

L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'« extériorisation de l'emploi »*

par Jean de MAILLARD, Patrick MANDROYAN

Jean-Paul PLATTIER, Thierry PRIESTLEY

Inspecteurs du Travail

M. de la Palice aurait pu le dire, un contrat de travail suppose la mise en présence d'un employeur et d'un salarié : il aurait pourtant bien des surprises s'il cherchait à s'y retrouver, aujourd'hui, dans certaines entreprises. Et cette évidence risquerait bien de n'être plus, dans un avenir pas si lointain, qu'une sorte de survivance archéologique dans le musée du droit du travail. Que s'est-il donc passé qui ait pu bouleverser les rapports sociaux au point qu'on ne sache plus déceler, dans certains cas, qui est employeur et de quels salariés ? A défaut d'avoir trouvé une solution, le phénomène que l'on entend décrire ici a déjà trouvé un nom : « l'extériorisation de l'emploi ».

1. — L'observation des entreprises concernées par cette « extériorisation » de l'emploi permet dans tous les cas les constatations suivantes : Dans un premier temps, et si l'on s'en tient aux strictes apparences rien n'indiquera à l'observateur que de telles entreprises se différencient notablement de celles dont l'organisation reste traditionnelle. En somme, il s'agira toujours d'une entreprise dont la matérialité (au sens le plus général du terme) et la communauté sociale paraissent parfaitement cohérentes et organisées par un pouvoir de direction unique en vue de l'exercice d'une activité dont la finalité économique est une. Dans un second temps, en revanche, l'observation plus attentive de la communauté sociale fait apparaître qu'elle n'est pas juridiquement identifiée de la même manière et qu'au sein de cette entité, voire à l'intérieur d'un même service ou d'un même atelier, coexistent des personnels dont la société d'appartenance n'est pas la même et qui se voient appliquer des statuts professionnels et des règles de droit du travail fort différents. A y regarder de plus près encore, on s'aperçoit qu'il s'agit de sociétés non seulement juridiquement distinctes, mais encore parfaitement « extérieures » à celle pour le compte de laquelle l'activité est exercée. Avec cette dernière formule de sociétés « parfaitement extérieures », l'on entend seulement indiquer qu'il ne s'agit pas de sociétés filiales ou sœurs de la société utilisatrice s'intégrant dans une entité économique et sociale fermée qui formerait une seule entreprise au sens du

droit du travail moderne, mais bien de sociétés dont l'objet, les responsables et les capitaux se distinguent parfaitement de ceux de l'entreprise utilisatrice et qui, le plus souvent, exercent par ailleurs des activités dans d'autres entreprises sans aucun rapport entre elles. Il résulte de ce qui précède que chaque lot de personnel ainsi différencié est régi par les dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables à la société d'appartenance et qu'ainsi, au sein de l'établissement utilisateur observé apparaît une remarquable mosaïque de personnel auquel s'applique autant de statuts qu'il y a de sociétés représentées dans ce lieu de travail, malgré l'identité des conditions de travail, malgré la similitude des qualifications professionnelles et des tâches exécutées et malgré l'unicité du pouvoir de direction *réel*, c'est-à-dire celui de l'utilisateur qui, de façon plus ou moins avouée, plus ou moins directe, conserve à l'égard du personnel détaché chez lui par d'autres entreprises, la réalité essentielle des prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur. Telle se présente dans sa dimension essentielle la situation des entreprises qui « extériorisent » leur main-d'œuvre en faisant appel à des sous-traitants dits prestataires de service : sous-traitance, certes, mais sous-traitance où la fourniture de main-d'œuvre à caractère permanent revêt une telle importance par rapport à la fourniture du service proprement dit, que l'on se prend à s'interroger sur l'existence réelle de ce dernier et sur l'intérêt d'une telle organisation économique. Mais au-delà de ces traits généraux communs à toute forme d'extériorisation de l'emploi, qu'enseignent une observation et une analyse plus fines du phénomène ?

2. — *Du côté des entreprises utilisatrices de la main-d'œuvre des entreprises sous-traitantes dites prestataires de service* : Il s'agit, dans la plupart des cas, d'entreprises importantes, ayant une organisation complexe, employant un personnel stable dont le statut est relativement évolué (conventions collectives et accords d'entreprise). Les services sous-traités sont généralement des services dont l'activité présente un caractère accessoire par rapport à l'activité principale de l'entreprise utilisatrice : services informatiques, gardiennage, nettoyage, restauration d'entreprise, standard

* Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leurs auteurs.

et accueil, comptabilité, etc. Au fur et à mesure que prend de l'ampleur ce phénomène, on est parfois surpris de l'imagination démontrée par les « grands utilisateurs » de sous-traitance : n'a-t-on pas vu telle grande entreprise aller sous-traiter son service informatique jusqu'à quinze sociétés distinctes en confiant séparément les tâches de massicotage et celles de triage des états d'ordinateurs à deux sociétés différentes tout en conservant un personnel propre (généralement celui d'encadrement) dans le même service ? Une telle situation n'est pas si rare qu'on pourrait le croire.

Parfois, cependant, la sous-traitance porte sur l'activité principale même de l'entreprise utilisatrice : c'est fréquemment le cas dans certaines branches professionnelles, notamment celles du bâtiment et des travaux publics où les hommes du métier et les employeurs eux-mêmes désignent couramment leurs « sous-traitants » par l'expression vulgaire mais fort intéressante de « marchands de viande » ; c'est là une façon d'exprimer rudement les choses qui évite d'autres commentaires.

3. — Une autre constante du phénomène concerne la durée de ces opérations de sous-traitance : L'extériorisation de l'emploi dans les entreprises considérées a généralement un caractère durable, structurel. Elle traduit normalement une politique à long terme d'organisation de l'entreprise à laquelle sont attachés différents qualificatifs qui signifient à peu près la même chose : rationalisation, rentabilisation, voire régionalisation. Mais le caractère durable d'une telle organisation n'implique pas nécessairement des relations contractuelles de même durée avec telle ou telle société sous-traitante en particulier ; il n'est pas rare qu'à raison de la concurrence fort sévère entre « prestataires » ou pour toute autre raison tenant d'ailleurs fort souvent à la seule qualité du travail ou au comportement des salariés de ces sociétés, l'utilisateur soit conduit à rompre ses relations contractuelles avec tel sous-traitant qui ne convient plus ; se posent alors tous les problèmes d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 : « *S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fond, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* » dont les dispositions ne sont pas toujours comprises de la même manière par tous les sous-traitants et les utilisateurs. A défaut, l'impossibilité de reclassements ou de mutation acceptables par les salariés fondera innocemment une demande d'autorisation de licenciement collectif pour « motif économique » et constituera, en tout état de cause, une menace susceptible de convaincre les salariés détachés ou les représentants du personnel de la nécessité d'une extrême docilité à l'égard du « client ». Il y a là un risque qui ne peut être nié et dont on devine ses répercussions sur le droit syndical et le fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel des sociétés prestataires.

D'autre part, le caractère durable de l'extériorisation de l'emploi dans les entreprises considérées n'exclut pas davantage des opérations de brève durée dont l'objet — même non officiellement déclaré — prouve à l'excès à quel point il s'agit alors d'opérations de location de main-d'œuvre illicites. Il s'agit de toutes les opérations prévoyant le détachement pour une durée limitée de salariés appelés à remplacer des salariés permanents de l'utilisateur ou qui permettront de faire face à des surcroûts occasionnels d'activités dans les services qui ne seront même pas officiellement sous-traités à l'entreprise fournisseur de main-d'œuvre. Naturellement ces détachements temporaires se feront sous le couvert d'une

prétendue « assistance technique » dans le cadre des relations contractuelles habituelles ayant le même objet. Cette forme de dérapage vers le travail temporaire en dehors du régime de la loi du 3 janvier 1972 est particulièrement fréquente dans les sociétés dites de prestations de service en informatique et se couvrent du pudique vocable de « contrats en régie ».

4. — Cette organisation d'entreprise a bien d'autres effets encore pour l'utilisateur : l'avantage résultera également, pour l'utilisateur, du caractère très flexible et spongieux de ce volume de main-d'œuvre que toute la souplesse du seul droit commercial applicable lui permettra d'augmenter ou de diminuer sans autre procédure que celle prévue par ses minces obligations contractuelles à l'égard du sous-traitant prestataire de service. C'est pourquoi, sans doute, pour accroître encore cette souplesse de gestion du personnel et diminuer les contraintes nées des relations commerciales avec le sous-traitant, des entreprises importantes « extériorisent » de la sorte leur main-d'œuvre en ayant recours à des formules de plus en plus sophistiquées combinées à l'intérieur d'un même groupement économique et social. C'est le cas de grandes entreprises qui, non satisfaites d'avoir créé leurs propres sous-entreprises de main-d'œuvre ont encore créé en amont de ces entreprises prétendument prestataires de service, de véritables entreprises de travail temporaire pour éponger les surcroûts occasionnels d'activité des entreprises prestataires qui elles-mêmes épongent les surcroûts occasionnels d'activité de l'entreprise mère utilisatrice.

5. — *Du côté des salariés concernés* : Dans le cas extrême qui vient d'être cité, on constate qu'au sein d'une même entreprise coexistent trois catégories de personnel dotées de statuts différents

a) *un noyau dur et stable*, dont les effectifs tendent à diminuer, pour lequel l'application de la loi, du règlement ou de la convention collective ne pose généralement pas de problèmes particuliers.

b) *un personnel « périphérique »* appartenant aux entreprises prestataires de service dont la stabilité de l'emploi est nettement moins grande, qui ne bénéficie pas du statut de l'entreprise principale auprès de laquelle il est placé de manière parfois durable bien qu'il ait des conditions d'exécution du contrat de travail identiques à celles du personnel de l'entreprise utilisatrice. En outre, à raison même de la dispersion du personnel de ces entreprises prestataires, de la difficulté qui en résulte pour le bon fonctionnement des institutions représentatives du personnel, des effectifs moindres qui sont souvent les leurs et d'où résulte la non application de tous les textes de loi qui se réfèrent à des effectifs minima, enfin à raison même de tous les problèmes qui naissent d'une relation triangulaire de travail, ces salariés se retrouvent dans une situation de sous-protection légale et conventionnelle discriminatoire par rapport à la situation de leurs collègues de travail qui ont eu la chance d'être embauchés ou encore conservés par l'entreprise utilisatrice.

c) *le personnel de l'entreprise de travail temporaire* dont le personnel a le statut précaire et quelque peu désavantageux de ce genre d'entreprise. A noter que dans cette astucieuse formule, la société prestataire de service intermédiaire sert d'écran pour rendre opaque la réalité des motifs invoqués par son utilisateur pour recruter du personnel intérimaire, prolonger les missions de travail temporaire, voire pour masquer la réalité du motif économique invoqué en cas

de der
nomiq
vail à
matièr
dema
main-
sous-t
de let
obten
dire q
draier
sur le
pectic
social

6. -
entrej
litude
en ra
n'exe
leurs
d'ent
souvi
moye
et en
duire
bran-
que
quali
prest
d'au
temp
effet
avec
impv
vail
ques
ligné
raisce
ter l
resp
d'en
non
qua
de p
trav

7
retr
mai
gati
197
la s
ser
ent
fra
jur
per
éco
l'er
me
par
ent
ave
cia
ent
lor

de demande d'autorisation de licenciement pour motif économique. En effet, sauf aux services de l'inspection du travail à ne donner d'autorisations administratives en ces matières qu'à la condition d'apprécier le bien-fondé des demandes par rapport à la situation des utilisateurs de cette main-d'œuvre intermédiaire, il suffirait que ces entreprises sous-traitantes dites prestataires de service invoquent l'état de leurs relations commerciales avec les utilisateurs pour obtenir dans tous les cas les autorisations demandées. C'est dire qu'à moins de n'y prendre garde, ces entreprises rendraient impossibles une application régulière de la législation sur le contrôle de l'emploi en empêchant les services de l'inspection du travail d'appréhender la réalité économique et sociale de la véritable entreprise, c'est-à-dire l'utilisateur.

6. — *Du côté des entreprises prestataires de service, sous-entreprises de main d'œuvre* : Elles ont, en général des similitudes frappantes avec les entreprises de travail temporaire en raison de ce qui vient d'être décrit. Leurs responsables n'exercent pas à l'égard de leurs salariés et dans l'exercice de leurs activités leurs pleines et entières prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur. Il s'agit surtout d'entreprises souvent peu qualifiées qui mettent en œuvre le minimum de moyens en matériel, technologie, organisation d'entreprise et encadrement. Encore convient-il, à cet égard, d'introduire des nuances, voire de très nettes différences selon les branches d'activité et les entreprises en cause. L'informatique et la restauration collective demandent en général une qualification d'entreprise plus élevée que le nettoyage ou la prestation de service en télé-hôtesses. Les petites entreprises, d'autre part, ressemblent davantage à des officines de travail temporaire que les grosses entreprises. Il n'est pas rare, en effet, de constater que certaines d'entre elles fonctionnent avec des capitaux et des moyens qui ne sont guère plus importants que ceux mis en œuvre par des entreprises de travail temporaire : un siège social réduit au minimum, quelques secrétaires et un petit service comptable, deux ou trois lignes de téléphone, un nombre fort réduit de cadres et une raison sociale de préférence un peu pompeuse pour accréditer l'idée d'une haute qualification d'entreprise et susciter la respectabilité. Dans certains cas, toutefois, il peut s'agir d'entreprises hautement qualifiées qui méritent largement le nom d'entreprise mais qui ne mettent pas en œuvre cette qualification dans tous les cas où elles font du détachement de personnel en régie pour des motifs qui s'apparentent au travail temporaire.

7. — *Position du problème* : d'une manière générale, on retrouve tous les problèmes suscités par la sous-entreprise de main-d'œuvre, ceux-là même qui avaient justifié la promulgation de la loi sur le travail temporaire et la loi du 6 juillet 1973 sur la répression des trafics de main-d'œuvre. En effet, la sous-entreprise de main-d'œuvre a pour résultat d'atomiser artificiellement l'entreprise puisque dans une même entité économique et sociale, la collectivité du personnel sera fractionnée en de multiples groupements relevant de sociétés juridiquement distinctes appliquant des statuts différents au personnel concerné. La notion jurisprudentielle d'entité économique et sociale ne suffit cependant pas à reconstituer l'entreprise au sens moderne du droit du travail dans la mesure où les sous-entreprises de main-d'œuvre peuvent être parfaitement extérieures d'un point de vue économique aux entreprises utilisatrices. Seules pourraient être reconstituées, avec toutes les difficultés qu'impliquent les procédures judiciaires, les entités économiques et sociales composées d'une entreprise utilisatrice et de sous-entreprises de main-d'œuvre lorsque ces dernières sont parfaitement intégrées à la société

mère qui les a créés et liées à elles par des relations économiques, financières et commerciales exclusives. En revanche, lorsque les sous-entreprises de main-d'œuvre sont juridiquement, financièrement et économiquement indépendantes des entreprises utilisatrices et que, de surcroît elles ont plusieurs clients sans rapport les uns avec les autres et chez lesquels sont dispersés leurs salariés, il ne paraît plus possible de mettre en œuvre une procédure judiciaire de reconnaissance de l'entité économique et sociale au niveau de l'utilisateur. En ce cas, l'atomisation de la collectivité sociale de l'entreprise utilisatrice paraît inévitable en l'état actuel du droit positif du travail. Or cette atomisation a pour effet de rendre inapplicables dans une entreprise utilisatrice nombre de textes législatifs et réglementaires du travail qui se réfèrent à des conditions d'effectifs minima, du moins dans tous les cas où le personnel est divisé en autant de lots dont les effectifs n'atteignent pas le seuil qui déclenche légalement l'application de ces textes. Cette atomisation a encore pour effet, à raison du critère de l'activité principale de l'employeur qui détermine la convention collective applicable et des dispositions de l'article L. 132-10, 2^e alinéa du Code du travail, d'exclure le personnel des sous-entreprises de main-d'œuvre du statut souvent plus avantageux prévu par la convention collective ou l'accord d'entreprise auxquels est assujéti l'entrepreneur utilisateur. Paradoxalement, alors qu'en matière de travail temporaire le législateur a réglementé les conditions de détachement des salariés loués et imposé à l'utilisateur des obligations à leur égard afin d'atténuer tous les problèmes nés d'une relation triangulaire de travail (fonctionnement des institutions représentatives du personnel et responsabilité de l'utilisateur, pour tout ce qui concerne les conditions d'exécution du contrat de travail) rien de semblable n'existe à l'égard des salariés fournis à but lucratif par les autres sous-entreprises de main-d'œuvre prestataires de service. Ceux-ci se sont engouffrés dans cette nouvelle brèche ouverte dans la législation du travail en raison des termes restrictifs et incomplets de l'article L. 125-3. Aucune règle de substitution de l'utilisateur au sous-traitant défaillant n'est applicable dans tous les cas où ce dernier n'est pas officiellement entrepreneur de travail temporaire et qu'il est soit inscrit au registre du commerce, soit immatriculé au répertoire des métiers, soit propriétaire d'un fonds de commerce.

Enfin les dispositions du décret du 29 novembre 1977 (1) comme celles de l'article L. 200-3 du Code du travail (2) ne trouvent que rarement à s'appliquer ou ne s'appliquent que de manière très insatisfaisante à l'égard de cette forme de sous-entreprise de main-d'œuvre en matière d'hygiène et de sécurité. Pour les mêmes raisons, la législation sur le contrôle de l'emploi est faussée : l'utilisateur comme le prestataire de services opérant un transfert de responsabilité de l'un à l'autre selon leurs besoins, pour ne pas avoir à répondre de leurs obligations respectives. Toute une politique de l'emploi s'élabore dans ce nœud gordien que constituent les relations commerciales entre l'utilisateur et le sous-entrepreneur prestataire de service et à l'égard duquel les

(1) Le décret du 29 novembre 1977 fixe les prescriptions particulières d'hygiène et de sécurité applicables aux travaux effectués dans un établissement par une entreprise extérieure.

(2) Article L. 200-3 : « L'entrepreneur principal est tenu lorsqu'un contrat de sous-entreprise porte essentiellement sur la main-d'œuvre des travaux à accomplir et que le sous-entrepreneur n'est pas un chef d'établissement inscrit au registre du commerce ou au répertoire des métiers et propriétaire d'un fonds de commerce, d'observer toutes les prescriptions du présent livre à l'occasion de l'emploi dans des (ses) ateliers, magasins ou chantiers, de salariés du sous-entrepreneur, comme s'il s'agissait de ses propres ouvriers ou employés et sous les mêmes sanctions ».

employeurs concernés récusent la compétence et le droit de contrôle des services de l'inspection du travail. C'est dire que sauf à remettre en question la licéité de certaines de ces activités de prestation de service prétendument exercées par par des sous-entrepreneurs de main-d'œuvre et à faire une application très stricte des articles L. 125-1 et L. 125-3 du Code du travail, on risque d'assister à un effondrement de pans entiers du Code du travail, à une disparition des garanties contractuelles et des statuts collectifs à l'égard des salariés concernés par cette nouvelle forme d'emploi de la main-d'œuvre.

8. — Ce panorama succinct des différents problèmes posés par l'extériorisation de l'emploi et le démantèlement de l'entreprise serait incomplet s'il n'était fait mention de ceux, plus ardues et plus graves encore, que pose le détachement à l'étranger de salariés recrutés par ces entreprises sous-traitantes dites prestataires de service et mis à disposition d'entreprises utilisatrices françaises ou étrangères exerçant leur activité à l'étranger. L'intérêt de ces opérations est très clair : la législation en matière de travail temporaire dans certains pays étrangers, en Allemagne Fédérale notamment, est nettement plus contraignante qu'en France. Quoi de plus pratique, dans ces conditions, que de créer une entreprise qui aura officiellement pour objet une activité de sous-traitance dans une spécialité industrielle, commerciale ou de service quelconque et de se livrer ainsi impunément à des opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif la fourniture de main-d'œuvre sans que les autorités administratives françaises de contrôle puissent établir l'illégalité des opérations. Comme on le montrera en effet, une telle illégalité ne peut être véritablement démontrée qu'en rapprochant les constatations susceptibles d'être faites à la fois au siège de l'entreprise et sur les lieux du travail de l'utilisateur. L'intérêt des utilisateurs ne paraît pas moindre : nombre d'entreprises, en mesure de diversifier leur activité vers l'étranger, sont fréquemment assujetties aux dispositions d'accords collectifs avantageux pour les salariés en matière d'indemnités de grand déplacement, voire de salaires et congés de détente. En une époque où le marché du travail n'est guère tendu pour les entreprises, la tentation est forte de recruter le personnel détaché à l'étranger par l'intermédiaire de sous-entreprises de main-d'œuvre qui sont soumises à des contraintes contractuelles bien moindres à l'égard de leurs salariés, qui parfois ne respectent même pas les obligations légales minimales et qui ainsi peuvent fournir de la main-d'œuvre à bon marché. L'expérience enseigne qu'actuellement cette main-d'œuvre n'est pas très difficile à trouver sur le marché du travail. Ainsi les salariés français concernés qui déjà ne peuvent prétendre au bénéfice de la législation française dans toutes ses dispositions d'ordre public interne (notamment en matière de durée du travail) sont en outre expatriés dans des conditions contractuelles très éloignées des garanties auxquelles sont tenues les entreprises de travail temporaire. Une réaction n'est-elle pas nécessaire ?

I. — EXTÉRIORISATION DE L'EMPLOI ET LOCATION DE MAIN-D'ŒUVRE

A — LES INCRIMINATIONS

9. — Qu'est-ce qui différencie la location de main-d'œuvre des autres formes, sous-traitance et presta-

tion de services chez le client, que revêt le phénomène d'« extériorisation » de l'emploi ?

Où commence la location de main-d'œuvre et où cesse-t-elle ?

L'article L. 124-1 (article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1972) (3), définit ce qu'est l'activité de travail temporaire (en d'autres termes de location de main-d'œuvre), et les conditions dans lesquelles cette activité est licite. L'article L. 125-3 (4) quant à lui, tel qu'il résulte de la loi du 6 juillet 1973, s'attache à l'opération de location de main-d'œuvre. De ces dispositions on peut tirer les premiers éléments de la notion de location de main-d'œuvre : elle consiste à mettre à disposition d'un « utilisateur » des salariés qui restent rémunérés par l'entrepreneur qui les a embauchés, à l'exclusion de toute autre prestation de la part de cet employeur (5). On devine combien il est délicat de caractériser la location de main-d'œuvre parmi tous les cas de « fourniture de main-d'œuvre », terme couvrant également la sous-traitance et la prestation de service lorsqu'elles s'accompagnent d'un détachement provisoire ou permanent de salariés dans les locaux d'une autre entreprise que celle du prestataire. D'où la nécessité d'approfondir la recherche : peut-on s'inspirer du contrat de louage de choses décrit par le Code civil ? Dans cette direction, une analogie s'impose : de même que le bailleur transfère « l'usus » de la chose dont il conserve « l'abusus », de même l'employeur, « bailleur » de salariés, conserve à leur égard ses droits contractuels mais transmet à l'utilisateur ses prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur qui sont la contrepartie, dans le contrat de travail, de son obligation de fournir du travail au salarié. C'est donc à une dichotomie que conduit le prêt de main-d'œuvre : les rapports contractuels (rupture ou modification du contrat, paiement et augmentation du salaire, etc...) subsistent entre l'employeur initial et le salarié ; les rapports « statutaires », c'est-à-dire l'obligation de travail du salarié et le pouvoir de direction de l'employeur sont transférés de l'employeur initial à l'utilisateur. Autrement dit, l'utilisateur acquiert des droits à l'égard des salariés, droits dont l'étendue est limitée à ce qui est nécessaire au fonctionnement de son entreprise et à ceux dont il doit disposer pour exercer son autorité.

C'est bien ce que traduit, sur le plan des obligations de l'utilisateur, l'article L. 124-7 du Code du travail, applicable aux salariés d'entreprises de travail temporaire ou aux salariés qui font l'objet d'un prêt de main-d'œuvre à but non lucratif : « *les salariés liés par un contrat de travail temporaire sont régis, en ce qui concerne les conditions d'exécution du travail pendant la durée des missions, par celles des mesures législatives, réglementaires et conventionnelles qui sont applicables au lieu du travail.* »

(3) Article L. 124-1 : « *Est au sens du présent chapitre un entrepreneur de travail temporaire toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs, des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle embauche et rémunère à cet effet. Sous réserve des dispositions de l'article L. 125-3 toute activité de travail temporaire s'exerçant en dehors d'une telle entreprise est interdite.* »

(4) Article L. 125-3 : « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite sous peine des sanctions prévues à l'article L. 152-2 dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du livre 1^{er}, Titre II, chapitre IV du présent code relatives au travail temporaire.* »

(5) On peut en déduire également la distinction entre location de main-d'œuvre et placement : dans l'opération de location de personnel, la personne physique ou morale qui « place » les salariés chez l'utilisateur est liée par un contrat de travail avec les salariés, contrat qui subsiste — du moins en apparence — même lors du détachement.

Pou
d'exc
trait à
madai
travail
travail

Le
par la
ses pr
fourn
emplc
établi
servic
opéra
main-
main-
fie pe
dichc
ses se
trava
contr
neur
cater
dema
tion
dont
salar
nelle
Le p
plan
vate
les c
deux
est c
s'ins
bles
mai
cite
au
l'op

1.
ME
TA

1
ont
d't
lici
le c
eff
la
pa
qu
op
L.

pe

q

Pour l'application de l'alinéa précédent, les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement ce qui a trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et des jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, à l'emploi des femmes et des enfants, des jeunes travailleurs et des étrangers ».

Le prêt de main-d'œuvre se présente comme l'opération par laquelle un employeur transmet à un utilisateur partie de ses prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur, en lui fournissant un ou plusieurs salariés que cet utilisateur emploiera pour les besoins de son exploitation. Paraît ainsi établie la distinction avec la sous-traitance et la prestation de service : la sous-traitance ou la prestation de service sont des opérations qui, au besoin moyennant un détachement de main-d'œuvre, n'ont pas pour effet de soumettre cette main-d'œuvre à l'autorité du donneur d'ordres. Ceci signifie par conséquent que le contrat de travail ne subit pas de dichotomie, mais que l'employeur se charge lui-même, sous ses seules direction, autorité et responsabilité, d'effectuer le travail pour le compte du client. En d'autres termes, dans le contrat de prestation de service ou de sous-traitance, le donneur d'ordres ignore sur le plan juridique le salarié qui exécutera la prestation commandée : le donneur d'ordres demande la réalisation d'un travail dont il assure la réception après son exécution, sans se préoccuper de la façon dont la prestation est effectuée, et notamment du nombre de salariés qui y sont affectés, de leur qualification professionnelle, et des moyens mis en œuvre pour exécuter le travail. Le prêt de main-d'œuvre ainsi qualifié et distingué, sur un plan théorique, d'autres formes d'emploi voisines, l'observateur, qui se doit de rechercher les conditions dans lesquelles chaque opération est ou non licite, pourra rencontrer deux types de situations : l'une où le prêt de main-d'œuvre est « ouvertement » illicite parce que le cadre dans lequel s'inscrit l'opération ne respecte pas les dispositions préalables de la législation de 1972 et de 1973 ; l'autre où le prêt de main-d'œuvre est, pourrait-on dire, « subrepticement » illicite en ceci qu'il requiert une analyse des conditions propres au détachement des salariés pour déterminer la nature de l'opération.

1. LA LOCATION DE MAIN-D'ŒUVRE « OUVERTEMENT » ILLICITE : LE DOMAINE DE LA RÉGLEMENTATION

10. — La loi du 3 janvier 1972, et celle du 6 juillet 1973, ont imposé le respect d'un cadre précis, comme condition d'une activité ou d'une opération de prêt de main-d'œuvre licite. D'une part la location de main-d'œuvre (ou, comme le dit l'article L. 125-3, le « prêt à but lucratif ») ne peut être effectuée que par une entreprise de travail temporaire : c'est la règle d'exclusivité posée par l'article L. 124-1. D'autre part, le prêt de main-d'œuvre reste autorisé pour n'importe quelle entreprise, mais à la condition qu'il soit effectivement opéré sans but lucratif : c'est la règle posée par l'article L. 125-3 alinéa 2.

Ce sont ces deux principes qui méritent un examen plus particulier.

a. La règle d'exclusivité

11. — Le législateur a voulu que toute « personne physique ou morale » exerçant une activité de travail temporaire

le fût de manière « exclusive », pour éviter qu'au sein d'une même entreprise ne puissent coexister deux branches d'activités dont l'une serait le travail temporaire. Le corollaire est connu : une entreprise de travail temporaire ne peut exercer une autre activité, la location de matériel, par exemple, parallèlement à la location de salariés. Ce n'est pas dire, cependant, que toute interrogation soit exclue : suffit-il en effet, pour satisfaire à l'article L. 124-1, de créer une entreprise de travail temporaire juridiquement distincte, mais dont la subordination à une entreprise mère sera évidente, tant par l'unicité des capitaux et du personnel dirigeant, par la communauté des locaux, etc que par la complémentarité des activités ? La question est d'importance : admettre la licéité d'une telle combinaison, c'est ouvrir la porte à l'instabilité généralisée de la main-d'œuvre, c'est encourager l'extériorisation de l'emploi. Toutes les entreprises qui fonctionnent avec certains à-coups de main-d'œuvre, dans les professions les plus diverses, pourront alors secréter leur propre entreprise de travail temporaire, qui leur assurera à moindre frais leur réserve permanente de main-d'œuvre. Tel bureau d'études se fournira ainsi à lui-même ses projeteurs et dessinateurs ; tel promoteur immobilier, ses négociateurs de chantiers ; tel sous-traitant, les ouvriers nécessaires à l'exécution d'une commande ou d'un marché (6). De même sera grande la tentation pour les entreprises prestataires de services, notamment dans des branches comme l'informatique, de compléter la gamme de leurs prestations de services par une prestation de main-d'œuvre « nue ». Dès lors ne risque-t-on pas de voir se généraliser un phénomène dont on perçoit les prémices et qui conduirait — l'idée n'est pas absurde — à ce que chaque entreprise, quelle que soit sa taille, se constitue sa propre entreprise de travail temporaire ?

Au pire cette forme d'organisation d'entreprise conduirait (conduit déjà) à une extériorisation absolue de l'emploi puisqu'une société peut n'avoir aucun salarié ou presque, et ne fonctionner qu'avec des intérimaires fournis, comme il se doit, pour faire face à des « surcroûts occasionnels d'activité » ! On reprendra ainsi l'évocation de ces entreprises, les plus souvent importantes, qui créent ou suscitent la création de sous-traitants qui créent eux-mêmes ensuite leur entreprise de travail temporaire : cette combinaison, déjà bien répandue, permet sans autre formalité de « blanchir » des intérimaires qui sont loués par l'entreprise de travail temporaire au sous-traitant pour être fournis, à l'occasion d'un contrat apparent de sous-traitance ou de prestation de service, au véritable utilisateur. Certains employeurs ingénieux ont ainsi trouvé le moyen d'employer des intérimaires qui n'apparaissent pas comme tels sur le lieu de travail, tout en pouvant justifier — au moins pour un observateur superficiel — de l'emploi parfaitement régulier d'intérimaires : les salariés sont fournis au sous-traitant ou prestataire de service en raison d'un « surcroût occasionnel d'activités » et refournis à l'utilisateur véritable par un contrat de sous-traitance qui permet d'occulter leur qualité d'intérimaires.

12. — Se constituer sa propre entreprise de travail temporaire offre quelques autres avantages annexes, pour résoudre les problèmes de sélection et de placement : on peut ainsi se constituer son propre « fichier » et surtout allonger de 3 à 6 mois (compte tenu des prolongations de mission autorisées par l'article L. 124-3) les périodes d'essai prévues par les

(6) Dans ces cas, d'ailleurs, comment pourra-t-on réellement apprécier si, indépendamment de toute autre question, l'utilisateur entrait dans l'un des cas autorisés par l'article L. 124-2 de recours à l'intérim, puisque toute son entreprise est organisée pour fonctionner avec le minimum de main-d'œuvre permanente ?

conventions collectives ou les usages. L'article L. 124-2 c) autorisant le recours au travail temporaire dans l'attente du recrutement d'un salarié permanent, et l'article L. 124-4 prohibant les clauses qui interdisent l'embauche de l'intérimaire par l'utilisateur, cette forme d'intérim permet de tourner la jurisprudence qui limite les clauses de contrat de travail étendant de façon inconsiderée la période d'essai. Certes, une telle combinaison ne suppose pas de liens organiques entre l'entreprise de travail temporaire et l'utilisateur, mais ces liens la facilitent grandement (entre autres par l'utilisation du « fichier » de l'entreprise de travail temporaire).

Ces remarques justifient une application stricte de la règle d'exclusivité d'exercice : une même personne physique ne doit pas pouvoir gérer une entreprise ordinaire et une entreprise de travail temporaire. Mais la situation n'est pas toujours aussi simple : une même personne physique peut vouloir créer une entreprise de travail temporaire sans rapport — par le personnel prêté — avec son autre activité. A l'inverse, il est facile de camoufler les liens étroits entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise-mère, derrière des hommes de paille ou par d'autres moyens. Dans la première hypothèse, dans la mesure où aucune interférence entre les deux activités de l'entrepreneur n'est possible, faut-il prohiber la double activité, ce à quoi invite une application stricte de l'article L. 124-1 ? Par contre, dans la seconde hypothèse, il est malaisé de déceler le véritable entrepreneur de travail temporaire, s'il prend la précaution de distinguer les locaux, la comptabilité, le personnel, les dirigeants légaux... de ses deux activités. Le relevé des contrats passés avec les utilisateurs, la connaissance de l'origine des capitaux et du nom des administrateurs permettent parfois de découvrir la réalité des liens entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise-mère. Ne devrait-on pas alors faire appel à la notion d'« unité économique et sociale », selon une acception plus large que celle retenue par la jurisprudence à l'heure actuelle en matière d'institutions représentatives des travailleurs ? Il faudrait pour cela que les tribunaux s'attachent, à la limite, au seul contrôle économique. Encore s'exposerait-on, dans la perspective de poursuites pénales où le principe de l'interprétation restrictive est de règle, à ne pouvoir atteindre toutes les situations qui justifieraient une répression. Le texte visant la « personne physique ou morale dont l'activité exclusive » doit être la location de main-d'œuvre, la loi ne requiert-elle pas plus que le simple contrôle de l'entreprise de travail temporaire, à savoir l'exercice effectif de l'activité de location de main-d'œuvre, pour que l'infraction soit constituée ? En l'absence d'une autre définition législative, plus proche de la réalité économique et sociale, les tribunaux pourraient être sensibles à l'objection.

b. Le but lucratif

13. — Une entreprise autre qu'une entreprise de travail temporaire peut, aux termes de l'article L. 125-3 alinéa 2, prêter des salariés à une autre entreprise, à la condition que ce prêt ne comporte pas de but lucratif. A quels éléments s'arrêter pour déterminer le but lucratif ? On retiendra que c'est le but et non l'effet atteint qui doit être analysé, ce qui exige notamment la connaissance des termes du contrat entre le prestataire et l'utilisateur, dont pourtant l'Inspecteur du Travail ne peut exiger la présentation (7). Quant au

(7) Les pouvoirs de l'Inspecteur du Travail n'ont pas suivi, généralement, l'accroissement de ses compétences. Celles-ci apparaissent particulièrement limitées et peu adaptées aux nouvelles structures d'entreprise et aux situations économiques actuelles dont l'extériorisation de l'emploi est une application.

fond, une fois déterminés, malgré les obstacles pratiques, d'une part le salaire de l'intéressé et d'autre part le montant de la rémunération de l'employeur, il faut prendre en considération les justifications de la différence. Elle peut s'expliquer par le montant des charges sociales patronales, les frais d'amortissement et charges diverses et le profit de l'employeur. Si le premier de ces éléments ne pose guère de problème (l'employeur n'impute-t-il pas à l'utilisateur la totalité de la charge salariale qu'il supporte ?), peut-on admettre que l'employeur ne poursuit pas de but lucratif s'il se fait également rembourser la part de frais fixes qu'il expose nécessairement (loyers, amortissements de matériels, frais administratifs, etc) et dont certains peuvent être en rapport avec ses frais de personnels (par exemple le temps passé à l'établissement des bulletins de paie) ? Au demeurant, comment contrôler l'exactitude du calcul effectué par l'employeur quant aux charges annexes qu'il invoque ? Les hésitations sont exclues chaque fois qu'existe une différence substantielle entre les sommes facturées à l'utilisateur et les salaires versés. Ce sont principalement les opérations de prêt de main-d'œuvre dans le cadre d'un même groupe entre des sociétés juridiquement distinctes qui suscitent des difficultés d'appréciation. L'observation l'atteste, certaines entreprises créent une société qui leur fournit la main-d'œuvre, que ce soit ou non l'unique objet de celle-ci (8), organisant ainsi une dispersion de statuts préjudiciables aux salariés et une instabilité de l'emploi. Or cette société peut fort bien ne pas dégager de profit lors des prêts de main-d'œuvre puisque, en tout état de cause le « bénéficiaire » de l'opération qui consiste à avoir une main-d'œuvre moins chère parce qu'ayant moins de droits, se retrouve non pas au niveau de la société prestataire mais de l'utilisateur : L'opération est rigoureusement la même dans ses effets sur les salariés que s'il est fait appel à une entreprise extérieure. Doit-on lui dénier tout but lucratif ? (9).

Mais il y a lieu de déterminer également, lorsqu'une opération de fourniture de main-d'œuvre se réalise en dehors des règles fixées aux articles L. 124-1 et suivants et lorsque le but lucratif peut être établi, quelle est la nature de l'opération. Est-on en présence d'une sous-traitance ou prestation de service chez le client, ou d'une location de main-d'œuvre ? La question commande d'examiner si le contrat de travail subit la dichotomie évoquée. Mais cette recherche ne peut se faire directement dans tous les cas, dans la mesure où le critère du contrat de travail ne s'apprécie pas toujours de la même façon. Ce n'est donc le plus souvent qu'à l'aide d'indices qu'apparaît la nature des relations triangulaires.

2. LA LOCATION DE MAIN-D'ŒUVRE « SUBREPTICEMENT » ILLICITE : LA QUALIFICATION DE L'OPÉRATION

14. — Il ressort de l'article L. 125-3 que ce n'est pas l'activité de prêt de main-d'œuvre qui est prohibée si elle ne

(8) Il existe notamment des « sociétés de gestion » créées par des groupes, dont la finalité est de gérer les services communs des diverses sociétés du groupe : personnel, comptabilité, informatique, etc.

(9) Sur le terrain de la preuve la tâche devrait cependant, dans la plupart des cas, être facilitée par la présomption d'acte de commerce attachée à toute opération effectuée entre deux sociétés : s'il y a présomption de commercialité, il y a aussi présomption de but lucratif. Si l'un seulement des cocontractants est commerçant, la présomption devrait également subsister puisque l'article L. 125-3 ne précise pas à l'égard duquel le but lucratif doit être considéré.

s'effectue pas dans le cadre de la loi du 3 janvier 1972, mais bien chaque opération en tant que telle. Par conséquent, l'entrepreneur qui exerce une activité de travail temporaire en répondant à la définition donnée par l'article L. 124-1 mais sans être déclaré à l'Inspecteur du Travail commet une infraction à l'article L. 124-10 (10). A l'inverse, l'entreprise de travail temporaire déclarée conformément à l'article L. 124-10 mais qui exerce d'autres activités (par exemple, la location de matériel) est en infraction avec l'article L. 124-1 puisque la location de salariés devrait être son activité exclusive. L'article L. 125-3 s'applique donc soit aux entreprises qui n'ont pas pour unique activité le prêt de main-d'œuvre à but lucratif mais qui s'y livrent occasionnellement ou qui camouflent sous une prétendue activité de prestation de service ou de sous-traitance une activité de location de salariés, soit aux entreprises de travail temporaire qui s'adonnent à des opérations de location de main-d'œuvre hors du cadre de la loi du 3 janvier 1972 (voir infra « sanctions pénales »).

Toute la question est donc de situer, dans la gamme d'activités d'une entreprise, ce qui relèvera éventuellement de la location de main-d'œuvre, l'appréciation en étant particulièrement délicate dans le cas d'entreprises spécialisées dans la sous-traitance ou la prestation de services. Prenons l'exemple d'une entreprise de déménagement : un contrat est passé avec l'utilisateur en vue d'une prestation de déménagement donnée. L'employeur prestataire met en œuvre, pour l'exécution de cette prestation, ses moyens matériels (camions, caisses, emballages...) et ses moyens en effectifs selon l'importance de la prestation demandée et selon des critères qu'il détermine lui-même. Mais supposons que, une fois le déménagement réalisé, l'utilisateur souhaite procéder à un nouveau classement de ses archives et demande à cet effet à l'entreprise de déménagement de lui fournir des salariés, auxquels l'utilisateur donne les ordres de travail et dont il contrôle lui-même l'exécution. Bien que la prestation de main-d'œuvre « nue » soit la continuation de celle de déménagement — et même si, dans le contrat commercial, elles n'ont pas été distinguées ou si, plus précisément, la seconde apparaît comme l'accessoire de la première — ce sont en fait deux opérations distinctes, car *les moyens mis en œuvre et les effets produits par ces moyens sont différents*. Il convient donc de savoir distinguer, dans un ensemble de prestations comportant une fourniture de main-d'œuvre, les cas dans lesquels cette fourniture est *l'accessoire indissociable* de la prestation de service ou de travaux effectuée par l'entreprise prestataire — c'est le cas du déménagement — des hypothèses dans lesquelles cette fourniture est dissociable d'une autre opération dans laquelle la prestation se limite à la fourniture de main-d'œuvre — c'est le cas du prêt de main-d'œuvre consécutif au déménagement. Si l'exemple proposé est simple à analyser, d'autres opérations sont beaucoup plus complexes, notamment lorsque du matériel est également fourni par le prestataire ou que la prestation de services se confond dans la prestation de main-d'œuvre.

15. — Les entreprises prestataires de services en informatique en constituent une illustration. Actuellement, tous les services informatiques d'une entreprise peuvent être effectués sans que cette entreprise n'y ait jamais affecté un seul de ses salariés, que ce soit au niveau de l'étude, de la réalisation ou de l'exploitation. Certaines sociétés d'informatique se chargent de l'achat du matériel lui-même, qui peut rester propriété du prestataire et être installé dans des locaux lui appartenant (et non chez l'utilisateur). Mais il n'en va pas

obligatoirement ainsi et, en tout état de cause, la liaison avec l'utilisateur suppose que la transmission et la réception de données s'effectuent chez l'utilisateur. A ces postes de travail, des salariés du prestataire peuvent être affectés. Dans ce type d'opération de traitement informatique, il y a bien une prestation de service comportant de la part du prestataire l'engagement sur la réalisation d'un travail et la mise en œuvre de moyens propres pour y parvenir. Mais si l'on considère la situation des salariés travaillant chez l'utilisateur, on constate qu'ils doivent en pratique, être soumis à l'horaire de travail imposé par l'utilisateur puisque, autant la transmission que la réception des données dépendent de l'approvisionnement par les services de l'utilisateur ; pour la même raison, il faut convenir qu'ils reçoivent leurs ordres de travail de l'utilisateur lui-même. Et en pratique si, par exemple, un de ces salariés est absent pour une cause quelconque, c'est l'utilisateur qui demandera au prestataire de pourvoir à son remplacement : certes cette relation n'est pas nécessaire, et il est possible que le salarié avertisse de son absence son employeur et non l'utilisateur, mais ceci suppose le maintien de relations étroites entre le salarié et son employeur, moins probable que la relation directe qu'aura ce salarié avec l'utilisateur, surtout s'il est isolé dans l'entreprise d'affectation. On voit à travers cette description, qu'il peut être nécessaire d'établir une distinction supplémentaire, dans une seule et même opération de prestation de service, entre des salariés qui ne sont que « fournis » dans le cadre d'une prestation de service — et ceux qui sont prêtés parce que leurs conditions de travail les mettent en fait sous la subordination de l'utilisateur.

16. — Ce sont d'autres difficultés qu'évoque le sort des salariés fournis par leur employeur avec le matériel nécessaire à l'exécution de leur prestation. Qu'on songe aux électriciens de maintenance dans un établissement industriel. Cet utilisateur peut « sous-traiter » l'activité de maintenance en demandant au prestataire de lui fournir tant de salariés, de telles qualifications, et pourvus de leur boîte à outils (les matériaux, tels que fils, ampoules... étant fournis par l'utilisateur lui-même). L'objet de la prestation semble bien être exclusivement le prêt de main-d'œuvre : les salariés sont sous la subordination de fait de l'utilisateur lorsqu'ils sont astreints aux horaires de travail fixés par lui, qui leur donne également les ordres de travail et en assure le contrôle, alors même que la boîte à outils serait fournie par le prestataire. N'est-il pas vrai qu'aux termes de l'article L. 125-3, c'est *l'objet* de la prestation, et non le prêt de main-d'œuvre lui-même, qui doit être exclusif : or l'objet de la prestation, avec ou sans caisse à outils, c'est de se faire prêter la main-d'œuvre. Le matériel fourni par le prestataire n'est alors que le moyen mis à la disposition des salariés pour effectuer le travail demandé par l'utilisateur à ces salariés, mais la fourniture du matériel lui-même n'est pas l'objet du contrat. Il en est de même d'ailleurs si la boîte à outils fait l'objet d'une location distincte, car il y a alors deux prestations elles aussi distinctes. On objectera peut-être que les deux opérations commerciales sont indissociables. Pourtant l'objectif poursuivi n'est pas la location du matériel mais la prestation de main-d'œuvre. Ce n'est en effet que pour des raisons purement contingentes que l'utilisateur est conduit à demander à l'employeur prestataire de lui fournir également le matériel nécessaire au travail. Bien plus, ce que demande l'utilisateur, ce n'est pas l'exécution d'un travail déterminé à l'avance par contrat avec le prestataire, mais la mise à disposition de salariés qui soient en mesure d'effectuer n'importe quel travail de leur qualification demandé par l'utilisateur. L'objet de la prestation, ce n'est donc pas, en d'autres termes, l'exécution d'un travail ou la

(10) Article L. 124-10 : « L'activité d'entrepreneur de travail temporaire ne peut être exercée qu'après déclaration faite à l'autorité administrative ».

prestation d'un service dont la fourniture de main-d'œuvre est l'accessoire indissociable, mais au contraire la mise à disposition de salariés de « qualification convenue » (selon l'expression de l'article L. 124-1), prestation dont la location de matériel est dissociable.

L'incrimination de l'article L. 125-3 conduit à préciser comment se situent les rapports de travail dans la relation triangulaire utilisateur-prestataire-salarié. En d'autres termes, on sait qu'il existe un contrat de travail, mais il faut rechercher qui exerce, de fait, les prérogatives d'employeur et de chef d'entreprise dans l'exécution du travail. Les critères utiles sont les mêmes que ceux qui permettent de distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise ou de mandat, à cette différence que l'interrogation concerne non pas la *nature du contrat*, qui n'est pas contestée, mais la personne de *l'employeur de fait*. Cette quête doit permettre de déterminer s'il y a ou non subordination juridique, selon le critère dégagé par la jurisprudence, du salarié à l'utilisateur, et doit s'effectuer selon la méthode, elle aussi dégagée par la jurisprudence, à savoir celle du « faisceau d'indices ».

Parmi ces indices, d'exploitation parfois difficile car la nature des rapports triangulaires dépend étroitement des circonstances et de l'objet de la prestation, les uns relèvent d'une analyse formelle — c'est-à-dire d'une approche des relations contractuelles entre le donneur d'ordres et le prestataire — les autres d'une analyse substantielle des rapports entre le donneur d'ordres et le salarié fourni par le prestataire.

a. L'analyse formelle des indices

17. — Trois éléments méritent de retenir l'attention et peuvent éclairer la nature des relations entre le donneur d'ordres et le prestataire : la nature de la responsabilité du prestataire à l'égard du donneur d'ordres, le mode de facturation de la prestation et la qualification donnée au contrat par les parties.

La responsabilité du prestataire

La nature du lien contractuel entre le prestataire et le donneur d'ordres peut se traduire, en pratique, en termes de responsabilité : si le prestataire est maître de l'exécution du travail, il est responsable vis-à-vis du client du résultat de la prestation (obligation de résultat) ; si sa prestation, au contraire, se limite à louer des salariés, il ne peut en principe être tenu pour responsable de la mauvaise exécution de la prestation puisqu'il n'est pas intervenu dans sa réalisation.

Deux tempéraments doivent cependant être apportés à cette affirmation. D'une part, le bailleur de main-d'œuvre est tenu, malgré tout, d'une obligation de moyens, en ce qu'il doit fournir des salariés aptes à effectuer le travail demandé. Le prestataire peut donc engager sa responsabilité si un salarié manifeste un comportement inadapté (insuffisance professionnelle, indiscipline...), car il aura mal satisfait à son obligation. C'est d'ailleurs le principe retenu par la jurisprudence en matière de responsabilité de l'entreprise de travail temporaire à l'égard de l'utilisateur. Si l'on peut distinguer, dans l'abstraction, cette obligation de moyens de celle de résultat, notamment lorsqu'il y a litige entre le prestataire et l'utilisateur, il est difficile d'apprécier de « l'extérieur » et à l'avance la nature de la responsabilité du prestataire. L'Inspecteur du Travail risque de se voir opposer, tant

par le donneur d'ordres que par le prestataire, que l'opération litigieuse n'est pas un prêt de main-d'œuvre puisque, lorsqu'il y a déficience constatée, le prestataire est pénalisé (par l'application de pénalités financières ou par une nouvelle exécution du travail sans facturation). L'intérêt pour les deux entrepreneurs de celer les faits générateurs des responsabilités éventuelles fait obstacle à une qualification rigoureuse. A cela s'ajoute un élément dont il ne faut pas négliger l'importance. Il réside dans le déséquilibre contractuel qui peut exister entre prestataire et donneur d'ordres. Ce déséquilibre se rencontre notamment lorsque le donneur d'ordres exerce une position dominante dans la branche d'activité, ou lorsqu'il existe une concurrence importante entre prestataires. Une entreprise qui réalise une part importante de son chiffre d'affaires pour le même client est-elle en mesure de discuter avec lui les conditions dans lesquelles sera mise en cause sa responsabilité ? Même si l'opération est une location de main-d'œuvre, et que le prestataire n'a pas le contrôle du travail, peut-il résister aux exigences de son client ?

Le mode de facturation

18. — Outre l'analyse des rapports de responsabilité (11), la nature de l'opération peut être déduite du mode de facturation de la prestation, horaire ou forfaitaire. Si le prestataire est rémunéré selon un prix déterminé d'avance, on est fondé à supposer que c'est la prestation en elle-même qui fait l'objet de cette rémunération. Si le prestataire perçoit un paiement calculé simplement d'après le coût horaire de la main-d'œuvre n'est-ce pas le prêt de main-d'œuvre, et non la prestation de travail qui est ainsi rémunérée ? Il reste que le mode de facturation est condamné à demeurer un indice mineur. En effet, si la prestation est déterminée dans le temps ou dans l'objet, le prestataire dispose du moyen de calculer — sous réserve d'une clause de révision de prix — le coût global du marché, et par là le prix forfaitaire total, qu'il s'agisse indifféremment d'une prestation de service, d'une sous-traitance ou d'un prêt de main-d'œuvre. A l'inverse, si la durée de la prestation ne se prête pas à une fixation au départ mais que, par contre, on sait que, par exemple, un seul salarié de qualification connue y sera affecté, la base de la facturation peut consister en un taux horaire multiplié par le nombre d'heures de travail, sans que ce mode de calcul soit nécessairement lié à l'exigence de l'utilisateur d'obtenir un salarié de « qualification convenue » travaillant sous ses ordres. Là encore, le mode de calcul horaire se concilie autant avec une prestation de service ou une sous-traitance qu'avec un prêt de main-d'œuvre.

La qualification donnée au contrat par les parties

19. — Peut-on enfin tirer profit de la rédaction même du contrat commercial, de la qualification retenue par les parties, de la description qu'elles proposent de la prestation ? Les parties qualifient parfois elles-mêmes le contrat de « prêt » ou « prestation de main-d'œuvre » et décrivent leurs rapports respectifs en faisant apparaître le transfert de prérogatives d'employeur et de chef d'entreprise. Parfois,

(11) La moindre difficulté d'appréciation n'étant pas que dans des contrats de ce type, la différence entre obligations de moyens et de résultats semble moins de nature que de degré.

sur
raît
fair
prél
clur
des
la f
plus
con
sou
lège
moi
qua
sa
dén
serv
mai

S
l'er
trat
ne
teu
effo
mo
me
obt
leq
des
les
cut
pri
ma
lou
le
D'
da
av
pré
coi

b.

tit
d'o
rei
tai
na
me
l'e
pr
de
co

Le

pé
d'

(1

sur un bon de commande ou le contrat commercial, il apparaît que c'est le contenu du service ou des travaux qui semble faire l'objet du contrat (par exemple « pose des éléments préfabriqués de façade du chantier X... »). Doit-on conclure, dans ce cas, que l'objet du contrat est la réalisation des travaux et non le prêt de main-d'œuvre, surtout lorsque la facturation est, de surcroît, établie forfaitairement ? A plus forte raison, dira-t-on, lorsque le contrat (ou le bon de commande) prend soin de préciser que le prestataire ou le sous-traitant font leur affaire du respect des prescriptions légales en matière d'hygiène et de sécurité. Force est néanmoins de rappeler que le juge pénal n'est pas tenu par la qualification du contrat proposée par les parties (12), et que sa rédaction n'apporte aucun élément de preuve pour démontrer que le contrat litigieux relève de la prestation de service ou de la sous-traitance et non du prêt de main-d'œuvre.

Si le prêt de main-d'œuvre se caractérise par le fait que l'employeur des salariés ignore, lors de la conclusion du contrat commercial, à quels travaux ceux-ci seront affectés, cela ne signifie nullement qu'il en soit de même pour l'utilisateur. Au contraire, celui-ci, qui exprime le besoin de faire effectuer un travail donné, peut connaître parfaitement les moyens tant en effectifs qu'en qualification qu'il faudra mettre en œuvre. Dans le bâtiment, une entreprise qui obtient un marché public sur adjudication (marché pour lequel elle a donc dû soumissionner après étude de sa part des conditions d'exécution), connaît dans tous ses détails lesdites conditions du marché, et partant les moyens d'exécution, pour les avoir établies elle-même. Or une telle entreprise, indifféremment, sous-traite telle ou telle partie du marché ou fait appel à une autre entreprise pour se faire louer la main-d'œuvre dotée de la qualification requise. Ni le contrat, ni le bon de commande ne sont déterminants. D'ailleurs, dans un même marché, deux salariés travaillant dans des conditions rigoureusement identiques peuvent avoir été fournis par la voie de deux contrats différents, l'un présentant l'opération comme une sous-traitance, l'autre comme une prestation de main-d'œuvre « nue ».

b. L'analyse substantielle

20. — Tout se ramène, finalement, à l'identification du titulaire des prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur. La simplicité de la proposition n'est qu'apparente. Y a-t-il location de main-d'œuvre lorsque le prestataire effectue un détachement collectif de salariés, comprenant notamment des agents d'exécution et un encadrement ? Est-il nécessaire que l'utilisateur exerce *directement* l'ensemble de ces prérogatives, notamment dans l'hypothèse précédente ? Y a-t-il exercice de prérogatives d'employeur de la part de l'utilisateur, lorsque la prestation de service se confond dans la prestation de main-d'œuvre ?

Le prêt d'équipe

Il n'est pas rare de rencontrer des opérations portant non pas sur un salarié isolé, mais sur une équipe composée d'agents d'exécution de différents niveaux et d'un personnel

d'encadrement (chefs d'équipe, agents de maîtrise). Ne doit-on pas supposer, par principe, que dans un tel cas cette équipe prend en charge elle-même la réalisation de la prestation demandée, les agents d'exécution n'étant pas sous les ordres de l'utilisateur mais de leur propre encadrement ? Pourtant, ce type d'opération est susceptible de constituer un prêt de main-d'œuvre. Là encore, ce qui est en jeu, c'est la nature des rapports entre l'équipe détachée et l'utilisateur. Parfois, les agents d'exécution n'ont pas de rapports directs avec l'utilisateur, dans le déroulement normal de la prestation, seul l'encadrement de l'équipe étant en contact avec ce dernier. C'est à ce niveau qu'il faut étudier la nature des rapports utilisateur-prestataire-salariés : si l'encadrement de l'équipe du prestataire reçoit ses directives de l'utilisateur, on doit admettre qu'on se trouve alors devant une opération de prêt collectif. L'expérience enseigne d'ailleurs que même lorsque les rapports utilisateur-salariés se limitent théoriquement au personnel d'encadrement, la subordination de l'ensemble des salariés prêtés n'en est pas moins apparente : l'horaire de travail est déterminé par l'utilisateur, qui a également, dans le contrat avec le prestataire, fixé le nombre de salariés requis et leur qualification ; en outre, si un problème se pose dans le cadre du travail (discipline, insuffisance professionnelle...), l'expérience montre également que la solution en est le plus souvent adoptée après concertation entre l'encadrement sur place et l'utilisateur, qui demande la remise à disposition du salarié à son entreprise, ce qui n'est pas concevable dans la véritable sous-traitance ou prestation de service (sauf de façon tout à fait exceptionnelle entraînant un trouble manifeste chez l'utilisateur) : le fait par l'utilisateur de considérer qu'un comportement inadapté d'un salarié du prestataire désorganise sa propre entreprise est en quelque sorte l'aveu de l'intégration de ce salarié dans son propre personnel.

Le degré de contrôle de l'utilisateur

21. — Ces remarques éclairent la seconde question posée. En effet, dans le cas d'un prêt de salarié isolé comme dans celui du prêt d'équipe, l'utilisateur n'a pas nécessairement à intervenir directement dans la réalisation de la prestation. Dans le prêt d'équipe, l'utilisateur peut se contenter de donner les instructions de travail, coordonner leur exécution et en assurer le contrôle par l'intermédiaire de l'encadrement sur place du prestataire, c'est-à-dire exercer les prérogatives de chef d'entreprise, mais laisser à l'initiative de cet encadrement une marge d'autonomie (comme il le ferait d'ailleurs pour son propre encadrement), notamment dans l'exercice des prérogatives d'employeur (13). Cette relative autonomie ne doit pas cependant faire illusion puisque, en tout état de cause, la détermination du contenu effectif de la prestation et des moyens de sa réalisation appartient en fait à l'utilisateur et non pas à l'employeur prestataire.

De même en va-t-il du salarié isolé qui, soit ne dispose d'aucune compétence spécifique dans l'exécution d'un travail simple, où les prérogatives d'employeur importent plus que celles de chef d'entreprise, soit, à l'inverse, dispose

(13) Par prérogatives de chef d'entreprise, on entend le pouvoir de détermination, d'organisation et de direction du travail. Les prérogatives d'employeur recouvrent l'ensemble des droits dont dispose ce dernier pour exercer son pouvoir de direction selon les besoins du service : détermination de la discipline, des horaires, possibilité d'effectuer des mutations de postes, etc. et moyens de coercition (sanctions) pour en obtenir le respect par le salarié.

(12) Articles 12 du Code de procédure civile, et 384 du Code de procédure pénale.

d'une compétence technique particulière qui exclut chez l'utilisateur un contrôle de l'exécution de la prestation.

La prestation de main-d'œuvre confondue avec la prestation de service

Le même problème se pose lorsque l'utilisateur fait appel à une main-d'œuvre sans qualification ou, à l'inverse, d'une qualification poussée qui rend le contrôle difficile, voire impossible.

Le premier cas sera, par exemple, celui d'entreprises de gardiennage qui fournissent du personnel destiné à contrôler les entrées et sorties des locaux de l'entreprise utilisatrice : les gardiens ainsi fournis ont pour seule activité d'être présents et d'effectuer éventuellement des contrôles sur les visiteurs ou le personnel de l'entreprise utilisatrice. Une telle activité ne requiert, de la part des salariés fournis, aucune compétence particulière, les conditions d'exécution du travail sont simples et peuvent être déterminées soit par l'employeur-prestataire, par des instructions données avant le détachement du salarié compte tenu des demandes exprimées préalablement par l'utilisateur, soit par l'utilisateur lui-même. Mais en tout état de cause ces instructions étant a priori fort simples, il semble difficile de voir là un indice sérieux permettant de cerner la nature de l'opération. Plus utile est l'examen des relations au cours de l'exécution de la prestation : qui détermine le nombre de gardiens nécessaires ? l'utilisateur demande-t-il un « profil » déterminé auquel doivent correspondre les salariés fournis ? l'utilisateur intervient-il pour conduire l'activité des salariés ? à qui les salariés rendent-ils compte de leur activité, des incidents rencontrés... ? etc... c'est dire la complexité d'une telle recherche en face d'une activité d'une simplicité extrême et d'une spécificité quasiment nulle (notamment dans le cas de gardiens dont l'essentiel de la prestation consiste à n'être que présents).

A l'inverse, mais le problème se pose dans les mêmes termes, on rencontre des salariés de haute spécificité détachés dans des entreprises utilisatrices : ingénieurs de bureaux d'études, informaticiens, etc. Pour de tels salariés, la recherche de l'exercice des prérogatives d'employeur et de chef d'entreprise est tout aussi ardue : leur niveau de compétence leur assure une liberté d'organisation de leur travail et une marge d'autonomie et de responsabilité importante (qu'ils auraient de la même façon s'ils étaient salariés de l'utilisateur). Dans une telle hypothèse, la recherche du but de la prestation et de la façon dont celle-ci prend place dans l'activité de l'entreprise utilisatrice constitue l'élément prépondérant. Autrement dit, le salarié est-il intégré au processus de fonctionnement de l'entreprise utilisatrice, ou n'intervient-il que dans le cadre d'une prestation ponctuelle ?

B — LES SANCTIONS

1. — SUR LE PLAN PÉNAL

23. — L'article L. 152-2 du Code du travail réprime les infractions :

— A l'article L. 124-1, c'est-à-dire les situations où une entreprise de travail temporaire ne répond pas à la définition

stricte qui en est donnée. Sont donc visés les cas où une entreprise de travail temporaire exerce une autre activité que la location de main-d'œuvre ou, à l'inverse, lorsqu'un employeur s'est créé sa propre entreprise de travail temporaire, notamment pour les besoins de son entreprise principale (14).

— A l'article L. 124-10, c'est-à-dire lorsqu'un entrepreneur exerce une activité répondant à la définition de l'article L. 124-1 mais n'en a pas fait déclaration à l'Inspection du Travail.

— A l'article L. 125-3, qui recouvre en réalité les infractions à l'article L. 124-1 (puisque l'article L. 125-3 interdit la location de main-d'œuvre, même ponctuelle, maquillée ou non en sous-traitance ou en prestation de service).

Mais une difficulté supplémentaire se présente, que le législateur ne semble pas avoir perçue lors du vote de la loi de 1973. L'article L. 152-2, qui prévoit des peines correctionnelles (2 000 F à 20 000 F d'amende, interdiction d'exercer l'activité d'entrepreneur de travail temporaire pour 2 à 10 ans et affichage du jugement) s'ajoute en effet à l'article R. 152-5, qui a prévu des peines contraventionnelles (600 F à 1 000 F d'amende) pour les infractions aux articles L. 124-2, L. 124-3, L. 124-4 et R. 124-31, et à l'article R. 152-6, pour les infractions aux articles L. 124-11 et L. 124-12. Il existe ainsi des sanctions « externes » et des sanctions internes (articles R. 152-5 et R. 152-6) à la loi du 3 janvier 1972, sanctions qui toutefois peuvent se recouvrir. Si une entreprise de travail temporaire détache, par exemple, des salariés pour une mission ne correspondant à aucun des cas mentionnés à l'article L. 124-2 (absence temporaire d'un salarié permanent, surcroît occasionnel d'activité...) l'opération de location de main-d'œuvre « n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du Livre 1^{er}, Titre II, chapitre IV » du Code du travail, en infraction également avec l'article L. 125-3 : il y a cumul idéal d'infractions. Les enseignements les plus classiques du droit pénal veulent que cette infraction soit poursuivie sur la base de l'article L. 125-3 punie par l'article L. 152-2 et non sur la base de l'article L. 124-2, punie par l'article R. 152-5 qui ne prévoit qu'une peine contraventionnelle de 5^e classe.

Un autre point qu'il convient de souligner a trait à la détermination des auteurs. La commission de l'infraction à l'article L. 125-3 requiert l'intervention conjointe du prestataire et de l'utilisateur, puisque l'opération résulte d'un contrat commercial, donc d'un accord entre les deux contractants, le prestataire et l'utilisateur ; celui-ci est dès lors co-auteur de l'infraction. A la différence de la plupart des infractions au Code du travail, non seulement l'infraction à l'article L. 125-3 peut entraîner la poursuite conjointe des deux auteurs, mais, de plus cette solution s'impose en vue d'une répression efficace, l'utilisateur étant le principal bénéficiaire de l'opération (15). On peut d'ailleurs regretter à cet égard, que le législateur n'ait prévu de peine complémentaire (interdiction d'exercer) qu'à l'encontre du bailleur de main-d'œuvre et n'en ait fixé aucune à l'encontre de l'utilisateur. En outre la peine prévue apparaît dans de nombreux cas inadaptée, dans la mesure où justement le bailleur

(14) Voir *Supra* n° 11.

(15) A noter que la Cour de cassation avait déjà retenu la complicité de l'utilisateur, dans le cadre de l'ancien délit de marchandage (Cass. Crim. 4 février 1898 D.P. 98-1 369 note APPLETON ; S. 99.1.249, note ROUX, cité par M.B. BOULOC, *Encyclopédie Dalloz de Droit du travail « Marchandage »*).

de main-d'œuvre n'est pas un entrepreneur de travail temporaire déclaré : la peine sera donc sans grande portée pratique.

2. SUR LE PLAN CIVIL

24. — En réalité, la sanction qui paraît la plus adéquate est moins pénale que civile. Deux voies paraissent offertes : faire reconnaître par les juges soit la nullité des contrats, soit la simulation par interposition de personnes.

Si l'on analyse le contrat de location de main-d'œuvre, on s'aperçoit que ce contrat, qui porte sur une prestation illicite si elle n'est pas effectuée dans le cadre strict de la loi de 1972, a de ce fait un objet illicite. De même, la location de main-d'œuvre ayant pour objet et pour effet de faire reporter l'obligation de travail du salarié de son employeur (le prestataire) vers l'utilisateur, le contrat de travail « nominal » entre le salarié et le prestataire n'apparaît-il pas comme dépourvu d'objet puisqu'il ne porte pas sur l'exécution d'un travail accompli pour le compte et sous l'autorité de l'employeur-prestataire ? Dès lors, le juge, même pénal, pourrait admettre la nullité de ces deux contrats pour ne reconnaître que la seule réalité qui subsiste : la subordination du salarié, dans l'exécution du travail, à l'utilisateur.

Le juge pourrait s'engager d'autant plus facilement dans cette voie que s'il a estimé établie la location de main-d'œuvre, c'est justement parce qu'il a pu déterminer que le salarié était sous la subordination non pas du prestataire, mais de l'utilisateur. Le même raisonnement peut être tenu lorsque le prestataire loue des salariés qu'il a lui-même loués à une entreprise de travail temporaire (notamment lorsque ce prestataire dirige lui-même l'entreprise de travail temporaire à laquelle il fait appel). En effet, il ressort de la rédaction des articles L. 124-1, L. 124-2 et L. 124-3, que l'utilisateur de salariés intérimaires doit nécessairement être celui qui contracte avec l'entreprise de travail temporaire et qui emploie des salariés pour son propre compte. Le contrat d'intérim passé entre le sous-traitant ou le prestataire de l'entreprise de travail temporaire pour relouer les salariés à l'utilisateur véritable a donc lui aussi un objet illicite. A l'inverse, le contrat d'intérim licite, qui respecte toutes les dispositions de la loi de 1972 tant à l'égard de l'utilisateur que du salarié, doit s'analyser comme dérogeant à la règle énoncée, étant lui-même un contrat de travail d'un type particulier, dérogatoire au droit commun, pour lequel le législateur a expressément donné un objet différent : l'objet du contrat de travail temporaire n'est pas l'exécution d'un travail pour le compte et sous l'autorité de l'entreprise de travail temporaire, mais la mise à disposition du salarié à l'utilisateur dénommé dans le contrat de travail.

La seconde direction envisageable est celle de la *simulation par interposition de personnes* : le prestataire, qui loue des salariés agit en quelque sorte comme « prête-nom » de l'utilisateur. Les salariés concernés pourraient ainsi, par une action en déclaration de simulation, faire rétablir à leur égard la réalité, c'est-à-dire faire reconnaître l'existence *en droit* du contrat de travail qui existe *en fait* avec l'utilisateur (16).

(16) Voir notamment sur cette question J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, Tome 4, n° 39.

L'analyse de l'opération de location de main-d'œuvre révèle combien peut être ténue la distinction d'avec une opération de sous-traitance ou de prestation de service. Dans de nombreux cas, ce sont des indices peu assurés qui servent à établir la réalité d'une opération de location de main-d'œuvre. Pourquoi mener de telles investigations, au résultat si hasardeux ? N'a-t-on pas conscience qu'un minimum de prudence de la part de l'utilisateur et du prestataire suffit à les couler dans le cadre bienveillant de la sous-traitance ? Tel est bien en effet le fond du problème : l'utilisateur trouve certes son intérêt à employer des salariés à l'égard desquels il se conduit comme leur employeur, mais sans être tenu de toutes les contraintes qui pèseraient sur lui s'il se reconnaissait effectivement comme leur employeur (17). La complexité de ces opérations, la difficulté de les mettre au jour et la relative inefficacité des sanctions ont conduit à l'extension du phénomène de location illicite de main-d'œuvre. Son accélération a été facilitée en grande partie par l'impunité de nombreux employeurs qui y ont recours. Ce phénomène s'accroissant, la répression de ces méthodes va-t-elle également s'accroître ? En réponse, ces formes d'« extériorisation » de l'emploi risquent alors de devenir plus sophistiquées. Deux directions semblent d'ores et déjà envisageables. D'une part les employeurs continueront de pratiquer des opérations de location de main-d'œuvre, mais rapprocheront les formes de ces opérations de celles de la sous-traitance ou de la prestation de service, par la rédaction de contrats mieux formulés, par la mise en place d'équipes « encadrées », par la suppression de toute intervention directe apparente de la part de l'utilisateur, etc. D'autre part, les utilisateurs accepteront les conditions d'une véritable sous-traitance ou prestation de service. Cette solution présentera pour eux l'inconvénient de ne plus pouvoir contrôler directement l'exécution de la prestation, mais permettra de maintenir le principal intérêt de ce mode d'organisation du travail qui est de ne pas avoir ses propres salariés.

Ce qu'il faut bien percevoir, c'est que peu importe le plus souvent pour les salariés qui donne les ordres de travail. Ce qui ne peut laisser indifférent, c'est le décalage entre leur statut et leur situation au sein de l'entreprise utilisatrice et par rapport à l'entreprise prestataire. Le phénomène décrit est bien structurel : c'est un nouveau mode d'organisation des entreprises qui se met en place, par l'extériorisation des services et d'activités *permanents* des entreprises utilisatrices (18). C'est donc bien le statut des salariés qui est en cause et il l'est de la même façon, sensiblement, qu'il s'agisse d'une pure location de main-d'œuvre ou d'une véritable sous-traitance ou prestation de service chez l'utilisateur.

Aussi est-il nécessaire de s'interroger sur l'aptitude du Code du travail à répondre à ce défi. La nouvelle notion de « marchandage » telle que l'a redéfini la loi du 6 juillet 1973 (article L. 125-1) permet-elle de le relever ?

(17) Voir notamment l'article de M. J. MAGAUD « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. Soc.*, n° 12, 1975, p. 525, qui a mis en lumière les avantages pour les employeurs des différentes formes d'extériorisation de l'emploi.

(18) Il va de soi qu'un prestataire de service, un sous-traitant ou un bailleur de main-d'œuvre peut lui-même être l'utilisateur permanent d'autres prestataires, sous-traitants ou bailleurs de main-d'œuvre.

II. — EXTÉRIORISATION DE L'EMPLOI ET MARCHANDAGE

25. — Bien qu'elle ait conservé le vocable de « marchandage », la loi du 6 juillet 1973 a redéfini ce délit, désormais fondé sur des éléments plus précis et d'une portée plus large que ceux énoncés par l'article 30 b (19). On sait que la Cour de cassation avait construit une jurisprudence très peu répressive à partir de ce texte en limitant strictement les éléments constitutifs du délit (20).

La nouvelle législation en matière de « marchandage », (l'article L. 125-1 du Code du travail) constitue-t-il un outil efficace pour limiter les excès dommageables pour les salariés des phénomènes d'extériorisation de l'emploi décrits plus haut ? On analysera les éléments constitutifs du délit de marchandage soit d'une part, l'élément matériel (le préjudice et le fait d'éluder les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles) et d'autre part, le lien de causalité entre la fourniture de main-d'œuvre et le préjudice. On évoquera ensuite les situations dans lesquelles les articles L. 124-1 et suivants sur le travail temporaire et L. 125-1 sur le marchandage peuvent se cumuler.

A — LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE MARCHANDAGE

L'exposé des motifs et la nouvelle rédaction du délit de marchandage définissent une incrimination plus large sur la base de deux notions : le préjudice causé au travailleur et la non observation de fait des lois, règlements et conventions collectives dont la preuve peut être facilement apportée, car il a été constaté que ces opérations mettent en cause non seulement la réglementation du travail mais aussi la législation de la sécurité sociale et la législation fiscale (21).

La notion d'opération n'appelle pas d'observations nouvelles (22). L'incrimination exige que l'opération de fourniture de main-d'œuvre ait un but lucratif et cette condition limite la portée de l'article L. 125-1 (23).

L'étendue du champ d'application de l'article L. 125-1 dépend d'une part du contenu de l'élément matériel de l'infraction tel qu'il résulte du sens (extensif ou restrictif) donné aux termes « *préjudice* » et « *éluder* », d'autre part du lien de causalité qu'il convient de retenir entre l'opéra-

tion de fourniture de main-d'œuvre et le préjudice ou le fait d'éluder des dispositions légales ou conventionnelles, donc de l'interprétation du mot « *effet* ». On remarquera que le législateur a voulu supprimer la recherche d'une intention de nuire que la jurisprudence avait retenue dans le cadre de l'ancien délit de marchandage. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'emploi des termes « *opération... qui a pour effet... d'éluder* » (et non pour objet). Le marchandage est un délit non-intentionnel (24).

1. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'INFRACTION

26. — Il convient de souligner que l'infraction résultant de cet article est parfaitement distincte de celle prévue par l'article L. 125-3. La notion de « *fourniture de main-d'œuvre* » est plus vaste que celle de « *prêt de main-d'œuvre* ». Le prêt de main-d'œuvre se caractérise par la mise à la disposition de la pure force de travail du salarié au service d'un utilisateur. Le meilleur exemple est le travail temporaire. La « *fourniture de main d'œuvre* » recouvre aussi bien la sous-traitance et la prestation de services « *chez le client* » que la location de main-d'œuvre (25).

L'article L. 125-1 vise *toutes* les opérations de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif, que cette fourniture soit faite à titre exclusif ou non. Il concerne donc les opérations de fourniture de main-d'œuvre même *licite* a priori (sous-traitance et prestation de service). Il convient d'examiner successivement les deux branches de l'infraction.

La nature du préjudice n'est pas précisée par le texte, la seule indication donnée est que ce préjudice doit avoir été subi par le salarié concerné par l'opération, donc celui qui fait l'objet de la prestation. Il semble donc qu'il faille admettre qu'un préjudice de toute nature est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale, qu'il résulte d'une infraction pénale, d'un délit ou d'un quasi-délict civil ou d'une faute contractuelle de l'employeur. La deuxième branche de l'élément matériel « *le fait d'éluder les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles* » qui est alternative et non cumulative avec la précédente (le préjudice) pose un problème inverse. Le législateur n'a pas précisé qu'elle s'appréciait uniquement par rapport au salarié fourni. Par conséquent, c'est aussi bien auprès du donneur d'ordre ou utilisateur que du prestataire ou sous-traitant qu'il faut rechercher si des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles n'ont pas été éludées. Le texte précise qu'elles relèvent de la loi, de règlement ou de convention collective et exclut par là le contrat de travail. Quand l'article L. 125-1 évoque la loi, il ne se réfère pas exclusivement à la législation et à la réglementation propres au droit du travail. Sont visés aussi bien les droits collectifs qu'individuels qui résultent de ces dispositions. Le préjudice n'ayant pas à être démontré, il suffit également de montrer que l'opération de fourniture de main-d'œuvre a pour effet de rendre inapplicables des dispositions qui auraient pu être appli-

(19) Les articles 30 b, 30 c et 47 du Livre 1^{er} de l'ancien Code du travail interdisaient le marchandage, c'est-à-dire « *l'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs* ». Le nouvel article L. 125-1 al. 1 du Code du travail dispose que « *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 la loi de règlement ou de convention collective de travail, ou « marchandage » est interdite* ».

(20) Outre l'élément légal établi par l'article 103 du Livre 1^{er} de l'ancien Code du travail, et l'élément matériel (c'est-à-dire le marché de main-d'œuvre), l'infraction devait réunir pour être constituée, l'intention de nuire de la part du marchandageur et un préjudice causé au salarié. (Cass. Crim. 31 juillet 1901 Loup/Poeuf et autres).

(21) Voir Documentation Sénat n° 323, seconde session ordinaire 1972-1973, Documentation Assemblée Nationale n° 344 et 433, Seconde session ordinaire 1972-73.

(22) V. *Supra* n° 14.

(23) V. *Supra* n° 13.

(24) Pour une position contraire voir B. BOULOC, *Encyclopédie Dalloz de Droit du travail* V° Marchandage.

(25) Par exemple, constituent des fournitures de main-d'œuvre, la restauration d'entreprise pour le compte d'une collectivité, l'entretien d'une installation technique (électricité, chaufferie, ascenseurs) dans les locaux d'une entreprise. Voir également *Supra* n° 9. Le rapporteur du Sénat a notamment précisé que : « *toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui s'accompagne ou non d'une prestation de service effective est interdite dès lors qu'elle contrevient à la loi, aux règlements, ou à la convention collective ou qu'elle cause au salarié un préjudice* ». (Annexe P.V. Débat-Sénat, 26.6.73.).

quées à défaut de cette opération. Cela conduit à étudier le lien de causalité entre l'opération de fourniture de main-d'œuvre et le préjudice ou l'inobservation de normes légales, réglementaires ou conventionnelles.

2. LES EFFETS DE L'OPÉRATION ET LE LIEN DE CAUSALITÉ

27. — Dès lors que l'on peut établir qu'un salarié a subi un préjudice ou qu'ont été éludées les dispositions de la loi, du règlement ou de la convention collective et que ces faits concernent des salariés qui font l'objet d'une opération de fourniture de main-d'œuvre dans le cadre d'une activité de sous-traitance ou de prestation de service, il reste encore à démontrer que ces faits ont pour cause l'opération de fourniture de main-d'œuvre elle-même, qu'ils en sont bien les effets.

Mais ces effets eux-mêmes, en premier lieu, quels sont-ils ? Deux conceptions peuvent s'opposer. La première consiste à ne considérer que la situation qui résulte des rapports entre l'employeur-prestataire et ses salariés : le premier avait une obligation à l'égard des seconds qu'il n'a pu assumer en raison de l'existence de l'opération. La seconde consiste à poser la situation des salariés par rapport à la fois au prestataire et à l'utilisateur, en s'interrogeant sur les droits des salariés non pas seulement à l'égard du prestataire, mais également à l'égard de l'utilisateur. La première optique, que l'on peut appeler *restrictive*, si elle paraît plus simple, n'en oblige pas moins à se poser certaines questions. Elle conduit tout d'abord à n'examiner que les préjudices ou l'inapplicabilité de textes qui apparaissent dans le cadre de l'exécution de l'opération. Qu'apporte alors l'article L. 125-1, pour réprimer une infraction qu'un autre texte visait déjà ? Tout au plus, dans certains cas, cette incrimination permettrait-elle de correctionnaliser certaines infractions qui ne seraient que contraventionnelles ou, à la limite, d'apporter une sanction pénale là où n'auraient été possibles que des sanctions civiles. Ce n'est pas là toutefois la seule interrogation. Il ressort des termes de l'article L. 125-1 que c'est l'opération qui est interdite en raison des effets qu'elle développe. Curieuse conception juridique, qu'une opération dont nul ne peut savoir a priori si elle est licite ou non, et qu'on ne peut apprécier que par ses effets et non dans son objet ou sa cause ! Peut-être voudra-t-on alors ne retenir que les effets dont cette opération était porteuse dès son origine, ceux qui résultent des conditions mêmes qui ont présidé à sa réalisation, et qui existaient « potentiellement » dans les éléments constitutifs de l'opération ? Tel serait par exemple le contrat de prestation de services qui stipulerait que les salariés fournis doivent travailler selon un horaire hebdomadaire supérieur à la durée maximale autorisée par l'article L. 212-5 du Code du travail : l'opération est en elle-même grosse de l'infraction, puisque si le prestataire ne la commet pas, il n'exécute pas ses obligations. Mais supposons à présent qu'un accident du travail survienne au salarié d'un prestataire, parce que l'utilisateur avait refusé au prestataire un aménagement de sécurité sur ses locaux. Dans ce cas, contesterait-on que le manquement aux règles de sécurité et l'accident du travail ne sont pas les effets de l'opération, puisque l'utilisateur n'a pu refuser d'exécuter les travaux nécessaires que parce que rien dans la législation ne permettait de l'y contraindre ? Pourtant de tels effets sont extérieurs à l'opération, qui n'impliquait pas qu'une infraction à des règles de sécurité préexistât à l'opération elle-même. Penserait-on que c'est aller trop loin que de retenir là le délit

de marchandage ? Prenons alors un exemple qui ramène à l'observation de l'économie du contrat : une prestation est déterminée à des conditions de prix, de nombre de salariés, de temps de présence des salariés, telles que la réalisation de la prestation n'est matériellement possible qu'au prix d'infractions à la durée du travail ou à l'hygiène et à la sécurité. La recherche des effets dont l'opération était porteuse devra conduire à imputer à cette opération les conséquences qu'en sont les infractions constatées. Or que suppose une telle recherche, sinon d'analyser en détail les conditions qui ont présidé à la conclusion du contrat de prestation et d'appréhender la situation qui en résulte non en elle-même mais dans les rapports entre l'utilisateur et le prestataire ? Devra-t-on être plus restrictif ? On en revient nécessairement alors non plus à la recherche des effets mais à celle de la cause du contrat de prestation, et à celle de l'« intention » que le législateur avait voulu proscrire.

Dans une telle perplexité, peut-on se référer, pour éclairer la discussion, à l'intention du législateur ? En réalité, la lecture des débats parlementaires n'apporte guère de réponse. Mais une comparaison détaillée de l'article L. 125-1 et de l'ancien art. 30 b du Livre 1^{er}, tel que l'avait interprété la jurisprudence (voir note 19) permet de saisir, sinon ce qu'a voulu le législateur, du moins ce à quoi il a voulu mettre fin. Conscient du « verrouillage » apporté par la jurisprudence au délit de marchandage, il a voulu prendre le contre-pied de l'interprétation antérieure : au « marché de main-d'œuvre » il a substitué la notion plus vague de « fourniture de main-d'œuvre » ; à la recherche de l'intention de nuire celle, plus large, des seuls effets de l'opération ; et au préjudice il a ajouté le fait d'éluider des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles. Tout semble donc indiquer que le législateur a voulu donner un vaste champ d'application au délit de marchandage. Ceci explique que sauf à dénaturer totalement l'article L. 125-1 une interprétation restrictive ne peut que s'enfermer dans un noeud de contradictions, sinon même d'incohérences, puisqu'elle voudrait n'analyser la situation qui résulte de l'opération que dans les seuls rapports prestataire-salarié, alors que cette situation résulte des rapports utilisateur-prestataire : la détermination du délit de marchandage conduit nécessairement à impliquer le rôle de l'utilisateur. Selon quel critère, alors, faire le partage entre ce qu'on pourra imputer et reprocher à l'utilisateur et ce qui sera considéré comme un comportement « normal » de sa part ? Le seul argument qui paraît pouvoir être valablement invoqué toucherait au droit de l'employeur d'organiser comme il l'entend son entreprise. On sait que c'est la position actuelle de la jurisprudence. Est-ce à dire qu'il peut organiser son entreprise en violation de l'ordre public social, de façon à empêcher, par exemple, la constitution chez lui d'un comité d'entreprise ? Telle est en effet la situation de l'entreprise de 49 salariés qui fait appel, pour une prestation permanente, aux services d'une entreprise de restauration collective. Certes, cet employeur avisé n'avouera probablement pas son objectif véritable : mais faut-il attendre cet aveu, alors que l'article L. 125-1 ne requiert de rechercher que l'effet de l'opération et non sa cause ? (26). On perçoit bien, en réalité, que la réponse n'est pas du domaine juridique, mais qu'elle est conditionnée par celle que l'on donne à la question suivante : l'employeur est-il en droit d'organiser librement son entreprise ? Jusqu'à présent, cette question ne posait pas de problèmes paraissant insurmontables pour la survie du droit du travail, dans la mesure où l'on pouvait

(26) Le délit d'entrave ne pourrait pas être retenu pour la raison que l'utilisateur et le prestataire constituent deux « entreprises » distinctes au sens retenu par la jurisprudence pour déterminer la notion d'entreprise en droit du travail.

estimer que, par delà toutes les modifications de l'entreprise, subsistait justement le droit du travail. Mais peut-on maintenir cette conception lorsque c'est le droit du travail lui-même qui est mis en cause par l'extériorisation de l'emploi. Car il faut aller plus loin : ce n'est pas seulement le problème du comité d'entreprise qui est posé, ni, a fortiori, celui de situations ponctuelles quelle que soit leur importance, c'est aussi et surtout celui du « statut » du salarié. Jusqu'à présent, laisser à l'employeur la liberté d'organisation de l'entreprise, c'était certes prendre le risque de ne pas pouvoir protéger l'emploi des salariés, mais cela n'affectait pas véritablement le droit applicable à la collectivité de travail maintenue, même si ce droit paraît mal adapté à d'autres situations relativement nouvelles (entreprises multinationales, groupes, holdings...) : face à l'extériorisation de l'emploi, c'est s'exposer à ne sanctionner que d'hypothétiques abus de droit, sans avoir pour ce faire le moindre commencement d'appréciation d'un tel critère. Tel est, par-delà les gloses et débats juridiques, le véritable enjeu : soit l'on analyse l'article L. 125-1 dans l'optique socio-juridique traditionnelle, et on le vide de son contenu, soit on l'appréhende dans une perspective « volontariste », comme moyen de lutte contre l'extériorisation de l'emploi. Cette conception extensive, ou téléologique, s'attacherait à prendre en compte tous les effets, directs ou indirects, essentiels ou accessoires, prévisibles ou imprévisibles, de l'opération de fourniture de main-d'œuvre avec pour seule condition que le fait dommageable, causé par le préjudice ou l'inapplicabilité de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, ait été rendu possible parce qu'il y avait une opération de fourniture de main-d'œuvre, sans lequel il ne se serait pas produit.

28. — Dans certains cas, les immeubles de grande hauteur (I.G.H.) ou les immeubles collectifs de bureaux par exemple, certaines prestations ne peuvent être effectuées que collectivement : gardiennage, restauration, entretien, accueil, standard téléphonique... La prestation de service, qui permet l'organisation rationnelle des activités en cause, semble donc justifiée dans ces situations par un motif économiquement et techniquement fondé. Mais dans de nombreux cas, le seul intérêt pour l'utilisateur est d'obtenir un coût de prestation moins élevé et plus généralement l'accomplissement d'une fonction nécessaire à la marche de l'entreprise sans aucune des contraintes sociales qui en découlent. Ces opérations entraînent le plus souvent l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail. Dans ce cas de figure, l'employeur initial devient l'utilisateur et les salariés sont transférés à l'entreprise prestataire. Ce que gagne l'entreprise utilisatrice, c'est la diminution de son effectif, le dégageant de toute responsabilité à l'égard des salariés concernés et parfois la diminution de ses coûts.

Ce que perdent les salariés, c'est parfois le bénéfice d'une convention avantageuse ou d'un accord d'établissement, la référence à la grille de salaire de l'entreprise utilisatrice, le bénéfice de divers droits collectifs tels que les structures de représentation du personnel, la participation... Sans parler dans certains cas de la stabilité de leur emploi (ils deviennent mobiles d'un établissement à un autre).

Une conception extensive du délit de marchandage permettrait, pour lutter contre l'éclatement de la notion d'entreprise et la « précarisation » des travailleurs, de retenir l'infraction lorsque l'opération contribue sans justification technique sérieuse à soustraire des salariés à l'application du statut qui devrait être le leur si l'activité de l'entreprise n'avait pas été sectorisée. Ainsi, si l'on conçoit que

dans un immeuble de grande hauteur (I.G.H.) les fonctions collectives telles que la restauration soient gérées par des prestataires occupant leur propre personnel, tomberait au contraire sous le coup du marchandage le fait par exemple pour une banque qui avait dans un établissement sa propre cantine d'en céder la gérance à un traiteur extérieur qui reprendrait le personnel, personnel qui de ce fait perdrait les avantages liés à son statut, notamment l'application de la convention collective des banques.

On pourrait même aller jusqu'à considérer qu'il y a marchandage alors même que le prestataire relèverait lui-même d'une convention collective, en estimant que l'opération a pour effet de soustraire les salariés non pas à l'application d'une convention collective, mais de la convention collective à laquelle leur statut leur aurait donné droit s'il n'y avait pas eu l'opération en cause.

29. — Il faut cependant répondre à l'objection tirée de l'application des articles L. 122-12 et L. 132-7 du Code du travail. Le législateur et la jurisprudence ont prévu et fait une large application de ces textes et les exemples évoqués relèvent de leur application.

Il n'y aurait pas fraude à la loi dans la mesure où c'est la loi elle-même qui a prévu et réglementé dans ces situations le sort du contrat de travail et des droits collectifs en cas de changement d'employeur. Toutefois cette objection ne paraît pas devoir être retenue. L'article L. 122-12 alinéa 2 a été introduit par le législateur dans le but de préserver l'emploi en cas de changement d'employeur. Mais cette disposition n'a pas pour autant avalisé les opérations juridiques par lesquelles s'opèrent les modifications de la situation juridique des employeurs. C'est pervertir le texte que d'en déduire qu'il légitime un droit à la modification d'employeur alors que la loi n'a voulu au contraire que protéger les salariés contre les modifications qui auraient des conséquences préjudiciables aux travailleurs en limitant leurs effets juridiques (27). L'article L. 132-7 doit être analysé de la même façon. Cette disposition précise qu'elle s'applique en cas de « mise en cause » des conventions collectives. Or, il n'y a mise en cause de la convention collective que par la volonté des deux employeurs de se transmettre les salariés concernés, sans que soit changé le destinataire du travail de ces salariés.

La sécurité réclamée ne devrait concerner que les découpages d'entreprise et laisser intact le principe de la sous-traitance et de la prestation de services traditionnelles en permettant les opérations de ce type lorsqu'elles correspondent à un besoin particulier et limité dans le temps de l'entreprise utilisatrice. Ainsi, le conseil en organisation, qui est une étude déterminée et limitée du fonctionnement de l'entreprise ne relève nullement, dans les circonstances normales, du marchandage.

L'interprétation extensive du délit de marchandage permettrait de lutter efficacement contre l'extériorisation de

(27) Voir Paris, 1^{re} Ch., 9 juin 1977, Compagnie Internationale des Wagons Lits c/Sevair et C.E.S.A.F. Dans cette affaire, l'avocat général M. Kirsch indique dans ses conclusions : « Mais il y a surtout un élément qui semble avoir été particulièrement passé sous silence dans cette affaire et qui est cependant capital : la volonté du travailleur : n'est pas automatiquement compris dans la cession celui qui n'entend en faire partie. On ne transfère pas un groupe d'hommes comme on transporte des biens meubles ». L'arrêt précise : « que seuls les agents de la C.I.W.L.T. qui étaient employés sur les lignes précédemment exploitées par elle, auraient pu se prévaloir de cette disposition (L. 122-12 alinéa 2) édictée dans leur intérêt exclusif et qu'aucun ne l'a fait ».

(28) C

(29) C

(30) V

l'emploi, en tout ce que ce phénomène a d'artificiel. Est-ce possible, est-ce souhaitable ? Possible, ce l'est sur un plan purement juridique : mais est-il raisonnable d'attendre de l'article L. 125-1 qu'il bouleverse la conception des rapports sociaux, qu'il soit utilisé pour faire primer la protection des salariés sur le droit de l'entreprise de s'organiser librement ? Est-il surtout réaliste de penser que l'administration et les tribunaux s'arrogeront ce droit de regard et d'appréciation ? Qu'un tel mouvement soit cependant souhaitable, il ne convient pas d'en décider ici. Le seul point qu'il importe de souligner est l'ampleur du problème : l'extériorisation de l'emploi remet en cause tous les fondements sur lesquels repose le droit du travail. Ou l'on réprimera le phénomène, avec les moyens juridiques actuels, ou on l'accompagnera pour adapter le droit à une nouvelle réalité sociale. Ce débat fondamental est-il seulement celui des juristes ?

B — CUMULS DE SITUATIONS : TRAVAIL TEMPORAIRE ET MARCHANDAGE

30. — Lorsqu'une location de main-d'œuvre se déroule dans le cadre de la loi du 3 janvier 1972, le délit de marchandage peut-il être constitué ? Ainsi la jurisprudence récente propose-t-elle des exemples propices à la réflexion. Un travailleur intérimaire demande à son employeur, l'entreprise de travail temporaire, le paiement de jours fériés qui étaient chômés et payés dans l'entreprise utilisatrice. La Cour de cassation approuve les juridictions du fond d'avoir ordonné à l'entreprise de travail temporaire le paiement de ces jours fériés au travailleur intérimaire (28). Dans une telle espèce, le préjudice subi par le salarié, de surcroît, ne peut-il être constitutif du délit de marchandage ?

Il en va de même lorsque le travailleur intérimaire a été maintenu chez l'utilisateur au-delà de 3 mois sans autorisation de prolongation de mission quand celle-ci est prévue (articles L. 124-2 c, d et e et L. 124-3 dernier alinéa du Code du travail) (29). Dans cette affaire, le salarié détaché chez l'utilisateur depuis deux ans environ sans que l'employeur (l'entreprise de travail temporaire) n'ait demandé l'autorisation de prolongation, a sollicité à la fin de la mission l'application des dispositions légales relatives au licenciement. La Chambre Sociale a jugé que l'entreprise de travail temporaire en ne respectant pas les dispositions régissant le travail temporaire s'est replacée dans le droit commun des contrats de travail et doit donc un préavis et une indemnité de licenciement, si elle interrompt la mission du salarié : « *La Cour d'appel a pu estimer que faute pour elle d'avoir respecté les prescriptions de la loi du 3 janvier 1972 l'Auxiliaire Technique s'est placé en dehors de son champ d'application* ». Puisque l'E.T.T. s'est replacée dans le cadre du droit commun, la location de main-d'œuvre s'est ainsi effectuée en violation des dispositions des articles L. 124-1 et suivants, et L. 125-3. L'objet du contrat de mission entre l'E.T.T. et l'utilisateur ainsi que l'objet du contrat de travail entre l'E.T.T. et son salarié sont nuls (30). La logique commande alors d'affirmer que le salarié est lié par un contrat de travail avec l'utilisateur chez qui il exécute la prestation de travail et sous la subordination juridique duquel il se trouve et non avec l'E.T.T., dès la fin des trois premiers mois de la mission.

UNE LÉGISLATION POUR RIEN ?

31. — Peut-on tirer un premier bilan de l'application des lois de 1972 et 1973 ? L'évolution observée n'inspire guère de réflexions optimistes. Certes, aucune réglementation n'est parfaite, mais celle-ci ne se révèle-t-elle pas un échec puisque non seulement rien de ce qu'avait voulu interdire le législateur n'a pu être empêché, mais de plus toutes les formes de sous-entreprise ont trouvé un nouvel et important essor au cours de la présente décennie. Nombre d'entrepreneurs de travail temporaire exercent d'autres activités, souvent complémentaires de la première, s'appuyant sur les facilités offertes par le droit commercial ; le contrôle des motifs du recours à l'intérim s'avère des plus complexes dans la réalité, la limitation de la durée de certaines missions est facilement tournée par la conclusion de contrats successifs, etc. Mais surtout rien n'a pu empêcher les prestataires de service et les sous-traitants d'effectuer, en marge ou au centre de leurs activités, la location de main-d'œuvre que le législateur avait voulu leur interdire. Sur le plan juridique, outre la difficulté d'établir la preuve d'une opération de location de main-d'œuvre, on peut même s'interroger sur la signification de la démarche elle-même.

La recherche du contrat de travail de fait, et du titulaire réel des prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur, a guidé cette démarche : n'y a-t-il pas là une régression par rapport à l'évolution la plus récente du droit du travail qui tend, au contraire, à s'extraire du cadre contractuel comme instituant du droit du travail, au profit de la communauté sociale de l'entreprise ? N'est-il pas contradictoire de revenir aux notions les plus civilistes du droit du travail pour tenter de restaurer les droits des salariés ? N'est-ce pas aussi une régression de réaffirmer ces « prérogatives de chef d'entreprise et d'employeur » comme fondement du contrat de travail ? Peut-on conduire autrement la recherche de l'opération de location de main-d'œuvre ? Il semble difficile de pouvoir se passer des indices évoqués, mais les tribunaux pourraient, comme ils l'ont fait en d'autres matières (31), établir une présomption de location de main-d'œuvre lorsque des salariés travaillent dans le cadre d'une même communauté sociale, sauf aux employeurs à apporter la preuve que chacun d'entre eux exerce, à l'égard de ses propres salariés, l'ensemble de ses prérogatives. La jurisprudence ira-t-elle dans cette direction ?

32. — Quant au second volet de la réforme intervenue en 1972 et 1973, c'est-à-dire la redéfinition du délit de « marchandage », l'oubli dans lequel est tombé l'article L. 125-1, à peine eût-il été voté, suffit à montrer son efficacité (32). D'ailleurs, par-delà l'embarras dans lequel est plongé tout juriste qui doit en interpréter la signification, les juges ne risquent-ils pas d'être très réticents à manipuler ce texte et à en développer toute la logique ? Ne penseront-ils pas qu'il ne leur appartient pas, même si le législateur leur en a donné les moyens, de bloquer une évolution des rapports économiques ? Et pourtant l'enjeu est essentiel. La jurisprudence a su, avec réalisme, lutter contre l'« implosion » de l'entre-

(28) Cass. Soc. 15 mars 1978, *Bull.* n° 194, p. 146.

(29) Cass. Soc. 15 février 1978, *Bull.* V n° 114 p. 84.

(30) Voir *Supra* n° 24.

(31) Voir notamment Cass. crim. 2 mars 1978, *J.C.P.* éd. C1 1978-12868, note Ph. SALVAGE, *Droit social* 1978-369 note J. Savatier.

(32) A notre connaissance, aucun jugement n'est intervenu depuis 1973 pour sanctionner un délit de « marchandage ».

prise, c'est-à-dire contre les effets du découpage artificiel en autant de sociétés commerciales qu'il pouvait être nécessaire pour ne pas atteindre les différents seuils (10,50 salariés) qui déterminent la mise en œuvre de certains droits collectifs, en élaborant la notion d'« unité économique et sociale ». L'« explosion » de l'entreprise, que réalise l'extériorisation de l'emploi, lance un défi juridique d'une autre nature. L'« implosion » ne remettait pas en cause, dans les faits, la structure pyramidale de l'entreprise, mais aboutissait seulement, par les artifices du droit commercial, à la mise en échec du droit du travail : la jurisprudence a pu, par une qualification juridique conforme à la réalité, rétablir une notion d'entreprise propre au droit du travail. Cette notion n'est plus d'aucune utilité face aux phénomènes d'« extériorisation » de l'emploi. Car le sous-traitant ou le prestataire de service (qu'il y ait ou non une opération de location de main-d'œuvre), répond, en ce qui le concerne, à la défini-

tion de l'entreprise, entendue comme une « unité économique et sociale ». Ce que réalisent ces phénomènes c'est la superposition d'entreprises dans un même site, leur imbrication dans un cycle de production déterminé.

A une structure pyramidale de l'entreprise, perçue par rapport à l'objet de sa production, se substitue ainsi une structure stellaire, aux centres de pouvoirs « éclatés ». N'est-ce pas là, d'ailleurs, l'objectif principal de cette nouvelle forme d'organisation ? Toute l'évolution constatée, de l'implosion à l'explosion, semble vouloir répondre à une préoccupation fondamentale dont tout le reste découle : faire échapper « l'entreprise » à toute définition. N'est-ce pas une façon de perpétuer le pouvoir patronal avec le minimum de contraintes puisque nul n'ignore que ce pouvoir existe mais nul ne sait, non plus, où le situer et où l'atteindre ?