

LA PERSONNE PUBLIQUE, LE RISQUE DE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE ILLICITE ET LE DELIT DE MARCHANDAGE

Rédigée en mars 2012
A jour de juin 2017

Lorsque l'Hôpital ne peut assurer par lui même des tâches ou des fonctions (faute d'effectifs suffisants, faute de compétences en la matière, ou faute de moyens matériels suffisants), il peut faire le choix de recourir à des prestataires tiers.

L'Hôpital qui « externalise » ainsi certaines tâches ou fonctions (prestations informatiques, prestations d'études, prestations d'expertises, prestations de formation...), est amené à accueillir dans ses locaux, pour une durée plus ou moins longue, le personnel de ses prestataires.

Il importe dans ce cadre d'être particulièrement vigilant au risque de requalification de la relation contractuelle en prêt illicite de main d'œuvre ou en « marchandage » illicite de personnel.

I. Qu'est-ce que le prêt illicite de main d'œuvre et le délit de marchandage ?

Le prêt illicite de main d'œuvre concerne toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre, dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du code du travail relatives au travail temporaire.

Le délit de prêt de main d'œuvre illicite est souvent associé au délit de « marchandage » qui consiste en une fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié ou qui élude des dispositions légales ou réglementaires.

Ces deux infractions peuvent se cumuler.

POUR RAPPEL

L'article L 8241-1 du code du travail dispose que : « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. (...) Une opération 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* ».

L'article L 8241-2 du code du travail dispose que : « *Les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées* ».

L'article L 8231-1 du code du travail dispose que : « *Le marchandage, défini comme 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, est interdit* ».

L'objet de ces dispositions est de protéger les salariés afin qu'ils ne soient pas utilisés comme de simples marchandises. En dehors de l'intérim qui est soumise à une réglementation précise, et de certaines exceptions légales (la mise à disposition de salariés sans but lucratif, les associations intermédiaires, les entreprises d'insertion ou les groupements d'employeurs), personne ne peut donc « louer », dans un but lucratif, et à titre exclusif, de la main d'œuvre.

II. Le prêt illicite de main d'œuvre et le délit de marchandage, issus des dispositions du code du travail peuvent-ils s'appliquer à un établissement public de santé soumis aux règles de la fonction publique ?

En principe, les dispositions du code du travail ne trouvent à s'appliquer qu'aux entreprises employant un personnel soumis à la législation du travail ainsi qu'aux établissements publics industriels et commerciaux (EPIC).

Toutefois, pour les établissements publics soumis aux textes de la fonction publique, dans le silence de ces textes, à titre supplétif, il est souvent fait appel aux dispositions protectrices du droit du travail.

Il a ainsi été reconnu que les personnes publiques ne peuvent arguer de leur non soumission au code du travail pour contrevenir aux dispositions dudit code ([Cass. crim 30 septembre 2003, pourvoi n°02-85022](#)).

III. Quels sont les éléments constitutifs du délit de prêt de main d'œuvre illicite et du délit de marchandage ?

III. A. Le délit de prêt de main d'œuvre illicite

Deux éléments sont nécessaires pour caractériser un prêt de main d'œuvre illicite :

- . le caractère exclusif du prêt de main d'œuvre, qui suppose que l'objet du contrat réside dans le prêt de main d'œuvre, à l'exclusion de toutes autres prestations. En effet, si une autre prestation est fournie et que le prêt de main d'œuvre n'intervient qu'à titre subsidiaire, l'opération pourra être qualifiée de marchandage, à la condition toutefois qu'un préjudice soit causé aux salariés prêtés, ou que l'opération ait pour effet d'éviter l'application d'une disposition légale ou conventionnelle de droit du travail
- . le but lucratif de l'opération : la mise à disposition de personnel est présumée ne pas être lucrative, si l'entreprise ou organisme qui met à disposition ne tire aucun profit de l'opération, mais se voit simplement rembourser les salaires et charges sociales, voire les frais de déplacements dûment justifiés (exemple : la mise à disposition institutionnelle de personnel de recherche). En tout état de cause, la mise à disposition de fonctionnaires dans les cas prévus par les textes de la fonction publique ne peut conduire à cette infraction.

En revanche, les marchés publics qui peuvent servir de support contractuel pour avoir recours à des prestations tierces remplissent par essence cette condition (marché public : contrat conclu à titre onéreux) et peuvent donc, incidemment, conduire à cette infraction.

III. B. Le délit de marchandage

Deux éléments permettent de caractériser le marchandage :

- . le but lucratif de l'opération
- . le préjudice causé à un salarié ou la violation d'une règle, ces deux conditions ayant tendance à se confondre :
 - o S'agissant du préjudice, le délit de marchandage est par exemple caractérisé dès lors que les salariés mis à disposition n'ont pas perçu les mêmes avantages (salaire moindre ou amputé, précarité du statut, etc.) que les salariés permanents.
 - o S'agissant de la violation d'une règle : il s'agit de démontrer la non-application d'une disposition légale (dans un but de fraude à la loi), réglementaire, d'une convention collective de travail ou d'un accord de branche. Il n'est donc pas nécessaire dans ce cas de prouver que le salarié a subi un préjudice.

IV. Comment reconnaît-on le prêt illicite de main d'œuvre ou le marchandage ?

IV. A. Le prêt illicite de main d'œuvre

La qualification du délit de prêt illicite de main d'œuvre résulte d'une analyse au cas par cas, en fonction d'un faisceau d'indices relatifs à :

L'objet du contrat :

Le contrat doit avoir un objet clairement défini. Les tâches à exécuter en vertu du contrat doivent être identifiées sans aucune ambiguïté.

Constituent a contrario des indices du prêt de main d'œuvre illicite :

- la réalisation de prestations d'études sans définir sur quoi portent précisément ces prestations d'étude ;
- le fait de définir la mise à disposition du personnel comme l'objet du marché ;
- l'absence d'expertise ou de tâche spécifique ;
- l'absence totale d'obligation de résultats (aucun livrable, aucun objectif, aucune contrainte ou obligation...).

L'encadrement des salariés détachés :

La réalisation de la prestation doit être effectuée sous le contrôle exclusif du prestataire, lorsque les salariés de ce dernier interviennent chez la Personne Publique.

Le personnel mis à disposition de l'entreprise utilisatrice doit être encadré et dirigé exclusivement par son employeur, le prestataire. Le personnel doit conserver une totale autonomie par rapport au personnel de la Personne Publique pendant toute la durée de la prestation.

Constituent a contrario des indices du prêt de main d'œuvre :

- La constitution de plannings de travail par la Personne Publique ;
- Les horaires de travail identiques pour le personnel du prestataire et celui de la Personne Publique ;
- La définition des tâches et de l'organisation du travail du personnel du prestataire par la Personne Publique ;
- Le mélange du personnel de la Personne Publique avec le personnel du prestataire ;
- Le pouvoir disciplinaire exercé par la Personne Publique sur le personnel du prestataire ;
- L'existence d'un lien de subordination entre le personnel du prestataire et un membre du personnel de la Personne Publique.

Cela n'exclut pas toute instruction de la Personne Publique au prestataire ou toute coordination entre la Personne Publique et le prestataire, simplement, il faut exclure tout transfert d'autorité au profit de la Personne Publique.

La fourniture de matériels :

En principe le prestataire doit apporter ses propres outils de travail. Mais il faut prendre en compte, pour apprécier ce critère, la nature des tâches demandées et l'importance des outils concernés pour l'exécution des tâches.

Constitue a contrario un indice de prêt de main d'œuvre illicite :

- Concernant des prestations de travaux, les sociétés de BTP qui se servent des outils (camions, engins...) mis à disposition par la Personne Publique.

Le mode de rémunération :

Ce critère est considéré comme majeur par la jurisprudence. Il est impératif que la rémunération du prestataire soit fixée dès la conclusion du contrat ou marché forfaitairement et non en fonction d'un prix basé sur le nombre d'heures (l'heure/homme) ou sur le nombre de jours (jours/homme) réalisés par le personnel du prestataire. Le prestataire doit évaluer, en amont lors de la conclusion du contrat ou du marché, en fonction de la prestation

demandée, le nombre de salariés utilisés, le nombre d'heures effectuées, le degré de compétences et de la qualification sollicité (...) pour fixer le prix forfaitaire requis par la Personne Publique.

Le forfait peut être établi soit de manière globale, soit par des bordereaux de prix unitaire dès lors que le volume n'est pas évaluable, lors de la passation du contrat ou marché.

En tout état de cause, le prestataire doit assumer le risque de l'opération, s'il constate en exécution une sous évaluation du prix ; il ne peut réclamer à la Personne Publique une majoration, en fonction par exemple des heures finalement effectuées par son personnel.

Constituent a contrario des indices de prêt de main d'œuvre illicite :

- Une rémunération du prestataire en fonction des seules heures ou jours de travail effectués ;
- En ce qui concerne précisément les marchés informatiques, la commission spécialisée des marchés d'informatique (CSMI) a rappelé que « des coûts horaires ou des coûts de journées ne sauraient constituer un prix de marché et qu'il convenait donc de définir des unités d'œuvre représentatives de la prestation à réaliser ». Une unité d'œuvre étant une unité qui décrit une prestation pour un prix forfaitaire.

Aucun de ces critères pris isolément ne permet de qualifier la situation en prêt illicite de main d'œuvre ou marchandage.

IV. B. Le marchandage

La qualification du délit de marchandage résulte également d'une analyse au cas par cas, en fonction d'un faisceau d'indices relatifs à :

- l'objet du contrat,
- l'encadrement des salariés détachés,
- la fourniture de matériels,
- le mode de rémunération,
- mais aussi à la violation d'une disposition relative à la réglementation du travail (par exemple un détournement des règles relatives au paiement des charges sociales)
- ou au préjudice subi par le salarié détaché

V. Quelles sont les sanctions possibles au titre du délit de prêt illicite de main d'œuvre ?

V. A. Sur les sanctions pénales

V. A. 1. Le délit de prêt de main d'œuvre illicite

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 coauteurs de l'infraction (Cass. crim. 6 mai 1986). Par conséquent, la société prestataire et la Personne Publique commanditaire peuvent toutes deux faire l'objet de sanctions pénales.

A cet égard, la sanction du délit de prêt de main d'œuvre illicite est prévue aussi bien pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

Ainsi, les personnes physiques peuvent être condamnées, entre autre, à 30 000 euros d'amende et à deux ans d'emprisonnement (article [L. 8243-1](#) du code du travail). Les personnes morales, quant à elles, peuvent être déclarées responsables pénalement et encourir notamment une amende pouvant aller jusqu'à 150 000 euros (article [L. 8243-2](#) du code du travail).

V. A. 2. Le délit de marchandage

La sanction du délit de marchandage est prévu aux articles [L. 8234-1 et suivants](#) du code du travail.

Les personnes physiques peuvent être condamnées, entre autre, à 30 000 euros d'amende et à deux ans d'emprisonnement. La peine est augmentée en cas de comportement aggravant énuméré dans le code.

Les personnes morales, quant à elles, peuvent être déclarées responsables pénalement et encourir notamment une amende pouvant aller jusqu'à 150 000 euros, généralement accompagnée de peines complémentaires.

V. B. Les conséquences possibles sur les marchés

Outre les sanctions pénales, les instances de contrôle sur les marchés (Commission des contrats publics, contrôle financier, comptable public, ...) pourraient refuser de donner leur visa en ce qui concerne la procédure ou le projet de marché.

L'entreprise attributaire pourrait également arguer de l'illicéité de la clause pour ne pas exécuter sa prestation.

Enfin, des autorités de contrôle diverses (Inspection Générale des Affaires Sociales ou l'Inspection du Travail) pourraient qualifier le délit de prêt illicite de main d'œuvre.

De plus, une condamnation pour l'une de ces infractions emporte interdiction de soumissionner en vertu de l'article 45 4° a) de [l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015](#), les candidats à un marché public devant attester sur l'honneur de leur non-condamnation pour ces motifs au moment du dépôt de leur candidature (article 51 du [décret n°2016-360 du 25 mars 2016](#) relatif aux marchés publics).

POUR RAPPEL

- L'article L8234-1 du code du travail dispose que : « *Le fait de commettre le délit de marchandage, défini par l'article L. 8231-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.*

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende :

1° Lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes ;

2° Lorsque l'infraction est commise à l'égard d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

La juridiction peut ordonner, à titre de peine complémentaire, la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal.

La juridiction peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter de la main-d'oeuvre pour une durée de deux à dix ans.

Le fait de méconnaître cette interdiction, directement ou par personne interposée, est puni d'un emprisonnement de douze mois et d'une amende de 12 000 euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

- L'article L. 8234-2 du code du travail dispose que « *Les personnes morales reconnues pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, du délit de marchandage défini à l'article L. 8231-1 encourrent les peines suivantes :*

1° L'amende dans les conditions prévues à l'article 131-38 du code pénal ;

2° Les peines mentionnées aux 1° à 5°, 8°, 9° et 12° de l'article 131-39 du même code.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion prévue au 9° du même article 131-39 soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

- L'article L 8243-1 du code du travail dispose que : « *Le fait de procéder à une opération de prêt illicite de main-d'œuvre en méconnaissance des dispositions de l'article L. 8241-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.*

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende :

1° Lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes ;

2° Lorsque l'infraction est commise à l'égard d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

La juridiction peut ordonner, à titre de peine complémentaire, la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal.

La juridiction peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter de la main-d'oeuvre pour une durée de deux à dix ans.

Le fait de méconnaître cette interdiction, directement ou par personne interposée, est puni d'un emprisonnement de douze mois et d'une amende de 12 000 euros.

Dans tous les cas, la juridiction peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.».

- L'article L 8243-2 du code du travail dispose que : « Les personnes morales reconnues pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, du délit de prêt illicite de main-d'œuvre prévu par l'article L. 8241-1 encourent les peines suivantes :

1° L'amende dans les conditions prévues à l'article 131-38 du code pénal ;

2° Les peines mentionnées aux 1° à 5°, 8°, 9° et 12° de l'article 131-39 du même code.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion prévue au 9° du même article 131-39 soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.».

Textes de référence

- Articles L. 8234-1 à 3, L 8241-1, L 8241-2, L 8243-1 et L 8243-2 du code du travail ;

- Articles [121-2](#), [131-38](#) et [131-39](#) du Code Pénal.