

# Le prêt de main d'oeuvre

Formation CFE CGC – 13 octobre 2020

# Notion de prêt de main d'oeuvre

---

- ▶ Le prêt de main-d'oeuvre consiste à mettre à disposition d'une entreprise, souvent appelée « entreprise utilisatrice » ou « entreprise d'accueil », du personnel dont la gestion relève d'une autre entreprise.
- ▶ La sous-traitance (ou la prestation de main-d'oeuvre) consiste quant à elle le plus souvent à confier, *via* un contrat de sous-traitance ou encore un contrat de prestation de service, à une entreprise spécialisée, la prise en charge totale ou partielle d'une activité déterminée, sous sa propre responsabilité et avec le concours de son propre personnel.
- ▶ En réalité, les termes de prêt de main-d'oeuvre ou de sous-traitance (ou de prestation de main-d'oeuvre) sont souvent utilisés pour désigner des situations de faits (ou de droit), telles que la mise à disposition, le détachement, le détachement transnational, le transfert de personnel, l'externalisation ou le portage, et qui sont toutes, en réalité, des mécanismes d'intermédiation reposant sur une relation triangulaire de travail.

# Cadre légal du prêt de main-d'oeuvre et de la sous-traitance

---

- ▶ Le principe posé par l'article [L. 8241-1](#) du code du travail est l'interdiction de « toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre ».
- ▶ Mais il existe aujourd'hui de nombreuses dérogations :
  - ▶ il en est notamment ainsi pour les entreprises de travail temporaire (intérim), les entreprises de travail à temps partagé, les agences de mannequins et les associations ou sociétés sportives ou encore les organisations syndicales ou patronales.

# Cadre légal du prêt de main-d'oeuvre et de la sous-traitance

---

- ▶ La sous-traitance (ou la prestation de services), quant à elle, peut être envisagée, avec prudence, comme une opération à but lucratif de prêt de main-d'oeuvre autorisée, à condition toutefois que celle-ci n'ait pas pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre, sous peine d'être qualifiée de « fausse sous-traitance », et donc d'opération de prêt de main-d'oeuvre illicite.

- 
- ▶ l'article [L. 8241-2](#) du code du travail précise quant à lui que « les opérations de prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif sont autorisées ». Une opération de prêt de main-d'oeuvre est considérée comme ne poursuivant pas un 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 (C. trav., art. [L. 8241-1](#) et s.).

- 
- ▶ Certaines opérations de prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif sont d'ailleurs expressément encadrées par la loi telle que par exemple le prêt de main-d'oeuvre dans le cadre des groupements d'employeurs ou de dispositifs relevant de la politique de l'emploi afin de faciliter l'insertion par l'activité économique de personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières.
  - ▶ Par ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, est considérée comme un prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif et donc est autorisée, la mise à disposition de salariés par une entreprise d'au moins 5 000 salariés qui sous facture l'opération, mais à certaines conditions.
  - ▶ Il convient de rappeler que, lorsqu'il est constitué, le prêt de main-d'oeuvre illicite, ou le délit de marchandage, reste sévèrement sanctionné, pénalement, civilement et administrativement.

	Opérations de prêt de main-d'oeuvre licites	Opérations de prêt de main-d'oeuvre illicites
Opération de fourniture de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Travail temporaire</li> <li>-Travail à temps partagé</li> <li>-Contrat de sous-traitance ou de prestation de service (main-d'oeuvre + matériel)</li> <li>-Portage salarial</li> <li>- Prêt de main-d'oeuvre dans les agences de mannequins, associations ou sociétés sportives, organisations syndicales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Marchandage (◆ C. trav., art. L. 8231-1)</li> <li>- Prêt de main-d'oeuvre à but exclusif hors travail temporaire et hors travail à temps partagé (◆ C. trav., art. L. 8231-1 et L. 8241-1)</li> <li>- Fausse sous-traitance</li> </ul>
Opération de fourniture de prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif (ou assimilé à un but non lucratif)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Groupements d'employeurs</li> <li>- Associations intermédiaires</li> <li>- Entreprises de travail temporaire d'insertion ETTI</li> <li>- Mise à disposition de salariés entre des entreprises distinctes ou entreprises d'un même groupe, sans profit pour le prêteur dans le cadre de l'article L. 8241-2 du code du travail;</li> <li>⌚ Prêt de main-d'oeuvre sous-facturé entre une entreprise de plus de 5 000 salariés et une PME ou start-up ou association d'utilité publique (◆ C. trav., art. L. 8241-3)</li> </ul>	

# Le prêt de main-d'oeuvre exclusif

---

## ▶ Le travail temporaire

### ▶ Entreprises de travail temporaire

- ▶ En vertu de l'article [L. 8241-1](#), 1° du code du travail, une opération à but lucratif ayant pour objet le prêt de main-d'oeuvre est autorisée lorsqu'elle est effectuée dans le cadre des dispositions du même code relatives au travail temporaire (appelé également « intérim »).
- ▶ L'entreprise de travail temporaire est donc strictement réglementée et les droits des travailleurs temporaires sont clairement définis, ce qui assure en principe aux salariés des garanties.
- ▶ **C. trav., art. [L. 1251-1](#) et s.**
- ▶ Le recours massif à l'intérim, source de profit pour la société intérimaire comme pour la société utilisatrice peut constituer le délit de prêt de main-d'oeuvre illicite si les intérimaires occupent des postes correspondant à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice ([Cass. crim., 13 nov. 2012, n° 10-80.862, n° 6773 F - P + B](#)).
- ▶ Les éléments tant matériels qu'intentionnels du prêt de main-d'oeuvre illicite sont caractérisés :
  - en cas de recours de manière systématique, massif et durable à des salariés intérimaires mis à la disposition de l'entreprise utilisatrice par des entreprises de travail temporaire créées à cet effet, dans l'objectif de s'assurer de la disponibilité d'une main-d'oeuvre en éludant les charges sociales et financières qu'aurait représenté son emploi par l'entreprise utilisatrice elle-même ;
  - et lorsque cette pratique litigieuse n'a pu être dictée par une croissance exceptionnelle de l'activité de cette entreprise et a été pour elle source de profit ([Cass. crim., 10 mai 2016, n° 14-88.194](#)).

# Le prêt de main-d'oeuvre exclusif

---

## ▶ Le travail à temps partagé

### ▶ Cadre juridique du travail à temps partagé

- ▶ Créé par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, le travail à temps partagé est une forme de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif autorisée (C. trav., art. [L. 1252-1](#) à L. 1252-13).
- ▶ A l'instar de l'intérim, le travail à temps partagé permet également aux entreprises de faire face à ses besoins de personnel sans pour autant recruter elle-même. Cette possibilité reste toutefois limitée aux entreprises dont la taille ou les moyens ne leur permettent pas de recruter elles-mêmes le personnel qualifié dont elles ont besoin.
- ▶ A ce jour, les décrets d'application n'ont toujours pas été publiés.

# Le prêt de main-d'oeuvre exclusif

---

- ▶ **Définition et finalités de l'entreprise de travail à temps partagé (ETTP)**
  - ▶ Le recours au travail à temps partagé a pour objet la mise à disposition d'un salarié, par une entreprise de travail à temps partagé, au bénéfice d'un client utilisateur, pour l'exécution d'une mission.
  - ▶ C. trav., art. [L. 1252-1](#)
  - ▶ Peut-être ainsi considérée comme un entrepreneur de travail à temps partagé, toute personne, physique ou morale, dont l'activité exclusive consiste à mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes, en raison de leur taille ou de leurs moyens (C. trav., art. [L. 1252-2](#)).
  - ▶ Outre cette activité de mise à disposition de salariés, l'article [L. 1252-12](#) du code du travail précise que l'entreprise de travail à temps partagé peut apporter, à ses seules entreprises clientes toutefois, des conseils en matière de gestion des compétences et de la formation.
  - ▶ La loi précise également que l'activité de travail à temps partagé peut être exercée par les entreprises de travail temporaire.
  - ▶ C. trav., art. [L. 1251-3](#)

# Le prêt de main-d'oeuvre exclusif

---

## ▶ Garantie financière

- ▶ L'entreprise de travail à temps partagé est tenue, à tout moment, de justifier d'une garantie financière assurant, en cas de défaillance de sa part, le paiement des salaires et leurs accessoires et des cotisations obligatoires dues aux organismes de sécurité sociale ou aux institutions sociales.
- ▶ C. trav., art. [L. 1252-13](#)

---

## ▶ **Les motifs de recours au travail à temps partagé**

- ▶ Contrairement au travail temporaire, il n'est pas nécessaire de faire état d'un motif précis de recours. La validité du recours au travail à temps partagé suppose toutefois « un besoin de personnel qualifié » de l'entreprise utilisatrice. Cette notion de « personnel qualifié » n'est pas définie par la loi. Les débats parlementaires font expressément référence aux ingénieurs, aux spécialistes des ressources humaines ou encore du marketing, sans plus de précisions (Compte rendu de l'Assemblée nationale du 6 juillet 2005, 2<sup>e</sup> séance).
- ▶ La possibilité de recourir au travail à temps partagé suppose également que l'entreprise utilisatrice ne puisse recruter elle-même, en raison de sa « taille » ou de ses « moyens », le personnel qualifié dont elle a besoin. Aucune définition n'est là encore donnée quant à la taille ou les moyens auxquels il est fait référence.
- ▶ En pratique, le travail à temps partagé s'adresse aux PME/TPE/PMI ayant des besoins récurrents en compétences et ne pouvant les recruter elles-mêmes en raison de leur taille, de leurs moyens ou d'une charge de travail suffisante, ou à des entreprises à la recherche de compétences à haute valeur ajoutée pour une mission temporaire et ne relevant pas de leur domaine de compétence.

---

▶ **Conclusion d'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail à temps partagé et l'entreprise utilisatrice**

- ▶ L'entreprise qui souhaite qu'une entreprise de travail à temps partagé mette à sa disposition un ou plusieurs salariés, doit signer, avec cette dernière, un contrat dit « contrat de mise à disposition ». Ce contrat doit ainsi être signé, pour chaque mise à disposition individuelle de salarié, entre l'entreprise de travail à temps partagé et l'entreprise cliente.
- ▶ Les dispositions contractuelles doivent préciser :
  - le contenu de la mission ;
  - la durée estimée de la mission ;
  - la qualification professionnelle du salarié ;
  - les caractéristiques particulières du poste de travail ou des fonctions occupées ;
  - le montant de la rémunération et ses différentes composantes.
- ▶ **C. trav., art. [L. 1252-10](#)**

- 
- ▶ **Conclusion d'un contrat de travail entre l'entreprise de travail à temps partagé et le salarié qualifié**
    - ▶ Un contrat de travail, dit « contrat de travail à temps partagé », est également signé entre le salarié mis à disposition et l'entreprise de travail à temps partagé (C. trav., art. [L. 1252-1](#), 1°). Ce contrat de travail est réputé être à durée indéterminée (C. trav., art. [L. 1252-4](#)).

---

## ▶ Rémunération du salarié

- ▶ La rémunération versée au salarié mis à disposition ne peut être inférieure à celle d'un salarié de niveau de qualification professionnelle identique ou équivalent occupant le même poste ou les mêmes fonctions dans l'entreprise cliente.
- ▶ C. trav., art. [L. 1252-6](#)
- ▶ Cette rémunération est assurée par l'entreprise de travail à temps partagé qui se fait rembourser par l'entreprise cliente le montant de la rémunération, les charges afférentes, et une commission correspondant au coût de la mise à disposition.

---

## ▶ Le prêt de mannequins

- ▶ **Licéité du prêt de main-d'oeuvre dans le cadre du mannequinat**
- ▶ L'article [L. 8241-1](#) du code du travail exclut expressément des opérations de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif interdites, dans son 2°, l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ainsi que les associations ou sociétés sportives.

---

## ▶ **Le prêt de sportifs**

- ▶ **Licéité du prêt de main-d'oeuvre dans le cadre des associations ou sociétés sportives**
- ▶ Le code du sport permet également, sous certaines conditions, qu'un salarié d'une association ou d'une société sportive soit mis à disposition, mais uniquement auprès de la fédération sportive délégataire à laquelle ces associations ou sociétés sont affiliées, pour intégrer une équipe de France.

- 
- ▶ **La mise à disposition de salariés auprès d'un syndicat**
  - ▶ **Licéité du prêt de main-d'oeuvre pour les organisations syndicales**
    - ▶ Avec son accord exprès, et dans les conditions prévues à l'article [L. 2135-8](#) du code du travail, un salarié peut être mis à disposition d'une organisation syndicale ou d'une association d'employeurs mentionnée à l'article [L. 2231-1](#) du même code.
    - ▶ C. trav., art. [L. 7123-13](#)
    - ▶ Pendant cette mise à disposition, les obligations de l'employeur à l'égard du salarié sont maintenues.
    - ▶ Le salarié, à l'expiration de sa mise à disposition, retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente.
    - ▶ Dans un souci de cohérence, l'article [L. 8241-1](#) du code du travail, dans son nouveau 3°, exclut désormais expressément la mise à disposition de salariés auprès d'une organisation syndicale ou association d'employeurs représentative des opérations de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif prohibées.

# LA SOUS-TRAITANCE OU LA PRESTATION DE SERVICES

---

## ▶ Définition de la sous-traitance et de la prestation de services

- ▶ Le code du travail ne définit pas la sous-traitance (et la prestation de services) mais des dispositions éparses traitent des obligations du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage à l'égard des salariés du sous-traitant (ou du cocontractant).
- ▶ *l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 75-1 334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance définit la sous-traitance comme une « opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».*
- ▶ L'opération de sous-traitance ou de prestation de services consiste le plus souvent à confier, via un contrat de sous-traitance ou de prestation de service, à une entreprise en principe spécialisée, la prise en charge totale ou partielle d'une activité déterminée, sous sa propre responsabilité et avec le concours de son propre personnel.

---

## ▶ **Formes principales de la sous-traitance ou de la prestation de services**

- ▶ La sous-traitance ou la prestation de services peut prendre deux formes principales selon que le travail confié est exécuté, en dehors de l'entreprise maître d'ouvrage ou donneur d'ordre, par un sous-traitant ou un cocontractant qui a son propre personnel, ou selon que la prestation ou les travaux commandés le sont par une entreprise qui intervient, toujours avec son propre personnel, au sein même des locaux de l'entreprise maître d'ouvrage ou donneur d'ordre.
- ▶ Parce que la sous-traitance et la prestation de services sont le plus souvent perçues comme un moyen d'optimisation des coûts et/ou un outil de flexibilité, elles font l'objet d'une attention toute particulière de la part des organismes de contrôle de travail illicite, surtout lorsque les travaux ou prestations sont assurés par le personnel du sous-traitant ou du cocontractant sur le site même de l'entreprise utilisatrice.

---

## ▶ Critères de licéité de la sous-traitance ou de la prestation de services

- ▶ Il résulte de la jurisprudence que plusieurs critères doivent être réunis pour que l'opération de sous-traitance ou de prestation de services soit licite et ne dissimule pas, en réalité, une opération exclusive de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif. L'énumération de ces critères a été rappelée par une réponse ministérielle du ministère de l'emploi et de la solidarité en date du 20 mars 2000.
- ▶ [Rép. min. n° 29546 : JOAN Q, 20 mars 2000, p. 1834](#)
- ▶ Ainsi, l'exercice à but lucratif d'une activité de sous-traitance ou de prestation de services sera considéré comme licite, lorsque les conditions suivantes sont réunies :
  - l'élaboration d'un contrat commercial ayant pour objet l'exécution d'une tâche nettement définie que le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ne veut ou ne peut pas accomplir lui-même avec son personnel, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique ;

- 
- la « rémunération » du sous-traitant ou du prestataire doit être fixée au départ forfaitairement en fonction de l'importance objective des travaux ou de la mission à réaliser sans tenir compte du nombre de salariés utilisés et du nombre d'heures qui seront effectuées, le risque de l'opération devant être assuré par le sous-traitant ou le prestataire de services ;
  - le sous-traitant ou le prestataire de services doit être le seul employeur du personnel utilisé, géré et rémunéré par lui, qu'il encadre et dirige dans l'accomplissement de sa tâche et qui demeure soumis à sa seule autorité : le personnel du sous-traitant ou du prestataire de services ne doit pas être intégré de fait chez le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage ;
  - enfin, même s'il est admis, dans certains cas, la possibilité pour le personnel du sous-traitant ou du prestataire d'employer le matériel de l'entreprise utilisatrice, les moyens matériels nécessaires à l'exécution des travaux doivent être fournis par le sous-traitant ou le prestataire à ses salariés.

- 
- ▶ *ne constitue pas une opération illicite de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif, l'opération par laquelle un salarié, qui détient une compétence particulière en matière d'exploitation de réseau informatique, est mis à la disposition auprès d'une société pour y apporter son savoir-faire d'une technicité spécifique dans le cadre d'une prestation de services selon un tarif forfaitaire et journalier, dès lors que son employeur définit son affectation par des fiches de mission, procède à des entretiens d'évaluation et de performance, contrôle le temps de travail déclaré par le salarié et assure le remboursement de ses frais ainsi que la gestion de ses absences et de ses formations*
  - ▶ ( Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 15-17.873 ).

- 
- ▶ **Existence d'une prestation de services ou d'ouvrage spécifique, précisément définie**
  - ▶ Le premier indice retenu par le juge est évidemment celui tiré de la nature du service rendu par la société prestataire ou des travaux réalisés par le sous-traitant.
  - ▶ L'opération est licite si l'entreprise qui fournit la main-d'oeuvre doit, en fait, réaliser un travail déterminé, nécessitant une expertise spécifique ou un savoir faire particulier qui ne se retrouve pas au sein de l'entreprise bénéficiaire.
  - ▶ Il faut que les travaux ou la mission confiés à l'entreprise sous-traitante ou prestataire ne relèvent pas du domaine d'activité du donneur d'ordre. La tâche confiée au sous-traitant ou au prestataire doit donc avoir des contours précis et doit pouvoir être clairement distinguée de celle qu'exécute l'entreprise principale. Tel est le cas par exemple :
    - lorsque l'activité sous-traitée est effectuée par une entreprise sous-traitante très spécialisée et que cette activité n'est pas essentielle pour l'entreprise donneuse d'ordre ([Cass. crim., 19 mars 1985, n° 84-90.417 : Bull. crim., n° 117](#)) ;

- 
- lorsque l'activité sous-traitée n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en oeuvre d'une technique qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse (Cass. soc., 9 juin 1993, n° 91-40.222, n° 2416 P : Bull. civ. V, n° 164) ;
  - lorsqu'il s'agit de recourir à du personnel qui effectue une mission de surveillance et de protection exigeant une compétence et une formation particulières qui ne peut être confiée à un salarié de l'entreprise utilisatrice (Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-41.156) ;
  - lorsque le salarié est mis à disposition pour y apporter un savoir-faire d'une technicité spécifique dans le cadre d'une prestation forfaitaire (Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 11-24.342).

---

## ▶ Rémunération forfaitaire des travaux

- ▶ Le prix de la prestation ou des travaux à effectuer doit être fixé préalablement et de manière forfaitaire en fonction de la spécificité et de l'importance de la tâche réalisée en tenant compte de tous les paramètres nécessaires à sa réalisation (technicité, délai, matériel, suivi, formation des intervenants...) (Cass. crim., 1<sup>er</sup> mars 1994, n° 93-83.446 Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 87-81.212). En effet, la rémunération en fonction du nombre d'heures effectuées, ou au temps passé, est un des critères le plus souvent retenu par les juges pour caractériser le prêt de main-d'oeuvre illicite ou le délit de marchandage.
- ▶ Le coût de la prestation doit ainsi être dissocié du seul coût horaire de la main-d'oeuvre employée à la réalisation des travaux. Si la prestation du sous-traitant est facturée par référence aux seules heures de travail, l'opération pourra être requalifiée de prêt de main-d'oeuvre illicite.
- ▶ Cass. crim., 25 juin 1985, n° 84-91.628 : Bull. crim., n° 250

---

## ▶ L'exercice de l'autorité hiérarchique

- ▶ L'encadrement, la discipline et la sécurité du personnel mis à disposition doivent être assurés par le sous-traitant ou le prestataire.
- ▶ Les juges utilisent comme indice la situation des salariés au sein de l'entreprise où ils sont affectés pour qualifier les situations relatives à la répartition des tâches, aux horaires de travail, à la surveillance et discipline.
- ▶ Le sous-traitant ou le prestataire doit donc veiller à ce que le personnel reste sous sa subordination et ne soit pas intégré de fait dans l'entreprise utilisatrice, en jouissant, notamment, des mêmes conditions de travail. Ainsi, il y a contrat de sous-traitance illicite lorsque les salariés travaillent exclusivement sous les directives de cadres de l'entreprise utilisatrice.
- ▶ [Cass. crim., 3 mai 1994, n° 93-83.104](#)

- 
- ▶ De même, lorsque c'est à l'entreprise utilisatrice qu'incombent de façon exclusive et permanente la définition des tâches et l'organisation du travail des salariés détachés, la jurisprudence en déduit l'existence d'une opération illicite.
  - ▶ [Cass. crim., 19 juin 2001, n° 00-84.275](#)
  - ▶ **Fourniture du matériel et exercice d'une activité en toute indépendance**
    - ▶ L'entreprise prestataire ou sous-traitante est responsable de la bonne exécution des travaux qui lui sont confiés. Elle met en oeuvre notamment les moyens matériels pour répondre à ses obligations. Il convient en effet d'éviter que l'entreprise utilisatrice fournisse elle-même le matériel nécessaire à la réalisation de la prestation.
    - ▶ De plus, pour caractériser l'indépendance du prestataire ou du sous-traitant, il convient que ce dernier ait plusieurs clients à défaut de quoi il sera difficile de démontrer qu'il agit véritablement en toute indépendance économique.
    - ▶ [Cass. crim., 19 févr. 2002, n° 01-85.774](#)

---

## ▶ **L'exercice de l'autorité hiérarchique**

- ▶ L'encadrement, la discipline et la sécurité du personnel mis à disposition doivent être assurés par le sous-traitant ou le prestataire.
- ▶ Les juges utilisent comme indice la situation des salariés au sein de l'entreprise où ils sont affectés pour qualifier les situations relatives à la répartition des tâches, aux horaires de travail, à la surveillance et discipline.
- ▶ Le sous-traitant ou le prestataire doit donc veiller à ce que le personnel reste sous sa subordination et ne soit pas intégré de fait dans l'entreprise utilisatrice, en jouissant, notamment, des mêmes conditions de travail. Ainsi, il y a contrat de sous-traitance illicite lorsque les salariés travaillent exclusivement sous les directives de cadres de l'entreprise utilisatrice.
- ▶ [Cass. crim., 3 mai 1994, n° 93-83.104](#)

- 
- ▶ les employés de la société « prêteuse », sous le statut de cogérants travaillaient en fait sous un lien de dépendance et de subordination de cette société ; l'opération de prêt de main-d'oeuvre a permis de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice dispensant celle-ci du paiement des charges sociales et fiscales correspondantes et a eu pour effet d'éluder l'application des dispositions protectrices liées au contrat de travail. Il en résulte le caractère lucratif de l'opération et un préjudice pour les salariés concernés. Les contrats de sous-traitance ont été requalifiés en contrats de travail ([Cass. crim., 28 nov. 2017, n° 16-87.026](#)) ;

# LES OPÉRATIONS DE PRÊT DE MAIN- D'OEUVRE À BUT NON LUCRATIF

- 
- ▶ **Cadre légal du groupement d'employeurs**
  - ▶ Le groupement d'employeurs permet à certaines entreprises de se regrouper au sein d'une structure associative à but non lucratif dont l'unique objet social est de mettre du personnel à la disposition de ses adhérents.
  - ▶ C. trav., art. L. 1253-1 et s.

---

- ▶ **Les dispositifs d'insertion par l'activité économique**

- ▶ L'insertion par l'activité économique a pour objet de permettre à des personnes sans emplois, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières, de bénéficier de contrats de travail en vue de faciliter leur insertion professionnelle. Elle met en oeuvre des modalités spécifiques d'accueil et d'accompagnement.

- ▶ C. trav., art. [L. 5132-1](#)

- 
- ▶ **Cadre légal de la mise à disposition concernant la fonction publique**
  - ▶ La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique est venue étendre de façon significative les possibilités de mise à disposition de personnel entre un organisme de droit privé et une administration.
  - ▶ Deux types de mise à disposition sont à distinguer : celle ayant pour objet la mise à disposition d'un fonctionnaire en dehors de son corps d'origine, au sein même de l'administration, ou au sein d'un organisme de droit privé, et celle ayant pour objet la mise à disposition d'un salarié d'une entreprise au sein de l'administration.

**LES OPÉRATIONS DE PRÊT DE MAIN-D'OEUVRE  
À BUT NON LUCRATIF DE DROIT COMMUN**

- 
- ▶ **Licéité du prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif**
  - ▶ L'article [L. 8241-1](#) du code du travail admet la licéité du prêt de main-d'oeuvre sans but lucratif. Il précise qu'une opération de prêt de main-d'oeuvre 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.
  - ▶ **C. trav., art. [L. 8241-1](#)**
  - ▶ Le prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif peut constituer une entraide ponctuelle entre entreprises en cas de difficultés passagères. Par ailleurs, les entreprises procèdent de plus en plus fréquemment au détachement de personnel dans des entreprises distinctes ou au sein d'entreprises du même groupe.
  - ▶ A noter que sont assimilés à des prêts de main-d'oeuvre à but non lucratif :
    - le prêt de main-d'oeuvre sous-facturé par une entreprise d'au moins 5 000 salariés au profit d'une PME considéré comme à but non lucratif sous réserve de respecter certaines conditions (C. trav., art. [L. 8241-3](#));
    - le prêt de main-d'oeuvre sous-facturé conclu à compter d'un décret à paraître et jusqu'au 31 décembre 2020

- 
- ▶ **Le prêt de main-d'oeuvre facilité pendant la période de crise liée à la Covid-19 entre le 19 juin et le 31 décembre 2020**
  - ▶ La loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 a assoupli le formalisme du prêt de main-d'oeuvre en permettant de conclure une seule convention pour l'ensemble des salariés mis à disposition par l'entreprise prêteuse, en autorisant l'indication de la durée hebdomadaire de travail dans l'avenant et non des horaires précis, en rendant possible la consultation du CSE non pas au préalable mais dans le délai d'un mois après la conclusion des conventions.
  - ▶ Cette loi a assoupli également la notion de but non lucratif en autorisant l'entreprise prêteuse à sous facturer voire à ne pas facturer la mise à disposition de ses salariés ; mais cette dernière mesure nécessite la publication d'un décret pour être opérationnelle.

- 
- ▶ **Condition essentielle, l'absence de profit**
  - ▶ Les conditions de licéité du prêt de main-d'oeuvre ne peuvent être remplies que si aucun « profit » n'est tiré par celui qui met son personnel à disposition. L'article [L. 8241-1](#) précise, en effet, qu'une opération de prêt de main-d'oeuvre 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.

---

## ▶ Définition du but lucratif par la Cour de cassation

- ▶ Pour décider si une opération de prêt de main-d'oeuvre sous couvert d'être à but non lucratif est en fait une opération de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif, les juges recherchent si le personnel est mis à disposition d'une entreprise tierce avec pour objectif d'en retirer un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire.
- ▶ [Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253, n° 1773 F - P + F + I](#)
- ▶ Ainsi, le prêt de main-d'oeuvre n'est pas à but non lucratif mais à but lucratif lorsque :
  - l'opération de prêt de main-d'oeuvre a conduit au prélèvement d'un « bénéfice » ([Cass. soc., 25 sept. 1990, n° 88-19.856, n° 3124 P](#)) ou à « une marge bénéficiaire » ([Cass. soc., 17 juin 2005, n° 03-13.707, n° 1413 FS - P + B : Bull. civ. V, n° 205](#)) ;
  - l'opération de mise à disposition de personnel était certes « à prix coûtant », mais était effectuée par une société filiale suisse dont c'était la seule activité, au profit de la société mère dans le but d'éviter le paiement des charges sociales françaises. Le but lucratif a été apprécié au regard du profit retiré de l'opération par la société utilisatrice de main-d'oeuvre, dès lors que, celle-ci étant la société mère de la société prêteuse, l'intérêt de sa filiale est indissociable du sien ([Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479, n° 2936 P + F](#)) ;

- 
- les salariés de l'entreprise intervenante sont moins rémunérés que ceux de l'entreprise utilisatrice ([Cass. crim., 23 févr. 1993, n° 92-83.262](#)) ;
  - l'opération de prêt de main-d'oeuvre résulte d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie des charges procurées à cette dernière ([Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175, n° 1112 FS - P + B](#)).
  - ▶ [Cass. crim., 23 févr. 1993, n° 92-83.262](#)
  - ▶ En revanche, ne constitue pas une opération de prêt de main-d'oeuvre illicite, la mise à disposition de son personnel par la Croix Rouge, dont le statut d'association reconnue d'utilité publique est incompatible avec la recherche de bénéfice, dès lors que cette opération ne tendait pas à l'obtention d'un gain, mais poursuivait un but d'économie des dépenses publiques de santé, sous l'autorité de l'agence régionale d'hospitalisation, visant à rationaliser les moyens de fonctionnement des services hospitaliers du site de manière à en pérenniser les activités.
  - ▶ [Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 02-14.680, n° 1109 FS - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 128](#)

---

## ▶ **Facturation des frais de gestion**

- ▶ L'opération de prêt de main-d'oeuvre doit être qualifiée à but lucratif dès lors que l'entreprise majeure, lors de la facturation, le montant des salaires versés au salarié pendant la mise à disposition et les charges sociales y afférentes d'un montant correspondant à des frais dit « de gestion ».
- ▶ En effet l'article [L. 8241-1](#) du code du travail limite la facturation à « la stricte valeur des salaires versés au salarié pendant la mise à disposition, des charges sociales afférentes, ainsi que, s'il y a lieu, des frais des charges sociales afférentes, ainsi que, s'il y a lieu, des frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition », sans évoquer la possible facturation de frais de gestion.
- ▶ La Cour de cassation considère que la différence entre le prix exigé et le salaire versé au personnel concerné ne peut excéder le montant des seules charges sociales patronales et donc ne peut inclure des éléments tels que les frais de gestion administrative, les frais de structure, assurances, etc.
- ▶ [Cass. crim., 26 sept. 1995, n° 94-80.983](#) [Cass. crim., 16 juin 1998, n° 97-80.138, n° 3738 P + F : Bull. crim. n° 195](#)

- 
- ▶ Caractériserait ainsi le but lucratif et tomberait sous le coup de la prohibition tout système de facturation forfaitaire se traduisant par une imputation de coût exprimée en majoration forfaitaire ou en pourcentage du salaire censée prendre en compte les charges de fonctionnement.
  - ▶ Tel est le cas lorsque le contrat de prestation de services prévoit de facturer, en plus du coût réel des heures effectuées, une majoration de 10 %, ce qui selon l'entreprise prêteuse, correspondait aux frais de gestion. Pour la Cour de cassation, cette majoration, au contraire, signifie que l'opération de mise à disposition du personnel avait un but lucratif. Les salariés concernés ont droit à des dommages-intérêts pour prêt de main-d'oeuvre illicite ([Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-15.925](#)).

---

## ▶ **Nécessité de la rédaction d'une convention entre les entreprises**

- ▶ Une convention de mise à disposition de personnel entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice doit être établie.
- ▶ C. trav., art. [L. 8241-2](#) Cette convention de prêt de main-d'oeuvre entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice doit préciser, pour chaque salarié :
  - la durée du prêt de main-d'oeuvre ;
  - l'identité et la qualification du salarié mis à disposition ;
  - le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse.
- ▶ Lorsque le prêt de main-d'oeuvre est conclu entre le 19 juin (date d'entrée en vigueur de la loi n° 734 du 17 juin 2020) et le 31 décembre 2020, il est possible de déroger à la règle de la conclusion d'une convention par salarié mis à disposition ; une seule convention peut être conclue pour l'ensemble des salariés mis à disposition de la société prêteuse

- 
- ▶ **Accord exprès du salarié par la conclusion d'un avenant au contrat de travail**
  - ▶ **L'opération de prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif requiert l'accord du salarié concerné. Un avenant au contrat de travail devra être 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.**
  - ▶ **C. trav., art. [L. 8241-2](#)**
  - ▶ *lorsque le prêt de main-d'oeuvre est conclu entre le 19 juin (date d'entrée en vigueur de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020) et le 31 décembre 2020, il est possible de ne pas indiquer les horaires précis dans l'avenant. Il suffira d'indiquer la durée hebdomadaire de travail*
  - ▶ Un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition (C. trav., art. [L. 8241-2](#)).

- 
- ▶ **Consultation des représentants du personnel**
  - ▶ Le comité social et économique est informé et consulté préalablement à la décision de procéder à des prêts de main-d'oeuvre. Le CSE est informé des différentes conventions de prêts de main-d'oeuvre signées.
  - ▶ Le CSE de l'entreprise prêteuse est informé lorsque le poste occupé dans l'entreprise utilisatrice figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés mentionnés à l'article [L. 4154-2](#), alinéa 2.
  - ▶ De même, l'entreprise utilisatrice, lorsqu'elle en est dotée, informe et consulte son comité social et économique préalablement à l'accueil de salariés mis à disposition dans le cadre d'un prêt de main-d'oeuvre.
  - ▶ C. trav., art. [L. 8241-2](#)

# Conséquences sur le statut du salarié

---

- ▶ **Maintien du contrat avec l'entreprise d'origine et convention collective applicable**
  - ▶ Le contrat de travail liant le salarié à son entreprise d'origine n'étant ni rompu, ni suspendu, est maintenu. Celle-ci demeure l'employeur. En toute logique, le salarié continue également à relever des dispositions conventionnelles à laquelle est soumis son employeur d'origine.
  - ▶ Ce principe est d'ailleurs rappelé à l'article [L. 8241-2](#) du code du travail qui prévoit expressément que pendant le prêt de main-d'oeuvre, le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse et de bénéficier de l'ensemble des dispositions conventionnelles, dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse.
  - ▶ Le salarié ne devient donc pas un employé de l'entreprise d'accueil. L'entreprise d'accueil peut néanmoins se voir reconnaître la qualité de co-employeur de fait s'il est démontré un lien de subordination entre le salarié et elle.

## Conséquences sur le statut du salarié

---

- ▶ Ainsi une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ([Cass. soc., 14 avr. 2016, n° 15-12.195](#)).

---

## ▶ **Rémunération du salarié**

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

## ▶ **Calcul de l'ancienneté du salarié**

- ▶ La mise à disposition n'interrompt pas l'ancienneté du salarié dans l'entreprise d'origine. Le temps passé dans l'entreprise d'accueil est pris en compte pour la détermination des droits liés à l'ancienneté.

---

## ▶ **Obligations de l'entreprise d'accueil à l'égard des salariés mis à disposition**

- ▶ Les entreprises d'accueil ont les mêmes obligations à l'égard des salariés mis à disposition que les entreprises utilisatrices dans le cadre du travail temporaire pour les conditions de travail (durée du travail, travail de nuit, repos hebdomadaire, jours fériés, hygiène et sécurité, travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs) ainsi que pour l'accès aux installations collectives et transport collectif (notamment accès au même lieu de restauration que les salariés de l'entreprise d'accueil).
- ▶ C. trav., art. [L. 8241-2](#)

- 
- ▶ Plus précisément, pendant la durée de la mise à disposition, l'entreprise d'accueil doit :
  - respecter à l'égard des salariés mis à disposition, les conditions d'exécution du travail résultant de la loi et des dispositions conventionnelles qui concernent la durée du travail ; le travail de nuit ; les repos hebdomadaires et jours fériés ; la santé et la sécurité au travail ; le travail des femmes, des enfants et des jeunes (C. trav., art. [L. 8241-2](#) à L. 1251-21) ;
  - prendre en charge les obligations relatives à la surveillance médicale renforcée liée à l'activité exercée. Les obligations liées à la médecine du travail qui ne relèvent pas de la surveillance médicale renforcée sont à la charge de l'entreprise « prêteuse » (C. trav., art. [L. 8241-2](#) à L. 1251-22) ;
  - prendre en charge les équipements de protection individuelle, sauf certains équipements de protection individuelle personnalisés qui eux, peuvent être fournis par l'entreprise « prêteuse » (C. trav., art. [L. 8241-2](#) à L. 1251-23) ;
  - laisser l'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment la restauration, dont peuvent bénéficier les salariés de l'entreprise d'accueil (C. trav., art. [L. 8241-2](#) à L. 1251-24).

---

## ▶ Information du comité social et économique

- ▶ L'employeur a l'obligation d'informer le comité social et économique, dans le cadre de l'information annuelle sur la politique sociale de l'entreprise du nombre de salariés appartenant à une entreprise extérieure (C. trav., art. [L. 2323-6](#) C. trav., art. [L. 2312-26](#), II, 9°). Les données chiffrées doivent être renseignées dans la base de données économiques et sociales (BDES) ou le bilan social (C. trav., art. [R. 2323-1-3](#)).
- ▶ A défaut, l'employeur s'expose au délit d'entrave. Précisons également 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](#)

- 
- ▶ **Fin du prêt de main-d'oeuvre : retour au poste initial**
  - ▶ A la fin de la mise à disposition, l'entreprise d'origine doit réintégrer le salarié dans son ancien poste, ou un poste équivalent, sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt de main-d'oeuvre (C. trav., art. [L. 8241-2](#)).

**LE PRÊT DE MAIN-D'OEUVRE FACILITÉ PENDANT  
LA PÉRIODE DE CRISE LIÉE À LA COVID-19  
ENTRE LE 19 JUIN ET LE 31 DÉCEMBRE 2020**

- 
- ▶ **Le prêt de main d'oeuvre, une solution pour optimiser la gestion des effectifs pendant la période de crise sanitaire et économique liée à la Covid-19**
  - ▶ Pendant la période de crise sanitaire et économique liées à l'épidémie de Covid-19, le recours au prêt de main d'oeuvre peut être une solution pour gérer au mieux les effectifs des entreprises. En effet, ce dispositif permet à une entreprise (entreprise d'origine) connaissant une baisse d'activité de mettre à disposition un ou plusieurs de ses salariés au profit d'une autre entreprise (entreprise d'accueil ou entreprise utilisatrice) qui au contraire est en surcroît d'activité et ceci de manière temporaire.
  - ▶ Pour être légal, le prêt de main d'oeuvre doit être dépourvu de but lucratif et respecter les conditions fixées à l'article [L. 8241-2](#) du code du travail : accord du salarié formalisé par un avenant avec des mentions obligatoires, convention de mise à disposition entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise prêteuse.

- 
- ▶ **Les modalités du prêt de main-d'oeuvre assouplies jusqu'au 31 décembre 2020**
  - ▶ Dans le contexte de crise sanitaire actuel, il est apparu nécessaire d'assouplir le recours au prêt de main d'oeuvre pour faciliter les transferts temporaires de salariés des entreprises qui connaissent une baisse d'activité vers d'autres entreprises confrontées à un surcroît d'activité nécessitant du personnel supplémentaire. C'est l'objectif de l'article 52 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020.
  - ▶ Ainsi, le cadre juridique du prêt de main-d'oeuvre à respecter reste celui de l'article [L. 8241-2](#) du code du travail sauf pour les points suivants où il déroge à cet article depuis le 19 juin 2020 (date d'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2020) et jusqu'au 31 décembre 2020 :
    - une seule convention entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise d'origine est nécessaire lorsqu'il y a plusieurs salariés mis à disposition. En temps normal, c'est-à-dire avant le 19 juin 2020 et après le 31 décembre 2020, il faut une convention par salarié mis à disposition ;
    - l'avenant signé par le salarié peut ne pas détailler les horaires de travail à accomplir dans l'entreprise d'accueil ; l'indication du volume hebdomadaire d'horaires à effectuer peut suffire ;

- 
- la consultation du comité social et économique peut être postérieure à la conclusion des conventions de prêt de main-d'oeuvre, dans un délai d'un mois, alors que normalement l'information et la consultation du CSE sont préalables à la mise à disposition ;
  - la nécessité d'un but non lucratif permettant de rendre légal le prêt de main-d'oeuvre est assouplie.

- 
- ▶ **Nécessité de respecter la condition du but non lucratif Jusqu'à la publication du décret y dérogeant**
  - ▶ Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite (C. trav., art. [L. 8241-1](#)) sauf dérogations légales (travail temporaire notamment). Cette interdiction concerne autant l'entreprise prêteuse que l'entreprise utilisatrice ([Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175, n° 1112 FS - P + B](#)).
  - ▶ En revanche, les opérations de prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif sont autorisées (C. trav., art. [L. 8241-2](#)).
  - ▶ Pour être autorisée, la mise à disposition temporaire d'un salarié dans une entreprise doit ainsi respecter les conditions du dispositif du prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif prévues à l'article [L. 8241-1](#) du code du travail.
  - ▶ « Une opération de prêt de main-d'oeuvre 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 » (C. trav., art. [L. 8241-1](#)).

## Vers un assouplissement de la notion de « but non lucratif » du prêt de main-d'oeuvre

---

- ▶ La loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 prévoit que, jusqu'au 31 décembre 2020, lorsque l'intérêt de l'entreprise utilisatrice le justifie, eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation de la Covid-19, et qu'elle relève de secteurs d'activités particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation et à la continuité de la vie économique et sociale déterminés par décret, les opérations de prêt de main-d'oeuvre n'ont pas de but lucratif au sens de l'article [L. 8241-1](#) pour les entreprises utilisatrices, lorsque le montant qui leur est facturé par l'entreprise prêteuse est inférieur aux salaires versés au salarié, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de sa mise à disposition temporaire ou est égal à zéro.
- ▶ A ce jour, le décret n'étant toujours pas paru, cet assouplissement de la notion du caractère non lucratif ne peut pas s'appliquer.
- ▶ Dans l'attente de ce décret, pour être licite, le prêt de main-d'oeuvre doit respecter un but non lucratif au sens du droit commun fixé à l'article [L. 8241-1](#) du code du travail.

# Le formalisme à respecter jusqu'au 31 décembre 2020

---

- ▶ **Une seule convention de mise à disposition pour plusieurs salariés**
- ▶ L'entreprise prêteuse et l'entreprise d'accueil doivent conclure une convention de prêt de main-d'oeuvre comportant les mentions prévues à l'article [L. 8241-2](#) du code du travail : durée de la mise à disposition ; identité et qualification du salarié mis à disposition ; mode de détermination des salaires, charges sociales et frais professionnels qui seront facturés.
- ▶ En temps « normal », une convention doit être conclue pour chacun des salariés mis à disposition.
- ▶ Par dérogation à ce principe, jusqu'au 31 décembre 2020, l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice pourront ne signer qu'une seule convention de prêt de main-d'oeuvre en vue de la mise à disposition de plusieurs salariés.

- 
- ▶ **Contenu allégé de l'avenant au contrat de travail**
  - ▶ La mise à disposition requiert également de signer un avenant au contrat de travail le salarié mis à disposition. Cet avenant doit en temps normal préciser le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, les caractéristiques particulières du poste de travail et, si la mise à disposition entraîne une modification du contrat, une clause sur une période probatoire (C. trav., art. [L. 8241-2](#)).
  - ▶ Par dérogation, à titre temporaire (jusqu'au 31 décembre 2020), cet avenant pourra ne pas comporter les horaires d'exécution du travail. Il devra alors préciser le volume hebdomadaire des heures de travail durant lesquelles le salarié est mis à disposition. Les horaires de travail sont fixés par l'entreprise utilisatrice avec l'accord du salarié.
  - ▶ [L. n° 2020-734, 17 juin 2020 : JO, 18 juin](#)

- 
- ▶ **Information et consultation a posteriori du CSE**
  - ▶ En temps normal, les CSE respectifs de l'entreprise prêteuse et de l'entreprise utilisatrice doivent être informés et consultés, de manière préalable, des différentes conventions signées. A titre temporaire, jusqu'au 31 décembre 2020 au plus tard, ils pourront être consultés a posteriori, au maximum un mois à compter de la signature de la convention et une seule fois sur l'ensemble des conventions de mise à disposition signées.
  - ▶ [L. n° 2020-734, 17 juin 2020 : JO, 18 juin](#)

**LE PRÊT DE MAIN-D'OEUVRE « SOUS-FACTURÉ »  
PAR UNE ENTREPRISE D'AU MOINS 5 000  
SALARIÉS**

- 
- ▶ **Prêt de main-d'oeuvre « sous-facturé » assimilé à un prêt à but non lucratif**
  - ▶ Les entreprises qui ont au moins 5 000 salariés ou les entreprises dont le groupe est d'au moins 5 000 salariés peuvent mettre à disposition, pour une durée maximale de 2 ans, leurs salariés auprès d'une jeune ou d'une PME, en sous-facturant l'opération (C. trav., art. [L. 8241-3](#), [R. 8241-1](#) et [R. 8241-2](#)).
  - ▶ Sont exclus les prêts de main-d'oeuvre au sein du même groupe au sens du code de commerce (défini aux articles [L. 233-1](#), [L. 233-3](#), I et II et [L. 233-16](#) du code de commerce) (C. trav., art. [L. 8241-3](#)).

- 
- ▶ Avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, était considérée comme une opération de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif et donc illicite la mise à disposition de salariés dont le montant de la facture était supérieur ou inférieur aux salaires versés aux salariés concernés, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés pendant leurs mises à disposition.
  - ▶ Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, la mise à disposition réalisée à certaines conditions, par dérogation à l'interdiction du prêt de main-d'oeuvre à but lucratif, est considérée comme un prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif même lorsque le montant facturé par l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice est inférieur aux salaires versés, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés, voire égal à zéro (C. trav., art. [L. 8241-3](#), II).

---

## ▶ Entreprise utilisatrice concernée

- ▶ Pour bénéficier de ce prêt de main-d'oeuvre « à moindre coût », l'entreprise utilisatrice doit être :
  - une jeune entreprise qui a moins de 8 ans d'existence au moment de la mise à disposition, quel que soit son effectif (C. trav., art. [L. 8241-3](#)). La durée d'existence maximale de 8 ans s'apprécie à compter de la date d'immatriculation à un registre professionnel ou de la déclaration d'activité (C. trav., art. [R. 8241-1](#)) ;
  - ou une PME (petite ou moyenne entreprise) d'au maximum 250 salariés (C. trav., art. [L. 8241-3](#)). Cet effectif est calculé en référence à l'effectif occupé au dernier jour de l'année précédente, selon les modalités de droit commun, c'est-à-dire celles définies à l'article [L. 1111-2](#) du code du travail (C. trav., art. [R. 8241-1](#)) : voir l'étude [«Seuils d'effectifs»](#) ;
  - ou depuis le 30 mars 2018, date d'entrée en vigueur de la loi de ratification, aux personnes morales dont la liste est fixée aux a à g du 1 de l'article [238 bis](#) du code général des impôts, c'est-à-dire notamment les organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, culturel, les fondations reconnues d'utilité publique, les établissements d'enseignement supérieur... Dans ce cas, aucune condition d'ancienneté ou d'effectif n'est exigée.

- 
- ▶ **Opération de prêt de main-d'oeuvre concernée**
  - ▶ Pour que l'opération de main-d'oeuvre « sous-facturée » soit licite, elle doit être destinée à améliorer la qualification de la main-d'oeuvre, favoriser les transitions professionnelles ou constituer un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun (C. trav., art. [L. 8241-1](#)).
  - ▶ Par ailleurs, elle doit être limitée dans le temps : elle ne peut excéder une durée de 2 ans (C. trav., art. [L. 8241-1](#)).

# LES OPÉRATIONS DE PRÊT DE MAIN- D'OEUVRE ILLICITES

# Les situations réprimées par le code du travail

---

- ▶ Une opération de prêt de main-d'oeuvre peut être qualifiée d'illicite dans 2 situations prévues par :
  - l'article [L. 8241-1](#) du code du travail : toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre (dès lors, rappelons-le, qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions légales l'autorisant) ;
  - l'article [L. 8231-1](#) du code du travail : toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre 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 de travail.
- ▶ Il est à noter, par ailleurs, que le fait de fournir de la main-d'oeuvre à titre exclusif peut tomber simultanément sous le coup des deux infractions (délit de prêt de main-d'oeuvre illicite et délit de marchandage) si elle a pour effet de causer un préjudice au salarié ou d'éluder la réglementation du travail. Dans cette hypothèse, les critères des deux infractions sont réunis : il y a concours de qualification.

- 
- ▶ **Appréciation du caractère exclusif du prêt de main-d'oeuvre**
    - ▶ Le prêt de main-d'oeuvre a un caractère exclusif dès lors que le seul objet du contrat conclu entre deux entreprises est le prêt de personnel.
    - ▶ Ce critère permet de le distinguer du contrat d'entreprise (contrat de sous-traitance ou de prestation de services) qui est un contrat avec une tâche objectivement définie où le prêt de main-d'oeuvre n'est qu'un moyen permettant la réalisation de cette tâche. La mise à disposition du personnel n'est pas l'objet premier de l'opération. Tel est le cas, par exemple, de sociétés de service en informatique qui mettent à la disposition des entreprises utilisatrices leurs informaticiens dans le cadre d'un contrat d'entreprise pour externaliser la gestion de leur réseau et leurs outils informatiques.
    - ▶ [Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-94.131 : Bull. crim., n° 46](#)

---

▶ **Le contenu et l'objet réel du contrat**

- ▶ Caractérise le prêt de main-d'oeuvre illicite l'arrêt qui relève que le seul objet de la convention entre deux sociétés était la fourniture de main-d'oeuvre et que, ce contrat ayant été conclu moyennant une rémunération, l'opération avait un but lucratif.
- ▶ [Cass. soc., 4 avr. 1990, n° 86-44.229, n° 1490 P : Bull. civ. V, n° 157](#) En l'espèce, une société avait été créée avec pour seul objet social la commercialisation d'un médicament et son salarié n'avait pas d'autre tâche que la promotion de ce médicament. Il travaillait, en réalité, sous les ordres directs de la société utilisatrice. Le contrat ayant été conclu entre les deux sociétés moyennant une rémunération, l'opération avait un but lucratif.
- ▶ Caractérisent également une fausse sous-traitance et un prêt de main-d'oeuvre illicite, les juges qui ont relevé que les statuts d'une société précisait que son objet était « la mise à disposition de personnel ». Cette société apparaissait en fait comme une coquille vide dont la seule raison d'exister était de fournir à sa société-mère la main-d'oeuvre nécessaire.
- ▶ [Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479, n° 2936 P + F : Bull. crim., n° 60](#) De même, est illicite le recrutement de deux salariés par une agence pour être affectés sur un chantier de construction sous le couvert d'un contrat de sous-traitance.
- ▶ [Cass. crim., 3 nov. 1999, n° 98-85.665, n° 6721 P + F : Bull. crim., n° 242](#)

---

## ▶ Le mode de rémunération

- ▶ Lorsque la rémunération est calculée, non pas en fonction de l'exécution d'une tâche déterminée et donc de manière forfaitaire, mais uniquement sur la base, directement ou non (cf. le cas des visiteurs médicaux et du nombre de visites effectuées) des heures de travail accomplies, le contrat d'entreprise peut dissimuler une opération exclusive de prêt de main-d'oeuvre car cela démontre que seule la fourniture de main-d'oeuvre est rémunérée.
- ▶ Cass. crim., 25 juin 1985, n° 84-91.628 : Bull. crim., n° 250 Cass. crim., 3 mars 2009, n° 07-81.043, n° 1355  
F - P + F

- 
- ▶ **Le lien de subordination des salariés**
  - ▶ Le contrat d'entreprise peut être qualifié de prêt de main-d'oeuvre illicite lorsque l'entreprise utilisatrice définit les tâches et l'organisation du travail et assure l'encadrement des salariés mis à disposition qui sont alors sous sa subordination.
  - ▶ Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 87-81.212 : Bull. crim., n° 170 Cass. crim., 3 mars 2009, n° 07-81.043, n° 1355 F - P + F Tel est par exemple le cas lorsque le personnel mis à disposition travaille sous les ordres, la surveillance et la responsabilité des cadres des entreprises utilisatrices, lesquels leur fixent eux-mêmes, comme aux autres salariés, les tâches à accomplir. Par ailleurs, les projets sur lesquels les salariés mis à disposition travaillaient n'étaient pas précisés et entraient dans la compétence habituelle des entreprises utilisatrices.
  - ▶ Cass. crim., 25 juin 1985, n° 84-91.628 : Bull. crim., n° 250

---

## ▶ **Appréciation du caractère lucratif du prêt de main-d'oeuvre**

- ▶ Le caractère lucratif du prêt de main-d'oeuvre est retenu chaque fois que le personnel est mis à disposition d'une entreprise tierce utilisatrice par une personne physique ou morale dans l'objectif d'en retirer un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire (hors les cas autorisés par la loi).
- ▶ Il convient de distinguer le caractère lucratif et le caractère onéreux de l'opération, source de confusion.
- ▶ D'une manière générale, le caractère lucratif d'une activité suppose que l'intéressé qui l'exerce en retire un bénéfice, un profit, ou un gain pécuniaire alors que le caractère onéreux s'oppose en principe à la gratuité et implique que celui qui exécute la prestation est simplement rémunéré.

- 
- ▶ **Appréciation du caractère lucratif du prêt de main-d'oeuvre**
  - ▶ Le caractère lucratif du prêt de main-d'oeuvre est retenu chaque fois que le personnel est mis à disposition d'une entreprise tierce utilisatrice par une personne physique ou morale dans l'objectif d'en retirer un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire (hors les cas autorisés par la loi).
  - ▶ Il convient de distinguer le caractère lucratif et le caractère onéreux de l'opération, source de confusion.
  - ▶ D'une manière générale, le caractère lucratif d'une activité suppose que l'intéressé qui l'exerce en retire un bénéfice, un profit, ou un gain pécuniaire alors que le caractère onéreux s'oppose en principe à la gratuité et implique que celui qui exécute la prestation est simplement rémunéré.
  - ▶ Le caractère lucratif de l'opération a ainsi été retenu :
    - lorsque le gain pour le prestataire résulte de la différence entre le prix facturé par la société prêteuse à son client et le coût de la main-d'oeuvre mise à disposition (Cass. soc., 5 juill. 1984, n° 83-13.204 : Bull. civ. V, n° 299 Cass. crim., 16 juin 1998, n° 97-80.138, n° 3738 P + F : Bull. crim., n° 195) ;

- 
- lorsque l'utilisateur n'a pas à supporter les charges sociales et financières qu'il aurait supportées s'il avait employé lui-même des salariés ([Cass. crim., 17 févr. 2004, n° 03-82.797](#) [Cass. crim., 14 oct. 1997, n° 96-85.090](#) [Cass. crim., 23 mars 1993, n° 92-83.381](#) [Cass. crim., 19 mars 2013, n° 11-86.552, n° 1624 F - P + B](#)) ;
  - lorsque le recours massif à l'intérim est source de profit pour la société d'intérim comme pour la société utilisatrice dont la masse salariale, qui pouvait ainsi s'ajuster au carnet de commandes de la société, est allégée des gratifications ou primes dues à son personnel salarié ([Cass. crim., 13 nov. 2012, n° 10-80.862, n° 6773 F - P + B](#)) ;
  - lorsque des frais de gestion s'ajoutent au coût réel des heures effectuées ([Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-15.925](#)) ;
  - lorsque la facturation émise par l'entreprise « prêteuse » excède le simple coût du salaire et des charges sociales ([Cass. soc., 12 oct. 2016, n° 14-26.032](#)).

# LE DÉLIT DE MARCHANDAGE

---

## ▶ Critères du délit de marchandage

- ▶ Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre 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 de travail est interdite.
- ▶ C. trav., art. [L. 8231-1](#)
- ▶ Il en résulte que le délit de marchandage est constitué et sanctionné pénalement, lorsque deux éléments sont réunis :
  - le fait matériel de l'opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre ;
  - le fait dommageable qui résulte soit d'un préjudice causé aux salariés, soit de la non-application des dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail (C. trav., art. [L. 8231-1](#)).

- 
- ▶ **Élément matériel du délit de marchandage, le prêt de main-d'oeuvre à but lucratif**
  - ▶ A la différence du délit de prêt de main-d'oeuvre illicite réprimé par l'article [L. 8241-1](#) du code du travail, le délit de marchandage défini à l'article [L. 8231-1](#) n'exige pas que l'opération prohibée concernant la main-d'oeuvre ait un caractère exclusif.
  - ▶ [Cass. crim., 23 juin 1987, n° 85-95.585 : Bull. crim., n° 263](#) En d'autres termes, le délit de marchandage peut être constitué à l'égard de toute opération de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif.
  - ▶ Il peut ainsi sanctionner le prêt de main-d'oeuvre effectué dans le cadre d'une sous-traitance ainsi que le prêt de main-d'oeuvre dans le cadre de l'emploi de salariés intérimaires.

- 
- ▶ L'opération de prêt de main-d'oeuvre peut donc constituer à la fois un délit de marchandage et un délit de prêt de main-d'oeuvre illicite dès lors que :
    - l'opération de prêt de main-d'oeuvre est à but lucratif et à titre exclusif ;
    - et a pour effet de causer au salarié concerné un préjudice.
  - ▶ Cass. crim., 26 mai 1988, n° 86-91.989 : Bull. crim., n° 228 Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 88-84.222 : Bull. crim., n° 169

---

▶ **Existence d'un préjudice causé au salarié ou non-application des textes légaux et conventionnels**

- ▶ Par rapport au délit de prêt de main-d'oeuvre illicite, le délit de marchandage contient un élément d'incrimination supplémentaire. En effet, l'opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre doit avoir causé un dommage constitutif d'un préjudice au salarié ou avoir pour effet d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail.
- ▶ C. trav., art. [L. 8231-1](#) [Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253, n° 1773 F - P + F + I](#)

- 
- ▶ Le préjudice causé au salarié peut être :
    - un préjudice d'ordre financier. Tel est le cas lorsque les salaires versés aux salariés « prêtés » sont inférieurs à ceux des employés de l'entreprise utilisatrice pour un même travail ([Cass. crim., 22 juin 1993, n° 92-82.928](#) [Cass. crim., 23 févr. 1993, n° 92-83.262](#)) ;
    - un préjudice résultant de la perte d'avantage. La Cour de cassation a considéré que l'utilisation illicite de main-d'oeuvre par la société X a causé un préjudice aux salariés prêtés par les entreprises sous-traitantes aux motifs que ceux-ci ne bénéficiaient ni d'un suivi médical, ni des avantages sociaux accordés aux salariés de la société X, ni des indemnités de petit déplacement... ([Cass. crim., 19 juin 2001, n° 00-84.275](#)) ;
    - un préjudice résultant de la privation des droits sociaux ou du statut social de l'entreprise utilisatrice ([Cass. crim., 16 juin 1998, n° 97-80.138, n° 3738 P + F : Bull. crim., n° 195](#) [Cass. crim., 19 juin 2001, n° 00-84.275](#) [Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 00-44.840, n° 1228 FS - P : Bull. civ. V, n° 147](#) [Cass. crim., 5 sept. 2006, n° 05-86.531](#)) ;
    - la perte d'avantages au titre du bénéfice des oeuvres sociales du comité social et économique, du droit de participer à la désignation des représentants du personnel et du bénéfice de l'assistance de ces derniers. En l'espèce, la mise à disposition d'un salarié d'un GIE à des entreprises adhérentes avait pour but de lui faire perdre les avantages des oeuvres sociales des entreprises utilisatrices ([Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-22.269](#)) ;
    - lorsque le système instauré, dans l'intérêt du groupe, permettait d'empêcher les salariés de prétendre au bénéfice d'une rémunération minimale, au chômage, aux congés payés et aux avantages d'un comité social et économique ([Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479, n° 2936 P + F](#) [Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83.213 : Bull. crim. 1994, n° 208](#)) ;
    - la privation des dispositifs de participation aux résultats et d'intéressement dont bénéficient les salariés des entreprises utilisatrices ([Cass. soc., 12 oct. 2016, n° 14-26.032](#)).

- 
- ▶ **Sanctions pénales pour les personnes physiques**
  - ▶ Le délit de prêt de main-d'oeuvre à but lucratif et à titre exclusif est réprimé par l'article [L. 8241-1](#) du code du travail et le délit de marchandage par l'article [L. 8231-1](#) du même code.
  - ▶ Ces délits sont punis d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 30 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement. Ces peines sont portées à :
    - 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes ou à l'égard d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur ;
    - 10 ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.
  - ▶ La juridiction peut ordonner, à titre complémentaire, la peine de confiscation. Elle peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter pour une durée de 2 à 10 ans.

- 
- ▶ Sont par ailleurs passibles d'une amende de 12 000 € et d'un emprisonnement de 12 mois ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui, directement ou par personne interposée, contreviennent à l'interdiction prononcée.
  - ▶ Dans tous les cas, la juridiction peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article [131-35](#) du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de 2 ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions qui seront prévues par décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C. trav., art. [L. 8243-1](#) et [L. 8234-1](#)).
  - ▶ Par ailleurs l'opération de prêt de main-d'oeuvre peut constituer à la fois un délit de marchandage et un délit de prêt de main-d'oeuvre illicite dès lors que :
    - l'opération de prêt de main-d'oeuvre est à but lucratif et à titre exclusif ;
    - et a pour effet de causer au salarié un préjudice ou d'écarter l'application de dispositions légales et conventionnelles.
  - ▶ [Cass. crim., 26 mai 1988, n° 86-91.989 : Bull. crim., n° 228](#) [Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 88-84.222 : Bull. crim., n° 169](#) Il y a alors concours de qualification pénale.

---

## ▶ **Sanctions pénales pour la personne morale**

- ▶ Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement des infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'oeuvre et peuvent se voir punies d'une amende de 150 000 € et des peines complémentaires prévues à l'article 131-39 du code pénal à savoir :
- ▶ la dissolution de la personne morale, l'interdiction d'exercer des activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire pour 5 ans ou plus, la fermeture temporaire ou définitive des établissements ayant servi à commettre les faits incriminés, l'interdiction de faire appel public à l'épargne, l'interdiction pour une durée de 5 ans au plus d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré, la confiscation de la chose ou produit de l'infraction et l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

## Sanctions civiles

---

- ▶ **Nullité du contrat de fourniture de prêt de main-d'oeuvre**
- ▶ Lorsque l'opération de prêt de main-d'oeuvre est illicite, le contrat qui lie le fournisseur de la main-d'oeuvre et l'utilisateur est nul de plein droit.
- ▶ Cass. soc., 5 juill. 1984, n° 83-13.204 Si l'opération de prêt de main-d'oeuvre a causé un préjudice au salarié, il pourra en demander réparation devant le conseil de prud'hommes ou en se constituant partie civile devant les tribunaux répressifs.

# Sanctions civiles

---

## ▶ Action en justice des syndicats

▶ En cas de prêt de main-d'oeuvre illicite, les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé.

▶ C. trav., art. [L. 8233-1](#)

▶ Le salarié concerné doit être averti par lettre recommandée avec accusé de réception indiquant :

- la nature et l'objet de l'action envisagée par l'organisation syndicale représentative ;
  - que l'action sera conduite par l'organisation syndicale qui pourra exercer elle-même les voies de recours contre le jugement ;
  - que le salarié pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'organisation syndicale ou mettre un terme à cette action ;
  - que le salarié peut faire connaître à l'organisation syndicale son opposition à l'action envisagée dans un délai de 15 jours à compter de la date de réception.
- ▶ Ce n'est que passé ce délai que l'acceptation tacite du salarié concerné est considérée comme acquise.

▶ C. trav., art. [R. 8242-2](#)

# TNAVOCATS

**Téléphone** : 04.37.57.11.40

**Mail** : [contact@tnavocats.com](mailto:contact@tnavocats.com)

**Adresses :**

26 Rue de la République | 2 rue de Poissy  
69002 LYON | 75005 PARIS