

B R I E F I N G

La lettre d'information du pôle Corporate (octobre 2009)

LES RISQUES LIÉS À LA MISE À DISPOSITION DE PERSONNEL

1. Introduction

L'évolution de l'activité économique qui devient essentiellement tertiaire, la recherche de réduction des charges fixes au profit des charges variables, le centrage des entreprises sur leur cœur de métier, l'accroissement ou le surcroît temporaire d'activité, les nouvelles technologies, la crise financière, sont autant de critères poussant les entreprises à recourir, par le biais de contrats de prestations de services, à du personnel externe, que ce soit pour effectuer des fonctions annexes ou périphériques à leur activité principale (comme la paye, l'informatique, les télécommunications), ou pour exécuter les tâches des services généraux (tels que l'accueil, la maintenance, la sécurité, etc.).

L'objet principal, sinon exclusif, de ces contrats de prestations de services est souvent le prêt de main d'œuvre ou la mise à disposition de personnel, que ce soit pour une courte durée ou de manière constante. Ces pratiques de mise à disposition établissent des relations professionnelles triangulaires (entre l'entreprise fournisseur de main d'œuvre, l'entreprise utilisatrice et les salariés prêtés) et complexes. Le législateur, après avoir réglementé le travail temporaire, est intervenu pour interdire, en dehors de ce cadre la mise à disposition de salariés à but lucratif constitutive de travail illégal, en incriminant deux pratiques, à savoir le prêt de main d'œuvre illicite et le marchandage.

Malgré cette intervention et bien que la législation française en la matière soit l'une des plus restrictives en Europe, un flou juridique subsiste, permettant aux entreprises de mettre en œuvre des pratiques douteuses pouvant basculer dans la sphère de l'illégalité. Ces incertitudes sont

issues du fait que la mise à disposition de personnel revêt dans la pratique de nombreuses dénominations. Par ailleurs, de nouvelles formes de mise à disposition de personnel, caractérisées par cette relation triangulaire, apparaissent dans la pratique professionnelle, posant chaque fois la question de la licéité. Les limites entre le licite et l'illicite étant parfois difficiles à cerner, le rôle de la jurisprudence a été et est donc absolument essentiel.

2. Le prêt illicite de main-d'œuvre

Aux termes de l'article L.8241-1 du Code du travail, le prêt de main d'œuvre sera considéré comme illicite dès lors que son objet est exclusivement un prêt de main d'œuvre et qu'il présente un caractère lucratif (quelle que soit la marge prélevée), à moins qu'il soit réalisé dans le cadre des dispositions du Code du travail relatives au travail temporaire ou au travail à temps partagé.

En revanche, le prêt de main d'œuvre est licite s'il est réalisé à titre gratuit ou, même à titre onéreux, s'il est englobé dans le cadre plus vaste de la sous-traitance ou d'une prestation de services, dans la mesure où, dans ce cas, le prêt de main d'œuvre est un des moyens mis en œuvre pour l'exécution du travail demandé et non pas l'objet exclusif de l'opération.

Selon la jurisprudence, le « but lucratif » de l'opération de prêt de main d'œuvre peut consister notamment, en un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire (pouvant être une économie), au profit de l'utilisateur ou du prêteur de main d'œuvre. Par ailleurs, il suffit en

réalité que l'intention ait été de réaliser un bénéfice, indépendamment du résultat finalement obtenu. Notons toutefois qu'il y a lieu de distinguer le caractère lucratif (c'est-à-dire le bénéfice retiré) de l'opération qui est interdite, du caractère facturable de celle-ci. La facturation doit cependant se limiter aux salaires et charges sociales, et le cas échéant, au remboursement des frais professionnels.

Afin d'apprécier le « caractère exclusif » de l'opération, les tribunaux utilisent la technique du « faisceau d'indices ». Pour la plupart, ces indices ne sont pas, en soi, décisifs. C'est leur réunion qui est déterminante et qui emportera la conviction des juges. La jurisprudence a ainsi, au fil du temps, dégagé différents indices de licéité :

- Engagement du prestataire à l'exécution d'une tâche définie avec précision dans le cadre du contrat et mission clairement circonscrite ;
- Apport d'un savoir-faire ou d'une technicité spécifique de l'entreprise prestataire qui présente une originalité et n'entre pas dans le cadre ordinaire de l'activité de l'entreprise utilisatrice ;
- Réalisation de la prestation effectuée sous le contrôle exclusif et l'autorité hiérarchique du prestataire ;
- Réalisation de la prestation rémunérée de façon forfaitaire en fonction d'une prestation globale ou du résultat et non en fonction du nombre d'heures réalisées par le salarié du prestataire ;
- Fourniture par le prestataire des outils et moyens matériels nécessaires à l'exécution de la tâche.

3. Le délit de marchandage

Les opérations non exclusives de prêt de main d'œuvre ayant un caractère lucratif ne sont cependant pas nécessairement licites. Encore faut-il qu'elles ne tombent pas sous la prohibition du délit de marchandage, qui est une prohibition générale s'appliquant également aux entreprises de travail temporaire.

Aux termes de l'article L.8231-1 du Code du travail, il y a délit de marchandage lorsque l'opération réalisée implique :

- d'une part, un prêt de main d'œuvre à but lucratif exercée à titre exclusif ou non (contrairement au prêt de main d'œuvre illicite),

- et d'autre part, soit un préjudice subi par le salarié (ce préjudice pouvant être d'ordre pécuniaire ou résulter de la perte d'un avantage social), soit un défaut d'application de la loi, du règlement, d'une convention ou d'un accord collectif (indépendamment de tout préjudice pour le salarié).

4. Sanctions

Le non-respect de la réglementation existante en matière de « prêt de main d'œuvre illicite » et de « marchandage » peut faire l'objet de sanctions pénales et/ou civiles, tant pour l'entreprise prestataire que pour l'entreprise utilisatrice. Les deux délits peuvent en outre se cumuler.

A ce titre, les sanctions pénales peuvent aller jusqu'à un emprisonnement de deux ans et une amende de 30.000 euros. Des peines complémentaires pourront être prononcées, telles que l'interdiction de sous-traitance ou une peine de publicité. En outre, la responsabilité pénale de la personne morale peut être mise en œuvre et s'ajouter à la responsabilité du dirigeant personne physique (amende de 150.000 euros au plus).

La sanction civile principale est la nullité du contrat pour illicéité d'objet. Dans certains cas, les salariés peuvent faire valoir leurs droits à requalification du contrat en contrat à durée indéterminée auprès de l'entreprise utilisatrice. En cas de préjudice, les salariés pourront en outre se constituer partie civile à l'instance pénale ou agir en dommages-intérêts devant le juge prud'homal.

En conclusion, il importe d'être attentif tant lors de la rédaction que de l'exécution du contrat de prestation de service impliquant une mise à disposition de salariés afin d'encadrer et de sécuriser l'opération et de se protéger contre une requalification du contrat par les juges en prêt de main d'œuvre illicite ou en délit de marchandage.

A ce titre, dans un souci de clarification et d'encadrement des opérations de prêt de main d'œuvre, une proposition de loi pour faciliter et maintenir la création d'emplois, déjà adoptée par l'Assemblée Nationale en première lecture le 6 juin 2009, ajoute à l'article L.8241-2 du Code du travail de nouveaux alinéas précisant « *qu'il n'y a pas de but lucratif dans une opération de prêt de main*

d'œuvre quand l'entreprise prêteuse n'en tire pas de bénéfice », et permettant ainsi de définir les conditions dans lesquelles le prêt de main d'œuvre à but non lucratif peut être organisé (notamment par la signature d'une convention de mise à disposition qui en définit les modalités) et de stipuler 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 ».

Bien que la nouvelle loi définisse la notion de « but non lucratif », elle se limite en réalité à clarifier la situation existante. Tout prêt de main d'œuvre à but lucratif reste interdit, hormis pour les sociétés de travail temporaire ou s'il s'inscrit dans le cadre d'une prestation de service. En effet, une prestation de service, même à caractère onéreux, impliquant un prêt de main d'œuvre n'est pas illicite en soi car, rappelons-le, dans ce cas le prêt de main d'œuvre n'est pas l'objet exclusif de l'opération. Or, la difficulté pratique réside justement dans la définition du « caractère exclusif ou non » de l'opération. La loi n'apportant aucune clarification sur cette notion, les indices dégagés par la jurisprudence en la matière garderont toute leur importance et ce, même après l'entrée en vigueur de la loi.

Ouverture du Bureau de Bruxelles

Le cabinet Carbonnier Lamaze Rasle & Associés a le plaisir de vous annoncer le renforcement de son bureau de Bruxelles, depuis le 1^{er} septembre 2009, qui est animé par Maître Julie VAN OPDENBOSCH, avocate au Barreau de Bruxelles.

Le bureau de Bruxelles est dédié à accompagner les clients, français et étrangers, dans leurs démarches communautaires et belges.

Coordonnées :

Carbonnier Lamaze Rasle & Associés
Avenue Louise 137/1
1050 Bruxelles
Tel/Fax : 32 (2) 538 02 05

Ce briefing a été réalisé par l'équipe Coporate du Cabinet **Carbonnier Lamaze Rasle & Associés** et rédigé par Julie VAN OPDENBOSCH, Collaboratrice du Pôle Coporate, assistée de Delphine RICARD, Responsable du Pôle Social

CONTACTS : Gérard GUERGUERIAN et Christophe LACHAUX, Associés.

EMAIL: gguerguerian@carlara.com / clachaux@carlara.com / TEL : 33 (0)1 53 93 61 41