

SCP INTER BARREAUX
F. CEVAER - M. DESILETS
F. ROBBE

Avocats

170, Bd Stalingrad - 69006 LYON
TEL. 04 37 48 80 80 – FAX 04 37 48 80 81
TOQUE 786
www.cabinetpegaz.com

INTERVENTION DE MAITRE FRANCOISE CEVAER
DU 13 OCTOBRE 2009
JOURNEE RESSOURCES HUMAINES
BIOCONVERGENCE RHONE ALPES :

*« LES ASPECTS JURIDIQUES QUI ENCADRENT
LA GESTION PARTAGEE DES SALARIES »*

INTRODUCTION

Le Droit du Travail, construit sur le modèle industriel, apparaît parfois inadapté à une économie désormais essentiellement tertiaire.

En 2003, le poids de l'industrie a été évalué à 17% du PIB de la France.

Le passage progressif de la civilisation de l'usine à celle du savoir bouscule l'ensemble des référentiels sur lesquels est construit le droit du travail :

⇒ **La prestation de travail** se mesure de moins en moins au temps consacré à une machine et de plus en plus à l'intelligence à réaliser une tâche.

Dans ce contexte, la frontière entre le travail salarié et le travail indépendant devient de plus en plus difficile à cerner.

Le prêt de main d'œuvre est au cœur de cette problématique. La valeur du travail reposant de plus en plus sur l'intelligence, la captation de cette dernière est l'enjeu de la réussite économique.

⇒ **Essor de l'externalisation :**

La fin du siècle dernier a permis d'assister à l'essor spectaculaire du phénomène que l'on a baptisé « *l'externalisation de l'emploi* ».

Les entreprises n'assument plus personnellement toutes les fonctions nécessaires à leur activité :

Dans un premier temps, ce mouvement a concerné les fonctions généralement qualifiées de « *services généraux* », puis s'est élargi, les entreprises cherchant à se « *recentrer* » sur leurs cœurs de métier.

⇒ **Pour une large part, le recours à l'externalisation répond à la recherche d'une meilleure répartition du travail au sein de l'entreprise :**

La crise économique a contribué au développement de ces pratiques : les entreprises réduisent le poids de leurs charges fixes puisqu'elles limitent ainsi le nombre de leurs propres salariés. Il n'est pas douteux que ces procédés correspondent parfois à la volonté d'éluder les dispositions les plus contraignantes de la législation sociale.

Il est donc essentiel de délimiter la frontière du licite et de l'illicite.

Le législateur est intervenu par touches successives : d'abord pour réglementer le travail temporaire ; ensuite pour interdire, en-dehors de celui-ci, la fourniture de main-d'œuvre qui constituerait une fraude à la Loi.

Traditionnellement, les fournitures de main-d'œuvre étaient regroupées sous le vocable de « *marchandage* » qui ne revêtait aucune connotation d'illégalité. Mais l'appréciation de la notion de marchandage a évolué progressivement afin que puissent être réprimés les abus. Un délit de marchandage a ainsi été consacré, faisant parallèlement apparaître d'autres formes voisines de prêt de personnel.

Aujourd'hui, les activités illégales de prêt de main-d'œuvre sont saisies par les délits de prêt de main d'œuvre illicite (*Art. L.8241-1 du Code du Travail*) et de marchandage (*article L.8231-1 du Code du Travail*)

L'évolution législative n'a pas dissipé les incertitudes qui caractérisent la situation actuelle :

⇒ incertitude du vocabulaire tout d'abord :

les textes évoquent la « *fourniture* » de main d'œuvre (*article L.8241-3 du Code du Travail*), le « *prêt* » de main d'œuvre (*article L.8241-1 du Code du Travail*), la « *sous-entreprise de main d'œuvre* » (*article L.8232-1 du Code du Travail*), la « *mise à disposition du personnel* » (*articles L.1251-4 ; L.1253-1 ; L.1272-1 du Code du Travail*), sans que l'on soit certain qu'il existe des différences bien nettes entre les notions qui recouvrent ces formules.

D'autres vocables sont encore utilisés dans la vie de l'entreprise : on parle de salarié en « *mission* », en « *régie* », en « *détachement* », en « *prêt de main d'œuvre* ».

⇒ incertitude encore quant au caractère licite ou illicite de telle ou telle opération de fourniture de main d'œuvre.

Certitude d'autant plus embarrassante que la pratique connaît des formes variées de prêt ou de fourniture de personnel et peut revêtir les dénominations les plus diverses. L'évolution de la pratique professionnelle fait apparaître de nouvelles formes de prêt de main d'œuvre pour lesquelles se renouvellent à chaque fois la question de la légalité :

Par exemple : contrat d'entreprise / prestation de services / mise à disposition / externalisation / portage.

⇒ **Ces exemples ne visent à épuiser la liste des diverses espèces de fourniture de main d'œuvre pratiquées par les entreprises en-dehors du recours au travail temporaire. Ils conduisent à s'interroger sur leur licéité au regard des critères posés par la Loi ou la Jurisprudence. Il est résulte une distinction majeure entre les opérations interdites et celles qui sont autorisées sous réserve le plus souvent d'une réglementation particulière.**

I LES OPERATIONS ILLICITES :

L'interdiction du marchandage est placée sous la dépendance de la prohibition générale posée à l'article L.8241-1 du Code du Travail, à savoir **l'interdiction** pénalement sanctionnée par l'article 1254-1 du Code du Travail **de toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre.**

Deux infractions doivent donc être distinguées, même si les conditions de leur réalisation sont pour parties communes :

⇒ le délit de prêt de main d'œuvre illicite (*article L.82.41-1 du Code du Travail*) :

« Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre 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](#). »

Deux conditions sont posées :

- l'opération doit avoir un but lucratif,
- l'objet de l'opération doit être exclusivement le prêt de main d'œuvre.

⇒ le délit de marchandage (*article L.8231-1 du Code du Travail*) :

Si elle présente un but lucratif, toute opération non exclusive de prêt de main d'œuvre n'est pas nécessairement licite.

L'article L.8231-1 du Code du Travail relatif au marchandage prévoit que :

« toute opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié détaché ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, du règlement ou de convention ou d'accord collectif de travail, est interdite. »

Pour ne pas tomber sous le coût du délit de marchandage, il faut que l'opération réponde aux deux exigences posées par le texte, c'est-à-dire :

- qu'elle n'occasionne aucun préjudice au salarié,
- qu'elle n'ait pas pour effet d'éluder une disposition législative ou réglementaire.

Le système législatif actuel peut être représenté sous la forme du tableau suivant :

Opération de fourniture de main d'oeuvre	Lucrative	Non lucrative
A but exclusif	Interdite (<i>article L8241-1 du Code du Travail</i>) sauf si elle interdit dans le cadre du travail temporaire ⇒ Portage	Autorisée (<i>article L8241-1 du Code du Travail a contrario</i>).
A but non exclusif	Autorisée (<i>Article L.8241-1 du Code du Travail a contrario</i>) si elle n'a pas pour effet d'occasionner un préjudice au salarié ou d'éluder une disposition légale (<i>Article L.1252-13 du Code du Travail</i>)	Autorisée (<i>Article L.8241-1 du Code du Travail a contrario</i>).

Un salarié peut exercer son activité dans une autre entreprise que celle de son employeur d'origine.

Un tel détachement ne doit pas être lucratif ou se réaliser au détriment du salarié, sous peine de marchandage.

Le détachement peut aussi être organisé dans le cadre d'un Groupement d'employeur, d'une Association intermédiaire.

I MISE A DISPOSITION OU DETACHEMENT :

1/ Définition :

Constitue une mise à disposition, autre appellation juridique du détachement, le fait pour une entreprise de « prêter » un salarié à une entreprise utilisatrice pour la mise en œuvre d'une compétence ou technicité propre au salarié.

La mise à disposition doit être distinguée du contrat de prestation de services, par lequel une entreprise assure directement une prestation, manuelle ou intellectuelle, au profit d'une autre entreprise, et ce en s'appuyant sur son personnel, lequel reste sous son autorité et sa direction. Appelé également contrat d'entreprise, le contrat de prestation de services a pour objet l'exécution d'une tâche objective, définie avec précision, habituellement rémunérée de manière forfaitaire.

(Cass. crim, 23/06/1987, n°85-95.585)

Pour qu'il y ait prestation de services, il faut que le service en question relève du domaine de compétences de l'entreprise. Ainsi, un salarié qui exécute une mission d'assistance, telle que la supervision de la pose d'un électrofiltre, n'est pas mis à disposition car il applique une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise.

(Cass. soc, 09/06/1993, n°91-40.222)

2/ En pratique, il existe deux modalités pour « prêter » un salarié à une autre entreprise :

- la mise à disposition (ou détachement) dans le cadre du contrat initial : le salarié reste employé par son employeur, même s'il est affecté au sein de l'entreprise utilisatrice et soumis à l'autorité technique de cette dernière.

le lien de subordination est maintenu avec son entreprise d'origine, laquelle continue à le rémunérer, à gérer son emploi et, le cas échéant, à assurer le pouvoir disciplinaire.

- la succession de contrats avec plusieurs employeurs : suspendant ou rompant sa relation avec un précédent employeur, le salarié conclut un autre contrat avec un nouvel employeur. Ce schéma de suspension du contrat / nouveau contrat est souvent utilisé en alternative à une classique mise à disposition et permet l'application du statut conventionnel du nouvel employeur.

a/ Détachement sans suspension du contrat :

• Le détachement doit remplir **deux conditions cumulatives** pour être valablement mise en œuvre :

- il ne doit pas être réalisé à titre onéreux,
- il ne doit pas opérer un transfert de la subordination juridique.

• Un **avenant de mise à disposition** n'est **pas juridiquement nécessaire** car le détachement n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail.

(*Cass. soc, 01/04/2003, n°02-14.680 ; Cass. soc, 15/03/2005, n°03-41.371*)

Toutefois, un tel avenant est requis lorsque la mise à disposition modifie la qualification, le lieu de travail, la rémunération, ou tout autre élément garanti au contrat. En pratique, un avenant est souvent recommandé pour organiser le détachement et en clarifier les conditions. Peut s'ajouter à cet avenant une convention conclue entre les entreprises concernées, afin de clarifier les conditions de cette mise à disposition et notamment le paiement du salaire.

• La **rémunération** du salarié détaché reste normalement versée par son entreprise d'origine, bien que l'entreprise utilisatrice puisse s'y substituer. De plus, le salarié détaché doit bénéficier de la participation et de l'intéressement aux résultats de son entreprise d'origine, même s'il travaille à l'étranger.

(*Cass. soc, 22/05/2001, n°99-12.902 ; Cass. soc, 28/11/2006, n°04-19.623*)

• Il doit également être **affilié au régime français** d'assurance chômage par l'employeur d'origine.

(*C. trav. Art L.5422-13 ; Cass. Soc, 01/04/2003, n°00-44.231*)

• Compte tenu du maintien de son contrat d'origine, il reste soumis **aux accords collectifs** auxquels est lié son employeur d'origine, **sauf** à ce que son activité le conduise en dehors du champ d'application territorial de l'accord collectif en cause.

(*Cass. soc, 09/05/1974, n°72-40.710*)

L'entreprise d'accueil est tenue **aux mêmes obligations** que les entreprises recevant des travailleurs temporaires.

(*C. trav Art L.8241-1*)

Elle doit ainsi :

- veiller aux conditions d'exécution du travail, notamment ce qui a trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité ;
- assurer une surveillance médicale spéciale si nécessaire. Le suivi ordinaire par la médecine du travail relève quant à lui de l'entreprise d'origine ;
- fournir les équipements de protection individuelle, sauf certains équipements personnalisés, définis par voie d'accords collectifs ;
- garantir un accès, dans les mêmes conditions que les salariés de l'entreprise, aux moyens de transport collectif et aux installations collectives, notamment de restauration.

- Les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure sont pris en compte dans **l'effectif de l'entreprise utilisatrice** dès lors qu'ils sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail. A noter en outre que leurs rémunérations, même si elles restent payées en tout ou partie par leur entreprise d'origine, doivent être prises en compte dans le calcul de la contribution patronale au budget de fonctionnement du CE de l'entreprise d'accueil.

(Cass. soc, 07/11/2007, n°06-12.309)

***Attention**, les salariés mis à disposition par une entreprise de travail temporaire, un groupement d'employeurs ou une association intermédiaire ne sont pas pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice pour l'application des dispositions relatives à la formation professionnelle continue et à la tarification des risques accident du travail et maladie professionnelle.*

(C. trav art. L.1111-1)

- Les salariés détachés peuvent faire présenter leurs **réclamations individuelles et collectives** concernant les conditions d'exécution du travail qui relèvent du chef d'établissement par les délégués du personnel de cet établissement.

Les salariés détachés ne peuvent pas revendiquer l'application d'un avantage dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice. Le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas.

(Cass. soc, 06/07/2005, n°03-43074)

- En tout état de cause, le salarié détaché doit continuer à être géré par son employeur d'origine, lequel décide de son évolution professionnelle, d'éventuelles sanctions disciplinaires, etc. si ce pouvoir est exercé par l'entreprise de détachement, il y a alors transfert du lien de subordination juridique.

***Attention**, le contrat de travail peut prévoir que le salarié est amené à travailler dans différentes filiales. Cette clause est licite et permet de muter le salarié dans une filiale sans son accord. Néanmoins, cela n'autorise pas l'employeur à modifier lors de chaque mutation les conditions de rémunération ou les fonctions du salarié concerné.*

(Cass. soc, 20/10/1998, n°96-40.692)

b/ Détachement avec suspension de contrat :

- Cette hypothèse se retrouve fréquemment lorsque le détachement est d'une **certaine durée** et entraîne un transfert du lien de subordination au nouvel employeur. En effet, si l'entreprise d'accueil adresse ordres et directives au salarié détaché, les juges sont amenés à en déduire l'existence d'un contrat de travail avec cette entreprise.

(Cass. soc, 16/05/1989, n°85-41.652)

Le contrat avec l'entreprise d'origine **ne prend pas fin pour autant**, dès lors que des liens subsistent et que la société d'origine continue de prendre les décisions essentielles.

(Cass. soc, 19/12/2000, n°98-42.919)

Pour se prévaloir de ce contrat de travail, le salarié doit **démontrer** que l'ensemble des critères relatifs à l'existence d'un contrat de travail sont réunis. Un fonctionnaire mis à disposition peut également engager une telle démarche.

(Cass. soc, 01/07/1997, n°94-45.102)

• **Au plan pratique**, la reconnaissance d'un tel contrat permet au salarié de réclamer les avantages et accords applicables dans l'entreprise d'accueil, voire que soit constaté, le cas échéant, un licenciement injustifié à l'issue de la mise à disposition.

Cette situation (transfert d'un lien de subordination) se présente très souvent en cas de mutation entre sociétés du même groupe. Ainsi, l'affectation d'un salarié de la société mère à une filiale nécessite l'accord du salarié pour conclure un nouveau contrat de travail avec la filiale, même si le contrat avec la société mère est maintenu.

(Cass. soc, 28/03/2000, n°97-44.410 ; Cass. soc, 05/05/2004, n°02-42.580)

• **Afin d'éviter tout contentieux**, ce détachement peut être formalisé à travers un avenant de suspension du contrat de travail d'origine et la conclusion d'un nouveau contrat avec l'entreprise d'accueil, ou encore par un accord tripartite entre l'employeur d'origine, le nouvel employeur et le salarié.

3/ Issue du détachement :

• A l'issue du détachement, le salarié doit **réintégrer** l'entreprise. Celle-ci ne peut alors prononcer un licenciement que pour un motif qui lui est propre et nécessairement distinct de celui ayant provoqué la fin de la mise à disposition.

(Cass. soc, 20/06/2000, n°98-42.126 ; Cass. soc, 13/06/2006, n°04-40.256)

• Le salarié **ne peut être licencié par la société d'origine au seul motif** de la fin du détachement. Ainsi, une banque ne peut pas licencier une salariée qui a été mise à la disposition de plusieurs autres banques au simple motif que ces dernières ne sont plus en mesure d'assurer sa prise en charge. C'est par rapport à l'employeur d'origine que le motif économique doit être justifié.

(Cass. soc, 10/07/1997, n°94-44.920)

Lorsqu'un salarié engagé par une société française et détaché dans une filiale étrangère est licencié par celle-ci, la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un emploi compatible avec ses fonctions précédentes chez elle.

(C. trav. Art. D.1232-5)

Si la société mère entend également le licencier, elle doit invoquer une cause réelle et sérieuse de licenciement **distincte** de celle ayant motivé son licenciement par la filiale.

(Cass. soc, 30/03/1999, n°97-40.544)

Attention, à la suite d'un long détachement (plus de six ans dans cette affaire), l'employeur doit informer le salarié dans un délai suffisant des modalités de sa nouvelle affectation. A défaut, le salarié peut obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.
(Cass. soc, 07/10/2003, n°01-42.133)

4/ Interdiction des mises à disposition « lucratives » :

Toute opération à **but lucratif** ayant pour **objet exclusif** le prêt de main-d'œuvre est interdite.
(*C. trav. Art. D.8233-1*)

Seules les entreprises de travail temporaire et les entreprises de travail à temps partagé peuvent réaliser des mises à disposition à titre onéreux, c'est-à-dire avec réalisation d'une marge bénéficiaire.

- La convention de mise à disposition peut toutefois prévoir un remboursement du coût salarial, éventuellement augmenté d'une quote-part minime représentant les frais de gestion. Un tel remboursement ne tombe pas sous le coup de la loi, car aucun profit n'est réalisé.

(*Cass. soc, 09/06/1993, n°91-40.222*)

- **Le délit de prêt de main-d'œuvre illicite** est constitué, par exemple, lorsque le prix facturé par la société prêteuse est fonction des jours de présence du salarié sur le chantier, et que la comparaison entre les factures et les bulletins de paie fait apparaître, au profit de la société prêteuse, ni présente ni représentée sur le chantier, n'avait aucun pouvoir de contrôle sur les salariés qu'elle avait embauchés.

(*Cass. soc, 17/06/2005, n°03-13.707*)

L'entreprise prêteuse est passible de sanctions pénales.

(*C. trav. Art L.8234-1*)

Si cette entreprise est une personne physique, elle encourt une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 30.000 Euros. Si c'est une personne morale, elle encourt une peine d'amende de 150.000 Euros. Dans tous les cas, la juridiction répressive peut prononcer la peine d'interdiction d'exercer l'activité de sous-entrepreneur de main-d'œuvre. L'entreprise bénéficiaire peut également être poursuivie dans les mêmes conditions.

(*Cass. crim., 12/05/1998, n°96-86.479*)

Les salariés étrangers détachés en France dans le cadre d'une prestation de services : les salariés d'entreprises étrangères détachés en France sont soumis à certaines dispositions du Code du Travail et des Conventions Collectives.

III ENTREPRISE A TEMPS PARTAGE ET PORTAGE SALARIAL

A/ Entreprises à temps partagé :

L'activité de travail à temps partagé peut être exercée par des **entreprises de travail temporaire** ou par une **entreprise à temps partagé**.

(*C. trav. Art D1251-32*)

1/ L'Activité de l'entreprise à temps partagé consiste exclusivement à mettre à disposition **d'entreprises clientes** du personnel qualifié (ingénieurs, spécialistes en ressources humaines, etc) qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes en raison de leur taille (encore à préciser) ou de leurs moyens.

L'entreprise à temps partagé peut également apporter à ses seules entreprises clientes des conseils en matière de gestion des compétences et de la formation.

2/ Contrat de mise à disposition et contrat de travail :

- un contrat de travail réputé à **durée indéterminée** est signé entre le salarié **mis à disposition et l'entreprise de travail à temps partagé**.

- un contrat est également signé, pour chaque mise à disposition individuelle de salarié, entre l'entreprise de travail à temps partagé **et l'entreprise cliente** : il doit préciser :

- le contenu et la durée estimée de la mission, qui peut être à temps plein ou à temps partiel,
- la qualification professionnelle,
- les caractéristiques du poste de travail ou des fonctions occupées, le montant de la rémunération et ses différentes composantes.

3/ La rémunération du salarié mis à disposition ne peut pas être inférieure à celle d'un salarié de niveau de qualification identique ou équivalent occupant le même poste ou les mêmes fonctions dans l'entreprise cliente.

Attention, toute clause tendant à interdire l'embauche par l'entreprise cliente à l'issue de la mission est réputée interdite.

4/ La résiliation du contrat de travail entre l'entreprise à temps partagé et le salarié est effectuée selon les règles applicables à la rupture d'un Contrat à Durée Indéterminée.

B/ Portage salarial :

1/ Définition :

- L'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du Marché du Travail vise notamment à sécuriser le « *Portage salarial : considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social, dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors.*

Il est souhaitable de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés, ainsi que la relation de prestation de services. »

- Législation a minima du Portage salarial :

L'ANI du 11 janvier 2008 donne du Portage, la définition suivante :

« le portage salarial se caractérise par :

- une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente,
- la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté,
- la fourniture des prestations par le porté à l'entreprise cliente,
- la conclusion d'un contrat de prestation de service entre le client et la société de portage,
- et la perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie au porté dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail »

- La loi n°2008-596 consacre le portage salarial mais le législateur se contente de donner une existence légale au portage, sans lui donner de régime juridique, opération laissée aux bons soins des partenaires sociaux.

La Loi n°2008-596 mentionne, sans plus de précision, :

« un ensemble de relations contractuelles »,

alors que l'ANI indiquait clairement que le contrat entre la société de portage et le client est un contrat de prestation de service, et le contrat entre la société de portage et le porté, un contrat de travail.

2/ Exercice de l'activité de portage salarial :

- la Loi du 25/06/2008 met le portage salarial à l'abri de poursuites pénales pour prêt illicite de main d'œuvre en le mentionnant parmi les pratiques auxquelles ne peut être opposée l'interdiction générale des opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre.
- la Loi n°2008-596 garantit, en outre, les droits de la personne portée sur son apport de clientèle. Même si le sens de cette formule reste à préciser, elle laisse entendre que la société de portage ne pourrait, par exemple, dessaisir une personne portée d'une mission qu'elle aurait négociée avec un client pour la confier à une autre personne portée.

3/ Négociation d'un Accord National de Branche :

La Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 prévoit qu'une Accord National Interprofessionnel étendu peut confier à une branche dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial.

Attention, le portage ne doit pas devenir un interim plus flexible : une nouvelle mode dans la gestion des ressources humaines pourrait bien alors consister à remplacer des travailleurs intérimaires par des salariés portés « facturés » aux entreprises utilisatrices « bien moins chers » que les premiers, au bénéfice des contraintes juridiques et financières allégées pesant sur l'activité de portage.

Sur le fond, le portage supplantera-t-il le travail temporaire dans le cœur des entreprises utilisatrices, à la faveur d'un dumping social découlant de son organisation juridique ?

IV GROUPEMENT D'EMPLOYEURS

A/ Définition :

Les Groupements d'Employeurs sont des **associations** ou des **sociétés coopératives** créées par des personnes physiques ou morales dont **l'objet est l'embauche de salariés** pour les **mettre à disposition de leurs membres**.

Ces Groupements ne peuvent effectuer **que** des opérations **à but non lucratif**.

Les Groupements d'Employeurs peuvent également apporter à leurs membres leur aide ou leur conseil en matière d'emploi ou de gestion des ressources humaines.

(C. trav, art L.1253 à L.1253-11)

B/ Membres du Groupe :

1/ Le Groupement d'Employeurs doit en principe être constitué par des personnes physiques ou morales relevant d'une même convention collective et occupant moins de 300 salariés.

Toutefois, des personnes physiques ou morales n'entrant pas dans le champ d'application de la même convention collective peuvent constituer un groupement **à la condition de déterminer la convention collective applicable audit groupement**. Des accords collectifs complétant les conventions applicables à ces groupements, et relatifs à la polyvalence, la mobilité et au travail à temps partagé peuvent être conclus.

La DDTEFP peut néanmoins **s'opposer** à un tel groupement lorsque la convention collective choisie n'apparaît pas adaptée aux classifications professionnelles, aux niveaux d'emploi des salariés ou à l'activité des différents membres du groupement, ou lorsque les règles régissant les groupements d'employeurs ne sont pas respectées. A défaut d'opposition notifiée **dans le délai d'un mois suivant la réception de la déclaration par la DDETF, le groupement peut exercer son activité.**

(C. trav. Art D.1253-7)

En outre, des entreprises de plus de 300 salariés peuvent participer à un groupement d'employeurs lorsqu'elles ont conclu en leur sein un accord collectif définissant les garanties accordées aux salariés du groupement. L'adhésion de l'entreprise au groupement ne peut prendre effet qu'après communication de l'accord à la DDETF.

2/ Le groupement ne peut exercer son activité qu'après une déclaration auprès du DDEF (sou son homologue dans les secteurs de l'agriculture et des transports).

La déclaration comprend :

- le nom, le siège social et la forme juridique du groupement ;
- les noms, prénoms, domiciles des dirigeants du groupement ;
- les statuts et une copie de l'extrait de déclaration d'association parue au Journal Officiel ;
- une liste des membres du groupement comportant pour chacun d'eux leur siège (ou domicile pour les personnes physiques) et l'adresser du ou des établissements concernés, la nature des activités et le nombre des salariés occupés ;
- l'intitulé de la convention collective dans le champ d'application de laquelle entre chacun des membres du groupement ;
- la convention collective que le groupement se propose d'appliquer ;
- le nombre et la qualification des salariés que le groupement envisage d'employer.

A noter : il est possible d'être membre de deux groupements à la fois. En cas d'établissements distincts, chacun d'eux peut appartenir à un groupement d'employeurs.

C/ Statut des salariés et obligations du groupement :

1/ Chaque salarié ne connaît juridiquement **qu'un seul** employeur : le groupement auquel il est lié par un contrat écrit.

2/ En cette qualité, le groupement doit respecter toutes les obligations mises à la charge de l'employeur par le Code du Travail, la convention collective et la législation de sécurité sociale.

Les contrats conclus par le groupement doivent être écrits et indiquer les conditions d'emploi et de rémunération, la qualification du salarié, la liste des utilisateurs potentiels, et les lieux d'exécution du travail.

3/ Lorsque le groupement a pour objet de mettre des remplaçants à la disposition de chefs **d'exploitations ou d'entreprise agricoles** et de remplacer des chefs d'entreprises artisanales, industrielles, ou commerciales, ou des personnes exerçant une profession libérale, le contrat **peut** mentionner uniquement la zone géographique d'exécution, et prévoir des déplacements limités.

Un accord interentreprises peut être conclu dans le périmètre du groupement d'employeurs même si certaines entreprises ont un effectif supérieur à 50 salariés.

D/ Obligations des entreprises utilisatrices :

1/ L'utilisateur, pour chaque salarié mis à sa disposition, est **responsable des conditions d'exécution du travail**, c'est-à-dire ce qui a trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et des jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité et au travail des enfants et des jeunes travailleurs.

(C. trav Art D.1253-5)

2/ Les obligations afférentes à la médecine du travail sont à la charge du **groupement**. Mais lorsque l'activité exercée par le salarié mis à disposition nécessite une surveillance médicale spéciale, les obligations correspondantes sont à la charge de l'utilisateur.

3/ Les salariés du groupement ont accès, dans l'entreprise **utilisatrice**, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, aux moyens de transports collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration.

(C. trav art D.1253-7)

4/ Ils sont pris en compte dans le calcul de l'effectif de **l'utilisateur** à hauteur de leur temps de présence, à l'exception des règles qui concernent la tarification des risques accidents du travail et maladies professionnelles et la formation professionnelles.

(C. trav art L.111-2 et L.620-12)

5/ Enfin, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou le groupement peuvent exercer en justice les actions civiles, liées au non-respect des règles relatives aux groupements d'employeurs, en faveur des salariés du groupement sans avoir à justifier d'un mandat des intéressés dès lors que ceux-ci ont été avertis et n'ont pas déclaré s'y opposer.

(C. trav art L.1253-16)

Attention, les membres du groupement sont solidairement responsables de ses dettes à l'égard des salariés et des organismes créanciers de cotisations obligatoires.

(C. trav. Art. L.217-1)

EN CONCLUSION

Chaque situation concrète doit être appréciée pour déterminer la meilleure solution.

Le détachement présente l'avantage de la souplesse à condition de respecter les dispositions légales et de bien rédiger les Avenants nécessaires.

Le portage peut être une solution transitoire.

Le Groupement d'Employeurs doit être parfaitement bien géré compte tenu de la solidarité.
