

COUR D'APPEL DE PARIS (P. 6 – ch. 8) 30 novembre 2015

SAS Hôtelière Paris Eiffel-Suffren et a. contre D. et syndicat CGT du commerce

Faits et procédure :

Mme D. a été engagée à compter du 1<sup>er</sup> août 2008 par la Société Française de Service Groupe, aux droits de laquelle se trouve la SA Global Facility Services, en qualité de femme de chambre, selon un contrat de travail à durée indéterminée, avec reprise de son ancienneté au 7 décembre 2002.

Elle est affectée depuis le 1<sup>er</sup> avril 2009 au sein de l'hôtel Suffren, exploité par la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren.

La relation de travail est régie par la convention collective des entreprises de propreté.

Mme D. a, le 30 avril 2012, saisi le Conseil de prud'hommes de Paris de demande de rappels de salaires.

Par lettre recommandée en date du 17 septembre 2012, la Société Française de Service Groupe a notifié à Mme D. sa mutation, à compter du 2 octobre suivant, sur le site de l'hôtel Pullamn Tour Eiffel, ce que cette dernière a refusé.

Par lettre du 10 octobre 2012, l'union syndicale CGT a annoncé la candidature imminente de Mme D. aux élections de délégué du personnel, ce que cette dernière a confirmé à la Société Française de Service Groupe par lettre du lendemain.

Mme D. a été convoquée le 12 octobre 2012, pour le 22 octobre suivant, à un entretien préalable à un éventuel licenciement.

Elle a reçu notification de son licenciement pour faute grave par lettre recommandée datée du 25 octobre 2012.

Par jugement en date du 26 juin 2014, le tribunal de commerce a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la SA Global Facility Services, désignant Maître Baronnin en qualité d'administrateur judiciaire et Maître Pellegrini en qualité de mandataire judiciaire.

Par jugement en date du 8 janvier 2015, le conseil de prud'hommes, en sa formation de départage a, notamment :

- fixé la créance de Mme D. au passif de la SA Global Facility Services à la somme de 14.136,50 € à titre de rappel de salaires sur temps complet et à celle de 1.413,65 € de congés payés afférents ;
- dit que la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren et la SA Global Facility Services sont tenues *in solidum* au paiement de payer à Mme D. la somme de 25.000 € à titre de dommages-intérêts pour délit de marchandage ;
- condamné la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren au paiement de cette somme et l'a fixée à titre de créance au passif de la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren ;
- déclaré nul le licenciement ;
- ordonné la réintégration de Mme D. ;

- fixé sa créance au passif de la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren à la somme de 48.289,12 € à titre d'indemnité du fait de sa réintégration.

La société hôtelière Paris Eiffel-Suffren, la SA Global Facility Services et l'AGS-CGEA IdFest sont appelantes de cette décision.

La société hôtelière Paris Eiffel-Suffren a déposé un mémoire aux fins de question prioritaire de constitutionnalité et demande à la cour de soumettre à la Cour de cassation en vue de son renvoi devant la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « *Les dispositions de l'article L.8231-1 du Code du travail relatives au délit de marchandage et la portée effective de leur interprétation du fait de leur imprécision, leur confèrent-elles un caractère inconstitutionnel au regard des droits et libertés garantis par la constitution* ».

La société hôtelière Paris Eiffel-Suffren s'associe à ce mémoire.

Madame l'avocate générale est d'avis qu'il n'y a pas lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité dont la cour est saisie.

Motivation :

**La société hôtelière Paris Eiffel-Suffren fait valoir que les trois conditions exigées par l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, pour la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, sont réunies dès lors que :**

- les dispositions en cause sont applicables au litige ou à la procédure,
- elles n'ont pas été déclarées conformes à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du conseil constitutionnel,
- la question soulevée présente un caractère sérieux.

**La société hôtelière Paris Eiffel-Suffren, s'agissant des conséquences sur les libertés fondamentales de l'interprétation donnée au délit de marchandage, allègue que :**

- le délit de marchandage est reconnu dès lors qu'une entreprise contracte avec une autre entreprise, dans son cœur de métier, ce qui enfreint la liberté d'entreprendre,
- le délit de marchandage est reconnu dès lors que le contrat de sous-traitance a pour effet de soustraire le salarié de l'entreprise où il effectue sa prestation, ce qui enfreint la liberté de négocier et de respecter les statuts issus de cette négociation,
- le délit de marchandage tel qu'il est institué par la loi enfreint le principe de légalité des délits et des peines.

\*\*\*\*

**La question prioritaire de constitutionnalité, soulevée dans un mémoire distinct et motivé, est recevable en la forme.**

Selon l'article 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 des dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit.

En recherchant si l'activité sous-traitée implique une spécialisation ou un savoir-faire que ne possèdent pas les salariés de l'utilisateur, le juge ne fait que définir un critère, parmi d'autres, permettant de caractériser le marchandage.

Seuls ses effets, un détournement frauduleux de dispositions légales ou conventionnelles, rendent le marchandage répréhensible.

Dès lors, le fait d'interdire à deux entreprises de contracter pour intervenir sur un métier qui leur est commun n'a en aucun cas pour effet de restreindre leur liberté d'entreprendre.

Elles peuvent, en effet, contracter librement, sous réserve :

- qu'elles veillent à ne pas nuire aux droits des salariés de se prévaloir des avantages, quand bien même ils seraient minimes, plus favorables de la convention de l'entreprise dans laquelle ils sont, comme en l'espèce, affectés,
- qu'elles ne soient pas animées d'une intention délictueuse.

Le délit de marchandage n'enfreint pas plus la liberté fondamentale de négocier, dès lors que l'article en cause est sans effet sur la liberté de négocier, s'agissant uniquement pour le salarié de revendiquer l'application, à titre individuel, d'une convention collective dont il estime relever, ce qui entre parfaitement dans le champ de compétence de la juridiction prud'homale.

Enfin, c'est en vain que la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren soutient que le délit de marchandage enfreint le principe de légalité des délits et des peines en éliminant toute référence à la nécessité de démontrer l'intention de nuire.

Ainsi que le relève l'avocat général, si le législateur a supprimé l'intention de nuire, l'élément intentionnel, à savoir la volonté de violer de la loi, de gradation moindre, subsiste.

Il résulte de ce qui précède que la question prioritaire de constitutionnalité posée est dépourvue de caractère sérieux.

Il n'y a pas lieu de la transmettre à la Cour de cassation.

Par ces motifs :

Dit n'y avoir lieu à transmission à la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren

(Mme Métadieu, prés. – Mme Esclapez, min. pub. – M. Lévy, mand. synd. – Mes d'Aleman, Feldman, Clerc, av.)

#### Note.

Depuis quelques années, dans le secteur de l'hôtellerie, les condamnations pour marchandage se multiplient (1). Il semble que de nombreux hôtels fassent le choix de confier le nettoyage et la propreté des chambres à des entreprises extérieures, plutôt que de faire réaliser ces tâches par leurs propres salariés.

Tel est le cas dans la présente affaire : dans le cadre d'un contrat portant sur une prestation de nettoyage des chambres, la Société Française de Services Groupe (SFGS) met, à partir du 1<sup>er</sup> avril 2009, l'une de ses salariées à la disposition de la société hôtelière Paris Eiffel-Suffren (SHPES) pour l'entretien des chambres de son hôtel Mercure Paris-Centre Tour Eiffel (hôtel 4 étoiles). Le 30 avril 2012, la salariée saisit le Conseil de prud'hommes de Paris d'une demande de rappel de salaire. Le 17 septembre 2012, la SFGS lui notifie sa mutation dans un autre hôtel, à compter du 2 octobre suivant. La salariée refusant cette mutation, la SFGS la licencie pour faute grave le 25 octobre 2012. La salariée conteste alors son licenciement, réclamant notamment à son employeur, ainsi qu'à la SHPES, des dommages-intérêts en raison du délit de marchandage qui a été, selon elle, commis par les deux entreprises.

Par jugement du 19 janvier 2015, le Conseil de prud'hommes de Paris fait droit à sa demande. La SHPES interjette alors appel et dépose un mémoire aux fins de question prioritaire de constitutionnalité, demandant à la Cour d'appel de soumettre à la Cour de cassation, en vue de son renvoi devant le Conseil constitutionnel, la question suivante : « *Les dispositions de l'article L. 8231-1 du Code du travail, relatives au délit de marchandage et la portée effective de leur interprétation du fait de leur imprécision, leur confèrent-elles un caractère inconstitutionnel au regard des droits et libertés garantis par la Constitution ?* » (ci-dessus).

La SHPES fait notamment valoir que le délit de marchandage, dans la mesure où il est reconnu dès lors qu'une entreprise contracte avec une autre entreprise dans son cœur de métier, est de nature à enfreindre la liberté d'entreprendre. Elle estime, en outre, que le délit de marchandage enfreint le principe de la légalité des délits et des peines, car le législateur ne peut se contenter d'un simple élément matériel, sans exiger d'élément moral, pour considérer le marchandage comme constitué.

La Cour d'appel de Paris, dans le présent arrêt, décide que la question prioritaire de constitutionnalité ainsi posée est dépourvue de caractère sérieux et refuse donc de la transmettre à la Cour de cassation.

(1) CPH Paris, 16 avr. 2013, Dr. Ouv. 2013, p. 601, n. C. Lévy ; CPH Paris, 14 oct. 2013, [www.chronique-ouvriere.fr/spip.php?article822](http://www.chronique-ouvriere.fr/spip.php?article822),

C. Lévy ; CPH Paris, 21 mai 2014, Dr. Ouv. 2014, p. 600, n. H. Guichaoua. V. déjà : Cass. Crim., 10 août 1993, n° 92-85.227.

La motivation de cet arrêt retient l'attention, car elle pourrait marquer une inflexion de la jurisprudence sur l'élément matériel du délit de marchandage (I). En revanche, la Cour d'appel de Paris confirme une jurisprudence bien établie concernant l'élément moral de cette infraction (II).

### I. L'élément matériel du délit de marchandage

Selon l'article L. 8231-1 du Code du travail, « 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 ».

Pour l'application de ce texte, la jurisprudence considère, depuis de nombreuses années, que la notion de « fourniture de main-d'œuvre » est synonyme de « prêt de main-d'œuvre » : la fourniture de main-d'œuvre doit être entendue comme la situation dans laquelle un salarié est mis à la disposition d'une autre entreprise par son employeur. La fourniture de main-d'œuvre suppose donc un transfert d'autorité : le salarié est placé temporairement sous la subordination d'une entreprise dite « utilisatrice ».

Il s'ensuit que les contrats de prestations de services ou de sous-traitance, dont l'application nécessite l'intervention des salariés de l'entreprise prestataire sur le site de l'entreprise cliente, mais sans que les salariés soient placés sous la subordination de cette dernière, ne tombent pas sous le coup du délit de marchandage. En effet, ces salariés ne sont pas « prêtés » à l'entreprise cliente : ils sont dirigés, durant leur intervention sur le site de cette entreprise, par le chef de l'entreprise prestataire ou l'un de ses subordonnés.

Cette interprétation de l'article L. 8231-1 du Code du travail nous paraît critiquable (2). En effet, le marchandage est une pratique très ancienne, apparue dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle (3), qui consistait, pour un ouvrier, à accepter des travaux artisanaux confiés par des marchands ou des manufactures, pour les confier ensuite à d'autres ouvriers. Autrement dit, il s'agissait d'une forme de sous-traitance de travaux. Le marchandage donna lieu à de graves abus (4), si bien qu'il fut aboli dès 1848 (5). Par la suite, l'infraction

de marchandage a évolué et a été réécrite par la loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 relative aux trafics de main-d'œuvre, en même temps qu'était créée une infraction de prêt illicite de main-d'œuvre (6).

De là vient sans doute la confusion actuelle entre la notion de fourniture de main-d'œuvre et celle de prêt de main-d'œuvre, ce qui est pour le moins paradoxal, car le législateur, en 1973, a maintenu l'infraction de marchandage, tout en créant celle de prêt de main-d'œuvre, parce que les deux infractions étaient différentes. La fourniture de main-d'œuvre visée par le texte relatif au marchandage concerne, en effet, toutes les prestations de services effectuées sur le site de l'entreprise cliente, que les salariés du prestataire demeurent sous l'autorité de leur employeur ou qu'ils soient temporairement placés sous l'autorité de l'entreprise cliente. Elle englobe donc les situations de prêt de main-d'œuvre, mais ne s'y limite pas.

Ainsi, depuis plus de quarante ans, le délit de marchandage est assimilé, à tort, au délit de prêt de main-d'œuvre illicite : le délit de marchandage, selon une jurisprudence constante, ne peut être constitué que si le contrat de prestation de service ou de sous-traitance dissimule un simple prêt de main-d'œuvre. Et cette solution est notamment appliquée aux établissements hôteliers : la Chambre sociale de la Cour de cassation décide, dans un arrêt du 28 juin 2006 (7), qu'un agent de propreté employé par une société prestataire, qui avait été mis à la disposition d'un hôtel, n'était pas victime de marchandage, car il n'était pas soumis au pouvoir hiérarchique des dirigeants de l'hôtel et, en conséquence, intervenait dans le cadre d'un contrat de prestation de service régulier.

Il est donc, *a priori*, surprenant que, dans la présente affaire, l'entreprise cliente conteste la constitutionnalité du délit de marchandage en estimant que l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence porte atteinte à la liberté d'entreprendre, dans la mesure où elle a pour effet d'empêcher deux entreprises de conclure un contrat de sous-traitance, dès lors qu'il porterait sur une activité qui serait le « cœur de métier » de l'entreprise utilisatrice. Le demandeur semble, par là-même, considérer que la jurisprudence interprète l'article L. 8231-1 du Code du travail en ce sens qu'un véritable contrat de sous-traitance, n'ayant pas pour objet un prêt de main-d'œuvre, serait

(2) O. Fardoux, *La fourniture illicite de main-d'œuvre à la croisée des chemins*, Dr. Ouv. 2014, p. 815 ; *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, Thèse, Lille 2, 1997, n° 336 et s.

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

(4) Certains marchands, ne tirant leurs revenus que de la différence entre le prix payé par le patron et la rémunération versée au travailleur, s'employaient à diminuer cette rémunération en prétextant des malheurs ou des retards.

(5) D. 2 mars 1848, D. P. 1848, IV, 38 : « Considérant (...) que l'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchands ou tâcherons, est essentiellement injuste, vexatoire et contraire aux principes de la fraternité ; Le Gouvernement provisoire de la République décrète : (...) L'exploitation par des sous-entrepreneurs, ou marchandage, est abolie ».

(6) C. trav., art. L. 8241-1, al. 1<sup>er</sup> : « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite ».

(7) Cass. Soc., 28 juin 2006, n° 05-40.672.

néanmoins interdit, dès lors qu'il ne porterait pas sur un savoir-faire propre à l'entreprise prestataire, ou sur une technicité qui lui est spécifique.

En réalité, la motivation de la SHPES procède d'une confusion entre la sous-traitance et le prêt de main-d'œuvre illicite. En effet, la jurisprudence n'a, jusqu'à ce jour, jamais considéré qu'un contrat de prestation de service ou de sous-traitance peut constituer un marchandage illicite au seul motif que la prestation fournie ne correspondrait pas à un savoir-faire ou à une technicité spécifique de l'entreprise cliente (8). En revanche, l'absence de savoir-faire spécifique de l'entreprise prestataire constitue un indice décisif pris en compte par la jurisprudence pour déclarer illicite un prêt de main-d'œuvre (9).

C'est donc bien le seul prêt de main-d'œuvre qui est prohibé lorsque la prestation fournie ne correspond pas à un savoir-faire ou à une technicité spécifique de l'entreprise cliente. On peut, dès lors, s'interroger sur les raisons pour lesquelles la Cour d'appel de Paris ne s'appuie pas sur cette position de la Cour de cassation pour refuser de transmettre la QPC. Bien plus, elle semble retenir l'argument de la société demanderesse, en admettant qu'il est interdit, sous certaines conditions, à deux entreprises de contracter sur un métier qui leur est commun.

Si l'on écarte l'éventualité d'une confusion entre sous-traitance et prêt de main-d'œuvre de la part de la Cour d'appel elle-même, on se prend à espérer que le marchandage soit enfin reconnu dans toute son ampleur, quelle que soit la situation des salariés de l'entreprise prestataire sur le site de l'entreprise cliente. Il serait ainsi mis un terme à des distinctions qui n'ont pas lieu d'être (10) et qui sont source de difficultés et d'incertitudes. Il est, en effet, parfois délicat, en pratique, de distinguer la prestation de service licite du prêt de main-d'œuvre illicite. La recherche de cette distinction amène la jurisprudence à recourir à différents indices (11), qui la conduisent à des conclusions aléatoires. De ce point de vue, le grief d'inconstitu-

tionnalité, invoqué par la société demanderesse dans cette affaire, pourrait être retenu, car l'interprétation que fait aujourd'hui la Cour de cassation de l'article L. 8231-1 du Code du travail méconnaît sans doute le principe de légalité des délits et des peines, ainsi que les principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique.

En revanche, la solution que semble retenir la Cour d'appel dans le présent arrêt nous paraît de nature à écarter le risque d'inconstitutionnalité. Elle est, en outre, conforme à la fois à la lettre et à l'esprit du texte d'incrimination : les entreprises peuvent contracter librement, le contrat de prestation de services ou de sous-traitance ne tombant pas sous le coup du marchandage, dès lors « *qu'elles veillent à ne pas nuire aux droits des salariés de se prévaloir des avantages, quand bien même ils seraient minimes, plus favorables de la convention collective de l'entreprise dans laquelle ils sont (...) affectés* ». Dans cette situation, en effet, la fourniture de main-d'œuvre ne cause pas de préjudice au salarié qu'elle concerne, ni n'éluide l'application de dispositions légales ou de stipulations conventionnelles, aux termes de l'article L. 8231-1 du Code du travail. Le délit de marchandage retrouverait ainsi toute sa raison d'être : aujourd'hui comme hier, le fait pour un salarié de fournir sa force de travail à une personne qui n'est pas son employeur ne doit pas lui porter préjudice.

La Cour d'appel de Paris pose toutefois une autre condition à la licéité du contrat de prestations de services : les entreprises ne doivent pas être « animées d'une intention délictueuse ». Cela renvoie à l'élément moral de l'infraction.

## II. L'élément moral du délit de marchandage

À l'origine, la jurisprudence avait adopté une conception extrêmement exigeante de l'élément moral du marchandage. Dans un arrêt du 31 janvier 1901 (12), les chambres réunies de la Cour de cassation expliquaient la finalité des textes réprimant

(8) La sous-traitance dite « de capacité » n'est pas condamnée en tant que telle. Une entreprise peut, en effet, avoir recours à une autre entreprise pour effectuer une prestation faisant appel à des compétences maîtrisées en interne. Le délit de marchandage n'est pas pour autant constitué, dès lors que l'entreprise extérieure exécute la prestation en dirigeant elle-même ses salariés. À cet égard, une réponse ministérielle avait pris soin, il y a quelques années, de détailler les différents principes permettant de distinguer la sous-traitance du prêt de main-d'œuvre illicite (Rép. min. n° 29546 : JOAN 20 mars 2000, p. 1834, Dr. Ouv. 2001 p.432). Elle affirmait, notamment, que le contrat de sous-traitance doit avoir pour objet l'exécution d'une tâche nettement définie que le donneur d'ordre ne veut ou ne peut pas accomplir lui-même avec son personnel, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique. Elle précisait encore que le sous-traitant doit être le seul employeur du personnel utilisé, géré et rémunéré par lui, qu'il encadre et dirige dans l'accomplissement de sa tâche et qui demeure soumis à sa seule autorité.

(9) Cass. Crim., 15 févr. 1983, Bull. crim., n° 57. *A contrario*, 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 : Cass. Soc., 9 juin 1993, n° 91-40.222, Bull. civ., V, n° 164 ; RJS 1993, n° 815.

(10) Pourquoi le délit de marchandage serait-il constitué lorsque le personnel de ménage intervient sur le site d'une entreprise cliente sans être encadré par un salarié de l'entreprise prestataire, et ne le serait pas lorsque l'on constate, au contraire, sur ce site, la présence d'un agent d'encadrement de l'entreprise prestataire ?

(11) Elle étudie les stipulations contractuelles (objet du contrat, modalités de rémunération) et s'intéresse à l'exécution de la prestation (situation des salariés de l'entreprise prestataire 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.

(12) Cass., ch. réunies, 31 janv. 1901, *Loup c/ Boeuf*, Bull. civ., n° 31.

le marchandage de la façon suivante : « *Le fait qui a été d'abord interdit par le Gouvernement provisoire n'est point tout embauchage d'ouvriers à la journée par un tâcheron, mais seulement l'exploitation d'ouvriers au moyen de ce marchandage, exploitation qui ne consiste, de la part du sous-traitant, qu'à tirer un profit abusif du travail de ceux qu'il emploie* ». La Haute juridiction en déduisait les éléments constitutifs de l'infraction : « *L'acte nécessite donc, pour devenir délictueux, la réunion de ces trois éléments : un fait matériel, l'intention de nuire et un préjudice causé aux ouvriers* ».

La Cour de cassation exigeait donc une intention de nuire pour réprimer le marchandage. Par la suite, une loi du 25 mars 1919 reprit la prohibition du marchandage abusif à l'article 30 b du livre I<sup>er</sup> de l'ancien Code du travail, dans les termes suivants : « *L'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ou marchandage est interdite* ». Puis, la loi du 6 juillet 1973 remplaça ces dispositions, adoptant la définition du marchandage que l'on connaît aujourd'hui.

Depuis cette réécriture de la disposition relative au marchandage, la doctrine, conformément aux vœux du législateur (13), s'accorde à dire que l'intention de nuire n'est plus exigée pour que l'infraction soit constituée (14). La jurisprudence est en ce sens (15). C'est précisément ce que reprochait la société demanderesse à l'actuel article L. 8231-1 du Code du travail : elle considérait que le délit de marchandage, tel qu'il est institué par la loi, enfreint le principe de légalité des délits et des peines en éliminant toute référence à la nécessité de l'intention de nuire. Elle estimait, en outre, que le législateur ne peut se contenter d'un simple élément matériel pour considérer le marchandage comme constitué. Mais la Cour d'appel de Paris réfute cet argument, reprenant les propos de l'avocat général, selon lesquels « *si le législateur a supprimé l'intention de nuire, l'élément intentionnel, à savoir la volonté de violer la loi, de gradation moindre, subsiste* ».

Cette position doit être approuvée. En effet, en application de l'article 121-3 du Code pénal, les délits sont des infractions intentionnelles, sauf indication légale contraire. Le législateur n'ayant rien précisé concernant le délit de marchandage, il convient de considérer qu'il s'agit d'une infraction intentionnelle. Certes, l'élément intentionnel du délit de marchandage est réduit à sa plus simple expression, puisque la Chambre criminelle

de la Cour de cassation décide, de manière constante, pour le délit de marchandage, que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L. 8231-1 du Code du travail* » (16). Sachant que la connaissance de la loi pénale est toujours présumée, il suffit donc que l'agent ait eu, comme l'indique la Cour d'appel dans le présent arrêt, la volonté de violer la loi, c'est-à-dire la volonté de commettre les faits visés par le texte d'incrimination.

La Cour d'appel de Paris maintient ainsi une position très classique concernant l'élément moral de l'infraction de marchandage. En revanche, il semble qu'elle se montre plus audacieuse à l'égard de l'élément matériel de l'infraction. Il faudrait maintenant que la Cour de cassation se prononce sur la question. Peut-être en aura-t-elle l'occasion dans la présente affaire. Il est probable, en effet, que la Cour d'appel confirmera le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Paris relativement à la reconnaissance du marchandage. Dès lors, si la SHPES se pourvoit en cassation, elle pourra contester la non-transmission de la QPC par la Cour d'appel. Et si la Cour de cassation décidait de transmettre la QPC, le Conseil constitutionnel serait amené à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article L. 8231-1 du Code du travail. Il nous semble, à cet égard, que le texte ne pourrait être déclaré conforme à la Constitution que si la notion de fourniture de main-d'œuvre était entendue comme recouvrant toutes les formes de prestations de services impliquant l'intervention de salariés de l'entreprise prestataire sur le site de l'entreprise cliente, qu'ils soient ou non prêtés à cette dernière. Au contraire, s'il devait se confirmer que la fourniture de main-d'œuvre est synonyme de prêt de main-d'œuvre, les incertitudes de la jurisprudence tendant à distinguer la vraie de la fausse sous-traitance seraient sans doute considérées comme portant atteinte au principe de la légalité des délits et des peines, entraînant l'abrogation de l'article L. 8231-1 du Code du travail. Le législateur serait dans ce cas bien inspiré de se saisir de cette opportunité pour sécuriser les opérations incluant une fourniture de main-d'œuvre et organiser une meilleure protection des salariés (17).

**Olivier Fardoux,**

Maître de conférences à l'Université de Lille 2

(13) Le secrétaire d'État au travail, lors des débats qui ont précédé le vote de la loi du 6 juil. 1973, déclarait : « *Il est défini une infraction beaucoup plus large, fondée, soit sur le préjudice causé aux travailleurs, et non sur l'intention de nuire, selon l'interprétation actuelle de la jurisprudence (...), soit sur le fait, pour l'entrepreneur, d'éluider les législations, réglementation et convention collective en vigueur* » (JOAN CR, séance du 27 juin 1973, p. 997, 2<sup>ème</sup> col.).

(14) A. Cœuret, *La nouvelle donne en matière de responsabilité*, Dr. Soc. 1994, p. 629.

(15) CA Angers, 20 déc. 1979, Dr. Ouv. 1981, p. 148 : « *la preuve de l'intention de l'entrepreneur de nuire à l'ouvrier (fait intentionnel), exigée par la jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, a été supprimée* ».

(16) V. par ex. Cass. Crim., 29 sept. 2009, n° 08-82.691, Dr. soc. 2009, p. 1267. La Haute juridiction adopte une position strictement identique pour l'élément moral des autres infractions de travail illégal, parmi lesquelles le prêt illicite de main-d'œuvre et le travail dissimulé.

(17) V. notre article, préc., n. 2.