

Prêt de main-d'œuvre illicite et marchandage – actualités

Au moyen des délits de prêt illicite de main-d'œuvre et de marchandage, le législateur a entendu protéger la loyauté de la concurrence sur le marché du travail, dite « concurrence sociale » ; applicables en matière de commande publique. Ces délits sanctionnent la déloyauté de la concurrence au stade de l'exécution de la prestation de travail attribuée par marché public ; ils constituent donc, en la matière, le pendant des règles protectrices de la loyauté de la concurrence au stade de l'attribution d'un tel marché. Les peines principales et complémentaires applicables sont des plus sévères et peuvent aller jusqu'à l'interdiction de candidater aux marchés publics.

Auteur

Badreddine Hamza

Avocat à la Cour

Michael Goupil

Avocat à la Cour – Directeur
Cabinet SEBAN et Associés

Références

Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 16-83.773

Mots clés

Marchandage • Prêt illicite de main d'œuvre • Sanctions

Le 11 juillet 2017, la Cour de cassation a rendu un arrêt qui donne l'occasion de revenir sur les délits de prêt illicite de main-d'œuvre et de marchandage.

À ce titre, pour échapper aux contraintes inhérentes à la réglementation du marché du travail, certains employeurs tentent de recourir à des formes illicites d'emploi (notion définie à l'article L. 8211-1 du Code du travail), afin de ne pas avoir à assumer tout ou partie des obligations patronales qu'impose la Loi sociale. De telles pratiques représentent des coûts humain et économique qui pénalisent notre collectivité nationale. On en veut pour preuve le travail dissimulé (notamment l'action d'une personne dirigeante ou d'une entreprise qui se livre à une activité sans effectuer les déclarations aux organismes de protection sociale). De telles pratiques compromettent l'exercice loyal de la concurrence et réduisent les ressources de la protection sociale.

Afin de préserver le marché de l'emploi et la loyauté de la concurrence sur ce marché (dite encore « concurrence sociale »), le législateur a prévu un certain nombre d'interdictions pénalement sanctionnées. Ainsi, au titre des instruments de lutte contre le travail illicite, figurent

plusieurs d'infractions pénales telles que le prêt de main-d'œuvre illicite et le marchandage⁽¹⁾.

Ajoutons que le délit de marchandage et le délit de prêt illicite de main-d'œuvre s'inscrivent tous deux dans un processus aujourd'hui croissant d'extériorisation de l'emploi, c'est-à-dire dans tous les cas où la réalisation des prestations est confiée à des sociétés tierces ou sous-traitantes, la personne qui s'affiche comme l'employeur de salariés se dissociant alors de celle qui utilise leur force de travail.

La sphère de la commande publique – plus exactement des marchés publics lesquels se définissent substantiellement comme des contrats onéreux conclus avec une entreprise externe – est donc directement concernée par ces deux délits.

Un instrument protégeant la loyauté de la concurrence au titre de l'exécution de la prestation travail...

En matière de commande publique, le législateur pénal a entendu protéger la loyauté de la concurrence dans l'attribution du travail, c'est à dire au stade de l'attribution d'un marché public par le biais du délit dit de « favoritisme » ; cette protection est également étendue au stade de l'exécution du marché par l'entité attributaire, au moyen des délits de prêt illicite de main-d'œuvre et de marchandage.

Notons que le domaine d'intervention du prêt illicite de main-d'œuvre et du marchandage ne se limite évidemment pas au domaine de la commande publique. Il peut néanmoins y trouver son terrain de prédilection⁽²⁾, notamment et surtout lorsque l'attributaire du marché public entendra recourir à « la fausse » sous-traitance – en générale occulte – ce qui constitue d'ailleurs le contexte de l'arrêt du 11 juillet 2017 rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

On verra également que la personne morale de droit public elle-même, ou ses représentants, peuvent également être directement concernés par ces deux délits.

S'agissant de l'élément légal de ces deux infractions, rappelons que le délit de marchandage et le délit de prêt illicite de main-d'œuvre sont définis, respectivement,

par les articles L. 8231-1⁽³⁾ et L. 8241-1 du Code du travail⁽⁴⁾.

Le prêt illicite de main-d'œuvre

Ce délit suppose la réunion des éléments constitutifs suivants :

– Les personnes « prêtées » doivent avoir la qualité de salariés, ce qui exclut la mise à disposition de travailleurs indépendants (par exemples, ceux qui gardent la liberté d'organiser leur travail ou qui possèdent la qualité d'associé ou qui sont imposés au titre des bénéficiaires industriels et commerciaux).

– L'absence d'une véritable sous-traitance : selon les règles du droit social, la sous-traitance est réelle, lorsque le contrat unissant l'entité utilisatrice et l'entité prêteuse a pour objet l'exécution d'une tâche objective nettement définie, habituellement rémunérée de façon forfaitaire, avec maintien de l'autorité du sous-traitant sur son personnel⁽⁵⁾. Lorsque la sous-traitance est réelle, il n'y a donc pas prêt illicite de main-d'œuvre. Mais lorsque celle-ci est simulée⁽⁶⁾, lorsque notamment l'entreprise utilisatrice détiendra l'autorité sur le personnel mis à disposition, alors le délit sera constitué.

Par ailleurs, le juge analyse l'objet réel de la prestation de main-d'œuvre : « le prêt de main-d'œuvre n'est pas prohibé lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse »⁽⁷⁾. À l'inverse, si le savoir-faire du personnel mis à disposition n'est pas distinct de celui de l'entreprise utilisatrice, alors le délit sera constitué⁽⁸⁾, car le lien unissant les deux entreprises ne relève pas d'une réelle sous-traitance.

(3) « 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'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail ».

(4) « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :

1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;

2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;

3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1.

Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition ».

(5) Cass. crim., 7 février 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 46.

(6) Cass. crim., 10 janvier 2017, n° 16-80.198.

(7) Cass. crim., 9 juin 1993, *RJS* 1993, n° 815.

(8) Cass. crim., 3 mai 1994, *RJS* 1994, n° 1224.

(1) Pour une illustration de l'atteinte à la loyauté de la concurrence : Cass. crim., 12 décembre 2017, n° 16-87.230.

(2) Cass. crim., 6 janvier 2009, n° 06-80.209.

L'arrêt du 11 juillet 2017 donne une illustration, en matière de commande publique, d'une sous-traitance simulée au sens du droit social répressif : « l'emploi de personnels de surveillance et de gardiennage par les entités du groupe C. [attributaire de plusieurs marchés publics de surveillance et gardiennage] à des sociétés extérieures (...) qui n'apportaient aucune compétence particulière dans le cadre de marchés publics devait s'analyser comme un prêt de main d'œuvre dès lors, en outre, que ce personnel était placé sous l'autorité des entités du groupe C. et non plus sous l'autorité hiérarchique de son employeur ». L'exercice de cette autorité s'exprimait notamment dans la circonstance que le personnel mis à disposition devait porter et arborer les uniformes et insignes de l'entreprise utilisatrice.

Ajoutons que la sous-traitance s'avérait occulte pour certains marchés, ce qui avait valu à l'attributaire plusieurs courriers de rappel du pouvoir adjudicateur et, *in fine*, la résiliation des marchés.

– Le caractère lucratif de la manœuvre : la mise à disposition de personnel reste parfaitement légale lorsqu'elle s'opère sans but lucratif.

Ce caractère est apprécié au regard du mode de rémunération de la prestation de service ou de la mise à disposition. Le but lucratif est caractérisé lorsque les salariés mis à disposition sont rémunérés en fonction d'une durée « en fonction du temps passé »^[9], ou pour un travail à la tâche et non pour un prix de marché fixé à l'avance.

L'arrêt du 11 juillet 2017 donne également une illustration du travail d'analyse du juge pénal en la matière : « les éléments recueillis tendent à démontrer l'existence d'une politique de groupe organisée et réfléchie consistant à imposer aux « sous-traitants » un tarif bien inférieur au coût de revient des agents de sécurité ; (...) cette stratégie avait pour unique objectif la réalisation de gains financiers par le groupe via la diminution de sa masse salariale ».

D'autres critères sont pris en considération par le juge : l'absence totale d'obligation de résultat (aucun livrable exigé par exemple), ainsi que la fourniture de matériel par la société utilisatrice au personnel mis à disposition.

Le délit de marchandage

Ce délit est caractérisé dès lors que l'opération de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail. Ce délit trouve également application en matière de recours à la « fausse sous-traitance »^[10].

[9] Cass. crim., 16 mai 2000, n° 99-85.485.

[10] Cass. crim., 4 septembre 2012, n° 11-87.418.

Rappelons également, en tant que de besoin, que la loi prévoit certaines dérogations qui ne permettent pas de retenir les délits dans les hypothèses qu'elle fixe^[11].

Il importe d'ajouter que - même si tel n'était pas le cas dans l'arrêt du 11 juillet 2017 - les personnes morales de droit public et leurs représentants peuvent également être concernés par ces deux délits, au titre des marchés publics qui sont passés pour leur compte (pour les prestations de nettoyage, de gardiennage, de restauration, de maintenance informatique, de travaux publics...).

Même si ces personnes sont soumises à la législation et à la réglementation relatives à la fonction publique, les dispositions protectrices du droit du travail sont susceptibles d'être appliquées de manière supplétive, dans le silence des textes^[12]. D'ailleurs, la circonstance que le personnel de la personne publique ne soit pas soumis aux dispositions du Code du travail est sans incidence sur l'application des deux textes d'incrimination^[13].

Par suite, constituent (notamment) des indices de commission d'un prêt illicite de main d'œuvre par une personne morale de droit public :

- l'absence de totale autonomie du personnel mis à disposition par rapport au personnel de la personne morale de droit public ;
- la constitution de plannings par la personne morale de droit public ;
- la définition des tâches et de l'organisation du travail du personnel du prestataire par la personne morale de droit public ;
- l'utilisation des équipements de la personne publique pour la réalisation de la prestation ;
- l'existence d'un lien de subordination entre les salariés de l'attributaire et un représentant ou cadre de la personne publique ;
- une rémunération de l'attributaire en fonction des seules heures ou jours de travail effectués.

[11] Les opérations de prêt de main-d'œuvre à but lucratif en cas de travail temporaire par les agences d'intérim, en cas de portage salarial pour les entreprises de travail à temps partagé, pour une agence de mannequin par le titulaire de la licence d'agence de mannequin, en cas de mise à disposition de personnel auprès d'une jeune ou très petite entreprise (C. trav., art. L. 8241-3 issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017).

[12] Ajoutons toutefois que la mise à disposition de fonctionnaires dans les cas prévus par les textes de la fonction publique ne peut conduire à ces infractions

[13] Cass. crim. 30 septembre 2003, n° 02-85.022 : à propos du marché public du Centre National d'Art et de Culture Georges-Pompidou au titre de l'exécution de missions de surveillance confiée à la société Bac Sécurité (les salariés de cette société étaient occupés aux mêmes tâches que les agents spécialisés du Centre, avec le même encadrement, le même matériel et selon les mêmes horaires).

La rédaction du marché devra, par conséquent, être de nature à éluder les différents critères du prêt illicite de main-d'œuvre.

... Par des sanctions sévères

Les dirigeants des entreprises prêteuse et utilisatrice concernées par l'opération illicite peuvent être poursuivis séparément ou concomitamment en qualité de coauteurs de l'infraction, dès lors que leurs agissements personnels auront contribué à la réalisation de l'infraction.

Les personnes morales peuvent être également pénalement responsables, sur le fondement des articles 121-2 et 131-38 du Code pénal.

Par ailleurs, le délit de prêt de main-d'œuvre illicite est, en pratique, poursuivi et sanctionné concomitamment au délit de marchandage, puisque leurs éléments constitutifs peuvent se compléter^[14].

Au demeurant, l'étude des peines principales et complémentaires attachées aux délits démontre une volonté du législateur de sanctionner sévèrement les atteintes à la loyauté de la concurrence sur le marché du travail.

Les deux délits sont punis chacun d'une peine principale de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende^[15]. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

Plusieurs peines complémentaires sont également prévues, dont notamment :

- l'interdiction de sous-traiter de la main-d'œuvre pour une durée de deux à dix ans, sous peine d'un emprisonnement de douze mois et de 12 000 euros d'amende ;
- la confiscation de biens ou de valeurs ;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de

communication au public par voie électronique, pour une durée maximale de deux ans^[16] ;

- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus^[17].

Enfin, le dirigeant de l'entreprise utilisatrice du personnel illicitement mis à disposition peut être le sujet d'une saisie pénale^[18] au cours de l'enquête ou de l'instruction, portant sur la valeur totale d'un bien immobilier de son patrimoine, même si ce bien relève du régime de l'indivision. En effet, comme le relève l'arrêt du 11 juillet 2017, « le fait que l'immeuble soit indivis et que [la personne coindivisaire] ne soit pas mise en cause, ne fait pas obstacle à sa saisie en totalité, laquelle ne suspend ni l'usage du bien ni le droit d'en percevoir les fruits, et réserve ses droits indivis, en cas de confiscation, au moment de la vente du bien ».

De telles peines peuvent donc s'avérer dissuasives pour les entreprises candidatant aux marchés publics, ainsi que pour leurs dirigeants, et qui auraient à l'esprit de recourir ultérieurement à une sous-traitance occulte. En effet, en cas de concurrence sociale déloyale, le risque pénal, au-delà d'une peine privative de liberté, pourra rejaillir sur leur fortune ou leur bien, comme obérer, pour l'avenir, la santé économique de leur entreprise ; c'est bien la pérennité de notre système social qu'il faut effectivement protéger, d'autant plus lorsque l'acte de déloyauté sera commis par des entités qui - participant par le biais de marchés publics à l'exercice d'une mission de service public - devraient être les premières à montrer l'exemple.

[16] C. pén., art. 131-39 9°, ensemble les articles L. 8234-2 et L. 8243-2 du Code du travail.

[17] C. pén., art. 131-39 5°, ensemble les articles L. 8234-2 et L. 8243-2 du Code du travail.

[18] Articles 706-141 et suivants du Code de procédure pénale (sur les saisies spéciales), article 706-150 du Code de procédure pénale (saisie ordonnée par le juge d'Instruction) et article 131-21 du Code pénal (sur la confiscation).

[14] Cass. crim., 25 avril 1989, *Bull. crim.*, n°169

[15] C. trav., art. L. 8234-1 et L. 8243-1.