

■ **Transports routiers****LA NOTION D'AFFRÈTEMENT DANS  
LE TRANSPORT ROUTIER DE MARCHANDISES****Étude**par Stéphane CARRÉ,  
Maître de Conférence à l'Université de Nantes.

D'un point de vue juridique, le contrat d'affrètement est une convention distincte du contrat de transport. Mais dans le secteur du transport routier de marchandises, le terme « affrètement » a d'autres significations. En particulier, il correspond à la sous-traitance d'un contrat de transport. La signification de cette polysémie peut être trouvée dans la situation faite aux sous-traitants dans ce secteur d'activité, qui les rapproche de la position du sous-traitant d'un simple frèteur.

Devenir transporteur routier ne pose pas de grandes difficultés. Bien qu'elles viennent d'être renforcées, les conditions d'honorabilité, de capacité financière et d'aptitude professionnelle afin d'accéder à la profession restent peu exigeantes et, quoi qu'il en soit, ne l'étaient pas par le passé (1). Le capital de départ pour monter une entreprise n'est pas très important. Il est d'ailleurs possible de ne pas être propriétaire du matériel de transport que l'on utilise : le camion peut être loué. Il est même concevable de ne louer que le tracteur et de limiter la prestation à la traction d'une remorque appartenant à autrui.

Face à des chargeurs puissants et à l'existence de quelques grandes entreprises du transport ou de la logistique, les éléments facilitant une grande dépendance économique des nombreuses PME qui forment le tissu économique de ce secteur se trouvent aisément réunis. Des micro-entreprises vont pouvoir naître, sans réels moyens pour développer une véritable politique commerciale, sans compétence particulière pour assurer un service complexe. Ces entreprises n'offriront sur le marché des transports que la compétence largement partagée et la prestation sommaire de la conduite.

Ce phénomène est certainement renforcé par l'organisation même du marché des transports routiers. De cette façon, l'offre de transport peut être rapidement connue au travers de banques de fret télématiques (2). Parallèlement, il est facile de se faire

commissionnaire de transport et d'offrir, à des conditions fixées d'avance, un fret ne nécessitant aucune préparation particulière (cf. *infra*).

Dès lors, le phénomène de la sous-traitance peut prendre une grande ampleur, sans même qu'existe un motif technique particulier à son développement. Il suffit au transporteur ou au commissionnaire d'accepter *a priori* l'ensemble des offres qui lui sont faites, puis de sous-traiter celles qu'il n'est pas en mesure d'assurer ou qu'il est difficile d'exécuter dans le respect de la législation. On comprend dès lors pourquoi la sous-traitance en cascade est monnaie courante dans ce secteur.

La sous-traitance dans le secteur du transport routier de marchandises est une situation très courante (3). Mais, bien que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance fournisse une définition légale de celle-ci, ce phénomène protéiforme et complexe échappe largement à un encadrement juridique précis. Il a d'ailleurs fallu la loi n° 98-69 du 6 février 1998 (art. 11 : JO 7 févr. 1998 ; JCP E 1998, n° 9, p. 333 et s.) pour rendre applicable la loi de 1975 au secteur routier, bien que ce texte ne vise aucun secteur d'activité particulier.

- D'une part, la spécificité des relations contractuelles auxquelles donne naissance le transport routier ne facilite pas l'adaptation de cette loi aux pratiques de ce secteur (4).

(1) Le décret n° 97-1018 du 6 novembre 1997 (V. JCP E 1997, III, 68584) a renforcé ces conditions d'honorabilité, de capacité financière et d'aptitude professionnelle. Avant cette date, il était notamment nécessaire, soit de démontrer l'existence d'un capital ou de réserves représentant au moins 21 000 F par véhicule, soit de prouver l'existence d'un capital ou de réserves égales à 1 050 F par tonne de poids maximal pour chaque véhicule. Mais il était possible d'éviter ces conditions si l'on faisait la preuve de l'existence d'une garantie bancaire pour une somme équivalente. Le décret du 6 novembre 1997 impose que l'entreprise puisse disposer d'un capital ou de réserves à raison de 100 000 F pour le premier véhicule, 50 000 F pour le second et 21 000 F pour les véhicules suivants. Enfin, le bénéfice d'une garantie bancaire ne peut plus jouer que pour 50 % des sommes prescrites.

(2) Selon une enquête du Comité National Routier (CNR) de septembre 1996, 82 % des entreprises du transport utilisent le minitel pour la recherche de fret. Dans la plupart des cas, il s'agit de fret sous-traité puisque seuls 4 % du fret ainsi sélectionné ont pour origine immédiate un chargeur. Dans 93 % des cas, le fret provient de l'offre d'un commissionnaire ou d'un autre transporteur. Cette enquête, effectuée à partir des feuilles de route, a porté sur des entreprises ayant au moins un salarié, susceptibles d'agir comme le

sous-traitant soit de confrères, soit de commissionnaires-affrêteurs.

(3) Les chiffres sont cependant très variables d'une enquête à l'autre, les estimations ne se faisant d'ailleurs pas sur les mêmes bases. Selon l'enquête CNR, plus de la moitié des trafics seraient sous-traités. Mais l'enquête annuelle Entreprises effectuée par le ministère des transports fournit des estimations plus basses. Le taux de sous-traitance des entreprises du transport routier de marchandises, de six salariés et plus, s'établirait à 15 % du chiffre d'affaires en 1995 (sources DAEI/SES). Cependant, le taux de sous-traitance atteindrait effectivement plus de la moitié du chiffre d'affaires pour les entreprises de collecte de fret (commissionnaires de transport, en particulier) : V. D. Debatisse, N. Mattinzo, *Les conséquences sociales de la sous-traitance*, mars 1998 (sources SES). Selon l'enquête CNR, les commissionnaires-affrêteurs représenteraient 57 % du fret sous-traité et les transporteurs sous-traitant à un confrère, 36 %. Le reliquat concerne d'autres professionnels du transport, comme les transitaires, les courtiers, etc.

(4) cf. F. Collard-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 1996, p. 302 ; Ph. Delebecque, *Sous-traitance et transport* : *Journal de la Marine marchande*, 17 févr. 1995, n° 3922, p. 362.

- D'autre part, la loi de 1975, qui limite l'opération de sous-traitance au fait de confier à un sous-traitant l'exécution des seuls contrats d'entreprise et de marché public, ne peut non plus rendre compte de la diversité du phénomène économique.

En réalité, lorsque l'on mesure la proportion des trafics sous-traités, il s'agit simplement d'un aspect du phénomène économique de la sous-traitance. C'est le déplacement de la marchandise qui est ici sous-traité, ce que les professionnels du transport routier appellent un affrètement. Mais d'autres opérations peuvent être confiées à des entreprises extérieures, tels l'exploitation directe et l'entretien du camion ou la seule conduite de ce dernier. Ce type d'organisation, qui correspond à une définition extensive et économique de la sous-traitance, inclut généralement la location du véhicule (5).

Or, il est notable que, pour d'autres modes de transport, lorsque domine l'idée d'une mise à disposition du matériel de transport avec le personnel chargé de le conduire, le terme d'affrètement est retenu : ainsi le contrat d'affrètement d'un navire, d'un avion ou d'un train. La notion d'affrètement prend en l'espèce un autre sens que celui en usage dans le secteur routier. Pourquoi existe-t-il cette distorsion entre la notion contractuelle d'affrètement et celle en usage dans le secteur du transport routier de marchandises ?

Il serait nécessaire de mener une recherche sur l'historique de la notion d'affrètement dans ce secteur. Cependant, nous pouvons déjà constater que, si la notion contractuelle d'affrètement ne correspond pas à celle en usage chez les professionnels du transport routier (1), il existe entre le contrat d'affrètement et le contrat de transport des points communs qui en font des conventions voisines lorsque certaines de leurs conditions d'existence se trouvent altérées (2).

Or, dans les faits, la situation faite aux entreprises de transport routier sous-traitantes est telle qu'elle ressemble fort au simple affrètement d'un engin de transport. Une hypothèse serait donc que les professionnels du transport routier ont implicitement pris acte de cette conjoncture en désignant dès lors la sous-traitance du contrat de transport comme étant une opération « d'affrètement ».

## 1 Les différentes acceptions de la notion d'affrètement

- ➔ **A - La notion contractuelle d'affrètement**
- ➔ **B - Les opérations d'affrètement dans le secteur routier**

À la notion traditionnelle de l'affrètement, qui n'est autre qu'une convention particulière, distincte du contrat de transport (A), s'oppose une notion matérielle caractérisée par certaines opérations, et propre au secteur routier (B).

(5) C. Altersohn (*De la sous-traitance au partenariat industriel*, Paris, éd. L'harattan 1992, p. 23 à 28) distingue trois définitions de la sous-traitance. Il y a, premièrement, la sous-traitance au sens littéral du terme : « La sous-traitance est une forme de sous-contrat qui permet à l'entreprise titulaire d'un contrat principal passé avec un destinataire final dénommé maître d'ouvrage, de faire exécuter par un tiers tout ou partie de ce qu'il s'est engagé à réaliser ». Cette définition coïncide avec la définition juridique de la sous-traitance, limitée aux contrats d'entreprise. En deuxième lieu, il y a la sous-traitance industrielle, qui regroupe des situations plus diverses. Ainsi, la définition donnée par l'AFNOR (*doc. X50-300, nov. 1987*) : la sous-traitance est, pour un cycle de production, « une ou plusieurs opérations de conception, d'élaboration, de fabrication, de mise en œuvre ou de maintenance du produit, dont une entreprise, dite donneur d'ordre, confie la réalisation à une entreprise dite preneur d'ordre, tenue de se conformer exacte-

## A - La notion contractuelle d'affrètement

D'un point de vue juridique et dans un sens quelque peu différent de celui ayant cours dans le secteur routier, l'affrètement est la mise à disposition par un fréteur à un affréteur d'un véhicule de transport. Celle-ci s'accompagne généralement de la mise à disposition du personnel chargé de la conduite du véhicule. On parle ainsi de l'affrètement d'un navire ou d'un aéronef. Lors de l'affrètement d'un navire, et nonobstant l'affrètement « coque nue », le navire est fourni à l'affréteur avec son équipage. Il en est nécessairement ainsi pour l'affrètement de l'aéronef (*C. aviation, L. 323-1*). L'affrètement se rapproche donc du contrat de location de chose. Mais contrairement à la simple mise à disposition d'un engin de transport à un locataire, est adjointe l'idée d'une prestation de service : celle de la conduite dudit véhicule (6).

Le contrat de transport, quant à lui, est typiquement un contrat d'entreprise malgré la législation tout à fait particulière dont il fait l'objet pour chaque mode de transport. Le transporteur effectue une prestation de service, celle d'assurer à titre onéreux le déplacement d'une marchandise ou d'un voyageur. Le transporteur prend donc la responsabilité contractuelle d'effectuer ce déplacement. Il lui faut atteindre un résultat. Il a pour cela toute liberté commerciale et l'entière maîtrise technique du déplacement à effectuer. Il faut qu'il puisse, s'il l'entend, avoir le choix de ses clients, négocier les tarifs et les délais, choisir le véhicule le plus approprié, définir les trajets, etc.

À l'inverse, le fréteur qui donne en location un véhicule avec son équipage ne prend pas directement une responsabilité dans la réussite de l'opération. Il ne s'engage pas à transporter telle personne ou telle marchandise. Il met à disposition une capacité de transport et le personnel qui lui est attaché. Il est pourtant évident qu'il participe au bon déroulement du voyage, mais simplement en tant qu'il collabore techniquement au transport pour le compte du transporteur. Ce que le voiturier aurait dû effectuer par ses propres moyens, fournir un véhicule et le faire circuler, il va le faire faire par un autre. Cette situation se rencontre aussi dans le secteur du transport routier de marchandises. Il s'agit de la location de poids-lourds ou de camionnettes avec chauffeur. Mais, ainsi que nous l'avons signalé, la notion d'affrètement dans le transport routier de marchandises est différente.

## B - Les opérations d'affrètement dans le secteur routier

D'abord, il existe un sens technique à la notion d'affrètement dans le secteur du transport routier de marchandises. Selon le décret n° 90-200 du 5 mars 1990 organisant la profession de commissionnaire de transport (*V. JCP E 1990, III, 63690*), on parle d'affrètement lorsqu'un commissionnaire fait transporter une marchandise sans réaliser au préalable une opération de groupage (7). Enfin, d'un point de vue économique et statistique, le secteur de l'affrètement désigne les entreprises de collecte de fret, ce qui correspond pour l'essentiel à la profession de commissionnaire de transport.

ment aux directives ou spécifications techniques arrêtées en dernier ressort par le donneur d'ordre ». Enfin, l'AFNOR fournit une définition encore plus extensive, celle de la sous-traitance générale (*doc. X50-300, Annexe A 3*). Cette définition reprend celle donnée pour la sous-traitance industrielle, mais ajoute que « les opérations en cause portent sur des produits ou des prestations qui ne peuvent pas être incorporés directement aux ouvrages, travaux et produits à la réalisation desquels elles concourent ». Cette définition vise en particulier les prestations de service ou les travaux de maintenance portant sur l'outil de production, dont le coût doit être intégré dans les frais généraux d'exploitation mais non pas dans le coût de revient d'un produit ou d'un service.

(6) cf. pour l'affrètement d'un avion les propos de J.-P. Tosi, *Problèmes actuels posés par l'affrètement aérien : RFD aérien 1989, p. 15 et s.*

(7) D. n° 90-200, 5 mars 1990, art. 1<sup>er</sup> ; A. 11 févr. 1991 (modif. A. 29 févr. 1996).

➤ Cependant, un transporteur, quand il sous-traite une opération de transport, agit comme un commissionnaire : s'engageant à effectuer un transport, il l'organise mais n'exécute pas lui-même la prestation. Par ailleurs, il n'effectue le plus souvent aucune opération de groupage. Au demeurant, l'activité de commissionnaire de transport n'est pas réservée à une profession particulière. Moyennant certaines conditions ou pour une partie du fret qu'ils ont accepté de transporter, les transporteurs peuvent faire exécuter la prestation par un confrère.

Les conditions générales d'accès à la profession de commissionnaire de transport sont similaires à celles qui sont exigées pour devenir transporteur routier. Du point de vue des capacités financières, il suffit d'obtenir une attestation de l'organisme habilité à l'établir (banques, experts-comptables, etc.) certifiant que le commissionnaire a la capacité financière de faire face à ses engagements (8). En vertu du décret du 5 mars 1990, toute entreprise de transport répertoriée au registre des transporteurs routiers peut être inscrite, à sa demande, au registre des commissionnaires de transport, si elle justifie, à la date de sa demande, de trois années d'activité ininterrompue de transport public routier de marchandises. Enfin, et surtout, toute entreprise de transport, même non inscrite au registre des commissionnaires de transport, qui n'est pas en mesure d'exécuter les contrats de transport dont elle est titulaire, du fait d'une surcharge temporaire d'activité, peut sous-traiter l'exécution de ces contrats dans la limite de 15 % de son chiffre d'affaires annuel (*D. n° 86-567, 14 mars 1986, art. 38*).

L'idée de commission de transport sans groupage préalable passe alors derrière celle de substitution d'un transporteur par un autre. Le terme d'affrètement, maintenu en pratique, prend alors un sens nouveau, différent de celui du décret du 5 mars 1990 ou en usage pour d'autres modes de transport.

C'est précisément le transport de la marchandise qui est ici repris par une autre personne que celle ayant à l'origine accepté l'opération. De cette façon, un commissionnaire de transport, qui s'est engagé à organiser un transport de bout en bout, fait exécuter matériellement celui-ci par un transporteur avec qui il conclut un contrat de transport. Il est à noter que, dans cette situation, nous ne sommes pas exactement dans le cadre de la loi du 31 janvier 1975 relative à la sous-traitance. Le commissionnaire n'est pas un entrepreneur. Sa fonction principale est de conclure des actes juridiques pour le compte de son client. Néanmoins, reste l'idée que c'est l'opération de transport elle-même qui est reprise par un tiers au lieu d'être accessoirement exécutée par le commissionnaire.

On est, en revanche, en présence d'une opération de sous-traitance au sens de la loi du 31 janvier 1975, si un transporteur professionnel ayant accepté de transporter une marchandise donnée pour le compte d'un chargeur, conclut par ailleurs un contrat par lequel un confrère effectue cette prestation à sa place : un entrepreneur confie alors à un autre tout ou partie d'un contrat d'entreprise.

## 2 Un fond commun aux différentes acceptions

### ➔ A - L'imbrication des rôles dans le secteur routier

### ➔ B - Contrat d'affrètement et prestation de transport

D'abord, il existe dans le secteur routier une imbrication des rôles entre professionnels (A). Celle-ci tend souvent à rapprocher

le transporteur d'un simple fréteur. Ensuite, de façon plus générale, il faut avoir à l'esprit que le fréteur est généralement un transporteur de fait (B).

### A - L'imbrication des rôles dans le secteur routier

Si les contrats de transport, d'affrètement ou de commission sont de nature différente et entraînent des obligations juridiques distinctes, les prestations auxquelles ils correspondent sont en partie identiques. Comme un commissionnaire, le transporteur doit savoir et pouvoir organiser librement le déplacement qu'il va exécuter. Comme un transporteur exécutant matériellement la prestation à laquelle il s'est engagé, le fréteur doit savoir acheminer le véhicule qu'il a mis à disposition. Il en résulte que la qualification de ces contrats tend à se brouiller quand, du fait de leurs conditions de réalisation, s'estompe ce qui les différencie.

Ainsi, l'acceptation technique du terme « affrètement » c'est-à-dire l'opération par laquelle un commissionnaire a recours à un transporteur routier sans organiser préalablement de groupage, est caractéristique de l'ambiguïté de cette notion. Le commissionnaire reprend une partie des attributions du transporteur. Dans le même temps, la fonction du transporteur ressemble fort à celle d'un fréteur.

- D'une part, le commissionnaire de transport, qui fait ainsi appel aux services d'un transporteur, prend l'engagement d'organiser un transport. Mais en l'absence de groupage (donc d'un système de collecte et d'entreposage) ou d'une suite de transports incluant une rupture de charge et des modes de transport différents (ainsi, pour chargement dans un port), sa fonction tend à se limiter à celle d'un intermédiaire s'engageant simplement à trouver pour le compte d'un chargeur, le transporteur routier adéquat. Cette fonction est certes fort utile pour le chargeur. Mais nonobstant ce rôle d'intermédiaire, le commissionnaire ne fait rien que ne sait faire tout transporteur routier : préparer l'acheminement par camion d'une marchandise, d'un point à l'autre. Il n'y a donc rien d'étonnant à voir nombre de transporteurs routiers « jouer » les commissionnaires quand ce rôle se limite à l'organisation d'un simple transport par route...

- D'autre part, le transporteur « affrété » reçoit des consignes précises du commissionnaire, car le transport est déjà organisé par les soins de ce dernier. Quoique le transporteur s'engage contractuellement à conduire à bon port la marchandise dans les délais impartis, nous sommes fort proches de la prestation demandée au loueur de poids-lourds avec chauffeur. Pour l'essentiel, la tâche du transporteur se résume à la fourniture et à la conduite du véhicule. Symétriquement, ce dont a besoin le commissionnaire, c'est d'abord d'un moyen de transport (le camion), même si, juridiquement, il sous-traite l'ensemble de l'opération.

Il devient donc naturel d'employer le terme d'affrètement pour la sous-traitance d'une opération de transport quand la préoccupation première du commissionnaire est de trouver le camion prêt à l'emploi et que l'activité réelle du transporteur se limite finalement à « l'armement » d'un poids-lourd (9).

Mais si le contrat de transport par route peut être fort proche d'un contrat de location de camion avec chauffeur, du moins par la prestation matérielle qu'il entraîne, c'est aussi que l'affrètement, tel qu'il existe en matière maritime ou aérienne, n'est pas sans rapport avec l'engagement résultant d'un contrat de transport.

### B - Contrat d'affrètement et prestation de transport

Dans l'affrètement d'un engin de transport, la mise à disposition du véhicule emporte généralement celle de l'équipage chargé

(8) cf. *D. n° 90-200, 5 mars 1990, art. 2 à 7* réglementant la profession de commissionnaire de transport ; cf. également *A. 25 sept. 1990*.

(9) On retrouve la même idée dans l'expression « d'affrètement au voyage », en transport fluvial, ainsi que dans l'existence des « bureaux d'affrètement ». À chaque

de le conduire. Une prestation de service est annexée à la mise à disposition du véhicule : sa conduite d'un point à un autre. Un élément essentiel du contrat de transport est donc commun à l'affrètement. On peut dès lors trouver l'évolution inverse de celle préalablement présentée dans le secteur routier. Insensiblement, l'affrètement du véhicule peut se rapprocher d'une prestation de transport.

Que reste-t-il en effet de la qualification du contrat d'affrètement si le fréteur, par le degré d'organisation qu'il apporte au voyage, en arrive à maîtriser globalement le déroulement et enlève toute réelle liberté et responsabilité au prétendu transporteur ? En vérité, il se substitue à ce dernier. C'est ce que la jurisprudence a parfois décidé, en particulier lorsque des agences de voyages affrètent des avions mais sont dans l'incapacité d'organiser techniquement et commercialement la prestation (10).

Dans le secteur routier, il existe aussi une situation approchante : c'est celle du tractionnaire. Celui-ci est généralement reconnu transporteur. Pourtant cette entreprise ne fournit *a priori* que le tracteur et le chauffeur mais non la remorque. Le tractionnaire ne semble pas, en conséquence, prendre l'engagement de conduire à bon port une marchandise donnée. Connaît-il nécessairement la nature exacte du chargement ? Il paraît s'engager simplement à tracter une remorque. Il semble mettre en quelque sorte à disposition une puissance de remorquage et son chauffeur.

Pourtant, la jurisprudence considère qu'il est un voiturier car, quoiqu'il ne soit pas propriétaire de la remorque qu'il tire, il accepte d'en transporter la cargaison (11). Il sera donc responsable de la réussite de l'opération, à moins qu'il n'y ait qu'une location de tracteur avec chauffeur, auquel cas nous retrouvons la situation de l'affrètement d'un véhicule.

Mais les prestations communes au contrat d'affrètement et au contrat de transport ont encore une autre conséquence : la réglementation applicable aux professionnels qui concluent ces conventions est partiellement la même. Ainsi, les entreprises de location de poids-lourds avec chauffeur sont généralement assimilées à des transporteurs parce qu'elles participent de fait au transport (12).

• D'abord, dans le contrat type de location de camion avec chauffeur, le conducteur reste le préposé du loueur pour tout ce qui concerne la préparation technique du véhicule, sa conduite et sa garde, tout comme s'il exécutait lui-même l'opération de transport (art. 5) (13). Le loueur n'est certes pas, comme le transporteur, présumé responsable des avaries ou du vol commis sur la marchandise. Néanmoins, le contrat type assimile à une opération de conduite la protection du véhicule contre le vol et, par voie de conséquence, de la marchandise qui s'y trouve (art. 5). Cette disposition supplétive rapproche évidemment les obligations propres au transporteur et au loueur.

• De plus, bon nombre d'infractions aux règles de la coordination des transports et au Code de la route concernent tant le transporteur que le loueur avec chauffeur, mais non pas le simple loueur de véhicule : ainsi, pour ce qui est de la régularité des titres d'exploitation en fonction du transport effectué, pour ce qui concerne le respect des temps de travail, de conduite et de repos ou le dépassement des vitesses limites (14).

De façon similaire, la loi n° 92-1445 du 31 décembre 1992 relative à la sous-traitance dans le secteur routier (V. *JCP E* 1993, III, 65881), et dont l'objectif est de lutter contre la pratique de prix anormalement bas (15), vise non seulement la sous-traitance d'un contrat de transport mais encore celle par laquelle un loueur de véhicule sous-traite une opération de louage auprès d'un autre loueur, quand cette opération s'accompagne de la fourniture d'un chauffeur. C'est donc la participation directe du loueur à l'opération de transport, contrairement à ce qui se passe pour une simple location de véhicule, qui conditionne l'application d'une règle applicable autrement aux seuls contrats de transport.

• Enfin, dans certains cas, malgré les termes de la législation, l'ambiguïté persiste ouvertement. Ainsi, il semblerait que ce soit plutôt le locataire qui soit responsable des dépassements du poids total en charge d'un poids-lourd (le PTAC), puisqu'il détermine la quantité de marchandises transportées (article 6 du contrat type). Mais en réalité, les poursuites pénales ont principalement été tournées contre le loueur, parce qu'il a la maîtrise des opérations de conduite (16).

### 3 Conclusion

Il existe finalement un double mouvement convergent. La profession de loueur de camion avec chauffeur est partiellement assimilée à celle de transporteur routier parce que leur activité est similaire. Dans le même temps, l'affrètement routier est souvent caractérisé par une prestation sommaire dont le cœur est la conduite du véhicule chargé de sa marchandise, et non pas une véritable maîtrise du transport par route. Les conditions d'exécution du contrat de transport sous-traité se rapprochent en effet de celles de la location de poids-lourds avec chauffeur.

La jurisprudence aurait donc pu s'acheminer vers la requalification de certains contrats de transport sous-traités en des contrats de location avec chauffeur ou des contrats d'affrètement, tel qu'on l'entend pour un navire ou un avion. Le commissionnaire ou le transporteur donneur d'ordre se trouverait dès lors dans la position d'un affréteur prenant seul la responsabilité du bon déroulement du transport (17).

fois, ce n'est pas un contrat d'affrètement auquel il est fait référence mais bel et bien un contrat de transport. Cependant, ce contrat a pour caractéristique de porter sur un simple trajet grâce notamment à la fourniture du navire adéquat.

(10) Le fréteur est précisément le transporteur si le tour operator a affrété l'avion pour un voyage au forfait, le fréteur émettant lui-même les billets (*TGI Paris*, 26 mars 1969 : *RFD aérien* 1969, p. 321, note E. Georgiades). La Cour de cassation paraît aller dans le même sens quand elle décide que l'affréteur est le transporteur s'il émet les billets et si le contrat d'affrètement stipule qu'il aura le contrôle et la direction de l'équipage (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 2 mars 1971 : *Bull. civ. I*, n° 65). On peut en déduire, *a contrario*, que le fréteur serait resté le transporteur s'il avait gardé la maîtrise de l'équipage. Cependant, la maîtrise de l'appareil et de son équipage ne suffit pas à caractériser un contrat de transport aérien, même si ce contrôle est particulièrement poussé (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 6 juin 1990 : *D.* 1990, p. 272, obs. Rémond-Gouilloud, qui regrette cette solution). C'est la partie émettrice du billet qui détermine avant tout le transporteur. Cette solution est encore plus marquée pour le transport aérien de marchandises : le commissionnaire qui conclut à son compte un contrat de transport aérien est le transporteur, quoiqu'il n'exécute pas matériellement le déplacement (cf. L. Peyrefitte, *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 910).

(11) *Cass. com.*, 8 juin 1983 : *D.* 1984, p. 816 ; - 5 janv. 1988 : *BT* 1988, p. 102 ; - 25 juin 1991 : *BLT* 1991, p. 559 et *D.* 1992, somm. p. 80, obs. Rémond-Gouilloud.

(12) Ce qui est vrai du transport routier l'est d'ailleurs aussi du transport aérien. Ainsi, quoique le fréteur ne soit souvent qu'un transporteur de fait, l'affréteur ayant seul la qualité de transporteur du point de vue du voyageur, ils sont tous les deux soumis aux règles applicables aux transporteurs aériens (cf. *C. aviation*, art. L 323-2).

(13) *D.* 14 mars 1986 relatif au contrat type de location de véhicule avec chauffeur dans le transport routier de marchandises.

(14) Le loueur doit informer le locataire des règles applicables à ce sujet et définir avec lui une durée de mise à disposition permettant le respect de ces règles.

(15) C'est-à-dire des prix ne permettant normalement pas à celui qui exécute la prestation de transport de rentrer dans ses frais.

(16) cf. *Lamy Transport* 1997, t. 1, n° 608.

(17) Il ne pourrait plus en conséquence se retourner contre l'entreprise sous-traitante sur le fondement d'un manquement à l'exécution d'un contrat de transport. L'entreprise sous-traitante ne serait pas irrémédiablement tenue à une obligation de résultat. Le cadre de sa responsabilité serait atténué en cas d'avarie sur les marchandises transportées.

- Cette voie n'a pas été suivie. Effectivement, si la sous-traitance routière se caractérise de fait par une prestation fort proche de ce qu'un contrat d'affrètement emporte, il n'en reste pas moins que le donneur d'ordre souhaite se décharger totalement de l'exécution de la prestation à laquelle il s'est engagé et que le sous-traitant entend reprendre à sa charge cette obligation. Surtout, il faut considérer que le sous-traitant a toujours le choix de refuser l'offre après examen des conditions d'exécution de la prestation. Il conserve donc une certaine maîtrise commerciale du transport, ce que le fréteur n'a pas.

Cependant, le paradoxe est que cette maîtrise commerciale n'est que virtuelle. Pensée, plus rarement soupesée, elle se concrétise peu en conseils et pourparlers préalables (18). Le chargeur, le commissionnaire ou le transporteur originel se sont déjà entendus : les conditions sont fixées. Reste alors à trouver le poids-lourd et son chauffeur, si l'on n'exécute pas soi-même la prestation : bref, reste à « affréter » un camion...

Mais l'idée d'affrètement dans le secteur routier sous-tend une forte dépendance du sous-traité à l'égard du donneur d'ordre. Peu ou prou, le premier n'offre guère que de la conduite sur l'engin de transport qu'il fournit alors que le second détient un marché auprès d'un chargeur (19). Aussi, la jurisprudence s'oriente-t-elle plutôt vers la requalification de certains contrats commerciaux en des contrats de travail lorsque la dépendance du sous-traitant

envers le donneur d'ordre devient trop manifeste. De ce point de vue, la sous-traitance du contrat de transport n'est pas seulement concernée. De nombreuses relations contractuelles entre entreprises, fondées sur des contrats de franchise ou des contrats de société, ont pu être requalifiées en des contrats de travail (20). Quant au législateur, il tente de protéger les sous-traitants en rendant également responsable le chargeur ou le donneur d'ordre en cas d'incapacité qu'ils sont de respecter normalement la législation du fait des conditions qui peuvent leur être imposées.

Le décret n° 92-699 du 23 juillet 1992 (V. *JCP E* 1992, I, 65629) rend pénalement responsable le donneur d'ordre s'il fait en connaissance de cause des instructions incompatibles avec le respect de la durée maximale de conduite journalière. Ce texte est évidemment applicable aux relations entre professionnels de transport (21). La loi n° 92-1445 du 31 décembre 1992 précitée relative à la sous-traitance dans le domaine du transport routier de marchandises vise à réprimer l'existence de prix anormalement bas entre professionnels du transport. La loi définit le délit de prix abusivement bas comme étant celui qui ne permet pas globalement au transporteur d'assurer la prestation en couvrant l'ensemble de ses frais dans le respect de la réglementation (22). Enfin, la loi Gayssot du 6 février 1998 précitée tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier fournit un cadre général, du point de vue du droit des contrats, la pratique de la sous-traitance dans le secteur routier (23) ■

(18) Selon l'enquête CNR, 45 % des entreprises acceptant du fret en sous-traitance ne négocient pas les prix. Ce chiffre inclut le cas d'affrètements réguliers pour lesquels les prix sont probablement plus souvent négociés. La même enquête indique que 90 % des opérations de transport sous-traitées sont facturées à un prix inférieur au seuil de rentabilité du véhicule.

(19) Du moins s'il s'agit du donneur d'ordre initial et non d'un donneur d'ordre, simple maillon dans une chaîne de sous-traitance.

(20) Entreprise de transport ayant licencié ses salariés puis les ayant employés comme artisans-chauffeurs, et concluant avec eux de prétendus contrats de transport (*CA Paris*, 11<sup>e</sup> ch. B, 20 sept. 1996 : *BLT* 1997, p. 763) ; entreprise ayant conclu avec d'anciens salariés des contrats de franchise (*Cass. soc.*, 25 févr. 1998 : *BLT* 1998, p. 172 ; cf. également *BLT* 1997, p. 513) ; transporteurs associés dans une société commune mais ayant perdu toute liberté d'exploitation par rapport à cette dernière (*Cass. soc.*, 17 avr. 1991 : *D.* 1991, inf. rap. p. 139).

(21) Dernier exemple en date d'une telle co-responsabilité, l'arrêté du 20 juillet 1998 relatif au transport des denrées périssables rend pénalement co-responsable le donneur d'ordre qui aura sciemment indiqué au transporteur des instructions contraires à la réglementation fixée par l'arrêté (règles d'hygiène, par exemple).

(22) *L. 31 déc. 1992*, art. 3. L'article 38 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 introduit un article 23-1 à la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995. Ce nouveau texte élargit sensiblement le champ d'application du délit de prix abusivement bas.

(23) Rappelons que, en vertu de l'article 11 de cette loi, la loi du 31 décembre 1997 relative à la sous-traitance est enfin rendue applicable au secteur routier. Cette loi tente plus globalement, de rééquilibrer les relations entre chargeurs et transporteurs, en accordant un privilège au transporteur sur la valeur des marchandises qui font l'objet de son obligation, pour toutes les créances de transport (dont des prestations annexes, tel le coût d'un chargement ou d'un déchargement effectué à la demande des autres parties au contrat), y compris celles nées à l'occasion d'opérations antérieures (*C. com.*, nouvelle art. 108-1). Le privilège du transporteur sur les marchandises transportées est ainsi aligné sur celui du commissionnaire de transport, dont les droits en cette matière sont d'ailleurs clarifiés (*C. com.*, nouvelle rédaction art. 95). La loi n'accordait au voiturier, préalablement à cette réforme, qu'un privilège sur la marchandise présentement transportée (*C. com.*, art. 2102, 6<sup>e</sup>, aujourd'hui abrogé). Le paiement des opérations de transport s'effectuant en général postérieurement à son exécution, il devenait impossible au transporteur de faire jouer, par exemple, un droit de rétention.