

L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités

Mise à disposition et prêt de main-d'œuvre : la main-d'œuvre extérieure importée dans l'entreprise

par David METIN, Avocat au Barreau de Versailles

I. L'état du droit avant
la loi du 28 juillet 2011

II. La nouvelle rédaction
des articles L. 8241-1
et L. 8241-2 du Code
du Travail

III. Les critères
jurisprudentiels

Lorsqu'une entreprise substitue au recrutement d'un salarié l'emprunt d'une main-d'œuvre extérieure, son opération est susceptible de tomber sous le coup de deux infractions, le marchandage et le prêt de main-d'œuvre illicite. La faible mobilisation de ces deux notions par les praticiens signifie-t-elle que nous aurions abandonné un combat ? Cette interrogation a trouvé un renouvellement avec la loi n°2011-893 du 28 juillet 2011 qui encadre le prêt de main-d'œuvre exclusif ; ce texte semble être largement passé inaperçu, du moins du côté des défenseurs des intérêts des salariés (1). Il est donc nécessaire de revenir sur ces dispositions et leur prélude.

Le prêt de main-d'œuvre entre sociétés est très souvent utilisé comme un outil de gestion des ressources humaines notamment pour répondre à des demandes particulières de compétence, voire pour adapter des effectifs... mais également pour contourner les garanties collectives des salariés. Dès lors que le prêt de main-d'œuvre s'effectue à but non lucratif, il est autorisé par l'article L. 8241-2 du Code du Travail. Le législateur n'ayant pas particulièrement défini la notion de but lucratif, il est revenu à la jurisprudence d'œuvrer à ce titre. C'est dans ces circonstances que la Chambre sociale de la Cour de cassation en a livré une interprétation, dans un arrêt *John Deere* (2). Avec précipitation, un amendement sénatorial est venu contrecarrer, au moins en partie, cette jurisprudence afin de fixer des contours légaux du prêt exclusif de main-d'œuvre. C'est dans ces circonstances qu'est né l'art. 40 de la loi du 28 juillet 2011. Un bref rappel historique s'impose avant d'apprécier les nouvelles dispositions relatives au prêt de main d'œuvre (3).

I. L'état du droit avant la loi du 28 juillet 2011

L'article L. 8241-1 du Code du Travail prohibe toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre (4). Les opérations de prêt de main-d'œuvre étaient peu encadrées par d'autres mesures que celles de répression pénale, la longue histoire des abus multiples et variés ne plaçant guère pour leur admission hors cas exceptionnels (5).

L'accord de la Métallurgie du 7 mai 2009 et l'accord

national interprofessionnel *sur la gestion des conséquences sociales de la crise* du 8 juillet 2009 ont instauré un cadre du prêt de main-d'œuvre. L'objectif déclaré de ces deux accords avait pour finalité d'aider les entreprises qui, confrontées à la crise économique, ont rencontré des problèmes de sureffectif ; afin d'éviter le licenciement, il fallait trouver un moyen temporaire approprié d'où l'idée d'utiliser le prêt de main-d'œuvre. C'est ainsi que l'accord

(1) Ce n'est pas le cas des commentateurs proches des milieux patronaux : F. Favennec-Héry, Prêt de main d'œuvre à but non lucratif : un texte décevant, Dr. Soc. 2011 p.1200 ; A. Teissier, Prêt de main d'œuvre : un nouveau régime juridique, SSL n°1503 ; F. Pelletier, Le prêt exclusif de main d'œuvre, JCP ed. Sociale, 13 sept. 2011, p. 20.

(2) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 09-69175, SSL n°1493 rapport H. Gosselin, RDT 2011 p.503 n. A. Fabre.

(3) Pour de plus amples développements, on renverra en

particulier à T. Aubert-Monpeyssen et M. Emeras, *Travail illégal*, Répertoire Pénal, 2010, Dalloz, § 109 s.

(4) H. Guichaoua, La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal, Dr. Ouv. déc. 2012 p.763 spec. p.768 s. sur la fausse sous-traitance.

(5) E. Dockès, Modernité d'une prohibition ancestrale, *controversé Faut-il libéraliser le prêt de main-d'œuvre ?*, Revue de droit du travail 2009 p. 625.

national interprofessionnel du 8 juillet 2009, non signé par la CGT (5 bis), a repris les dispositions contenues dans l'accord de la Métallurgie du 7 mai 2009 qui encadrait les recours au prêt de main-d'œuvre. Il définissait ainsi la notion de but lucratif et précisait que la mise à disposition impliquait que « l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice que la stricte valeur des salaires versés pendant la mise à disposition, des charges sociales afférentes, ainsi que, s'il y a lieu, les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition. ». Cet accord précisait que la convention devait être écrite et que les salariés devaient être suffisamment informés. Ces deux accords avaient une durée déterminée et ont pris fin le 31 décembre 2010.

On évitera de pêcher par excès de naïveté : ces accords, officiellement préoccupés du maintien des emplois, ont également constitué un instrument de promotion de la légalisation et de l'extension du prêt de main d'œuvre (6). Encadrer pour mieux légitimer... Les sociétés ont d'ailleurs continué à s'inspirer de ces textes malgré leur expiration.

La Cour de cassation a toujours rappelé que l'opération de prêt de main-d'œuvre n'est licite que si la société prêteuse ne tire pas un profit de l'opération (7). Elle précise que lorsque la société prêteuse se limite à refacturer à la société utilisatrice les salaires et les charges des salariés mis à disposition, elle ne tire pas profit de l'opération. Mais cette condition, nécessaire, était-elle suffisante ?

Dans l'affaire examinée le 18 mai 2011, lorsque la Cour de cassation reconnaît le caractère lucratif à un prêt de main-d'œuvre entre deux sociétés alors même qu'il n'y avait que refacturation des salaires, charges sociales afférentes et frais professionnels ; la Cour de Cassation s'est alors placée du côté de l'entreprise utilisatrice pour apprécier s'il y avait ou non un caractère lucratif à l'opération (8) : « toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre est interdite ; cette interdiction concerne également l'entreprise utilisatrice et le caractère lucratif de l'opération peut résulter d'un accroissement de flexibilité

dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés à cette dernière » (9). Pour caractériser le caractère lucratif de l'opération, le salarié s'appuyait sur la mise à l'écart de la législation sur les contrats précaires (10) que l'on peut retrouver dans la formule de la Cour de « flexibilité ».

L'arrêt a également retenu que la société utilisatrice « ne supportait aucun frais de gestion de personnel hormis le strict remboursement du salaire et des charges sociales » ; elle en a alors déduit un but lucratif. Cette solution s'harmonisait difficilement, à première vue, avec la caractérisation de l'infraction que l'on retrouve dans les décisions précitées sur la base de la réalisation d'un profit par le prêteur (11).

Enfin, la Cour de cassation déclare illicite la mise en œuvre d'une convention de forfait dont le principe était inscrit dans la Convention collective de l'entreprise prêteuse mais non dans celle de l'entreprise utilisatrice, cette dernière étant déclarée « applicable » ; fallait-il y voir l'affirmation prétorienne d'une application systématique et générale du statut collectif de l'entreprise d'accueil aux salariés mis à disposition ? Le rapport du Conseiller (12), plus que l'arrêt lui-même, est éclairant sur ce point : c'est par le jeu de renvoi de l'art. L. 8241-2 à l'art. L. 1251-1 qui énonce « Pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail, telles qu'elles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail. Pour l'application de ces dispositions, les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement ce qui a trait : 1° A la durée du travail (...) » que les stipulations de la convention collective d'origine sur le forfait ont été évincées. Il y a donc une application distributive des deux conventions collectives selon que les garanties concernées figurent, ou pas, dans les thèmes visés à l'art. L. 1251-1.

C'est à la suite de cet arrêt que, deux mois plus tard, est né l'article 40 de la loi du 28 juillet 2011. Doit-on y voir le résultat de l'action d'un quelconque lobby ?

II. La nouvelle rédaction des articles L. 8241-1 et L. 8241-2 du Code du Travail

L'article L. 8241-1 du Code du Travail est désormais rédigé de la façon suivante (par ajout du dernier alinéa) :

« Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite. (...) »

(5 bis) NDLR : sur cet aspect de l'accord, la CGT n'admettait le prêt que sur la base du volontariat ce qui a été écarté par les signataires.

(6) cette préoccupation étant partagée par une partie de la doctrine : R. Vatinet « La mise à disposition de salariés » Dr. Soc. 2011 p.656.

(7) Soc. 29 octobre 2008 n° 07-42379 ; Crim. 27 mai 1999, n°98-82.934.

(8) « le but lucratif de l'opération de prêt de main-d'oeuvre conclue entre des entreprises liées par des intérêts communs, peut consister, au profit de l'utilisateur ou du prêteur de main-

d'oeuvre, en un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire » Crim. 20 mars 2007, Bull. n°86 ; « la comparaison entre les factures et les bulletins de paie faisait apparaître, au profit de la société prêteuse, une marge bénéficiaire » Soc. 17 juin 2005, Bull. 205, rectific. 12 juill. 2005 n° 03-13.707 ; égal. : Crim. 15 sept. 2009, n°09-80.414 ; Crim. 10 fév. 1998 n°97-81.195. V. T. Aubert-Monpeyssen et M. Emeras prec. § 128.

(9) Soc. 18 mai 2011 prec.

(10) rapport H. Gosselin prec. spec. p.9.

(11) prec. note 7.

(12) rapport H. Gosselin prec. spec. p.10.

Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition. »

Il apparaît dès lors que le législateur se place exclusivement du côté de l'entreprise prêteuse de sorte que le paiement de frais de gestion, même minimes, est prohibé. Les conditions de l'incrimination pénale ne semblent plus être réunies dès lors qu'un remboursement intervient dans ces conditions. La loi porte donc une sérieuse atteinte à la protection rappelée par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 mai 2011.

Il appartient donc aux salariés et à leur défenseur d'être particulièrement vigilant sur la licéité de la mise à disposition des salariés dont les conditions sont encadrées, de manière très détaillée, par l'article L. 8241-2 du Code du Travail. En effet, une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice doit être signée et elle doit prévoir notamment la durée de la convention, l'identité de la qualification du salarié concerné et le mode de détermination des salaires et des charges sociales qui seront refacturées à l'entreprise utilisatrice. En cas contentieux, il convient alors de se faire communiquer ce document, le cas échéant, devant le bureau de conciliation dans le cadre d'une audience initiale en réclamant les documents nécessaires à l'instruction du dossier. Grâce à ces documents, le salarié pourra vérifier si les frais de gestion ont été refacturés. Si tel est le cas, l'opération deviendra alors illicite.

De même, le salarié doit désormais signer un avenant : c'est dire que la mise à disposition requière son accord préalable, ce qui ne résultait pas du droit positif antérieur (13). A défaut d'écrit - et l'on peut faire un parallèle avec les contrats d'intérim - la mission sera forcément déclarée illicite.

On notera que l'art. L. 8241-2 énonce désormais que le salarié « conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse ». En apparence, cela

condamne la solution *John Deere* qui déclarait applicable la convention collective de l'entreprise utilisatrice. En apparence seulement, si on veut bien se souvenir (14) que c'est par le renvoi à l'art. L. 1251-21 que ladite convention avait été jugée applicable en ses dispositions relatives à la durée du travail. Or ce renvoi est toujours présent dans l'art. L. 8241-1, il n'a pas été modifié par la loi Cherpion. Dès lors, on peut penser que les dispositions conventionnelles de l'entreprise d'origine n'ont vocation à s'appliquer qu'en dehors des thèmes relatifs aux conditions d'exécution du travail « limitativement » visés à l'art. L. 1251-21 (durée du travail ; travail de nuit ; repos hebdomadaire et aux jours fériés ; la santé et la sécurité au travail ; travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs) où c'est toujours celles de l'entreprise d'accueil qui prévalent. La loi n'a, selon nous, rien changé.

Les instances représentatives du personnel sont bien trop souvent oubliées dans les opérations de prêt de main-d'œuvre. Leur information voire leur consultation est obligatoire. Cependant, cette obligation est différente qu'on se place du côté de l'entreprise prêteuse ou de l'entreprise utilisatrice.

Si l'on se place du côté de l'entreprise prêteuse : dans ce cas, l'opération de prêt de main-d'œuvre ne peut intervenir qu'après la consultation préalable du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. Cette consultation doit avoir lieu même s'il s'agit d'un seul salarié. En outre, le CHSCT de l'entreprise prêteuse doit être informé lorsque le poste occupé par le salarié mis à disposition figure sur la liste des postes présentant des risques particuliers au sens de l'article L. 4154-2 du Code du Travail.

Si l'on se place du côté de l'entreprise utilisatrice : le CHSCT ou à défaut les délégués du personnel doivent être consultés préalablement à l'accueil des salariés mis à disposition dans le cadre du prêt de main-d'œuvre. On notera que l'article L. 8241-2 du Code du Travail fait état de salariés et non d'un seul salarié de sorte que l'on peut s'interroger sur la nécessité de consulter le CHSCT ou à défaut les délégués du personnel s'il s'agit d'un seul salarié accueilli dans l'entreprise utilisatrice. La distinction n'aurait toutefois pas grand sens.

III. Les critères jurisprudentiels

La jurisprudence a fixé des critères pour distinguer une véritable prestation de services – un contrat d'entreprise – d'une opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif, à savoir l'exécution d'une tâche précisément définie, l'autorité

du prestataire sur le personnel, le matériel fourni par le prestataire, la rémunération de la prestation (15). Ces critères ne sont pas cumulatifs mais leur absence plaide en faveur du caractère exclusif du prêt de main-d'œuvre

(13) au visa de l'art. 1134 C. civ. « la mise à disposition d'un salarié n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail » Soc. 15 mars 2005, Bull. n°88 ; pas plus les accords collectifs précités ou les propositions de modification législative antérieures v. M. Del Sol, Une mise en oeuvre

largement perfectible, controverse *Faut-il libéraliser le prêt de main-d'oeuvre ?*, Revue de droit du travail 2009 p. 625.

(14) cf. *supra*.

(15) H. Guichaoua, *prec.*

– exclusif car dépourvu de toute autonomie et de toute technicité propre du prestataire – et par conséquent, de l'illicéité de l'opération.

Ainsi, constituent des prêts de main-d'œuvre à but lucratif prohibés :

- la convention passée avec une société qui ne disposait d'aucun bureau d'études, d'aucun matériel, d'aucune marchandise et qui ne pouvait offrir à ses clients que le seul travail de ses employés sans être en mesure de leur fournir un encadrement, une organisation, des modalités d'exécution originale traduisant un savoir-faire de la société (16) ;
- l'opération au terme de laquelle le montant des prestations facturées à la société utilisatrice fait apparaître un bénéfice financier évident pour les sociétés sous-traitantes et l'intervention des salariés qui lui étaient prêtés dont elle définissait très précisément la mission, ne révélait aucune spécificité technique par rapport à l'activité de ses propres salariés (17).

Fort de ces aspects théoriques, on constate une forte utilisation du prêt de main-d'œuvre illicite dans les sociétés de service en ingénierie informatique (SSII). Le métier exercé par la SSII nécessite qu'elle affecte ses collaborateurs sur des missions ou projets se déroulant le plus souvent chez les clients et en exécution de prestations correspondant à la compétence spécifique de la société de services dont ne dispose pas ledit client. Bien des salariés mais également certains services de l'administration du travail constatent qu'en procédant ainsi, les sociétés de services informatiques se contentent d'effectuer de l'intérim masqué.

Bien entendu, les SSII nient ces accusations. Pour éviter la condamnation civile ou pénale, les sociétés mises en cause tentent de démontrer qu'il existe bien un savoir-faire spécifique des sociétés prestataires, distinct de celui de la société cliente et que les conventions conclues entre les clients et les SSII n'ont pas pour objet le prêt de main-d'œuvre. De même, les sociétés font en sorte que l'activité des salariés extérieurs reste, à tout le moins en apparence, sous le contrôle de leur employeur respectif en matière d'horaires, de congés payés, de formations ou de comptes rendus de leur prestation. Il ne s'agit que d'apparence, c'est-à-dire notamment le contreséing par l'employeur original d'une demande de congés ; en réalité, c'est bien entendu le chef de service de la société utilisatrice qui valide les congés.

Un arrêt du 20 novembre 2012 de la Cour d'appel de Paris (18), didactique même s'il semble malencontreusement assimiler prêt de main d'œuvre licite et prestation de services, nous rappelle qu'il est loin d'être

aisé de démontrer le prêt de main-d'œuvre illicite ou le marchandage car l'employeur peut arriver trop aisément à faire écarter sa responsabilité. Ainsi, selon l'arrêt, ne constitue ni du prêt illicite de main d'œuvre ni du marchandage, l'opération effectuée aux conditions suivantes :

- les missions avaient été renouvelées pendant plus de 7 ans mais ce fait est insuffisant à lui seul pour établir que le salarié n'avait aucune mission ponctuelle et spécifique et qu'il était totalement intégré au personnel salarié de la société à laquelle il était affecté alors qu'il est établi que la durée des interventions de la société prêteuse comme celles des autres sociétés prestataires était imputable aux difficultés de mise en place du nouveau système ;
- la longue durée de mise à disposition ne peut à elle seule prouver un transfert du lien de subordination ;
- les seules directives données au salarié par les cadres de la société utilisatrice concernant l'organisation générale du travail, la demande de résolution de problème ou l'installation de nouvelles mises en place sont insuffisantes pour établir l'existence d'un transfert du lien de subordination dès lors que la société prêteuse qui avait donné à son salarié la directive de remplir la mission qu'il lui était confiée conservait son pouvoir hiérarchique de contrôle, de sanction, établissait les ordres de mission définissant les tâches à accomplir et procédait aux entretiens d'évaluation ;
- le fait que la rémunération de la société prêteuse n'ait pas été forfaitaire mais était calculée en fonction du nombre de jours travaillés par ses salariés n'est pas davantage un élément déterminant dans l'analyse de la nature du contrat dans la mesure où cette pratique est courante au sein des SSII compte tenu de la catégorie de leur service dont la durée ne peut être prévue à l'avance.

Pourtant, les salariés mis à disposition sont en réalité des salariés véritablement embauchés par l'entreprise utilisatrice. Certains même subissent un véritable entretien d'embauche.

J'ai débuté mon intervention en indiquant que le combat était perdu. Admettez qu'il n'est pas aisé eu égard à la complexité pour le salarié de démontrer la situation illégale dans laquelle il se trouve. Dès lors, la tentation ne peut être que grande pour des sociétés de continuer à agir ainsi. Cela est d'ailleurs si vrai que depuis leur création en 1985, les groupements d'employeurs n'ont jamais réussi à trouver leur place parmi les différentes techniques de prêt de main-d'œuvre. C'est dire. Moralité, mieux vaut un « petit chez soi illicite » qu'un « grand chez les autres pourtant légal ».

David Métin

(16) Cass. Crim. 22 novembre 1988 n° 86-96.217.

(17) Cass. Soc. 8 avril 2009 n° 07-45.200.

(18) Pôle 6 – Chambre 4 n° 11/09169.