

Délit de Marchandage et Prêt de Main d'œuvre illicite... un sujet très sérieux !

Ce qui suit est le support d'une formation dispensée par des juristes à des acheteurs, complétée par notre avocat expert.

« Nous voulons l'abolition du marchandage, parce qu'il est odieux qu'entre le patron et l'ouvrier se glissent de rapaces intermédiaires qui exploitent le second et, quel que soit le bon vouloir du premier, font descendre le salaire au niveau marqué par la faim. »

Louis BLANC - 1848

Suite à « l'abolition » de « l'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchands » par le décret du 2 mars 1848, la Cour de cassation a ensuite décidé, le 31 janvier 1901, que ce texte prohibait non le marchandage mais « l'exploitation des ouvriers au moyen de ce marchandage ».

Le prêt illicite de main d'œuvre et le délit de marchandage, corollaires du monopole attribué aux entreprises de travail temporaire

Article L124-1 alinéa 1 : « Est au sens du présent chapitre un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs, des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle embauche et rémunère à cet effet ».

Sous réserve des dispositions de l'article L125-3 toute activité de travail temporaire s'exerçant en dehors d'une telle entreprise est interdite ».

Le prêt illicite de main d'œuvre

Article L125-3 alinéa 1

« Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite sous peine des sanctions prévues à l'article L152-3 dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du Livre Ier, Titre 2, Chapitre 4 du présent code, relatives au travail temporaire ».

Les deux critères principaux sont :

- le but lucratif de l'opération : prêt de main d'œuvre donnant lieu à facturation d'une marge.
- son objet exclusif : le prêt de main d'œuvre « payant » hors du cadre légal du travail temporaire.

Commet un prêt illicite de main d'œuvre, la personne qui contrôlant en fait deux sociétés et agissant sous le couvert d'un contrat de sous-traitance simulé, a simultanément joué le rôle d'un prêteur et d'un utilisateur de main d'œuvre, l'opération ayant donné lieu à rétribution (Cass. crim. 12 février 1983).

Le délit de marchandage

Article L. 125-1

« Toute opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluider l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou marchandage, est interdite ».

Deux éléments constitutifs :

- la rémunération avec profit d'une fourniture de main d'œuvre,
 - le fait pour le salarié concerné de ne pas bénéficier des avantages de l'entreprise ayant recours à cette fourniture.
- Commis par la personne qui, sous le couvert d'un prétendu contrat d'entreprise, réalise, en dehors du cadre légal du travail temporaire, une opération de prêt de main d'œuvre à but exclusivement lucratif lésant les salariés concernés - (Cass. crim. 15 juin 1984).
- Commis par l'employeur qui a recours pendant plus de deux ans à un travailleur temporaire qui a perçu au cours de cette période une rémunération inférieure à celle des travailleurs permanents de son entreprise, ayant la même qualification et occupant un emploi analogue - (Cass. crim. 15 novembre 1983).
- Un préjudice au détriment des salariés peut être caractérisé, dès lors que les salariés mis à disposition d'une société ne bénéficient pas des mêmes avantages que les salariés permanents de celle-ci (Cass. crim. 20 octobre 1992).

La liberté commerciale

Le principe demeure la licéité de toute relation contractuelle prenant la forme, par exemple, d'un contrat d'assistance technique, d'un contrat de service ou de sous-traitance, sauf si elle masque en réalité un prêt de main d'œuvre rétribué et exclusif prohibé par l'article L. 125-3 du Code travail ou si elle constitue un marchandage (article L. 125-1).

Les indices caractérisant la licéité d'une opération de prêt de main d'œuvre.

Les juges se prononcent en fonction de chaque cas d'espèce et à partir de la technique du faisceau d'indices suivant :

- l'objet du contrat,
- l'encadrement des salariés détachés,
- la fourniture de matériel,
- le mode de rémunération.

« Un contrat de sous-traitance doit comporter l'exécution d'une tâche nettement définie, rémunérée de façon forfaitaire, ainsi que le maintien de l'autorité du sous-traitant sur son personnel, auquel il verse son salaire et dont il assure directement l'encadrement, la discipline et la sécurité »

(Cass. Crim. 21 janvier 1986).

L'objet du contrat

⇒ La prestation fournie doit être bien déterminée.

• L'entreprise utilisatrice doit souscrire un contrat ayant pour objet l'exécution d'une tâche nettement définie, et que, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique elle ne veut ou ne peut accomplir elle-même avec son propre personnel.

• « *La mise à disposition ... d'un personnel spécialisé ne constitue l'apport d'un savoir faire spécifique que si ce dernier est distinct de celui des salariés de l'entreprise utilisatrice. Que tel n'est pas le cas lorsqu'il est constaté que le personnel est destiné à constituer un " volant de personnel " pour l'entreprise utilisatrice, ce qui exclut toute spécificité* » (Cass. crim. 5 mars 1994).

• « *l'exécution par la société prestataire de tâches d'accueil peu spécialisées, trouvant normalement leur place dans le fonctionnement quotidien de toute entreprise de taille importante telle que l'entreprise utilisatrice* » constitue une fausse sous-traitance (Cass.crim.28 janvier 1997).

La situation du salarié détaché

Le personnel mis à disposition de l'entreprise utilisatrice :

- doit être encadré et dirigé exclusivement par son employeur, le prestataire
- conserve une totale autonomie par rapport aux salariés de l'utilisateur pendant toute la durée de la prestation ou des travaux.

Dès lors que la définition des tâches et l'organisation du travail des salariés mis à disposition incombent à l'entreprise utilisatrice, la jurisprudence en déduit une opération illicite :

• *La société utilisatrice avait établi tous les plannings de travail (TGI de Paris 17 décembre 1980).*

• *La distribution du travail était faite par un responsable de l'usine utilisatrice (TGI de Thionville 11 juin 1982).*

• *Les salariés en cause étaient intégrés dans les équipes des sociétés utilisatrices (Cass. crim. 25 avril 1989).*

• Lorsque les équipes du prestataire sont intégrées dans les équipes de travail de la société utilisatrice et se trouvent placées sous les ordres des salariés de cette dernière, ces éléments caractérisent un lien de subordination qui est exclusif de la notion de prestation de services.

Toutefois, la jurisprudence admet que le travail puisse s'exécuter en étroite coordination avec les responsables de la société utilisatrice sans que cette circonstance altère la licéité de l'opération. Mais, il ne faut pas que cette coordination aboutisse à un transfert d'autorité :

« *le pouvoir conféré à l'entreprise utilisatrice de donner des instructions nécessaires à la coordination du chantier, ne suffit pas à caractériser un prêt illicite de main d'œuvre ou un délit de marchandage* » (Cass.crim. 10 février 1998).

Il est donc nécessaire de prévoir dès le stade de la rédaction du contrat, un chef d'équipe ou un cadre pour le personnel détaché

La fourniture de matériels par l'entreprise prestataire

Ce point est régulièrement relevé par la jurisprudence, pour les sociétés dont le matériel constitue un élément essentiel de la prestation (ex : caisse à outils dans le secteur du bâtiment)

S'agissant d'une prestation intellectuelle, la question de fourniture de matériel n'est pas fondamentale.

Le mode de rémunération

La rémunération du prestataire doit être fixée au départ forfaitairement, en fonction de l'importance objective des travaux à réaliser sans être nécessairement proportionnelle :

- au nombre de salariés utilisés
- au nombre d'heures effectuées,

Le risque de l'opération devant être assumé par le prestataire.

Le délit de prêt illicite de main d'œuvre est constitué dès lors que *«la société fournisseuse était rémunérée pour sa fourniture de main d'œuvre en fonction des seules heures de travail effectuées ... »* (TGI Paris, 28 mai 1980).

Mais il ne suffit pas que le marché prévoie formellement un prix forfaitaire pour que l'opération soit licite :

« Malgré la fixation d'un prix d'ensemble, la rémunération effective était fonction des heures de travail réellement effectuées, du nombre de salariés et de leur qualification »

(Cass. Crim., 29 avril 1986, Lenoise).

Précision sur la rémunération forfaitaire :

Le forfait peut être établi :

- soit de manière globale,
- soit par des bordereaux de prix unitaire (lots) dès lors que le volume n'est pas évaluable lors de la passation du marché.

.

De même que la facturation au temps passés n'est pas forcément illicite. (ex : Commissaires aux Comptes)

.

A titre exceptionnel, la spécificité des tâches accomplies par la société fournisseuse peut justifier un mode de rémunération prenant en compte la durée du travail, le nombre et la qualification du personnel mis à disposition :

«La spécificité des tâches dont l'ampleur comme la consistance ne pouvaient être déterminées à l'avance et qui portaient sur des matériels particuliers, expliquait le mode de rémunération convenu en l'espèce, lequel ne dépendait pas du travail exécuté mais de sa durée, de la quantité et de qualification de la main d'œuvre »

(Cass. Crim 5 février 1980).

Recommandations

- ☞ Choisir une entreprise dont l'objet social correspond bien à la prestation demandée.
- ☞ Établir une commande écrite ou rédiger un contrat précisant sans ambiguïté l'objet du marché qui doit porter sur une tâche nettement définie.
- ☞ Ne pas désigner l'intervenant comme l'objet de la vente
- ☞ Prévoir des clauses contraignantes pour le prestataire et notamment une obligation de résultat assortie, le cas échéant, de pénalités.
- ☞ Le personnel détaché ne doit pas se trouver sous la subordination et l'encadrement de l'entreprise utilisatrice. Lorsqu'il y a une équipe, l'entreprise fournisseuse doit désigner un responsable.
- ☞ La rémunération doit être réellement la contrepartie de la prestation et non de la mise à disposition.

Les sanctions pénales

En cas de prêt illicite de main d'œuvre ou de délit de marchandage, l'entreprise prestataire ou fausse sous-traitante et l'entreprise utilisatrice, encourent à égalité les sanctions pénales suivantes :

pour les personnes physiques (article L. 152-3 du Code du travail) :

- peine principale : 2 ans de prison et/ou 30 000 € d'amende,
- peine complémentaire : affichage de la décision aux portes de l'établissement de l'entreprise et publication dans les journaux, interdiction d'exercer l'activité de sous-entrepreneur de main d'œuvre pendant une durée de deux à dix ans.

« *Le prêt illicite de main d'œuvre consenti par une entreprise à une autre, autorise l'exercice de poursuites séparées contre les responsables de chacune des entreprises concernées, pris en qualité de co-auteurs de l'infraction* » (Cass. Crim. 6 mai 1986).

Les poursuites

⇒ L'inspecteur du travail peut dresser un procès-verbal transmis au Parquet, qui demeure libre de l'opportunité des poursuites.

⇒ Un salarié lésé.

⇒ Une organisation syndicale peut sur le fondement de l'article L. 125-3-1 du code du travail « *exercer en justice toutes actions en application du présent chapitre (chapitre V : marchandage) en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Celui-ci doit avoir été averti par lettre recommandée AR et ne pas s'y être opposé dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifiée son intention. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre un terme à tout moment* ».

« *Doit être déclarée recevable la constitution de partie civile d'un syndicat, les faits relevés étant de nature à porter préjudice à la profession représentée par ce dernier* » (Cass. Crim. 15 novembre 1983).

Les sanctions civiles

Nullité du contrat commercial passé entre les deux entreprises. Nullité pour illicéité de l'objet.

Transfert à l'entreprise utilisatrice de la prise en charge des salaires et des charges sociales.

Requalification de la convention de prestation de service en véritable contrat de travail à l'encontre de l'entreprise utilisatrice.

Le salarié peut obtenir dans ce cadre réparation du préjudice résultant du défaut d'application du statut collectif par l'entreprise utilisatrice.

Les sanctions administratives

A côté des sanctions (civiles et pénales) pouvant être ordonnées à l'encontre de(s) personne(s) responsable(s), peut s'ajouter une sanction administrative :

L'article L. 324-13-2 du Code du travail :

Permet à l'autorité administrative compétente, avertie de la constitution d'un délit de marchandage et/ou d'un prêt illicite de main d'œuvre, de refuser d'accorder des aides publiques à l'emploi ou à la formation professionnelle, pendant une période maximale de 5 ans, à la personne physique ou morale ayant fait l'objet de la verbalisation.

Les sanctions civiles

Nullité du contrat commercial passé entre les deux entreprises. Nullité pour illicéité de l'objet.

Transfert à l'entreprise utilisatrice de la prise en charge des salaires et des charges sociales.

Requalification de la convention de prestation de service en véritable contrat de travail à l'encontre de l'entreprise utilisatrice.

Le salarié peut obtenir dans ce cadre réparation du préjudice résultant du défaut d'application du statut collectif par l'entreprise utilisatrice.

Les sanctions administratives

A côté des sanctions (civiles et pénales) pouvant être ordonnées à l'encontre de(s) personne(s) responsable(s), peut s'ajouter une sanction administrative :

L'article L. 324-13-2 du Code du travail :

Permet à l'autorité administrative compétente, avertie de la constitution d'un délit de marchandage et/ou d'un prêt illicite de main d'œuvre, de refuser d'accorder des aides publiques à l'emploi ou à la formation professionnelle, pendant une période maximale de 5 ans, à la personne physique ou morale ayant fait l'objet de la verbalisation.