

Le prêt de main-d'œuvre

Aspects juridiques

D'une relation bilatérale à une relation triangulaire

De façon traditionnelle, le droit du travail conçoit la relation de travail sous un angle bilatéral. Le prêt de main d'œuvre a, pendant longtemps, été prohibé au motif que celui qui en est à l'initiative vend, en quelque sorte, du travail humain. Si cette opération juridique est aujourd'hui autorisée, la méfiance perdure, à tel point que les articles L. 8231-1¹ et 8241-1² du Code du travail sanctionnent toujours d'une infraction tout prêt de main d'œuvre qui n'en respecterait pas ce cadre juridique. Dès lors, toute opération qui ne répond pas à l'une ou/et l'autre de ces deux qualifications est licite.

Il en résulte que les opérations de prêt de main-d'œuvre à but lucratif sont interdites, sauf dans des cas précis énumérés par le législateur³. Ensuite, s'il est autorisé, le prêt de main d'œuvre à but non lucratif est une opération juridique qui se présente sous des formes juridiques distinctes. Entrent notamment dans cette catégorie :

- La mise à disposition de personnel de « droit commun » régie par les articles L. 8241-1 et L. 8241-2 du Code du travail ;
- La mise à disposition auprès d'une jeune ou d'une petite ou moyenne entreprise, régie par l'article L. 8241-3 du Code du travail ;
- Les groupements d'employeurs qui, depuis l'entrée en vigueur de la loi fondatrice n° 85-772 du 25 juillet 1985, sont régis par des règles qui leur sont spécifiques⁴ ;

¹ Art. L. 8231-1, C. trav. : Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit.

² Art. L. 8241-1, C. trav. : toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite.

³ Art. L. 8241-1, C. trav..

- en cas de recours au travail temporaire, à une entreprise de travail à temps partagé ou dans le cadre d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;
- en application de l'article L. 222-3 du code du sport relatif aux associations ou sociétés sportives ;
- en cas de mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs.

⁴ Art. L. 1253-1, et s., C. trav..

- les associations et entreprises dont l'activité concerne exclusivement les services rendus aux personnes physiques à leur domiciles ;
- les associations intermédiaires qui visent à mettre en rapport les demandeurs d'emploi et les particuliers, personnes physiques ou personnes morales, désireux de bénéficier de services occasionnels⁶.

1/ L'enjeu : ne pas relever du champ d'application du délit de prêt de main d'œuvre et du délit de marchandage

Toute opération de mise à disposition de personnel qui ne respecterait pas les conditions de mise en œuvre prévues par le législateur peut en effet donner lieu à la reconnaissance du délit de prêt de main d'œuvre illicite et du délit de marchandage.

Constitue ainsi le délit de prêt de main-d'œuvre illicite, toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre⁷.

Le délit de marchandage est quant à lui défini par l'article L. 8231-1 du Code du travail qui estime qu'il s'agit de « toute opération à but lucratif de fournitures de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice aux salariés qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail ».

Un arrêt rendu par la Cour de cassation illustre la position des juges en la matière⁸.

En l'espèce, un salarié juriste est engagé par la holding d'un groupe avant d'être promu RRH d'une filiale et mis à sa disposition. Il saisit la juridiction prud'homale après avoir démissionné et sollicite la condamnation des deux entités au titre du prêt de main d'œuvre illicite et du marchandage la Cour de Cassation.

Dans cet arrêt, la chambre sociale a estimé que constitue un prêt illicite de main-d'œuvre et un délit de marchandage la mise à disposition d'un salarié au sein d'un groupe dans les conditions suivantes :

- le salarié, engagé par la holding d'un groupe avait été mis à la disposition d'une société filiale et placé sous son autorité ;

⁵ Art. L. 7231-1, C. trav..

⁶ Art. L. 5132-8, C. trav.. Dès lors que l'association intermédiaire exerce son activité dans les limites de son objet statutaire, aucune poursuite au titre du délit de marchandage ou de prêt de main-d'œuvre illicite ne peut être envisagée : Cass. crim., 30 mai 2000 : RJS 2000, n° 1019.

⁷ Art. L. 8241-1, et s., C. trav..

⁸ Cass soc. 12 octobre 2016 n°14-26.032.

- la facturation émise par la société holding excédait le simple coût du salaire et des charges sociales ;
- le salarié avait été privé des dispositifs de participation et d'intéressement dont bénéficiaient les salariés des filiales dans lesquelles il intervenait.

2/ Une notion commune : le prêt de main d'œuvre

Les associations, comme toute entreprise, peuvent avoir recours à des prestataires de services qui leur fournissent du personnel approprié pour l'exécution de certaines tâches qu'elles ne peuvent réaliser en interne. La qualification juridique d'une telle opération ne pose aucun problème lorsqu'il ne s'agit que de passer commande d'un travail à une entreprise extérieure qui l'effectuera dans ses locaux avec son propre personnel. Elle devient beaucoup plus délicate lorsqu'elle suppose de détacher du personnel dans les locaux du donneur d'ordres. S'agit-il alors de la sous-traitance ou du prêt de main d'œuvre ?

De façon générale, le prêt de main d'œuvre se limite à mettre un salarié à la disposition d'un utilisateur pour la mise en œuvre d'une compétence ou d'une technicité particulière. Il se distingue de l'opération de sous-traitance par laquelle une entreprise assure directement une prestation manuelle ou intellectuelle au profit d'une autre entreprise en s'appuyant sur son propre personnel qu'elle garde sous son autorité.

Définies de cette façon, ces deux notions apparaissent distinctes. Leur frontière est toutefois poreuse. Il faut dire que la terminologie utilisée par le code du travail n'est pas d'un grand secours. Il est, tour à tour, fait référence à la mise à disposition du personnel⁹, la fourniture de main-d'œuvre¹⁰, la sous-entreprise de main-d'œuvre¹¹, le prêt de main-d'œuvre¹², sans qu'il y ait de différences notables entre ces différentes notions.

Pour savoir si l'opération qui leur est soumise constitue ou non une fourniture de main-d'œuvre déguisée, les juges observent la démarche suivante. En premier lieu, ils ne s'attachent pas à la qualification contractuelle donnée par les parties. Il ne sert à rien d'intituler la convention « contrat de sous-traitance » si les faits ne sont pas en concordance avec les stipulations contractuelles. Ensuite, l'étude de la jurisprudence montre qu'ils se réfèrent à des critères fonctionnels permettant de caractériser un prêt de main d'œuvre.

⁹ Art. L. 1253-1, C. trav..

¹⁰ Art. L. 8231-1, C. trav..

¹¹ Art. L. 8232-1, C. trav..

¹² Art. L. 8241-1, C. trav..

Ainsi, si le prestataire de services n'apporte que son salarié, sans matériel, ni technique, si le salarié mis à disposition effectue sa prestation de travail sous la subordination juridique de l'utilisateur, si le prix versé à l'entreprise fournisseuse est fonction des seules heures de travail effectuées et du nombre de la qualification des salariés détachés, ces différentes circonstances manifesteront que l'objet essentiel du contrat est le prêt de main d'œuvre¹³. C'est ainsi qu'il a été jugé que lorsque les salariés effectuent pour le compte de l'entreprise utilisatrice, une tâche spécifique tout en restant sous l'autorité de leur employeur et que le prix des prestations fournies en exécution du contrat de sous-traitance est calculé de manière forfaitaire, l'opération ne dissimule pas un prêt de main-d'œuvre illicite¹⁴.

3/ Une notion protéiforme : le but non lucratif

La notion de but non lucratif est protéiforme. Elle se rencontre dans plusieurs pans du droit et n'a pas la même signification.

Ainsi, une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 est un organisme à but non lucratif. Ce caractère « non lucratif » signifie qu'il est interdit de partager des bénéfices... mais pas d'en réaliser ! Ce principe s'applique même aux associations qui reçoivent une subvention : « Le montant de la subvention ne doit pas excéder le coût de mise en œuvre, ce qui suppose l'établissement d'un budget prévisionnel. Il est cependant possible, à la faveur de la mise en œuvre du projet que l'association réalise un excédent ; cet excédent, sous peine d'être repris par l'autorité publique, doit pouvoir être qualifié de raisonnable lors du contrôle de l'emploi de la subvention »¹⁵.

En matière de prêt de main d'œuvre, deux codes, le code du travail et le code général des impôts, proposent des versions du but non lucratif qui ne sont pas forcément concordantes.

A/ Opérations de prêt de main d'œuvre de droit commun

La notion de but non lucratif a pendant longtemps fait l'objet d'interrogation. En l'absence de définition légale, la Cour de cassation a par le passé rendu des décisions qui ne sont pas passées inaperçues. Ainsi, elle a pu reconnaître le caractère lucratif d'une opération au seul constat que l'entreprise fournissant la main-d'œuvre avait appliqué un taux de charges sociales inférieur à celui en vigueur au sein de l'entreprise utilisatrice¹⁶. Elle a également jugé que le caractère lucratif de l'opération pouvait

¹³ Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-80.806.

¹⁴ Cass. soc., 6 févr. 2008, n° 06-45.385.

¹⁵ Circ. n° 5811-SG du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations.

¹⁶ Cass. soc., crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479.

résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés à cette dernière¹⁷.

Il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels pour qu'une définition soit inscrite dans le code du travail. Le dernier alinéa de l'article L. 8241-1 du code du travail indique désormais qu'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 disposition¹⁸.

De façon étonnante, l'administration fiscale ne partage pas cette conception du but non lucratif. Elle estime en effet que bien que non expressément mentionnés par l'article L. 8241-1 du code du travail, des frais de gestion peuvent cependant être refacturés à l'entreprise utilisatrice sous réserve qu'ils demeurent modérés et justifiés. Dans ce cas, le caractère non lucratif du prêt de main-d'œuvre n'est pas remis en cause¹⁹. Ainsi les frais de gestion, qui sont prohibés en droit du travail, sont admis en droit fiscal, laissant les entreprises prêteuses de main d'œuvre, quelle que soit leur forme juridique, dans l'expectative.

B/ Opérations de prêt de main d'œuvre auprès d'une jeune ou d'une petite ou moyenne entreprise

C'est l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 qui a mis en place un nouveau dispositif de prêt de main d'œuvre au profit d'entreprises utilisatrices qui ont moins de 8 ans d'existence au moment de la mise à disposition, quel que soit leur effectif, ou d'entreprises d'au maximum 250 salariées, afin de leur permettre d'améliorer la qualification de leur main-d'œuvre, de favoriser les transitions professionnelles ou de constituer un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun²⁰.

L'originalité de ce dispositif est qu'il échappe à l'interdiction du prêt de main d'œuvre à titre lucratif édictée à l'article L. 8241-1 du code du travail. L'article L. 8241-3 du code du travail déroge en effet à cette définition en posant le principe selon lequel les opérations de prêt de main-d'œuvre réalisées sur le fondement du présent article n'ont pas de but lucratif au sens de l'article L. 8241-1 pour les entreprises utilisatrices, même lorsque le montant facturé par l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice est inférieur aux salaires versés au salarié, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de sa mise à disposition

¹⁷ Cass soc. 18 mai 2011, n° 09-69.175.

¹⁸ Art. L. 8241-1, der. al., C. trav..

¹⁹ BOFiP-BIC-CHG-40-40-20-§ 160-04/04/2018.

²⁰ Art. L. 8241-3, C. trav..

temporaire ou est égal à zéro. Il en résulte que la facturation peut ne pas correspondre au prix coûtant, sans pour autant être considéré comme illicite.

L'administration fiscale a été amenée à tirer les conséquences d'une possible refacturation à prix minoré. Elle estime ainsi que dans l'hypothèse où le montant refacturé est significativement inférieur au coût de revient du salarié prêté, la mise à disposition réalisée dans les conditions de l'article L. 8241-3 du code du travail ne sera ni remise en cause sur le fondement de l'acte anormal de gestion, ni qualifiée de libéralité susceptible d'être assimilée à un revenu distribué²¹. Par ailleurs, la circonstance que la société utilisatrice du salarié prêté bénéficie d'une refacturation à un prix minoré est sans incidence sur son résultat fiscal. Il en est de même lorsque les dépenses en cause sont incorporées aux coûts de revient d'une immobilisation. Dans cette hypothèse, l'actif net de la société utilisatrice n'est pas revalorisé du montant de l'aide dont elle bénéficie²².

C/ Opérations de prêt de main d'œuvre dans le contrat d'accès à l'entreprise

Mis en place de façon expérimentale par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et le décret n° 2019-658 du 27 juin 2019, le contrat d'accès à l'entreprise est un nouveau type de contrat à durée déterminée de droit privé conclu par les collectivités territoriales, qui permet de recruter des personnes éloignées de l'emploi et de les mettre à disposition d'une ou plusieurs entreprises d'accueil. Cette expérimentation, d'une durée de trois ans, a pour objet de favoriser l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi.

Dans le cadre de ce contrat, le salarié est rémunéré par la collectivité territoriale à un niveau au moins égal au SMIC. Pendant les périodes de mises à disposition, il a droit, s'il y a lieu, à un complément de rémunération pour atteindre la rémunération que percevrait un salarié de qualification équivalente occupant le même poste.

Cette mise à disposition auprès d'un employeur présente un caractère original en matière de facturation de l'entreprise utilisatrice. Elle peut être effectuée à titre gratuit, ce qui signifie que le coût du salarié peut être pris en charge en totalité par la collectivité locale employeur, seul restant à charge de l'entreprise utilisatrice le temps passé à accompagner le salarié dans son insertion professionnelle.

D/ Opérations de prêt de main d'œuvre réalisées dans le cadre d'un groupement d'employeurs

²¹ BOFiP-BIC-CHG-40-40-20-§ 260-04/04/2018

²² Ibid..

Régis par les articles L. 1253-1 et suivant du Code du travail, les groupements d'employeurs sont soumis à une double non-lucrativité qui trouve son origine à la fois dans la forme associative qui accueille quasi unanimement ce dispositif mais aussi dans la précision apportée par le dernier alinéa de l'article L. 1253-1 du Code du travail : les groupements ne peuvent se livrer qu'à des opérations à but non lucratif.

Malgré cela, les groupements d'employeurs ne sont pas soumis à la règle posée par l'article L. 8241-1 du Code du travail. C'est ce qu'a confirmé le questions/réponses sur les groupements d'employeurs réalisé par la DGEFP/DGT en date du 5 mai 2017. Par le biais du groupement d'employeurs, les entreprises supportent, chacune d'entre elles, les frais salariaux en proportion de l'utilisation de la main-d'œuvre, avec des frais de gestion réduits au minimum. Ces derniers, qui s'ajoutent aux salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition, sont par voie de conséquence admis à condition de demeurer modérés et justifiés.

Sur un plan fiscal, les groupements d'employeurs relèvent du secteur marchand et sont assujettis, à ce titre, aux impôts commerciaux. Ils bénéficient néanmoins d'une règle qui leur est propre. Ils sont en effet en droit de déduire de leur bénéfice imposable un montant de 10000 euros par an ou de 2% du montant des rémunérations définies à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Ces sommes sont destinées à couvrir leur responsabilité solidaire pour le paiement des dettes sociales et salariales²³.

4/ Le formalisme attaché à cette opération

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 28 juillet 2011, à l'instar des règles applicables en matière de groupement d'employeurs, aucune obligation légale n'imposait la conclusion d'une convention de mise à disposition. Pour autant, il a toujours été fortement recommandé de conclure une telle convention afin de prévoir les modalités et la durée. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 28 juillet 2011, la mise à disposition d'un salarié effectué en dehors du dispositif des groupements d'employeurs requiert le respect de différentes conditions posées à l'article L. 8241-2 du Code du travail :

- l'accord du salarié concerné ;
- 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

²³ Art. 214, 1, 8°, CGI.

sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ;

- 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

Par ailleurs, 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. De plus, le refus du salarié d'effectuer une mission constituant un prêt de main-d'œuvre illicite n'est pas fautif et il ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire ou être licencié sur ce fondement. Enfin, à l'issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail ou un poste équivalent dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt.

Indiquons qu'en ce qui concerne les groupements d'employeurs l'obligation de prévoir une convention de mise à disposition n'est pas prévue par la loi mais par l'accord collectif des salariés de groupements d'employeurs de Nouvelle-Aquitaine du 22 novembre 2018.

5/ Les sanctions

Le non-respect de la réglementation existante en matière de prêt de main d'œuvre peut faire l'objet de sanctions pénales et/ou civiles.

Ainsi, le fait de procéder à une opération de prêt illicite de main-d'œuvre ou un délit de marchandage est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La loi de financement de la sécurité sociale n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 a porté ces peines à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes ou lorsque l'infraction est commise à l'égard d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur²⁴. Dans tous les cas, la juridiction saisie peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal.

Sont concernées par cette sanction non seulement celui qui en tire profit, à savoir le prêteur, mais aussi le bénéficiaire du prêt qui peut être poursuivi comme co-auteur, voire comme coauteur, du délit. En effet, il appartient également à la société

²⁴ Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

utilisatrice de s'assurer que le prêt de main d'œuvre a bien lieu dans les conditions de licéité exigées par la loi²⁵.

Sur un plan civil, la première conséquence est que lorsque le contrat de fourniture de main-d'œuvre qui lie le prestataire à l'utilisateur présente un objet illicite puisqu'il tend à la réalisation d'une opération prohibée par la loi pénale, cela peut avoir des conséquences en matière commerciale²⁶ et sociale. Sur ce dernier point, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 9 février 2012²⁷ illustre cet état de fait. En l'espèce, il a été jugé qu'une association dont l'activité consistait principalement en des prestations de portage de cercueil et mise à disposition de fourgon funéraire avec chauffeur au bénéfice de deux clients exclusifs, exerçait en réalité une activité de nature commerciale de manière habituelle assimilable à du prêt de main-d'œuvre illicite. Cette constatation justifie le redressement de l'URSSAF au motif que l'association ne pouvait se prévaloir de contrats d'accompagnement dans l'emploi ouvrant droit à l'exonération notamment des cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales des accidents du travail et des allocations familiales pendant la durée de la convention.

Ensuite, si l'opération de fourniture de main-d'œuvre a eu pour conséquence de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne, celui-ci peut se constituer partie civile dans le cadre de l'instance pénale ou demander réparation de son préjudice devant le conseil de prud'hommes²⁸.

Enfin, il a été jugé que le salarié mis à disposition peut invoquer la notion de co-employeur pour demander au juge d'établir l'existence d'un contrat de travail entre le donneur d'ordre (la société utilisatrice) et lui-même et faire condamner l'utilisateur à lui verser des indemnités de rupture et à lui délivrer un certificat de travail²⁹.

Pierre Fadeuilhe

Maître de conférences à l'INP de Toulouse (IPST-CNAM)

Chercheur à l'IRDEIC (Université de Toulouse)

²⁵ Cass. crim. 25 avril 1989, n° 87-81.212.

²⁶ Cass. com. 10 septembre 2013, n° 12-18.050 : lorsque le prêt de main-d'œuvre est illicite, la convention qui lie l'employeur de droit à l'entreprise utilisatrice est nulle. Le prêteur de main-d'œuvre n'est pas fondé à réclamer le paiement de factures relatives au prêt de main-d'œuvre ou à la prestation prévue dans la convention.

²⁷ CA Paris 9 Février 2012 n° 11/07740.

²⁸ CA Douai 28 Septembre 2007 n° 06/00971.

²⁹ Cass. soc 16 mai 1990, n° 86-43561.