



LE PRÊT DE MAIN D'OEUVRE ENTRE ENTREPRISES DE LA CONSTRUCTION (Octobre 2011)



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I – LE PRÊT DE MAIN D’ŒUVRE À BUT LUCRATIF AUTORISÉ.....	4
-----------------------------------------------------------------	----------

II – LE PRÊT DE MAIN D’ŒUVRE À BUT NON LUCRATIF REGLEMENTÉ	4
-------------------------------------------------------------------------	----------

III – LE PRÊT DE MAIN D’ŒUVRE À BUT NON LUCRATIF	4
---------------------------------------------------------------	----------

1 Définition du prêt de main d’œuvre à but non lucratif.....	4
--------------------------------------------------------------	---

2 Un prêt de main d’œuvre beaucoup plus encadré	4
-------------------------------------------------------	---

3 Le rôle des représentants du personnel	6
------------------------------------------------	---

IV – LA SOUS-TRAITANCE DE TRAVAUX ET LE PRÊT DE MAIN D’ŒUVRE ILLICITE	6
--------------------------------------------------------------------------------------------	----------

V – LE PRÊT DE MAIN D’ŒUVRE ET LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION	7
-------------------------------------------------------------------------	----------

1 Les pouvoirs de Direction.....	7
----------------------------------	---

2 Les embauches pour les besoins du chantier	7
----------------------------------------------------	---

3 Quid du lien de subordination ?	7
-----------------------------------------	---

VI – DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES.....	7
-----------------------------------------------	----------

1 Les accidents du travail.....	7
---------------------------------	---

2 Le Règlement Intérieur.....	8
-------------------------------	---

3 Les conditions de travail et de rémunération.....	8
-----------------------------------------------------	---

4 Fin de la mise à disposition	8
--------------------------------------	---

5 Divers	9
----------------	---

VII. LES SANCTIONS APPLICABLES	9
---------------------------------------------	----------

ANNEXES.....	10
---------------------	-----------

Extraits du Code du travail.....	10
----------------------------------	----

Extraits du Code pénal	13
------------------------------	----

Extraits du Code de la Sécurité sociale	14
-----------------------------------------------	----

Arrêts sélectionnés	15
---------------------------	----

INTRODUCTION

Le prêt de main d'œuvre consiste, pour une entreprise, à mettre un ou plusieurs de ses salariés à la disposition d'une autre entreprise pour une durée déterminée.

Il peut avoir un but lucratif dans les conditions prévues par la loi, ou s'opérer plus simplement dans un but non lucratif.

Le prêt de main d'œuvre est défini **comme l'opération par laquelle un employeur met à la disposition d'un tiers un de ses salariés en transmettant à ce tiers son pouvoir de direction**. L'entreprise d'accueil n'a pas la qualification d'employeur et ne supporte pas les charges directes qui lui sont associées.

Le Code du travail traite le prêt de main d'œuvre de façon binaire, aux **articles L. 8241-1 à L. 8243-2**. En effet, d'une part, il interdit et réprime les opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre; et d'autre part, il autorise les opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif.

Durant l'opération de prêt de main d'œuvre, **le contrat de travail initial du salarié prêté par son employeur d'origine n'est ni rompu, ni suspendu**. Le salarié prêté continue d'appartenir au personnel de l'entreprise d'origine. Il continue donc de bénéficier, de la part de l'entreprise d'origine, de l'ensemble des dispositions conventionnelles (participation, intéressement...), des usages et engagements unilatéraux (mutuelle, complémentaire retraite, IGD...) ainsi que des garanties individuelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans son sein.

En revanche, le salarié prêté est placé par son employeur d'origine sous l'autorité de **l'entreprise d'accueil ou utilisatrice dans le cadre d'une convention spécifique**. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur appartient à l'entreprise d'origine dans la mesure où le lien de subordination subsiste entre le salarié et l'entreprise d'origine.

Si le salarié détaché bénéficie d'une protection au titre d'un mandat représentatif, le prêt de main d'œuvre ne peut affecter la protection dont il bénéficie.

I – LE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE A BUT LUCRATIF AUTORISÉ

L'article L.8241-1 du Code du travail interdit toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre. Toutefois, il apporte des dérogations notamment pour le travail temporaire, le portage salarial et les entreprises de travail à temps partagé.

Ainsi, pour ces cas spécifiques, le prêt de main d'œuvre exclusif à but lucratif est autorisé.

II – LE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE A BUT NON LUCRATIF RÉGLEMENTÉ

Certaines opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif sont encadrées par le législateur.

Tel est le cas :

- des groupements d'employeurs en application de l'article L.1253-1 du Code du travail (Association loi 1901, SCOP),
- de la mise à disposition de personnel entre une entreprise et une administration (Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique),
- des associations et entreprises de service à la personne (article L.7232-6 du Code du travail),
- des contrats d'appui au projet d'entreprise (articles L.5142-1 à L.5142-3 et R.5142-1 à R.5142-6 du Code du travail).

III – LE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE A BUT NON LUCRATIF

L'article 40 de la loi du 28 juillet 2011 a modifié les articles L.8241-1 et L.8241-2 du Code du travail relatifs au prêt de main d'œuvre, encadrant ainsi ce dispositif.

1) Définition du prêt de main d'œuvre à but non lucratif

Comme indiqué ci-dessus, l'article L.8241-1 du Code du travail interdit toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre.

La nouvelle loi apporte une précision quant à la détermination du but lucratif et énonce 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 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.

En conséquence, l'entreprise prêteuse ne doit tirer aucun profit de l'opération de prêt de main d'œuvre.

2) Un prêt de main d'œuvre beaucoup plus encadré

Auparavant, l'article L.8241-2 du Code du travail retenait que les opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif étaient autorisées.

La loi du 28 juillet 2011 est venue compléter sensiblement cet article et, désormais, cet article comporte 13 alinéas.

Dorénavant, la loi retient que le prêt de main d'œuvre requiert :

- L'accord du salarié concerné
- Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui 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,
- Un avenant au contrat de travail qui précise le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail¹,
- A l'issue de la mise à disposition, le salarié retrouve son poste dans l'entreprise prêteuse sans que son évolution de carrière ou sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt.

Les salariés mis à disposition doivent avoir accès aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice. En outre, un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition.

Si le salarié prêté possède un mandat représentatif, la mise à disposition ne peut affecter la protection dont il jouit du fait de son mandat.

Par ailleurs, il est important de noter que, durant la période de prêt, le contrat de travail n'est ni rompu, ni suspendu. Le salarié continue à appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse et continue de bénéficier des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il n'avait pas été prêté.

Les conditions de mise en œuvre du prêt de main d'œuvre sont donc alourdies et le statut du salarié mis à disposition est amélioré.

Par ailleurs, une période probatoire peut être envisagée par l'entreprise prêteuse et le salarié. Durant cette période, il peut être mis fin au prêt de main d'œuvre sur demande de l'une des parties.

Cette période probatoire devient obligatoire si le prêt de main d'œuvre entraîne la modification d'un élément essentiel du contrat de travail (tel que la rémunération, la classification...).

La cessation du prêt de main d'œuvre avant la fin de la période probatoire, à l'initiative de l'une des parties, ne peut constituer un motif de sanction ou de licenciement, sauf faute grave du salarié.

¹ Il est à noter qu'en application de l'ANI du 8 juillet 2009, dont la mise en œuvre a cessé au 31 décembre 2010 et qui n'a pas prolongé, il était prévu que la convention de prêt de main d'œuvre entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice devait préciser pour chaque salarié :

1. la durée prévisible du prêt de main d'œuvre ;
2. l'identité et la qualification du salarié mis à disposition ;
3. le travail confié au salarié par l'entreprise utilisatrice ;
4. la durée et les horaires de travail en vigueur dans l'entreprise utilisatrice ;
5. le ou les lieux d'exécution du travail ;
6. les caractéristiques particulières du poste de travail à pourvoir, et, le cas échéant, l'indication qu'il figure sur la liste des postes présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés prévue à l'article L.4154-2 du Code du Travail ;
7. la nature des équipements de protection individuelle que le salarié doit utiliser ;
8. l'accès dans l'entreprise utilisatrice aux moyens de transports collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration, dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice ;
9. les salaires, charges sociales et frais professionnels, concernant le salarié mis à disposition, et qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse.

3) Le rôle des représentants du personnel dans le cadre du prêt de main d'œuvre

Les représentants du personnel (le Comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel) sont consultés et informés, avant le prêt de main d'œuvre, des conventions signées.

Le CHSCT est également informé si le poste occupé dans l'entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure dans la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité du salarié, mentionnée à l'article L.4154-2 du Code du travail.

En outre, le Comité d'entreprise et le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l'accueil du salarié prêté.

IV – LA SOUS-TRAITANCE DE TRAVAUX ET LE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE ILLICITE

La sous-traitance, objet de la loi de 1975, se définit comme étant l'exécution partielle d'un marché de travaux publics ou privés.

Le prêt de main d'œuvre se distingue de la sous-traitance par son objet qui est, par nature, différent. Dans le cadre de la sous-traitance, l'entreprise principale transfère une partie de l'exécution de son marché à une autre entreprise. Cette opération donne lieu à l'établissement d'un sous-traité ayant pour objet l'exécution d'une tâche définie. La rémunération du sous-traitant est fixée en fonction de l'importance objective des travaux, sans prendre en compte (directement à tout le moins) le nombre de salariés mobilisés ou le nombre d'heures qui seront effectuées. La rémunération comporte une prise de risques et d'aléas. Cela exclut une rémunération à coût horaire. Le prix du sous-traité peut être soit au forfait, soit sur bordereau de prix unitaires.

En outre, le sous-traitant doit être le seul employeur du personnel utilisé. Nous renvoyons également aux critères classiques de la sous-traitance, comme l'autorité, l'autonomie, la spécificité, la rémunération, le savoir-faire, la gestion et l'encadrement de ses personnels, la direction de l'accomplissement des tâches, la fourniture du matériel et des matériaux nécessaires (même s'il peut arriver que l'entreprise utilisatrice en fournisse également, dans l'intérêt économique du projet).

Trop souvent le prêt de main d'œuvre est dissimulé dans un contrat de sous-traitance pour tenter de lui donner une apparence de licéité. L'essentiel des décisions judiciaires concerne la requalification du contrat de sous-traitance, ce qui est appelé communément la « fausse sous-traitance », en prêt de main d'œuvre illicite. Il y a de nombreux exemples jurisprudentiels, dont celui qui suit :

C.Cass, Crim, 24 novembre 2009 : La Direction Départementale du Travail exerce son droit d'action dans cette affaire. Une société conclut à titre onéreux un contrat de sous-traitance avec une autre entreprise ayant le même savoir-faire. Toutefois, les salariés de la société prêteuse étaient encadrés par la société utilisatrice qui fournissait également le matériel et les matériaux. Pour condamner la société prêteuse au titre des dispositions prohibant le prêt de main d'œuvre à but lucratif, les juges retiennent que le caractère forfaitaire de la rémunération de la société prêteuse n'apparaît pas comme décisif, dès lors que l'intérêt financier de l'opération résultait du faible coût de la main d'œuvre fournie compte tenu du fait que les contractants avaient pu apprécier lors d'une précédente opération (intérim) le coût des charges pour le nombre d'heures de travail correspondant à la tâche sous-traitée.

V – LE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE ET LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

En vertu de l'article 1871 du Code civil, la SEP n'est pas une personne morale et elle ne dispose pas de la personnalité juridique. Elle ne peut de ce fait embaucher du personnel et les collaborateurs des associés ne sont pas prêtés mais **mis en commun**, dans le respect du règlement intérieur de la SEP et de ses statuts.

Il n'y a donc pas de flux de personnel vers la SEP : le personnel nécessaire à l'exécution des travaux est fourni par les associés de la SEP et reste attaché à chacun des associés.

1. Les pouvoirs de Direction

Les pouvoirs de direction du chantier sont confiés au Directeur Travaux qui reçoit à ce titre une délégation expresse de la part de chacun des associés. Dans la mesure où la SEP n'est pas ostensible, cette délégation relève du groupement d'entreprises et non pas de la SEP proprement dite, ce qui est sans conséquence s'il y a identité entre les associés de la SEP et les membres du groupement d'entreprises.

Il semble préférable que la délégation en matière d'hygiène et de sécurité soit donnée dans le cadre d'un document unique, signé des représentants des membres. Bien entendu les subdélégations sont possibles. La chaîne de délégations doit alors respecter les conditions fondamentales en la matière (compétence et autorité du délégataire, moyens mis à sa disposition), en allant du plus général au plus précis, donnant à l'ensemble un effet d'entonnoir. Nous attirons l'attention sur le respect des conventions collectives de la profession et l'interdiction qui est faite de donner des délégations aux personnels ayant le statut d'ETAM en dessous d'une certaine catégorie.

2. Les embauches pour les besoins du chantier

En cas de besoin de personnels complémentaires, soit les associés sont en mesure de mettre à disposition de la SEP des collaborateurs, quitte à les embaucher à cet effet, le cas échéant à durée de chantier ou de tâche, soit le gérant de la SEP, ou les associés, ont recours au travail intérimaire.

3. Quid du lien de subordination ?

Le lien de subordination n'est pas altéré par cette mise à disposition, puisque le personnel reste attaché à son entreprise d'origine. En revanche, le chantier obéit à une organisation propre qui permet, dans la limite des délégations et définitions de poste, une répartition des compétences. C'est ainsi que le Directeur de travaux se voit attribuer l'ensemble des pouvoirs de direction, de contrôle, de surveillance et d'autorité sur les salariés mis à disposition dans le cadre de la délégation expresse qu'il reçoit. Cela n'altère pas le lien de subordination d'origine.

VI – DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES

1- Les accidents du travail

L'article L.8241-2 du Code du travail renvoie aux dispositions du Code de la Sécurité sociale sur le travail temporaire pour les accidents du travail (article L.412-3 à 412-7 du Code de la Sécurité sociale).

- au niveau des cotisations dues par l'entreprise d'origine : elles tiennent compte des mesures de prévention ou de soins et des risques exceptionnels qui caractérisent l'entreprise utilisatrice,
- au niveau de la déclaration des AT : le salarié détaché prévient l'entreprise utilisatrice qui doit en informer l'entreprise d'origine.
- en cas de faute inexcusable, l'entreprise utilisatrice peut être substituée à l'entreprise d'origine.

La médecine du travail est à la charge de l'entreprise qui met à disposition le salarié (article L.1251-22 du Code du travail).

2- le Règlement Intérieur

Les personnes qui travaillent dans l'entreprise, mais n'y sont pas liées par contrat, ne relèvent du RI que pour les mesures d'hygiène et de sécurité et les règles générales et permanentes relatives à la discipline. En revanche, les dispositions relatives à la nature, à l'échelle des sanctions et à la procédure disciplinaire ne leur sont pas applicables (CE 12 novembre 1990, n° 95823).

3- Les conditions de travail et de rémunération

Pendant la durée de la mise à disposition, l'entreprise, l'établissement ou l'organisme d'accueil est responsable des conditions d'exécution du travail applicables au lieu du travail, dans les matières touchant à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et des jours fériés, aux congés payés, à l'hygiène et à la sécurité, au travail des femmes et des jeunes travailleurs.

Les entreprises, établissements ou organismes d'origine d'une part, et ceux d'accueil d'autre part, sont respectivement tenus à l'égard des salariés mis à disposition aux mêmes responsabilités et obligations que celles des articles L.1251-21 à L.1251-23 du Code du travail ainsi que l'article L. 1251-24 du même code mettent respectivement à la charge des entreprises de travail temporaire et des entreprises utilisatrices à l'endroit des salariés temporaires. Les salariés mis à disposition bénéficient en conséquence des droits définis par ces dispositions pour les salariés temporaires.

Pendant la durée de la mise à disposition, le salarié a droit au maintien de sa rémunération. Celle-ci ne peut être inférieure à celle que percevrait, dans l'entreprise, l'établissement ou l'organisme d'accueil, un salarié embauché directement par ceux-ci, de qualification équivalente, de même ancienneté et occupant un poste similaire.

4- Fin de la mise à disposition

A l'issue de la mise à disposition, ou si la mise à disposition prend fin avant le terme initialement fixé, le salarié retrouve son emploi ou un emploi équivalent assorti d'une rémunération au moins égale, ainsi que tous les droits attachés à son contrat de travail, notamment liés à son ancienneté, pour la détermination desquels la période de mise à disposition est considérée comme du travail effectif. Il est prioritaire pour bénéficier d'une action de formation dans le cadre du plan de formation.

5- Divers

Il peut être précisé que le salarié mis à disposition n'est pas pris en compte pour le calcul des effectifs de l'entreprise, de l'établissement ou de l'organisme d'accueil.

Par ailleurs, en vertu de l'article L.8241-2 du Code du travail, les dispositions des articles suivants s'appliquent :

- L. 1251-21 à L. 1251-24 du Code du travail (relatifs aux conditions de travail des travailleurs temporaires)* ;
- L. 2313-3 à L. 2313-5 du Code du travail (relatifs à la possibilité pour les salariés mis à disposition de faire présenter leurs réclamations par les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice) ;
- L. 412-3 à L. 412-7 du Code de la Sécurité sociale (relatifs aux accidents du travail applicables aux travailleurs temporaires)* ;
- L. 5221-4 du Code du travail (relatif à l'interdiction de mettre à disposition des travailleurs étrangers pour une prestation à l'étranger).

VII. LES SANCTIONS APPLICABLES

A l'initiative de : l'Inspection du travail, du salarié lésé ou des organisations syndicales.

Pénales : articles L.8243-1 et 8243-2 du Code du travail, avec **application notamment du quintuple pour l'amende, s'agissant des personnes morales** (articles 131-38 du Code pénal et 131-39 1° à 5°, 8°, 9° et 2° sur l'activité de l'exercice ou à l'occasion de l'exercice) :

▪ **les opérations illicites :**

- une peine d'emprisonnement de 2 ans,
- et/ou une amende de 30 000€,
- interdiction de sous-traiter de la main d'œuvre pendant 2 à 10 ans.

▪ **la méconnaissance (directe ou par personne interposée) de l'interdiction :**

- une peine de 12 mois d'emprisonnement,
- une amende de 12 000€.

Civiles :

- transfert à l'entreprise utilisatrice des charges sociales et des salaires,
- requalification de la convention de prestation de services en CDI à l'encontre de l'entreprise utilisatrice.

Administratives :

- refus par l'autorité administrative compétente, avertie de la constitution de tels délits, d'accorder des aides publiques à l'emploi ou à la formation professionnelle pendant 5 ans maximum.

ANNEXES

CODE DU TRAVAIL

HUITIÈME PARTIE : CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION DU TRAVAIL

LIVRE II : LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL

TITRE IV : PRÊT ILLICITE DE MAIN-D'OEUVRE

Chapitre Ier : Interdiction.

Article L8241-1 Modifié par LOI n°2011-893 du 28 juillet 2011 - art. 40

Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite.

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :

1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, au portage salarial aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;

2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;

3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1.

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.

Article L8241-2 Modifié par LOI n°2011-893 du 28 juillet 2011 - art. 40

Les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées.

Dans ce cas, les articles L. 1251-21 à L. 1251-24, L. 2313-3 à L. 2313-5 et L. 5221-4 du présent code ainsi que les articles L. 412-3 à L. 412-7 du code de la sécurité sociale sont applicables.

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.

A 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.

Chapitre III : Dispositions pénales.

Article L8243-1

Le fait de procéder à une opération de prêt illicite de main-d'œuvre en méconnaissance des dispositions de l'article L. 8241-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

La juridiction peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter de la main-d'œuvre pour une durée de deux à dix ans.

Le fait de méconnaître cette interdiction, directement ou par personne interposée, est puni d'un emprisonnement de douze mois et d'une amende de 12 000 euros.

Dans tous les cas, la juridiction peut ordonner, aux frais de la personne condamnée, l'affichage du jugement aux portes des établissements de l'entreprise et sa publication dans les journaux qu'elle désigne.

Article L8243-2

Les personnes morales reconnues pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, du délit de prêt illicite de main-d'œuvre prévu par l'article L. 8241-1 encourrent les peines suivantes :

1° L'amende dans les conditions prévues à l'article 131-38 du code pénal ;

2° Les peines mentionnées aux 1° à 5°, 8° et 9° de l'article 131-39 du même code.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Article L8243-3 Créé par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 88

Le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement mentionnée au 4° de l'article 131-39 du code pénal n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné

PREMIÈRE PARTIE : LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

LIVRE II : LE CONTRAT DE TRAVAIL

TITRE V : CONTRAT DE TRAVAIL TEMPORAIRE ET AUTRES CONTRATS DE MISE À DISPOSITION

Chapitre Ier : Contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire

Section 3 : Contrat de mission

Sous-section 1 : Formation et exécution du contrat

Paragraphe 5 : Conditions de travail.

Article L1251-21

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.

Pour l'application de ces dispositions, les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement ce qui a trait :

- 1° A la durée du travail ;
- 2° Au travail de nuit ;
- 3° Au repos hebdomadaire et aux jours fériés ;
- 4° A la santé et la sécurité au travail ;
- 5° Au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs.

Article L1251-22

Les obligations relatives à la médecine du travail sont à la charge de l'entreprise de travail temporaire.

Sauf lorsque cette dernière relève du régime agricole, le suivi médical des salariés est assuré par des services de santé au travail faisant l'objet d'un agrément spécifique.

Lorsque l'activité exercée par le salarié temporaire nécessite une surveillance médicale renforcée au sens de la réglementation relative à la santé au travail, les obligations correspondantes sont à la charge de l'entreprise utilisatrice.

Article L1251-23

Les équipements de protection individuelle sont fournis par l'entreprise utilisatrice.

Toutefois, certains équipements de protection individuelle personnalisés, définis par convention ou accord collectif de travail, peuvent être fournis par l'entreprise de travail temporaire.

Les salariés temporaires ne doivent pas supporter la charge financière des équipements de protection individuelle.

Article L1251-24

Les salariés temporaires ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration, dont peuvent bénéficier ces salariés.

Lorsque des dépenses supplémentaires incombent au comité d'entreprise, celles-ci lui sont remboursées suivant des modalités définies au contrat de mise à disposition.

CODE PENAL

Partie législative

LIVRE Ier : Dispositions générales.

TITRE III : Des peines.

CHAPITRE Ier : De la nature des peines.

Section 2 : Des peines applicables aux personnes morales.

Sous-section 1 : Des peines criminelles et correctionnelles.

Article 131-37

Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont :

1° L'amende ;

2° Dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39.

En matière correctionnelle, les personnes morales encourent également la peine de sanction-réparation prévue par l'article 131-39-1.

Article 131-38

Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.

Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 Euros.

Article 131-39

Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;

7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;

8° La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ;

9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;

10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;

11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;

La peine complémentaire de confiscation est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel.

Article 131-39-1

En matière délictuelle, la juridiction peut prononcer à la place ou en même temps que l'amende encourue par la personne morale la peine de sanction-réparation selon les modalités prévues par l'article 131-8-1.

Dans ce cas, la juridiction fixe le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder ni 75 000 Euros ni l'amende encourue par la personne morale pour le délit considéré, dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie dans les conditions prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation.

CODE DE LA SECURITE SOCIALE :**Article L.412-3 du Code de la Sécurité sociale :**

Pour l'application aux entreprises de travail temporaire des dispositions de l'article L. 242-7, il est tenu compte des mesures de prévention ou de soins et des risques exceptionnels qui caractérisent les entreprises utilisatrices recourant aux services desdites entreprises de travail temporaire.

Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à une action en remboursement de l'entreprise de travail temporaire contre l'entreprise utilisatrice, ou, inversement, de celle-ci contre l'entreprise de travail temporaire, en cas d'imposition d'une cotisation supplémentaire ou d'octroi d'une ristourne.

Article L.412-4 du Code de la Sécurité sociale :

Sans préjudice des obligations qui lui incombent à l'égard de son employeur en exécution des dispositions de l'article L. 441-1, la victime d'un accident du travail doit en informer ou en faire informer l'utilisateur.

L'utilisateur doit déclarer à l'entreprise de travail temporaire tout accident dont il a eu connaissance et dont a été victime un salarié mis à sa disposition par cette entreprise.

Pour l'application de la présente section, est considéré comme lieu de travail au sens de l'article L. 411-2, tant le ou les lieux où s'effectue la mission que le siège de l'entreprise de travail temporaire.

Article L.412-5 du Code de la Sécurité sociale :

Le recours ouvert, par le deuxième alinéa de l'article L. 471-1 du présent code, à la caisse primaire d'assurance maladie peut également être dirigé contre l'utilisateur dans le cas où ce dernier a contrevenu à l'obligation mise à sa charge par le deuxième alinéa de l'article L. 412-4.

Article L.412-6 du Code de la Sécurité sociale :

Pour l'application des articles L. 452-1 à L. 452-4, l'utilisateur, le chef de l'entreprise utilisatrice ou ceux qu'ils se sont substitués dans la direction sont regardés comme substitués dans la direction, au sens desdits articles, à l'employeur. Ce dernier demeure tenu des obligations prévues audit article sans préjudice de l'action en remboursement qu'il peut exercer contre l'auteur de la faute inexcusable.

Article L.412-7 du Code de la Sécurité sociale :

Pour l'application de l'article L. 452-5 lorsque l'accident du travail a eu pour cause une faute intentionnelle de l'utilisateur, du chef de l'entreprise utilisatrice ou de l'un de leurs préposés, ceux-ci sont substitués à l'employeur ou aux préposés de celui-ci.

En complément de cette synthèse, six arrêts pertinents ont été retenus :

1. C. Cass Soc. 18 mai 2011 - N° de pourvoi 09-69175

Selon l'article L. 8241-1 du code du travail, toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. Et selon l'article L. 8231-1 du même code, 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 ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail est interdit.

Doit en conséquence être censuré l'arrêt qui, pour rejeter la demande du salarié de paiement d'un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires effectuées et d'une indemnité au titre du travail dissimulé, retient que la rémunération du salarié était refacturée au centime près et qu'il n'est pas fondé à soutenir que sa mise à disposition l'a privé du bénéfice d'une convention collective qui lui aurait ouvert droit à une meilleure rémunération au travers du paiement d'heures supplémentaires, alors qu'il ressortait de ses constatations, d'une part que la société bénéficiaire du prêt de main-d'œuvre ne supportait aucun frais de gestion du personnel hors la rémunération du salarié, **ce qui représentait une économie de charges établissant le caractère lucratif de l'opération**, et, d'autre part, que la convention collective des sociétés financières, qui était applicable au salarié conformément à l'article L. 8241-2 du code du travail, ne prévoyait pas le recours aux conventions de forfait-jours, le salarié ayant ainsi subi un préjudice du fait du non-paiement des heures supplémentaires effectuées, ce qui établit le marchandage.

2 C.Cass, Soc. 29 octobre 2008 - N° de pourvoi: 07-42379 Fédération nationale des Infirmiers (FNI)

En l'espèce, le préjudice subi par la requérante est constitué par le licenciement dont elle a fait l'objet par son employeur (La société SPS) pour le comportement adopté lors de sa mise à disposition au sein de la FNI: insuffisance professionnelle, dénigrement des supérieurs hiérarchiques, retards répétés, absence injustifiée.

Il est intéressant de noter que la requérante soulevait le moyen du prêt de main d'œuvre illicite car elle avait été engagée par la Sté SPS en *contrat d'initiative emploi* dans le cadre duquel l'employeur a bénéficié de la perception d'aides diverses, que le fait de facturer à prix coûtant le salaire de la requérante, ne couvrait pas une partie du coût de l'emploi de cette salariée supportée par les aides et constituait à ce titre un but lucratif.

La Cour rejette ce moyen : la société ayant recouru au prêt de main d'œuvre qui justifie facturer à l'employeur 3/8ème du salaire de l'employé mis à disposition à 3/8ème de temps, sans en retirer de profit, n'entre pas dans le champ des interdictions légales (l'opération ne revêt pas un caractère lucratif)...

3 C.Cass, Crim. 29 septembre 2009. N° de pourvoi: 08-82691

La société qui met à disposition auprès d'une autre société un salarié, après l'avoir recruté et embauché mais qui laisse l'entreprise utilisatrice donner la majorité des instructions et consignes (faisant preuve d'un interventionnisme général) et se comporter en véritable employeur, dissimule une opération illicite de prêt de main d'œuvre à titre lucratif.

En effet, cette opération précarise la situation du salarié [n'ayant pu faire valoir pendant cette période de mise à disposition les légitimes revendications qui auraient été siennes pour améliorer sa situation en terme d'horaires, de salaire, de primes, de participation à la vie de l'entreprise, etc] et « *a pour effet et non pour but de [lui] causer un préjudice* ».

⇒ Les juges introduisent ici une nuance jurisprudentielle sur lien de cause à effet de l'opération de prêt de main d'œuvre sur la situation du salarié, l'opération ne doit pas rechercher à précariser cette dernière, mais indépendamment du montage contractuel, la situation du salarié doit être affectée par cette opération. Cela renforce la position du juge qui précise que *la volonté de l'employeur de causer un préjudice au salarié est indifférente à caractériser les infractions** de marchandage et de prêt de main d'œuvre illicite (C.Cass, Soc. 8 avril 2009 n°07-41847).

* « *L'imprécision actuelle des articles L. 8231-1 et L. 8241-1 du code du travail, qui aboutit à une confusion dans la définition des infractions constituant le prêt de main-d'œuvre illicite et le délit de marchandage. Le prêt de main-d'œuvre illicite est actuellement défini comme étant toute opération à but lucratif ayant pour seul objet le prêt de salarié. Le délit de marchandage est actuellement défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour conséquence de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluider l'application de dispositions légales ou conventionnelles.* » JOAN, Q. n°547 –Mme Laure de la Raudière.

4 C.Cass, Crim, 8 juin 2010. n°07-87289 (cas avec une société étrangère): un but lucratif + la question de la transmission d'un savoir-faire

Une société de droit allemand –qui n'est pas une entreprise de travail temporaire- a mis à disposition d'une entreprise française du personnel via un contrat dit de « collaboration ». Cette dernière entreprise française (X) a elle-même mis à disposition ce personnel auprès d'une tierce entreprise.

D'une part, la société X qui –dont le représentant reconnaît que le recours à cette main d'œuvre permet de disposer d'un volant supplémentaire de personnel dont le recrutement local s'avère difficile dans leur spécialité- déduit des sommes versées à la société allemande 15% des prestations facturées à la tierce entreprise et ne supportait pas les charges sociales afférentes à l'emploi de personnel salariés effectue un prêt de main d'œuvre à but lucratif, illicite.

D'autre part, la société X se rend coupable de prêt de main d'œuvre illicite dès lors que ledit contrat de collaboration portait exclusivement sur un prêt de main d'œuvre alors même que les contractants exerçaient la même activité de sorte que l'entreprise utilisatrice (société X) ne pouvait faire état de la « *transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse* ».

5 C.Cass, Crim, 24 novembre 2009. n°09-82471 : La Direction départementale du travail exerce son droit d'action

Une société conclut titre onéreux un contrat de sous-traitance avec une autre entreprise ayant le même savoir-faire. Toutefois, les salariés de la société prêteuse étaient encadrés par la société utilisatrice qui fournissait également le matériel et les matériaux.

Pour condamner la société prêteuse au titre des dispositions prohibant le prêt de main d'œuvre à but lucratif, les juges retiennent que le caractère forfaitaire de la rémunération de la société prêteuse n'apparaît pas comme décisif, dès lors que l'intérêt financier de l'opération résultait du faible coût de la main d'œuvre fournie compte tenu du fait que les contractants avaient pu apprécier lors d'une précédente opération (intérim) le coût des charges pour le nombre d'heures de travail correspondant à la tâche sous-traitée.

6 Pour l'opportunité flagrante, C.Cass, Soc. 1 avril 2003 - n° de pourvoi: 02-14680 - La Croix Rouge Française

L'opération par laquelle La Croix Rouge Française –association reconnue d'utilité publique – met à disposition des employés au sein du syndicat inter-hospitalier du centre hospitalier qu'elle gère, ne tombe pas sous le coup des interdictions légales, dès lors que :

- son statut est incompatible avec la recherche de bénéfices et ne tend pas à l'obtention d'un gain,
- l'opération poursuivait un but d'économie des dépenses publiques de santé, et de rationalisation des moyens de fonctionnement des services hospitaliers du site (pérenniser les activités)
- le rapport contractuel de droit privé liant les salariés mis à disposition à la Croix Rouge est maintenu.

Ont participé à la rédaction de ce document sous la direction de

**Marc PETITJEAN (BEC) Responsable du Groupe Juridique de la
FÉDÉRATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS :**

- Isabelle **BUREAU** (DEGREMONT)
- Rebecca **CHARLES**
- Philippe **FOURET** (SEFI INTRAFOR)
- Sabrina **GAVOIS** (SPIE BATIGNOLLES)
- Jean-François **GOHIER** (GROUPE NGE)
- Anita **ROUL** (CHARIER)
- Valérie **BAILLAT** (FNTP)
- Nathalie **COUDERETTE** (FNTP)

Toute utilisation, totale ou partielle de cette publication, à des fins autres qu'un usage privé, est interdite sans l'autorisation expresse et préalable de la FNTP. Toute utilisation autorisée de cette publication devra mentionner sa source.