

Prêt de main d'œuvre : un nouveau régime juridique

Dans le cadre de l'examen de la proposition de loi pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, après le vote en première lecture devant l'Assemblée nationale, les sénateurs ont ajouté un ensemble de dispositions ayant « pour objet de sécuriser

le prêt de main-d'œuvre »¹. En définitive, les sénateurs ont modifié la rédaction des articles L. 8241-1 et L. 8241-2 du Code du travail relatifs au prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, afin de :

– préciser les éléments de nature à caractériser le but non lucratif d'une

opération de prêt de main-d'œuvre ;
– définir le régime juridique du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif.

La loi ayant été promulguée le 28 juillet 2011 (*L. n° 2011-893*), Arnaud Teissier nous livre les premières réflexions que lui ont inspirées cette loi.

Entretien avec
Arnaud Teissier
Avocat associé, Capstan,
Docteur en droit

Semaine sociale Lamy :
L'adoption d'un nouveau régime de mise à disposition est-elle réellement une surprise ?

Arnaud Teissier : Depuis plusieurs années, des voix se sont régulièrement élevées

pour déplorer que les dispositions légales relatives au prêt de main-d'œuvre illicite et au marchandage puissent être un frein à la mobilité de salariés et, par conséquent, nuire à l'emploi. En effet, les opérations de prêt de main-d'œuvre entre entreprises sont licites dès lors qu'elles n'ont pas de caractère lucratif. Toutefois, l'absence de précision quant au caractère lucratif (ou non) a conduit à une véritable insécurité juridique, renforcée par une jurisprudence instable en la matière.

Des tentatives concrètes de réforme du prêt de main-d'œuvre avaient même été engagées :

– une proposition de loi avait été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 juin 2009². Mais son parcours législatif avait depuis été totalement suspendu ;
– le texte adopté le 28 juillet 2011 s'inspire très largement de dispositions arrêtées par les partenaires sociaux dans le cadre de l'accord national interprofessionnel du 8 juillet 2009 sur la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi.

L'adoption de ces dispositions ne constitue donc pas à proprement parler une surprise. En revanche, le moment choisi – en dehors d'un débat plus complet – est plus surprenant. Il semble que ce soit l'arrêt John Deere rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 18 mai 2011 (*Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175*; v. *Rapp. Gosselin, Semaine sociale Lamy n° 1493, p. 6*) qui ait précipité cette évolution législative. Le recours à un « cavalier législatif » m'apparaît être de nature à accréditer cette thèse.

Quelles difficultés ont révélé l'arrêt John Deere ?

A. T. : Dans une opération de prêt de main-d'œuvre, une société (prêteuse) met à disposition d'une autre (utilisatrice) un salarié. En contrepartie, l'utilisatrice rembourse à la prêteuse le coût du salarié correspondant à la période de mise à disposition. La difficulté consiste alors à déterminer quels éléments de coût peuvent être refacturés sans que l'opération soit suspectée de poursuivre un but lucratif. Par exemple, la refacturation doit-elle se limiter strictement à la rémunération du salarié et aux charges sociales ou doit-elle aussi prendre en compte des frais de gestion du personnel mis à disposition ? Si des frais de gestion sont refacturés, jusqu'à quel niveau sont-ils acceptables pour ne pas donner un caractère lucratif à l'opération ? En la matière, les errements de la jurisprudence sont constants. Néanmoins, il semblait admis qu'une refacturation du seul coût salarial « à l'euro – l'euro » (rémunération + charges) soit satisfaisante... jusqu'à l'arrêt John Deere.

Dans sa décision du 18 mai 2011, la Cour de cassation a reproché à la société utilisatrice de n'assumer aucun frais de gestion de personnel. Pour la chambre sociale, de ce fait, l'utilisatrice réalise une économie, donc un profit financier caractérisant le but lucratif de l'opération. L'arrêt John Deere ne fait donc qu'accroître et pousser à son paroxysme l'insécurité juridique entourant les prêts de main-d'œuvre. Pour que la mise à disposition soit licite, il n'est plus possible de se satisfaire d'un remboursement à l'euro – l'euro. Pour autant, aucune règle n'est définie, permettant de considérer le niveau de frais de gestion qu'il est acceptable de refacturer...

Quelle est la réponse de la loi ?

A. T. : La nouvelle rédaction de l'article L. 8241-1 du Code du travail précise qu'un prêt de main-d'œuvre ne pourra pas être qualifié d'opération de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif lorsque l'entreprise

mettant à disposition le salarié se limitera à refacturer à l'entreprise utilisatrice : la rémunération versée au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition. Une stricte refacturation à l'euro – l'euro protégera désormais juridiquement l'opération. La récente jurisprudence de la Cour de cassation est ainsi concrètement remise en cause.

Les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif interdisent-elles un remboursement des frais de gestion assumés par la société prêteuse ?

A. T. : La rédaction retenue par la loi au titre de l'article L. 8241-1 du Code du travail n'interdit pas d'envisager une refacturation de frais de gestion associés à la mise à disposition. Toutefois, une telle interprétation est soumise à deux aléas. Le premier est technique : cette analyse repose sur l'hypothèse que les prévisions légales ne sont pas limitatives. Le second est factuel : il n'est nullement précisé quel niveau de refacturation peut être acceptable pour que l'opération de prêt de main-d'œuvre ne soit pas taxée de poursuivre un but lucratif.

Quelles sont les autres innovations majeures de la loi ?

A. T. : Le législateur définit un régime juridique pour le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. L'article L. 8241-2 du Code du travail est précisément complété par treize alinéas poursuivant cet objectif. Jusqu'à présent, il existait dans le Code du travail peu de dispositions encadrant la mise à disposition de personnel.

La volonté du législateur est incontestablement de prévenir les critiques : la sécurisation des opérations de prêt de main-d'œuvre (pouvant favoriser leur développement) doit être accompagnée de garde-fous. Un régime encadrant le prêt de main-d'œuvre est défini pour éviter les dérives. Des garanties sont consacrées, tant sur le plan individuel que collectif, que les employeurs ayant recours au prêt de main-d'œuvre sont tenus de respecter.

Quelles sont ces garanties individuelles que vous évoquez ?

A. T. : Elles sont variées et ont vocation à régir chacune des étapes de la mise à disposition.

- En ce qui concerne le recours à la mise à disposition, il convient de relever que celle-ci ne peut plus être imposée au salarié, contrairement à ce qui était jusqu'alors admis par la jurisprudence³. En effet, le prêt de main-d'œuvre suppose désormais « l'accord du salarié concerné »⁴, matérialisé par la signature d'un avenant en définissant les conditions essentielles. De façon surabondante, il est même ajouté qu'« un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à

disposition »⁵. Ces dispositions s'écartent donc des stipulations de l'ANI du 8 juillet 2009 (alors que les débats parlementaires soulignaient l'objectif de le retranscrire), qui ne prévoyait l'accord du salarié que pour les prêts de main-d'œuvre d'une durée supérieure à huit mois (art. 11).

- Pendant le temps de la mise à disposition, le salarié a « accès aux installations et moyens de transports collectifs dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice »⁶. Par ailleurs, il « conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse »⁷.

- Au terme de sa mise à disposition, « le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt »⁸.

Quid des garanties collectives ?

A. T. : Les instances représentatives du personnel se voient offrir un droit de regard spécifique sur les opérations de prêt de main-d'œuvre. Dans l'entreprise prêteuse, le comité d'entreprise doit être consulté préalablement à la mise en œuvre d'un prêt de main-d'œuvre. Par la suite, il devra être informé des différents prêts de main-d'œuvre auquel il sera fait recours. La conjugaison de ces deux

dispositions permet de comprendre que la consultation a pour seul objet d'évoquer le principe du recours futur au prêt de main-d'œuvre, le comité d'entreprise

étant seulement informé – *a posteriori* – des différentes conventions de mise à disposition qui seront effectivement signées. Il convient de relever que la loi ne donne aucune indication quant à la régularité de cette information ultérieure.

Dans l'entreprise utilisatrice, le comité d'entreprise et le CHSCT sont pour leur part informés et consultés préalablement à l'accueil de salariés mis à sa disposition dans le cadre de prêt de main-d'œuvre. La rédaction retenue par le législateur ne permet pas avec certitude de déterminer si cette consultation a pour objet le principe du recours au prêt de main-d'œuvre (et aurait donc vocation à être exercée une seule fois) ou si cette consultation a pour objet d'échanger avec les instances à chaque fois que l'entreprise a vocation à accueillir des salariés mis à disposition. Il me semble que la première interprétation doit prévaloir. Tout d'abord, parce qu'exiger une consultation préalable à chaque prêt de main-d'œuvre n'est pas compatible avec le mécanisme fluide de la mise à disposition.

Au surplus, parce que la lecture de l'accord national interprofessionnel du 8 juillet 2009, dont le législateur s'est fortement inspiré, énonçait clairement que cette consultation portait sur « l'intention de recourir au prêt de main-d'œuvre ».



Un régime encadrant le prêt de main-d'œuvre est défini pour éviter les dérives. Des garanties sont consacrées tant sur le plan individuel que collectif. »



●●● *Croyez-vous que ces nouvelles dispositions lèvent toute difficulté ?*

A. T. : La mobilité des salariés représente un enjeu considérable pour accompagner les évolutions nécessaires de notre mode de relations professionnelles. La sécurisation des parcours professionnels, en particulier, repose sur la capacité des individus à ne plus être statiques. Le prêt de main-d'œuvre est incontestablement un outil pouvant contribuer à atteindre cet objectif. En ce sens, la loi qui vient d'être adoptée doit être saluée car elle marque la volonté du législateur d'accompagner ce mouvement. Néanmoins, je ne peux que regretter la méthode retenue. En effet, l'importance du sujet et sa complexité méritent plus qu'un cavalier législatif adopté sans véritable débat et sans vision d'ensemble.

En outre, cette volonté d'agir rapidement a conduit à adopter un texte de manière précipitée, source de futures difficultés d'application. À titre d'illustration, si le législateur a ajouté un 10^e alinéa à l'article L. 8241-2 du Code du travail, précisant que le salarié mis à disposition continue à bénéficier des dispositions conventionnelles de sa société d'origine, il n'a pas pris soin de modifier le 2^e alinéa de ce même article qui conduit pourtant à offrir au salarié mis à disposition le bénéfice des dispositions conventionnelles de la société d'accueil pour tout ce qui concerne les conditions d'exécution du travail⁹. Le sujet mériterait incontestablement de faire l'objet – enfin – d'un vrai débat... ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux

1. Selon les termes mêmes utilisés par Mme Printz lors de débats devant le Sénat : séance du 27 juin 2011. 2. Proposition de loi Poisson, adoptée en 1^{re} lecture par l'Assemblée nationale le 9 juin 2009, TA n° 298. 3. Cass. soc., 1^{er} avr. 2003, n° 02-14.680. 4. C. trav., art. L. 8241-2, al. 4. 5. C. trav., art. L. 8241-2, al. 9. 6. C. trav., art. L. 8241-2, al. 8. 7. C. trav., art. L. 8241-2, al. 11. 8. C. trav., art. L. 8241-2, al. 7. 9. Durée du travail, travail de nuit, repos hebdomadaire,...

Le nouveau dispositif

I. L'article L. 8241-1 du Code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« 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. »

II. L'article L. 8241-2 du même code est complété par treize alinéas ainsi rédigés :

« Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert :

« 1° L'accord du salarié concerné ;

« 2° Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ;

« 3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail.

« À l'issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt.

« Les salariés mis à disposition ont accès aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice.

« Un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition.

« La mise à disposition ne peut affecter la protection dont jouit un salarié en vertu d'un mandat représentatif.

« Pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse ; il conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse.

« Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise prêteuse sont consultés préalablement à la mise en œuvre d'un prêt de main-d'œuvre et informés des différentes conventions signées.

« Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'entreprise prêteuse est informé lorsque le poste occupé dans l'entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés, mentionnée au second alinéa de l'article L. 4154-2.

« Le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l'accueil de salariés mis à la disposition de celle-ci dans le cadre de prêts de main-d'œuvre.

« L'entreprise prêteuse et le salarié peuvent convenir que le prêt de main-d'œuvre est soumis à une période probatoire au cours de laquelle il peut y être mis fin à la demande de l'une des parties. Cette période probatoire est obligatoire lorsque le prêt de main-d'œuvre entraîne la modification d'un élément essentiel du contrat de travail. La cessation du prêt de main-d'œuvre à l'initiative de l'une des parties avant la fin de la période probatoire ne peut, sauf faute grave du salarié, constituer un motif de sanction ou de licenciement. »

► Art. 40, loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et de la sécurisation des parcours professionnels, JO, 29 juill., p. 12914