

Mobilité intragroupe du salarié et marchandage : la logique d'un transfert de la subordination juridique non assumé

par Hervé GUICHAOUA, Directeur du travail

PLAN

- I. Le cadre juridique de la mobilité intragroupe du salarié
- II. La détermination de l'employeur du salarié en mobilité intragroupe

La mobilité intragroupe correspond à l'affectation temporaire d'un salarié dans une entreprise du groupe autre que son employeur originel. La mobilité intragroupe, nationale ou internationale, d'un salarié est une modalité assez ancienne et usuelle de la gestion individuelle de la carrière et du contrat de travail d'un cadre de haut niveau et, éventuellement, des conditions d'accompagnement de sa famille. Au fil du temps, la mobilité intragroupe s'est étendue aux autres catégories professionnelles de salariés.

Le marchandage, dont l'interdiction est inscrite à l'article L. 8231-1 du Code du travail, est une mise à disposition illicite à but lucratif d'un salarié, en dehors des règles relatives au travail temporaire, qui a pour effet d'éluider la loi ou de causer un préjudice à ce salarié. L'infraction de marchandage, dans ses caractéristiques, est très proche du prêt exclusif illicite de main-d'œuvre à but lucratif, lui aussi interdit par l'article L. 8241-1 du Code du travail.

L'arrêt rendu le 12 octobre 2016 par la Chambre sociale de la Cour de cassation (1) rappelle que la gestion du parcours professionnel du salarié en mobilité ne relève pas uniquement de la libre négociation contractuelle entre l'employeur et le salarié, mais s'inscrit également dans le respect des règles d'ordre public qui régissent la mise à disposition du personnel entre entreprises, et notamment l'interdiction du marchandage. En effet, la mobilité intragroupe se traduit très souvent par une mise à disposition du salarié entre entités du groupe, dont le juge apprécie la légalité.

La décision de la Cour de cassation, qui considère, dans le cas d'espèce, que la mobilité intragroupe du

salarié correspond à une mise à disposition illicite et à une opération de marchandage, est à rapprocher de l'arrêt *John Deere* (2), qui avait retenu, dans une autre affaire de mobilité intragroupe, que les opérations de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre étaient constituées.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation mérite d'autant plus d'appeler l'attention qu'une forme développée du dumping social prospère sur le territoire français par le recours à la mobilité internationale collective intragroupe de salariés détachés, qui, de surcroît, n'ont pas la qualité de cadres (3).

I. Le cadre juridique de la mobilité intragroupe du salarié

La mobilité intragroupe du salarié s'effectue, en règle générale, selon trois formes, qui s'inscrivent chacune dans des environnements juridiques différents, même si un dénominateur leur est commun : la mobilité intragroupe du salarié circonscrite au territoire français, la mobilité intragroupe internationale

à l'expatriation et la mobilité intragroupe internationale dans le cadre d'une impatriation sur le territoire français, en détachement ou non.

a) La première de ces trois mobilités, qui est internationale, a fait l'objet de précisions spécifiques assez

(1) Cass. Soc. n° 14-26.032 du 12 octobre 2016, *LPG Finance Industrie*, inédit, reproduit ci-après p. XXX.

(2) Cass. Soc. n° 09-69.175 du 18 mai 2011, *John Deere*, Semaine sociale Lamy n° 1493, p. 6, rapp. H. Gosselin.

(3) H. Guichaoua, « Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié : une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français », Dr. Ouv. mai 2015, p. 268.

récentes dans le Code du travail, par l'article 40 de la loi dite *Cherpion* du 28 juillet 2011 (4). Si cette loi a formalisé et encadré (5) les conditions de mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises (6) et, *de facto*, la mobilité intragroupe nationale, son objet premier était cependant d'éviter que cette mise à disposition et cette mobilité ne tombent sous l'incrimination pénale de prêt illicite de main-d'œuvre mentionnée à l'article L. 8241-1 du Code du travail (7), en gommant, sous conditions, son caractère lucratif.

Mais la loi *Cherpion* n'a pas procédé à la même démarche de blanchiment de la mise à disposition du salarié en relation avec l'infraction de marchandage, ce qui n'est pas anodin au regard de l'arrêt du 12 octobre 2016. Ainsi, une mobilité intragroupe d'un salarié, opérée conformément à la loi *Cherpion*, si elle n'est plus susceptible de constituer du prêt illicite de main-d'œuvre, peut cependant s'analyser en une opération de marchandage et rester illicite.

Depuis la loi *Cherpion*, toutes les mobilités intragroupes nationales doivent satisfaire aux conditions qu'elle fixe, sauf à considérer que certaines de ces mobilités ne s'effectuent pas factuellement dans le cadre d'une mise à disposition. À défaut de respecter l'article 40 de la loi *Cherpion*, et sous réserve de l'appréciation du juge (8), cette mobilité et cette mise à disposition effectuées en dehors du cadre légal pourraient (re)devenir du prêt illicite de main-d'œuvre, interdit par l'article L. 8241-1 du Code du travail.

La loi précise, par ailleurs, que le salarié en mobilité intragroupe, mis à disposition, est électeur et éligible dans l'entreprise qui l'accueille, en application des articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail.

b) La seconde mobilité intragroupe, qui se fait à l'expatriation, est régie par l'article L. 1231-5 du Code du travail, qui décrit les conditions du rapatriement du salarié en France auprès de la société-mère, dès lors que la filiale du groupe établie à l'étranger l'avait embauché pour le temps de sa mobilité (9). Compte tenu de sa rédaction, cette disposition du Code du travail ne vise ni l'hypothèse d'une expatriation du salarié sans être embauché par la filiale, ni l'hypothèse de l'expatriation depuis la filiale en France vers la société-mère à l'étranger.

La question se pose de savoir si la mobilité internationale intragroupe à l'expatriation relève également de l'encadrement et du formalisme de la loi *Cherpion*. En effet, l'article L. 8241-2 du Code du travail, manifestement conçu pour la mobilité infranationale du salarié, fait état d'une information et d'une consultation obligatoires du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, des délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice, c'est-à-dire, dans cette hypothèse, de la filiale établie hors de France ; or, l'absence de ces instances, qui n'existent sans doute pas en tant que telles dans la filiale ou la société-mère sise à l'étranger, rend-elle la loi *Cherpion* non applicable sur ces points et la mise à disposition à l'expatriation non encadrée ?

S'agissant d'une mobilité professionnelle transnationale, l'expatriation intragroupe relève, par ailleurs, de normes supranationales.

En matière de législation du travail, cette forme de mobilité intragroupe est régie par la Convention de Rome du 19 juin 1989 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et par la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services ; l'article 1^{er} 3 b) de la directive vise, en effet, expressément, le détachement du salarié dans le cadre d'une mobilité intragroupe, bien que la mobilité intragroupe ne soit pas une prestation de services. Enfin, l'expatriation dans le cadre de la mobilité intragroupe d'un salarié ressortissant d'un État tiers relève, en ce qui concerne ses conditions de travail et sa mobilité intracommunautaire, de la directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe.

La protection sociale du salarié expatrié entre dans le champ des textes communautaires relatifs à la coordination de la Sécurité sociale, notamment les règlements (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 et n° 987/2009 du 16 septembre 2009, ainsi que dans le champ des conventions bilatérales de Sécurité sociale que la France a signées avec 37 États tiers. Le salarié

(4) Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 relative au développement de l'alternance et à la sécurisation des parcours professionnels ; articles L. 8241-1 alinéa 5 et L. 8241-2 du Code du travail.

(5) En intégrant des exigences de la Cour de cassation, notamment sur l'accord préalable du salarié.

(6) Hors cas faisant l'objet de dispositions spéciales : travail temporaire, mannequinat, groupement d'employeurs, portage salarial, etc.

(7) Pour s'affranchir de la jurisprudence de la Cour de cassation.

(8) Tout dépendra de la valeur qu'accordera le juge au non-respect des nombreuses conditions encadrant la mise à disposition qui sont posées par l'article L. 8241-2 du Code du travail (certaines conditions sont-elles plus substantielles que d'autres ?).

(9) Pour un exemple de contrôle judiciaire de la mise en œuvre judiciaire : Cass. Soc. n° 09-70.306, du 30 mars 2011, *Sté Guy Demarle* ; Valérie Lacoste-Mary, « La mise à l'écart de la loi française et l'obligation de reclassement du salarié détaché dans une filiale étrangère : finalisation d'un revirement », *Dr. Ouv.* 2011, p. 480.

expatrié peut aussi bénéficier d'une protection sociale spécifique, via la Caisse des Français de l'étranger (CFE).

c) La troisième forme de mobilité intragroupe est l'impatriation du salarié sur le territoire français, c'est-à-dire son affectation temporaire en France, à partir d'une entreprise établie à l'étranger qui est son employeur originel. Cette impatriation est régie par la Convention de Rome et par la directive 2014/66 du 15 mai 2014, si le salarié est ressortissant d'un pays tiers. Lorsque l'impatriation s'effectue dans le cadre d'un détachement, et non pas d'une embauche en France, cette mobilité relève, par ailleurs, de la directive 96/79 du 16 décembre 1996, via son article 1^{er} 3 b) ; l'article L.1262-1 2^o du Code du travail reprend le périmètre et les termes de la directive du 16 décembre 1996, en mentionnant la mobilité intragroupe comme l'un des cas de détachement du salarié sur le territoire français.

L'impatriation suscite également la question (inversée) de l'application de la loi *Cherpion* (9 bis), puisque l'article L.8241-2 du Code du travail fait état d'une information et d'une consultation obligatoires du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, des délégués du personnel, de l'entreprise prêteuse, c'est-à-dire, dans cette hypothèse, de l'entreprise établie à l'étranger ; or, l'absence de ces instances, qui n'existent sans doute pas en tant que telles dans l'entreprise d'envoi, rend-elle la loi *Cherpion* non applicable ?

En matière de protection sociale, le salarié impatrié est assujéti de plein droit à la législation française de Sécurité sociale, sauf s'il justifie, ou son employeur ou l'entreprise d'accueil en France, rester maintenu au régime de protection sociale de l'État où il travaille de façon habituelle, en application des textes communautaires de coordination de Sécurité sociale ou d'une convention bilatérale de Sécurité sociale.

d) Hormis ce cadre juridique, la mobilité intragroupe, quelle que soit sa forme, reste donc peu contrainte, ce qui laisse aux entreprises une assez grande latitude dans la gestion de leurs ressources humaines.

La mobilité intragroupe n'est pas réservée à du personnel très qualifié, même si, à l'origine, cette mobilité lui était dédiée ; un salarié sans qualification particulière ou de simple exécution peut faire l'objet d'une mobilité intragroupe. La seule réserve concerne le salarié ressortissant d'un État tiers qui doit être cadre ou expert, en application de la directive 2004/66 ou expert, en application de l'article R.5221-30 du Code du travail relatif à la délivrance d'une autorisation de travail au salarié en mission.

L'antériorité d'emploi minimale du salarié dans l'entreprise d'envoi avant sa mobilité n'existe pas dans la loi *Cherpion* ; il peut être mis à disposition dès son embauche. L'antériorité d'emploi est prévue, avant le détachement du salarié, par la directive 96/79, par la directive 2014/66 et par l'article L.1261-3 du Code du travail, mais elle n'est pas quantifiée (10), sauf pour les ressortissants des États tiers (11). En matière de Sécurité sociale, le détachement du salarié, c'est-à-dire son maintien au régime de protection sociale d'un autre État que la France, n'est possible que s'il justifie d'une ancienneté d'assujettissement d'un mois dans cet autre État (12).

La mobilité est, en principe, temporaire, mais aucune limite n'est prescrite, sauf pour les ressortissants des États tiers (13) ; elle peut être quasi indéterminée. Les textes ne fixent aucun seuil, aucun plancher, aucun volume pour le nombre de salariés, présents simultanément ou non, en mobilité dans une entreprise d'accueil. Dès lors, la mobilité intragroupe peut être individuelle ou collective, ce qui permet à l'entreprise d'accueil de fonctionner avec une majorité d'effectif mis à sa disposition.

Enfin, l'ensemble de ces textes est muet sur l'essentiel, c'est-à-dire la détermination de l'employeur du salarié en mobilité intragroupe, ce qui a logiquement conduit à du contentieux, dont l'arrêt du 12 octobre 2016 est une illustration (14).

(9 bis) *supra* b).

(10) L'article L.1261-3 du Code du travail n'est pas conforme à la directive qui vise l'antériorité d'emploi dans l'État d'envoi.

(11) Entre 3 et 12 mois.

(12) En application de la décision A2 du 12 juin 2009 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de Sécurité sociale.

(13) Limitée à 3 ans.

(14) Le sujet de la détermination de l'employeur est rarement abordé dans les différents commentaires de l'article 40 de la loi *Cherpion* qui ont été publiés (cf. en filigrane, A. Martinon, « L'organisation de la mobilité dans les groupes », JCP S 2013.1079).

II. La détermination de l'employeur du salarié en mobilité intragroupe

a) La détermination de l'employeur du salarié en mobilité intragroupe est essentielle, eu égard aux droits et au statut social attachés à cette qualité, tant pour le salarié que pour les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés. L'identification de l'employeur est également importante, compte tenu des effets d'aubaine et des risques de fraude liés aux mises à disposition collectives intragroupes.

L'employeur réel du salarié en mobilité intragroupe n'est pas nécessairement l'employeur originel qui le met à la disposition d'une autre entreprise du groupe. L'employeur réel du salarié en mobilité est celui qui lui fournit le travail et exerce sur ce salarié son autorité dans le cadre d'une relation de travail subordonnée. Certaines mobilités intragroupes actent de façon appropriée ce transfert de la subordination juridique par l'embauche temporaire du salarié par l'entreprise d'accueil.

La subordination juridique est avérée dès lors que le salarié est mis à disposition dans le cadre d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre ; tel est le sens des arrêts *LPG Finance Industrie* et *John Deere*. Mais cette subordination est également avérée, indépendamment de la caractérisation d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, en présence d'une mise à disposition licite. La reconnaissance de l'exercice de la subordination juridique par l'entreprise d'accueil ou utilisatrice ne se limite pas, en effet, à la constatation d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre.

b) Le salarié en mobilité intragroupe a nécessairement un premier employeur identifiable, qui est celui qui initie sa mutation vers l'entreprise d'accueil. Cet employeur originel du salarié en mobilité peut demeurer l'employeur réel du salarié, si cette mobilité ne s'accompagne pas d'une mise à disposition auprès de l'entreprise d'accueil ; le salarié doit alors disposer d'une réelle autonomie dans l'exercice des fonctions objet de cette mobilité et en rapporter exclusivement à l'entreprise à l'origine de sa mobilité. Cette autonomie professionnelle et fonctionnelle peut être reconnue notamment à l'occasion de l'exercice de certaines fonctions d'expertise, d'audit, de contrôle, de supervision, de suivi de process, de transfert de compétence ou de savoir-faire ou de formation dans une filiale du groupe.

Dès lors, l'entreprise d'accueil n'est pas entreprise utilisatrice du salarié en mobilité. Si une facturation est établie par l'entreprise à laquelle est rattaché le salarié, elle porte sur le paiement d'un service ou d'une prestation, et non pas sur de la main-d'œuvre nue.

Cette mobilité intragroupe, sans mise à disposition, échappe à la loi *Cherpion*, qui a un autre objet ; elle relève, en tant que de besoin, si elle est transnationale, de la directive 96/79 du 16 décembre 1996 sur le détachement des salariés, de la directive 2014/66 sur les ressortissants des États tiers en mobilité intragroupe, de certains des articles L.1261-1 et suivants du Code du travail relatifs au détachement et de l'article R.5221-30 du Code du travail relatif à la délivrance des autorisations de travail.

Les textes communautaires de coordination en matière de Sécurité sociale et les conventions bilatérales de Sécurité sociale dispensant du paiement des cotisations sociales en France s'appliquent à la protection sociale du salarié, si les conditions qu'ils prévoient sont réunies.

c) Dans la réalité, la plupart des mobilités intragroupes s'effectue sous le régime de la mise à disposition du salarié, ce qui explique le vote de l'article 40 de la loi *Cherpion*, destiné à sécuriser ce transfert du salarié intervenant hors article L.1224-1 du Code du travail. La mise à disposition du salarié signifie concrètement qu'il est prêté à une autre entreprise, qui va lui fournir du travail et lui donner des directives et des instructions comme à son propre personnel, ce qui caractérise le transfert de la subordination juridique vers un nouvel employeur. La mobilité dans l'entreprise d'accueil est donc binaire : soit il s'agit d'un salarié expert, autonome et indépendant, qui continue de relever du siège ou de l'entreprise d'envoi, soit il s'agit d'un salarié intégré au collectif de travail de l'entreprise d'accueil, quelle que soit sa qualification.

Dans plusieurs arrêts, la Chambre sociale de Cour de cassation a considéré que le salarié qui accomplit un travail pour le compte de l'entité auprès de laquelle il est mis à disposition dans un rapport de subordination est lié à cette entité par un contrat de travail (15). S'agissant plus précisément de la mobilité intragroupe internationale, cette analyse de la Cour

(15) Cass. Ass. Plén. n°92-40.641 du 20 décembre 1996, *Alliance Française* ; Cass. Soc. n° 08-44.238 du 15 juin 2000, *CCAS* ; Cass. Soc. n°05-60.119 du 23 mai 2006, *Ixis Investor Services* ; Cass. Soc.

n°11-20.145 du 20 juin 2012, *CCAS* ; Cass. Soc. n°13-21.634 du 4 février 2015, *Ligue Atlantique de football*.

de cassation a été initiée dès 1976 par l'arrêt *Time Live Press Agency* (16), quand bien même le contrat de travail initial avec la société-mère ne serait pas rompu ou que l'entité française ne serait pas son seul employeur (17). À cet égard, la précision apportée par l'alinéa 11 de l'article L.8241-2 du Code du travail, mentionnant que le contrat de travail du salarié prêté n'est ni rompu, ni suspendu, est donc sans incidence sur le transfert de la subordination juridique et de la qualité d'employeur pendant la durée de la mise à disposition du salarié.

Dans cette logique, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que la mobilité d'un salarié pour travailler dans une autre entreprise du groupe constitue un changement d'employeur. Cette novation du contrat de travail suppose son accord (18), *a fortiori*, si cette mobilité s'effectue dans l'entité d'un autre groupe (19). La loi *Cherpien* a pris acte de cette jurisprudence, en conditionnant la mise à disposition du salarié à son accord préalable (20).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation procède à la même analyse, puisqu'elle considère que l'entreprise utilisatrice d'un salarié mis à sa disposition de façon illégale, dans le cadre d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, devient son employeur (21).

Le juge communautaire reconnaît implicitement les mêmes effets à la mise à disposition d'un salarié entre deux entreprises (22).

En toute logique juridique, la mobilité intragroupe, qui se traduit par une mise à disposition et par un prêt du salarié, doit se concrétiser par l'embauche de ce salarié et l'établissement d'un contrat de travail par l'entreprise d'accueil, ainsi que par le paiement des cotisations sociales aux organismes de protection sociale et, le cas échéant, par le paiement des cotisations à la caisse des congés payés.

d) Le non-respect de ces obligations sociales est de nature à entraîner plusieurs conséquences civiles et pénales à l'égard de l'entreprise d'accueil.

- En premier lieu, l'entreprise d'accueil, qui n'assume pas les conséquences juridiques du transfert de la subordination juridique d'un salarié mis à sa disposition au titre d'une mobilité intragroupe, s'expose à une action judiciaire de la part de celui-ci, pour faire reconnaître sa qualité d'employeur de fait et obtenir le paiement de toutes les sommes qui lui sont dues à ce titre (23), même si l'existence d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de personnel n'est pas invoquée par le salarié ; *a fortiori* lorsque cette mise à disposition est invoquée et est reconnue illicite par le juge. Dans cette hypothèse, le salarié peut obtenir, de surcroît, le versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de l'opération de marchandage (24).

De façon plus générale, et hors mobilité intragroupe, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'en présence d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, l'utilisateur du salarié est son employeur ; il est débiteur des obligations sociales prévues par la législation du travail en cette qualité (25).

- En second lieu, l'entreprise d'accueil, requalifiée en employeur, devient redevable des cotisations sociales dues à raison de cet emploi. Le défaut de paiement des cotisations sociales permet notamment à l'Urssaf d'engager une procédure de recouvrement à son encontre (26). La qualité reconnue à l'Urssaf d'agir directement contre l'entreprise d'accueil du salarié en mobilité intragroupe vaut pour les autres organismes de protection sociale (MSA, autres régimes spéciaux, caisses de retraite complémentaire, Pôle Emploi) et pour les caisses de congés payés.

Si la mobilité intragroupe implique un salarié détaché muni d'un certificat de détachement dans le but de ne pas payer de cotisations sociales en France, ce document est sans objet car se rapportant à une entreprise établie à l'étranger, qui n'est pas son employeur sur le territoire français. Les cotisations sont dues par l'entreprise d'accueil, véritable employeur (27).

(16) Cass. Soc. n° 74-40.513 du 21 janvier 1976 ; confirmation par Cass. Soc. n° 08-44.480 du 20 janvier 2010, *Takeuchi Manufacturing*.

(17) Même arrêt.

(18) Cass. Soc. n° 07-43.875 du 16 décembre 2008, *Générali*, Dr. Ouv. 2009, p.117, obs. M.-L. Morin ; Cass. Soc. n° 07-44.200 du 23 septembre 2009, *Renault*, Dr. Ouv. 2010, p. 17, n. A. Chirez.

(19) Cass. Soc. n° 08-42.485 du 13 mai 2009, *Rohm et Haas France* ; Cass. Soc. n° 10-27.749 du 16 mai 2012, *Nature et Découverte*.

(20) Alinéa 4 de l'article L. 8241-2 du Code du travail.

(21) Not. Cass. Crim. n° 05-80.833 du 31 janvier 2006, *ABC*.

(22) CJUE n° C-309/09 du 10 février 2011, *Vicoplus*, considérant 31.

(23) Cass. Soc. n° 74-40.513 du 21 janvier 1976, *Tile Live Press Agency* ; confirmation par Cass. Soc. n° 08-44.480 du 20 janvier 2010, *Takeuchi Manufacturing* et Cass. Soc. n° 09-69.175 du 18 mai 2011, *John Deere*.

(24) Cass. Soc. n° 14-26.032 du 12 octobre 2016, *LPG Finance Industrie*, préc.

(25) Cass. Soc. n° 86-43.561 du 16 mai 1990, *SMI* ; Cass. Soc. n° 01-43.554 du 9 décembre 2003, *CEA*.

(26) Cass. Civ. 2^{ème}. n° 11-28.245 du 20 juin 2013, *CL Jura*.

(27) Même arrêt. La saisine de la CJUE le 6 novembre 2015 par la Cour de cassation d'une question préjudicielle sur l'opposabilité du certificat de détachement au juge national ne concerne pas la détermination de l'employeur d'un salarié qui travaille dans un État de l'Union européenne.

– Enfin, l'entreprise d'accueil, qui reçoit un salarié mis à sa disposition au titre d'une mobilité intragroupe qui caractérise du marchandage ou du prêt illicite de main-d'œuvre, est susceptible d'être condamnée à ce titre, ainsi que pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

La Cour de cassation donne une définition large du but lucratif, qui est un élément légal des délits de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre. Dans l'arrêt *John Deere* (28), le but lucratif résulte d'un accroissement de la flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurées à l'entreprise d'accueil ; dans l'arrêt du 12 octobre 2016, le but lucratif provient d'une facturation qui excède le simple coût du salaire et des charges sociales. D'autres arrêts de la Chambre criminelle considèrent que le but lucratif résulte soit du seul paiement d'un prix, soit de l'établissement d'une facturation, soit d'un bénéfice, d'un profit ou d'un gain pécuniaire (29).

Si la mise en cause de l'entreprise d'accueil s'effectue pour marchandage, un préjudice subi par le salarié est à établir, ce qui, en règle générale, ne souffre pas de difficulté. Dans l'affaire jugée le 12 octobre 2016, le préjudice résultait de la privation des systèmes de participation et d'intéressement dont bénéficiait le personnel de l'entreprise d'accueil.

La dissimulation d'emploi salarié découle, quant à elle, de l'existence de l'infraction de marchandage ou de l'infraction de prêt illicite de main-d'œuvre (30), et peut faire l'objet d'une condamnation distincte et conjointe.

Le salarié victime d'une mise à disposition illicite ou les organisations syndicales sont recevables à se constituer partie civile dans le procès pénal pour marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et dissi-

mulation d'emploi salarié, aux fins d'obtenir des dommages-intérêts (31).

Contrairement à l'objectif recherché, la loi *Cherpien* n'a donc nullement blanchi et sécurisé toutes les mises à disposition de salarié entre entreprises, y compris celles opérées à l'intérieur d'un groupe. Le délit de marchandage subsiste, même si cette loi est respectée. Le délit de prêt illicite de main-d'œuvre est sans doute caractérisé si des conditions posées par la loi, considérées comme substantielles par le juge, ne sont pas respectées, à l'instar de ce qui est jugé pour le non-respect de la législation sur le travail temporaire (32). Enfin, la mise à disposition d'un salarié, qui entraîne le transfert de la subordination juridique, fait de l'entreprise d'accueil l'employeur du salarié, même en l'absence de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre.

L'arrêt du 12 octobre 2016, rapproché de l'arrêt *John Deere* du 18 mai 2011, présente un intérêt indéniable pour traiter utilement les fraudes sociales à l'emploi, sous couvert de la mobilité intragroupe, en requalifiant l'entreprise d'accueil en employeur du salarié mis à sa disposition.

Cette jurisprudence offre des perspectives très utiles pour lutter contre le dumping social du fait de faux détachements de salariés sur le territoire français, sous couvert de mobilité internationale intragroupe auprès d'entreprises coquilles vides en France, qui s'affranchissent, par ce biais, de toutes leurs obligations sociales (33). Elle complète ainsi les différentes dispositions introduites dans le Code du travail par les lois dites *Savary*, *Macron* et *Travail* (34) pour lutter contre le dumping social du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre.

Hervé Guichaoua

(28) Voir note de bas de page n° 2.

(29) Cass. Crim. n° 96-85.090 du 14 octobre 1997, *Nicoletti* ; Cass. Crim. n° 96-86.479 du 12 mai 1998, *Sogexpat* ; Cass. Crim. n° 05-85.253 du 20 mars 2007, *Beyer Déménagements*.

(30) Not. Cass. Crim. n° 05-80.833 du 31 janvier 2006, *ABC*.

(31) Cass. Crim. n° 08-82.691 du 29 septembre 2001, *Ranboxy Pharmacie Génériques* ; Cass. Crim. n° 82-94.092 du 15 novembre 1983, *Syndicat construction bois CFDT Tarn*.

(32) Not. Cass. Crim. n° 82-91.726 du 22 mars 1983, *Sonocar*.

(33) Nos obs. « La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », Dr. Ouv. 2012, p.543.

(34) Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, loi n° 2015-990 du 6 août 2015 et loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

TRAVAIL ILLÉGAL Prêt de main d'œuvre illicite et marchandage – Mobilité intragroupe – Mise à disposition d'un salarié auprès d'une filiale – Transfert d'autorité – Facturation excédant le coût salarial – Privation des droits à la participation et l'intéressement.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 12 octobre 2016

LPG systems contre X (p. n° 14-26.032)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 9 septembre 2014), que M. X..., engagé en qualité de juriste à

compter du 1^{er} décembre 2001 par la société LPG finance industrie, holding du groupe LPG comprenant

cinq filiales dont la société LPG systems, et promu au poste de responsable des ressources humaines à compter du 1^{er} mars 2005, a présenté sa démission par lettre du 23 mars 2007 à effet du 22 juin 2007 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes dont une demande de dommage-intérêts fondée sur le délit de marchandage dirigée contre les sociétés LPG finance industrie et LPG systems ; qu'après absorption de la société LPG finance industrie par la société LPG systems, cette dernière société est intervenue à ses droits ;

Attendu que la société LPG systems fait grief à l'arrêt de la condamner au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le délit de marchandage, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en se fondant exclusivement, pour retenir que la mise à la disposition du salarié au profit de la société LPG systems par la société LPG finances à compter du 1^{er} décembre 2001 caractérisait un délit de marchandage et indemniser ce salarié au titre des années 2002 à 2007, sur les dispositions d'une convention conclue entre les sociétés LPG finances et LPG systems le 20 mars 2006, insusceptible de caractériser la nature de leurs relations pour la période antérieure à sa conclusion, la cour d'appel, qui s'est déterminée aux termes de motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8231-1 du code du travail ;

2°/ alors que le délit de marchandage n'est pas constitué s'il est établi que la spécificité de la prestation fournie justifie la mise à disposition du salarié ; qu'en se fondant, pour retenir que la mise à la disposition du salarié, employé par la société LPG finances en qualité de juriste, au profit de la société LPG systems auprès de qui il avait exercé les fonctions de directeur des ressources humaines, caractérisait un délit de marchandage, sur des motifs généraux déduits de ce que « ... les prestations confiées à la société holding [par la convention du 20 mars 2006] étaient extrêmement larges puisqu'elles relevaient également du « domaine technique » dans lequel la société LPG systems, dont l'objet social était notamment « la fabrication et la vente de tout matériel médico-chirurgical et autres matériels dérivés dans le domaine de la santé ... », disposait de compétences techniques spécifiques », la cour d'appel, qui s'est déterminée aux termes de motifs inopérants au regard des spécificités de l'intervention du salarié, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8231-1 du code du travail ;

3°/ alors que subsidiairement le délit de marchandage n'est caractérisé qu'en cas de transfert du lien de subordination des salariés mis à disposition de l'entreprise utilisatrice ; qu'en l'espèce, il revenait au salarié de prouver, outre et contre les mentions de son contrat de travail et des conventions d'assistance conclues, que le lien de subordination l'unissant à

la société LPG finances, caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné, avait été transféré à la société LPG systems ; que la cour d'appel a retenu ce transfert aux termes de motifs, pris de ce que M. X... « ... était reconnu comme le responsable des relations humaines par le personnel de cette entreprise ; que l'annuaire des entreprises *Kompass* intégrait même M. X... dans l'organigramme de la « direction » de la société LPG systems comme responsable des ressources humaines ; que M. X... ne se bornait pas à conseiller et assister la société LPG systems puisqu'il la représentait en justice (...), représentait le dirigeant de la société devant les instances représentatives du personnel (...) voire même contractait au nom de la société (...); que ces derniers exemples démontrent que M. X... recevait des consignes de la société LPG systems (...) » ; qu'en se déterminant aux termes de tels motifs, qui ne démontrent ni l'exécution d'un travail par M. X... sous l'autorité de la société LPG systems, ni que celle-ci avait le pouvoir de lui donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner ses éventuels manquements, la cour d'appel a privé derechef sa décision de base légale au regard de l'article L. 8231-1 du code du travail ;

4°/ alors subsidiairement qu'en indemnisant le préjudice souffert par le salarié en conséquence du traitement moins favorable qui aurait été le sien par rapport aux salariés de la société LPG technologies après avoir constaté que le marchandage dont il avait, selon elle, fait l'objet l'avait placé sous la subordination de la société LPG systems, la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 8231-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le salarié avait été mis à la disposition de la société LPG systems et placé sous son autorité, que la facturation émise par la société holding excédait le simple coût du salaire et des charges sociales, et que le salarié avait été privé des dispositifs de participation aux résultats et d'intéressement dont bénéficiaient les salariés des filiales dans lesquelles il intervenait, la cour d'appel, devant laquelle la société LPG finance industrie ne contestait pas que la convention du 20 mars 2006 poursuivait les conventions de prestations de services antérieures, en a exactement déduit qu'était établi un prêt illicite de main d'œuvre et que le délit de marchandage était caractérisé ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Chauvet, f. f. prés. – Mme XXX, rapp. – M. XXX, av. gén. – SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)