

La fourniture illicite de main-d'œuvre à la croisée des chemins

par Olivier FARDOUX, Docteur en droit privé et sciences criminelles,
Maître de conférences des Facultés de droit,
Codirecteur de l'Institut de criminologie de Lille,
Chercheur au CEPRISSCA (Amiens)

PLAN

I. Le constat : les incertitudes liées à la licéité de la fourniture de main-d'œuvre

- A. La notion de fourniture de main-d'œuvre
- B. Le but lucratif de l'opération

II. Les perspectives : entre libéralisation et encadrement de la fourniture de main-d'œuvre

- A. Les tentations de libéralisation de la fourniture de main-d'œuvre
- B. La nécessité d'un meilleur encadrement de la fourniture de main-d'œuvre

1. L'époque contemporaine est marquée par un éclatement de l'entreprise (1). La grande entreprise unitaire, qui assume elle-même toutes les tâches nécessaires à son activité, a progressivement disparu. Désormais, de nombreuses tâches sont confiées à des prestataires extérieurs. Il peut s'agir d'activités accessoires ou complémentaires, telles que l'entretien des locaux, le gardiennage ou encore la restauration d'entreprise. Mais de plus en plus également, c'est l'activité principale elle-même qui est en partie, voire parfois presque totalement, externalisée (2).

À cela s'ajoute le développement des groupes de sociétés, qui favorise largement la mobilité du personnel (3), et dont l'implantation internationale peut parfois donner lieu à des montages illicites (4).

2. La fourniture de main-d'œuvre constitue l'une des manifestations de l'éclatement de l'entreprise. Une entreprise prestataire conclut un contrat avec une entreprise cliente, dont l'objet est, au moins partiellement, la fourniture de main-d'œuvre. La force de travail des salariés concernés va ainsi bénéficier à une entreprise qui n'est pas l'employeur.

Cette extériorisation de l'emploi (5) est encadrée par le droit pénal du travail, qui édicte principalement deux infractions : le délit de marchandage (6) et le délit de prêt illicite de main-d'œuvre (7). La première de ces infractions a été réécrite (8) et la seconde créée par la loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre.

3. Ces textes ont toujours été d'interprétation délicate (9), en raison de leur imprécision. Toutefois, alors que la fourniture de main-d'œuvre a longtemps suscité la méfiance, il semble que, depuis quelque temps, la situation évolue. La frontière entre le licite et l'illicite n'en demeure pas moins incertaine (I). Il apparaît aujourd'hui que seule une intervention législative pourrait lever ces incertitudes. Mais, dans cette perspective, il est impératif que le mouvement actuel de libéralisation de la fourniture de main-d'œuvre soit limité par un encadrement plus strict de cette forme de travail (II).

(1) V. not., parmi les études les plus récentes : *L'entreprise éclatée. Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités*, 37^{ème} colloque de la Commission de droit social du Syndicat des avocats de France, Dr. Ouvr., mars 2013.

(2) Ce peut être le cas, par exemple, dans le secteur du bâtiment. V. N. Jounin, *L'illégalité sous-traitée ? Les conséquences du recours à des employeurs intermédiaires dans le secteur du bâtiment*, Dr. Soc. 2007, p. 38.

(3) A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail*, Dr. Soc. 2010, p. 738.

(4) V. par ex. Cass. Crim., 12 mai 1998, Bull. crim., n° 160. Cf. *infra*, n. 26.

(5) O. Fardoux, *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, Thèse, Lille 2, 1997.

(6) C. trav., art. L.8231-1 : « 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'éluider l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit ».

(7) C. trav., art. L. 8241-1, al. 1^{er} : « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite ».

(8) Le marchandage est prohibé depuis 1848. Cf. *infra*, n° 6.

(9) Y. Chalaron, *Pour un nouveau concept pénal de marchandage ou « trafic de main-d'œuvre »*, Dr. Soc. 1980, p. 507.

I. Le constat : les incertitudes liées à la licéité de la fourniture de main-d'œuvre

4. Ces dernières années, c'est surtout la signification du caractère lucratif de l'opération qui a été discutée (B). Mais ce débat ne doit pas occulter les incertitudes qui persistent autour de la notion de fourniture de main-d'œuvre (A).

A. La notion de fourniture de main-d'œuvre

5. La notion de fourniture de main-d'œuvre apparaît dans la définition actuelle du marchandage, à l'article L. 8231-1 du Code du travail. Que signifie-t-elle ? Aujourd'hui, la réponse à cette question ne semble guère faire de doute : la fourniture de main-d'œuvre est assimilée au prêt de main-d'œuvre. Autrement dit, il s'agit de la situation dans laquelle une entreprise met un ou plusieurs de ses salariés à la disposition d'une autre entreprise pour un temps limité. Le ou les salariés concernés sont ainsi placés temporairement sous la direction du chef de l'entreprise cliente.

La jurisprudence est en ce sens : l'immense majorité des arrêts relatifs au marchandage concerne des contrats de prestation de services dissimulant un simple prêt de main-d'œuvre (10) ou des prêts de main-d'œuvre effectués par une entreprise de travail temporaire en violation de la réglementation en la matière (11). Il s'ensuit alors, très souvent, un concours de qualifications : les délits de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre sont tous deux constitués.

6. Pourtant, cette assimilation de la fourniture de main-d'œuvre au prêt de main-d'œuvre ne va pas de soi. En effet, le marchandage est une pratique ancienne, dont on trouve les origines au XVIII^e siècle (12). À l'époque, les paysans subsistent difficilement sur des propriétés émietées. Pour pallier leur impécuniosité, ils se livrent, en plus de leur pratique agricole, à des travaux artisanaux à domicile qui leur sont confiés par les marchands ou les manufactu-

riers. C'est ainsi, par exemple, qu'au début du XIX^e siècle, une part importante de la production textile est assurée par les paysans à leur domicile (13).

Mais ce travail à domicile va favoriser l'apparition de marchands, c'est-à-dire d'intermédiaires entre le marchand ou le manufacturier et le travailleur. Ces intermédiaires sont payés à la commission et ne tirent leurs revenus que de la différence entre le prix payé par le patron et la rémunération versée au travailleur. Pour augmenter ces revenus, certains marchands s'emploient alors à diminuer le taux de rémunération à la pièce versé aux travailleurs, en prétextant des malfaçons ou des retards.

Ces abus du marchandage prennent rapidement une ampleur considérable, à tel point qu'ils sont violemment dénoncés par le monde ouvrier dès les années 1840. Cela entraîne l'abolition du marchandage par un décret du 2 mars 1848 (14). Ce texte vise l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchands. Il considère que cette exploitation est injuste, vexatoire et contraire au principe de fraternité, et déclare en conséquence que l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs est abolie.

À travers cette brève histoire du marchandage, on constate qu'à l'origine, ce dernier n'avait absolument rien à voir avec le prêt de main-d'œuvre. Il s'agissait plutôt d'une forme de sous-traitance (15), à ceci près que le sous-entrepreneur n'était pas une entreprise, mais un ouvrier.

7. Toutefois, le marchandage illicite a évolué au XX^e siècle, avec la loi du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre, à laquelle on doit l'actuelle définition du marchandage. Dans cette définition, il n'est plus question de sous-entrepreneur. C'est pourquoi la plupart des auteurs n'y font plus référence (16). Mais, pour une grande majorité d'entre eux, la fourniture de main-d'œuvre, visée

(10) V. encore, dernièrement, Cass. Crim., 3 juin 2014, n° 12-80.357.

(11) Cass. Soc., 8 avril 2009, n° 07-41.850, JCP G 2009, II, 10102, n. F. Dusquesne.

(12) J. Brodu, *Du marchandage*, Thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898.

(13) G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 1995, n° 134.

(14) D. 2 mars 1848, D. P. 1848, IV, 38.

(15) Les travaux de la Commission de gouvernement pour les travailleurs, mise en place en place au lendemain de la révolution de 1848, sont à cet égard très éclairants. On peut y lire (procès-verbal de la séance du 1^{er} mars 1848, D. P. 1848, I, p. 369) : « il y a les marchands ou tâcherons, qui sous-entreprennent certaines

parties de travaux et les font exécuter à la journée par des ouvriers sous leurs ordres directs (c'est nous qui soulignons). Ce genre de marchandage est oppressif pour l'ouvrier. L'abolition en est non seulement consentie, mais réclamée par l'assemblée. Il y a ensuite le marchandage habituel, qui consiste dans le marchandage à la pièce, ou pieçard ; ce genre de travail est avantageux à l'ouvrier comme au patron. Le pieçard est à conserver. Il y a enfin un troisième genre de marchandage, qui consiste dans l'entreprise faite ensemble par plusieurs autres ouvriers, par association, avec partage des bénéfices, au prorata du taux de la journée de chaque associé. C'est là un genre d'association utile à conserver, à encourager ».

(16) V. toutefois B. Bouloc, *Marchandage*, Répertoire de Droit du travail, Dalloz, n° 1 et s.

aujourd'hui à l'article L. 8231-1 du Code du travail, doit être assimilée au prêt de main-d'œuvre (17).

Il est incontestable qu'aujourd'hui le marchandage ne peut plus être cantonné à la sous-entreprise. Il est, en revanche, plus discutable qu'il soit purement et simplement confondu avec le prêt de main-d'œuvre. Si le marchandage n'était qu'un prêt de main-d'œuvre, pourquoi le législateur, en 1973, aurait-il maintenu le délit de marchandage, alors qu'il créait, par ailleurs, le délit de prêt illicite de main-d'œuvre ? Ce maintien ne peut se comprendre que si l'on considère que la fourniture de main-d'œuvre est une notion plus large que celle de prêt de main-d'œuvre, une notion qui recouvrirait aussi bien le prêt de main-d'œuvre que la véritable prestation de services effectuée au sein d'une entreprise cliente. Dans cette dernière situation, les salariés de l'entreprise prestataire demeurent sous l'autorité de leur employeur pour exécuter une tâche nettement définie.

Cette interprétation de la notion de fourniture de main-d'œuvre est confortée par les autres dispositions du Code du travail relatives au marchandage. En effet, dans le titre consacré au marchandage, après un premier chapitre qui concerne l'interdiction du marchandage, un deuxième chapitre prévoit des obligations à la charge du donneur d'ordre. Il ressort clairement des dispositions de ce chapitre que la fourniture de main-d'œuvre recouvre toutes les situations dans lesquelles une entreprise prestataire « fournit » de la main-d'œuvre à une entreprise cliente, peu important que l'autorité sur les salariés soit ou non transférée (18).

8. Le champ répressif de l'article L. 8231-1 du Code du travail se révèle ainsi potentiellement beaucoup plus large que celui de l'article L. 8241-1 du même code, qui vise spécifiquement le prêt de main-

d'œuvre (19). Hélas, la jurisprudence ne semble pas admettre une telle acception de la notion de fourniture de main-d'œuvre. Pourtant, elle constituerait une réponse pénale à des relations économiques de plus en plus complexes, dans le cadre desquelles il est souvent difficile de distinguer le prêt de main-d'œuvre de la prestation de services (20).

B. Le but lucratif de l'opération

9. Qu'il s'agisse de prêt de main-d'œuvre ou de marchandage, seules les opérations « à but lucratif » sont prohibées. Mais que doit-on entendre par là ? La loi est restée longtemps silencieuse sur ce point et la jurisprudence était pour le moins hésitante (21). La Cour de cassation rendait, en effet, autrefois, des arrêts divergents. Parfois, elle semblait se contenter du caractère onéreux de l'opération (22) pour entrer en voie de condamnation. Le seul remboursement par l'entreprise utilisatrice à l'entreprise prêteuse des salaires versés au salarié et des charges correspondantes suffisait donc, *a priori*, à donner un caractère lucratif à l'opération. Mais, dans d'autres arrêts, elle mettait l'accent sur le bénéfice pécuniaire (23) ou sur la marge bénéficiaire (24) réalisés par l'entreprise prêteuse, exigeant donc, pour reconnaître le caractère lucratif, que l'entreprise prêteuse facture à l'entreprise utilisatrice une somme supérieure à celle correspondant aux salaires et aux charges sociales liés aux salariés mis à disposition.

10. En définitive, c'est par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 mars 2007 (25) que cette notion de caractère lucratif a été quelque peu clarifiée, la Haute juridiction affirmant que le but lucratif « peut consister, au profit de l'utilisateur ou du prêteur de main-d'œuvre, en un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire ».

On pouvait en déduire que l'opération de fourniture

(17) V. notamment T. Aubert-Monpeyssen et M. Emeras, *Travail illégal*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, spéc., n° 126.

(18) Pour de plus amples développements en faveur de cette interprétation extensive de la notion de fourniture de main-d'œuvre, v. notre thèse, op. cit., n°s 336 et s.

(19) De rares auteurs plaident en faveur d'une telle acception. V., en particulier, F. Gaudu, La responsabilité civile du prêteur de main-d'œuvre, D. 1988, Chron. 235, n. 12 bis : « Le prêt de main-d'œuvre et la sous-entreprise de main-d'œuvre, qui réalisent l'un et l'autre une spéculation sur la main-d'œuvre, peuvent tous deux être qualifiés de "marchandage" ». Dans l'un et l'autre cas, l'employeur fournit la main-d'œuvre d'autrui, mais, dans un cas, il s'exécute en transférant son droit de diriger la main-d'œuvre, dans l'autre, en mettant lui-même en œuvre, au profit de son cocontractant, la force de travail de ses salariés ». V. également J. de Maillard, P. Mandroyan, J.-P. Plattier, T. Priestley, L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'« extériorisation de l'emploi », Dr. Soc. 1979, p. 323.

(20) Pour le professeur Kerbourc'h, il faut « prendre acte que la complexité des relations économiques de sous-traitance ne permet plus, en pratique, de faire une distinction claire entre une mise à disposition de personnel résultant de l'exécution d'un marché et la mise à disposition exclusive faite en exécution d'un contrat de prêt de personnel » (J.-Y. Kerbourc'h, Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ?, Dr. Soc. 2009, p. 541).

(21) Pour une évocation de cette jurisprudence, v. en particulier : G. Auzero, Le but lucratif dans les opérations de prêt de main-d'œuvre, Dr. Soc. 2012, p. 115 ; J.-F. Césaro, n. sous Cass. Crim., 20 mars 2007, JCP S 2007, 1443.

(22) Cass. Crim., 15 février 1983, Bull. crim., n° 57 (relevant l'existence d'une rétribution) ; Cass. Soc., 4 avril 1990, Bull. civ., V, n° 157, Dr. Soc. 1990, p. 780, rapp. Ph. Waquet (relevant l'existence d'une rémunération) ; Cass. Crim., 16 mai 2000, n° 99-85.485 (relevant l'existence d'une facturation).

(23) Cass. Crim., 25 juin 1985, Bull. crim., n° 250 ; Cass. Soc., 25 septembre 1990, Bull. civ., V, n° 382.

(24) Cass. Soc., 17 juin 2005, Bull. civ., V, n° 205.

(25) Cass. Crim., 20 mars 2007, Bull. crim., n° 86, JCP S 2007, 1443, n. J.-F. Césaro.

de main-d'œuvre devait être considérée comme ayant un caractère lucratif lorsque le prêteur de main-d'œuvre en retirait un profit pécuniaire. Autrement dit, cela supposait qu'il facture à l'entreprise utilisatrice une somme supérieure à celle correspondant aux salaires et aux charges sociales liés aux salariés mis à disposition.

Mais comme l'entreprise utilisatrice était, elle aussi, susceptible de faire un bénéfice, selon les termes de l'arrêt, on pouvait se demander si cela ne signifiait pas que le seul fait pour elle de réaliser une économie de dépenses à travers cette opération de fourniture de main-d'œuvre ne suffisait pas à donner un caractère lucratif à l'opération (26).

11. Cette interprétation a été confirmée par la Chambre sociale de la Cour de cassation : dans un arrêt du 18 mai 2011 (27), la Haute juridiction a affirmé que « le caractère lucratif de l'opération peut résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés » à l'entreprise utilisatrice. En l'espèce, une opération de prêt de main-d'œuvre avait été réalisée à prix coûtant, et pourtant la Cour de cassation a retenu le caractère lucratif de l'opération en raison de l'économie réalisée par l'entreprise utilisatrice, qui n'avait pas eu à assurer directement la gestion du personnel grâce au prêt de main-d'œuvre.

La position adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans cet arrêt du 18 mai 2011 était susceptible d'étendre considérablement le domaine de la fourniture de main-d'œuvre illicite car, dans la plupart des cas, même si le prêt de main-d'œuvre est réalisé à prix coûtant, l'entreprise utilisatrice en retire un avantage.

12. En tout cas, cet arrêt semble avoir inquiété le législateur, car, quelques jours seulement après qu'il ait été rendu, un amendement est venu modifier une proposition de loi qui était alors à l'étude. Cet amendement visait notamment à introduire dans le Code du travail une définition du prêt de main-d'œuvre sans but lucratif. Et ce fut effectivement chose faite : la loi du 28 juillet 2011 (28) a ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 8241-1 du Code du travail : « 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 ».

13. Il n'est pas certain que cette définition légale de l'absence de but lucratif suffise à briser la jurisprudence antérieure. En effet, le texte se réfère seulement à la situation de l'entreprise prêteuse et confirme sur ce point la jurisprudence, puisqu'il est désormais acquis qu'une opération à prix coûtant (i.e. avec simple remboursement des salaires, charges et frais professionnels éventuels) met l'entreprise prêteuse à l'abri d'une condamnation pour prêt illicite de main-d'œuvre. En revanche, rien n'est dit sur l'entreprise utilisatrice. La position adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 mai 2011 n'est donc pas nécessairement remise en cause (29).

14. Les arrêts rendus par la Cour de cassation après la loi de 2011 semblent conforter cette analyse.

C'est ainsi que la Cour de cassation s'est prononcée sur la situation dans laquelle une entreprise a recours de manière irrégulière à des travailleurs intérimaires. Elle a relevé, pour établir le but lucratif de l'opération, que le recours massif à l'intérim était source de profit pour l'entreprise de travail temporaire comme pour l'entreprise utilisatrice, dont la masse salariale, qui pouvait ainsi s'ajuster à son carnet de commandes, était allégée du paiement des gratifications ou primes qu'elle versait uniquement à ses salariés et non aux travailleurs intérimaires (30).

Surtout, la Haute juridiction a rendu plusieurs arrêts portant sur des situations de fausse sous-traitance ou prestation de services. Cela l'a amenée à considérer que le but lucratif de l'opération était caractérisé pour une entreprise qui, grâce au recours à de la main-d'œuvre extérieure, éludait le paiement des charges sociales (31), ou pour une entreprise cliente qui avait bénéficié d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et qui avait économisé, notamment, les charges diverses liées au recrutement de salariés, ainsi que les charges salariales pendant les périodes de congés (32).

(26) La Cour de cassation avait déjà retenu cette solution, notamment dans un arrêt du 12 mai 1998 (préc., n. 4). Dans cette affaire, une société filiale suisse mettait des salariés à la disposition de sa société-mère située en France. Cette dernière se défendait en invoquant que le but lucratif n'existait pas, car le prêt de personnel intervenait « à prix coûtant ». Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation a relevé que le but lucratif de l'opération était constitué par l'économie réalisée par la société-mère, les charges sociales en Suisse étant moins élevées qu'en France.

(27) Cass. Soc., 18 mai 2011, Bull. civ., V, n°117, SSL 2011, n° 1493, p. 6, rapp. H. Gosselin ; RTD trav. 2011, p. 503, n. A. Fabre ; JCP S 2011, 1502, n. T. Lahalle.

(28) L. n°2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et de la sécurisation des parcours professionnels (art. 40).

(29) D. Métin, *Mise à disposition et prêt de main-d'œuvre : la main-d'œuvre extérieure importée dans l'entreprise*, Dr. Ouvr. 2013, p. 173.

(30) Cass. Crim., 13 novembre 2012, Bull. crim., n°245.

(31) Cass. Crim., 19 mars 2013, Bull. crim., n°67.

(32) Cass. Crim., 8 avril 2014, n° 12-88.429.

À ce jour, la jurisprudence n'a donc pas sensiblement évolué concernant l'appréciation du caractère lucratif de l'opération à l'égard de l'entreprise utilisatrice (33). L'objectif de sécurisation des prêts de main-d'œuvre, poursuivi par le législateur, n'est toujours pas atteint.

15. Ces incertitudes liées à la fourniture de main-d'œuvre illicite sont préjudiciables aux salariés (33 bis), mais aussi aux entreprises, qui sont aujourd'hui confrontées à une grande insécurité juridique. Seul le législateur pourrait y mettre fin. Mais encore faudrait-il pour cela qu'il se prononce sur ce qui est socialement acceptable.

II. Les perspectives : entre libéralisation et encadrement de la fourniture de main-d'œuvre

16. Depuis quelque temps, la tendance est à la libéralisation de la fourniture de main-d'œuvre (A). Pourtant, un meilleur encadrement des pratiques demeure souhaitable (B).

A. Les tentations de libéralisation de la fourniture de main-d'œuvre

17. Pendant longtemps, la fourniture de main-d'œuvre a été vue avec une très grande méfiance par le législateur et les partenaires sociaux. Toutefois, ces dernières années, sous la pression des contraintes économiques, la situation évolue.

18. C'est ainsi, d'abord, que le prêt de main-d'œuvre à but lucratif, initialement réservé aux entreprises de travail temporaire, a été étendu (34) aux entreprises de travail à temps partagé (35) et aux entreprises de portage salarial (36). Aujourd'hui, l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif ne s'applique plus, non plus, aux opérations réalisées dans le cadre de l'exploitation d'une agence de mannequins, lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin (37), ni à celles effectuées dans le cadre des dispositions de l'article L. 222-3 du Code du sport relatives aux associations ou sociétés

sportives, ni enfin aux opérations qui interviennent dans le cadre des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du Code du travail relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1 du Code du travail (38).

19. Ce sont, ensuite, les partenaires sociaux qui ont décidé de promouvoir le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif entre entreprises, en concluant un accord national interprofessionnel « Sur la gestion des conséquences sociales de la crise » le 8 juillet 2009 (39). Cet accord encadrerait le recours au prêt de main-d'œuvre à but non lucratif entre entreprises. Un accord de branche a également été signé dans la métallurgie le 7 mai 2009 (40).

20. Enfin, le législateur a tenté, à son tour, de développer le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. En 2009, la question du prêt de main-d'œuvre a fait l'objet d'un rapport remis au ministre du Travail (41). Ce rapport a été suivi d'une proposition de loi de Jean-Frédéric Poisson (42), votée en première lecture à l'Assemblée nationale, mais ensuite abandonnée. En 2011, la loi *Cherphion* (43) a réformé les prêts de main-

(33) Il convient, toutefois, de rester prudent car il n'est pas certain que la Haute juridiction ait fait application, dans les arrêts précités, de la loi du 28 juillet 2011. Les demandeurs au pourvoi l'y invitaient, considérant que cette loi, s'apparentant à une loi plus douce ou à une loi interprétative, devait recevoir application pour des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. Ils en déduisaient qu'il convenait d'apprécier le but lucratif de l'opération au regard de la définition du dernier alinéa de l'article L. 8241-1 du Code du travail. Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté les différents pourvois, adoptant une position sibylline à l'égard de l'application de la loi nouvelle aux faits concernés. On attend donc avec intérêt les prochains arrêts de la Cour de cassation sur cette question.

(33 bis) Sur le volet de la réparation, H. Guichaoua, *Les droits du salarié victime de travail illégal*, Dr. Ouvr. 2013, p. 510.

(34) C. trav., art. L. 8241-1, al. 2.

(35) Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 ; art. L. 1252-1 et s. C. trav. Ces textes prévoient, en substance, que des entreprises de travail à temps partagé peuvent être créées dans le but exclusif de mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes en raison de leur taille ou de leurs moyens. Ils ont fait l'objet de critiques sévères : P.-Y. Verkindt, *Le travail à temps partagé* (loi n° 2005-882, 2 août 2005, art. 22) ou « Pourquoi faire simple quand... », JCP S 2005, 1118 ;

M. Del Sol, *L'intermédiation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux*, JCP S 2005, 1314.

(36) Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 ; art. L. 1251-64 C. trav. Le portage salarial est une forme particulière de prêt de main-d'œuvre, qui permet à une personne de proposer ses services à des entreprises clientes sans avoir à créer sa propre entreprise. En pratique, cette personne (généralement un consultant) effectue des prestations pour différents clients. Mais ces prestations sont facturées auprès d'une société de portage, qui les rétrocède ensuite au consultant sous forme de salaires, après déduction des cotisations sociales (patronales et salariales) et d'une commission.

(37) Loi n° 90-603 du 12 juillet 1990, art. 13.

(38) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, art. 10-11.

(39) Liais. Soc. n° 204-2009 du 6 octobre 2009 ; D. Métin, préc.

(40) Liais. Soc. n° 120-2009 du 5 juin 2009.

(41) T. Chaudron, *Les tiers employeurs ou comment conjuguer compétitivité et responsabilité dans la France du XXI^e siècle*, février 2009.

(42) Proposition de loi visant à faciliter le maintien et la création d'emplois, adoptée en première lecture le 9 juin 2009.

(43) Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011, préc., n. 28.

d'œuvre effectués dans le cadre d'un groupement d'employeurs (44) et a encadré les prêts de main-d'œuvre à but non lucratif (45).

21. Ces différentes initiatives ont principalement pour objectif d'adapter les règles du droit du travail aux impératifs de la vie économique, mais aussi, dans la conjoncture actuelle, de faire face à la crise en luttant plus efficacement contre le chômage. On notera, toutefois, que le mouvement de libéralisation de la fourniture de main-d'œuvre va bien au-delà de ces objectifs affichés.

Cela est particulièrement vrai pour les groupements d'employeurs. À l'origine (46), le dispositif relatif à ces groupements avait été conçu pour permettre à de petites entreprises de mutualiser leurs besoins de main-d'œuvre. À cette fin, la loi prévoyait que des groupements de personnes physiques ou morales entrant dans le champ d'application d'une même convention collective pouvaient être constitués dans le but de mettre à la disposition de leurs membres des salariés liés à ces groupements par un contrat de travail (47). Mais, par la suite, le dispositif a été réaménagé à de multiples reprises. C'est ainsi que, si les entreprises pouvant constituer un groupement devaient initialement compter au maximum dix salariés, ce seuil a ensuite été progressivement relevé (48), avant d'être totalement supprimé par la loi *Cher pion* du 28 juillet 2011 (49). Cette même loi a également supprimé l'interdiction de principe de l'adhésion d'une entreprise à plus de deux groupements d'employeurs (50). Si l'on ajoute à cela qu'antérieurement avait déjà été autorisée la création de groupements composés d'entreprises

relevant de conventions collectives différentes (51), on se convaincra sans peine que le législateur a mis tout en œuvre pour rendre attractifs ces groupements : ils devraient attirer aussi bien les entreprises qui ont un besoin ponctuel de main-d'œuvre que « celles qui aspirent à se défaire des pesanteurs de la gestion des ressources humaines » (52). Mais, au fil des réformes législatives, le groupement d'employeurs a totalement changé de logique : alors qu'il s'agissait, autrefois, d'assister les très petites entreprises dans leurs besoins de main-d'œuvre, ce sont aujourd'hui les grandes entreprises qui peuvent, grâce au dispositif relatif aux groupements d'employeurs, optimiser à moindre coût leur gestion du personnel (53).

22. Au-delà de l'exemple du groupement d'employeurs, le constat est sans appel : le prêt de main-d'œuvre est, à l'heure actuelle, un mode de gestion de la main-d'œuvre largement encouragé par les pouvoirs publics (54). La fourniture de main-d'œuvre qui intervient dans le cadre d'un contrat de prestation de services est, pour sa part, considérée comme licite dans la plupart des cas. Pour autant, on ne peut se résoudre à sacrifier les salariés sur l'autel de la libéralisation de la fourniture de main-d'œuvre.

B. La nécessité d'un meilleur encadrement de la fourniture de main-d'œuvre

23. Il y a plus de trente ans déjà, un auteur (55) doutait que l'on puisse attendre de l'action juridique la résorption de l'extériorisation de l'emploi (56), dans la mesure où l'éclatement de la collectivité de travail obéit à des logiques extérieures au droit du travail. En

(44) P. Fadeuilhe, Les groupements d'employeurs : un dispositif de prêt de main-d'œuvre au service de l'emploi durable, SSL 2012, n°1523 ; S. Tourneaux, Libéralisation des groupements d'employeurs et statut embryonnaire de la mise à disposition, RDT 2011, p. 572.

(45) C. trav., art. L. 8241-2, al. 3.

(46) Loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social.

(47) C. trav., art. L. 127-1, al. 1^{er}, réed. loi n°85-772 du 25 juillet 1985.

(48) Loi n°87-588 du 30 juillet 1987 : cent salariés. Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 : trois cents salariés. Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 : dépassement du seuil de trois cents salariés possible, à la condition que l'entreprise concernée ait conclu un accord collectif ou d'établissement définissant les garanties accordées aux salariés du groupement.

(49) Abrogation de l'article L. 1253-5 du Code du travail, qui autorisait le dépassement du seuil de trois cents salariés sous réserve d'accord collectif précisant les garanties applicables aux salariés du groupement.

(50) Abrogation de l'article L. 1253-4 du Code du travail.

(51) Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993. La loi n°2005-882 du 2 août 2005 a également permis aux groupements d'employeurs de se constituer sous la forme de coopératives, et non plus exclusivement sous forme d'associations sans but lucratif (loi de 1901), comme c'était le cas auparavant.

(52) S. Tourneaux, Mise à disposition par un groupement d'employeurs : un prêt de main-d'œuvre comme les autres ?, Dr. Soc. 2012, p. 800, n°34. On précisera que la loi n'impose aucun effectif minimum aux entreprises membres d'un groupement d'employeurs. Une entreprise peut donc adhérer à un groupement bien qu'elle n'emploie aucun salarié.

(53) Comme le relevait le Professeur Dockès (E. Dockès, Faut-il libéraliser le prêt de main-d'œuvre ? Modernité d'une prohibition ancestrale, RDT 2011, p.625) juste avant l'adoption de la loi *Cher pion* : « Avec la proposition de loi nouvelle, les grandes entreprises pourront constituer des dizaines de groupements d'employeurs-écrans, créés à des fins d'« optimisation » sociale, en toute légalité ».

(54) Les opérations de prêt de main-d'œuvre expressément autorisées ne se limitent d'ailleurs pas aux situations que nous avons évoquées. Le Professeur Kerbourc'h dénombrerait ainsi, en 2009, une douzaine de statuts créés par le législateur (J.-Y. Kerbourc'h, Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ?, op. cit., 537).

(55) A. Lyon-Caen, À propos de l'entreprise éclatée, Dr. Ouvr. 1981, p. 129.

(56) C'est-à-dire la réunion des travailleurs autour d'une même collectivité de travail.

2014, le doute est devenu certitude : non seulement on n'envisage plus de revenir sur certaines pratiques des entreprises, mais on accompagne et on favorise même parfois le développement de ces pratiques.

24. Le prêt de main-d'œuvre constitue l'une de ces pratiques encouragées par le législateur. Mais sa licéité est, aujourd'hui encore, très incertaine, compte tenu des difficultés liées à la notion de but lucratif. Or il est à craindre que ces difficultés ne puissent être surmontées, car l'entreprise utilisatrice réalise toujours – au minimum – une économie dans l'opération, ne serait-ce que parce qu'elle n'a pas à assurer elle-même la gestion du personnel qui lui est fourni.

25. Pour sortir de cette impasse, une solution consisterait dans la suppression du délit de prêt illicite de main-d'œuvre (57). Cette suppression, qui n'aurait pas pour effet d'atténuer la répression des prêts illicites de main-d'œuvre (58), permettrait de ne plus avoir à procéder à des recherches aléatoires pour tenter d'établir la réalité du prêt de main-d'œuvre sous l'apparence d'un contrat de prestations de services (59). Elle aurait également le mérite de mettre un terme à la double incrimination injustifiée de la fourniture illicite de main-d'œuvre mise en place en 1973. Cette double incrimination s'explique par la volonté du législateur, à l'époque, d'interdire aux entreprises n'ayant pas la qualité d'entreprises de travail temporaire de pratiquer des prêts de main-d'œuvre à but lucratif. Pour assurer un monopole du prêt de main-d'œuvre à but lucratif aux entreprises de travail temporaire, le législateur a donc créé le délit de prêt illicite de main-d'œuvre. Or le délit de marchandage, réécrit à cette époque, aurait suffi, à lui seul, à protéger ce monopole (60). Le délit de

prêt de main-d'œuvre illicite a donc bien inutilement contribué à obscurcir la notion de marchandage.

26. Mais si la suppression du délit de prêt illicite de main-d'œuvre pourrait être envisagée, il conviendrait, en revanche, de maintenir et de renforcer le délit de marchandage. À l'heure actuelle, l'article L. 8231-1 du Code du travail permettrait déjà, si la jurisprudence lui conférait son exacte portée, d'interdire toutes les opérations de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif, qu'elles entraînent ou non un transfert d'autorité sur les salariés, dès lors qu'elles causent un préjudice à ces derniers ou qu'elles ont pour effet d'éluder des dispositions légales ou conventionnelles. Demain, il suffirait d'un léger toilettage de ce texte pour prohiber toutes les opérations de fourniture de main-d'œuvre (61) qui causent un préjudice aux salariés (62).

27. Dans l'absolu, le préjudice devrait consister, pour les salariés concernés, dans le fait qu'ils ne bénéficient pas du statut, individuel et collectif, des salariés de l'entreprise cliente. Mais le législateur, depuis 1972, a réglementé certains types de fourniture de main-d'œuvre. On ne peut donc considérer que les salariés subissent un préjudice dans ces situations. En outre, tous les contrats de prestations de services impliquant la présence de salariés extérieurs sur le site de l'entreprise cliente ne peuvent sans doute pas non plus être considérés comme causant un préjudice à ces salariés. C'est pourquoi, en l'absence de volonté politique de résorber la fourniture de main-d'œuvre, il conviendrait au moins d'assurer une protection aux salariés qui sont intégrés à une communauté de travail (63) et dont la force de travail profite à une entreprise qui n'est pas leur employeur. Aujourd'hui,

(57) La question de l'abandon de l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif est posée par certains auteurs aujourd'hui. V. not. F. Favennec-Héry, *Vers une libéralisation du prêt ou de la fourniture de main-d'œuvre*, in université Panthéon-Assas, Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 704. Dans certains pays, le prêt de main-d'œuvre n'est pas du tout limité. C'est le cas de l'Autriche, des Pays-Bas et de la Suède. Cf. Rapport Chaudron, préc., n. 41.

(58) Les prêts de main-d'œuvre seraient, en effet, toujours susceptibles d'être réprimés au titre du marchandage, dès lors qu'ils causent un préjudice aux salariés concernés.

(59) On sait qu'actuellement le juge adopte la méthode du faisceau d'indices pour tenter d'établir le prêt de main-d'œuvre : il étudie les stipulations contractuelles (objet du contrat, modalités de rémunération) et s'intéresse à l'exécution de la prestation (situation des salariés dans l'entreprise cliente, origine du matériel et de l'outillage). Tous ces éléments, pris isolément, ne sont pas déterminants, mais leur réunion est censée permettre d'apprécier l'objet réel de l'opération.

(60) Lorsqu'une entreprise, qui n'est pas une entreprise de travail temporaire, se livre à un prêt de main-d'œuvre à but lucratif, elle prive le salarié du bénéfice du statut de travailleur intérimaire, lui causant ainsi un préjudice. Le délit de marchandage est donc constitué.

(61) La référence au but lucratif devrait être supprimée car, outre les difficultés d'interprétation évoquées pour le prêt de main-d'œuvre, elle n'apporte rien, dans les autres cas, qui permette de différencier le licite de l'illicite.

(62) Il n'est, à notre sens, pas utile de maintenir l'éლისion de la loi ou de la convention parmi les effets illicites du marchandage : lorsqu'une loi ou une convention collective est éludée, il en découle toujours un préjudice pour le salarié.

(63) Cette formule n'est pas très précise, mais elle pourrait servir de base au juge pour apprécier les situations dans lesquelles les salariés fournis subissent un préjudice en n'étant pas employés directement par l'entreprise cliente. Le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC) et la Cour de cassation (Cass. Soc., 28 février 2007, RJS 2007, n° 636, Dr. Ouvr. 2007, p. 287 n. E. Boussard-Verrecchia) ont, pour leur part, eu recours à une formule un peu plus restrictive dans leur interprétation de l'article L. 1111-2 du Code du travail, qui prévoit que, pour la mise en œuvre des dispositions du code, les effectifs de l'entreprise sont calculés en prenant notamment en compte « les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure » : ils ont considéré que ces salariés mis à disposition étaient ceux qui étaient intégrés de façon étroite et permanente à une communauté de travail. Cela leur a permis de prendre en compte dans les effectifs de l'entreprise cliente aussi bien les salariés prêtés que les salariés intervenant dans le cadre d'un contrat de prestation de services et demeurant sous l'autorité de leur employeur.

cette protection n'est mise en place que de manière parcellaire pour certains types de prêt de main-d'œuvre (64), et demeure extrêmement limitée en cas de prestations de services (65). Pourtant, il serait parfaitement envisageable d'instituer une protection en grande partie commune (66). Il s'agirait de mettre en place un statut du salarié faisant l'objet d'une fourniture de main-d'œuvre (67), dans le sens que nous avons précisé (68), en posant les conditions dans lesquelles ce salarié peut être fourni à une entreprise cliente, en déterminant également les règles applicables pendant l'exécution de son travail au profit de cette entreprise et, enfin, en prévoyant des dispositions protectrices lorsqu'il est mis fin à la prestation de travail au sein de cette entreprise (69). Il serait alors possible de considérer que le préjudice subi par les salariés fournis consiste dans le non-respect de ces règles protectrices (70).

28. L'éclatement, à l'époque contemporaine, de l'organisation que constitue l'entreprise, n'est pas sans rappeler le modèle de production des petites structures artisanales du XIX^e siècle. Dans ce contexte, le délit de marchandage, s'il était débarrassé de l'interférence abusive du délit de prêt illicite de main-d'œuvre, conserverait toute sa pertinence. Mais, pour enfin sécuriser les opérations incluant une fourniture de main-d'œuvre et mieux protéger les salariés, le législateur devrait s'atteler à l'important chantier que constitue l'harmonisation des règles s'appliquant aux salariés dont la force de travail profite à une entreprise qui n'a pas la qualité d'employeur. Il n'est pas certain, hélas, qu'il en ait la volonté (71).

Olivier Fardoux

(64) Dernièrement, c'est le prêt de main-d'œuvre sans but lucratif qui a été doté d'un statut par la loi *Cherphion* du 28 juillet 2011. Mais la doctrine a regretté les insuffisances de cette réforme : F. Favennec-Héry, Prêt de main-d'œuvre à but non lucratif : un texte décevant, *Dr. Soc.* 2011, p.1200 ; S. Tourneaux, Libéralisation des groupements d'employeurs et statut embryonnaire de la mise à disposition, *RDT* 2011, p.572. Sur la diversité de la protection offerte aux différents salariés prêtés, v. R. Marié, Vers une nécessaire redéfinition du droit de la mise à disposition, *JCP S* 2009, 1131.

(65) M. Kocher, À la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ?, *Dr. Ouvr.* 2013, p. 177.

(66) Cette protection existe d'ailleurs déjà pour les détachements transnationaux de travailleurs : le législateur français (C. trav., art. L. 1261-1 et s. et R. 1261-1 et s.) et le législateur communautaire (Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services) imposent des règles protectrices applicables à tous les salariés détachés. Au titre du détachement, les dispositions du Code du travail et la directive du 16 décembre 1996 visent aussi bien les situations de prêt de main-d'œuvre que les prestations de services dans le cadre desquelles les salariés demeurent placés sous l'autorité de leur employeur.

(67) Des auteurs évoquent un statut du « tiers employé » : F. Favennec-Héry, J.-Y. Kerbourc'h, Le rapport Chaudron : un rendez-vous manqué ?, *SSL* 2009, n° 1392.

(68) Il conviendrait de compléter l'article L. 8231-1 du Code du travail, relatif au marchandage, en précisant qu'il y a fourniture de main-d'œuvre, au sens de ce texte, lorsqu'un salarié est intégré à une communauté de travail, mais que sa force de travail profite à une entreprise qui n'est pas son employeur.

(69) L'un des principaux préjudices causés au salarié qui fournit sa force de travail à une entreprise qui n'est pas son employeur consiste dans le fait qu'il ne bénéficie pas des dispositions relatives au licenciement au sein de cette dernière : l'entreprise cliente n'apparaît pas comme celle qui, le cas échéant, prend la décision de licencier.

(70) L'article L. 8231-1 du Code du travail devrait être modifié en ce sens.

(71) La récente loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale témoigne du maintien de la politique des petits pas. - v. page suivante, le commentaire de cette loi par H. Guichoua.



L'Harmattan coll.
Thèses & Travaux
universitaires
2014 - 774 pages
ISBN : 978-2-343-04256-5
61 euros

LA CRÉANCE DE SALAIRE

par Dimitra Pallantza

Créance et salaire, deux institutions renvoyant chacune à des réalités juridiques distinctes : l'une au droit des obligations, l'autre au droit du travail qui s'articule dans sa totalité autour de la question du salaire. Nées apparemment dans des milieux juridiques différents, il apparaît qu'elles trouvent ensemble une place dans la réalité juridique actuelle. D'une réflexion instinctive, la créance de salaire semble amener au cœur du débat un sujet qui n'a cessé d'être d'actualité depuis quelques décennies et qui s'intéresse précisément aux relations existantes entre le droit du travail et le droit civil, sans doute parce que les rapports qu'entretiennent les deux disciplines ne sont pas restés figés, mais ont au contraire évolué en permanence. Elle fait, donc, partie des nombreuses problématiques qui invitent à des recherches transversales.

De plus, l'originalité de cette étude tient principalement au fait qu'il n'existe pas de stricte équivalence entre la « créance de salaire » et la « dette de salaire », la première vue du côté salarié, la deuxième vue du côté employeur. Si la créance du salarié porte sur la réception d'une prestation, voire du salaire, la dette de l'employeur ne se limite pas uniquement au versement du salaire, mais s'étend également au respect des obligations accessoires, c'est-à-dire des dispositions légales, contractuelles et conventionnelles afférentes à la fixation de son montant et à son paiement. Cette différence de perspective rend impérieuse la nécessité, à la fois théorique et pratique, d'une étude sur la créance de salaire, du stade de sa conception jusqu'à celui de sa satisfaction. Précisément, on considère que le temps est venu pour approfondir une figure juridique à la fois si évidente et si opaque, l'opacité tenant surtout au fait que la créance de salaire constitue non seulement un cadre juridique fluctuant, mais également un carrefour interdisciplinaire.