

A PROPOS DU DELIT DE MARCHANDAGE

rédigé par un expert praticien du sujet

Historiquement, sur les 20 dernières années, le principe d'externalisation de service s'est considérablement développé, entraînant de fait la création de sociétés spécialisées dans des activités préalablement assurées en interne.

Ces sociétés sont des Prestataires de Services.

Les Prestations sont, dans les cas qui nous concernent, assurées par des salariés du Prestataire sur le site des clients.

Dans ce cadre, la jurisprudence relative aux délits de prêt de main d'œuvre et de marchandage, qui concernait essentiellement jusqu'alors les domaines du bâtiment et les entreprises de travail temporaire, s'est étendue à d'autres secteurs, et des Prestataires qui, sous ce couvert, se contentaient de fournir du personnel se sont trouvés condamnés.

Quel glacial frisson a parcouru le monde du service informatique quand, dans les années 80, est intervenue la première condamnation prononcée contre une société du secteur pour une infraction dont personne ne connaissait même le nom...

Il a fallu encore quelques années avant que le secteur en comprenne le sens, puis le contenu et encore plus de temps pour que sa propre clientèle s'y sensibilise.

Quelques années, et quelques condamnations plus tard , quel est le point de la situation ?

Le nom du délit est connu, mais le contenu supposé et les méthodes de prévention réputées infaillibles tiennent bien plus des légendes urbaines que d'une appréciation praticienne.

Les sociétés de services ne sont pas les plus exposées au délit : le nombre d'affaires soumises aux tribunaux reste encore limité.

Qu'est-ce que le prêt de main d'œuvre ?

Le prêt de main d'œuvre est la mise à disposition de personnel.

Cette opération n'est pas illicite, en soi.

Par ex : Une société mère met à disposition de sa filiale une secrétaire, en contrepartie du remboursement de son coût salarial (salaire + congés payés + charges + éventuellement frais de gestion justifiés)

Qu'est-ce que le prêt de main d'œuvre à but lucratif ?

C'est la mise à disposition de personnel en contre partie d'une rémunération supérieure au coût salarial

Cette opération n'est pas illicite, mais elle est réglementée, aussi banalement que l'est l'ouverture d'une agence immobilière par exemple.

Ce métier est exclusivement réservé aux Entreprises de Travail Temporaire, qui sont soumises à des obligations légales spécifiques (Obligations déclaratives - cautions)

Qu'est-ce que le délit de marchandage ?

Ce n'est pas « ah ! oui ! c'est quand y faut pas mettre le nom du collab dans le contrat ! »

C'est le prêt de main d'œuvre illicite, aggravé par le fait de causer un préjudice au salarié (ex : avantages sociaux inférieurs à ceux des salariés de même catégorie dans l'entreprise utilisatrice) ou la non-application d'une règle légale (ex : non-respect du droit à participation, car l'effectif de l'employeur théorique est inférieur à 50 alors que le bénéficiaire du prêt de main d'œuvre est une société de plus de 50 salariés).

Qu'est-ce que la sous-traitance ?

C'est la délégation de tout ou partie d'un marché reçu par un entrepreneur principal à un sous-traitant.

Elle est soumise à des règles légales particulières (droits à l'égard du client maître d'ouvrage)

Ex : Un entrepreneur général doit construire une maison : il soustraite le lot « plomberie ».

Qu'est-ce qu'une prestation de service ?

C'est la réalisation d'une tâche au profit d'un tiers qui se distingue de la vente en ce sens qu'il n'y a pas de remise d'une marchandise.

Qu'est-ce qui trouble tant les Sociétés de services ?

C'est le fait que, sous couvert d'un contrat de prestation de service, certaines sociétés se sont en réalité contentées de mettre à disposition du personnel et ont donc été sanctionnées, pénalement, par une peine d'amende (jusqu'à 150 000 €) et/ou de prison (jusqu'à 2 ans)

Qu'est-ce qui alarme leurs clients ?

C'est le fait qu'ils sont co-auteurs de l'infraction et qu'ils ont subi les mêmes peines.

Quand le délit est-il constitué ?

Lorsque l'objet du contrat est de pallier un manque dans une équipe du client : les ou les salarié(s) mis à disposition s'intègre(nt) à l'équipe, il n'y a pas d'autre raison au contrat que d'effectuer des tâches, sous les ordres du client, qui ne revêtent aucun caractère autonome ou d'une technicité particulière.

Lorsque la rémunération perçue par le prestataire est calculée en fonction du salaire des personnes mises à disposition.

Lorsque la société prestataire démissionne de ses prérogatives d'employeur (pouvoir de direction et de sanction) au profit du client qui va alors déterminer les congés, décider des sanctions, accorder des primes.

Lorsque l'objet du contrat ne peut répondre à la qualification de prestation de services : la tâche à accomplir n'est pas déterminée.

Lorsque l'objet du contrat correspond à l'activité propre du client, et que le recours à la société de service correspond, en réalité, à l'exécution d'une tâche ponctuelle ou à un surcroît exceptionnel de travail, ce qui est du ressort du Contrat à Durée Déterminée ou de l'intérim.

Lorsque la durée du contrat de prestation est telle qu'il devient invraisemblable qu'il s'agisse d'une tâche déterminée.

Lorsqu'il paraît évident que le recours au contrat de prestation a pour effet que des salariés travaillant de fait pour une entreprise utilisatrice subissent un préjudice parce qu'ils sont, juridiquement, rattachés à une autre qui leur procure des avantages sociaux moindres (Convention Collective moins favorable, couverture sociale, primes ou salaires inférieurs, participation inexistante).

D'où vient que certaines entreprises commettent l'infraction ?

Autrefois, il s'agissait surtout de la méconnaissance de la Loi.

Aujourd'hui, la cause fondamentale est d'une part le fait qu'il manque toujours, en France, des techniciens de bon niveau ce qui a pour conséquence d'inciter les clients à s'adresser aux sociétés de services qui emploient du personnel qualifié, expérimenté.

D'autre part, l'absence de flexibilité de l'emploi constitue également une cause de recours : lorsqu'une entreprise a besoin, pour un projet dont elle ne peut prédéterminer la durée, d'une compétence ultra spécialisée, elle ne peut pas prendre le risque d'embaucher, car ni le Contrat à durée Déterminée, ni le Contrat à Durée Indéterminé ne sont adaptés.

Elle s'adressera alors à un prestataire pour combler ce besoin ponctuel, et risquera ensuite d'être condamnée, parce que la Loi ne prévoit pas les solutions adaptées à sa réalité économique.

C'est malheureusement le fond du problème, qui ne peut être résolu que par le législateur.

SUR LE TERRAIN

L'initiative des poursuites revient, généralement, à l'Inspection du Travail, mais, depuis peu, certains salariés n'hésitent pas, par exemple après une rupture, à l'invoquer dans le but d'être réintégrés au sein de l'entreprise utilisatrice.

Enfin, les syndicats utilisent cette infraction dans le cadre de la défense des intérêts des salariés par exemple en période de plan social.

QUELLES SONT LES ZONES DE RISQUES ?

En fait, elles sont constituées par la naïveté de l'appréhension de l'infraction par ses auteurs potentiels.

Sur le plan contractuel, très souvent, les actes utilisés sont corrects, mais il sont contredits par les documents annexes, et les situations de fait : exemples : le nom de l'intervenant est omis, mais le CV est annexé !; la prestation est déclarée forfaitaire, mais une grille de tarification prévoit le « prix » d'un consultant, par coefficient hiérarchique !.

Or, le caractère pénal de l'infraction implique que soit réservée à l'exclusif pouvoir souverain du Juge la qualification de la nature de la relation entre utilisateur et fournisseur, exigeant ainsi une analyse propre au Juge, se fondant sur des preuves matérielles, excluant au besoin celle réalisée par l'Inspecteur du Travail, fut-il à l'initiative de l'action (Cassation Criminelle 19 mars 1985 -Chambre Criminelle 13 février 1996).

L'analyse de la jurisprudence dégage d'une part des constantes, d'autre part des spécificités relatives à l'activité de prestation intellectuelle.

En ce qui concerne les constantes :

Les éléments matériels du prêt de main d'œuvre illicite sont constitués par :

- L'absence de spécificité technique de l'entreprise prestataire (Cour d'Appel de Bordeaux 18 novembre 1999 - Cour de Cassation 28 janvier 1997).
- La rémunération exclusivement à l'heure travaillée
- La soumission du personnel à l'autorité hiérarchique de l'entreprise utilisatrice (Cassation 22 février 2000 -Cassation 10 février 1998-Cassation 5 mars 1985).
- L'absence de fourniture de matériel.

Et pour le délit de marchandage, le préjudice causé aux salariés s'apprécie au travers de :

- la situation globale des salariés concernés (rémunération, avantages sociaux)
- la précarité de l'emploi au sein de l'entreprise du Prestataire, par rapport à une pérennité éventuelle au sein de l'entreprise utilisatrice.

En ce qui concerne les spécificités du secteur informatique, il a été jugé que ne pouvait être établi le caractère illicite du contrat lorsque :

- le contrôle opéré par l'employeur est établi par des rapports d'activité (Cassation Criminelle 7 février 1984)
- la formation technique du personnel est assurée par l'employeur (idem)
- s'agissant d'une prestation de nature intellectuelle, l'absence de fourniture de matériel n'est pas déterminante (TGI BOBIGNY 14 décembre 2000).
- La technicité spécifique du Prestataire par rapport à l'activité du client est reconnue (Cassation 9 juin 1993)

La doctrine souligne également que les prestations de nature intellectuelle, qui s'accommodent mal d'une évaluation au forfait, devraient conduire à admettre une rémunération tenant compte exclusivement du nombre d'heures effectuées dès lors que les autres critères distinctifs sont respectés.

Comment se prémunir ?

Par la rédaction d'un contrat énonçant clairement :

- un objet déterminé
- un prix lié au service rendu, et non calculé sur la base du salaire des intervenants,
- le contour de responsabilité de l'employeur et du bénéficiaire de la prestation.

Enfin, et surtout, en respectant ce contrat, car le juge n'est absolument pas tenu par la qualification des liens contractuels, mais recherche concrètement la réalité des faits.

DU COTE PRESTATAIRE

- Je ne vends pas du personnel,
- J'assume la responsabilité de mes collaborateurs (fixation des congés, des sanctions, des primes)
- Je les suis et les encadre sur le plan technique (contrôle de qualité, support technique)
- Je les forme
- Je m'engage vis à vis de mon client sur une réelle prestation,
- Je facture cette prestation
- J'assume les risques de cet engagement

DU COTE BENEFICIAIRE DE LA PRESTATION

- Je retiens que mon interlocuteur est la société prestataire, et non ses collaborateurs
- Je ne confonds pas les salariés du prestataire avec les miens et je respecte les liens hiérarchiques
- Je détermine les objectifs qui doivent être réalisés par mon fournisseur
- Je détermine une facturation fonction du service rendu
- Je ne pallie pas un manque ponctuel de personnel par une fausse sous-traitance
Je surveille la durée du contrat, renouvellement inclus

Rédigé par Marilyn HAGÈGE

Avocat à la Cour