

# Mise à disposition de personnel intra-groupe : attention aux délits de prêt illicite de main d'oeuvre et de marchandage

Dans un arrêt du 18 mai 2011 (Cass.soc., n° 09-69.175), la Cour de Cassation apporte des précisions quant à la notion de prêt de main d'œuvre illicite dans le cadre d'une mise à disposition de personnel par une maison-mère à une de ses filiales.

## La mise à disposition de personnel peut exposer à deux délits : le prêt illicite de main d'œuvre et le marchandage

### Le prêt illicite de main d'œuvre

L'article L.8241-1 du code du travail dispose : « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite.* »

Ces dispositions ne sont pas applicables aux entreprises de travail temporaire, de portage salarial, aux entreprises de travail à temps partagé, aux agences de mannequins ou aux associations sportives.

Dès lors, « *Les opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif sont autorisées.* » (Article L.8241-2).

En cas d'infraction à ces dispositions, les employeurs s'exposent à une amende de 30.000 euros et à une peine de prison de deux ans. Le tribunal peut rajouter à ces sanctions l'interdiction de sous-traiter toute main d'œuvre pour une durée de 2 à 10 ans. (Article L.8243-1).

S'agissant des personnes morales, l'amende maximale est fixée, conformément aux dispositions de l'article 131-38 du code pénal, à cinq fois l'amende évoquée ci-dessus.

### Le marchandage

L'article L.8231-1 du code du travail définit le marchandage comme étant « *toute opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif.* »

Ce marchandage, constitutif d'un délit, est interdit.

Le prêt de main d'œuvre doit être distingué d'un contrat de prestations de services à but lucratif qui est parfaitement licite. En tel cas, il convient cependant d'être particulièrement vigilant sur le lien de subordination : en aucun cas, les salariés du prestataire ne doivent être placés sous l'autorité de l'entreprise utilisatrice. Celle-ci ne devra jamais, sous peine de s'exposer au délit de prêt illicite de main-d'œuvre, se comporter comme l'employeur et exercer le lien de subordination caractéristique du contrat de travail.

Les délits de prêt illicite de main d'œuvre et de marchandage sont caractérisés par la notion de but lucratif. Cette notion est susceptible d'interprétation et diverses décisions de la Cour de Cassation sont intervenues pour en préciser le contour.

Dans son arrêt du 18 mai 2011, la chambre sociale apporte un éclairage supplémentaire de cette notion.

## **L'arrêt du 18 mai 2011 : prêt illicite de main d'œuvre et marchandage pour une maison-mère et sa filiale**

Dans le cas d'espèce, les salariés avaient été engagés par la maison-mère pour être mis à disposition d'une filiale. Les salaires étaient versés par la maison-mère employeur qui refacturait à sa filiale les salaires et les charges sociales correspondantes. Les salariés bénéficiaient des dispositions de la convention collective de la maison-mère.

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation rappelle que l'interdiction de prêt de personnel à but lucratif posée par l'article L.8241-1 vise aussi bien l'entreprise employeur que l'entreprise utilisatrice. Aucune ne doit tirer un quelconque bénéfice ou avantage financier lors d'une mise à disposition de personnel.

La chambre sociale précise que « **le caractère lucratif de l'opération peut résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés** » à l'entreprise utilisatrice. Ce principe rappelé, elle constatait que la filiale n'avait supporté aucun frais de gestion de personnel, hormis le strict remboursement du salaire et des charges sociales, ce qui relevait en conséquence du prêt illicite de main-d'œuvre.

L'énoncé de la définition du but lucratif tel qu'il a été précisé par la chambre sociale doit attirer l'attention des entreprises sur les deux critères retenus.

Nous relèverons que ces deux critères semblent cumulatifs. Par ailleurs, il apparaît que la Cour de Cassation entend l'économie de charges dans un sens très large.

Dès lors, il nous semble que se contenter de facturer les coûts de gestion pourrait fort bien ne pas suffire dans l'avenir, même si, dans le cas d'espèce, cette facturation des coûts n'était pas faite. La facturation des coûts de gestion est donc indispensable, mais elle ne nous paraît pas suffisante.

Dès lors que le caractère lucratif de l'opération est avéré si l'entreprise utilisatrice bénéficie d'une économie de charges, il conviendra de s'assurer que la mise à disposition de personnel ne lui procure aucun bénéfice (on

pourrait citer à ce titre des économies en termes de financement du comité d'entreprise, de coût de la protection sociale, etc.).

Ceci en s'assurant que l'entreprise qui met à disposition le personnel ne fasse pas non plus de bénéfice ; respecter les deux obligations pourra être difficile en pratique quand les deux entreprises ont des tailles différentes ou relèvent de secteurs d'activité distincts (1 holding et 1 industrie par exemple) et ont de ce fait des charges et obligations sociales fort différentes.

Le premier critère énoncé par la chambre sociale nous laisse une inquiétude. L'accroissement de la flexibilité dans la gestion du personnel pourrait-il constituer à lui seul le caractère lucratif d'une opération de mise à disposition de personnel ? L'avenir nous le dira.

Quelle pourra être la position des tribunaux lorsqu'une entreprise devra procéder au licenciement économique de personnels dont la mise à disposition a été interrompue par l'entreprise utilisatrice ? Cette dernière a nécessairement fait des économies en évitant la charge des ruptures de contrat. Comment l'entreprise mettant à disposition le personnel pourrait-elle imputer ces coûts ? Elle reste juridiquement l'employeur et, à ce titre, la cessation de la mise à disposition ne peut constituer à elle-seule un motif de rupture.

Des contentieux peuvent aisément naître à cette occasion. Des salariés mis à disposition pourraient ainsi voir constater le marchandage s'ils ne pouvaient bénéficier d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi du seul fait de leur rattachement administratif à une entité gestionnaire alors qu'ils ont exercé leurs fonctions pendant toute la durée de leur contrat de travail au sein de l'entité utilisatrice.

Il convient de rappeler que la notion de co-employeur tend également à se développer lors de contentieux sociaux dans des sociétés appartenant à un groupe.

Au titre de ce risque du prêt illicite de main d'œuvre, nous pouvons considérer que les risques majeurs pèsent sur les entreprises qui envisagent la mise à disposition de personnel sur un long terme, et qui la pratiquent comme mode de gestion du personnel, recruté spécifiquement pour être mis à disposition d'une autre entité, et ce même s'il s'agit d'une gestion intra-groupe.

Ce type de mise à disposition de longue durée, au profit d'une seule entité, a de surcroît de fortes chances de faire apparaître, comme dans le cas d'espèce, un second délit : le marchandage.

Comme évoqué, celui-ci est constitué dès lors que l'opération a pour **effet** de causer un préjudice au salarié ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'un accord collectif.

La complexité et la diversité des dispositions légales applicables aux salariés comme aux employeurs au regard de la législation du travail et de la protection sociale font que ce délit peut très facilement être constaté.

Il suffit d'évoquer les différences majeures pouvant exister entre deux conventions collectives, entre les avantages dont peuvent bénéficier les salariés d'une grande entreprise et ceux d'une Très Petite Entreprise,

ou entre deux entreprises relevant de secteurs d'activité et de conventions collectives très différentes.

Dans le cas d'espèce, le salarié avait contesté l'application du forfait-jours qui lui avait été faite alors que la convention collective de l'entreprise utilisatrice n'autorisait pas cette gestion de la durée du travail. La Cour de Cassation lui a donné raison et constaté le marchandage du fait de ce préjudice, effet de la mise à disposition.

## **Conséquences pratiques pour les groupes**

Nous ne pouvons que vivement recommander de n'avoir recours à la mise à disposition de personnel que dans des circonstances particulières le justifiant, et pour la durée de la mission correspondante. En tel cas, et sous réserve de refacturer l'intégralité des coûts et notamment ceux représentatifs de la gestion du personnel, les délits de prêt illicite ou de marchandage ne pourraient être évoqués, du fait de l'absence de tout caractère lucratif.

Pour des missions qui nécessiteraient une longue durée, il est impératif de s'assurer que l'opération envisagée ne sera pas susceptible de créer un quelconque préjudice au salarié. Il conviendra notamment de comparer les statuts collectifs applicables au sein des entités employeur et utilisatrice.

**Soulier Avocats** est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, nous vous invitons à consulter notre site internet : [www.soulier-avocats.com](http://www.soulier-avocats.com).

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.