et de la Logistique*

IV. – Commentaires de jurisprudence

- P. COURSIER, *Cotisations. Assujettissement. Contrat de sous-traitance. Requalification en contrat de travail. Travail dissimulé. Régime général. Caractère rétroactif (non)*, Droit social 2006. 697.
- Commentaire de la décision de la Cour de cassation, 2^{ème} Chambre civile, du 9 Mars 2006, URSSAF de Besançon c/ Société Exapaq Franche Comté SA, n° de pourvoi : 04-30.220.

V. – Rapports publics

Analyse de la coresponsabilité des donneurs d'ordre aux transporteurs routiers de marchandises dans quatre pays de l'UE (Allemagne - Espagne - France - Pays-Bas),
Institut du Droit International des Transports, 1997.

VI. – Sites internet

<http://www.wk-transport-logistique.fr>

<http://bu.dalloz.fr.lama.univ-amu.fr>

<http://lamyline.lamy.fr.lama.univ-amu.fr>

Table des matières

INTRODUCTION :	5
I. Le transport, une activité intrinsèquement risquée	5
II. Utilité du recours à la sous-traitance	7
III. Les limites de la sous-traitance	7
IV. Sous-traitance et infractions	8
V. Sous-traitance et législation	10
PARTIE PRELIMINAIRE : RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS	13
TITRE I : DISTINCTION ENTRE RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE	13
Chapitre I : La définition de la responsabilité	13
Section I : Fondements	14
I. Responsabilité civile	14
II. Responsabilité pénale	15
III. Responsabilité contractuelle	16
Section II : Mise en œuvre de la responsabilité et régime applicable	16
I. Mise en œuvre de la responsabilité	16
A) Responsabilité civile extracontractuelle	16
B) Responsabilité civile contractuelle	17
C) Responsabilité pénale	18
II. Les limites	19
A) Force majeure	19
B) Faute de la victime	20
C) Délégation de pouvoir	20
Chapitre II : La définition de la coresponsabilité	21
Section I : Fondements	21
I. Coresponsabilité civile extracontractuelle	21
II. Coresponsabilité pénale	22
Section II : Mise en œuvre de la coresponsabilité et régime applicable	23
I. Coresponsabilité civile	23
II. Coresponsabilité pénale	23
TITRE II : RESPONSABILITE ET CORESPONSABILITE EN DROIT DES TRANSPORTS	24
Chapitre I : L'application des principes de responsabilité et de coresponsabilité : la réalité de l'entreprise	24
Section I : Les fondements de la responsabilité de la personne morale et du chef d'entreprise	24

L'évolution de la responsabilité et de la coresponsabilité du donneur d'ordres : la nécessité du contrôle de la sous-traitance

Mathilde BOULGARIAN – Année universitaire 2013-2014

I.	La responsabilité civile.....	25
II.	La responsabilité contractuelle.....	25
III.	La responsabilité pénale.....	26
	Section II : L'application.....	27
	Chapitre II : Le mécanisme de droit commun et le mécanisme propre au droit des transports : la protection de la responsabilité du dirigeant d'entreprise.....	28
	Section I : Mécanisme de droit commun : la délégation.....	28
	Section II : Mécanisme propre au transport.....	30
	PREMIERE PARTIE : NECESSITE D'UN CONTRÔLE APPROFONDI DE LA SOUS- TRAITANCE.....	32
	TITRE I : RISQUE ET CONTRÔLE ACTUEL DE LA SOUS-TRAITANCE,.....	32
	Chapitre I : Le contrôle de la sous-traitance en droit des transports.....	32
	Chapitre II : La responsabilité, coresponsabilité et interprétation du contrat : les risques de la sous-traitance.....	34
	Section I : La prise en compte du risque de la sous-traitance par l'entreprise.....	34
	Section II : Les risques en pratique.....	35
I.	La requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail : ingérence, et lien de subordination.....	35
II.	La dépendance économique.....	39
	Section III : Les effets de la requalification et le dépassement de la notion.....	41
	TITRE II : EVOLUTION DU CONTRÔLE DE LA SOUS-TRAITANCE, UNE NECESSITE.....	46
	Chapitre I : Une pratique de plus en plus influente.....	46
	Chapitre II : La volonté des entreprises de transport de se protéger.....	47
	Chapitre III : Des moyens de protection à améliorer.....	49
	Section I : Contrôle existant et contrôle mis en place dans les entreprises de transport.....	51
	Section II : Non-contrôle de la sous-traitance.....	55
I.	Non-contrôle volontaire.....	55
II.	Un contrôle impossible en pratique.....	56
A)	L'obligation trop lourde des donneurs d'ordres.....	56
B)	Un contrôle volontairement éludé.....	57
	DEUXIEME PARTIE : EVOLUTION DU CONTRÔLE ET DES OBLIGATIONS DU DONNEUR D'ORDRES, NOUVELLE RESPONSABILITE INADAPTEE.....	59
	TITRE I : CONTRÔLE ET SOLUTIONS ENVISAGEES.....	59
	Chapitre I : L'apport de la loi SAVARY.....	59
	Chapitre II : La solution du référencement.....	61
	Section I : La protection des intervenants du transport.....	61

I.	L'entreprise	61
II.	Le chef d'entreprise.....	63
III.	Le sous-traitant.....	65
	Section II : Le référencement, une solution adaptée à l'internationalité du transport.....	67
	TITRE II : APPRECIATION DU CONTRÔLE PAR L'EUROPE.....	72
	Chapitre I : Le fondement et l'exécution du contrôle	72
	Section I : Un contrôle interne	72
	Section II : Un contrôle collectif.....	73
I.	Les bases de données numériques	74
II.	Les sociétés de référencement	74
III.	Les groupements de transporteurs	75
IV.	Le rôle des assureurs	75
	Chapitre II : Un contrôle étatique	76
	Chapitre III : Un contrôle européen	77
	CONCLUSION.....	80

Résumé: Le monde des transports terrestres évolue, et le nombre d'intervenants du milieu ne cesse d'augmenter. Face à ces changements, et aux abus du secteur, le législateur français cherche à responsabiliser les acteurs du transport, en commençant par le donneur d'ordre. Il le charge d'une obligation de contrôle de son sous-traitant qui invite à s'interroger sur plusieurs points : la responsabilité et la coresponsabilité du donneur d'ordre, les moyens de contrôle et l'efficacité de ces contrôles face à l'internationalisation du milieu.

Mot clés : Sous-traitance, donneur d'ordre, obligation de vigilance, loi SAVARY, référencement, contrôle

Key Words : Subcontracting, purchaser, duty of care, SAVARY law, approval process, control of checking

Summary: The world of land transport is changing, and the number of stakeholders is increasing. In view of these changes and considering abuses of the transport market, the French legislator tries to empower transport actors, starting from the purchaser. The French legislator gives him the obligation to control his subcontractor, which raises questions about several points: the responsibility and co-responsibility of the purchaser, the means to control and the efficacy of these checks facing the internationalization of the sector.