



HAL
open science

Itinérance et dissimulation d'emplois dans les transports

Stéphane Carré

► **To cite this version:**

Stéphane Carré. Itinérance et dissimulation d'emplois dans les transports. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2018, XLIII (172), pp.735. halshs-02002349

HAL Id: halshs-02002349

<https://shs.hal.science/halshs-02002349>

Submitted on 17 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Revue de la Recherche Juridique

Droit prospectif

Rédacteur en chef
Emmanuel Putman

2018-2
XLIII - 172

droit public histoire du droit et des idées politiques **droit comparé**
philosophie du droit **droit civil** théorie générale droit des affaires
droits étrangers liberté et droits fondamentaux **droit international**
bioéthique **droit administratif** droit processuel droit maritime

ITINÉRANCE ET DISSIMULATION D'EMPLOIS DANS LES TRANSPORTS

Stéphane CARRÉ

IUT de Saint-Nazaire, UMR CNRS 6297

Abstract: *The concealment of jobs corresponds to frauds thanks to which the existence, the nature or a quantity of the professional activity will be hidden. From this point of view, the transport sector is an excellent field of issues related to employment concealment. Perpetual roaming of mobile workers hampers controls, blurs the distinction between working time and rest time and knows no borders and therefore the applicable national law. In their peregrinations, mobile employees are often lone workers whose subordination to their employer is relaxed. But these employees meet at each step with interlocutors who require them to act also at their service. It is the determination of a clearly identified employment relationship which is thereby weakened.*

La dissimulation d'emplois renvoie à un ensemble de fraudes par lesquelles l'existence, la nature ou une certaine quantité de l'activité professionnelle va être occultée. L'ensemble est hétérogène et l'idée de fraude vise des comportements intentionnels alors que diverses situations ne peuvent être que la conséquence d'une difficulté à désigner un employeur, sinon l'existence de l'activité. Il demeure en tout cas que cette difficulté est une source de pertes financières pour la collectivité (dettes de cotisations sociales et dettes fiscales), de non respect des droits sociaux pour les travailleurs et de distorsions de concurrence pour les entreprises. Sur le plan pénal, la démonstration d'une fraude ou le simple irrespect d'une réglementation sera souvent constitutif d'une infraction.

Le travail illégal recouvre ainsi un vaste ensemble d'infractions qui se caractérise par une dissimulation d'emploi. Il peut s'agir de la dissimulation d'emplois salariés n'ayant pas fait l'objet d'une nécessaire déclaration auprès de l'administration ou des organismes sociaux, sinon d'une autorisation¹. Il peut s'agir de fraudes en matière de déclaration d'heures de travail, par omission de leur inscription sur le bulletin de paie (C. trav., art. L. 8221-5, 2^o). Mais sont également concernées les fraudes par lesquelles sont dissimulées toute sorte d'activités commerciales (entreprises ou travailleurs indépendants non déclarés auprès de différents registres ou auprès des organismes sociaux et fiscaux; C. trav., art. L. 8221-3)². Entraîne

¹ Comme la déclaration préalable à l'embauche auprès de l'URSSAF (C. trav., art. L. 1221-10) ou les autorisations nécessaires pour les salariés extra-communautaires (C. trav., art. L. 8251-1 et L. 8256-2).

² Ce que l'on nomme sous l'expression de « travail dissimulé », soit par omission ou usurpation de déclaration d'une activité économique (inscription au registre du commerce...), soit par omission de déclaration d'embauche, soit par omission de déclaration d'heures de travail effectuées

également une dissimulation d'emploi, le fait de ne pas respecter les restrictions d'utilisation de la main-d'œuvre dans le cadre d'une mise à disposition de salariés par des entreprises de travail temporaire et, plus globalement, toutes les fraudes qui peuvent résulter de la mise à disposition de personnel d'une entreprise par une autre, dans le cadre de prestations de service effectuées en sous-traitance. Ces dernières fraudes aboutissent souvent à des mises en examen du fait d'infractions tel le prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif, prêt essentiellement réservé aux entreprises de travail temporaire (C. trav., art. L. 8241-1) ou le délit de marchandage (C. trav., art. L. 8231-1), en particulier parce que ces mises à disposition de main-d'œuvre ne s'accompagnent d'aucune prestation de service³.

La dissimulation d'emploi peut se développer dans un cadre strictement national. De façon paroxysmique, un garage clandestin ayant une activité strictement locale fera travailler « au noir » un résident de la commune, chômeur indemnisé, à qui il refusera de payer ses nombreuses heures supplémentaires. Mais souvent, la dissimulation d'emploi s'effectuera à l'aide de montages complexes entre entreprises dans un cadre transnational⁴. Sous les apparences de la normalité (entreprises et salariés déclarés...), il s'agit alors de bénéficier principalement des

représente chaque année le principal des verbalisations en matière de travail illégal. En 2015, sur 12200 infractions relevées dans une procédure pénale (correspondant à 7896 auteurs d'infractions), le travail dissimulé représentait 80 % des verbalisations en matière de travail illégal. Dans le cadre du travail dissimulé, la dissimulation totale ou partielle d'activité représentait 24 % des infractions en matière de travail illégal et la dissimulation totale ou partielle d'un emploi salarié, 56 % des infractions de travail illégal. Loin derrière le travail dissimulé, arrive en seconde position (11 %) l'emploi d'étrangers sans titre de travail. Le prêt illicite de main-d'œuvre et le marchandage ne représentent que 3,3 % des infractions de travail illégal en 2015 et 3,6 % en 2008. Pour toutes les catégories d'infractions, leurs auteurs sont majoritairement français (65 % des auteurs d'infractions), sauf l'emploi d'étrangers sans titre (48 %) et le prêt illicite de main-d'œuvre (41 %). Si l'on se place du côté des salariés victimes de ces infractions, on constate que 38 % sont des salariés français (7158 personnes). Pour le reste, les salariés les plus impactés en 2015 ont été les portugais (6 %), les marocains (4 %), les turcs (3,8 %), les polonais (3,3 %) et les roumains (3,3 %) (Analyse de la verbalisation du travail illégal en 2015, p. 18 à p. 23, p. 26, DGT, Minist. travail).

³ Toutefois, le marchandage peut être constitué même s'il existe une prestation de service liée au prêt de main-d'œuvre (crim. 23 juin 1987, n° 85-95585, *Bull. crim.*, n° 263), dès lors que cette opération a pour effet de porter préjudice aux travailleurs ou d'éluider l'application des règles protectrices du droit social. Le prêt de main-d'œuvre illicite suppose un prêt exclusif de main-d'œuvre. Par contre, il n'est pas nécessaire de faire la démonstration d'un préjudice.

⁴ De façon topique, sous couvert du détachement de salariés étrangers en France afin d'y exécuter ponctuellement une prestation de service, opération économique admise parce qu'elle s'inscrit dans le cadre de la libre prestation de service en vigueur dans l'Union européenne et parce qu'elle n'est pas une intrusion durable sur le marché du travail national, une entreprise située à l'étranger développera essentiellement une simple mise à disposition de travailleurs sans qu'existe une prestation de service identifiée, sans que l'entreprise étrangère détachante ait une véritable activité économique dans son pays d'implantation et alors que l'entreprise utilisatrice, appartenant au même groupe de sociétés que l'entreprise détachante, dédiera une part substantielle de ses installations et de son organisation à l'usage de cette main-d'œuvre (fourniture des outils, liens de préposition...).

avantages comparatifs des systèmes sociaux de différents pays (protection sociale et conditions de travail), en profitant tout particulièrement de la liberté de circulation de la main-d'œuvre au sein de l'Union européenne⁵. En Europe, la présence de travailleurs étrangers (ressortissants ou non de l'Union) est courante et ne prête pas spécialement à difficulté. Les droits nationaux du travail applicables sont prioritairement ceux du lieu de travail⁶. Il en est de même en matière de sécurité sociale⁷. Ce n'est ni la nationalité du ressortissant ni même son lieu de résidence qui d'abord décide du droit social applicable mais son lieu habituel de travail. La nationalité de l'entreprise est également indifférente. Incidemment, le lieu habituel de travail est également supposé correspondre au lieu de vie du travailleur. Les rythmes habituels du labeur obligent le plus souvent à ne pas s'éloigner trop de son lieu de travail, qui s'avère très majoritairement correspondre à des postes fixes dans des établissements stables⁸. Seules les régions frontalières ou l'existence de très petits pays (Luxembourg, Suisse...) connaissent de façon massive la présence d'une main-d'œuvre ne résidant pas dans le pays du lieu de travail habituel⁹.

Mais le critère du lieu de travail habituel va être fragilisé quand le travailleur va avoir une vie professionnelle itinérante, soit que son activité professionnelle elle-même repose sur l'existence continue de déplacements (« voyageurs

⁵ Mais démontrer une infraction par dissimulation d'emploi n'est pas alors chose aisée. Il n'y a rien d'illicite à constituer des filiales à l'étranger, à développer le cas échéant pour cette filiale une activité exclusive de prêt de main-d'œuvre, à conclure des contrats commerciaux à l'international, ni même à profiter à cette occasion des avantages comparatifs entre systèmes sociaux afin de gagner sur la concurrence. Globalement, ce n'est qu'en démontrant l'intention délictueuse, par-delà les apparences d'une ingénierie juridique licite, qu'une infraction pourra être constituée, en prouvant tout spécialement qu'il n'existe aucune prestation de service circonscrite, aucune activité économique autonome, faisant corps avec la circulation ponctuelle mais incessante des travailleurs d'un pays à l'autre.

⁶ « À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail » (règl. [CE] n° 593/2008 du 17 juin 2008, art. 8, §. 2). En droit français, l'application territoriale du droit du travail est implicite: le Code du travail s'applique principalement aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés liés par un contrat de travail (V. par ex. C. trav., art. L. 1111-1 et L. 1211-1). Le Code civil indique au surplus que les lois de police et de sûreté sont d'application générale sur le territoire français et que l'on ne peut déroger par contrat aux lois qui sont d'ordre public (art. 3, 6 et 1102 C. civ.). Pour une critique de la notion de « territorialité », spécialement en matière de protection sociale: E. Pataut, « Territorialité et coordination en droit international privé », *Mélanges P. Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 663.

⁷ « La personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre » (règl. [CE] n° 883/2004, art. 11, §. 3, -a). Pour le droit français: C. séc. soc., art. L. 111-2-2.

⁸ Une correspondance entre lieu de travail et lieu de vie est parfois faite explicitement: « La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal » (règl. n° 593/2008 du 17 juin 2008, art. 19, §. 1, al. 2).

⁹ Des aménagements juridiques sont alors couramment prévus, telles les dispositions spéciales du règl. (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 en matière de coordination des régimes de sécurité sociale pour les travailleurs frontaliers (art. 18, 28, 62, 65 §. 2 et 5, 37 §. 1, Ann. III et V).

représentants placiers », chauffeurs routiers, marins...), soit parce que son travail l'amène à rejoindre des établissements ponctuels (chantiers du secteur du BTP). Il est d'ailleurs possible d'imaginer la forme hybride d'un établissement itinérant (chantier d'entretien le long d'une voie ferrée; l'avion, le pousseur ou le navire qu'accompagne tout un équipage...). Dans le secteur des transports, les cas de figure pour le personnel mobile se démultiplient. En contexte international, d'un simple point de vue juridique, plusieurs situations de fait apparaissent quant à la détermination du droit social national applicable. Il va alors devenir plus difficile, sinon impossible, d'élire le droit social national d'application à partir du critère du lieu de travail habituel. Cette difficulté est en elle-même source d'une mauvaise application de la loi sociale et facilite les comportements frauduleux. Le travailleur transnational (autochtone ou de nationalité étrangère) peut accompagner l'outil de transport dans le cadre d'une prestation de transport internationale. Il peut le faire ponctuellement, effectuant en réalité l'essentiel de son temps de travail dans le même pays ou, tout au contraire, ne jamais cesser d'effectuer des trajets internationaux (ainsi, le personnel navigant des avions « longs courriers » ou des navires effectuant des voyages « au long cours »). Comme tout travailleur, il peut ponctuellement se rendre dans un autre pays pour y effectuer des prestations de transport essentiellement internes, dans le cadre d'un détachement transnational (par exemple, le pilote de ligne détaché d'Irlande vers un établissement situé en France, afin d'assurer des vols saisonniers Paris - Nice). Enfin, dernière situation possible, proche d'une situation de détachement, le travailleur itinérant accomplira des prestations de transport internes à l'occasion d'un transport international, sans qu'existe le moindre établissement stable dans le pays de cabotage (un batelier belge effectuera un transport de Lille à Dunkerque à la suite d'un trajet commercial international Charleroi – Lille)¹⁰.

En l'absence de tout contexte international, la question du choix d'un droit national applicable au travailleur ne se pose évidemment plus. Les fraudes en matière de détachement, attisée par le *law shopping*, n'ont plus lieu d'être. Néanmoins, délits de marchandage ou de prêt de main-d'œuvre illicite trouvent d'autres raisons de prospérer. Surtout, on aurait tort de penser que l'absence d'un lieu habituel de travail, et donc la présence d'un travail itinérant « hors les murs », n'ait aucune incidence en matière de dissimulation d'emploi ou, pourrait-on dire de façon plus générale, de détermination d'emploi. Il devient plus difficile d'effectuer des contrôles, de déterminer exactement qui est l'employeur, de circonscrire précisément le nombre d'heures de travail effectuées, d'affirmer que tel entrepreneur s'affirmant transporteur n'est pas finalement un salarié... Le travail itinérant a des effets délétères sur les relations de travail car il tend à distendre le

¹⁰ Le cabotage est ici entendu comme l'opération par laquelle un transporteur qui ne réside pas dans un pays effectue un transport interne à ce pays (consid. 15 du règl. [CE] n° 1072/2009 du 21 oct. 2009).

lien de subordination entre l'employeur et le salarié mobile et à dissoudre le lieu de travail, cadre spatial « naturel » venant objectiver la subordination juridique (forte cohérence entre le temps et le lieu de l'exercice de la subordination juridique, possibilité d'un contrôle étroit et direct du subordonné...). Le travailleur mobile, au cours de ses périples, partira aussi à la rencontre d'autres commettants que son employeur, ce qui peut fragiliser la désignation de ce dernier¹¹.

En matière de travail illégal, le secteur des transports n'est pourtant pas le secteur d'activité le plus touché¹². Le secteur du bâtiment et des travaux publics semble le plus impacté en termes de constat d'infractions¹³. Néanmoins, ces chiffres doivent être pris avec précaution. Fondés sur la quantité d'infractions constatées, ils dépendent donc des mesures de contrôle engagées et de la difficulté plus ou moins grande à appréhender les comportements infractionnels¹⁴.

¹¹ Certes, la notion de mobilité ou l'idée d'un rattachement concret de ce personnel à un établissement précis et stable connaît d'importantes variations. Le conducteur d'un bus urbain ou d'une rame de métro est-il véritablement un travailleur itinérant ? Matériellement, il sera en définitive aisé de rattacher ce personnel à un dépôt et même à une « ligne » de transport précise, car les trajets seront strictement locaux et répétitifs. Mais à l'inverse, une entreprise du secteur du Transport Routier de Marchandises (TRM) peut salarier des conducteurs en fonction uniquement de leur lieu de résidence et de la localisation des clients à desservir, loin de tout établissement de rattachement. Le conducteur n'aura de relations concrètes de travail qu'avec les clients de son employeur, clients répartis sur une vaste aire de chalandise. Parfois le seul contact matériel avec l'entreprise d'embauche sera l'échange d'une semi remorque entre tracteurs sur un parking situé à mi-chemin d'une « traction ». Lors des repos du camionneur, le véhicule sera garé sur la voie publique, non loin de son domicile. L'établissement des conditions de travail, les consignes, la surveillance seront assurés par courriel, téléphone portable (*V. infra*). Cette individualisation et ce déracinement complet du salarié mobile vis-à-vis de son employeur aboutit d'ailleurs parfois à ce qu'un conflit collectif ne soit perçu de l'employeur que telle la somme d'insubordinations individuelles (Lyon, 11 janvier 2011, « *S.A.S Bils-Deroo Transports c/ Dahmane* » : *Juris-Data* n° 2011-006240 ; *RDTransp.* juil./août 2011, 111).

¹² Cependant, le secteur du transport routier de marchandises a été identifié comme devant être prioritaire dans le cadre du plan national de lutte contre le travail illégal (PNLTI) du 11 février 2013 (Instruction gouv., 24 déc. 2013, NOR : TRAT1327101J). Des actions spécifiques ont parfois été engagées, notamment dans le sous-secteur du déménagement. Ainsi la « Convention nationale de partenariat pour la lutte contre le travail illégal dans l'activité du transport de déménagement » du 28 juil. 2015 (faisant suite à d'autres conventions antérieures du même type), déclinée par la suite en diverses conventions régionales conclues entre les pouvoirs publics et les organisations professionnelles et syndicales de ce secteur.

¹³ Ce que nous allons soutenir du travail itinérant dans le secteur des transports pourrait être, mutatis mutandis, adapté au secteur du BTP et de l'agriculture par certains aspects : travail « à ciel ouvert », chantiers ou travaux temporaires qu'il est nécessaire d'achever rapidement en fonction des desiderata du client ou d'impératifs naturels.

¹⁴ En 2008, plus du tiers des infractions relevées en matière de travail illégal (19400) provenait de ce secteur (Analyse de la verbalisation du travail illégal en 2008, p. 24, Délégation nationale de la lutte contre la fraude, Minist. Budget/travail). En 2015, le secteur du BTP représentait toujours 34 % des établissements verbalisés et le secteur des transports 7 % des établissements verbalisés (Analyse de la verbalisation du travail illégal en 2015, p. 16, DGT, Minist. travail). Dans le secteur des transports, pour 663 infractions relevées en 2015, 87 % relevaient du travail dissimulé et 6 % de l'emploi d'étrangers

Ils ne rendent pas compte de façon directe de la situation factuelle ni même de l'ensemble du contentieux, et spécialement le contentieux civil, qui découle des cas de fausse sous-traitance, détachements abusifs, travail dissimulé... Or, d'un point de vue juridique, le secteur des transports est emblématique parce qu'il concentre bon nombre des décisions juridictionnelles marquantes de ces dernières années, la plupart ayant une dimension internationale et concernant tout spécialement des situations de détachement. Ainsi, devant la Cour de Justice de l'Union européenne, les affaires « *Rush Portuguesa* » (chantiers ferroviaires)¹⁵, « *Viking* » (maritime)¹⁶, « *Koelzsch* » (routier)¹⁷ et, tout récemment, « *Rosa Flussschiff* » (fluvial)¹⁸. D'autres procès, anciens ou récents, sont restés cantonnés à la sphère des tribunaux nationaux, mais n'en sont pas moins représentatifs de difficultés persistantes, spécialement dans l'aérien (affaires « *Vueling* », « *Easyjet* », « *Ryanair* »)¹⁹.

Dans le même temps, on constate que la question du droit national applicable en contexte international tend à faire légalement l'objet d'un traitement séparé concernant les travailleurs itinérants du transport, même si ces particularismes apparaissent en voie de régression. Concernant les situations de détachement, il s'agit d'ailleurs plutôt d'un droit économique qui vient encadrer la libre prestation de service et la liberté d'établissement des entreprises du transport au sein de l'Union européenne. Par exemple, la directive n° 96/71/CE du

sans titre de travail. Par nombre d'établissements verbalisés en 2015 (450), 7 relevaient du transport ferroviaire, 142 du sous-secteur des taxis, 228 des autres transports routiers (sauf déménagement: 30), 5 des transports maritimes et fluviaux, 38 d'autres sous-secteurs de transports. Les statistiques ministérielles insistent régulièrement sur le fait que les verbalisations dépendent notamment de l'effort entrepris par les différents corps de contrôle et donc des politiques de contrôle.

¹⁵ Citons également l'arrêt « *Seco Desquenne & Giral* », CJCE 3 fév. 1982, aff. 62 et 63/81.

¹⁶ CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05. Citons aussi l'affaire « *J. Voogseerd* » (CJUE, 15 déc. 2011, aff. C-384/10).

¹⁷ CJUE, 15 mars 2011, C-29/10.

¹⁸ CJUE, 27 avril 2017, C-620/15, « *A-Rosa Flussschiff GmbH* », *DO*, juin 2017, p. 337. H. Guichaoua, « Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? », *DO*, juin 2017, p. 329. Le dénouement de cette affaire s'est déroulé devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. La présomption de régularité des certificats de détachement (A1 puis E101) est irréfragable tant que l'administration étrangère émettrice de ces documents ne les a pas retirés à l'entreprise soupçonnée d'effectuer des détachements abusifs (AP, 22 déc. 2017, arrêt n° 635).

¹⁹ Crim., 11 mars 2014, n° 11-88420 et 12-81461, *DS*, 2014. P. 836, obs. R. Salomon. Lire aussi P. Morvan, « Y-a-t-il du droit français dans l'avion ? », *DS*, fév. 2007, p. 191 ; L. Gamet, « Personnel des aéronefs et lois sociales françaises : les compagnies *low cost* dans les turbulences du droit social français », *DS* mai 2012, p. 502 et s. ; L. Cailloux-Meurice, « La sévérité du droit social applicable aux compagnies aériennes : le vent se lève... », *RDTransp. mob.* janv./mars 2014, p. 18. Rappelons aussi les arrêts « *Air Afrique* » (Ch. Mixte, 5 esp., 26 fév. 1986, *DS*, 1986, p. 406 et CE, 29 déc. 2004, *JDI* 2006, note Moreau). Pour le TRM, signalons l'affaire « *Nobert Dentreangle* » (T. corr. Valence, 5 mai 2015 et 26 mai 2016, *BTL* n° 3600, 6 juin 2016).

16 décembre 1996 en matière de détachement ne s'applique pas au personnel navigant de la marine marchande (art. 1, §. 2)²⁰. Pour le secteur maritime, il faut se reporter au règlement n° 3577/92 du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres. En transport routier, il convient également de prendre en compte les règles spécifiques concernant l'exercice du cabotage et l'exigence d'une attestation de conducteur (règl. [CE] n° 1072/2009 du 21 oct. 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché du transport international de marchandises par route)²¹, sinon même les dispositions en matière d'établissement stable (règl. [CE] n° 1071/2009 du 21 oct. 2009, art. 3 et 5). En fluvial, l'exercice du cabotage est également encadré (règl. [CEE] n° 3921/91 du 16 déc. 1991). Au demeurant, en marge du droit social, notons que la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur n'est pas applicable au secteur du transport²². Dans l'aérien, les droits européen et français ont développé la notion de « base d'exploitation », permettant de faire pièce à diverses tentatives de ne pas appliquer le droit national du travail du lieu à partir duquel les navigants prenaient leur service²³. En matière de coordination des régimes de sécurité sociale, le règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 ne fixe certes de règles particulières que pour les marins²⁴. Toutefois, l'ancien règlement (CEE) n° 1408/71 en matière de coordination des régimes de sécurité sociale

²⁰ De plus, une proposition de directive visant à réformer la dir. n° 96/71/CE réintroduit un traitement séparé en suggérant de sortir le secteur du transport routier des dispositions de cette directive. Des règles particulières seraient développées pour ce secteur (prop. de dir. du 8 mars 2016, consid. 10), COM(2016) 128 final).

²¹ V. aussi le règl. (CE) n° 1073/2009 du 21 oct. 2009 concernant les règles communes pour l'accès au marché du transport international par autocar. V. enfin le D. n° 2010-389 du 19 avril 2010 relatif au cabotage dans les transports routiers et fluviaux, dont les dispositions sont aujourd'hui placées dans le Code des transports (D. n° 2016-1550 du 19 nov. 2016) et le D. n° 2016-418 du 7 avril 2016 relatif aux entreprises de transport détachant des salariés roulants ou navigants sur le territoire national.

²² Or cette exclusion est importante, compte tenu de l'existence de nombreux travailleurs indépendants dans le secteur des transports. Elle justifie en particulier l'existence de règles spécifiques en matière de cabotage dans les transports routiers et fluviaux (V. *infra*).

²³ V. successivement l'Annexe III aux règl. 3922/91 du 16 déc. 1991 et 965/2012 du 5 oct. 2012. V. le D. n° 2006-1425 du 21 nov. 2006. Mise en œuvre également de la notion de « base d'affectation » (soc. 28 fév. 2018, *JCP* éd. S, 1^{er} mai 2018, 1148).

²⁴ Mais, sur la base de l'art. 16, §. 1 du règl. n° 883/2004 (« Deux ou plusieurs États membres, les autorités compétentes de ces États membres ou les organismes désignés par ces autorités peuvent prévoir d'un commun accord, dans l'intérêt de certaines personnes ou catégories de personnes, des dérogations aux articles 11 à 15 »), il a été fixé un accord dérogatoire du 23 déc. 2010 pour les bateliers rhénans (à ce sujet, S. Carré, *L'interrelation entre le professionnel et le social. Le cas du droit rhénan*, PUR, Rennes, 2015, p. 67 et s.).

comportait des règles particulières pour l'ensemble des travailleurs mobiles du secteur des transports (art. 14, §. 1, b)²⁵.

En définitive, beaucoup de problèmes s'entremêlent. Nous sommes à la croisée du droit du travail, du droit de la sécurité sociale et du droit commercial. Les aspects internationaux sont présents ou non. Le droit pénal, d'interprétation stricte, ne concerne qu'une partie des situations où ces difficultés apparaissent. Ainsi, la question du droit national applicable ne recouvre pas totalement les questions liées au détachement: le travailleur itinérant transnational n'est pas nécessairement un travailleur détaché. Les opérations de cabotage ne semblent pas non plus entraîner une mise à disposition du travailleur itinérant dans les mêmes conditions qu'un travailleur sédentaire transnational mis à disposition d'une entreprise utilisatrice: un détachement comporte l'idée d'un rattachement ayant une certaine stabilité, circonstance qui cadre mal avec l'activité fugace et accessoire du travailleur mobile à l'occasion d'une prestation essentiellement internationale. De plus, les faux détachements ne sont pas seulement constitutifs de délit de prêt de main-d'œuvre illicite ou de délit de marchandage au pénal et d'une mise en œuvre complète du droit social national en matière civile. Les faux détachements s'accompagnent souvent du délit de travail dissimulé parce qu'il sera démontré à cette occasion l'existence d'un lien de subordination entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice.

Or, en dehors de tout contexte international, soulignons que les travailleurs itinérants sont confrontés aussi à cette question car nous constaterons qu'ils sont très couramment soumis, au cours de leur voyage, à des liens de préposition ou à une mise à disposition qui se forge à l'occasion des rapports professionnels qu'ils établissent *de facto* avec les expéditeurs, les destinataires, sinon des voyageurs (taxis, VTC...). Préposition et mise à disposition sont des situations proches de la subordination juridique. Concernant les travailleurs mobiles du transport, il y a manifestement une difficulté à saisir l'emploi exercé ou à désigner un employeur. Il en découle la possibilité accrue d'une dissimulation d'emploi, aboutissant le cas échéant à une infraction pour travail illégal. La dissimulation d'emploi dans le secteur des transports s'appuie ainsi sur deux épiphénomènes: une tendance à la dissolution du lieu de travail (I) et une tendance à la dissolution du lien de subordination (II).

²⁵ Le règl. (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 était au surplus applicable aux travailleurs du transport, nonobstant le respect des dispositions de la convention européenne du 9 juillet 1956 concernant la sécurité sociale des travailleurs des transports internationaux et des dispositions de l'accord du 27 juillet 1950 concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans, révisé le 13 février 1961.

I. La dissimulation d'emploi par dissolution du lieu de travail

La dissolution du lien de subordination, question que nous aborderons dans un second temps, n'est pas tant son absence, sa complète disparition, que son amoindrissement ou son éclatement. Les conditions de travail et les relations de travail ne sont plus suffisamment marquées des indices d'une subordination juridique tranchée pour que l'on puisse affirmer qu'un salarié est pleinement et seulement soumis à un employeur déterminé. En conséquence, l'identification de l'employeur peut devenir difficile²⁶.

Mais la dissolution du lieu de travail, question que nous abordons présentement, pose un autre type de difficulté : elle favorise les incertitudes autour de l'existence même d'une activité professionnelle. C'est l'ensemble de l'activité professionnelle, sinon de l'activité économique tout entière d'une entreprise, qui peut devenir difficilement discernable. À quel moment débute cette activité professionnelle et quand s'arrête-t-elle ? Existe-t-elle même véritablement ? La question du lieu de travail est ainsi intimement liée à celle de l'effectivité d'une activité de travail (A). Par ailleurs, en contexte international, dès lors que l'application d'une réglementation sociale est déterminée en fonction du « lieu habituel de travail », les incertitudes quant à ce lieu vont rejaillir sur la détermination de la loi nationale applicable. Il y aura possiblement dissimulation d'emploi par substitution d'un emploi en principe situé dans un pays vers un autre pays, devenant ce lieu habituel de travail (B).

A. *Lieu de travail et effectivité du travail*

Les travailleurs itinérants du secteur du transport n'ont pas, contrairement à la plupart des professionnels, un lieu de travail étroitement et concrètement défini : ces travailleurs passent l'essentiel de leur temps de travail sur le domaine public (routes, canaux, mers...) alors que la plupart des gens travaillent à poste fixe (un bureau, un atelier...) dans des établissements stables (immeuble, bureau...): lieu de travail et temps du travail sont en étroite corrélation. Pour les salariés, rémunérés principalement en fonction du temps passé au service de leur employeur, la durée du travail se trouve alors comme enfermée à l'intérieur même du lieu de travail. Début et fin du travail sont précisément signalés (jadis, la sirène

²⁶ En présence de circonstances exacerbées, des basculements s'opèrent. Un salarié itinérant, qui était au service de son employeur, peut aisément devenir un travailleur indépendant au service de clients. À l'inverse, un employeur peut être découvert là où l'on pouvait penser qu'il n'y en avait pas puisque le travailleur itinérant travaillait sous couvert du statut de commerçant ou d'artisan. Enfin le lien de subordination peut bouger, et en conséquence l'identité de l'employeur varier, parce qu'il s'avérera que le travailleur itinérant sera bien plus sous la dépendance et les ordres d'un client de son employeur que de l'employeur au départ désigné. Néanmoins, il nous suffira de comprendre pourquoi, même en l'absence d'un basculement, le travail itinérant fragilise souvent l'existence d'un lien de subordination.

ou une cloche; aujourd'hui, la pointeuse...). Le déroulement même du travail peut être constaté en continu par la coopération entre travailleurs et la présence physique de la hiérarchie: on s'installe au travail et les pauses peuvent être contrôlées. Enfin, les établissements d'accueil peuvent être de grandes dimensions: leur signalement ne pose aucune difficulté particulière. Mais concernant les activités itinérantes, deux difficultés surgissent. L'activité productive peut se développer à partir d'un établissement stable des plus réduits puisque l'essentiel de l'activité se déroulera sur une aire géographique. Et parce que cette activité est diffuse, combien serait-elle avérée, il est délicat d'en préciser exactement les frontières.

Le problème central est donc ici le contrôle de l'existence d'une activité économique de transport (1) et, à l'intérieur de ce périmètre, le contrôle des temps de travail des personnels navigants ou roulants (2). La première difficulté renvoie à la possibilité du travail illégal par dissimulation d'activité et dissimulation d'emploi. La seconde difficulté renvoie à la possibilité du travail illégal par dissimulation du temps de travail.

1. Le contrôle de l'effectivité d'une activité de transport

Il existe une difficulté élémentaire pour les pouvoirs publics à appréhender une activité qui s'exerce de façon diffuse sur leur territoire (et hors de celui-ci) et qui peut n'avoir pour assise matérielle que l'outil même du déplacement (a). Cette difficulté monte en acuité quand le transporteur est établi à l'étranger et intervient très ponctuellement sur le territoire national. Nous prendrons l'exemple du cabotage routier (b).

a. Le transport, une activité économique diffuse

L'artisan batelier vit couramment sur son bateau. Dans le transport routier, un grand nombre d'artisans ne possède qu'un seul véhicule, quand il n'est pas pris en location. Le siège social de l'entreprise se confondra dès lors couramment avec le domicile privé du travailleur (artisan taxi, de VTC, poids-lourds...). Il existe des entreprises individuelles d'avion-taxi ou de travail aérien²⁷. Pour la plupart des moyens de transports, l'outil de déplacement circule au demeurant sur l'espace public²⁸. L'activité de transport s'apparente alors à une activité foraine.

²⁷ Épandage agricole, publicité par banderole, photographie aérienne...

²⁸ Les transporteurs routiers circulent sur la voirie publique (C. voirie routière, art. L. 111-1; V. aussi l'art. 110-3 du C. route sur la définition des « routes à grande circulation »). Les transporteurs aériens utilisent des infrastructures aéroportuaires qu'ils ne possèdent pas, bien qu'il puisse exister des aérodromes privés (C. transp., art. L. 6311-1 et s.). Les bateliers et les armateurs utilisent le domaine public fluvial

La difficulté ne se pose certes que pour les petites entreprises. Dès que l'entreprise prend de l'importance, des installations matérielles fixes apparaissent, qui donnent une visibilité et une consistance à l'activité de transport (bureaux, ateliers, quais, entrepôts...).²⁹ Il n'empêche que ces activités, aujourd'hui beaucoup plus qu'hier, se développent en réseaux : les organisateurs du transport, qui eux-mêmes peuvent ne posséder ni entrepôt ni véhicule³⁰, sont en capacité de fédérer et de mettre en relation un grand nombre de petits transporteurs et de mettre en place des chaînes de transport très complexes, sans qu'aucun de ces transporteurs ne détienne autre chose que son propre véhicule³¹.

et maritime et ne contrôlent pas les ports qu'ils touchent (sauf les ports privés). De façon globale, les infrastructures de transport sont un service public mis à la libre disposition des usagers, sous certaines conditions (C. transp. art. L. 1111-1 et s.). Seuls les transports ferroviaires se sont historiquement développés sur la base d'une unité matérielle et juridique entre infrastructure et matériel roulant. Presque partout dans le monde, les compagnies ferroviaires faisaient circuler leurs trains, en monopole, sur leurs propres rails, en vue de joindre des gares qu'elles contrôlaient (seule l'assiette de la voie, *i. e.* le terrain supportant la voie et les installations ferroviaires, appartenait souvent à l'État). Cependant, le droit européen est venu battre en brèche ce schéma. Dans l'Union européenne (à l'exception des transports urbains par fer), infrastructure ferroviaire et exploitation ferroviaire doivent être séparées de telle sorte qu'une concurrence puisse s'établir sur les mêmes rails entre compagnies (dir. n° 91/440/CEE du 29 juil. 1991).

²⁹ Pour un contre exemple d'une entreprise de transport s'installant en France, installations et établissement d'exploitation compris, malgré son absence d'inscription au registre des sociétés et au registre des transporteurs routiers de marchandises (crim., 26 oct. 2004, n° 03-86683 : « Les perquisitions opérées dans les locaux de Sélestat [...] ont permis de constater l'existence d'un local aménagé en atelier de réparation automobile avec une fosse d'entretien pour camion et de l'outillage élaboré [...] un bureau aménagé, des documents comptables, une salle de bains... »).

³⁰ Les intermédiaires, auxiliaires et organisateurs du transport sont en principe de grands groupes d'entreprises parce qu'ils ont besoin d'une implantation globale, souvent même mondialisée (DSV, UPS, DHL, Bolloré Logistics, DB Schenker Logistics...). Mais il s'agit d'une organisation en réseau. Chaque succursale peut être constituée d'une petite entreprise, juridiquement indépendante mais filiale du groupe, et le réseau sera également constitué d'entreprises externes au groupe, travaillant en sous-traitance ou en co-traitance. Ces intermédiaires sont juridiquement des commissionnaires de transport, des mandataires ou des courtiers (C. transp., art. L. 1411-1). L'activité de l'entreprise Uber, dans le secteur des voitures de transport avec chauffeur (VTC), s'apparente ainsi à du courtage. À ce titre, n'effectuant que des tâches administratives ou ne concluant que des contrats, sans rien transporter eux-mêmes, ces intermédiaires peuvent ne posséder que des infrastructures matérielles réduites (quelques outils de télétransmission suffisent), facilitant ainsi l'émergence d'une activité occulte, s'ils agissent isolément.

³¹ Le phénomène est surtout développé dans le secteur fluvial et routier (lire par ex. *BTL*, 2015, n° 3548, p. 244, concernant la sous-traitance en messagerie par recours au cabotage ; entreprises françaises de transport faisant appel à des « tractionnaires » slovaques ne possédant que leur tracteur : crim. 12 janv. 2016, n° 13-83217). Cantonné dans le routier au secteur du transport routier de marchandises (TRM) et aux taxis, il a fait une spectaculaire percée dans le secteur marginal des voitures de remise (location de véhicules légers avec chauffeur), chamboulant l'activité connexe des taxis. En quelques années, sous l'influence de trois nouvelles technologies (le téléphone portable, le développement de l'internet, la géolocalisation), l'activité de petite et de grande remise a disparu, transformée successivement en activité de « voiture de tourisme avec chauffeur », puis en « voiture de transport avec chauffeur » (Uber, Driv...).

Afin de pouvoir contrôler cette activité diffuse, les pouvoirs publics, partout dans le monde, ont mis en place des conditions spécifiques d'accès et d'exercice à la profession de transporteur ou même d'intermédiaire du transport (pour la France, C. transp., art. L. 1421-1 et L. 1422-1). L'objectif n'est pas en soi de lutter simplement contre le développement d'activités de transport occultes³² mais d'encadrer les opérations de transport en vue d'assurer le respect des souverainetés nationales, de mettre en œuvre des politiques de service public et d'assurer la sécurité des transports³³. Néanmoins, c'est compte tenu de la difficulté à repérer et contrôler les flux de transport, tant ceux qui passent les frontières que les courants internes à chaque pays, qu'il a été mis en place tout un ensemble d'exigences, telles que l'inscription à des registres administratifs particuliers, après démonstration de diverses conditions professionnelles³⁴, l'obligation d'avoir à bord des véhicules des documents certifiant de cette inscription³⁵ et celle même de pouvoir démontrer l'existence d'un contrat commercial³⁶, la nécessité de décliner son identité aux passages des frontières³⁷, des marques d'identification du véhicule³⁸...

C'est parce que des flux de transport pourraient se mettre en place (de client à client ou selon des points de départ/arrivée) sans que puisse exister sur le territoire des pays concernés des établissements pérennes capables d'être

Le covoiturage (Blablacar...) participe aussi du même phénomène, tout en fédérant des conducteurs non professionnels et qui restent ainsi en marge de toute activité de transport dissimulée, tant qu'il n'est pas démontré qu'ils en tirent un bénéfice, au-delà de la mutualisation des frais de transport.

³² Par ex., crim., 28 nov. 2017, n° 16-86402: entreprise de transport routier française ayant recours à une entreprise de transport de droit polonais pour des activités régulières en France et alors que le sous-traitant polonais ne possède aucune activité en Pologne. Entreprise sous-traitante gérée depuis la France et pour laquelle l'entreprise donneuse d'ordre fournissait les cartes de crédit nécessaires au paiement des autoroutes et du carburant. Entreprise sous-traitante non inscrite au registre des transports en France. Entreprise française condamnée pour recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé (C. trav., art. L. 8221-1, 3°).

³³ D'où des formations professionnelles spécifiques, initiales et continue, à la conduite des engins de transports et à la connaissance des règles professionnelles de base.

³⁴ Transport aérien: règl. (CE) n° 1008/2008 du 24 sept. 2008, règl. (UE) n° 965/2012 du 5 oct. 2012, art. 7 (licences d'exploitation et CTA), C. transp. art. L. 6412-1 et s.; transport ferroviaire: dir. 2012/34/UE du 21 novembre 2012, art. 16 et s., C. transp., art. L. 2122-10 (licence d'entreprise ferroviaire); transport fluvial: dir. n° 87/540/CEE du 9 nov. 1987; D. n° 52-507 du 5 juin 1992 (attestation de capacité professionnelle, registre du CNBA...); C. transp., art. L. 4421-1 et s.; Transports routiers: règl. (CE) n° 1071/2009 du 21 oct. 2009, art. 11 et 16, C. transp., art. L. 3211-1 et s...

³⁵ Transport aérien: règl. (UE) n° 965/2012 du 5 oct. 2012, Ann. IV, CAT.GEN.MPA.180 « Document, manuels et informations devant se trouver à bord »; TRM: règl. n° 1072/2009, art. 4, §. 6, C. transp., art. R. 3411-13, 1° et 4° (photocopie des licences communautaires, attestation de conducteur)...

³⁶ TRM: C. transp., art. R. 3411-13, 2°, 3° et 5° (lettre de voiture, contrat de location, CMR).

³⁷ Aérien: traité de Chicago du 7 déc. 1944, art. 13, C. transp., art. L. 6211-1 et s.

³⁸ Fluvial: C. transp., art. D. 4113-1: « tout bateau immatriculé doit porter son nom sur chacun des côtés de l'avant et, à la poupe, son nom, la désignation du lieu où il est immatriculé et son numéro d'immatriculation ».

contrôlés, tant du point de vue des politiques économiques que des nécessités de la sécurité, que des exigences en matière d'établissement stable ou d'infrastructures suffisantes sont régulièrement posées³⁹. Un développement sans entrave de l'activité de transport ne sera permis qu'à ceux ayant choisi d'ancrer les flux de transport à partir d'installations matérielles fixes, aisées à surveiller⁴⁰.

b. Le cas du cabotage routier de marchandises

Prenons le cas du cabotage dans le secteur du TRM en Europe. Alors qu'il existe un marché commun, tant au niveau des capitaux, des personnes (liberté de circulation et d'établissement)⁴¹, des marchandises (Union douanière, Code des douanes de l'Union) et pour les services (dir. n° 2006/123/CE du 12 déc. 2006)⁴², le marché des transports publics routiers de marchandises dans l'Union européenne fait l'objet de certaines restrictions. Pour une entreprise de transport titulaire d'une licence communautaire et établie dans l'Union, il est loisible d'ef-

³⁹ Une autre difficulté est celle du contrôle de la main-d'œuvre, indépendamment du contrôle de l'activité de transport proprement dit. Développer une activité de transport occulte et faire travailler un salarié sans déclaration préalable aux organismes sociaux va souvent de pair car il serait difficile de maintenir une telle activité tout en déclarant normalement auprès de l'administration des salariés attachés à cette activité. Au sein de l'Union européenne, et du fait de la mise en œuvre des accords de Schengen (14 juin 1985), la liberté de circulation des citoyens et travailleurs des pays membres empêche tout contrôle préalable aux frontières. Il est du ressort de chaque pays de vérifier que les salariés travaillant sur son territoire sont dûment déclarés auprès des organismes sociaux, mais pour les travailleurs mobiles circulant régulièrement hors de leur pays de rattachement, la fraude en est facilitée. De plus, il n'existe pas une complète liberté de déplacement entre les pays membres de l'Union européenne, loin s'en faut, pour les ressortissants des pays tiers à l'Union tandis que chaque pays de l'Union reste maître de sa politique d'immigration, d'où des régimes d'autorisation (visa, cartes de séjour...). Aussi, pour les travailleurs itinérants extra-communautaires, le pays de contrôle peut avoir quelques difficultés à vérifier que ce travailleur a bien été autorisé à venir travailler à partir de son pays de rattachement. Concernant les transports routiers internationaux, il a été institué une attestation d'emploi « pays tiers » que l'employeur remet à son chauffeur et que ce dernier doit pouvoir présenter à tout instant lors d'un contrôle sur route (règl. n° 1072/2009, consid. 12 et art. 5; droit français: arr. 11 mars 2003 relatif à l'attestation de conducteur [JO du 18/3]).

⁴⁰ Pour certains modes de transport, les exigences de sécurité sont telles qu'en principe il sera très difficile de développer une activité de transport sans l'existence d'une infrastructure matérielle stable appartenant en propre à l'entreprise. Le recours à des sous-traitants sera lui-même étroitement contrôlé, ces derniers étant tenus aux mêmes obligations techniques. Nous pensons en particulier aux transports aériens et ferroviaires où, de façon nette, aux exigences préalables tenant à la délivrance des licences d'exploitation s'ajoutent celles, très précises, tenant aux certifications et certificats de sécurité (Certificat de transporteur aérien, Certificat de sécurité ferroviaire).

⁴¹ Dir. n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁴² Art. 26 et s. TFUE (marché intérieur, libre circulation des marchandises); art. 45 à 48 TFUE (liberté de déplacement des personnes et des travailleurs); art. 49 à 55 TFUE (liberté d'établissement); art. 56 à 62 TFUE (services); art. 63 à 66 TFUE (capitaux).

fectuer tout transport à l'intérieur de son pays d'établissement et tout transport *international* européen, mais non pas d'effectuer tout transport intérieur dans un pays membre où l'entreprise n'est pas établie. Certes, le cabotage est actuellement libéralisé, mais avec des limites⁴³. Or, la réglementation sur le cabotage n'est applicable qu'aux entreprises non établies dans le pays d'exécution de la prestation de transport⁴⁴. Corrélativement, tout transporteur routier qui souhaite s'établir dans un pays afin de bénéficier d'une totale liberté d'exercer son activité en transport intérieur, sans être soumis aux restrictions du cabotage, doit démontrer qu'il a mis en place un « établissement stable »⁴⁵. Le règlement n° 1071/2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route indiquant dans ses considérants introductifs que « le respect et un contrôle fiable des conditions régissant l'accès à la profession de transporteur par route présupposent que les entreprises soient établies de façon stable et effective » (consid. 7), cette exigence apparaît d'autant plus centrale si le droit au cabotage suppose justement l'absence d'un tel établissement dans le pays de cabotage. Il faut effectivement pouvoir vérifier simultanément que l'entreprise cabotante a un établissement stable à l'étranger l'autorisant à caboter si elle ne possède pas d'établissement similaire dans le pays de cabotage.

Cette double exigence peut toutefois être aisément contournée. D'abord, rappelons que les grandes entreprises de transport routier, tout à la fois commissionnaires et transporteurs, sont en réalité des groupes d'entreprises en réseau. Souvent, chaque « plateforme » (permettant, à l'aide d'une rupture de charge, les groupages et dégroupages et les correspondances entre « lignes ») est juridiquement une entreprise. Il n'est donc en rien interdit à un groupe d'entreprises de créer une filiale à l'étranger à partir de laquelle, sans que cette filiale n'ait de

⁴³ L'entreprise non-résidente n'est admise à caboter que si le cabotage est temporaire (sept jours au maximum), pour une suite d'opérations limitées (trois opérations) et à condition qu'il fait suite à un transport international (règl. n° 1072/2009, art. 8). En effet, si « l'instauration d'une politique commune des transports entraîne l'élimination de toutes restrictions à l'égard du prestataire de services de transport en raison de la nationalité ou du fait qu'il est établi dans un État membre autre que celui où les services doivent être fournis » (consid. 4), pour atteindre cet objectif « il convient de prévoir un régime transitoire de cabotage, tant que l'harmonisation du marché des transports routiers n'aura pas été réalisée » (consid. 5). Or, malgré l'existence de règles communes sur les temps de conduite et de repos (règl. (CE) n° 561/2006 du 15 mars 2006), les disparités en matière de droit du travail et de sécurité sociale pour le personnel roulant s'opposent à cet aboutissement.

⁴⁴ Règl. n° 1072/2009, art. 1, §. 4 ; C. transp., art. L. 3421-8.

⁴⁵ L'entreprise « dispose d'un établissement [...] avec des locaux dans lesquels elle conserve ses principaux documents d'entreprise [...], dispose d'un ou de plusieurs véhicules [...] tandis qu'elle « dirige effectivement et en permanence ses activités relatives aux véhicules en disposant des équipements administratifs nécessaires, ainsi que des équipements et des installations techniques appropriés dans un centre d'exploitation » (règl. n° 1071/2009, art. 5), ce qui renvoie à un service d'exploitation avec les moyens de télécommunication adéquats, des garages, parkings... Concernant le droit français : D. n° 99-752 du 30 août 1999, art. 6 ; arr. 28 déc. 2011 (JO 30 déc.).

succursale dans d'autres pays, il sera possible de développer des transports en cabotage préparés par les autres entreprises du groupe⁴⁶. L'aisance avec laquelle aujourd'hui un « service exploitation » peut organiser une prestation de transport externalisée favorisera cet état de fait (V. *infra*)⁴⁷.

Ensuite, la nature fugace du cabotage peut néanmoins permettre aux entreprises étrangères n'ayant aucun établissement à demeure de développer des opérations de cabotage illégal (non autorisé) ou irrégulier (car ne respectant pas les conditions de sa mise en œuvre) et cette dissimulation d'activité pourra le cas échéant entraîner une dissimulation d'emploi salarié⁴⁸. Le cabotage dans le TRM est, par définition, une opération de courte durée effectuée par une entreprise sans aucune assise matérielle autre qu'un véhicule conduit par un chauffeur *de facto* non résident⁴⁹, à l'occasion d'un transport international⁵⁰. Comment assurer le contrôle d'une telle opération de transport dès lors qu'elle est néanmoins

⁴⁶ Il sera néanmoins nécessaire que l'entreprise cabotante n'utilise pas les infrastructures de l'entreprise partenaire située sur le territoire français (C. transp., art. R. 3421-7).

⁴⁷ Ainsi, pour la France : J.-Ph. Lhernould, « Le plombier polonais est-il mort ? La loi du 2 août et le détachement transnational de travailleurs », *DS*, 2005, p. 27. Concernant un tel mouvement de la part des entreprises de transport routier allemandes et néerlandaises vers les pays de l'est : L. Guihéry, « Le transport routier de marchandises en Allemagne et aux Pays-Bas : enseignements et recommandations pour les transporteurs français », *Transports*, juil./août 2008, p. 244.

⁴⁸ I. Bon-Garcin, « Le cabotage dans le transport routier de marchandises : un sujet polémique », *Cab. Scient. Transp.*, n° 69/70, 2016, p. 37.

⁴⁹ Le législateur a jugé opportun d'interdire à tout conducteur routier de prendre ses repos normaux hebdomadaires en cabine, au titre de la réglementation européenne des temps de conduite et de repos (loi n° 2014-790 du 10 juil. 2014 ; C. transp., art. L. 3313-3). Derrière cette règle non discriminatoire et protectrice des conditions de travail (elle s'applique sur le territoire français à tous les conducteurs sur véhicule lourd, qu'ils soient français ou non, domiciliés en France ou non), se cache une disposition visant à rétablir une certaine égalité de coût entre les prestations de transport assurées matériellement par les conducteurs routiers domiciliés en France et ceux détachés de l'étranger, ces derniers n'ayant couramment pour lieu de vie que leur véhicule quand ils effectuent un transport international ou des opérations de cabotage. Il s'agit donc d'inciter ces conducteurs à prendre les repos hebdomadaires normaux dans une structure hôtelière.

⁵⁰ L'absence de résidence du conducteur dans le pays de réalisation du cabotage n'est pas une condition juridique des opérations de cabotage routier. Le cabotage peut être effectué par un conducteur résidant dans le pays de cabotage (V. crim., 24 fév. 2015, n° 14-80165). Le critère central est le véhicule : le même véhicule doit successivement effectuer un transport international (ou un parcours de transit) et des opérations de transport interne (C. transp., art. L. 3421-4 à L. 3421-6). Un chauffeur qui n'a pas effectué le transport international préalable peut effectuer des opérations de cabotage, mais il faut à ce conducteur d'avoir son lieu habituel de travail à l'étranger pour qu'il soit considéré comme détaché. Cette déconnexion possible du véhicule et du chauffeur rend ardues les contrôles. Le chauffeur va pouvoir circuler indépendamment du camion, possibilité comportant celle de ne pas effectuer lui-même toute l'opération de cabotage mais de ne conduire que lorsque le véhicule a passé la frontière. Les effets d'aubaine paraissent particulièrement séduisants dans les zones frontalières, sachant qu'il est facile de falsifier une lettre de voiture internationale (CMR) justifiant du transport international préalable. Nonobstant une coopération interétatique, préconisée par les textes européens (régl. [CE] n° 1071/2009, art. 18 ; régl. [CE] n° 1072/2009, art. 18), le contrôle du cabotage ne peut

considérée comme une activité se déroulant sur le territoire français ? Or, tel est le cas. Le caboteur effectue temporairement des transports internes. Pour la France, il se doit de respecter non seulement la réglementation française en matière de cabotage, mais aussi l'ensemble de la législation du transport française (il est ainsi soumis aux règles françaises concernant les contrats de transport routier et non pas aux règles de la convention internationale CMR)⁵¹. Du point de vue du droit social, le conducteur reste soumis au droit de la sécurité sociale du pays où il exerce habituellement son travail, mais il bénéficie en principe en France de l'application de larges pans du droit du travail français (*V. infra*). Concernant le contrôle de la bonne application du droit national du travail, il y a là une gageure⁵². Les impérities de la réglementation française à ce sujet le prouvent amplement⁵³.

Le cabotage routier n'est véritablement libéralisé en France que depuis juillet 1998⁵⁴. Or, si le conducteur salarié du caboteur est assimilé à un travailleur détaché, on constate pourtant que rien n'a longtemps été sérieusement

guère se faire que sur route puisque le transporteur caboteur n'a pas d'établissement et que souvent le chauffeur n'aura pas de résidence dans le pays de réalisation de la prestation.

⁵¹ Il y a évidemment là une grande difficulté pour la bonne application de ce principe : l'entreprise cabotante va devoir appliquer, pour chaque pays de cabotage, une réglementation nationale étrangère, écrite le plus souvent dans une langue distincte, cela juste pour quelques opérations commerciales... Mais c'est seulement en matière de détachement que le droit européen tente de résoudre cette difficulté en exigeant de chaque pays, dans le cadre d'une coopération interétatique, qu'il présente de façon claire et succincte la réglementation nationale du travail applicable au prestataire étranger (dir. n° 96/71/CE, art. 4; dir. n° 2014/67/UE, art. 5).

⁵² Les instances européennes prévoient d'ailleurs de sortir le secteur du TRM de la dir. n° 96/71/CE relatif au détachement, du fait du caractère mobile et éphémère des prestations engagées lors d'un cabotage (proposition de dir., 8/3/2016; COM(2016) 128 final; 2016/0070 (COD); exposé des motifs, §. 1.2 et consid. 10).

⁵³ Un sujet connexe et tout aussi crucial a fait l'objet d'un traitement différent, au mépris du principe européen de la libre prestation de service. Il s'agit de la location transfrontalière de véhicule routier avec chauffeur. Parce qu'il s'agit d'une prestation de service différente d'un contrat de transport, elle n'est pas tenue par les règles applicables à ce contrat. Mais la location de véhicule avec chauffeur, très proche d'une prestation de transport d'un point de vue strictement matériel, peut devenir un excellent ersatz du cabotage, dès lors qu'un donneur d'ordre situé en France fait appel à un loueur (avec conducteur) établi à l'étranger pour faire une opération de transport interne. Aucune des règles interdisant ou limitant le cabotage n'est alors applicable. Par contre, le conducteur, salarié du loueur mais mis à disposition du locataire, est de façon plus nette que pour le cabotage un travailleur détaché. Confronté à la difficulté des contrôles pour des travailleurs en perpétuels déplacements et logeant dans leur cabine, l'État français a donc choisi d'interdire totalement toute location transfrontalière de véhicule avec chauffeur (successivement : arr. 12 juil. 2005 [JO 6 août]; D. n° 2007-751 du 9 mai 2007 modifiant D. n° 99-752 du 30 août 1999, art. 12-1; C. transp. R. 3211-48). La même solution a été récemment prise concernant le secteur fluvial (loi n° 2015-990 du 6 août 2015; C. transp., art. L. 4454-3).

⁵⁴ Cette libéralisation a été progressive. Jusqu'en 1990, le cabotage est totalement impossible. À cette date, il est autorisé mais fortement contingenté. De plus, pour les pays nouveaux membres de l'Union européenne entrant en 2004 et 2007, une période transitoire a été instituée, empêchant temporairement une complète libéralisation du cabotage à leur endroit. Pour le TRM : régl. (CEE) n° 4059/89 du

entrepris pour que ce salarié soit déclaré et puisse être contrôlé comme tel auprès des administrations nationales. Certes, le décret n° 2007-1739 du 11 décembre 2007 relatif au détachement transnational de travailleurs avait institué un article R. 342-12 C. trav. indiquant qu'une partie des dispositions relatives aux formalités nécessaires en cas de détachement transnational de travailleurs s'appliquait aux salariés effectuant des opérations de cabotage (en transport routier et fluvial). Quant à la déclaration préalable de détachement, elle faisait l'objet d'adaptations et elle devait être envoyée à l'inspection du travail des transports. Une copie de cette déclaration devait se trouver en cabine⁵⁵. Pourtant, quelle que soit l'applicabilité d'une telle règle, cette disposition du Code du travail est supprimée par le décret n° 2010-389 du 19 avril 2010 relatif au cabotage dans les transports routiers et fluviaux. À l'article 11 du même décret, il est même énoncé que

« les entreprises établies hors de France qui détachent un ou plusieurs salariés sur le territoire national pendant une durée inférieure à huit jours consécutifs pour réaliser des opérations de cabotage routier ou fluvial ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration de détachement »⁵⁶.

Sachant que les opérations de cabotage sur route ont pu effectivement être supérieures à sept jours⁵⁷, mais qu'elles ont été ramenées dans le TRM à sept jours à compter de la mise en œuvre du règlement communautaire (CE) n° 1072/2009 du 21 oct. 2009 (art. 8, §. 2)⁵⁸, il devenait presque impossible d'engager un contrôle à ce sujet⁵⁹ ! Il semble d'ailleurs qu'en pratique, et compte

21 déc. 1989 (règlement cependant annulé par décision de la CJCE, 16 juil. 1992, aff. C-65/90) ; puis règl. (CEE) n° 3118/93 du 25 octobre 1993. Actuellement, règl. (CE) n° 1072/2009 du 21 oct. 2009.

⁵⁵ Ancien art. R. 342-12, II, 4° al. C. trav.

⁵⁶ Disposition abrogée en 2014 (D. n° 2014-530 du 22 mai 2014, art. 8).

⁵⁷ Le règl. (CEE) n° 3118/93 du 25 octobre 1993, tout en indiquant que le cabotage devait être temporaire, ne fixait aucune limite. Une circulaire du 22 janv. 2002 le limitait à une semaine. Mais cette circulaire est annulée par le Conseil d'État (CE, 4 juil. 2002, n° 247933). Un D. n° 2004-1080 du 11 oct. 2004 le fixe à 10 jours consécutifs ou quinze jours sur une période de deux mois. Puis une loi n° 2005-882 du 2 août 2005 dispose qu'il peut être porté à trente jours consécutifs.

⁵⁸ V. aussi C. transp., art. L. 3421-4.

⁵⁹ L'une des seules circonstances où le cabotage était et reste autorisé au-delà de la semaine dans le TRM est le sous-secteur du transport combiné puisque l'art. 4 de la dir. n° 92/106/CEE du 7 déc. 1992 et l'arr. du 25 sept. 1991 relatif à l'exécution des transports combinés de marchandises (JO 12 oct.) libéralise très largement le cabotage routier pour les parcours initiaux ou terminaux à des transports maritimes, fluviaux ou ferroviaires. En transport fluvial (marchandises et voyageurs), la dispense d'une déclaration préalable de détachement gardait un sens puisque le droit au cabotage était et reste admis pour des périodes beaucoup plus longues : le caboteur « ne peut demeurer sur (le territoire national) plus de quatre-vingt-dix jours consécutifs ou plus de cent trente-cinq jours sur une période de douze mois » (C. transp., art. L. 4413-1). Enfin, en transport routier de voyageurs, cette même dispense gardait un sens puisque le cabotage est admis sans entrave dès lors qu'il s'agit de transports réguliers et que le cabotage n'est que l'annexe d'un transport international, tandis

tenu des ambiguïtés quant à la loi nationale applicable, il a pu être considéré que les chauffeurs effectuant du cabotage en France n'étaient pas tenus d'appliquer le droit du travail national (*V. infra*). En effet, les obligations documentaires ne portaient dès cet instant que sur la régularité des opérations commerciales de cabotage (présence de la licence de transport, des contrats de transport...), facilitant la preuve éventuelle d'un cabotage illicite (dont la dissimulation d'activité), mais non pas celles liées au détachement du chauffeur salarié⁶⁰.

Il va falloir attendre 2014 pour que la situation s'éclaircisse. En effet, la production législative et réglementaire va brutalement s'accélérer, tant en ce qui concerne les règles de droit commun en matière de détachement transfrontalier qu'en matière de cabotage⁶¹. Il est actuellement exigé que le conducteur puisse présenter un exemplaire de son attestation de détachement⁶², tandis que cette même attestation est communiquée à l'administration avant même le début de l'opération de détachement (C. transp., art. R. 1331-1 et s.). Le conducteur doit aussi être en mesure de communiquer son contrat de travail⁶³. L'entreprise effectuant un cabotage doit également nommer un représentant dans le pays de cabotage. Celui-ci doit pouvoir présenter un certain nombre de documents et

qu'en transport occasionnel par autocar, le cabotage est autorisé jusqu'à trente jours consécutifs (C. transp., art. L. 3421-1 et s.).

⁶⁰ Ex. de cabotage irrégulier : transporteur français de l'est de la France utilisant une entreprise située au Luxembourg {mêmes gérants} pour exécuter plusieurs milliers d'opérations de cabotage par an. Personnel roulant de l'entreprise cabotante se considérant comme sous la subordination de l'entreprise utilisatrice qui les dirige effectivement (crim., 30 oct. 2012, n° 12-80194, « Locatrans ») ; transporteur français faisant appel à un tractionnaire portugais pour tirer de façon régulière ses remorques en France, sous couvert d'une location transfrontalière de véhicules avec chauffeurs, par ailleurs illicite ; condamnation du donneur d'ordre (crim., 2 déc. 2014, n° 14-81738, *BTL* 2014, n° 3531, p. 723).

⁶¹ Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (art. 6 et 280), D. n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraude au détachement, D. n° 2015-1327 du 21 octobre 2015 relatif à la diffusion sur un site internet de condamnations prononcées pour travail illégal, D. n° 2015-1579 du 3 décembre 2015 relatif à la suspension temporaire de la réalisation de prestations de services internationales illégales et à la compétence des agents de contrôle de l'inspection du travail, D. n° 2016-27 du 19 janvier 2016 relatif aux obligations des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la réalisation de prestations de services internationales, D. n° 2016-418 du 7 avril 2016 adaptant le Code du travail aux entreprises de transport détachant des salariés roulants ou navigants sur le territoire national, loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (art. 105 et 112) et D. n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.

⁶² En lieu et place de la déclaration de détachement, du droit commun du travail (C. trav., art. L. 1262-2-1).

⁶³ La dir. n° 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la dir. n° 91/76/CE indique que les travailleurs mobiles gardent en cabine ou à la « base d'exploitation » leur contrat de travail et tout autre document défini à l'art. 9 ou comportant les informations définies à l'art. 4 de cette directive (dir. n° 2014/67/UE, art. 9, §. 1, b).

d'information relevant du champ social⁶⁴. Quant au donneur d'ordre de l'entreprise détachante dans le pays d'exécution de la prestation, et qui se trouve astreint à un devoir de vigilance en vertu du droit commun du travail⁶⁵, l'article L. 1331-2 C. transp. précise que le « destinataire du contrat de transport est assimilé au donneur d'ordre »⁶⁶. Des sanctions pénales, administratives et civiles sont prévues par les textes en cas de non respect⁶⁷. Ainsi, c'est non seulement l'activité de cabotage qui est encadrée plus sévèrement au titre du droit de la concurrence (dissimulation d'activité)⁶⁸, mais également les conditions sociales de son exécution (dissimulation d'emploi et conditions d'emploi frauduleuses).

2. *Le contrôle des temps de travail des personnels navigants et roulants*

La dissolution du lieu de travail pose une difficulté en matière de temps de travail : elle favorise les incertitudes autour des frontières de la subordination juridique du travailleur itinérant salarié, dont l'existence en elle-même n'est pas remise en cause : quand commence-t-elle et s'arrête-t-elle ? La question du lieu de travail est ainsi intimement liée à celle du temps de travail. Il pourra y avoir dissimulation d'emploi par dissimulation du temps de travail, quoique l'essentiel du contentieux sur la durée du travail dans le transport n'acquière pas cette coloration pénale. En effet, le salarié se contente bien souvent d'exiger une rémunération complémentaire en contestant qu'il fut, pour telle période, sur un temps de repos. Par ailleurs, la fraude en matière de déclaration d'heures de travail (C. trav., art. L. 8221-5, 2^o) suppose une intention délictueuse, qui n'est pas toujours avérée compte tenu des incertitudes entourant le temps de travail des travailleurs itinérants⁶⁹.

⁶⁴ C. transp., art. R. 1331-4 : horaires de travail, salaires horaires bruts, majorations éventuelles... Ces dispositions sont non seulement applicables aux entreprises cabotantes du transport routier, mais également aux entreprises du transport fluvial et à celles détachant du personnel roulant pour l'exploitation des places couchées et de la restauration dans les trains (C. transp., art. L. 1321-1 et L. 1331-1).

⁶⁵ C. trav., art. L. 3245-2, L. 4231-1, L. 8281-1.

⁶⁶ Soit, en pratique, le donneur d'ordre qui, dans le pays d'exécution du cabotage, aura recours à un transporteur caboteur, à titre d'expéditeur contractuel, qu'il soit par ailleurs expéditeur ou destinataire matériel (ce donneur d'ordre pouvant être un chargeur ou un transporteur/commissionnaire).

⁶⁷ En transport routier, sanctions pénales : C. transp., art. L. 3452-6, 5^o, L. 3452-7, L. 3452-8 (visant ici le donneur d'ordre) ; sanctions administratives : C. transp., art. L. 3452-1 et s. (retrait des licences de transport, immobilisation du véhicule, interdiction de cabotage). En transport fluvial : C. transp., art. L. 4463-4 et L. 4463-5 (amendes), ainsi que les art. R. 4462-7 et s. (immobilisation du bateau). Concernant plus particulièrement les sanctions en matière de détachement, accompagnant l'opération de cabotage : C. transp., art. R. 1331-9, R. 1331-11.

⁶⁸ À ce titre, les vérifications se feront à partir du contrôle des contrats de transports, de l'existence d'un contrat de transport international préalable (lettre de voiture CMR), du tachygraphe (temps de conduite et de repos).

⁶⁹ Par contre, l'absence de déclaration à l'embauche nous semble moins pertinente dans le secteur du transport, sinon comme une possible conséquence d'une activité de transport non déclarée. Pour

Deux difficultés se posent, qui ne sont pas sans lien. D'abord, rappelons une évidence : l'employeur n'est évidemment pas toujours présent pour constater *de visu* les pauses et repos du travailleur. Mais l'inverse est vrai : certains travailleurs mobiles, matériellement prisonniers de leur outil de transport, n'en restent pas moins sur leur lieu de travail, qu'ils soient au repos ou à la besogne sous le regard permanent de la hiérarchie. C'est spécialement le cas des bateliers et des marins. Constater le début et la fin du travail peut donc poser un problème pratique (a). Ensuite, et certainement en partie parce que ces travailleurs se trouvent régulièrement éloignés de leur employeur, la notion de temps de travail effectif a toujours fait débat pour les salariés mobiles, tandis qu'il s'agit d'une question presque toujours étrangère aux salariés sédentaires du transport (b). Nous présenterons quelques unes de ces difficultés.

a. Constater les frontières du travail

À partir de quel moment précisément le salarié itinérant est-il censé être sous la subordination de son employeur, indépendamment même des litiges pouvant s'élever sur la qualification du temps de travail effectif, dès l'instant qu'il n'existe plus de coïncidence pratique entre lieu de travail et temps de travail ? Pour presque tous les corps de métier, il a été nécessaire de trouver un point de départ et de fin qui s'avère artificiel, parce qu'il ne correspond pas forcément avec le début et la fin réelle du travail, mais permet cependant de fixer une présomption.

Pour les chauffeurs routiers du secteur des transports publics, le Code des transports (art. D. 3312-14 et D. 3312-54) rappelle que sont applicables les règles de droit commun quant à l'information des salariés travaillant selon un même horaire collectif ou selon des horaires individualisés (C. trav., art. D. 3171-1 et s.). Mais les conducteurs routiers travaillant le plus souvent en fonction des tournées attribuées individuellement (et qui peuvent comporter des pauses sur route), ce sont des modalités de contrôle spécifique qui seront mises en œuvre : livret individuel de contrôle à feuillet quotidien pour ceux travaillant sur véhicules légers et tachygraphe pour ceux travaillant sur véhicules lourds. Le tachygraphe, qui vise au premier chef le contrôle des temps de conduite et de repos fixés par

un ex. de non déclaration préalable à l'embauche dans le secteur du déménagement : Crim., 7 mars 2007, n° 06-80875. On notera cependant la stratégie patronale consistant à se placer non loin des frontières françaises, entraînant du même coup l'inscription des salariés auprès de filiales étrangères. Ainsi cette entreprise du TRM (bénéficiant d'une relaxe) employant du personnel français, mais rattaché auprès d'une entreprise espagnole et effectuant essentiellement des trajets Perpignan-Kehl (ville frontière allemande). L'essentiel des trajets s'effectuant donc à l'international sous CMR, l'entreprise n'avait pas à déclarer les salariés aux autorités françaises (URSSAF) et n'avait pas à être enregistrée au registre des transports français (Nîmes, 13 juin 2014, *BTL* n° 3512, 7 juil. 2014).

la réglementation européenne⁷⁰ est donc aussi l'appareil de contrôle des temps de travail : il n'y aura décompte de la durée du travail que par la mise en service de l'appareil, soit aujourd'hui par l'introduction de la carte électronique du conducteur dans le tachygraphe et son retrait en fin de journée (TRM: C. transp., art. R. 3312-55). Outre qu'il est dès lors nécessaire que la mise en marche ou l'arrêt de cet appareil de contrôle corresponde bien au début et à la fin du travail⁷¹, une faiblesse de ce dispositif est qu'il ne peut enregistrer automatiquement que les temps de conduite⁷². Le constat des autres temps (repos/pause, disponibilité, autres tâches) s'effectue manuellement et dépend donc du bon vouloir du chauffeur et des possibles pressions qu'exercent l'employeur sur ce dernier⁷³.

Dans la batellerie fluviale la durée du travail est constatée à l'aide d'un journal de bord ou d'un « livret individuel de contrôle dont les feuillets sont remplis quotidiennement par les intéressés ». Ce livret est signé conjointement par l'employeur et le salarié à la fin de chaque cycle ou au plus tard à la fin du mois suivant (C. transp., art. R. 4511-11). Mais le droit fluvial est muet quant au point de départ et de fin du travail, alors même que le navigant pourra rester en permanence sur le bateau, y compris durant les périodes de repos⁷⁴. Il est donc nécessaire de faire

⁷⁰ Règl. (CE) n° 561/2006 du 15 mars 2006; règl. (UE) n° 165/2014 du 4 fév. 2014.

⁷¹ La réglementation européenne sur les temps de conduite, conséquente avec elle-même, précise que « les conducteurs utilisent les feuilles d'enregistrement ou les cartes de conducteur chaque jour où ils conduisent, dès le moment où ils prennent en charge le véhicule. La feuille d'enregistrement ou la carte de conducteur n'est pas retirée avant la fin de la période de travail journalière » (règl. (UE) n° 165/2014, art. 34, §. 1). Mais l'application littérale de cette règle ne permet pas une mesure adéquate de la durée du travail, dès lors que des tâches seront exigées du camionneur n'impliquant pas une prise en charge du véhicule, spécialement en début et fin de service.

⁷² L'histoire de la réglementation européenne sur les temps de conduite et de repos peut être interprétée comme celle d'un renforcement continu des mesures de contrôle des normes en matière de temps de conduite/travail/repos des conducteurs routiers, qui ont peu évolué en presque cinquante ans (S. Carré, « Généalogie d'une réglementation : la législation communautaire sur les temps de conduite et de repos applicable aux transports routiers », *RDTransp.*, oct. {p. 15 et s.} et nov. [p. 10 et s.] 2008).

⁷³ Une bonne illustration des possibles dérives en la matière, dérives qui ont probablement incité la Cour de cassation à admettre que des contrôles quant à la bonne utilisation du tachygraphe puissent se dérouler sur les lieux de chargement et de déchargement des clients des transporteurs, est fourni par un arrêt du 22 sept. 2015. Se trouve décrit tout un ensemble de situations où les conducteurs, ayant placé le curseur du tachygraphe sur la position « repos » ou « disponibilité » ne s'activaient pas moins à différents tâches annexes à la conduite (manœuvre des semi-remorques, nettoyage de celles-ci...). Ainsi, le chauffeur « se trouvant au volant de son ensemble routier [...] sur le pont-bascule de l'entreprise L. après avoir rempli au bureau d'entrée et de sortie des documents de transport, avait, lui aussi, sélectionné la position repos » (crim., 22 sept. 2015, n° 14-83202, *JCP* éd. S. 24/11/2015, 1432)... En l'espèce, l'employeur était poursuivi non du chef de travail illégal par dissimulation d'heures mais pour non respect des règles européennes en matière de conditions de travail des conducteurs routiers (C. transp., art. L. 3315-4 et L. 3315-6).

⁷⁴ Il est simplement indiqué que le repos hebdomadaire peut être pris en un lieu choisi par le salarié (C. transp., art. R. 4511-8). Seul le bassin rhénan échappe un tant soit peu à cette indétermi-

un retour au droit commun du travail, manifestement mal adapté à la situation très particulière du navigant salarié. Dans la batellerie artisanale⁷⁵, l'ambiguïté de la situation se trouve d'ailleurs en quelque sorte confortée par l'admission d'un mécanisme d'équivalence autorisant l'employeur à exiger de très nombreuses heures de travail sous couvert d'un calcul de la durée du travail intégrant forfaitairement des périodes d'inaction et dénommé « durée de présence » (C. transp., art. D. 4511-15). La durée du travail va ainsi tendre à se confondre avec les périodes d'exploitation du bateau. Mais en droit maritime français, on constate qu'un critère a été retenu pour décider du moment où le marin commence son travail : le marin est au travail quand il quitte sa cabine sur ordre du capitaine⁷⁶.

Notons enfin qu'en droit aérien français, il existe à première vue un critère précis pour décider du moment où les navigants commenceront ou arrêteront leur travail : l'article D. 422-1, a) CAC indique qu'on « appelle temps de vol le temps décompté depuis le moment où l'aéronef commence à se déplacer en vue de gagner l'aire de décollage jusqu'au moment où il s'immobilise à la fin du vol », sachant que la durée légale du travail effectif fait l'objet d'une conversion en temps de vol (C. transp., art. L. 6525-3). Mais ce critère ne résout qu'en apparence la difficulté dans la mesure où les pilotes et le personnel navigant commercial peuvent en réalité exercer diverses tâches au sol quand l'avion est à l'arrêt (préparation de vol...). On touche ici à une autre difficulté récurrente des personnels mobiles : celle de la définition et de la mesure même du temps de travail effectif.

b. La qualification du temps de travail effectif du personnel mobile

Comme nous le laisse supputer le cas des navigants en droit aérien, les incertitudes et la complexité des règles autour de la définition du temps de travail effectif des travailleurs itinérants est une source importante de non prise en compte de l'intégralité des temps de travail, du moins à l'aune de la règle posée

nation. Pour le personnel navigant, il est précisé que « les hommes d'équipage sont placés pendant toute la durée du voyage sous l'autorité du conducteur du bateau » et qu'après « le commencement du voyage, ils sont tenus de rester en service jusqu'à la fin du voyage, sauf motif légitime » (C. transp., art. L. 4513-1). Mais sur les autres bassins, il est patent que les périodes d'exploitation du bateau comprennent néanmoins des périodes de repos pour le personnel navigant, spécialement quand le bâtiment est exploité en relève, et alors qu'aucun critère précis ne vient marquer le passage entre périodes de repos et de travail (pour l'exploitation des bateaux de voyageurs : C. transp., art. R. 4511-18 et R. 4511-19).

⁷⁵ Précisément, pour les bateaux de marchandises exploités en « flotte classique » (C. transp., art. R. 4511-12).

⁷⁶ C. transp., art. L. 5544-2 : « Est considéré comme temps de travail effectif à bord le temps pendant lequel le personnel embarqué est, par suite d'un ordre donné, à la disposition du capitaine, hors des locaux qui lui servent d'habitation à bord ». Au niveau international, la convention MLC du 23 fév. 2006 est muette sur cette question.

par le droit commun qui dispose que « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles » (C. trav., art. L. 3121-1). La dissimulation d'heures de travail peut être ainsi facilitée par les carences de la loi, d'autant que la réglementation sociale des transports tend à rappeler ce principe tout en multipliant les exceptions et dérogations en matière de calcul du temps de travail.

À rebours de la règle fixée par l'article L. 3121-1 C. trav., le droit social des transports a tendance à définir le temps de travail du personnel mobile en rapport avec l'exécution de tâches concrètes et non pas avec un temps de la subordination à l'employeur. Peut-être faut-il interpréter cette tendance comme une influence des règles professionnelles (tenant au métier) sur le droit social. De façon globale, les tâches de conduite sont présentées comme étant au cœur du temps de travail effectif⁷⁷. Mais qu'en est-il pour les autres tâches? Par exemple, concernant les conducteurs routiers sur véhicules lourds, le droit européen décrit précisément les tâches qui entrent dans la durée du travail (dir. n° 2002/15/CE du 11 mars 2002, art. 3, a). Mais c'est donc pour exclure *a priori* d'autres sujétions professionnelles, souvent liées à des périodes d'attente ou d'inaction, mais qui n'en sont pas moins fréquemment des périodes où le travailleur se tient à la disposition de l'employeur (spécialement, les « temps de disponibilité »). La mise en place de régimes d'équivalence (C. trav., art. L. 3121-13) a couramment été une solution pour écarter du calcul de la durée du travail ces périodes supposées de latence : ce sont les « temps de service » des conducteurs routiers du TRM, les temps « de présence » des navigants de la batellerie artisanale⁷⁸. Assimilables à un mécanisme d'équivalence, il y a encore les anciens « temps de mise à disposition » dans le transport routier⁷⁹, les temps de « permanence » du personnel ambulancier⁸⁰.

Cependant, la conversion de la durée effective du travail en « temps de vol » du droit aérien relève d'un autre mécanisme que les heures d'équivalence

⁷⁷ C. transp., art. L. 1311-2: « Le temps de travail des salariés chargés de la conduite ou du pilotage et des personnels qui leur sont assimilés comprend le temps consacré à la conduite ainsi que, dans des conditions fixées par voie réglementaire, le temps pendant lequel ils sont à la disposition de l'employeur ».

⁷⁸ Pour une histoire des différentes notions utilisées dans le secteur du TRM afin de mesurer le temps de travail: S. Carré, « Influence communautaire et ratiocinations nationales dans l'évolution du droit social applicable au secteur du transport routier de marchandises », *DO*, sept. 2006, p. 417. Signalons qu'une notion de « temps de présence » a été utilisée en routier, à l'image du fluvial (art. 5, §. 1, D. n° 83-40 du 26 janv. 1983 {originel}).

⁷⁹ Art. 5, §. 3, D. n° 83-40 du 26 janv. 1983 (originel).

⁸⁰ Successivement, D. n° 2001-679 du 30 juillet 2001, D. n° 2009-32 du 9 janvier 2009, D. 3312-31 C. transp. Une solution approchante est d'exclure de la durée du travail, ou de ne comptabiliser que partiellement le temps passé à certaines sujétions spécifiées, correspondant néanmoins à des périodes non directement productives. Par exemple, le D. n° 2016-755 du 8 juin 2016 relatif au régime de la durée du travail des salariés des entreprises du secteur du transport ferroviaire indique

puisqu'il ne s'agit pas de suspendre l'écoulement du temps au travail et sa rémunération en présumant de l'existence de périodes d'inaction mais, de façon plus radicale, de ne considérer comme un temps de travail que les périodes de pilotage. La solution pouvait paraître avantageuse pour le personnel navigant (limitation drastique des heures de vol) tant que les sujétions au sol restaient anecdotiques, tout en faisant l'objet de contreparties. Cependant, des compagnies (en pratique, les compagnies *low cost*) ont pu dès lors multiplier les sujétions au sol sans avoir à les rémunérer ni les comptabiliser puisqu'elles n'entraient pas dans la durée du travail⁸¹. D'où l'introduction par l'ordonnance n° 2004-691 du 12 juillet 2004 d'un « temps de service » pour le personnel navigant, qui ne permet cependant pas une comptabilité transparente du temps de travail⁸².

B. Lieu habituel de travail et détermination de la loi nationale applicable

Si l'absence d'un lieu de travail précis fragilise le contrôle de l'existence d'une activité économique et complexifie la mesure même de la durée du travail pour les travailleurs salariés, elle a aussi pour conséquence de questionner la notion de « lieu habituel de travail », utilisée tout particulièrement en droit européen. Concernant la législation du travail, l'instrument juridique de base est ici le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I), auquel peut venir déroger la directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996, en présence d'un détachement. Rappelons que l'article 8 du règlement (CE) n° 593/2008 dispose qu'à défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi prioritairement par la loi du pays dans lequel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. En matière de sécurité sociale, l'article 13 (§. 1) du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 pose de façon similaire que le salarié qui exerce son activité dans plusieurs pays bénéficie de la législation de son État de résidence quand il exerce une partie substantielle de son activité dans cet État membre⁸³. En présence d'un détachement, c'est également

que « le temps de trajet entre deux lieux de travail est compté pour la moitié de sa durée dans le temps de travail effectif lorsque le salarié effectue ce trajet en tant que passager » (art. 18) et que « le temps d'attente de la commande est compté dans la durée du travail effectif de la journée de service pour un tiers de sa durée » (art. 20).

⁸¹ Visant le personnel navigant des hélicoptères de transports sanitaires : Nîmes, 22 juil. 2008, n° 06/04359, *RDTransp.* juil./août 2009, 159.

⁸² L'art. L. 6525-3 C. transp., qui définit ce que sont les temps de service du personnel navigant de l'aéronautique civile, ne comprend qu'une fraction des temps pour lesquels ces navigants sont à la disposition de leur employeur.

⁸³ Mais si le lieu habituel de travail est distinct du lieu de résidence du salarié, c'est la législation de l'employeur qui l'emporte. Lieu de résidence du travailleur et lieu principal de travail sont ici mis en regard pour déterminer le droit national applicable.

l'idée d'un lieu de travail habituel qui prédomine en matière de sécurité sociale car, si c'est la législation du pays d'origine qui est applicable et non celle du lieu de travail, c'est parce que ce détachement apparaît comme temporaire quand l'activité professionnelle du salarié resterait en principe accolée à celle de l'entreprise détachante⁸⁴. Finalement, c'est seulement en matière de législation du travail et en présence d'un détachement que la loi du lieu temporaire d'activité l'emporte majoritairement sur le lieu habituel de travail⁸⁵.

En contexte international, dès lors que l'application d'une réglementation sociale est déterminée en fonction du lieu prédominant de travail, les incertitudes quant à ce lieu vont rejaillir sur la détermination de la loi nationale applicable. Il pourra y avoir dissimulation d'emploi par substitution d'un emploi en principe situé dans un pays vers un autre pays, devenant le lieu habituel de travail⁸⁶. Mais que signifie pour un travailleur itinérant international ce lieu habituel de travail? Pour un travailleur sédentaire, le lieu d'accomplissement habituel sinon unique du travail est un établissement précis et la loi nationale applicable découle à l'évidence de la localisation de cet établissement. Pour un travailleur mobile, quoiqu'il soit rattaché généralement à un établissement précis, cet établissement n'est pas forcément le lieu habituel de travail puisque l'exécution de son contrat l'amènera à se déplacer régulièrement sur une aire géographique plus ou moins large⁸⁷. C'est donc cette aire qui devient le lieu habituel de travail⁸⁸. Aussi, l'existence d'un établissement stable n'est plus nécessairement le moyen de repérer le lieu habituel de travail des salariés

⁸⁴ Mais l'art. 12 du règl. (CE) n° 883/2004, concernant le détachement transnational, est ainsi rédigé que c'est l'activité de l'entreprise détachante qui se doit d'être normale et permanente et non pas celle du salarié auprès de cette entreprise. Le caractère temporaire de l'activité salariale du salarié en position de détachement n'est donc pas clairement contrebalancé par le caractère habituel de cette activité auprès de son entreprise d'origine. Cette rédaction est source de pratiques par lesquelles le salarié n'est recruté que pour être immédiatement envoyé en détachement à l'international.

⁸⁵ La dir. n° 96/71/CE n'impose au surplus aucune condition d'ancienneté pour le salarié détaché envers son entreprise détachante. Il ne peut y avoir un détachement que « pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement » (art. 1, §. 3). Le salarié peut être recruté pour être détaché, ce que confirme la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (P. Rodière, « Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité? », *DS*, juil./août 2016, p. 601).

⁸⁶ Car ce n'est pas seulement les règles en matière de rémunération, d'hygiène et sécurité ou de durée du travail qui peuvent être impactées par cette décision, mais aussi les formalités déclaratives du travailleur auprès des organismes sociaux et d'inspection de chaque pays (C. trav., art. L. 1261-2).

⁸⁷ Dans l'aérien, il a été considéré que l'avion n'était pas un établissement. Il n'y aura pas lieu de faire application du droit national du lieu d'immatriculation de l'avion, d'autant que les pilotes exercent aussi leur activité hors de la carlingue de l'aéronef (L. Gamet, *op. cit.*, p. 503). Mais en maritime, la loi du pavillon revient à considérer que le navire est un établissement et que le marin, attaché à cet établissement mobile, devra suivre la loi nationale du lieu d'immatriculation du navire.

⁸⁸ Mais non pas le véhicule lui-même, par exemple en fonction de l'immatriculation (sur ce point : Ph. Coursier, « Mobilité internationale – conflits de lois », *Juriclassasseur Travail*, fasc. 19-64, §. 36), à moins qu'il ne soit mis en œuvre une solution telle que les pavillons, en droit maritime.

itinérants. Au surplus, l'établissement stable a pu apparaître comme une condition négative interdisant la mise en œuvre des règles en matière de détachement transnational⁸⁹. Aujourd'hui, l'article L. 1262-3 C. trav. ne reprend plus la présence de locaux ou d'infrastructures pour interdire un détachement, mais seulement l'existence d'une activité réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue. Malgré tout, quel sens donner à l'interdiction d'une activité stable sur le territoire français pour une activité diffuse qui peut être totalement et artificiellement organisée de l'étranger grâce à différents procédés de transmission (internet, téléphone, géolocalisation...)? De plus, que faut-il penser de cette disposition alors que le droit des transports incite globalement à l'émergence d'infrastructures stables dès lors qu'un transporteur souhaite accéder à un marché national?

Il en résulte que le critère d'un établissement stable, insuffisant pour repérer le lieu habituel de travail des salariés itinérants, est également impropre dans une large mesure à empêcher que ne se développent des prestations régulières de transport interne à chaque pays à partir d'un établissement situé à l'étranger, d'où l'encadrement sévère des opérations de cabotage pour certains modes de transport et la nécessité de trouver de nouveaux points d'encrage davantage influencés par la réalité du travail que l'évidence d'une infrastructure fixe. Trois situations se dégagent en réalité, compte tenu d'un lieu habituel de travail disséminé : l'itinérance transnationale, le cas des salariés mobiles effectivement détachés et l'hypothèse intermédiaire du cabotage.

1. *L'itinérance transnationale*

Pour un travailleur itinérant du transport, dont le métier implique un embarquement, c'est donc une aire géographique qui devient le lieu habituel de travail⁹⁰. Bien entendu, si cette aire reste continûment dans les frontières d'un même pays,

⁸⁹ En droit français, jusqu'en 2015, un salarié ne saurait effectivement être détaché par une entreprise établie hors de France dès l'instant que « son activité est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur le territoire national à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue » (loi n° 2005-882 du 2 août 2005 ; C. trav., art. L. 1262-3 dans sa rédaction antérieure à la loi du 6 août 2015).

⁹⁰ Divers exemples dans le TRM. Pour un conducteur, est admise une clause de mobilité sur l'ensemble du territoire français d'autant que son contrat énonce qu'au regard « de la nature de ses fonctions, l'activité de chauffeur de Monsieur S. n'est affectée ni à un lieu de travail ni à un trajet particulier ». Sa mutation de Narbonne à Toulouse est donc justifiée par la suppression de la ligne Narbonne-Lyon, qu'il assurait (Montpellier, 26 mars 2008, n° 07/06462 ; *Jurisdata* n° 2008-375484, *RDTransp.*, mai 2009, comm. 90). Ne constitue pas un emploi similaire (au sens de l'art. L. 1226-8 C. trav.) le fait pour l'employeur de proposer au salarié une tournée démarrant et finissant chaque semaine du territoire de Belfort, quand l'ancienne tournée, analogue, débutait et finissait à partir d'Aubagne (Soc., 24 mars 2010, n° 622, *RDTransp.*, juil./août 2010, comm. 146) ; V. aussi Besançon, 19 avril 2011, *RDTransp.* nov. 2011, comm. 172.

cette permanence permet d'emblée de définir la loi nationale applicable. Pour les travailleurs, sédentaires ou mobiles, travaillant temporairement à l'étranger, le règlement (CE) n° 593/2008 précise que la loi applicable au contrat de travail n'est pas censée changer (art. 8, §. 2, dernière phrase)⁹¹. C'est à cette règle que déroge spécialement la directive n° 96/71/CE, ainsi que le droit français transposant ce texte communautaire, si le travailleur est en situation de détachement⁹². Quoique le séjour du travailleur se veuille temporaire, cette directive admet qu'une large part du droit du travail du pays d'accueil lui sera applicable. En matière de sécurité sociale, c'est sans difficulté particulière que l'on appliquera l'article 13, §. 1 (a) du règlement (CE) n° 883/2004 : la loi applicable sera la législation de l'État membre de résidence, si le salarié exerce une partie substantielle de son activité dans cet État membre. La solution est identique pour les non salariés (art. 13, §. 2, a)⁹³.

La situation est autrement plus délicate quand les éléments d'extranéité prennent de l'ampleur, spécialement si les trajets du personnel mobile l'appellent à se rendre fréquemment à l'étranger. Indépendamment du choix des parties au contrat de travail quant à la loi nationale applicable, il faut déterminer quel est le lieu d'accomplissement habituel du travail concernant la législation du travail. Tout est alors une question de mesure. « Habituel » peut s'entendre comme prépondérant. Au navigant de la batellerie dont l'employeur est inscrit au Luxembourg, mais dont le travail l'amène à naviguer principalement en amont, sur la Moselle française, on appliquerait le droit du travail français. Mais qu'en est-il si le travailleur mobile circule pour l'essentiel dans plusieurs pays, ainsi quand il ne fait que partir et revenir d'une base d'exploitation ?

Le §. 2 (a) de l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 indiquait que le contrat de travail était régi par la loi du pays « où le travailleur [...] accomplit habituellement son travail ». De façon similaire, le §. 2 de l'article 8 du règlement

⁹¹ Au pilote d'avion ou au chauffeur routier se rendant très ponctuellement dans un autre pays que celui dans lequel il exerce habituellement son travail, on continuera de faire application de la législation du travail du pays d'origine.

⁹² Avant la mise en œuvre de la dir. n° 96/71/CE, l'art. 6, §. 2, a), la convention du 19 juin 1980 (Rome I) indiquait clairement, qu'en présence d'un détachement transnational, il était fait application de la législation du pays d'origine, lieu habituel du travail. Cependant, cette situation de détachement pouvait aussi s'entendre de ceux qui, très temporairement et de façon minoritaire, se rendait à l'étranger pour leur travail, tel le chauffeur de camion où le pilote d'avion se rendant exceptionnellement à l'étranger à la demande de son employeur. Cette difficulté n'est d'ailleurs toujours pas tranchée par la législation française, qui semble vouloir considérer qu'un salarié mobile effectuant un simple transport international, ne serait-ce que pour quelques heures, serait un travailleur détaché (V. *infra*).

⁹³ Nonobstant les règles particulières qui leur sont attachées, pour les travailleurs frontaliers itinérants et dont les fonctions les amènent à quitter ponctuellement le territoire dans lequel est établi leur employeur, il sera fait application des dispositions de art. 13, §. 1 (b) et §. 2 (b) : la loi applicable sera celle du pays de l'employeur ou du centre principal d'activité. Ainsi d'un chauffeur routier strasbourgeois qui, employé en Allemagne, circulerait principalement en Allemagne et épisodiquement en France.

(CE) n° 593/2008 dispose d'abord qu'est applicable la loi du pays « dans lequel », en exécution du contrat, s'accomplit habituellement son travail. Il devient alors difficile de découvrir cet espace géographique quand les trajets sont très variés. Des tribunaux s'y sont cependant essayés et cette solution ne semble pas devoir être négligée quand, effectivement, il peut être mis en évidence la présence d'un territoire national très majoritairement pratiqué par le travailleur itinérant⁹⁴. Mais encore faut-il le démontrer. Aussi, il a été régulièrement décidé qu'il ne pouvait être déterminé dans une telle situation un lieu habituel de travail à partir du moment où le travailleur circulait entre deux pays, entraînant dès lors la mise en œuvre des dispositions du §. 2 (b) de l'article 6 de la convention de Rome du 18 juin 1980 ou du §. 3 de l'article 8 du règlement (CE) n° 593/2008 : « Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du §. 2 (de l'art. 8), le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur »⁹⁵.

La solution peut sembler pertinente car elle est facile à mettre en œuvre. À défaut d'un lieu de travail habituel et en présence de déplacements transnationaux continus, il reste l'établissement d'embauche, ultime refuge de l'infrastructure pérenne, dont on peut supputer qu'il est le lieu d'où le salarié part et revient, travaille occasionnellement, un lieu également proche de sa résidence. Néanmoins, cela revient à régulièrement privilégier la législation du travail du domicile de l'employeur sur celle du lieu d'exécution réelle du travail du salarié. Au surplus, pour un travailleur itinérant dont le poste de travail est d'abord une timonerie, un cockpit, une cabine de camion ou de train, l'établissement d'embauche est d'abord et parfois seulement le lieu inscrit sur son contrat de travail... Certains employeurs l'on bien compris. Nous sommes alors très proche d'une situation de détachement, puisque le salarié sera professionnellement et arbitrairement domicilié sur son lieu d'embauche quand ses activités ne l'y ramènent peu ou jamais, tout comme le travailleur détaché reste soumis à l'employeur du pays d'origine, qui n'a pu le recruter que pour l'envoyer temporairement travailler dans un pays d'accueil. La différence entre les deux situations tient au fait que le salarié détaché est censé ponctuellement travailler dans un seul et même État quand le salarié transnational va parcourir plusieurs pays. Elle tient aussi au fait que nous sommes face à une situation de détachement inversé.

Le travailleur détaché est supposé s'établir provisoirement dans le pays d'accueil dans lequel il effectue une prestation de service. Le travailleur itinérant transnational peut résider en permanence dans un autre pays que celui de sa

⁹⁴ Par ex., dans l'aérien, en s'appuyant sur la localisation des aéroports principalement desservis, afin de déterminer la juridiction territorialement compétente (soc., 4 déc. 2012, n° 11-27302, *RFDAS*, 2013, p. 419).

⁹⁵ E. Grass, « Routiers polonais et principe de faveur en droit communautaire : l'important arrêt *Koelzsch* », *DS*, juil./août 2011, p. 850.

domiciliation professionnelle fixée au contrat de travail. Le détachement réel ne se fait pas vers un pays d'accueil: c'est le lieu de conclusion du contrat qui seul est, en quelque sorte, expatrié. Une telle situation n'aboutit pas non plus exactement aux mêmes conséquences juridiques. En présence d'une position de détachement avérée, la directive n° 96/71/CE impose, en matière de droit du travail, le respect de larges pans de la législation sociale du pays d'accueil (où le salarié réside temporairement), tandis que le droit de la sécurité sociale restera celui du pays d'origine. Pour le travailleur transnational itinérant rattaché à la loi nationale de l'établissement d'embauche, le droit du travail mis en œuvre sera celui de l'État de cet établissement alors que le salarié itinérant ne réside en rien dans ce pays. Il en sera pareillement en matière de sécurité sociale en vertu de l'article 13, §. 1, b)⁹⁶. Cette configuration semble être de pratique courante dans certaines zones frontalières. S'agissant de la France, l'Espagne (Pays Basque, Catalogne) et le Luxembourg (route et fluvial) sont ainsi des terres d'accueil pour des groupes de transport implantés en France⁹⁷. Même pour des transports locaux, le passage continu des frontières empêchera toute détermination de la loi nationale applicable à partir d'un lieu habituel de travail. À défaut, ce sera donc celle de l'établissement d'embauche⁹⁸, placé non loin de la frontière et bénéficiant

⁹⁶ Les bateliers rhénans sont un bel exemple de ces travailleurs transfrontaliers itinérants puisqu'ils circulent perpétuellement entre la Suisse (Bâle) et Rotterdam (Pays-Bas), ainsi qu'en Allemagne et en France, de même que les connexions fluviales du Rhin leur permettent aussi de naviguer sur le Danube (*via* le canal Main-Danube), sur la Moselle, l'Escaut et la Meuse (Belgique). Concernant la protection sociale de ces navigants, il a été conclu une convention internationale, l'accord dérogatoire du 23 déc. 2010 « relatif à la détermination de la législation applicable aux bateliers rhénans », conclu sur la base de l'art. 16, §. 1 du règl. (CE) n° 883/2004. Cet accord indique que, prioritairement, la législation de sécurité sociale mise en œuvre sera celle du siège social de l'entreprise exploitant le bateau, quand l'entreprise a son siège dans l'un des États signataires à l'accord dérogatoire. Mais pour tenir compte du fait que les bateaux peuvent provenir d'autres États, il est prévu d'autres critères de rattachement (propriétaire du bateau, lieu d'immatriculation ou port d'attache du bâtiment...).

⁹⁷ Par exemple, le principal établissement de rattachement de la flotte marchande de la Compagnie Française de Navigation Rhénane, dont le siège social est à Strasbourg, se trouve au Luxembourg. Circonstances approuvées: entreprise espagnole effectuant principalement du transport international avec transit par la France et employant essentiellement des salariés français rattachés à l'établissement ibérique; entreprise relaxée du chef des infractions en matière de travail illégal (Nîmes, 13 juin 2014, *BTL* 2014, n° 3512, p. 419).

⁹⁸ Il faut évidemment se placer dans la situation d'un travailleur itinérant non domicilié dans le pays de l'établissement d'embauche. Il pourra s'agir d'un ressortissant français, domicilié en France. Mais il pourra également s'agir de travailleurs étrangers au pays d'accueil, détachés auprès de l'établissement frontalier. Dans cette configuration, en l'absence d'un lieu habituel de travail déterminable, il sera fait application du droit du travail de « l'établissement qui a embauché le travailleur » (application de l'art. 8, §. 3 du règl. (CE) n° 593/2008). Cet établissement ne semble pas pouvoir être celui du pays d'origine dans la mesure où le travailleur est déjà détaché et que cela reviendrait à empêcher la mise en œuvre de la dir. n° 96/71/CE (application des règles principales de la législation du travail du pays d'accueil). L'établissement d'embauche sera donc entendu comme l'établissement d'utilisation ou de rattachement du travailleur détaché. Par contre, en matière de sécurité sociale, la législation du pays

néanmoins du marché intérieur français, grâce au réseau d'informations et de relations fourni par les entreprises du même groupe, les intermédiaires du transport (commissionnaires, courtiers, bourses de fret) et les possibilités du cabotage.

Cependant, la Cour de Justice de l'Union européenne a remis en cause l'interprétation jusqu'alors dominante de l'article 8, §. 2 et §. 3 du règlement (CE) n° 593/2008. Rappelons que, dans l'impossibilité de déterminer « la loi du pays dans lequel [...] le travailleur accomplit habituellement son travail », parce que ce travailleur était effectivement en déplacements continuels, il était fait application du §. 3 (mise en œuvre de la loi du pays de l'établissement d'embauche). Mais le §. 2 indique précisément que lorsque la loi du pays dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ne peut être déterminée, « à défaut », elle sera celle « à partir duquel le travailleur [...] accomplit habituellement son travail ». C'est le sens de l'arrêt « *Koelzsch* » du 15 mars 2011, rendu au visa de la convention de Rome du 19 juin 1980⁹⁹. À la question préjudicielle posée par la cour d'appel du Luxembourg (« dans l'hypothèse où le travailleur exécuterait la prestation de travail dans plusieurs pays, mais reviendrait systématiquement dans l'un d'entre eux, ce pays doit-il être considéré comme étant celui où le travailleur accomplit habituellement son travail? »), la Cour de Justice de l'Union européenne répond positivement, retenant certes les lieux d'exercice prépondérants de l'activité salariale mais encore les lieux à partir desquels le travailleur exécute ses obligations, soit les lieux où, en marge de l'exécution de son travail, il reçoit ses consignes de travail ou rend compte des tâches effectuées¹⁰⁰. De façon globale, c'est la protection du salarié qui prime pour les juges européens et il faut s'appuyer sur les conditions concrètes d'exercice de son travail et non pas sur la domiciliation de l'employeur¹⁰¹. Cette interprétation est d'ailleurs congruente avec le §. 4 de l'article 8 du règlement (CE) n° 593/2008 qui dispose que lorsqu'il résulte des

d'origine sera mise en œuvre à l'endroit de ce salarié détaché. Concrètement, à un chauffeur routier détaché de Bulgarie et travaillant pour un établissement situé au Luxembourg, mais effectuant des trajets continuels entre la France, le Luxembourg, la Belgique et l'Allemagne, il sera fait application de la législation du travail luxembourgeoise et de la législation de protection sociale bulgare.

⁹⁹ CJUE, 15 mars 2011, « *Heiko Koelzsch / État du Grand-Duché de Luxembourg* », aff. C-29/10. E. Grass, *op. cit.*, *DS*, juil./août 2011, p. 849 et s.; V. Parisot, « Vers une cohérence verticale des textes communautaires en droit du travail? Réflexion autour des arrêts *H. Koelzsch* et *J. Voogsgeerd* de la Cour de Justice », *JDI* 2012, p. 597 et s.

¹⁰⁰ Le tribunal « doit notamment établir dans quel État est situé le lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions de transport, reçoit les instructions sur ses missions et organise son travail, ainsi que le lieu où se trouvent les outils de travail. Elle doit également vérifier quels sont les lieux où le transport est principalement effectué, les lieux de déchargement de la marchandise ainsi que le lieu où le travailleur rentre après ses missions » (CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, §. 49).

¹⁰¹ « Dans la mesure où l'objectif de l'article 6 de la convention de Rome est d'assurer une protection adéquate au travailleur, cette disposition doit être lue comme garantissant l'applicabilité de la loi de l'État dans lequel il exerce ses activités professionnelles plutôt que celle de l'État du siège de l'employeur » (aff. C-29/10, *op. cit.*, §. 42).

circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui déterminé par un lieu habituel de travail ou le domicile de l'établissement d'embauche, la loi de cet autre pays s'applique : on recherchera ce qui concrétise directement la relation contractuelle de travail pour le salarié¹⁰².

2. *Les travailleurs mobiles détachés*

Pourtant, le chauffeur routier, le batelier, le pilote à qui l'entreprise demande d'exécuter un transport international n'est-il pas *a priori* un travailleur détaché ? L'application de la directive n° 96/71/CE en deviendrait systématique, mais son effectivité problématique...¹⁰³. Mais la notion de détachement est restrictive et suppose une certaine pérennité et fixité (a). De plus, le détachement reflète l'exécution d'une prestation localisée. Dans le secteur du transport, elle se heurte alors aux restrictions en matière de droit d'établissement et d'exercice de la profession de transporteur (b).

a. L'enracinement de la prestation de travail

Si un transport international implique l'envoi d'un salarié à l'étranger en exécution d'une prestation de service, si le droit social français impose à cette entreprise de n'avoir pas d'activités régulières sur le territoire national, le détachement présuppose l'idée d'une certaine permanence et d'une forme de sédentarisation pour l'exécution de cette prestation de service : très souvent, le détachement occasionnera une mise à disposition. Cette sédentarisation laisse également entendre que, si le contrat commercial qui fait naître la prestation est par essence de nature internationale, l'exécution de cette prestation est principalement une activité localisée et au bénéfice d'un client pour lequel le travailleur détaché agira comme préposé. Au demeurant, en matière de sécurité sociale, le règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 disposait, par exception, que les travailleurs roulants et navigants des transport internationaux étaient rattachés à un régime de sécurité sociale en

¹⁰² Précurseur de la jurisprudence « *Koelzsch* », l'arrêt « *Mulox* » (CJCE, 13 juil. 1993, aff. C-125/92, *Rec.*, p. 4075) est rendu en matière de compétence territoriale des tribunaux. Le lieu habituel de travail commandant cette compétence est le centre effectif des activités professionnelles du travailleur. Ce centre est déterminé en fonction du temps de travail passé sur un territoire et aussi par l'existence d'un « bureau » à partir duquel le travailleur organise ses activités itinérantes.

¹⁰³ De même, avant que cette directive ne soit mise en vigueur, la convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 6, §. 2, a) laissait entendre que tout envoi temporaire d'un travailleur à l'étranger s'analysait en un détachement, mais avec application de la loi du pays d'origine. Cela explique probablement la volonté de l'État français d'imposer, avant même la mise en œuvre de la dir. n° 96/71/CE, de larges pans du droit social français, y compris la sécurité sociale, au travers de l'art. 36 de la loi n° 93-1313 du 20 déc. 1993 (S. Robin, « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *DS* fév. 1994, p. 127).

fonction du seul siège de leur entreprise, à moins que celle-ci ait une succursale à l'étranger et que ce travailleur s'y trouve employé¹⁰⁴. L'itinérance continuelle et transnationale de ces salariés étaient donc prise en compte, à moins que le salarié ne s'établisse professionnellement à l'étranger. En creux, cette exception faisait apparaître la figure dominante du travailleur sédentaire. Or, l'exécution d'un transport international et la prestation de travail d'un salarié qui y participe de bout en bout sont par nature transnationales, non localisées : elles supposent un trajet avec passage d'une frontière. Il n'y aura pas nécessairement non plus une mise à disposition particulière de ce travailleur auprès d'un destinataire¹⁰⁵.

Cette permanence relative impliquée par le détachement se lit cependant mal du côté des tâches salariales. Certes la directive n° 96/71/CE n'établit pas de durée maximale à la présence du travailleur dans le pays d'accueil quand le règlement (CE) n° 883/2004 fixe cette limite à deux années, en matière de sécurité sociale. Les détachements peuvent donc être fort longs. Mais qu'en est-il d'une durée minimale¹⁰⁶ ? Le 3^e considérant de la directive n° 96/71/CE, qui vise l'exécution à titre temporaire d'un travail, peut aisément comprendre l'activité fugace du travailleur itinérant des transports, y compris celle effectuée à l'occasion d'un pur transport international¹⁰⁷. Par contre, l'idée d'une certaine permanence

¹⁰⁴ Art. 14, §. 1, b) du régl. (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. V. également l'art. 13, b) du régl. (CEE) n° 3 du 25 sept. 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants.

¹⁰⁵ On peut certes considérer qu'une mise à disposition est systématique en ce sens que le salarié est détaché dans le cadre de son contrat de travail pour répondre à une prestation de service (qui peut être le détachement lui-même). Ce salarié ne répond pas directement à une offre d'emploi dans un pays d'accueil. Il est mis à disposition pour cette prestation. On fait ainsi ressortir le lien entre détachement et prestation de service (en ce sens, B. Teysié, *Droit européen du travail*, Paris, LexisNexis, 2010 p. 166 et s.). Mais une mise à disposition n'est pas toujours présente au sens où le salarié détaché ne sera pas nécessairement sous la direction effective et permanente d'un commettant situé dans le pays d'accueil. Un salarié peut ne recevoir de consignes que de l'entreprise dont il est resté le salarié. Ce sera le cas d'un conducteur routier effectuant seulement un transport international, dans ses rapports avec le destinataire. Pourtant, cette situation ne sera pas la plus courante dès lors que le détachement se prolongera. En règle générale, un détachement favorisera l'apparition d'un lien de préposition sur le lieu de travail dans le pays d'accueil, parfois avec un responsable de l'entreprise ayant délégation de pouvoir, le plus souvent avec un tiers au contrat de travail.

¹⁰⁶ La doctrine s'est longuement interrogée sur la durée maximale d'un détachement, non sur une durée minimale, alors que dans le secteur des transports, la porosité entre le transport international n'entraînant qu'une incursion furtive et les opérations de cabotage favorisant des séjours plus longs, la question devient principale. Sur cette durée maximale : J.-Ph. Lhernould, *DS*, 2005, *op. cit.* ; P. Rodière, « Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité ? », *DS*, 2016, p. 601 ; J.-Ph. Lhernould ; B. Palli, « Révision de la directive n° 96/71/CE : *much ado about nothing* ? », *DS*, 2016, p. 622.

¹⁰⁷ L'idée d'une permanence traverse certes le droit européen comme le droit français, y compris du côté de la prestation salariale, mais reste de nature évanescence. L'art. 2, §. 1 de la dir. n° 96/71/CE définit le travailleur détaché comme celui qui, « pendant une période limitée » exécute son travail dans un autre pays que celui où il travaille d'habitude. L'art. 3, §. 6 précise que « la durée du détachement

s'entrevoit mieux du côté de la prestation de service (donc, du point de vue commercial). Le 4^e considérant de cette directive indique que la prestation de service consiste « en l'exécution de travaux » ou en « une mise à disposition de travailleurs en vue de leur utilisation par une entreprise ». Exécution de travaux et utilisation du travailleur détaché implique, semble-t-il, une stabilisation du travailleur effectuant à titre temporaire cette prestation. Prestation de service et position de détachement sont liées, y compris dans leur durée. Cette permanence se découvre aussi en filigrane des textes en matière de détachement transnational. Le droit européen, comme le droit français, imposent l'application de larges pans du droit national du pays d'exécution de la prestation temporaire de travail (dont la législation en matière de congés payés, les repos hebdomadaires). Ces dispositions n'ont de sens qu'en fonction d'un détachement qui perdure. On ne pourra les appliquer au travailleur itinérant qui n'effectue qu'une escale ou qui ne fait que transiter par un pays dans le cadre d'un transport international¹⁰⁸.

Finalement, les règles du détachement ne seraient applicables (indépendamment du cabotage) qu'aux travailleurs mobiles du transport qui seraient détachés de façon relativement pérenne afin d'assurer, à partir du territoire français, une prestation de service ponctuelle. Cette opération ne serait ouverte qu'aux

est calculée sur une période de référence d'une année après son commencement ». L'art. L. 1261-3 C. trav. énonce que le travailleur détaché exécute son travail pendant « une durée limitée » sur le territoire français. L'art. L. 1262-1 C. trav. désigne une « période de détachement ». Pour autant, soulignons que les dispositions du droit français en matière de détachement sont distinctes de celles en matière de cabotage ou de prestation de transport international. En d'autres termes, ces dispositions sociales semblent pouvoir être appliquées non seulement aux situations impliquant un détachement sur une longue période et pour une prestation localisée, non seulement aux opérations de cabotage, mais aussi à toute opération de transport international. Le D. n° 2016-418 du 7 avril 2016 adaptant le Code du travail aux entreprises de transport détachant des salariés roulants ou navigants ne fait aucune distinction entre ces catégories de transport. Visant toutes les cas de détachement fixés aux art. L. 1262-1 et L. 1262-2 C. trav. (dont celles impliquant une prestation de service définie par un contrat, ce qui peut renvoyer à un simple contrat de transport international), les dispositions de ce décret imposant diverses formalités (déclaration préalable de détachement, désignation d'un représentant de l'entreprise sur le territoire français...) paraissent s'imposer en toute situation. Précisément, tout salarié participant à un simple transport international dans une des entreprises de transport énumérées à l'art. L. 1321-1 C. transp. serait en situation de détachement (transports routiers, fluviaux et certaines activités ferroviaires). Mais dans ces conditions et pour ces secteurs d'activités, le droit français fait-il encore de la situation de détachement (dir. n° 96/71/CE) une véritable exception aux dispositions de l'art. 8 du règlement « Rome I »?

¹⁰⁸ Du reste, la dir. n° 96/71/CE indique que certaines règles en matière de législation du travail peuvent ne pas s'appliquer en présence de détachements très courts ou pour des travaux de « faible ampleur » (V. art. 3, §. 2 à §. 5). Mais la signification précise de ce type de disposition, relativement à la durée minimale d'une prestation de service effectuée par du personnel détaché, n'est pas simple à trouver. D'une part, il y a là la preuve que le détachement doit s'inscrire dans le cadre d'une prestation de service d'une certaine durée. Mais d'autre part, on y trouve l'argument pour défendre la mise en œuvre des règles du détachement aux prestations de service transnationales les plus courtes, quitte à ne faire application que d'une partie d'entre elles.

entreprises n'ayant aucune activité réalisée « sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue » (C. trav. L. 1262-3). Mais comment une telle situation est-elle aisément envisageable dès lors que la plupart des activités de transport public sont soumises à autorisation administrative, après démonstration par le postulant de conditions d'honorabilité, d'assurances obligatoires, de conditions financières, professionnelles ou techniques, dont celles d'avoir un établissement stable ou de faire la preuve d'une organisation interne capable d'assurer dans la durée l'engagement d'opérations de transport en toute sécurité? Dans l'Union européenne, dans le secteur des transports, le principe de la libre prestation de service se heurte de plein fouet aux conditions restrictives d'établissement et d'exercice de la profession¹⁰⁹.

b. Prestations de service ponctuelles et conditions d'accès à la profession de transporteur

Certes, une entreprise ayant obtenu un droit d'accès à la profession de transporteur public dans un des pays membres de l'Union européenne doit pouvoir dès cet instant bénéficier de la libre prestation de service dans l'ensemble des pays membres de l'Union, mais il ne pourra le faire, *via* un détachement, qu'à la condition de ne pas s'établir dans le pays qu'il dessert. L'outil de transport propre à répondre à la prestation de service (aéronef, bateau, train, camion...) devra circuler, accompagné des salariés détachés qui le servent, sans que jamais il ne puisse être rattaché à une infrastructure pérenne (centre d'exploitation, garage, atelier, quais...) appartenant à la même entreprise¹¹⁰. Cela mettrait effectivement en évidence l'existence d'un établissement de fait et d'une activité régulière alors que seule une entreprise de transport dûment autorisée par les autorités nationales est souvent en droit d'assurer des transports intérieurs, à moins qu'il n'y ait cabotage. Au demeurant, constatons que les règles européennes présidant aux conditions d'exercice de certains modes de transport permettent, une fois le précieux sésame

¹⁰⁹ En droit européen, concernant l'accès à la profession, pour la route: règl. (CE) n° 1071/2009 du 21 oct. 2009; pour l'aérien: règl. (CE) n° 1008/2008 du 24 sept. 2008 (V. également le règl. n° 965/2012 du 5 oct. 2012 concernant le Certificat de transporteur aérien); pour le fluvial: dir. n° 87/540/CEE du 9 nov. 1987; pour le ferroviaire: dir. n° 2012/34/UE du 21 nov. 2012 (V. également la dir. 2004/49/CE du 24 avril 2004 {modif. 2008/110} pour les Certificats de sécurité ferroviaire). La profession d'armateur fait exception à ces conditions d'accès restrictives.

¹¹⁰ Notons que le droit des transports est généralement dominé par des notions et des considérations très matérielles. Par exemple, pour le droit d'accès et d'exercice à la profession de transporteur routier, la notion d'entreprise n'est pas juridique: il ne s'agit pas d'une entité juridique (ayant la personnalité juridique), mais d'une personne physique ou d'un quelconque groupement, avec ou sans personnalité juridique, effectuant effectivement des transports (règl. n° 1071/2009 du 21 oct. 2009, art. 2, §. 4). C'est donc plutôt la constitution d'un établissement qui impose le respect des règles d'accès à la profession de transporteur routier.

obtenu, l'exercice de la profession pour l'ensemble des transports intérieurs au pays d'obtention de l'autorisation, mais seulement la liberté d'assurer des transports *internationaux* (donc, strictement transnationaux) avec l'ensemble des autres pays membres de l'Union (sauf à pouvoir caboter)¹¹¹. Le détachement, qui entraîne une prestation de travail localisée et ponctuelle, s'accorde fort mal avec les règles d'accès aux prestations de transport, réservant les opérations de transport intérieurs à ceux seuls capables de faire la démonstration qu'ils ont les moyens financiers et matériels d'assurer de façon pérenne et en toute sécurité de telles opérations.

Face à ces difficultés tant juridiques que techniques, une entreprise de transport souhaitant accéder réellement au marché intérieur d'autres pays n'aura souvent d'autre solution que d'établir au moins une succursale, soit juridiquement accepter de répondre aux conditions d'accès à la profession, européennes et nationales (sauf en maritime)¹¹². Or, le poids même de cet établissement entraînera l'embauche

¹¹¹ La situation est contrastée selon les modes de transport. En Europe, le cabotage reste étroitement réglementé pour le transport routier et fluvial (sauf le Rhin) : un transporteur étranger et non établi ne pourra effectuer un transport intérieur que de façon ponctuelle. La libéralisation des transports intérieurs est quasiment complète en maritime, aérien et ferroviaire (là, seulement pour le transport de marchandises). Il reste néanmoins au transporteur aérien ou ferroviaire à démontrer auprès de chaque administration nationale de sa capacité à faire circuler en toute sécurité un aéronef (V. notamment, art. R. 330-1 et s. CAC) ou un train (arr. du 14 avril 2008 relatif au certificat de sécurité ferroviaire, JO 3 août) : le peut-il dans la durée sans mettre en place une infrastructure matérielle robuste ? Concernant la réglementation européenne applicable pour l'exercice de la profession de transporteur : en TRM (véhicules lourds) : règl. (CE) n° 1072/2009 du 21 oct. 2009 (art. 2, §. 2) ; en transport de voyageurs par route (véhicules lourds) : règl. (CE) n° 1073/2009 du 21 oct. 2009 (art. 2, §. 1). En aérien (international), l'accès commercial à un aéroport étranger et le simple survol par un service régulier est soumis à autorisation (conv. Chicago du 7 déc. 1944, art. 5 et 6) mais le droit européen a totalement libéralisé les services aériens intracommunautaires, y compris le cabotage (règl. n° 1008/2008 du 24 sept. 2008, art. 15). En fluvial (sauf sur le Rhin, totalement libéralisé pour les bateaux relevant du régime rhénan ; conv. de Mannheim du 17 oct. 1868) : dir. n° 1356/96/CEE du 8 juil. 1996, art. 1 et 2 (libre accès en transport international et transit : accès limité au cabotage : règl. [CEE] n° 3921/91). En ferroviaire : dir. n° 2012/34/UE (modif. dir. 2016/2370 du 14 déc. 2016). En maritime : règl. [CEE] n° 4055/86 du 22 déc. 1986 et règl. [CEE] n° 3577/92 du 7 déc. 1992 [cabotage communautaire]).

¹¹² Il est nécessaire de mettre à part le transport maritime, du fait du poids de la règle du pavillon : le droit national applicable sera celui du pays d'immatriculation du navire. Compte tenu du principe de la liberté des mers et de la possibilité qu'offrent de nombreux États d'immatriculer un navire sous leur pavillon, quoique ce navire n'appartienne pas à des ressortissants installés dans le pays, toute discussion sur l'application du droit social du lieu habituel de travail ou du lieu d'embauche en fonction des dispositions de base des règl. (CE) n° 593/2008 et règl. (CE) n° 883/2004 perd en partie de sa pertinence. En matière de sécurité sociale, l'art. 11, §. 4 du règl. (CE) n° 883/2004 fait d'ailleurs prévaloir la règle du pavillon. La Cour de Justice de l'Union européenne a su néanmoins répliquer la jurisprudence « *Koelzsch* » aux marins européens (CJUE, 15 décembre 2011, « *J. Voogsgaard* », aff. C-384/10). Pour les marins, le navire apparaît comme l'établissement d'exécution habituel du contrat de travail où qu'il se trouve. Cet établissement mobile sera rattaché à une législation nationale par le truchement du pavillon. Rappelons aussi que la dir. n° 96/71/CE en matière de

d'une main-d'œuvre régulière, employés aux conditions locales. Par contre, le détachement transnational des salariés de filiale à filiale ou inter-établissements devient possible. Le droit communautaire, outre les opérations de détachement dans le cadre d'un contrat commercial entre l'entreprise d'envoi et l'entreprise destinataire (dir. n° 96/71/CE, art. 1, §. 3, a) autorise des détachements entre établissements d'une même entreprise et entre entreprises d'un même groupe. Il autorise également le détachement dans le cadre du travail intérimaire (dir. n° 96/71/CE, art. 1, §. 3, -b et -c)¹¹³. De plus, la directive n'impose même pas de façon précise qu'il

détachement ne s'applique pas aux marins. Concernant le droit communautaire, il faut se reporter au règl. (CEE) n° 3577/92 du 7 déc. 1992 concernant le cabotage maritime. En application de ce règlement, un premier décret avait été promulgué (D. n° 99-195 du 16 mars 1995), remplacé aujourd'hui par un D. n° 2014-881 du 1^{er} août 2014, pris également en application de la loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 (art. 38). Globalement, tout en libéralisant le cabotage maritime (interne à chaque pays) pour les armateurs communautaires dont les navires battent pavillon communautaire, le règl. (CEE) n° 3577/92 dispose que, pour toutes les questions relatives à l'équipage (dont le droit social), le droit applicable est celui du pavillon quand il s'agit de cabotage continental ou d'un navire de croisière et dès lors que le navire dépasse un certain tonnage (pour les petits navires : possibilité d'application de la législation du pays d'accueil). Ce règlement pose à l'inverse le principe de l'application du droit social du pays d'accueil pour tous les navires effectuant du cabotage avec les îles (art. 3). Il existe à ces règles de base des exceptions ou la mise en œuvre de périodes de transition. Ce règlement européen n'aborde pas la question des transports internationaux intra-communautaires par mer. Néanmoins, concernant les transports internationaux, le droit européen a pu favoriser le respect de certaines conventions internationales de l'OIT (V. la dir. n° 95/21/CE du 19 juin 1995 et surtout la dir. n° 2009/13/CE du 16 fév. 2009 qui reprend certaines parties de la conv. MLC 2006, suite à un accord européen du 19 mai 2008). Le droit maritime national complète le règl. n° 3577/92/CEE en définissant un noyau de règles du droit du travail maritime français applicables spécialement aux navires de petit tonnage effectuant du cabotage continental ou de croisière et aux navires effectuant du cabotage avec les îles, dès lors que ces navires ne battent pas pavillon français, cela au nom des conditions sociales du pays d'accueil (C. transp., art. L. 5561-1 et s.). La loi n° 2013-619 du 16 juil. 2013 (art. 22 et s.) a permis la transposition de la dir. n° 2009/13/CE. Concernant les voyages internationaux, la plupart des navires ne peuvent prendre la mer que s'ils sont dotés d'un certificat de travail maritime attestant que les conditions de travail et de vie des gens de mer à bord sont conformes aux dispositions de l'État du pavillon mettant en œuvre la convention MLC 2006 (C. transp., art. L. 5514-1). Sur cette question, P. Chaumette, « La ratification et la transposition de la convention OIT du travail maritime (MLC 2006) », *DS* nov. 2013, p. 915 et s.

¹¹³ Sur l'articulation entre la dir. n° 96/71/CE et la dir. n° 2008/104/CE du 19 nov. 2008 relative au travail intérimaire : S. Laulom, « La directive 2008/104 : avancées et limites de la protection des travailleurs intérimaires », *RDT*, mai 2012, p. 308 ; J.-Ph. Lhernould, « L'articulation de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire avec la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service », *RDT*, mai 2012, p. 315.

existe, dans ces deux dernières situations, une prestation de service liée au détachement¹¹⁴. Le droit français l'indique cependant clairement¹¹⁵.

Quoi qu'il en soit, compte tenu de la quasi nécessité d'établir localement des succursales pour engager des services réguliers dans chaque pays et compte tenu également du fait que les travailleurs mobiles du transport peuvent être aisément rattachés à un établissement d'embauche distinct du lieu habituel de leur travail (*V. supra*), c'est autour de montages juridiques faisant intervenir des établissements situés dans un premier pays, mais permettant le développement d'activités de transport à partir de centres d'exploitation situés dans un second pays que certaines entreprises de ce secteur ont pu développer leur activité en ayant recours à des salariés détachés¹¹⁶. Ces montages se mettent en place au risque d'être suspectés de travail illégal, tant le transport international couplé au cabotage offre déjà, au niveau des relations sociales, des solutions s'apparentant à des détachements transnationaux, tandis que l'activité géographiquement diffuse du travailleur mobile ne permet guère de la rattacher à une prestation de service ponctuelle et précisément localisée, telle que l'exigerait une opération de détachement.

Dans le transport aérien, des compagnies ont ainsi tenté de tirer partie du caractère itinérant du travail des navigants pour considérer d'abord que le rattachement de ces derniers à un établissement stable se situait dans un premier pays (entreprise d'embauche), puis de les détacher auprès d'un aéroport d'un second pays à partir duquel ils prenaient et terminaient leur service, sachant qu'ils y avaient leur domicile¹¹⁷. Ces navigants sont donc détachés dans leur propre pays de résidence (par ex. la France, avec affectation à Orly) à partir de l'Irlande ou de la Grande-

¹¹⁴ Seuls le titre de la directive (« ...détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service ») et le 4^e considérant rattache nettement l'existence du détachement à une prestation de service).

¹¹⁵ D'une part et de façon générale, dans le cadre du détachement international, l'entreprise détachante ne peut avoir en France ni activité habituelle et stable, ni d'activité de prospection commerciale, ni d'opérations de recrutement (C. trav., art. L. 1262-3). Elle ne peut donc engager certainement un détachement que pour une prestation ponctuelle, même dans le cadre d'un détachement interne à un groupe, car l'absence de cette prestation laisse présumer le déploiement d'une activité continue, mêmes si les salariés détachés ne restent que ponctuellement sur le territoire français. D'ailleurs, y compris pour les détachements entre établissements et entre entreprises d'un même groupe, le droit français considère l'entreprise d'accueil comme « donneur d'ordre » ou « maître d'ouvrage » et l'entreprise détachante comme « prestataire de service » (C. trav., art. L. 1362-4-1 à L. 1262-4-3 et R. 1263-4).

¹¹⁶ V. Rapport à l'Assemblée Nationale, 29 mai 2013, n° 1087, G. Savary, Ch. Guittet, M. Piron.

¹¹⁷ Montage facilité, en matière de sécurité sociale, par la force probante des certificats de détachement (E101, puis A1) qui se doivent d'être maintenus tant que l'administration du pays d'origine n'a pas admis s'être trompée et ne les retire à l'entreprise opérant abusivement un détachement, ainsi que le souligne l'affaire « *A-Rosa Flussschiff GmbH* », *op. cit.* (F. Muller, « La saga du A1 ou l'inertie au service de la fraude au détachement », *DO*, juil. 2016, p. 444 et 446). Sur la quête difficile d'un droit national applicable aux navigants aériens : P. Morvan, « Y-a-t-il du droit français dans l'avion ? », *op. cit.* ; L. Gamet, *op. cit.* ; L. Cailloux-Meurice, *op. cit.*

Bretagne¹¹⁸. Mais le détachement du personnel navigant sur un aéroport (n'appartenant pas à la compagnie)¹¹⁹ démontre-t-il l'absence de tout établissement et activité pérenne? Les tribunaux ont répondu par la négative, soulignant l'existence de bureaux à partir desquels les compagnies organisaient l'accueil des passagers, concluait des contrats pour la maintenance des avions¹²⁰... La législation française est venue en aide aux juges nationaux, en apportant la notion spécifique de « base d'exploitation »¹²¹, existante aussi en droit européen¹²². Outre la présence nécessaire d'une infrastructure, le mérite de cette notion est de comprendre une définition du lieu habituel de travail similaire à celle qu'a commencé à dessiner la jurisprudence européenne. La base d'exploitation doit comporter « le centre de l'activité professionnelle d'un salarié, (qui) est le lieu où, de façon habituelle, il travaille ou celui où il prend son service et retourne après l'accomplissement de sa mission ». Les détachements s'avérant factices, diverses infractions pour travail illégal ont donc été relevées à l'encontre de ces compagnies aériennes¹²³.

Dans le secteur routier, la tentation semble également forte pour certaines entreprises de racheter ou de se constituer une filiale à l'étranger, à partir de laquelle elles vont organiser le détachement de conducteurs. Ainsi se trouve contournée l'obligation pour une entreprise détachante de n'avoir aucune in-

¹¹⁸ TGI Créteil, 9 avril 2010, n° 0508325906, L. Gamet, *op. cit.*

¹¹⁹ Les aéroports appartiennent usuellement à l'État ou à des collectivités locales. Leur gestion est souvent déléguée à des chambres de commerce et d'industrie ou à des entreprises privées, bénéficiaires d'une concession. Les installations sont mises à la disposition des prestataires, dont les compagnies aériennes.

¹²⁰ Les tribunaux soulignent que ces succursales relèvent du droit d'établissement et non de la libre prestation de service, qui suppose que le prestataire ne développe aucune activité régulière. La Cour de cassation retient les arguments des juges du fond soulignant que ces compagnies auraient été dues être immatriculées en France alors que dans leurs moyens, les compagnies aériennes remarquaient que, titulaires de simples « droits de trafics », elles n'avaient pas à déclarer en France les salariés qui participaient à ces activités (2 arrêts : Crim. 11 mars 2014, n° 11.88-420, « Easyjet » et n° 12.81-461, « Vueling ») : travail dissimulé par non déclaration des salariés aux organismes sociaux.

¹²¹ D. n° 2006-1425 du 21 nov. 2006 ; actuel R. 330-2-1 CAC.

¹²² Par ex., art. ORO AOC 140, règl. (UE) n° 965/2012 du 5 oct. 2012 (Annexe III). Par ailleurs, l'art. 1er, 2) du règl. n° 465/2012 (UE) du 22 mai 2012, modifiant le règl. (CE) n° 883/2004 en matière de coordination de sécurité sociale a introduit un considérant (18 ter) à ce dernier règlement, indiquant que la notion similaire de « base d'affectation » (utilisée par le règl. (CE) n° 3622/91 du 16 déc. 1991 relatif aux règles techniques dans l'aviation civile) devait être la notion de base pour la détermination de la législation de sécurité sociale applicable au personnel navigant aérien. Notons que ce nouveau considérant indique que la base d'affectation est, de façon générale définie, « comme étant le lieu désigné par l'exploitant pour le membre d'équipage, où celui-ci commence et termine normalement un temps de service », ce qui peut participer à la découverte du droit du travail applicable au personnel navigant aérien en contexte international.

¹²³ Reprise de la jurisprudence « *Koelzsch* » : le lieu habituel de travail est défini à partir du point où le pilote prend et termine régulièrement son travail (soc., 11 avril 2012, *RFDAS*, 2012, p. 224 ; *DS* juin 2012, p. 548, note Chaumette).

frastructure et activité stable sur le territoire français quand le droit public routier n'autorise sans limite l'exercice de transports intérieurs qu'aux entreprises ayant répondu aux conditions d'accès à la profession. Mais l'opération est hasardeuse car le détachement inter-établissements ou inter-entreprises suppose néanmoins l'existence d'une prestation de service liée. Or, les opérations de transport effectuées en France seront bien souvent tout entière organisées par l'entreprise utilisatrice avec les moyens matériels apportés par celle-ci, malgré les artifices mis en œuvre (notamment, la location croisée des véhicules, donnant l'apparence de moyens dédiés apportés par le prestataire)¹²⁴. Précisément, il sera le plus souvent impossible de dissocier la prestation de service de l'exploitation quotidienne et routinière de l'entreprise utilisatrice, dont la rentabilité repose en réalité sur la mutualisation des véhicules, des chauffeurs et des chargements (multiplicité des contrats de transports assurés sur un même voyage par un même conducteur).

Enfin diverses entreprises du secteur routier ont également cherché à bénéficier des possibilités du détachement transnational, en s'appuyant sur le recours au travail intérimaire¹²⁵. La directive n° 96/71/CE semble faire de la mise à disposition de salariés dans le cadre du travail intérimaire une prestation de service en soi. Il n'y aurait donc plus à faire la démonstration d'une prestation de service distincte de la mise à disposition du travailleur. Le chauffeur routier, détaché en France, est soumis en partie au droit du travail national, mais reste assujéti à la sécurité sociale nationale de l'entreprise de travail temporaire située à l'étranger. Nous sommes là dans une situation banale et propre à l'ensemble des travailleurs détachés. Ce détachement doit cependant répondre aux règles restrictives du recours au travail intérimaire du droit français¹²⁶. Ces montages sont à l'évidence favorisés par le caractère itinérant du travail du conducteur. Ainsi un chauffeur intérimaire (domicilié en Ukraine) sera mis à disposition par une entreprise de travail temporaire située dans un premier pays (par ex., la Bulgarie) afin de travailler dans la filiale étran-

¹²⁴ Illustration à partir de l'affaire « *Nobert Dentresangle* » (V. BTL n° 3552, 25 mai 2015 et n° 3600, 6 juin 2016). Pour ce différend, dans lequel ce groupe de transport a été relaxé des préventions de travail illégal, il était démontré que les chauffeurs, rattachés à des filiales polonaises, bulgares ou portugaises, travaillaient régulièrement en France (transports intérieurs) à partir de commandes passées *via* un établissement situé en France. Les conducteurs détachés, rentraient régulièrement dans leur pays de résidence ou au lieu de leur filiale après quelques semaines passées en France. Les véhicules étaient loués auprès de ces filiales (immatriculation étrangère). Les transports intérieurs s'effectuaient sous prétexte de cabotage. Ce type de montage est facilité par le fait que le cabotage, limité ici à sept jours, ne suppose que la preuve d'un véhicule immatriculé à l'étranger et entrant sur le territoire national sous couvert d'une lettre de transport internationale (qui peut s'avérer factice) : les chauffeurs, maintenus à demeure sur plusieurs semaines, peuvent ainsi se relayer à l'exécution de plusieurs opérations de cabotage. Autre ex. : crim. 21 juin 2016, n° 15-82651, BTL n° 3605, 11 juil. 2016.

¹²⁵ Bien entendu, ces illustrations tirées du secteur routier sont transposables aux autres modes de transport.

¹²⁶ Dir. n° 96/71/CE, art. 3, §. 1, d ; c. trav., art. L. 1262-2, al. 2 et L. 1262-4, 4°.

gère (par ex., luxembourgeoise) d'un groupe de transport établi en France¹²⁷. Mais le métier même du chauffeur international, impliquant de celui-ci qu'il s'éloigne constamment de son domicile, rend indifférent le fait que l'employeur (l'entreprise de travail temporaire) soit établi dans un pays distinct du pays de domiciliation du travailleur afin que celui-ci soit placé auprès de la filiale luxembourgeoise le faisant travailler principalement en France. Il n'existe effectivement aucun lieu habituel de travail déterminé par un établissement précis. La conclusion même du contrat de travail pourra se faire à distance¹²⁸.

3. *Le cabotage*

Le cabotage est l'opération par laquelle un transporteur étranger effectue un transport intérieur. Du point de vue de la réglementation des transports, la spécificité du cabotage tient au fait que couramment et historiquement, il reste interdit aux transporteurs non établis dans un pays d'y effectuer des transports strictement intérieurs. La notion de cabotage est inséparable de celle de sa prohibition ou de son encadrement. Du fait du caractère diffus de l'activité des transports, il s'agit évidemment de protéger l'État d'accueil, les transporteurs nationaux et les employés de ces transporteurs d'une multiplication de transports occultes à l'intérieur d'un territoire national, ne répondant ni aux conditions fiscales, économiques, sociales, techniques et sécuritaires des règles du transport applicables au pays (*V. supra*). Cependant, combien même l'Union européenne a très largement libéralisé le cabotage pour le transport aérien, maritime ou ferroviaire (marchandises) pour les seuls transporteurs européens, rappelons encore une fois que les conditions d'accès et d'exercice à ces professions rendent délicat

¹²⁷ Ce chauffeur d'un pays tiers à l'Union européenne sera assujéti au droit bulgare en matière de sécurité sociale et au droit du travail luxembourgeois. Cela sera certainement le cas si l'entreprise démontre qu'il effectue seulement des transports internationaux (y compris si ces transports sont préparés par un établissement situé en France, agissant comme commissionnaire de transport). Mais rien n'interdit un détachement en cascade du travailleur intérimaire dans le cadre d'une relation inter-établissements ou inter-entreprises présentant alors les apparences d'un détachement dans le cadre d'une prestation de service distincte. Ce chauffeur restera sous couvert de la protection sociale de l'entreprise de travail temporaire (en l'occurrence bulgare), mais devra pouvoir bénéficier des dispositions de l'article L. 1262-4 C. trav. si il est détaché de l'entreprise utilisatrice (située au Luxembourg) vers l'entreprise sous-utilisatrice, située en France.

¹²⁸ Ce processus de démantèlement rappelle les entreprises de « *manning* » en transport maritime. Quoique le droit social applicable devrait être fixé par le pavillon du navire, en faisant signer au marin un contrat de travail avec un agent de *manning* situé dans un pays tiers on tend à faire échapper au contrat la loi du pavillon pour celle choisie par les parties (principe d'autonomie des parties dans les contrats internationaux) ou celle avec laquelle le contrat offre les liens les plus étroits. Ce processus est facilité par le fait que le marin international ne travaille en réalité dans aucun pays précisément (sur cette question: S. Mercoli, « Les fournisseurs de main-d'œuvre maritime et le droit de l'Union européenne », in *Gens de mer: un marché international du travail*, éd. Gomylex, Bilbao, 2016, p. 377 et s.).

tout accès pérenne à un marché intérieur en l'absence de toute infrastructure locale. Cela est du moins vrai pour le transport ferroviaire et aérien. Pourtant, concernant les transports routiers et fluviaux, la multiplicité des petites entreprises, leur organisation très décentralisée, leur activité éminemment « foraine » rendaient problématique tout contrôle en cas de libéralisation complète du marché intérieur à chaque pays et alors que les conditions sociales et fiscales de ces opérations restent particulières à chaque pays. C'est vraisemblablement une des raisons pour lesquelles, malgré la présence de règles d'accès et d'exercice à ces professions, tant au niveau européen que national, le cabotage routier ou fluvial continue d'être très étroitement encadré, notamment dans sa durée¹²⁹.

Du point de vue du droit social, une opération de cabotage paraît similaire à celle du détachement, dans son acceptation la plus classique. Des salariés sont envoyés par un employeur établi à l'étranger pour répondre à une prestation de service localisée dans un autre pays¹³⁰. Toutefois, des différences existent. Ainsi, en transport routier, l'opération de cabotage n'emporte pas nécessairement un détachement de travailleurs car des salariés recrutés localement sont en possibilité d'effectuer cette opération¹³¹. Le cabotage est d'abord une opération commerciale encadré par le droit des transports. Certes, dans la pratique courante, puisqu'il faudra au véhicule routier ou au bâtiment fluvial de traverser une frontière, c'est le même personnel de conduite qui exécutera l'opération de cabotage. Cette

¹²⁹ La circ. du 21 juin 2010 relative au cabotage routier de marchandises (NOR : DEVT1011451C) lie étroitement droit de la concurrence et dumping social. C'est par les contraintes apportées au cabotage (durée, nombre d'opérations, transport international préalable) que seront contenues les conséquences des disparités sociales entre pays. Sur la notion de « dumping social » et sa difficile prise en compte par le droit européen, du fait de la priorité donnée à l'établissement d'un marché commun : A. Defossez, *Le dumping social dans l'Union européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2014.

¹³⁰ Autre parallélisme, alors que le droit du travail français impose que l'entreprise détachante n'ait en France aucune activité réalisée de façon stable et continue (C. trav., art. L. 1262-3), laissant toutefois la possibilité de détachements inter-établissements, le droit routier suppose que l'entreprise détachante n'ait en France aucune activité de transport intérieur exercée de façon habituelle ou régulière (C. transp., art. L. 3421-8, 1^o). Par contre, exigence supplémentaire empêchant, semble-t-il, toute opération de cabotage dès lors qu'elle s'appuie sur un détachement inter-établissement, l'art. L. 3421-8, 2^o C. transp. dispose au surplus que l'entreprise cabotante ne peut avoir d'activité « réalisée à partir de locaux ou d'infrastructures situés sur le territoire national et concourant à l'exercice de cette activité d'une façon permanente, continue ou régulière » : elle doit être non résidente (non inscrite au registre national des transporteurs routiers). Cette limite ne doit d'ailleurs pas s'entendre uniquement d'un détachement inter-établissements. Un accord commercial entre l'entreprise cabotante et une entreprise française par lequel l'entreprise étrangère utiliserait l'infrastructure de l'entreprise située en France serait illicite si l'activité développée s'avérait régulière. On retrouve ici la difficulté plus générale concernant le détachement des travailleurs mobiles (V. *supra*) au sein des groupes d'entreprises quand ces entreprises sont tenues par des conditions d'accès à la profession.

¹³¹ Rappelons que le droit routier saisit le cabotage au travers du véhicule : un véhicule immatriculé à l'étranger passe une frontière et successivement effectue un transport intérieur. Il n'est pas exigé que le conducteur soit le même.

dernière opération implique alors *a priori* un détachement. Il s'agit néanmoins d'un détachement particulier. Un travailleur sédentaire, mais détaché, effectue seulement une prestation de travail localisée. Le travailleur itinérant qui effectue une opération de cabotage a précédemment effectué une prestation de travail transnationale en entrant sur le territoire du pays d'accueil. Il en effectuera une seconde quand il rentrera dans son pays à bord du même véhicule. Ces itinérances transnationales, effectuées sur le temps de travail, ne peuvent-elles pas l'emporter sur la prestation de travail propre à l'opération de cabotage ?

Faisons d'abord cette remarque: la directive n° 96/71/CE est silencieuse sur le cabotage. On pourrait en déduire que la prestation de travail effectuée dans le cadre d'une opération de cabotage est donc constitutive d'un détachement¹³². Pourtant, les différents textes en matière de cabotage nous indiquent plutôt l'inverse¹³³. Nous serions dans la prestation de travail transnationale. Annexé et succédant à un transport proprement international, le cabotage, strictement limité dans le temps, incite à rattacher la prestation de travail liée à celle du travailleur ne se rendant que ponctuellement dans un autre pays. Seraient applicables les dispositions de l'article 8, §. 2 et §. 3 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008. L'article 6, §. 1 du règlement (CEE) n° 3118/93 du 25 octobre 1993, de même que l'article 9 du règlement (CE) n° 1072/2009 du 21 octobre 2009, relatifs aux opérations de cabotage dans le TRM, ne mentionnent en rien que le droit social applicable à l'occasion d'une opération de cabotage serait celui du pays d'accueil. Leurs dispositions ne visent que la réglementation des temps de conduite¹³⁴. *A contrario*, on peut en déduire que le droit du travail du pays d'accueil n'est pas concerné, d'autant que ces règlements sont d'application directe dans l'ordre interne des États membres¹³⁵. Néanmoins, le 17^e considérant du règlement du 21 octobre 2009 affirme que la directive n° 96/71/CE sur le détachement des travailleurs est applicable aux opérations de cabotage, mais sans que jamais cette considération ne soit reprise dans les dispositions du règlement: la gêne du législateur européen est manifeste!

¹³² Un argument en faveur de l'application partielle de la dir. n° 96/71/CE au cas du cabotage dans le TRM pourrait se trouver dans les dispositions de l'art. 2, §. 2 : cette directive est applicable aux travaux de première installation d'un bien, partie intégrante d'un contrat de fourniture, dès lors que la durée du détachement n'est pas supérieure à huit jours. Cependant, la livraison d'une marchandise au destinataire ne comporte souvent pas son déchargement ni son déballage par le conducteur. Par ailleurs, au cas même où la dir. n° 96/71/CE en viendrait à être applicable au cabotage en vertu de cette disposition, cela ne concernerait pas le taux de salaire minimal.

¹³³ Certains États membres de l'Union européenne contestent d'ailleurs qu'une opération de cabotage soit constitutive d'une opération de détachement sur le plan social (« Les États tchèque et slovaque menacent l'Ouest », *L'Officiel des Transporteurs*, n° 2875, 14 avril 2017).

¹³⁴ Successivement, les règl. n° 3820/85 du 20 déc. 1985 et n° 561/2006 du 15 mars 2006.

¹³⁵ Ainsi, concernant le cabotage routier exécuté sous l'empire des règlements des années 1990: J.-Ph. Lhernould, *DS*, 2005, *op. cit.*

Pour sa part, le législateur français a choisi de faire application des règles du détachement transnational en présence du cabotage routier et fluvial à partir de 2005, notamment en ce qui concerne les matières du droit du travail applicables à ces travailleurs (loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 89 ; anc. art. L. 342-3, al. 2). Cependant, ce texte disparaît rapidement du Code du travail, abrogé par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009. Les conducteurs et navigants fluviaux exécutant des opérations de cabotage sur le territoire national sont-ils encore concernés par ses règles ? La réponse est positive mais s'avère compliquée à retrouver. La loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 (art. 33, IV) indique qu'un

« décret en Conseil d'État détermine les conditions particulières d'application de l'article L. 1262-4 du Code du travail aux salariés des entreprises de transport routier ou fluvial établies hors de France qui, à la demande de leur employeur, exécutent des opérations de cabotage sur le sol français pendant une durée limitée ».

Sur le principe, ces salariés doivent pouvoir bénéficier des matières du droit du travail français énumérées à cet article du Code du travail. Du reste, lors de la codification du droit des transports (ord. n° 2010-1307 du 28 oct. 2010), cette disposition est immédiatement reprise (C. transp., art. L. 1331-1).

Cependant, l'article 11 du décret n° 2010-389 du 19 avril 2010 relatif au cabotage fluvial et routier, et pris en application de la loi du 8 décembre 2009, précise seulement que les obligations de déclaration de détachement ne se feront que pour celles supérieures à sept jours : c'était organiser juridiquement le non respect de l'article 33, IV de la loi n° 2009-1503, puis de l'article L. 1331-1 C. transp., pour la majeure partie du cabotage routier dans le TRM. Ce n'est qu'à partir de 2014 que des mesures procédurales de plus en plus précises vont être apportées par la loi et les règlements, permettant de donner corps au principe de l'application d'un noyau du droit du travail français aux chauffeurs routiers du TRM (V. *supra*).

II. La dissimulation d'emploi par dissolution du lien de subordination juridique

Le travail itinérant entraîne couramment un affaïssement des critères constitutifs de la subordination juridique propre à l'existence d'un contrat de travail. Ce qui est mis à mal c'est la teneur et la cohérence interne des liens de subordination juridique. Il n'en découle pas nécessairement une disparition de cette subordination. Mais cet affaïssement va permettre plus facilement la mise en place de montages juridiques permettant de travestir la subordination juridique en un autre mode d'asservissement (mise à disposition, préposition, dépendance économique...) et de parfois désigner un employeur qui, aux fins de bénéficier

des lois sociales les plus favorables, n'exercera que virtuellement les différents pouvoirs qui lui sont assignés envers le salarié. Deux circonstances favorisent cet affaïssement de la subordination juridique. D'abord, le travail itinérant peut être source d'autonomie pour le salarié et favorise donc l'effacement de ce lien (A). Dans le même temps, le travail itinérant s'accompagne couramment d'un lien de préposition plus ou moins accentué du travailleur mobile auprès de ceux qu'il côtoie pour l'exécution de l'opération de transport (donneurs d'ordres, expéditeurs, destinataires, voyageurs...). Il peut en résulter le déplacement ou l'émergence inopinée d'un lien de subordination juridique (B). La dissimulation d'un emploi salarié résulte donc du rétablissement d'une subordination juridique occultée par le choix préalable d'un autre statut professionnel ou d'un autre employeur.

A. Autonomie du travailleur itinérant et dissolution du lien de subordination

Les travailleurs mobiles du transport sont des professionnels qui exercent souvent leur activité avec une large autonomie. Isolés à bord de l'engin de transport qu'ils conduisent ou accompagnent, ils doivent prendre seuls les décisions qu'imposent les aléas du voyage. Cette situation n'est certes pas générale. Elle est de plus en voie de régression du fait du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (téléphonie mobile, internet, géolocalisation...). Mais quelle que soit l'activité professionnelle, pour qu'un lien de subordination ne soit plus une dimension nécessaire, il faut des conditions précises. L'existence d'une alternative au contrat de travail pour l'exécution d'une prestation n'est pas partout présente. Il est impératif que la mission confiée au salarié mobile puisse être exercée seul et puisse être délimitée. Toute tâche qui viendrait à s'inscrire dans un cadre collectif et hiérarchique, notamment au travers d'une étroite division du travail, rendra malaisée la suppression du lien salarial. La disparition de toute injonction et de tout contrôle quant aux conditions de déroulement des tâches et l'impossibilité concomitante de sanctionner l'irrespect de ces injonctions s'accroissent mal d'un emploi tenu en étroite symbiose avec un collectif de travail.

Aussi, le travail effectué en équipage, spécialement pour les tâches pouvant être exercées en banalité (matelots des flottes maritime et fluvial, hôtesses de l'air et stewards, agents d'accompagnement des trains...) apparaît moins sensible à un mouvement d'autonomisation du travail, d'autant que l'importance et le poids financier des moyens matériels de production mis en œuvre (aéronef de l'aviation commerciale, navires de haute mer, pousseurs...) interdit en réalité toute appropriation privée et individuelle consacrant ce mouvement d'autonomie professionnelle. Il faut pouvoir effectivement s'abstraire momentanément

d'une équipe de travail et ne pas rejoindre une entreprise dont les dimensions et le mode de fonctionnement imposerait *de facto* l'usage de contrats de travail par les contraintes d'une très étroite coordination des fonctions et des tâches. Inversement, la situation apparaît plus ambivalente pour tout ceux qui peuvent exercer les missions sécantes du transport dans un relatif isolement à l'aide d'un outil de transport qu'il est possible d'acquérir et de maîtriser personnellement (conducteurs de taxis automobiles, de motos-taxis ou de VTC, conducteurs d'autocars, chauffeurs de véhicules utilitaires légers ou de poids lourds, conducteurs de péniches, pilotes d'avions-taxis...).

D'un point de vue juridique, cette autonomie au travail s'exprime de différentes façons. En premier lieu, notons que les travailleurs mobiles sont des gens de métier (1), au sens où ils doivent généralement répondre à des exigences professionnelles qui sont fonction des tâches qu'ils exercent et non pas du statut sous lequel ils travaillent (saliariat ou travail indépendant). En second lieu, et ce point est déterminant, seuls ceux dont la fonction d'exploitation de l'outil de transport peut être isolée et traduite sous la forme d'une prestation commerciale seront concernés par l'alternative d'un travail indépendant, quoiqu'inséré dans une chaîne de transport (2). C'est alors qu'ayant admis cette situation d'indépendance, il pourra apparaître que les liens qui unissent ce travailleur mobile à un commanditaire se font trop étroits et trop pressants et qu'une requalification vers le contrat de travail pourra avoir lieu.

1. *Le métier, gage d'une relative liberté dans l'exercice des fonctions*

Ce facteur ne semble pas déterminant quant au choix du statut sous lequel un travailleur mobile mènera son activité professionnelle (saliariée, artisan, commerçant...). Il ne permet pas le basculement du contrat de travail vers le travail indépendant pour l'exécution d'une prestation de transport mais facilite néanmoins cette alternative par l'existence d'une condition commune. La plupart des travailleurs mobiles du transport restent d'ailleurs des salariés. De façon globale, il est exigé une qualification professionnelle suffisante et idoine (permis poids lourd, licences de conducteur de train, licences de pilote...) aux travailleurs mobiles assurant des fonctions d'exploitation à bord des outils de transport. L'objectif de ces exigences est la sécurité des transports et rejoint donc l'intérêt général. Bien entendu ces sujétions vont déterminer les règles d'usage de l'appareil de transport¹³⁶. Le mésusage dans le contrôle de l'outil de transport rend responsable au premier chef le travailleur fautif, tant du point de vue disciplinaire que du point de vue pénal. Le chauffeur routier qui commet des fautes

¹³⁶ S. Carré, « La réglementation applicable aux salariés du transport, un droit sous l'influence d'une logique du métier » (2016), *Rev. Jurispr. Com.*, sept./oct., p. 585 et s.

de conduite pourra être licencié sur le fondement d'une faute professionnelle¹³⁷. Il supportera normalement le poids des sanctions aux infractions au Code de la route ou au Code des transports qu'il a commis. Ces règles ne remettent pas en cause l'existence possible d'une subordination juridique entre le travailleur mobile et l'employeur. D'ailleurs, le droit routier prévoit explicitement que l'employeur pourra supporter le poids des infractions commises par les conducteurs¹³⁸ ou même être tenu pour responsable de certaines des infractions qu'ils ont commises, dès lors qu'il aura directement ou indirectement incité le conducteur à les commettre¹³⁹. D'autre part, le conducteur salarié, préposé de son employeur, ne peut être tenu civilement responsable des dommages qu'il cause à autrui, dès lors qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions. L'assujettissement du travailleur à son employeur est donc pris en compte.

Mais ces règles de sécurité publique créent un rempart envers une éventuelle surexploitation du travailleur mobile. Ce salarié ne saurait être sanctionné pour avoir refusé d'obtempérer à des injonctions patronales contraires aux multiples règles de sécurité (routière, aérienne, maritime, ferroviaire...) ¹⁴⁰. Dans les mêmes circonstances, un salarié sera en droit de prendre acte de la rupture du contrat de travail au tort de l'employeur. De façon générale, l'article L. 1311-3 C. transp. énonce que :

« les opérations de transport, qu'elles soient confiées à un tiers ou exécutées pour le compte propre de l'entreprise qui les assure, ne doivent en aucun cas être conduites dans des conditions incompatibles avec l'application des dispositions relatives aux conditions de travail et de sécurité »¹⁴¹.

¹³⁷ Soc., 22 mars 2007, *BTL* 2007, p. 260 (licenciement pour faute grave: excès de vitesse, non respect des temps de conduite, accident de la route).

¹³⁸ C. route, art. L. 121-1, al. 2: « lorsque le conducteur a agi en tant que préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police [...] sera en totalité ou en partie à la charge du commettant ».

¹³⁹ Si le commettant est responsable de certaines infractions, présentées dans le Code des transports au Titre relatif à la réglementation du travail spécifique au transport routier (et renvoyant à diverses infractions fixées également au Code de la route et au Code du travail), relevant de son fait personnel ou pour ne pas avoir fait respecter ces obligations par son préposé, ce dernier « est passible des mêmes peines lorsque l'infraction résulte de son fait personnel » (C. transp., art. L. 3315-6). Une coresponsabilité pénale du conducteur et de l'employeur est aussi possible pour diverses infractions (C. route, art. R. 121-1 et s.).

¹⁴⁰ Nancy, 30 mars 2016, n° 15/00142, *BTL* 2016, n° 3594.

¹⁴¹ L'article L. 1311-4 précise à l'adresse de tout conducteur et pilote professionnel, quel que soit son statut, que « toute clause de rémunération principale ou accessoire de nature à compromettre la sécurité, notamment par l'incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail et

Concernant les pilotes professionnels de l'aéronautique civile ainsi que les conducteurs sur poids lourd ou de véhicules de transport en commun, le législateur a réglementairement limité les temps de vol ou les temps de conduite¹⁴², de même qu'il a imposé des temps de repos minimaux¹⁴³. Le droit aérien impose au surplus un strict respect de la division des tâches, sauf contrordre du commandant de bord (C. transp., art. L. 6523-10)¹⁴⁴. Enfin, par-delà la protection de sa propre sécurité personnelle (droit de retrait), le droit aérien admet du pilote qu'il puisse faire jouer son libre arbitre, notamment à l'encontre de l'employeur, dès lors qu'il considère que la sécurité d'un vol est compromise¹⁴⁵.

L'ensemble de ces règles limite l'emprise de l'employeur sur le travailleur mobile sans remettre en cause la subordination juridique qu'institue le contrat de travail. Ces règles fixent aussi un cadre commun de droits et d'obligations concernant l'exercice de ces métiers, qu'ils le soient à titre salarial ou à titre de travailleur indépendant. Elles favorisent ainsi indirectement l'exercice des mêmes métiers dans un cadre commercial puisque les compétences professionnelles exigées de ces travailleurs seront les mêmes.

2. *La prestation de transport et l'alternative d'un contrat commercial*

Souvent indissociable des tâches de pilotage ou d'accompagnement de l'outil de transport, et pour lesquelles il est exigé du personnel mobile une compétence spécifique, dont sa capacité à faire face aux imprévus du voyage (incidents mécaniques, conditions atmosphériques, difficultés de circulation...), le travail de ce personnel est conditionné par l'idée d'une mission à accomplir. Y compris lorsque les fonctions à tenir sont fortement imprégnées d'une collaboration et de l'assujettissement à une hiérarchie empêchant toute initiative strictement individuelle, le voyage entrepris ne peut guère être suspendu avant qu'il n'atteigne

des temps de conduite autorisés, est nulle de plein droit dans les contrats de transport et dans les contrats de travail ». V. aussi, en transport routier, l'art. L. 3315-4-1, 2° C. transp.

¹⁴² Il existe aussi des temps de conduite maximaux pour le personnel roulant salarié ferroviaire (V. D. n° 2016-755 du 8 juin 2016, art. 14; conv. coll. branche ferroviaire, accord organisation du travail, 31 mai 2016, art. 20).

¹⁴³ Route: règl. (CE) n° 561/2006 du 15 mars 2006; aérien: dir. n° 2000/79/CE du 27 nov. 2000, Annexe, cl. 8, §. 2; C. transp., art. L. 6525-2, al. 1 (900 H./an).

¹⁴⁴ V. aussi CAC, art. R. 423-2. De plus, entre PNT, il ne peut être délégué des fonctions de pilotage que dans des conditions strictes (Règl. n° 965/2012 du 5 oct. 2012, Annexe III, ORO FC 200 et s.). Pour sa part, le droit ferroviaire encadre la polyvalence des tâches pour les employés attachés à des fonctions de sécurité (V. accord du 8 sept. 2010 sur les classifications, art. 6 à 7).

¹⁴⁵ C. transp., art. L. 6523-13.

son terme, d'où d'ailleurs l'existence courante d'un lien de préposition stricte, quasi-militaire, entre l'équipage et son chef¹⁴⁶.

Cette idée se retrouve aussi du point de vue commercial¹⁴⁷. Dès l'instant où le travailleur mobile aura reçu son ordre de mission, il va devoir se rendre à destination. Sa première étape sera couramment un expéditeur ou un voyageur qu'il devra prendre en charge. Déjà, il représente son employeur et doit préserver les droits de celui-ci¹⁴⁸. Il peut parfois être amené à vérifier ou à réclamer le paiement du transport. Il recueille informations et consignes de l'expéditeur ou du passager. Durant le trajet, il ne peut se désintéresser des marchandises ou des voyageurs transportés. Quoique salarié, il y aurait une faute professionnelle à ne se préoccuper que de la conduite. Les règles de sécurité en matière de transport sont aussi celles qui préservent cargaison et passagers. Arrivé au bout de son voyage, ce travailleur veillera ou participera au déchargement des marchandises ou à la descente de voyageurs. Il devra souvent prendre contact avec un destinataire, spécialement dans le transport de marchandises. Les tâches de conduite se muent à nouveau en tâches administratives et commerciales pour le compte et au nom de l'employeur, sinon de l'expéditeur. Les travailleurs mobiles du transport sont fréquemment des mandataires, qui ne rendront compte qu'à leur retour de la mission qui leur a été confiée¹⁴⁹. Explicitement, parce que des opérations lointaines les empêchaient de prendre aisément contact avec leur employeur ou leur donneur d'ordre, les commandants de bord d'un aéronef ou les capitaines de navire étaient et sont encore aujourd'hui « consignataires » (de l'avion ou du

¹⁴⁶ Concernant la nécessité d'achever un trajet, il est admis que les pauses de conduite des chauffeurs routiers peuvent être reportées dès lors qu'un lieu de stationnement ne se présente pas dans l'immédiat (règl. (CE) n° 561-2006 du 15 mars 2006, art. 12). Autre exemple, le personnel roulant ferroviaire ne peut abandonner son poste quand les nécessités du service imposent qu'il soit prolongé (D. n° 2016-755 du 8 juin 2016, art. 10). En maritime, l'art. L. 5541-1-1 dispose que « pour tenir compte de la continuité des activités exercées en mer, des contraintes portuaires ou de la sauvegarde du navire ou des installations et équipements en mer, un accord d'entreprise ou d'établissement peut organiser la répartition de la durée du travail sur une période de deux semaines de travail consécutives ». Concernant les pouvoirs du chef d'équipage : pour l'aérien : C. transp., art. L. 6522-1 et s. ; V. aussi CAC, art. R. 422-2. Pour le maritime : C. transp., art. L. 5531-1 et s. ; loi du 17 déc. 1926 relative à la répression en matière maritime ; D. n° 60-1193 du 7 nov. 1960.

¹⁴⁷ Et parfois même, en tant que représentant de la force publique. Ainsi, les capitaines qui sont investis de prérogatives de puissance publique, d'où également des compétences juridiques et des exigences de moralité imposées à certains officiers de marine marchande (C. transp., art. L. 5521-3 et s., art. L. 5531-1).

¹⁴⁸ Ainsi la pratique des « réserves au départ » apposées le cas échéant sur les documents de transport.

¹⁴⁹ Par le passé, le rôle de mandataire du conducteur routier de marchandises a été reconnu par la Cour de cassation (Com. 24 nov. 1987, n° 86-424, BT, 1987, p. 660 : « Mais attendu, en premier lieu, que le conducteur d'un camion dont le commettant est un entrepreneur de transport représente celui-ci pour tout ce qui a trait à l'exécution du transport dont il est chargé »).

navire) et gardent des responsabilités commerciales¹⁵⁰. Si donc le temps consacré aux déplacements exige du travailleur mobile endurance, compétences et initiatives, il ne trouve sa consécration que par la livraison de la marchandise ou le dépôt du voyageur : cet effort tend à un but précis. Pour un certain nombre de ces salariés du transport, ces tâches commerciales et administratives, effectuées dans la solitude du déplacement, sont indissociables des tâches de conduite.

Ce qu'il convient maintenant d'avoir à l'esprit, c'est que cette séquence, somme toute routinière dans son déroulement général et qu'effectue le salarié mobile pour son employeur, correspond globalement à celle d'une opération de transport effectuée par un transporteur (contrat de transport) ou *via* un affrètement, c'est-à-dire la mise à disposition d'un outil de transport et de l'équipage qui le sert (location de véhicule routier avec chauffeur, affrètement maritime, fluvial ou aérien, contrat de traction ferroviaire...)¹⁵¹. Les fonctions de certains travailleurs mobiles facilitent ainsi le basculement vers l'entrepreneuriat. Il suffit que ces fonctions puissent être isolées et regroupées dans le cadre d'une prestation de service déterminée et que l'investissement dans l'outil de transport puisse être financièrement supportable pour une personne seule.

Dans les faits, le travail indépendant est largement prédominant pour les conducteurs de taxi et de VTC. Soulignons au demeurant que l'article L. 8221-6 du Code du travail présume n'être pas lié par un contrat de travail à leur donneur d'ordre les personnes physiques inscrites à un registre commercial ou au répertoire des métiers et exerçant une activité de transport scolaire ou une activité de transport occasionnel de voyageurs à l'aide d'un véhicule léger. L'entrepreneuriat est aussi le propre de la batellerie artisanale. Précisément, la flotte fluviale « exploitée en flotte classique » recoupe largement celle de la batellerie artisanale (C. transp., art. L. 4431-1 et s.; art. R. 4431-1 et s.) pour laquelle les équipages sont formés d'un batelier indépendant, conducteur du bateau et au plus d'un ou deux matelots salariés (V. C. transp., art. R. 4431-2, sur le statut du conjoint du batelier et du « compagnon batelier »). Parmi les conducteurs routiers de véhicules de transport de marchandises, les travailleurs indépendants sont nombreux quoique

¹⁵⁰ Capitaine de navire : C. transp., art. L. 5412-2 et s.; commandant de bord : C. transp., art. L. 6522-4.

¹⁵¹ La traction ferroviaire peut s'entendre comme le contrat par lequel le tractionnaire, exploitant ferroviaire, s'engage à tirer un train (prestation de conduite et mise à disposition des véhicules) pour le compte d'un donneur d'ordre qui garde la responsabilité commerciale vis-à-vis des marchandises ou des voyageurs transportées. Il faut distinguer la traction ferroviaire du « tractionnaire » routier, véritable transporteur mais qui ne propose usuellement que le tracteur permettant de tirer une semi-remorque appartenant à son client et qui sera fréquemment mis dans l'impossibilité matérielle de vérifier l'état de la marchandise placée dans la remorque, bien qu'il accepte d'en prendre la responsabilité (« prise en charge »).

minoritaires¹⁵². Ils sont spécialement présents pour les opérations de livraison à l'aide de véhicules utilitaires légers (les « louageurs »). Au-delà du secteur particulier du travail aérien, on a vu surgir la présence de pilotes, travailleurs indépendants, dans l'aviation commerciale¹⁵³. Rappelons aussi que le statut de marin ou de gens de mer n'est en rien lié à celui du salariat (C. transp., art. L. 5511-1). Il peut y avoir des marins travailleurs indépendants, statut courant dans le secteur de la pêche. L'ensemble des marins relevant du droit français bénéficient des services de l'ENIM et, moyennant adaptations, la convention du travail maritime MLC 2006 est applicable aux marins non salariés (C. transp., art. L. 5541-1-2)¹⁵⁴.

Les contrats commerciaux conclus qui vont permettre de couvrir chaque prestation de transport sont, ainsi que nous l'avons signalé, de deux sortes. Il y a le contrat de transport et la catégorie générique de l'affrètement (mise à disposition de l'outil de transport et prestation de conduite liée)¹⁵⁵. D'un point de vue matériel, rien ne distingue ces deux contrats (chargement ou embarquement, déplacement, déchargement ou débarquement). Ce qui les différencie est la responsabilité encourue envers la marchandise ou le voyageur. Le transporteur s'engage envers le voyageur ou la marchandise. Ces derniers doivent arriver sans encombre et en temps voulu à destination¹⁵⁶. Le fréteur se met à disposition de l'affréteur pour déplacer l'outil de transport mais ne s'engage à rien à l'égard de la marchandise ou du voyageur à moins qu'un lien apparaisse avec l'outil de transport ou la prestation de conduite.

¹⁵² S. Carré, « Les conditions d'exercice du métier de chauffeur routier et l'alternative du contrat de transport », *JCP*, éd. E, n° 26, 27 juin 2002, p. 1086 et s.

¹⁵³ Ils représenteraient 5 % des effectifs de PNT en Europe, spécialement au sein des compagnies *low cost*. La part des PNT, travailleurs indépendants, serait de 28 % chez Ryanair (Y. Jorens *et al.*, *Atypical employment in aviation – Final report*, 2015, European Commission/Universiteit Gent).

¹⁵⁴ Le D. n° 52-540 du 7 mai 1952 relatif au « salaire forfaitaire » servant de base au calcul des cotisations des marins et aux contributions des armateurs fournit vingt catégories de marin, classées notamment à partir de leurs fonctions à bord des navires. Cette catégorisation est étrangère à la distinction entre travailleurs indépendants et salariés.

¹⁵⁵ La prestation de conduite seule devrait pouvoir s'analyser en un contrat d'entreprise (obligation de faire matérielle) quand elle n'est pas accompagnée de la mise à disposition d'un outil de transport, à partir du moment où il n'existe pas de subordination juridique (C. civ., art. 1710). Il s'agit donc d'une pure prestation de service. Rappelons que parmi les louages d'ouvrage et d'industrie, le Code civil distingue celui des « voituriers » (contrat de transport), le « louage de service » (contrat de travail) et le louage d'ouvrage, qui renvoie au contrat d'entreprise (C. civ., art. 1779). Il est admis que l'entrepreneur ne puisse fournir que son travail (C. civ., art. 1787) et puisse être le mandataire du donneur d'ordre tout en remplissant une mission pour celui-ci (C. civ., art. 1792-1).

¹⁵⁶ Pour le transport de marchandises, leur responsabilité contractuelle résulte de dispositions légales (V. en particulier: C. civ., art. 1782 à 1784; C. com., art. L. 133-1 et L. 133-2). Pour le transport de voyageurs, cette responsabilité résulte de la jurisprudence (civ., 21 nov. 1911, *DP*, 1913, 1, p. 249).

Le travailleur mobile, transporteur ou fréteur, est dans les faits un exécutant : il effectue lui-même ce qu'il a promis (charger, piloter...). Il reçoit des consignes précises. Il en reçoit d'abord de son donneur d'ordre contractuel. Il peut en recevoir encore tout au long de la chaîne de transport d'intervenants qui ne sont pas nécessairement en relation contractuelle avec lui. Ainsi, le donneur d'ordre contractuel d'un artisan routier peut être un commissionnaire de transport. Ce dernier lui demandera de se rendre chez un expéditeur dont il devient momentanément le préposé. Arrivé à destination, il devra également obéir aux consignes de déchargement qu'on lui communiquera. À chaque stade, la mise en lumière d'une dissimulation d'emploi par l'émergence d'un lien de subordination peut avoir lieu mais ne va pas de soi. Effectivement, il va falloir qu'un lien de préposition ponctuel, tiré d'une relation contractuelle ou extra-contractuelle, se mue en une relation de subordination juridique, critère cardinal du contrat de travail. On constate alors que ce n'est pas généralement un contrat de transport ponctuel ou l'affrètement isolé qui va permettre ce basculement mais la réitération et l'approfondissement d'une dépendance du travailleur mobile à son donneur d'ordre, ce qui pourra intervenir au travers d'une relation contractuelle dépassant le cadre de la mise en œuvre directe d'une opération de transport sécante (mise à disposition régulière du travailleur, contrat de concession ou de franchise, courtage...).

B. Préposition, mise à disposition et résurgence d'un lien de subordination

Souvent, l'autonomie dans le travail du travailleur mobile et les divers liens de dépendance qui apparaissent pour l'exécution de la prestation sont des phénomènes qui s'entremêlent et paradoxalement se renforcent. Tel Janus, ils sont deux faces opposées d'une même figure : le travailleur mobile accomplit souvent seul une mission précise qui se partage mal (un voyage) mais n'en reste pas moins un simple maillon dans une chaîne de transport. Le travailleur mobile exécute une suite de prestations matérielles (transporter) à la demande d'un « commettant » ou d'un donneur d'ordre vis-à-vis duquel une subordination peut s'instituer¹⁵⁷. Qui décide, contrôle et sanctionne véritablement au quotidien dans une chaîne de transport ?

¹⁵⁷ Nous entendons par lien de préposition, le rapport d'autorité (énoncé d'ordres ou pouvoir de le faire) qu'exerce un donneur d'ordre, chef, maître... sur un préposé (qui se plie à ces ordres) pour le déroulement d'une tâche ou d'une mission, soit en vertu d'un contrat, soit en vertu d'une pure relation factuelle. Le préposé est l'exécutant d'un décideur quelconque. Nous entendons donc le terme de « commettant » de façon extensive, indépendamment des règles de la responsabilité civile du fait d'autrui pour lesquelles il est souvent utilisé (C. civ., art. 1242, al. 4). Ainsi, du point de vue de ces règles de la responsabilité civile, celui qui dicte ces ordres (par ex., un agent de maîtrise) quant au déroulement d'une tâche auprès d'un subordonné (un salarié d'exécution) n'en est pas le commettant car cet agent

Il y a ceux qui préparent, organisent ou commandent la prestation (par exemple, un commissionnaire de transport ou un mandataire, une agence de voyage, un courtier mais également un employeur) et il y a ceux chez qui le travailleur se rend pour l'exécuter (l'expéditeur, le destinataire, le lieu de stationnement d'un voyageur). Parfois, ces personnages sont les mêmes. Ainsi, dans un transport en compte propre, l'expéditeur matériel d'une cargaison sera couramment l'employeur du travailleur mobile effectuant l'opération de transport. De même, quand un industriel fait directement appel à un artisan chauffeur pour une expédition, il est tout à la fois expéditeur contractuel (maître d'ouvrage ou donneur d'ordre dans le cadre d'un contrat d'entreprise) et matériel (commettant). Mais le plus souvent, les rôles diffèrent. Dans le cadre d'une vente « départ » accompagné d'un contrat de transport¹⁵⁸, c'est le destinataire qui sera le donneur d'ordre contractuel du transporteur tandis que l'expéditeur matériel sera le commettant occasionnel du chauffeur du transporteur. Surtout, quand les contrats de transport ne sont que l'exécution d'un contrat cadre organisant de façon régulière la relation entre un transporteur et un intermédiaire du transport, le donneur d'ordre sera souvent distinct des commettants du conducteur. Par exemple, le chauffeur d'un transporteur routier, sur ordre d'un commissionnaire de transport, devra se rendre successivement chez un expéditeur et un destinataire. Le transporteur aura pour donneur d'ordre (contractuel) le commissionnaire et le chauffeur aura pour commettant occasionnel (extra-contractuel) le commissionnaire, puis l'expéditeur et enfin le destinataire.

de maîtrise est lui-même pris dans une chaîne de commandement faisant de lui un préposé. C'est donc l'employeur qui est le seul commettant en ce qu'il doit répondre des fautes commises par le salarié d'exécution répondant aux consignes de l'agent de maîtrise. Mais il n'y a là qu'un déplacement des conséquences du lien de préposition, non sa disparition. Nonobstant les règles de la responsabilité civile, dans une chaîne de commandement, chacun est le préposé de celui qui possède ou exerce une autorité (que nous nommons donc commettant), mais seul le commettant qui n'est pas lui-même préposé encourt le risque d'une responsabilité du fait de ce préposé. Le lien de préposition subsiste, mais l'identité finale du commettant évolue. En droit des transports, les liens de préposition sont aussi recherchés pour diverses responsabilités pénales. Le commettant, explicitement nommé par la loi, est ici celui qui sera pénalement responsable de la commission d'une infraction par son préposé et ce commettant peut être toute personne chargée de l'administration d'un établissement. Il peut s'agir d'un cadre ayant reçu délégation de pouvoir, spécialement le « gestionnaire de transport » en droit routier (C. transp., art. R. 3113-43 et s.; art. R. 3211-43 et s.). Si l'infraction est du fait personnel du préposé, celui-ci est seul responsable de l'infraction (V., par ex., C. transp., art. L. 1252-7 [transport de matières dangereuses], art. L. 3315-6 [réglementation sociale dans le transport routier]).

¹⁵⁸ La vente « départ » est le principe de base dans la vente en droit français (C. civ., art. 1604 et s.). Le vendeur remplit ses obligations dès qu'il a procédé aux actes nécessaires pour que l'acheteur puisse se saisir de la chose vendue (obligation de délivrance). L'acheteur doit se déplacer pour prendre matériellement la chose vendue et le vendeur n'a d'autre obligation que de lui présenter cette chose de telle sorte qu'il puisse s'en saisir (par ex., déposer la chose sur une palette et l'emballer). C'est donc à l'acheteur de contacter le transporteur. L'acheteur sera donc destinataire matérielle de la chose transportée et donneur d'ordre du transporteur (expéditeur contractuel).

Bien qu'autonome dans son travail, le salarié mobile est subordonné à son employeur mais développera ainsi des relations étroites avec la clientèle de l'entreprise. Un chauffeur routier qui accomplit une livraison peut donc n'avoir que des relations ponctuelles avec l'entreprise qui l'emploie et recevoir l'essentiel des consignes de l'expéditeur ou d'un commissionnaire, donneur d'ordre de son employeur. Cet expéditeur peut-il en venir à être le véritable employeur du conducteur? Et ainsi, bien qu'artisan, le batelier qui conclut un « contrat de transport à temps » et se met à la disposition de son donneur d'ordre sur une longue durée peut-il en arriver à être le salarié de ce dernier? Il n'en sera de la sorte que dans certaines circonstances, lorsque notamment les montages outrepassent toutes les apparences de l'absence d'une subordination juridique. Une dissimulation d'emploi par l'émergence ou la substitution d'un employeur sera dès lors mise en lumière. Il convient donc de repérer les situations et les montages juridiques jetant l'équivoque autour des critères d'une simple relation technique ou commerciale dans le cadre d'une chaîne de transport¹⁵⁹. De ce point de vue, deux risques guettent les protagonistes: d'une part, la transformation d'un simple lien de préposition en une véritable subordination juridique à l'occasion d'une opération de transport (1); d'autre part, une excessive dépendance du travailleur mobile indépendant envers son donneur d'ordre en application d'un contrat commercial organisant de façon pérenne leurs relations (2).

1. Préposition et mise à disposition à l'occasion des opérations de transport

Les travailleurs mobiles sont à la fois des travailleurs d'exécution et des « personnes de rencontre ». Salariés, ils sont certes les préposés réguliers de leur employeur, mais ils sont aussi les préposés occasionnels des clients de leur employeur (expéditeurs, voyageurs et destinataires)¹⁶⁰. Travailleurs indépendants,

¹⁵⁹ L'autonomie renforcée du travailleur mobile facilitant l'alternative d'un contrat commercial liant ce travailleur à un donneur d'ordre (contrat de transport, d'affrètement, de franchise...), il y aura dissimulation d'emploi salarié quand il sera démontré qu'un lien de subordination juridique est reconstitué entre ces deux protagonistes, alors qu'aucune déclaration aux organismes sociaux n'a été effectuée (art. L. 1221-10 C. trav.). Concernant le travailleur mobile salarié, on peut aussi constater une substitution d'employeur dès lors qu'un commettant de ce salarié agira en réalité tel un employeur. Cette situation pourra être aussi constitutive d'une infraction de marchandage ou de prêt de main-d'œuvre illicite (art. L. 8231-1 et L. 8241-1 C. trav.) quand il sera démontré que l'entreprise utilisatrice de ce travailleur (par exemple, une entreprise de transport, donneur d'ordre d'un sous-traitant employant un conducteur salarié) agissait envers ce dernier tel un simple employeur et qu'aucune prestation de service n'accompagnait en réalité la mise à disposition du travailleur mobile.

¹⁶⁰ À moins qu'ils n'aient un rôle hiérarchique (« conducteur » de péniche, « commandant de bord » d'avion, « officier » de la marine marchande), les travailleurs mobiles ont peu l'occasion de se trouver en position d'exercer leur autorité. Mais il peut s'avérer qu'un conducteur routier soit en position de donner ponctuellement des ordres. Ainsi pour les opérations de chargement ou de déchargement puisque ces opérations sont généralement le fait du personnel de quai des expéditeurs/

ils sont derechef les préposés occasionnels des expéditeurs, voyageurs et destinataires qu'ils croisent, nonobstant le contrat commercial qui les lie soit à l'un des partenaires à l'opération (expéditeur, voyageur...), soit à l'intermédiaire les ayant mis en rapport avec ces partenaires (commissionnaire, courtier...). Ces liens de préposition que le travailleur mobile tisse au gré de ses déplacements agissent de façon diffuse. Ils participent certainement à l'affaiblissement des liens qui lient le travailleur mobile avec son donneur d'ordre contractuel (franchiseur, commissionnaire, employeur...) dans la mesure où ces différents commettants (expéditeur, voyageurs...) ne sont pas eux-mêmes subordonnés à ce donneur d'ordre contractuel et compte tenu du fait que ce dernier ne sera que le déclencheur d'une prestation de transport qui se déroule matériellement hors de son contrôle direct et immédiat. Le travailleur mobile pouvant recevoir des consignes précises de ces tiers, étrangers à la convention liant au préalable ce travailleur à celui pour lequel il exécute les opérations de transport, il peut s'opérer une dévitalisation de ce lien contractuel initial. Comme dans le travail temporaire (C. trav., art. L. 1251-1 et s.), une relation triangulaire entre le donneur d'ordre contractuel ou l'employeur du travailleur mobile et les partenaires commerciaux qu'il est amené à croiser au cours de ses pérégrinations, se met en place.

En diverses situations d'ailleurs, la loi indique que ces commettants de rencontre¹⁶¹ lors de l'exécution des opérations de transport peuvent être tenus pour civilement et pénalement responsables des consignes imposées au personnel roulant ou navigant, les incitant dès lors à ne pas respecter la législation sociale ou les règles de sécurité en matière de transport. L'article L. 1311-3 C. transp., au champ d'application très large, vise tous les donneurs d'ordre, ce qui peut concerner tant des donneurs d'ordre contractuel que des commettants de fait, d'autant que les dispositions de cet article concerne la conduite des « opérations de transport ». Le droit routier envisage aussi la responsabilité des donneurs d'ordre. L'article R. 121-5 C. route retient notamment la responsabilité pénale des expéditeur, commissionnaire, affréteur, mandataire, destinataire ou tout autre donneur d'ordre qui imposeraient à un transporteur routier de marchandises ou au préposé de celui-ci des instructions incompatibles avec le respect de diverses dispositions en matière routière (vitesses limites, durée maximale journalière de

destinataires, alors qu'elles s'opèrent de fait sous la surveillance et les directives du conducteur. Néanmoins, le contrat-type « général » (D. n° 2017-461 du 31 mars 2017, art. 7.2), dans le cadre du transport de lot (envois de plus de 3 tonnes), empêche toute mise en œuvre concrète d'un lien de préposition entre le chauffeur (salarié) et le personnel de quai en décidant d'emblée que la surveillance des tâches de manutention (chargement, calage, arrimage...) sont le fait et la responsabilité directe du transporteur (commettant du chauffeur). Les obligations contractuelles refoulent ainsi le lien de préposition factuel: « le transporteur vérifie que le chargement, le calage et l'arrimage ne compromettent pas la sécurité de la circulation. Dans le cas contraire, il doit demander qu'ils soient refaits dans des conditions satisfaisantes ou refuser la prise en charge de la marchandise ».

¹⁶¹ Mais sans employer ici explicitement le mot « commettant », mais plutôt celui de donneur d'ordre.

conduite ou de service, limites de poids des véhicules...)¹⁶². En droit fluvial, les contrats types fluviaux énoncent pareillement que les opérations de transport ne doivent pas être conduites dans des conditions incompatibles avec la réglementation des conditions de travail et de sécurité et indique que tant la responsabilité du donneur d'ordre contractuel du batelier que le « destinataire ou d'un donneur d'ordre de fait » pourra être engagée en cas d'irrespect de ces conditions¹⁶³. À chaque fois, indépendamment des liens contractuels qui pourraient favoriser l'assujettissement du prestataire de transport envers son donneur d'ordre, c'est bien les multiples liens de préposition qui surgissent lors du déroulement de l'opération de transport qui sont ainsi saisis.

Pour appréhender ce qui se passe concrètement, il est nécessaire de décrire quelques cas précis. Par exemple, l'observation attentive du travail des agents de maîtrise des services exploitation des grands transporteurs/commissionnaires du TRM qui organisent la chaîne de transport (les « exploitants ») montre qu'il n'existe pratiquement aucune différence entre l'organisation d'une tournée pour un conducteur salarié « maison » et celle qui est mis en place pour un sous-traitant. La prestation est organisée à l'identique (planning fixant le trajet, les clients, les horaires) pour tous. Que le chauffeur du sous-traitant soit salarié ou que le sous-traitant soit un conducteur indépendant ne change également rien. Tous se présenteront invariablement quelques instants au service exploitation pour recevoir dans les mêmes termes les consignes applicables au voyage. Puis, ces conducteurs partiront à la rencontre d'expéditeurs et de destinataires qui deviendront leur commettant occasionnel. Arrivés auprès des clients (expéditeur, destinataire...) qu'ils doivent desservir, la même scène se déroulera: passage au service exploitation, remise de documents, prise des consignes... Les liens de prépositions qui caractérisent en partie la subordination juridique du salarié sont en réalité éclatés au moins en deux: le donneur d'ordre contractuel (commissionnaire, employeur...) et les différents commettants occasionnels (commissionnaire, expéditeur, destinataire).

Dans certaines situations, l'employeur du chauffeur routier en devient au quotidien comme virtuel. Les consignes arrivent au domicile du conducteur ou sur la console informatique installée dans le véhicule (qui ne rentre

¹⁶² L'art. 19, §. 4 du règlement n° 561/2006 du 15 mars 2006, à la rédaction maladroite, semble également viser l'ensemble des entreprises entrant en contact avec les chauffeurs routiers, pour les rendre, le cas échéant, responsables du non respect de la législation en matière de temps de conduite et de repos (ainsi que celle concernant l'utilisation du tachigraphe). L'arrêté du 9 mai 2007 relatif aux contrôles à exercer pour l'application de cette législation précise qu'en cas « d'infraction constatée, les agents en charge du contrôle recherchent la coresponsabilité éventuelle d'autres intervenants dans la chaîne du transport, tels que les chargeurs, les commissionnaires, les transitaires ou les sous-traitants ».

¹⁶³ V. Annexe à l'art. D. 4451-2 C. transp.: « contrat à temps » (art. 2.1 et 19); annexe à l'art. D. 4451-3 C. transp.: « contrat au tonnage » (art. 2.1 et 20); annexe à l'art. D. 4451-4 C. transp.: « contrat de voyage » (art. 2.1 et 19).

qu'épisodiquement à l'établissement d'attache). Le conducteur ne connaîtra concrètement que les clients de son employeur lui fournissant toute consigne supplémentaire concernant les trajets, les clients et la marchandise. Des industriels peuvent agir tels des commissionnaires. Ainsi dans cette entreprise de recyclage de déchets : en l'occurrence, l'entreprise G. possède un véritable service exploitation, comme celui présent chez les commissionnaires/transporteurs. Cette société de recyclage possède quelques conducteurs « maison » avec qui elle effectue des transports en compte propre. Mais elle fait appel très majoritairement à des transporteurs (dont une part non négligeable d'artisans routiers) pour qui elle organise complètement les tournées (les bennes sont au nom de l'entreprise de recyclage). Au jour le jour, ces chauffeurs (artisans ou salariés) ne rencontreront que ce commettant (ici destinataire des matériaux qu'il doit recycler) ainsi que les industriels chez qui ils prennent en charge la marchandise. Salariés d'un transporteur, ils ne le rencontreront qu'épisodiquement ; chauffeurs indépendants, l'exécution du contrat commercial se confondra avec ces liens de préposition.

Chaque lien de préposition au cours de l'opération de transport apparaît momentanée et ne semble pas devoir remettre en cause l'existence du lien de subordination permanent du chauffeur salarié avec son employeur attiré. Pour sa part, le travailleur mobile indépendant n'est-il pas en contact avec de multiples commettants/donneurs d'ordre au gré des contrats commerciaux qu'il conclut avec des clients ? Mais en pratique, nombreux seront ces travailleurs mobiles, salariés d'un sous-traitant ou travailleurs indépendants, qui ne travailleront que pour une seule entreprise. Ils ne se rendront qu'auprès d'un seul commissionnaire, d'un seul expéditeur ou d'un seul destinataire. De fait ou en droit, une véritable mise à disposition du travailleur mobile a lieu auprès d'un client désireux d'avoir un exécutant stable, répertorié parmi la liste des personnels de conduite disponibles pour l'entreprise, connaissant les difficultés régulières d'un trajet, les caractéristiques d'une marchandise, les desideratas d'un destinataire... Par-delà les ordres ponctuels, ces travailleurs extérieurs à l'entreprise vont en réalité entrer dans la gestion de la main-d'œuvre de l'entreprise utilisatrice (par exemple, les logiciels de cette entreprise prendront en compte les temps limites de conduite et de repos de l'ensemble des conducteurs répertoriés afin de construire les tournées et ce, quelque soit le statut du travailleur : salarié « maison », salarié d'un sous-traitant régulier, travailleur indépendant, intérimaire).

Concernant les travailleurs mobiles salariés, les liens de préposition qui les lient aux entreprises clientes de leur employeur vont naturellement gagner en intensité et en durée dès lors que cet employeur aura conclu avec ces clients un accord par lequel l'entreprise de transport met à leur disposition pour une certaine durée du matériel de transport et les équipages qui le serve. Soit il sera donc conclu un contrat commercial d'affrètement (location de l'outil de transport et de son

équipage)¹⁶⁴, soit des contrats de transports feront l'objet d'un contrat cadre par lequel le transporteur acceptera de travailler avec un donneur d'ordre pour lequel il s'engagera à mettre en permanence à disposition le matériel de transport et du personnel de conduite¹⁶⁵. Ce personnel peut certes être variable et à la discrétion de l'employeur (qui donc le gère en pratique). Mais de fait comme en droit, rien n'interdit qu'il s'agisse d'un personnel déterminé et nommé¹⁶⁶. Le personnel navigant ou roulant, salarié de l'opérateur de transport, est non seulement le préposé régulier du client de son employeur mais est alors contractuellement mis à disposition de ce client, parfois pour une longue durée. Il va dès lors entrer dans la gestion du personnel de l'entreprise utilisatrice. Il va dépendre des conditions de travail fixées par celle-ci. La nature des tâches à effectuer (par ex., les trajets à effectuer) découlera plus des décisions de l'entreprise utilisatrice que des choix de l'employeur. Il apparaît naturel que l'entreprise utilisatrice contrôle en permanence la bonne exécution par ce travailleur des consignes et des missions qui lui ont été confiées¹⁶⁷. Du point de vue des critères d'une subordination juridique, on ne peut que constater alors

¹⁶⁴ Affrètement aérien (C. transp., art. L. 6400-2), affrètement maritime (C. transp., art. L. 5423-1 et s.), spécialement l'affrètement à temps et au voyage, location de véhicule routier industriel avec chauffeur (C. transp., art. L. 3223-1 et s.; D. n° 2016-1550 du 17 nov. 2016), location de bateau avec équipage (C. transp., art. L. 4424-1 et s.).

¹⁶⁵ Dans le secteur routier, la pratique contractuelle les dénomme souvent par le terme de « contrat d'affrètement », de « contrat de collaboration » (L. Guignard, *Sous-traitance et transport*, éd. LexisNexis, Paris, 2001, spéc. p. 190, 194, 204 et s., 644). Au demeurant, il a existé des « contrats d'affrètement » par lesquels un transporteur se mettait à la disposition d'un commissionnaire de transport (D. n° 61-879 du 30 juin 1961, art. 1 b); loi n° 82-1153 du 30 déc. 1982, art. 33). Nous avons déjà souligné l'existence de contrat de franchise, voir des contrats de société (V. L. Guignard, *op. cit.*, p. 646 et s.). Il existe aujourd'hui des contrats-types « sous-traitance » organisant les relations régulières entre professionnels du transport et sous-traitants transporteurs, tant dans le TRM (art. D. 3224-3, Annexe et D. n° 2016-1550 du 17 nov. 2016) que dans le transport fluvial (C. transp., art. D. 4452-2, Annexe).

¹⁶⁶ Très souvent, dans les fichiers électroniques des entreprises de transport routier (de type Excel), l'identité des chauffeurs apparaît sous forme du prénom et du nom, que le conducteur soit un salarié de l'entreprise ou le salarié d'un transporteur sous-traitant régulier. La distinction se fera par une information visible dans une autre cellule ou par un code couleur.

¹⁶⁷ Illustration : l'entreprise E est une filiale d'un des principaux organisateurs du transport multimodal en France. Cette filiale possède 21 agences en France, dont une en région nantaise, spécialisées dans le transport et le montage de produits lourds. La plateforme indique intervenir comme commissionnaire de transport. Elle dit compter 21 « collaborateurs », dont 14 chauffeurs routiers. Sur ces 14 chauffeurs, il y a en réalité 2 intérimaires et « 8 conducteurs sous-traitants », pour « 5 véhicules en sous-traitance ». Une étude est menée pour réorganiser le « plan de transport ». Celui-ci intègre en banalité toutes les tournées, incluant « les heures d'ouverture et de disponibilités des clients, leur localisation, les besoins en terme de manutention et portage ainsi que les temps de travail des salariés ». Il s'agit bien sûr de l'ensemble des conducteurs. L'entreprise utilise un logiciel d'optimisation des tournées, qui prend en compte les temps de rupture de charge, les temps de correspondance entre lignes. Certaines tournées sont faites par le personnel de E, d'autres par les sous-traitants. Mais toutes sont organisées dans leur moindre détail (affectation du véhicule, du conducteur, horaires, temps de trajet, attentes en correspondance, durées de chargement...) par le seul service exploitation de E à l'aide des mêmes outils d'information et d'optimisation.

la dévitalisation des relations liant le salarié mobile à son employeur. Le contrat de travail certes subsiste (par exemple, la rémunération du travailleur sera le fait de son employeur) et l'employeur garde à tout moment « le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »¹⁶⁸. Mais l'exercice réel de ce pouvoir n'a plus lieu en réalité de façon permanente. Seul le pouvoir disciplinaire (qui ne s'exerce qu'épisodiquement) restera en pratique entre les mains de l'employeur (dont on suppose qu'il n'agira qu'en fonction des objurgations de son client)¹⁶⁹.

Le droit commercial a cherché à surmonter ce problème. Le contrat-type « location de véhicule industriel avec conducteur » applicable au TRM (D. n° 2014-644 du 21 juin 2014) propose ainsi un départage des rôles entre le loueur (employeur du chauffeur routier) et le locataire (commettant du chauffeur) et l'explicitation de ce départage apparaît comme un besoin de sécurité juridique tant son absence pourrait entraîner de difficultés¹⁷⁰. Le respect effectif du contrat-type mettra ainsi le

¹⁶⁸ Soc. 13 nov. 1996, *Bull. civ.*, V, n° 386, *DS* 1996, p. 1067, note Dupeyroux.

¹⁶⁹ Selon certaines interprétations, c'est bien l'entreprise utilisatrice qui exerce pleinement le pouvoir de direction de l'employeur, ce qui nous paraît discutable. Ainsi, la circ. du 21 juin 2010 relative au cabotage dans le TRM affirme, concernant le détachement intra-groupe et les entreprises de travail temporaire, que « dans les deux derniers cas, la prestation de service consiste en une fourniture de main-d'œuvre. En conséquence, le lien de subordination est exercé par l'utilisateur dans le cas du travail temporaire ou par l'établissement ou l'entreprise d'accueil dans le cas du détachement intragroupe » (MEEDDM n° 2010-13, Annexe IV, p. 57).

¹⁷⁰ Mais le contrat-type « sous-traitance » (D. n° 2016-1550 du 17 nov. 2016) qui encadre les relations régulières entre un transporteur routier et un commissionnaire de transport ou un transporteur public principal, relations fondées ici sur des contrats de transport, est au contraire muet sur la mise à disposition d'un chauffeur du sous-traitant, alors que cette situation peut s'avérer courante, le transporteur sous-traitant devant effectuer une part significative de son chiffre d'affaires avec cet organisateur pour que le contrat-type puisse s'appliquer. Précisément, l'art. 5.2 réfute tout lien de préposition entre le chauffeur du sous-traitant et l'organisateur de transport dans le même temps qu'il admet implicitement une mise à disposition, dès que le conducteur travaillera régulièrement pour le même opérateur: « le conducteur salarié est exclusivement le préposé du sous-traitant qui assume la totale maîtrise et la responsabilité de l'exécution de la prestation dans le cadre des directives générales données dans ce but par l'opérateur de transport ». Départage utile car, dans les faits, on ne voit pas comment le chauffeur ne serait jamais le préposé occasionnel du donneur d'ordre de son employeur alors qu'en réalité il se rendra possiblement de façon régulière dans les locaux de ce donneur d'ordre afin de prendre connaissance des tournées organisées par l'opérateur de transport. Deuxièmement, il est admis que le chauffeur doit se conformer au protocole et aux règles de sécurité des sites de chargement et de déchargement qu'il côtoie et qui peuvent être ceux de l'organisateur (art. 5.3). Troisièmement, les « consignes générales » du sous-traitant et les consignes données par l'employeur à son chauffeur peuvent être pratiquement identiques. Il s'agira de consignes d'exploitation basiques et répétitives (nature de la marchandise et précautions spéciales, heures de départ et d'arrivée...). Une mise à disposition de fait peut de plus s'inférer de la possibilité qu'a l'opérateur d'exiger que le personnel de l'entreprise sous-traitante (ainsi que son matériel roulant) porte la tenue, la marque ou les insignes de l'organisateur (ou d'un client de l'organisateur). De même, le sous-traitant peut devoir s'équiper des logiciels de télétransmission et

locataire à l'abri d'une requalification des liens de préposition en un lien de subordination. Si le conducteur est explicitement mis à disposition du locataire (art. 1.1), le décret insiste sur le fait qu'il reste le salarié du loueur (art. 2.2). Le conducteur est toujours le préposé du loueur pour l'exécution des opérations de conduite (préparation technique du véhicule, surveillance du chargement...) et le locataire s'interdit de se substituer au conducteur désigné par le loueur pour ces opérations (art. 5.1 et 5.3). Ce luxe de précaution est effectivement nécessaire tant on perçoit qu'il sera difficile de mettre en œuvre ce départage en l'absence d'un représentant de l'employeur auprès du conducteur... qui ne doit manipuler les nombreux équipements du véhicule que sur ordre du locataire (art. 5.2, d)¹⁷¹. D'ailleurs, le conducteur n'en est pas moins le préposé du locataire pour les opérations commerciales de transport (art. 6.3). L'article 14 du contrat-type est consacré en entier à la lutte contre le travail illégal. On y répète que le conducteur reste le salarié du loueur pour l'exécution des opérations de conduite et que, bien qu'il agisse pour le compte du locataire pour les opérations de transport, il « demeure, dans tous les cas, le salarié du loueur et ne peut être assimilé à un salarié du locataire ».

Il y aura dissimulation d'emploi salarié quand il sera prouvé qu'un lien de subordination s'est finalement instauré entre le travailleur mobile et ses partenaires de rencontre, supplantant le lien existant entre ce travailleur et son donneur d'ordre contractuel. Néanmoins cette démonstration reste problématique pour un salarié mobile (substitution d'employeurs) tant la notion de subordination juridique s'appuie, dans le contrat de travail, sur la prérogative reconnue d'imposer une soumission au salarié (même si elle reste virtuelle) alors que la preuve de l'existence d'une telle subordination en l'absence d'un contrat préalable (ainsi celle résultant du débordement d'une préposition occasionnel) ne peut être faite que par la constatation d'actes tangibles et réguliers incluant l'ensemble des indices d'un pouvoir de direction patronale (consignes, contrôle, sanctions). Au surplus, par-delà la dissimulation d'emploi et nonobstant le recours au travail intérimaire¹⁷², qu'une mise à

de géolocalisation de l'organisateur, dont l'une des principales utilités sera la gestion et le contrôle direct des tournées (et donc du conducteur) par l'opérateur (art. 4.6 et 4.7).

¹⁷¹ « Dispositifs de transport sous température dirigée, flexibles, clapets, compteurs et autres équipements des citernes, hayon élévateur, bras ou grue de manutention, vis de manutention, etc ».

¹⁷² Le travail intérimaire est largement utilisé dans le secteur des transports (6 % des emplois [sédentaires et itinérants] au lieu de 3,4 % en moyenne en France en 2016 [hors agriculture]; srccs: DARES). Il peut prendre des formes particulières pour les travailleurs mobiles travaillant très fréquemment à l'international (ainsi les agences de « *manning* » du secteur maritime). Il existe notamment dans l'aérien (5 % des pilotes en Europe, sans compter les PNT faisant l'objet d'une mise à disposition par une entreprise extérieure [soit 4 %; srccs: Y. Jorens *et al.*, *Atypical employment in aviation –Final report–*, 2015, European Commission/Universiteit Gent). La mise à disposition de conducteurs de train est également apparue (c'est l'une des activités du groupe allemand MEV Eisenbahn-Verkehrsgesellschaft mbH). Elle semble permise par le droit ferroviaire (dir. n° 2007/59/CE du 23 oct. 2007, art. 6, §. 2 ; D. n° 2010-708, art. 1, 2° et 6) tandis que le Conseil

disposition du personnel mobile s'accompagne d'une déconnexion de la prestation de transport liée et on aboutira encore à la mise en lumière de délits tel le prêt de main-d'œuvre illicite ou le marchandage. Il en sera notamment ainsi quand le personnel mobile exécutera ses tâches à bord de véhicules appartenant à l'entreprise utilisatrice et non à bord des véhicules de l'entreprise de son employeur¹⁷³.

2. *L'émergence d'une subordination juridique entre le prestataire de transport et son donneur d'ordre*

Indépendamment des relations concrètes de travail que tissent le travailleur mobile tout au long des opérations de transport qu'il exécute, il est encore nécessaire de prendre en compte la commande de cette opération : ce qui la déclenche sans en faire partie. Lorsque le travailleur est un salarié, il est logique que l'ordre de mission provienne de son employeur, qui va postérieurement en contrôler le déroulement, mettre à la disposition de son personnel les moyens nécessaires et sanctionner les manquements. Rappelons simplement que l'autonomie dont peut bénéficier ce salarié en cours de voyage affaiblit ce pouvoir de direction, tandis que les interlocuteurs du travailleur mobile (expéditeur, destinataire...) peuvent en arriver à largement se substituer à l'employeur.

Néanmoins cet état de fait est similaire quand le travailleur mobile est un travailleur indépendant. Ce travailleur, commerçant ou « artisan », va recevoir également une commande préalable d'un donneur d'ordre. Cette commande de trans-

d'État a validé ces dispositions réglementaires nationales au regard du droit européen (CE 12 mars 2012, n° 342770 et n° 343283, *RDTM* juil./sept. 2012, 38).

¹⁷³ Quelques illustrations, souvent couplées avec l'utilisation abusive de détachements internationaux : Bordeaux, 8 avril 2008, n° 07/01487, *JurisData* n° 2008-369643, *RDTransp.*, déc. 2008 (entreprise utilisatrice de la main-d'œuvre, commissionnaire de transport, agissant comme locataire alors que l'entreprise mettant à disposition les véhicules et conducteurs est une entreprise de transport ; conducteurs sous la subordination de l'entreprise utilisatrice : absence d'autonomie et application du pouvoir disciplinaire) ; crim., 24 mai 2011, n° 10-83166 (délit de marchandage : salariés d'une entreprise sous-traitante prenant leurs consignes et les cargaisons chez l'entreprise utilisatrice et utilisant les véhicules de cette entreprise. L'entreprise sous-traitante mettait aussi à disposition des véhicules mais pour une utilisation en banalité avec le parc de l'entreprise utilisatrice) ; Crim., 27 juin 2012, n° 11-86683 (chauffeurs rémunérés directement par l'entreprise utilisatrice, qui avait créé une filiale espagnole effectuant de la location de véhicule avec chauffeurs, mais n'ayant aucune activité en Espagne) ; crim., 30 oct. 2012, n° 12-80194, *op. cit.* ; Douai 29 mars 2013, n° 12/01200 et crim., 21 juin 2016, *op. cit.* (chauffeurs d'une entreprise extérieure [filiale polonaise] recevant leurs ordres *via* des applications internet dont seuls les camions de l'utilisateur étaient munis ; sanctions disciplinaires contre les chauffeurs mis à disposition décidées par l'entreprise utilisatrice. Contrôle direct des tachygraphes par l'entreprise utilisatrice, gestion des congés payés par l'entreprise utilisatrice) ; crim., 1^{er} déc. 2015, n° 13-84785, *BTL* n° 3579, 11 janv. 2016 (contrat de sous-traitance avec une entreprise de transport tunisienne ; chauffeurs hébergés et recevant leurs consignes par l'entreprise utilisatrice ; paiement des conducteurs par cette entreprise ; délit de marchandage).

port se présente souvent comme celle d'un salarié découvrant l'ordre de son employeur, déclenchant la mission (horaires de départ, d'arrivée, trajet, consignes par rapport à la marchandise, le voyageur). S'y ajoute néanmoins le prix de la course, car il s'agira d'accepter un contrat commercial ponctuel alors que le salarié agit dans le cadre d'un contrat à durée successive auquel il doit se plier de façon indifférenciée dès lors que les tâches exigées répondent à la définition du poste qu'il a accepté. Cependant, beaucoup de ces travailleurs indépendants ne répondront qu'aux commandes d'un seul donneur d'ordre, soit de fait (dépendance économique de ce travailleur acceptant une litanie de contrats de transport proposés par un organisateur, commissionnaire de transport), soit parce qu'ils sont tenus par un contrat-cadre commercial (contrat cadre de sous-traitance, contrat de franchise, de courtage...). Ce qui sépare la situation salariale de celle du travailleur indépendant s'effiloche. Le salarié mobile des transports garde une relative autonomie dans l'exécution de ses tâches, ce qui le rapproche de l'entrepreneur, libre d'atteindre par les moyens qu'il définit l'objectif qu'on lui a fixé. Le travailleur mobile indépendant n'en reste pas moins un exécutant en ce qui concerne l'accomplissement d'une opération de transport. Il ne retrouve une réelle autonomie qu'en tant que commerçant, quand il démarche sa clientèle, l'augmente, et multiplie les actes de gestion qui le font échapper au quotidien de l'accomplissement direct et personnel des opérations de transport (administrer, investir, recruter, promouvoir...).

La difficulté n'est pas en l'occurrence celle d'une soumission du travailleur mobile aux ordres découlant de l'exécution de l'opération de transport que celle d'une impossibilité à concrétiser son activité commerçante. L'ambiguïté de la situation résulte néanmoins du fait qu'une requalification du contrat commercial en un contrat de travail (faisant mécaniquement apparaître la dissimulation antérieure d'un emploi salarié) va devoir s'appuyer sur des indices convergents visant à prouver l'existence d'un lien de subordination permanent entre le commanditaire du transport et le travailleur mobile, ce qui ne devrait pouvoir apparaître que si ce commanditaire, non seulement empêche toute liberté commerciale à l'exécutant, mais s'entremet aussi dans le contrôle de l'opération de transport. Cette éventualité est facilitée quand le commanditaire commercial est également commettant pour l'organisation technique de l'opération de transport. Par exemple, dans le TRM, le commissionnaire de transport peut être au surplus expéditeur ou (et) destinataire matériel de la cargaison que doit transporter un artisan chauffeur entre deux plateformes. Dans le même sens, un travailleur indépendant, loueur d'un véhicule et se mettant à la disposition du locataire pour le conduire, deviendra dans le même geste préposé du locataire pour des opérations de transport totalement organisées par ce dernier.

Mais cette éventualité existera également quand le commanditaire de l'opération commerciale ne sera pas partie prenante dans l'exécution de l'opération de transport dès lors qu'il sera démontré qu'à l'absence de toute liberté commerciale pour le travailleur mobile indépendant s'ajoute le contrôle étroit et permanent de chaque opération de transport, même si l'organisateur n'y participe pas directement et matériellement. Ainsi quand un commissionnaire, un courtier, un franchiseur ou le « fréteur » organiseront complètement des opérations de transport auxquelles ils ne participent nullement, n'étant ni expéditeur, ni destinataire matériel. Par exemple, un commissionnaire de transport dépêchera un chauffeur routier artisan pour exécuter un contrat de transport entre cet expéditeur et ce destinataire. Un contrat de transport peut d'ailleurs être généré entre le travailleur mobile et son client, indépendamment du contrat commercial par lequel l'organisateur contrôle dans la durée l'activité du travailleur indépendant. Il en sera spécialement ainsi quand l'organisateur se présentera comme le mandataire ou le courtier du transporteur. De la sorte, le contrat par lequel les « intermédiaires » mettent en relation par voie télématique les exploitants de voiture de transport avec chauffeur ou de taxi et leurs passagers (C. transp., R. 3122-10 et s.) peut s'analyser en un contrat de courtage¹⁷⁴. L'exploitant, conducteur indépendant, n'apparaît un transporteur (ou un fréteur) qu'au yeux des voyageurs et l'intermédiaire (tel qu'Uber, Snapcar, Chauffeur privé...) ne sera pas même partie à ce contrat d'exécution dans lequel il n'intervient pas non plus matériellement. Pour autant, c'est bien entre cet intermédiaire et l'exploitant, conducteur indépendant, que se pose avec acuité la question de l'existence d'une relation salariale. En effet, toute l'opération de transport est permise et organisée par l'intermédiaire et le conducteur ne fait que l'exécuter.

Pourtant, il n'y a pas pour cela un lien de subordination permanent et ce, quels que soient les exemples de ce même modèle (artisan chauffeur du TRM ou du secteur des taxis, pilote indépendant, batellerie artisanale, cycliste indépendant rattaché à un intermédiaire tel Deliveroo...). Effectivement, les consignes acceptées (lieux de prise en charge, horaires, destination, nature de la marchandise ou identité du voyageur...) forment le contenu de chaque contrat commercial conclu pour la mise en œuvre ponctuelle d'une opération de transport (que ce contrat d'exécution soit généré directement entre l'organisateur et le travailleur itinérant ou entre un expéditeur, un voyageur et ce travailleur itinérant, *via* un contrat-cadre distinct). Ces mêmes consignes sont celles que reçoivent au quotidien les salariés mobiles du transport. Une banalisation s'instaure et le lien de préposition se mue largement en un ensemble d'obligations contractuelles entre égaux...

¹⁷⁴ Bien que la législation récente oblige ces intermédiaires à répondre à des obligations similaires à celles d'un commissionnaire de transport ou d'un opérateur de voyage et de séjour (C. transp., art. L. 3142-3).

Aussi, pour que ce lien de subordination juridique permanent soit reconstitué, il est nécessaire qu'à minima réapparaissent des liens de préposition par-delà le contenu explicite de chaque contrat d'exécution du transport (par exemple, l'obligation d'accepter tous les contrats d'exécution présentés, l'existence de consignes complémentaires à celles fixées au contrat), qu'un contrôle général du déroulement de chaque opération de transport soit mis en place de façon pérenne, aboutissant à l'émergence d'exigences évolutives (par exemple, contrôle de la propreté et géolocalisation permanente des véhicules...) sous forme d'opérations de correction régulières¹⁷⁵. Cependant, là encore, nombre de ces contraintes transversales peuvent être placées au sein des contrats cadres déterminant les obligations de chacun par-delà les contrats d'exécution fixant les modalités de chaque opération de transport. Il en découle que les marques du lien de subordination ayant été contractualisées au sein d'un contrat commercial, elles prennent l'apparence d'une dépendance économique que la doctrine et la jurisprudence réfutent à admettre comme permettant en elle-même l'émergence d'une relation salariale¹⁷⁶.

Mais, concernant les transports routiers de marchandises, les tribunaux ont pu décider que c'est bien cette dépendance économique qui faisait apparaître le lien salarial. Précisément, ils se sont régulièrement appuyés sur les indices de l'existence d'une excessive dépendance économique et technique, dont tout spécialement l'existence de clause d'exclusivité ou d'une exclusivité de fait, pour en déduire indirectement ou conforter l'existence d'un lien de subordination permanent du conducteur, les autorisant à requalifier la relation commerciale en une relation salariale¹⁷⁷. L'appartenance du sous-traitant à un « service organisé » facilite grandement la découverte d'un lien de subordination¹⁷⁸. Dans le même temps, l'État a légiféré afin de sécuriser les situations juridiques. Parfois, l'opérateur de transport sera assimilé à un salarié. C'est spécialement le cas au travers de l'article L. 7321-2 C. trav. concernant les gérants de succursale, pour lesquels une partie

¹⁷⁵ Opérations de correction qui ne soient pas seulement soumises à l'éventualité d'une sanction ménageant la liberté commerciale du travailleur indépendant (la rupture du contrat pour faute et l'indemnisation éventuelle de l'organisateur de transport en justice) mais des sanctions prises dans le cadre du déroulement de la relation commerciale (avertissements, sanctions pécuniaires unilatérales...). V. soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, « *Take Eat Easy* » (coursier à vélo).

¹⁷⁶ Civ., 6 juil. 1931, *DP*, 1931, 1, p. 121, note Pic.

¹⁷⁷ S. Carré, « Les conditions d'exercice du métier de chauffeur routier et l'alternative du contrat de transport », *JCP* éd. E, 27 juin 2002, 995, p. 1086; S. Carré, « Les artisans chauffeurs : l'allégeance dans l'indépendance », in J.-P. Chauchard, A.-Ch. Hardy-Dubernet (dir.), *La subordination dans le travail* La Doc. française, Paris, 2003, p. 263. Lire aussi, M. Tilche, « Les vertus du droit commercial », *BTL*, n° 3448, 4 mars 2013, p. 119.

¹⁷⁸ Rappelons que la Cour de cassation avait décidé que l'appartenance à un service organisé n'était plus un critère alternatif au lien de subordination juridique (Soc. 13 nov. 1996, *JCP* éd. E, 1997, II, 911, note Barthélémy). Mais il reste un moyen de preuve complémentaire de ce lien.

du Code du travail est applicable¹⁷⁹. Mais plus largement, l'État est intervenu au niveau des contrats commerciaux pour fixer dans la réglementation un certain nombre de clauses permettant l'étroite intégration du transporteur sous-traitant à la structure générale de son donneur d'ordre, organisateur des transports, et préserver ainsi le caractère commercial de la relation.

Cette réglementation supplétive, dès lors qu'elle est réellement appliquée, empêche que les juges, soumis à la loi, n'utilisent ces éléments comme autant d'indices indirects d'un lien de subordination juridique quand le sous-traitant est un artisan chauffeur. Ainsi l'actuel contrat-type « sous-traitance » applicable au TRM (D. n° 2016-1550 du 17 nov. 2016, Annexes) autorise l'opérateur de transport à demander au sous-traitant de s'équiper en matériels et logiciels compatibles avec ceux dont il est lui-même doté (art. 4.5). L'opérateur peut demander au sous-traitant d'installer les matériels de géolocalisation permettant de situer les véhicules et les marchandises¹⁸⁰. Il peut demander à ce personnel et le matériel du sous-traitant portent ses couleurs et sa marque ou celles de l'un de ses clients (art. 4.7). Si le contrat-type semble proscrire aujourd'hui les clauses d'exclusivité¹⁸¹, il n'autorise une sous-traitance en cascade qu'avec l'accord de l'opérateur de transport et à titre exceptionnel (art. 7.1). Le contrat-type permet à l'opérateur d'exiger la remontée de toutes les informations, selon ses propres normes d'exploitation et de qualité, dont l'utilisation des lettres de voiture¹⁸². Il y a donc bien intégration du sous-traitant à l'ensemble organisé de son donneur d'ordre et l'on discerne que le chauffeur routier, travailleur indépendant, n'en sera pas moins mis à disposition du sous-traiter¹⁸³. Mais les étonnants « commentaires » proposés en appendice de l'Annexe à

¹⁷⁹ Sont en particulier des gérants de succursale les personnes chargées, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des marchandises ou de leur rendre des services et dont la profession consiste « à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».

¹⁸⁰ Mais le sous-traitant gère la géolocalisation mise en place (art. 4.6).

¹⁸¹ « Dans tous les cas, le sous-traitant a le choix de ses clients et la libre utilisation de ses moyens sans que l'opérateur de transport ne puisse s'y opposer d'une façon quelconque » (art. 4.8).

¹⁸² Lettre de voiture qui sera émise par le sous-traiter ou pour le compte et au nom du sous-traiter (art. 7.3 et s.).

¹⁸³ Rappelons que l'art. 5.2 du contrat-type « sous-traitance » fait du conducteur, salarié du sous-traitant, le préposé de son employeur tout en admettant implicitement une mise à disposition, le sous-traiter fournissant des « directives générales » au sous-traitant, qui doit les répercuter à son salarié (V. *supra*). Mais dès lors que le conducteur est également transporteur, la médiation de l'employeur disparaît. Les consignes générales sont directement reçues par le conducteur entrepreneur. Quelle différence existe-t-il entre ces consignes générales et le lien de préposition existant entre le salarié et son employeur pour un conducteur dont les ordres basiques peuvent être regroupés en quelques instructions d'exploitation formulés le cas échéant par voie télématique? Consignes générales et instructions particulières inévitablement se confondent. La difficulté est encore plus grande

l'art. D. 3224-3 C. transp. illustrent toute l'ambiguïté du palliatif que constitue le contrat-type sous-traitance :

« le projet de contrat type de sous-traitance a été rédigé en évitant toute clause et toute formulation d'une clause qui créent une situation de subordination juridique du sous-traitant envers l'opérateur de transport. Il est toutefois clair que le recours à ce contrat type ne constitue en aucun cas une garantie pour l'opérateur de transport de ne pas être éventuellement poursuivi pour avoir commis une infraction de travail dissimulé si, en pratique, le statut du sous-traitant ressemble par trop à celui d'un salarié ».

Le secteur des transports apparaît ainsi comme un excellent terrain d'observation des questions relatives à la dissimulation d'emploi et du travail illégal. L'itinérance perpétuelle des travailleurs mobiles gêne les contrôles, brouille la distinction entre temps de travail et temps de repos et se joue des frontières et donc des droits nationaux aisément applicables à ceux seuls qui mènent des activités sédentaires. Dans leurs pérégrinations, les salariés mobiles sont aussi souvent des travailleurs solitaires dont les liens de subordination à leur employeur se distendent tandis qu'ils côtoient à chaque étape bien des interlocuteurs, lesquels exigent d'eux qu'ils agissent aussi à leur service. Mais plus fondamentalement, c'est la détermination d'une relation salariale clairement identifiée, nécessaire à l'application du droit du travail, qui s'en trouve déstabilisée.

quand il y a contrat de location avec chauffeur et que le loueur se trouve aussi être conducteur. En principe, le chauffeur mis à disposition du locataire est le préposé de ce dernier pour les opérations de transport (consignes commerciales) et reste le préposé de son employeur pour la conduite. Mais l'artisan chauffeur, qui met à la disposition d'un locataire son véhicule et sa force de travail, peut-il ne pas être le préposé de son client en matière de conduite quand cette tâche d'exécution découle de sa mise à disposition en matière de transport ?