

■ Longtemps décrié, le prêt de main-d'œuvre est aujourd'hui en vogue depuis qu'une loi du 17 juin 2020 en a provisoirement assoupli les conditions d'accès.

■ Les questions relatives à la mise à disposition de personnel font l'objet d'une jurisprudence étoffée et de plus en plus variée.

MISE À DISPOSITION

ACTUALITÉ DU PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE

La multiplicité des dispositifs ne doit pas faire oublier que le recours à la mise à disposition d'un salarié est subordonné à différentes conditions¹. La jurisprudence récente en donne un certain nombre d'exemples intéressants.



AUTEUR **Pierre Fadeuilhe**

TITRE Maître de conférences
à l'INP de Toulouse,
avocat au barreau de Toulouse

Jadis, le droit français proscrivait par principe le prêt de main-d'œuvre puisque seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de convention ou de contrat². Aujourd'hui, les dispositifs de prêt de main-d'œuvre se développent sans cesse et apparaissent notamment comme des solutions pour lutter contre l'emploi précaire. Ainsi, afin de répondre à la baisse d'activité de certaines entreprises et aux besoins de main-d'œuvre d'autres secteurs, le législateur n'a pas hésité à assouplir les conditions nécessaires au prêt de main-d'œuvre durant la période de propagation du Covid-19³. Déjà, la loi Pacte⁴ avait facilité la mise à disposition de personnel en faveur des jeunes entreprises ou des petites ou moyennes entreprises afin de permettre aux salariés concernés d'améliorer leur qualification, de favoriser les transitions professionnelles ou de constituer

un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun avec l'entreprise prêteuse. De son côté, le Conseil économique, social et environnemental (CESE) a récemment fait la promotion des groupements d'employeurs au motif qu'ils représentent une solution concrète aux tensions de recrutement pour les petites structures qui ne bénéficient pas de moyens financiers importants ou de service de ressources humaines⁵.

MISE À DISPOSITION ET TRANSFERT D'ENTREPRISE

La mise à disposition de personnel ne peut avoir pour effet de contourner des règles d'ordre public, ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 23 juin 2021⁶. En l'espèce, une banque a procédé à la filialisation de l'une de ses activités mais, pour différentes raisons, le transfert des salariés affectés à l'activité filialisée ne s'est pas opéré immédiatement : plus de la moitié d'entre eux n'ont pas changé effectivement d'employeur, étant mis à dispo-

sition de la filiale dans le cadre d'une opération de prêt de main-d'œuvre. Quelques années plus tard, la société mère et sa filiale ont estimé que les contrats de travail des salariés mis à disposition de la seconde société étaient légalement transférés⁷. L'un d'entre eux a saisi la juridiction prud'homale, notamment pour contester le transfert de son contrat de travail de la société mère à sa filiale et obtenir sa réintégration au sein de la société mère.

La Cour de cassation a jugé à de nombreuses reprises que le changement d'employeur s'opère au jour du transfert de l'entité économique dont relève le salarié⁸. Il en résulte que le salarié dont le contrat de travail est repris ne peut prétendre avoir été présent dans l'entreprise exploitée par le cessionnaire avant la date d'effet du transfert dès lors que cette rétroactivité porte atteinte

1. Sur le régime juridique de la mise à disposition, v. *JA* 2020, n° 617, p. 24, étude D. Castel *in* dossier « Mise à disposition – Une affaire personnelle ».

2. C. civ., anc. art. 1128, supprimé par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, *JO* du 11.

3. L. n° 2020-734 du 17 juin 2020, *JO* du 18, art. 52, *JA* 2020, n° 623, p. 8, obs. D. Castel ; ce dispositif dérogatoire a pris fin au 30 septembre 2021 (L. n° 2021-689 du 31 mai 2021, *JO* du 1^{er} juin, art. 8, V).

4. L. n° 2019-486 du 22 mai 2019, *JO* du 23.

5. CESE, avis, « Réduire les tensions sur le marché du travail », 12 janv. 2022.

6. Soc. 23 juin 2021, n° 18-24.597.

7. C. trav., art. L. 1224-1.

8. Soc. 4 févr. 2009, n° 07-42.024.

aux droits que les salariés puisent dans les dispositions d'ordre public⁹.

L'arrêt du 23 juin 2021 s'inscrit dans cette même perspective. Son originalité est que le transfert des contrats de travail a été reporté par accord entre la société mère et la filiale et que, durant cette période transitoire, les salariés ont été mis à disposition du bénéficiaire de la cession. La raison avancée pouvait s'entendre, la société mère estimant que l'activité de la société filiale ne présentait pas un caractère pérenne, ce qui pouvait faire craindre la rupture des contrats de travail des salariés concernés à court ou moyen terme. La mise à disposition des salariés ne constituait alors qu'une solution d'attente.

Cette argumentation n'a pas convaincu la Cour de cassation, laquelle s'est appuyée sur la jurisprudence européenne qui estime que le transfert d'une entité économique autonome s'opère à la date à laquelle le nouvel exploitant est mis en mesure d'assurer la direction de cette entité, et ce quelles que soient les modalités qui ont été convenues entre les parties¹⁰. Le transfert des contrats de travail

ne peut s'effectuer de façon progressive, mais obligatoirement à la date du transfert de l'entreprise. La mise en place d'une phase transitoire durant laquelle les salariés sont mis à la disposition de l'entreprise cessionnaire par le cédant n'est pas de nature à remettre en cause cette règle impérative.

L'arrêt du 23 juin 2021 a été rendu à l'occasion d'un transfert de personnel effectué entre deux sociétés. Cette jurisprudence est transposable aux entreprises constituées sous forme associative qui, pour des raisons fiscales, peuvent être amenées à créer une filiale lucrative. Si l'on se situe en présence d'un transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, le transfert des contrats de travail doit être réalisé à la date du transfert effectif des moyens d'exploitation à la nouvelle entité, l'association à l'origine de ce projet ne pouvant reporter à sa guise ce transfert à une date ultérieure ni en différer les effets.

CONDITIONS DE LICÉITÉ DE L'OPÉRATION

Pour être licite, le prêt de main-d'œuvre doit présenter un caractère exclusif, cette opération devant être le seul et unique objet du contrat conclu entre deux entreprises. Mais encore faut-il que le salarié ait été mis à la disposition effective de l'utilisateur, c'est-à-dire que ce dernier se soit vu reconnaître la capacité de lui donner des ordres et d'en contrôler l'exécution. Dans le cas contraire, il s'agit d'une opération de sous-traitance.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation donne une illustration de cette distinction¹¹. En l'espèce, un salarié a exercé pendant plus de 12 ans les fonctions de chef de poste du service de sécurité sur un même site pour le compte de divers prestataires qui se sont succédé

“ Pour être licite, le prêt de main-d'œuvre doit présenter un caractère exclusif, cette opération devant être le seul et unique objet du contrat conclu entre deux entreprises. Mais encore faut-il que le salarié ait été mis à la disposition effective de l'utilisateur. ”

sur ce site. Pour la chambre sociale, l'existence d'un prêt de main-d'œuvre illicite et d'un marchandage ne peut pas être retenue à l'encontre du bénéficiaire de la prestation : en premier lieu, les juges du fond n'ont pas été en capacité d'établir que le salarié exerçait sa prestation de travail sous l'autorité du client, que ce dernier contrôlait l'exécution de sa mission et avait pouvoir de le sanctionner, l'intervention du salarié s'inscrivant dans le cadre d'un contrat de sous-traitance par lequel le prestataire s'était engagé à assurer une prestation de gardiennage au profit de son client. Ensuite, une telle mission ne ressortait pas du domaine de compétence de l'entreprise bénéficiaire de la prestation, les salariés de son sous-traitant lui apportant un savoir-faire particulier.

Un arrêt rendu par les juges du fond¹² démontre que le recours à une mise à disposition de personnel ne doit pas avoir pour effet de causer un préjudice au salarié concerné ou d'éluider l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ●●●

9. C. trav., art. L. 1224-1 et L. 1224-2 ; Soc. 22 févr. 1983, n° 81-16.106.

10. CJCE 26 mai 2005, aff. C-478/03.

11. Soc. 24 mars 2021, n° 19-20.116.

12. Chambéry, 11 févr. 2021, n° 20/00145.

●●● ou d'un accord collectif de travail¹³. Une salariée, engagée en qualité de vendeuse et assistante commerciale polyvalente, a été mise à disposition d'une société relevant d'une autre convention collective que son employeur. Les juges ont reproché à l'employeur de ne pas avoir visé dans le contrat de travail la convention collective qui correspond à son activité et d'y avoir substitué celle applicable au sein de l'entreprise utilisatrice. Or, ce faisant, ils ont estimé que l'employeur a volontairement privé la salariée du bénéfice d'une grille de salaire plus favorable et notamment d'un treizième mois qui ne lui a jamais été versé. Les juges ont condamné cette pratique qui s'apparente à du délit de marchandage. Les deux sociétés ont été condamnées *in solidum* à verser à la salariée la somme exigible au regard notamment de la durée de la période pendant laquelle elle a travaillé pour les sociétés ainsi qu'une indemnité spéciale au titre du travail dissimulé correspondant à six mois de salaire¹⁴.

REQUALIFICATION D'UN CONTRAT DE MISSION

Nombreux sont les motifs qui justifient une action en requalification d'un contrat de mission en contrat à durée indéterminée (CDI) contre l'entreprise de travail temporaire. Dans certains cas, lorsqu'il y a violation de certaines dispositions légales, le salarié peut aussi engager une action en requalification directement contre l'entreprise utilisatrice. Il en va ainsi, par exemple, en cas de non-respect des principes relatifs à la succession de contrats de mission et en particulier de non-respect des délais de carence entre les contrats. Dans un arrêt du 12 novembre 2020¹⁵, la Cour de cassation a estimé que les deux entreprises peuvent être condamnées *in solidum* à réparer le préjudice subi par le salarié, les juges appréciant souverainement la part de responsabilité incombant à chacune des coobligées.

Mais les irrégularités en lien avec le déroulement de la mission de l'intérimaire ne sont pas des motifs de requalification du contrat de mission en CDI. Telle est la conclusion à laquelle la chambre sociale est arrivée dans un arrêt du 17 février 2021¹⁶. Un salarié engagé comme intérimaire a saisi la juridiction prud'homale de demandes dirigées à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire, estimant que la violation des règles relatives à la protection de la santé et de la sécurité au travail est de nature à lui ouvrir les portes d'une requali-

fication de son contrat de mission en CDI. Il a été débouté au motif que les dispositions relatives à la charge financière des équipements de protection individuelle¹⁷ n'entrent pas dans les prescriptions qui ont pour objet de garantir les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite et dont la violation implique une requalification du contrat de mission¹⁸.

IDENTIFICATION DE L'EMPLOYEUR

Dans une opération de prêt de main-d'œuvre, une relation triangulaire s'instaure entre l'entreprise d'origine « prêteuse », qui reste l'employeur de droit, l'entreprise d'accueil « utilisatrice » et le salarié mis à disposition. Dans un arrêt rendu en appel¹⁹, la question de l'identification de l'employeur s'est posée. Un salarié avait été embauché par divers contrats saisonniers par un premier groupement d'employeurs agricoles pour être mis à disposition d'un même utilisateur. Ce dernier ayant décidé de changer de groupement d'employeurs, le salarié a été embauché en CDI intermittent par un second groupement.

Suite au licenciement pour faute grave du salarié mis à disposition, le second groupement soutient que l'adhérent est devenu le seul et véritable employeur du salarié et qu'il est, par voie de conséquence, redevable de la condamnation à des dommages et intérêts obtenue par ledit salarié. Pour débouter le second groupement d'employeurs de sa demande, la cour d'appel opère un raisonnement en plusieurs étapes. Tout d'abord, elle indique ne pouvoir se fonder que sur le dernier contrat de travail écrit entre le groupement d'employeurs et le salarié mis à disposition, tout transfert du contrat de travail d'un employeur à un autre en dehors du cadre légal²⁰ supposant l'accord exprès du salarié. Elle affirme ensuite qu'aucune disposition légale ne prévoit une limitation de la durée d'une mise à disposition par un groupement d'employeurs, de telle sorte que le fait que le salarié ait été mis à disposition du même adhérent pendant plusieurs années est indifférent. Enfin, elle constate que c'est l'entreprise utilisatrice qui a procédé à l'entretien professionnel, a octroyé les congés payés et a annoncé la fin de sa mission au salarié. Elle en conclut que c'est le second groupement qui est et reste l'employeur jusqu'à la rupture effective du contrat de travail conclu avec le salarié mis à disposition. ■

13. C. trav., art. L. 8231-1.

14. C. trav., art. L. 8221-5.

15. Soc. 12 nov. 2020, n° 18-18.294.

16. Soc. 17 févr. 2021, n° 19-14.812.

17. C. trav., art. L. 1251-23.

18. C. trav., art. L. 1251-16.

19. Montpellier, 12 mai 2021, n° 17/00151.

20. C. trav., art. L. 1224-1.