
Stéphane Sol
Dominique Delanoë
François Assémat
Michaël Hayat
Avocats Associés
Pascal Gliksman
Avocat

Le lien de subordination et les conditions de travail des salariés prêtés à titre gratuit dans le cadre de l'article L.8241-2 du Code du travail Décembre 2015

SDA Avocats
AARPI
2, boulevard Raspail
75007 Paris
Tél. : 01 40 82 92 41
Fax : 01 40 82 91 35
www.sd2a.com

s.sol@sd2a.com
d.delanoë@sd2a.com
f.assemat@sd2a.com
m.hayat@sd2a.com
p.gliksman@sd2a.com
avocats.sd2a@sd2a.com

Le prêt de salarié entre entreprise, opération consistant à maintenir la relation contractuelle établie entre un salarié et son employeur tout en le faisant travailler au sein d'une autre et pour son bénéficiaire, est une pratique dont l'encadrement légal a été récemment achevé par la promulgation de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 dite loi Warsmann.

Actuellement, si l'article L. 8241-1 du code du travail interdit toujours les opérations lucratives de prêt de main d'œuvre sauf exceptions listées, l'article L. 8241-2 du code du travail autorise toutefois les opérations à but non lucratif, sous certaines conditions, notamment sous réserve que l'exécution de la prestation se fasse sur le territoire national¹ et sous réserve de conclure une convention et des avenants au contrat de travail des salariés concernés.

Ces conditions, à l'exception de celles rattachées à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur prêteur ne feront pas l'objet de la présente étude en ce qu'elles sortent de son champ d'analyse. Il est toutefois indispensable d'en prendre connaissance aux articles susmentionnés et de les respecter scrupuleusement afin de sécuriser une opération de prêt à but non lucratif de salariés entre entreprises.

Quoi qu'il en soit, et par principe, pour être légale l'opération consistant à se prêter du personnel entre entreprise ne doit donc, sauf exception expresse, être réalisée que dans le cadre d'un prêt désintéressé, ou à titre gratuit, c'est-à-dire dans le cadre d'une opération par laquelle 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 »².

¹ Article L.5221-4 du code du travail auquel l'article L. 8241-1 du même code renvoie.

² Article L. 8241-1 du Code du travail, in fine.

Il doit donc s'agir d'une opération à prix coûtant ne comportant aucune intention de réaliser un profit, un bénéfice ou un gain pécuniaire tant pour l'entreprise prêteuse que pour l'entreprise utilisatrice et réalisée dans l'intérêt et avec l'accord des salariés. Une telle opération ne doit en aucun cas leur être défavorable.

A cette fin, le législateur et la jurisprudence ont défini un cadre dont les contours sont stricts afin de permettre au salarié concerné qui va évoluer dans un environnement qui lui est inhabituel, de garder ses repères et ses acquis professionnels.

Ainsi, la situation contractuelle du salarié prêté sera quasiment inchangée du point de vue du droit du travail ou peu (I), bien que sa situation ait des conséquences spécifiques sur sa situation au sein de l'entreprise utilisatrice (II).

I) Un lien contractuel peu changé

A) Un lien contractuel constant

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 ainsi le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans son entreprise d'origine³.

La mise à disposition de personnel n'entraîne donc pas changement d'employeur, la permanence des droits du salarié prêté est assurée (1), dans le cadre d'un lien de subordination exclusif (2).

1) La permanence des droits

Pendant la période de prêt

Cette stabilité contractuelle a pour corollaire une stabilité de l'acquisition des droits attachés à l'existence du contrat de travail et conditionnés par la présence à l'effectif de l'entreprise prêteuse.

L'ancienneté du salarié prêté, par exemple, continuera d'être prise en compte au sein de cette dernière comme si le salarié n'avait pas été prêté⁴.

Par suite, l'indemnité de licenciement consécutive au congédiement prononcé par la société prêteuse doit être calculée en tenant compte, non seulement du temps passé par le salarié à son service, mais aussi du temps passé par lui dans l'entreprise utilisatrice⁵.

Par ailleurs, bien que la jurisprudence ne se soit jamais exprimé précisément sur ce point, il en allait probablement de même jusqu'en janvier 2015 pour l'acquisition et l'utilisation du DIF. L'entreprise prêteuse était bien comptable de ce droit et de sa gestion envers les salariés prêtés et aujourd'hui, bien que le DIF ait disparu, l'obligation de formation des salariés prêtés pèse toujours sur l'entreprise prêteuse.

L'acquisition du crédit d'heure dans le cadre du droit personnel à la formation, par exemple, devrait sans doute être appréciée relativement aux stipulations conventionnelles applicables à l'entreprise prêteuse et non relativement à celles applicables à l'entreprise utilisatrice, cette dernière n'étant pas l'employeur du salarié mais uniquement son « utilisatrice ».

³ Article L. 8241-2 alinéa 11 du Code du travail.

⁴ Article L. 8241-2 alinéa 7 du Code du travail.

⁵ Cass. soc. 4 janvier 1978 n° 76-40.769, Cie internationale des spécialités c/ Menand : Bull. civ. V n° 6.

Du point de vue principal donc et sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, tout doit se dérouler pour le salarié prêté comme si son contrat de travail faisait encore l'objet d'une exécution au sein de son entreprise prêteuse. Ses droits individuels ne peuvent en aucun cas être affectés ou diminués par sa situation de salarié prêté et, pour fournir un autre exemple, son suivi médical est à la charge de son entreprise prêteuse sauf en cas de surveillance médicale renforcée exigée par l'activité de l'entreprise utilisatrice⁶.

A l'issue de la période de prêt

Par conséquent, à l'issue du prêt, le salarié doit retrouver 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.⁷

Dans sa rédaction issue de la loi 2011-893 du 28 juillet 2011, l'article L 8241-2 du Code du travail disposait même qu'à l'issue de sa mise à disposition, le salarié devait retrouver dans l'entreprise prêteuse son poste de travail et lui seul. Il a toutefois été complété par l'article 56 de la loi 2012-387 du 22 mars 2012, qui a prévu qu'il pouvait également retrouver un poste équivalent à celui qu'il occupait précédemment.

A son retour, le salarié doit donc être réintégré dans un poste équivalent à celui qu'il avait avant sa mutation, la société d'origine n'étant pas tenue, sauf dispositions conventionnelles en ce sens, de lui proposer un poste supérieur à celui qu'il occupait précédemment, ni de prendre en compte une éventuelle acquisition de compétence opérée par le salarié à l'occasion du prêt.

Le poste proposé au retour du salarié peut donc être moins intéressant voire moins bien payé que celui occupé pendant la période de détachement⁸, car il n'y a pas de lien entre les fonctions occupées chez l'employeur et chez l'utilisateur. En corollaire, l'utilisateur n'est pour sa part pas tenu non plus de proposer un poste au salarié détaché équivalent à celui qu'il occupe dans son entreprise d'origine ou lui offrant de meilleure perspective professionnelles.

2) Le lien contractuel avec l'employeur prêteur est exclusif de tout autre

Principe

Ainsi, bien que prêté pour une durée déterminée qui peut être sur plusieurs semaines ou mois, le salarié n'est en aucun cas transféré à un nouvel employeur et l'entreprise utilisatrice n'est en retour pas tenue de connaître la situation du salarié avant ou après l'opération de prêt et encore moins d'intervenir sur celle-ci.

En d'autres termes, le salarié prêté ne devient en aucun cas salarié de l'entreprise utilisatrice et, si son expérience professionnelle dans ce nouveau cadre temporaire peut être prise en compte à son retour par son employeur, son « utilisateur » n'a pas à s'en préoccuper et encore moins à diriger son action ou à décider d'éventuelles mesures disciplinaires à prendre à son encontre. Tout au plus peut-il informer l'employeur des conditions de réalisation du prêt, des réussites du salarié comme de ses échecs ou de ses fautes, mais il ne doit en rien prendre part au déroulement de la carrière de ce dernier.

Les juges ont donc à maintes reprises été amenés à vérifier si le lien de subordination était effectivement maintenu entre les salariés mis à disposition et l'entreprise prêteuse à l'exclusion de toute autre⁹ et ont, en outre, parfois reconnu la qualité d'employeur ou de coemployeur à l'entreprise d'accueil, si l'existence d'un lien de subordination entre elle et le salarié était caractérisée.

⁶ Article L. 1251-22 du code du travail.

⁷ Article L 8241-2, al. 7 du code du travail.

⁸ Cass. soc. 22 mars 1982 n° 80-15.496, Cie française des pétroles c/ Wuillienne : Bull. civ. V n° 193.

⁹ Ces décisions sont, il est vrai, antérieures à la loi du 28 juillet 2011 mais rien n'indique qu'elles seraient aujourd'hui différentes.

*Exemples choisis de jurisprudence*¹⁰ :

- « Ayant constaté que le salarié était demeuré sous la subordination juridique de l'entreprise d'origine durant son détachement, une cour d'appel décide exactement que l'intéressé, licencié par l'entreprise d'origine, doit être débouté de ses demandes formées contre l'entreprise d'accueil »¹¹.
- « Le salarié mis à la disposition d'un employeur, qui accomplit un travail pour le compte de celui-ci dans un rapport de subordination, se trouve lié par un contrat de travail »¹².

En l'espèce, le salarié avait été mis à la disposition d'une association pour une durée de 3 ans. Celle-ci ayant mis fin à la mise à disposition avant le terme prévu, le salarié prétendait avoir été lié à elle par un contrat de travail et avoir fait l'objet d'un licenciement abusif. Il réclamait à ce titre des dommages-intérêts. A bon droit, selon la Cour de cassation. En effet, le salarié devait se conformer au règlement intérieur de l'association et celle-ci avait mis en œuvre un pouvoir disciplinaire en suspendant la délégation de signature dont il bénéficiait et en lui retirant ses responsabilités.

- « Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'indemnités de rupture d'un salarié à l'encontre d'une société, relève qu'aucun contrat n'a été conclu entre lui et cette société et que son travail au sein de ladite société résultait d'une convention de mise à disposition pour une mission précise et temporaire entre son employeur et la société en cause, faisant ainsi ressortir que le salarié est resté sous la seule subordination de son employeur, peu important que son salaire ait été réglé pendant la période de mise à disposition par l'autre société. »¹³
- Ayant estimé que le contrat de travail initial conclu entre l'intéressé et la société mère avait subsisté après le détachement du salarié dans l'une des filiales, une cour d'appel a pu décider que la décision de licenciement prise par cette dernière avait seulement pour effet de mettre fin au détachement et que le refus de la société mère de réintégrer l'intéressé dans son personnel constituait un licenciement sans cause réelle et sérieuse.¹⁴

Pour autant, si le contrat de travail n'est pas modifié, les conditions d'exécution de celui-ci le sont par hypothèse et ces modifications, inévitables en situation de prêt, ont été prises en compte par le législateur qui s'est efforcé, notamment au deuxième alinéa de l'article L.8241-2, de lister un ensemble d'obligation pesant sur l'entreprise utilisatrice afin de préserver la santé, la sécurité et les intérêts du salarié prêt.

B) Une modification des conditions d'exécution travail à la charge de l'entreprise utilisatrice

¹⁰ Relevés dans la littérature spécialisée.

¹¹ Cass. soc. 3 mai 2007 n° 05-42.984 (n° 992 F-D), Handyside c/ Agence Reuters Paris.

¹² Cass. soc. 1er juillet 1997 n° 94-45.102 (n° 2870 P), Roche c/ Association régionale pour le développement technologique de Bourgogne : RJS 10/97 n° 1068, Bull. civ. V n° 240.

¹³ Cass. soc. 27 mars 1996 n° 93-40.741 (n° 1465 P), Guyomard c/ SARL Sté nouvelle Sogée : Bull. civ. V n° 117.

¹⁴ Cass. soc. 25 février 1988 n° 85-41.655, Sté Univacier c/ Mallet : Bull. civ. V n° 138.

Les conditions de travail du salarié prêté sont celles de son lieu de travail (1) il est alors aussi représenté par les institutions représentatives locales (2)

1) Des conditions de travail « localisées »

Ainsi, assimilant le salarié prêté à titre gratuit au salarié prêté à titre onéreux, c'est-à-dire pour faire simple au salarié intérimaire, le code du travail précise que 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 et de préciser que les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement ce qui a trait à la durée du travail ; au travail de nuit ; au repos hebdomadaire et aux jours fériés ; à la santé et la sécurité au travail¹⁵ ; au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs¹⁶.

Ainsi le salarié prêté, bien que salarié d'une entreprise distincte n'ayant pas vocation à « placer » des salariés, devra bénéficier des mêmes conditions de travail que les salariés de son entreprise utilisatrice. Les éventuels équipements de protection individuelle devront donc en principe lui être fournis par l'entreprise utilisatrice¹⁷ laquelle pourra subir les conséquences de ses éventuels manquements à cette obligation, notamment lors du calcul de ses cotisations « ATMP » par la sécurité sociale¹⁸.

Le salarié a aussi accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que ses salariés, aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration, proposés à ces salariés¹⁹. En outre, lorsqu'en application de cette obligation des dépenses supplémentaires incombent au comité d'entreprise, celles-ci lui sont remboursées suivant des modalités devant être définies au contrat de mise à disposition²⁰.

2) Une représentation collective adaptée.

Dans les entreprises utilisatrices, les salariés prêtés, en leur qualité de membre de la communauté de travail, peuvent faire présenter par les délégués du personnel leurs réclamations intéressant l'application des dispositions des articles suivants du code du travail²¹ :

- l'article L. 1251-18 en matière de rémunération²² ;
- les articles L. 1251-21 à L. 1251-23 en matière de conditions de travail ;
- l'article L. 1251-24 en matière d'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives.

En outre, les salariés d'entreprises extérieures qui, dans l'exercice de leur activité, ne se trouvent pas placés sous la subordination directe de l'entreprise utilisatrice peuvent tout de même faire présenter leurs réclamations individuelles et collectives, intéressant celles des conditions d'exécution du travail qui relèvent du chef d'établissement, par les délégués du personnel de cet établissement²³.

¹⁵ Attention toutefois, ainsi que cela a été rappelé infra, les obligations relatives à la médecine du travail restent à la charge de l'entreprise prêteuse, conformément aux dispositions de l'article L. 1251-22 du code du travail, sauf si l'activité exercée par le salarié temporaire nécessite une surveillance médicale renforcée au sens de la réglementation relative à la santé au travail. Dans ce dernier cas, les obligations correspondantes sont à la charge de l'entreprise utilisatrice.

¹⁶ Article L.1251-21 du code du travail.

¹⁷ Article L.1251-23 du code du travail.

¹⁸ Article L. 412-3 du code de la sécurité sociale.

¹⁹ Article L.1251-24 du code du travail.

²⁰ Idem in fine.

²¹ Article L2313-4 du code du travail

²² En principe, l'entreprise d'origine rémunère le salarié et se fait rembourser par la suite par l'entreprise d'accueil mais la convention de mise à disposition peut éventuellement prévoir des aménagements.

²³ Article L2313-3 du code du travail.

Mais la question de l'accès à la représentation collective aménagée pour le salarié prêté dépasse toutefois le champ limité de son statut (au sens commun du terme) au sein de l'entreprise utilisatrice.

En effet, le nécessaire droit de recours aux institutions du personnel de l'entreprise utilisatrice que le code du travail lui ouvre ne peut se concevoir que s'il se complète, in fine, par un droit à participer à leur mise en place.

Ainsi la situation particulière du salarié prêté au sein de son entreprise utilisatrice peut avoir des conséquences au plan collectif pour cette dernière (A) ainsi qu'au plan judiciaire pour les parties au contrat de prêt (B).

II) Une situation particulière au sein de l'entreprise utilisatrice

A) Qui a des conséquences collectives pour l'entreprise utilisatrice

Les délégués du personnel peuvent contrôler les conditions du prêt (1) et peuvent être en partie le reflet du prêt (2).

1) Le droit de contrôle des délégués du personnel

Le droit contrôle des contrats peut avoir un impact...

Bien sûr, aux termes stricts du code du travail, les délégués du personnel ne peuvent en principe prendre connaissance que des contrats de mise à disposition conclus avec les entreprises de travail temporaire ainsi que des contrats d'accompagnement dans l'emploi et les contrats initiative emploi signés par leur entreprise²⁴.

Il reste que, l'assimilation du salarié prêté à titre gratuit au salarié intérimaire étant en principe la règle, il est difficilement concevable que ce ne soit pas aussi le cas en matière de droits collectifs, d'autant plus que rien ne justifierait en droit du travail de priver le salarié prêté de la garantie que représente le contrôle opéré par les institutions représentatives du personnel élues alors que celle-ci est offerte aux salariés intérimaires. Ainsi, il est évidemment recommandé à l'employeur utilisateur d'élargir l'application de ce texte aux salariés prêtés et, en l'absence de comité d'entreprise, d'informer les délégués du personnel, une fois par an, des éléments qui l'ont conduit à faire appel, au titre de l'année écoulée, et qui pourraient le conduire à faire appel pour l'année à venir, à des salariés prêtés.

Enfin cette application étendue du droit de contrôle paraît d'autant plus justifiée que le salarié prêté peut faire porter ses réclamations salariales par les délégués du personnel de son entreprise utilisatrice²⁵ mais aussi est pris en compte dans l'effectif de cette dernière. D'ailleurs, l'employeur a l'obligation d'informer le comité d'entreprise, dans le cadre de l'information périodique sur la situation

²⁴ Article L2313-5 du code du travail.

²⁵ Voir infra. Cette disposition de l'article L. 1251-18 du code du travail dont l'application aux salariés prêtés est prévue par l'article L.2313-4 du code du travail, via l'article L. 8241-2 du même code, est d'ailleurs expressément rédigée pour les salariés intérimaires.

et l'évolution de l'emploi, du nombre de salariés appartenant à une entreprise extérieure²⁶. A défaut, l'employeur s'expose au délit d'entrave.²⁷

...pour le comptage des effectifs

Les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des 12 mois précédents²⁸.

Toutefois, les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation.

2) La représentation du personnel

Le salarié prêté, parce que présent au sein de la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice, acquiert avec le temps un droit à faire partie des organes la représentant, qu'il s'agisse de la représentation élue ou de la représentation désignée.

Représentation élue

L'article L2314-18-1 précise en effet que les salariés mis à disposition depuis douze mois continus peuvent être électeurs au sein de l'entreprise utilisatrice et s'ils sont mis à disposition depuis 24 mois continus ils y sont éligibles.

La Cour de Cassation pour sa part est venue confirmer récemment que dans le cadre de l'organisation des élections professionnelles, l'entreprise utilisatrice doit procéder au décompte des salariés qui lui sont mis à disposition quelle que soit la nature juridique de leur lien avec l'entreprise utilisatrice²⁹.

Les salariés prêtés choisissent alors s'ils exercent leur droit de vote et de candidature³⁰ dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice³¹, influant ainsi par leur choix sur le destin collectif de l'entreprise utilisatrice.

Représentation désignée

La délégation syndicale

La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que « la mise à disposition d'un salarié ayant pour effet de l'intégrer à la communauté des travailleurs de l'entreprise dans laquelle il travaille, ce salarié peut participer à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, et peut être désigné délégué syndical dès l'instant qu'il remplit les conditions nécessaires »³².

²⁶ Articles L. 2323-47 et L. 2323-51 du code du travail.

²⁷ La jurisprudence est venue confirmer en outre que l'employeur ne doit pas se borner à faire référence au bilan social qui indique le coût global de la sous-traitance sans préciser le nombre des salariés concernés et les motifs l'ayant amené à y avoir recours. (Cass. crim., 19 juin 2001, n° 00-80.489, n° 4523 F - P + F : Bull. crim. n° 150 ; Cass. crim., 8 janv. 2002, n° 01-82.757).

²⁸ Article L. 1111-2, 2° du code du travail.

²⁹ Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 14-20.200.

³⁰ Ils ne sont éligibles qu'aux élections des délégués du personnel, mais sont potentiellement électeurs à toutes.

³¹ La procédure à suivre n'a pas lieu d'être décrite ici, mais elle est aujourd'hui précisée par la jurisprudence et doit être strictement observée.

³² Cass. soc., 30 mai 2001, n° 99-60.466, n° 2478 FS - P : Bull. civ. V, n° 194 ; Cass. soc., 12 mars 2008, n° 07-60.326.

La représentation de la section syndicale

Enfin, et toujours selon la Cour de Cassation³³ un salarié mis à disposition par un sous-traitant ou un prestataire extérieur, intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail remplissant les conditions pour être inclus dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 1111-2 du code du travail peut, à ce même titre, en l'absence de dispositions légales y faisant obstacle, être désigné représentant de section syndicale (RSS) au sein de l'entreprise utilisatrice.

B) Qui peut avoir a des conséquences judiciaires pour les entreprises parties au contrat et leurs dirigeants

Le prêt de salarié exige des parties au contrat de prestation un strict respect des dispositions légales sous peine, et c'est assez rare en droit du travail, de sanctions pénales.

Ces sanctions peuvent bien sûr être prises à l'encontre des personnes physiques signataires du contrat de prêt qui seraient reconnues coupables d'infractions, car même si les textes répressifs visent les fournisseurs de main-d'œuvre les tribunaux considèrent que l'utilisateur de la main-d'œuvre irrégulièrement mise à disposition doit être condamné en tant que coauteur de l'infraction³⁴, mais aussi à l'encontre des personnes morales au sein desquelles ces infractions auraient été commises, car depuis le 1^{er} mars 1994 (entrée en vigueur du nouveau Code pénal), la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée.

Ainsi ce sont parties parties au contrat de prêt, dans leur ensemble, qui peuvent être inquiétées en cas de non-respect de la réglementation existante en matière de prêt de main-d'œuvre.

Ces parties peuvent alors faire l'objet de sanctions pénales (1) et (ou) civiles (2).

1) Les sanctions pénales

Quelles sanctions ?

Principalement, le non-respect des dispositions existantes en matière de prêt de main d'œuvre à titre gratuit sont susceptibles de constituer les infractions de marchandage³⁵ et de prêt illicite de main-d'œuvre³⁶

En outre, ces infractions étant, en vertu de l'article L 8211-1 du Code du travail, constitutives de travail illégal, les sanctions spécifiques applicables dans cette hypothèse sont applicables.

Personnes physiques

³³ Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-10.904, n° 658 FS - P + B + R.

³⁴ « Doit être considéré comme coauteur du délit de marchandage prévu par l'article L 125-1 (L 8231-1) du Code du travail et non comme simple complice de cette infraction, l'utilisateur de main-d'œuvre qui, sous le couvert de prétendus contrats de sous-traitance, a, en réalité, concouru à des opérations illicites de fourniture de main-d'œuvre ». Cass. crim. 25 avril 1989 n° 87-81.212 P, Lucas : RJS 7/89 n° 656, Bull. crim. n° 170. Pour un autre exemple Cass. crim. 14 juin 2000 n° 99-87.884 (n° 3959 D), Shaalan.

³⁵ Article L8231-1 du code du travail : 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'éluider l'application de dispositions légales où de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit.

³⁶ Article L. 8241-1 du code du travail.

Pour les personnes physiques, le fait de commettre le délit de marchandage et/ou de procéder à une opération de prêt de main-d'œuvre illicite est passible d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.³⁷

De plus, le délit de marchandage et le prêt de main d'œuvre illicite peuvent faire l'objet :

- de sanctions plus sévères lorsqu'ils sont commis par les personnes physiques en bande organisée. Cette disposition est entrée en vigueur le lendemain de la publication de la loi, soit le 12 juillet 2014 ;
- de sanctions aggravées lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes
- de la diffusion de la décision de condamnation à une amende de la personne physique ou morale sur un site internet dédié. L'entrée en vigueur de la diffusion de la décision de condamnation sur un site internet est toutefois subordonnée à la parution d'un décret devant en préciser les conditions de mise en œuvre.

Personnes morales

Les personnes morales reconnues pénalement responsables du délit de marchandage et/ou du délit de prêt illicite de main-d'œuvre encourent une peine d'amende³⁸.

Les juges peuvent en outre interdire la perception par les entreprises condamnées pour prêt illicite de main-d'œuvre ou pour délit de marchandage d'une aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

Enfin, les personnes morales reconnues pénalement responsables du délit de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre encourent, outre une peine d'amende, une peine complémentaire de fermeture de l'entreprise, définitive ou pour 5 ans au plus, prévue par l'article 131-39, 4° du Code pénal.

Qui peut intenter une action et sur quel fondement ?

L'action pénale peut être intentée à l'encontre d'un contrevenant présumé :

- soit par le procureur de la République au vu des procès-verbaux qui lui sont transmis par les agents de contrôle assermentés, ou sur plainte de la partie lésée ou d'un syndicat représentatif,
- soit par citation directe des salariés lésés ou d'un syndicat représentatif.

L'action intentée à l'encontre d'un contrevenant présumé peut être fondée :

- soit sur l'article L 8241-1 du Code du travail réprimant le prêt de main-d'œuvre illicite;
- soit sur l'article L 8231-1 réprimant le marchandage ;
- soit sur les deux articles si l'opération incriminée cumule les éléments constitutifs des deux infractions (fait matériel, caractère lucratif et exclusif, préjudice causé au salarié ou manquement à la réglementation).

2) Les sanctions civiles

Nullité du contrat et perte du profit

Lorsque le prêt de main-d'œuvre est reconnu illicite, la convention qui lie l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice est nul. Dès lors, l'entreprise reconnue coupable de prêt illicite de main-d'œuvre

³⁷ Articles L. 8234-1 et L. 8243-1 du code du travail.

³⁸ Articles L 8234-2 et L 8243-2 du code du travail.

n'est pas fondée à réclamer le paiement de factures relatives au prêt de main-d'œuvre ou à la prestation prévue dans la convention³⁹

Requalification de la situation contractuelle du salarié et coemploi

Bien que, contrairement au cas des intérimaires la loi ne prévoie pas expressément pour les salariés illicitement mis à disposition le droit de faire valoir l'existence d'un contrat de travail vis-à-vis de l'utilisateur, il peuvent le faire s'ils ont été, dans les faits, unis à celui-ci par un lien de subordination. Ainsi :

- une décision du tribunal d'instance de Paris a-t-elle ordonné, sous astreinte, en référés, à un utilisateur, de conserver à son service les salariés irrégulièrement mis à sa disposition car dans la mesure où il disposait seul du pouvoir de direction à leur encontre, il était leur véritable employeur⁴⁰ ;
- la Cour de cassation a-t-elle jugé qu'en cas de sous-traitance faisant intervenir des travailleurs dissimulés le véritable employeur des travailleurs était l'utilisateur, redevable, en tant que tel, des cotisations de sécurité sociale.

Lorsque les juges reconnaissent, dans les faits, l'existence d'un contrat de travail entre les salariés mis à disposition et l'entreprise utilisatrice, ce contrat de travail ne se substitue pas à celui liant l'entreprise prêteuse à ses salariés mais s'y ajoute.

Dommages-intérêts

Dans la mesure où l'opération illicite peut avoir causé un préjudice au salarié concerné, celui-ci est habilité à se porter partie civile lors d'une instance pénale et à obtenir des dommages-intérêts. Le salarié peut également demander réparation de son préjudice au conseil des prud'hommes.

De même, les syndicats peuvent se constituer partie civile dans la mesure où l'infraction, en portant atteinte à l'intérêt général, cause à la profession qu'ils représentent un préjudice distinct de celui subi par le salarié

Cette action est à distinguer de celle par laquelle les syndicats peuvent ester en justice au lieu et place des salariés pour assurer l'application des dispositions du Code du travail interdisant le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre

En revanche le prêt illicite de main-d'œuvre n'ouvre pas droit, pour un salarié prêté, à l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 8223-1 du Code du travail en cas de travail dissimulé.⁴¹

³⁹ « Le contrat de fourniture de main-d'œuvre illicite doit être considéré comme nul.

Il en résulte que la demande formée par la société qui a effectué le prêt de main-d'œuvre contre l'entreprise à la disposition de laquelle étaient mis les salariés et qui n'avait pas payé la totalité du prix convenu ne peut être reçue. » Cass. soc. 5 juillet 1984 n° 83-13.204, SARL Chaudronnerie, Tuyauterie, montage c/ SA Sapeli : Bull. civ. V n° 299.

⁴⁰ TGI Paris 10 octobre 1980, Bellevre et a. c/ Samaritaine : D.O. 1981 p. 145.

⁴¹ Une cour d'appel ayant retenu l'existence d'un prêt illicite de main-d'œuvre ne saurait condamner la société utilisatrice à verser une telle indemnité sans constater que les éléments du travail dissimulé sont caractérisés à l'égard de cette société. Cass. soc. 14 avril 2010 n° 08-43.445 (n° 858 FS-D), Dubois c/ Sté Syderal : RJS 6/10 n° 571.