



HAL
open science

L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée

Christophe Aubertin

► **To cite this version:**

Christophe Aubertin. L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.3108 . hal-03628189

HAL Id: hal-03628189

<https://hal.science/hal-03628189>

Submitted on 7 Jun 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée

*in S. JOUNIOT & X. LATOUR (dir.), Sécurité privée et sécurité globale, Université
Paris-Descartes et Nice Côte-d'Azur, 2022*

CHRISTOPHE AUBERTIN

Maître de conférences honoraire en droit privé et sciences criminelles

1. Même si la sous-traitance des prestations de sécurité privée est une opération courante, elle est aujourd'hui soumise à un régime juridique destiné à en restreindre l'usage et en sanctionner l'abus. C'est un mode d'externalisation qui tend à améliorer la division du travail entre les prestataires. Ce que le prestataire principal ne fait pas lui-même, il le fait faire par un sous-traitant. La sous-traitance consiste ainsi, pour une entreprise, à confier par contrat à une autre l'exécution de prestations destinées à une troisième personne, le client, appelé aussi donneur d'ordre. Comme le sous-contrat a la même nature que le contrat initial, le sous-traité portant sur des prestations de sécurité privée est, de même que le contrat conclu entre le client et le prestataire principal, un contrat d'entreprise, encore appelé louage d'ouvrage¹.

2. La sous-traitance permet à une entreprise de bénéficier, en dehors de son domaine propre de compétence, du savoir-faire des sous-traitants spécialisés auxquels elle a recours. Elle entraîne souvent un allègement du coût de la prestation, notamment dans le cas où les salariés du sous-traitant sont moins bien payés que ceux de l'entrepreneur principal.

Mais la sous-traitance ne présente pas que des avantages. Elle peut conduire l'entrepreneur principal à se défaire sur le sous-traitant des responsabilités qui lui incombent en qualité de cocontractant et d'employeur. En matière de sécurité privée, les risques d'abus sont particulièrement importants dans la branche de la surveillance et le gardiennage. Dans ce secteur à haute intensité de main d'œuvre, l'incitation à sous-traiter est d'autant plus forte que les marchés sont le plus souvent attribués au moins disant et que le coût des prestations tend à se confondre avec celui de la main d'œuvre. La sous-traitance facilite ainsi la pratique de prix anormalement bas, que prohibe pourtant le Code de la sécurité intérieure². Il est fréquent qu'elle entraîne en même temps une détérioration de la qualité des prestations de sécurité.

¹ La loi définit le louage d'ouvrage comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles » (C.civ., art.1710). Sur la sous-traitance, v.not. JEROME HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., n° 32321 et s. - Sur la sous-traitance des prestations de sécurité, v. GAUTIER BOURDEAUX, « Les contrats de prestations de sécurité privée et le droit privé », in CHRISTOPHE AUBERTIN et XAVIER LATOUR (dir.), *Les enjeux contractuels de la sécurité privée*, Mare & Martin, 2017, p. 55-66.

² CSI, art. R.631-21, al.2 .

3. Mais par elle-même, la sous-traitance n'est ni bonne, ni mauvaise. Elle est utile ou nocive selon l'usage qui en est fait. Il peut sembler excessif de l'interdire dans la mesure où il paraît suffisant de la limiter. Or, la faculté de sous-traiter est fondée sur la liberté contractuelle et la liberté du commerce et de l'industrie. Les restrictions imposées à l'exercice de ces libertés sont donc soumises aux principes de nécessité et de proportionnalité. Elles doivent être justifiées par un objectif d'intérêt général et constituer l'unique moyen de l'atteindre. Aussi appartient-il à la puissance publique de limiter la sous-traitance dans le secteur de la sécurité privée, afin de garantir la qualité de prestations qui concourent à la sécurité globale.

4. Plusieurs strates législatives et réglementaires se superposent pour encadrer la sous-traitance des prestations de sécurité privée. D'abord, la loi du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance* accorde à tout sous-traitant la possibilité d'obtenir du client le paiement du prix des prestations, afin d'être garanti contre le risque de défaillance de l'entrepreneur principal ³. Ensuite, le code de déontologie de la sécurité privée, inclus dans la partie réglementaire du Code de la sécurité intérieure, pose le principe de la transparence en matière de sous-traitance, en renvoyant pour l'essentiel à la loi du 31 décembre 1975. En outre, la loi du 25 mai 2021 *pour une sécurité globale préservant les libertés* a ajouté aux dispositions législatives du Code de la sécurité intérieure, des restrictions à la liberté de sous-traiter des prestations de sécurité privée. Il importe enfin de tenir compte des dispositions du Code du travail relatives au marchandage, même si elles ne sont pas propres à la sous-traitance des prestations de sécurité.

5. Or, la multiplicité des dispositions applicables complique non seulement la fixation des limites de la sous-traitance (I), mais encore la détermination des sanctions encourues en cas de transgression (II).

³ Le dispositif est d'une efficacité limitée parce qu'il suppose que l'entrepreneur principal informe le client de la sous-traitance alors que l'inexécution de cette obligation d'information n'est pas efficacement sanctionnée.

I. La fixation des limites

Pour encadrer le recours à la sous-traitance des prestations de sécurité privée, les textes imposent à l'entrepreneur principal une obligation de transparence (A) et restreignent sa liberté de sous-traiter (B).

A. – L'obligation de transparence

6. Afin d'éviter la sous-traitance occulte, c'est-à-dire pratiquée à l'insu du client, l'entrepreneur principal est tenu d'une obligation de transparence. Il doit à ce titre informer le client du recours à un ou plusieurs sous-traitants. A cet égard, le code de déontologie de la profession reprend, pour l'essentiel, les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

7. Si l'entrepreneur principal est tenu d'informer son client de son intention de recourir à la sous-traitance, le client n'a cependant pas la faculté de s'y opposer. En effet, sauf stipulation contraire, le client ne conclut pas le contrat d'entreprise *intuitu personae*, en considération des qualités personnelles de l'entrepreneur. Même sans l'accord du client, l'exécution des prestations peut donc être confiée en totalité ou en partie à un ou plusieurs sous-traitants.

La loyauté impose cependant d'en avertir le client pour lui permettre, en cas de défaillance du prestataire principal, de payer directement le sous-traitant. Du reste, la perspective de devoir informer le donneur d'ordre est de nature à dissuader l'entrepreneur principal de recourir à la sous-traitance quand l'externalisation qu'il envisage n'est pas justifiable par un motif légitime.

Ainsi, le contrat de prestations de sécurité privée doit comporter une clause de transparence qui indique si le recours à un ou plusieurs sous-traitants est envisagé⁴. Elle reproduit les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 qui, après avoir défini la sous-traitance, obligent l'entrepreneur principal à soumettre à l'agrément du client chaque sous-traitant ainsi que les conditions de paiement de chaque prestation sous-traitée.

8. Au demeurant, le Code de la sécurité intérieure renforce encore la transparence en imposant aux entreprises de sécurité privée qui, dans leur

⁴ CSI, art.R.631-23, al.1^{er}

communication avec leurs futurs clients, se prévalent des contrats déjà exécutés, de mentionner si elles ont fourni la prestation en qualité d'entrepreneur principal ou de sous-traitant⁵. Ainsi, l'obligation d'information s'étend au-delà des prescriptions de la loi du 31 décembre 1975 : elle est non seulement contractuelle, mais encore précontractuelle. Néanmoins, les plus importantes des dérogations au droit commun de la sous-traitance concernent la liberté de sous-traiter les prestations de sécurité privée.

B. – Les restrictions à la liberté de sous-traiter

9. La limitation de la liberté de sous-traiter en matière de sécurité privée est une nouveauté introduite dans le Code de la sécurité intérieure par la loi du 25 mai 2021 *pour une sécurité globale préservant les libertés*⁶. Pour éviter de bouleverser l'exécution des contrats de sous-traitance en cours, les dispositions nouvelles n'entrent en vigueur que le 26 mai 2022 et ne sont pas applicables aux contrats conclus avant cette date⁷.

Sous l'empire du droit antérieur, en vertu du principe de la liberté contractuelle, le contrat de sous-traitance pouvait porter aussi bien sur la totalité que sur une partie déterminée du contrat principal. Pour la même raison, la sous-traitance en cascade était valable sans limitation de degré : chaque sous-traitant, quel que soit son rang, pouvait devenir à son tour entrepreneur principal en confiant à un autre l'exécution des prestations de sécurité⁸. Au demeurant, ce régime de complète liberté reste applicable aux activités de sécurité privée ne relevant pas du gardiennage et de la surveillance armée ou non armée, telles que la protection rapprochée ou le transport de valeurs. En effet, la plupart des abus interviennent dans le secteur à haute intensité de main d'œuvre de la surveillance humaine.

10. Par dérogation à la liberté de sous-traiter consacrée par la loi du 31 décembre 1975, la loi nouvelle soumet à deux restrictions la sous-traitance des prestations de surveillance et gardiennage.

⁵ *Ibid.*, art.R.631-19

⁶ CSI, art. L.612-5-1.

⁷ L. n°2021-646 du 25 mai 2021, art.19, II.

⁸ Il est vrai que la *Charte de bonnes pratiques en matière d'achats de prestations de sécurité privée* du 10 septembre 2013 excluait déjà la sous-traitance en cascade, mais elle n'avait que la valeur d'une simple recommandation.

La première consiste à prohiber la sous-traitance totale. Le sous-traité ne doit porter que sur une partie des prestations. Mais, en réalité, la règle n'est guère contraignante⁹. Pour la respecter, il suffit que l'entrepreneur principal exécute lui-même une fraction des prestations¹⁰, aussi minime soit-elle. Il pourrait, par exemple, ne conserver qu'1% du marché pour en sous-traiter 99 %, à moins qu'un tel contournement de l'interdiction ne soit tenu pour frauduleux.

La seconde restriction limite à deux rangs la sous-traitance en cascade¹¹. Ainsi, après que l'entrepreneur principal a sous-traité une première fois, le sous-traitant ne peut conclure à son tour qu'un seul sous-traité. Il est interdit au second sous-traitant de sous-traiter à nouveau. Le législateur n'interdit donc pas la sous-traitance en série, parce qu'une telle atteinte à la liberté de contracter pourrait être considérée comme excessive au regard des dispositions à valeur constitutionnelle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Mais si la loi nouvelle tolère la cascade, elle en limite la hauteur.

Il faut en outre que la sous-traitance de second rang soit fondée sur un juste motif. Elle doit être justifiée soit par un besoin de savoir-faire, de moyens ou de capacités techniques, soit par une insuffisance ponctuelle d'effectifs¹². Il appartient à l'entrepreneur principal de s'assurer, avant de valider cette justification, qu'elle n'est pas « manifestement infondée »¹³. En définitive, plus la sous-traitance est d'un degré élevé, plus son régime est restrictif. Au premier degré, elle est libre ; au second, elle suppose un juste motif ; à partir du troisième, elle est interdite.

⁹ Les députés ont tenté de limiter à 50 % le volume des prestations susceptibles d'être sous-traitées. Mais, après avoir été écarté par le Sénat, ce plafonnement n'a pas été repris par la Commission mixte paritaire. Il est vrai que son respect aurait été en pratique difficile à contrôler. Sa suppression vide néanmoins de l'essentiel de sa substance l'interdiction de la sous-traitance totale.

¹⁰ L'interdiction de la sous-traitance totale s'applique-t-elle au sous-traitant qui conclut un contrat de sous-traitance de second rang ? Son assimilation à un entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant de second rang le justifierait.

¹¹ La loi ne prohibe pas le recours à plusieurs sous-traitants de premier rang, qui demeure licite par application du principe de la liberté contractuelle.

¹² La liste doit être considérée comme limitative. Sinon, l'appréciation du motif serait laissée à l'arbitraire de l'entrepreneur principal.

¹³ En outre, le donneur d'ordre doit s'assurer, au moment de l'agrément des sous-traitants, que les motifs de recours à la sous-traitance ont été validés par l'entrepreneur principal.

ii. Mais encore faut-il, pour que ce dispositif soit efficace, qu'il soit assorti de sanctions adéquates.

II. La détermination des sanctions

Pour assurer l'effectivité des limites à la liberté de sous-traiter les prestations de sécurité privée, les sanctions du droit des contrats, paraissent insuffisantes¹⁴. Il convient donc de mettre l'accent sur les sanctions punitives, en distinguant selon qu'elles relèvent du droit de la sécurité privée (A) ou du droit du travail (B).

A. Les sanctions du droit de la sécurité privée

Le Code de la sécurité intérieure prévoit non seulement des sanctions pénales mais aussi des sanctions disciplinaires.

12. D'une part, le titre Ier du livre VI de ce code comprend un chapitre VII relatif aux dispositions pénales. Plusieurs incriminations portent sur « le fait de sous-traiter » à une entreprise en situation irrégulière¹⁵. Ainsi, la loi punit le fait de sous-traiter des prestations de sécurité privée à une entreprise employant des agents dépourvus de la carte professionnelle ou à une entreprise dépourvue d'autorisation administrative d'exercice¹⁶. Les peines principales encourues par les personnes physiques sont respectivement de deux ans ou trois ans d'emprisonnement et de 30 000 ou 45 000 euros d'amende.

¹⁴ Il résulte de la loi du 31 décembre 1975 qu'en cas de défaut d'agrément par le client du sous-traitant et des conditions de paiement des prestations sous-traitées, l'entrepreneur principal qui a manqué à son obligation de transparence reste tenu de payer le prix au sous-traitant, mais ne peut invoquer le sous-traité à l'encontre du sous-traitant (art.3, al.2).

¹⁵ CSI, art. L.617-4, 2°, L.617-7, 2° et L.617-9, 2°.

¹⁶ Ce dispositif pénal est imparfait. D'abord, il recèle une lacune. En effet, le fait de sous-traiter à une entreprise dont les dirigeants n'ont pas obtenu l'agrément de l'administration n'est pas incriminé. En outre, le fait pour une entreprise à service interne de sous-traiter à une entreprise dont les agents sont dépourvus de carte professionnelle est incriminé, alors qu'il ne s'agit pas alors d'une véritable sous-traitance, mais d'une externalisation d'une autre nature. Il n'existe en effet aucun contrat d'entreprise principal auquel pourrait se rattacher le prétendu sous-traité.

La loi du 25 mai 2021 a ajouté une nouvelle incrimination pour violation des restrictions à la liberté de sous-traiter. Elle réprime par exemple la pratique de la sous-traitance en cascade des prestations de surveillance au-delà du second rang¹⁷. Bien qu'aucune peine d'emprisonnement ne soit prévue, cette infraction constitue un délit : elle est en effet punie, à l'égard des personnes physiques, d'une amende de 45 000 euros.

Au demeurant, la responsabilité pénale de l'entrepreneur principal n'exclut pas celle du sous-traitant. En effet, comme l'entrepreneur principal, le sous-traitant est un acteur de la sécurité privée, dont l'activité est soumise à la police administrative de la profession. Il peut donc être poursuivi pour s'être soustrait au contrôle de l'autorité publique sur les activités de sécurité privée.

13. Malgré le silence des textes sur l'élément psychologique des infractions, tous ces délits sont intentionnels¹⁸. Le fait de sous-traiter n'est punissable que si l'entrepreneur principal avait connaissance de l'irrégularité de la situation du sous-traitant. Cependant, cette connaissance peut sans doute être déduite de la qualité de professionnel de l'entrepreneur principal, dont l'ignorance est fautive. En effet, le code de déontologie l'astreint à s'assurer du respect par ses sous-traitants du droit de la sécurité privée¹⁹.

14. D'autre part, toute violation du droit de la sécurité privée en matière de sous-traitance constitue une faute disciplinaire, même si elle n'est pas spécialement incriminée. Les sanctions encourues sont alors l'avertissement ou le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer la profession ou une pénalité financière n'excédant pas 150 000 euros²⁰. Ainsi, l'entrepreneur principal qui viole l'obligation de transparence en matière de sous-traitance ne s'expose pas seulement à des sanctions contractuelles, mais aussi à des sanctions disciplinaires, encore que le manquement à l'obligation d'informer le client ne constitue pas une infraction.

Tandis que les sanctions pénales sont de la compétence du juge judiciaire, les sanctions disciplinaires sont infligées par le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS). Il lui appartiendra, en tant qu'organisme de régulation,

¹⁷ CSI, art. L.617-2-1.

¹⁸ Les délits sont des infractions intentionnelles sauf dans les cas où la loi incrimine l'imprudence (C.pén., art. 121-3).

¹⁹ CSI, art. R.631-23, al.2.

²⁰ *Ibid.*, art. L.634-4.

d'assurer la limitation effective de la sous-traitance des prestations de sécurité privée. En effet, l'extrême rareté des poursuites pénales est telle que l'efficacité de la répression est loin d'être assurée. L'avenir dira si le CNAPS a l'intention et les moyens de lutter énergiquement contre les pratiques abusives de sous-traitance.

B. Les sanctions du droit du travail

15. L'abus de la sous-traitance relève du droit pénal du travail lorsque les infractions de marchandage ou de prêt illicite de main d'œuvre sont constituées²¹. Ces deux délits sont très proches l'un de l'autre. Ils sont punis identiquement de 2 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende. La fourniture de main d'œuvre dans un but lucratif est donc prohibée, sous réserve de quelques exceptions, dont la principale est le travail temporaire²².

Néanmoins, le droit pénal du travail n'interdit pas la sous-traitance, quand bien même l'entrepreneur principal profiterait du travail des salariés du sous-traitant. Lorsque la sous-traitance est réelle, la qualité d'employeur n'est pas transférée à l'entrepreneur principal, mais conservée par le sous-traitant. Il en est toutefois autrement lorsque la sous-traitance est fictive et qu'elle dissimule une fourniture de main d'œuvre à l'entrepreneur principal. L'opération est alors requalifiée par le juge de marchandage ou de prêt illicite de main d'œuvre. C'est notamment le cas lorsque le sous-traitant n'a aucun savoir-faire distinct de celui de l'entrepreneur principal²³, que les salariés sont placés en fait sous l'autorité de l'encadrement de l'entreprise utilisatrice ou que le prix est fixé en fonction du seul coût de la main d'œuvre²⁴.

16. Dans ces conditions, les sanctions du droit du travail et du droit de la sécurité privée ne sont pas cumulatives, mais alternatives. Lorsque la sous-traitance est réelle, mais irrégulière au regard du droit de la sécurité privée, seules les sanctions

²¹ C.trav., art. L. 8234-1 et L. 8243-1 Sur la prohibition du marchandage, v. GILLES AUZÉRO, DIRK BAUGARD et EMMANUEL DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2019, n° 280 et s.

²² Si le louage de main d'œuvre à un tiers afin d'externaliser la qualité d'employeur est exclu, c'est que le législateur craint que le tiers ne se comporte pas en véritable employeur, faute de profiter directement du travail fourni.

²³ Cass.crim., 3 nov.1999 ; 26 sept.1995, *Bull.crim.* n°287; *Dr.ouvr.*1997, p.191; *RJS*1995, n° 1271.

²⁴ Cass.crim., 26 mai 1988, *Bull.crim.* n° 228.

du Code de la sécurité intérieure ont vocation à s'appliquer. En revanche, si la sous-traitance est fictive, les simulateurs encourent les peines du marchandage ou du prêt illicite de main d'œuvre.

17. En définitive, qu'il s'agisse de la fixation des limites ou de la détermination des sanctions, l'enchevêtrement des règles est de nature à entraver leur application effective. Sans doute aurait-il été plus efficace d'interdire purement et simplement la sous-traitance des prestations de gardiennage et de surveillance. Dans cette branche, l'importance des pratiques abusives aurait sans doute suffi à justifier une telle atteinte à la liberté de contracter.

En choisissant d'imprimer à la sous-traitance un coup de frein plutôt qu'un coup d'arrêt, le législateur a pris le risque de ne donner qu'un coup d'épée dans l'eau.