

Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ?

Depuis juillet dernier, la loi encadre de manière plus rigoureuse les prêts de main-d'œuvre. *Florence Riquoir* et *Damien Chatard* nous expliquent quelles sont, désormais, les règles à respecter en la matière.



De la musique avant toute chose », écrivait le poète⁽¹⁾.

De la souplesse avant toute chose, rêve l'entreprise.

Le temps où le salarié était « immobile » dans son emploi, rentrant au service d'une entreprise pour n'en sortir qu'à l'âge de la retraite, est depuis longtemps déjà révolu. L'heure est à la mobilité, hors de l'entreprise bien sûr, mais aussi dans l'entreprise. Une mobilité efficace implique une souplesse efficace, car « en période de mobilité économique, la souplesse est une condition vitale du plein emploi »⁽²⁾.

Le Code du travail offre des outils de gestion des ressources humaines à cet effet. Ainsi, confrontées à un besoin ponctuel de main-d'œuvre à technicité particulière, mais ne souhaitant pas nécessairement s'enfermer dans le « carcan » que peut représenter à leurs yeux un contrat de travail, les entreprises peuvent avoir recours au prêt de main-d'œuvre, dans le cadre d'opérations de mise à disposition.

mais il ne la définit pas expressément.

Elle s'entend de l'opération juridique consistant pour une entreprise à « prêter » un salarié pour une durée déterminée à une autre entreprise, dite « utilisatrice », pour la mise en œuvre d'une compétence ou d'une technicité particulière.

Elle se distingue de l'opération de **prestation de services** par laquelle une entreprise assure directement une prestation manuelle ou intellectuelle au profit d'une autre entreprise en s'appuyant sur son propre personnel qu'elle garde sous son autorité.

La mise à disposition se distingue également de la « **mutation** » d'un salarié, fruit d'une concertation entre ce dernier et les deux entreprises, qui est une opération entraînant la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec la nouvelle entreprise. ♦

Singulière en ce qu'elle bouleverse l'ordonnement traditionnel des prestations de travail, l'opération de mise à disposition est une réelle source de difficultés pour les DRH.

Son étude fait surgir de nombreuses questions pratiques :

- quelle est la base contractuelle de l'opération ?
- comment s'articulent les relations entre chacune des parties ?
- dans quel effectif le salarié doit-il être comptabilisé ?

Définition de la mise à disposition

La « mise à disposition » est prise en compte par le Code du travail au travers de diverses dispositions (effectifs, représentants du personnel...),



Par Damien Chatard

Doctorant, Université Paris II, Panthéon-Assas



et Florence Riquoir

Avocat

(avec la collaboration de **Laurène Jimenez**, apprentie)

Cabinet Capstan

1300, avenue Albert Einstein
Stratégie Concept, Bât. 4
34000 Montpellier
montpellier@capstan.fr

(1) P. Verlaine, *Œuvre poétique complète*, Ed. Robert Laffont, coll. Bouquins, 2010. (2) À. Sauvy, « *La France ridée* », Livres de poche, 1979.

Autant de questions qui concernent tant la mise en place de l'opération que la gestion des relations individuelles et collectives de travail. Si la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail du 20 août 2008 ⁽³⁾ encadre juridiquement une partie des questions relatives au régime des salariés mis à disposition, de nombreux flous juridiques demeurent.

L'absence de définition et de conditions de mise en œuvre légales ont été relevées par les parlementaires à l'occasion des débats sur la proposition de loi relative au développement de l'alternance et à la sécurisation des parcours professionnels. Soucieux d'encadrer plus rigoureusement le prêt de main-d'œuvre dans cette situation, les parlementaires ont complété le Code du travail afin d'intégrer en son sein un article concernant la mise en place, le déroulement et la fin de l'opération de mise à disposition. L'article 40 de la loi du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels⁽⁴⁾, dite « loi Cherpion », a ainsi complété l'article L. 8241-2 du Code du travail.

Comment mettre à disposition des salariés ?

Mise à disposition et changement d'employeur

La mise à disposition n'est en principe qu'une modalité d'exécution du contrat de travail. Ainsi, même si le salarié prêté reste un temps sous la responsabilité de l'entreprise utilisatrice pour laquelle il effectue sa prestation de travail, son employeur reste juridiquement l'entreprise prêteuse. L'opération n'entraîne ni rupture du contrat d'origine, ni création d'une

relation de travail nouvelle. Cette analyse a été inscrite dans le Code du travail par la loi Cherpion :

« Pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu »⁽⁵⁾.

Ce texte reprend l'article 9 de l'accord national interprofessionnel du 8 juillet 2009 relatif à la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi qui disposait déjà que « pendant le prêt de main-d'œuvre, le salarié continuant d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse, il bénéficie de l'ensemble des dispositions conventionnelles, des usages et engagements unilatéraux de l'entreprise, ainsi que des garanties individuelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse ».

Dès lors, c'est bien l'entreprise d'origine qui verse la rémunération du salarié, ce dernier continuant à y acquérir son ancienneté et à bénéficier de l'ensemble du statut collectif. Le cas échéant, elle supportera la charge de la rupture du contrat de travail.

Le contrat de travail, outil de réalisation de la mise à disposition

Certains contrats de travail ont précisément pour objet la mise à disposition du salarié, comme par exemple les contrats de travail temporaire⁽⁶⁾. En dehors de ce type de contrats particuliers, les mises à disposition reposent sur des contrats de travail de « droit commun ». L'« *intuitu personae* » qui anime la relation de travail aurait pu exclure que le salarié soit affecté unilatéralement par son employeur au service d'une entreprise tierce qui utilisera sa force de travail.

Toutefois, de jurisprudence constante, la Cour de cassation juge que la mise à disposition ■■■

(3) L. n° 2008-789, 20 août 2008, JO 21 août. (4) L. n° 2011-893, 28 juill. 2011, JO 29 juill. (5) C. trav., art. L. 8241-2, al. 8. (6) C. trav., art. L. 1251-1 et s.



d'un salarié à but non lucratif n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail⁽⁷⁾.

En revanche, les conséquences de cette mise à disposition peuvent constituer une ou des modifications du contrat, par exemple, si celle-ci entraîne un changement de lieu de travail en dehors du secteur géographique habituel. La Cour invite donc à adopter une analyse « *in concreto* » de l'opération pour déterminer s'il y a modification du contrat de travail, avec l'étude des éléments traditionnels que sont, par exemple, la rémunération, la qualification et la durée du travail.

Désormais, le Code du travail impose de façon systématique, qu'il y ait ou non une modification du contrat de travail, d'une part, l'accord du salarié et, d'autre part, la conclusion d'un avenant signé par ce dernier (voir *modèle en fin d'article*)⁽⁸⁾. Par ces formulations quelque peu redondantes, le texte insiste donc tout particulièrement sur la place du consentement du salarié dans la réalisation de l'opération. Il précise qu'il ne pourra pas « être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition »⁽⁹⁾.

L'avenant doit obligatoirement préciser la durée de la mise à disposition, qui peut être une durée

précisément déterminée dès le départ, ou une durée « indéterminée » entendue dans le sens de terme imprécis, lorsque la date de ce terme ne peut être fixée précisément par avance. Dans ce cas, le terme doit être défini en se basant, par exemple, sur l'objet de la mission du salarié mis à disposition (pour la durée de la réalisation du projet Y, par exemple). Il doit également définir le travail confié dans l'entreprise d'accueil, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail qui sera occupé par le salarié mis à disposition⁽¹⁰⁾.

L'entreprise prêteuse et le salarié peuvent également convenir d'une période probatoire à laquelle il pourra être mis fin à l'initiative de l'une ou l'autre des parties. Cette période est en revanche obligatoire lorsque le prêt de main-d'œuvre entraîne la modification d'un élément « essentiel » du contrat de travail (c'est-à-dire la durée du travail ou les fonctions du salarié, par exemple). Il appartient aux parties de définir la durée de cette période et un éventuel délai de prévenance en cas de rupture de celle-ci. La cessation de la mise à disposition avant la fin de la période probatoire ne peut, sauf faute grave du salarié, constituer un motif de sanction ou de licenciement⁽¹¹⁾. Le salarié est alors

⁽⁷⁾ Cass. soc., 1^{er} avr. 2003, n° 02-14.680, JSL 2003, n° 123, note J.-E. Tourreil ; Cass. soc., 15 mars 2005, n° 03-41.371. ⁽⁸⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 1^{er} et 3^o. ⁽⁹⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 6. ⁽¹⁰⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 3^o. ⁽¹¹⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 12.

réintégré au sein de l'entreprise prêteuse, au sein de laquelle il doit en principe retrouver son poste de travail.

Conclusion d'une convention de mise à disposition

Jusqu'à la loi *Cherpion*, aucune obligation légale n'imposait la conclusion d'une convention de mise à disposition. Il était néanmoins fortement recommandé de conclure une telle convention afin de prévoir les modalités et la durée de l'opération en vue d'éviter toute « mauvaise surprise » – pour les entreprises comme pour le salarié – pendant le déroulement de celle-ci et surtout lorsqu'elle prenait fin.

La loi *Cherpion*, reprenant et précisant une disposition de l'ANI relatif à la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi du 8 juillet 2009⁽¹²⁾, crée l'obligation pour l'entreprise prêteuse et l'entreprise emprunteuse de conclure une convention de mise à disposition (voir *modèle en fin d'article*)⁽¹³⁾. Celle-ci doit obligatoirement définir *a minima* la durée de l'opération et mentionner l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des sommes qui seront refacturées à l'entreprise utilisatrice.

Convention tripartite

Jusqu'à la loi du 28 juillet 2011, la pratique la plus répandue lors de la mise en place d'une opération de mise à disposition – en vue de la sécuriser – consistait à conclure une convention entre l'entreprise prêteuse, l'entreprise emprunteuse et le salarié, dite convention tripartite. Celle-ci résumait en un seul et même document tous les aspects de la mise à disposition (par

exemple, le lieu de travail, sa durée, la fonction occupée, etc.).

Désormais, la lecture des dispositions législatives semble clairement inviter à la rédaction de deux documents distincts correspondant aux 2° et 3° de l'alinéa 3 de l'article L. 8241-2 :

« [...] Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert :

1° L'accord du salarié concerné ;

2° Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ;

3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail. [...] »

Toutefois, rien ne s'oppose expressément à la conclusion d'une telle convention dès lors qu'y figurent les mentions des documents rendus obligatoires par l'article L. 8241-2, c'est-à-dire l'avenant au contrat de travail et la convention de mise à disposition, et dès lors que celle-ci précise bien, par exemple dans son préambule, qu'elle tient lieu, d'une part, d'avenant au contrat de travail entre le salarié et l'entreprise prêteuse et, d'autre part, de convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'utilisatrice.

Facturation de l'opération

La mise à disposition d'un salarié représente un coût pour l'entreprise d'origine. Elle est en effet tenue, en vertu du contrat de travail qui continue à s'exécuter, de rémunérer son salarié, alors même que celui-ci met sa force de travail ■■■

(12) « [...] une convention de mise à disposition de personnel entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice doit être établie » (ANI, 8 juill. 2009, art. 7). (13) C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 2°.

à la disposition d'une entreprise tierce. Le coût de la main-d'œuvre peut être refacturé à l'entreprise utilisatrice, mais uniquement pour le coût des salaires et des charges afférentes payées par l'employeur. La convention de mise à disposition doit ainsi impérativement prévoir « le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse »⁽¹⁴⁾. En effet, seules les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont légalement autorisées⁽¹⁵⁾. Une attention particulière doit donc être portée à la rédaction de la clause de facturation de l'opération à l'entreprise utilisatrice, car les modalités de celle-ci peuvent être un indice permettant de caractériser les délits de prêt de main-d'œuvre illicite et/ou de marchandage⁽¹⁶⁾.

La Cour de cassation a par exemple jugé qu'une rémunération non forfaitaire, calculée en fonction des seules heures de travail effectuées et du nombre de salariés mis à disposition, était constitutive d'un prêt de main-d'œuvre à but lucratif⁽¹⁷⁾. Elle a considéré qu'il en était de même dès lors que l'utilisateur n'a pas à supporter les charges sociales et financières qu'il aurait supportées s'il avait employé lui-même les salariés⁽¹⁸⁾. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un prêt de salariés à une société française par une entreprise, installée au Portugal où le coût de la main-d'œuvre est moindre, permettant à la première d'échapper à un certain nombre de charges et indemnités qui auraient été dues en cas de recours à l'intérim. Par ailleurs, comme le souligne *Hélène Bernier*, dans sa tribune publiée sur le site de SVP⁽¹⁹⁾, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère, depuis 1998, que « le but lucratif

d'une opération est établi dès lors qu'elle est effectuée à titre onéreux, fût-ce à prix coûtant ».

Au surplus, précise-t-elle, « ce but peut être apprécié en considérant le profit retiré par la société mère, utilisatrice de la main-d'œuvre, l'intérêt de la filiale étant indissociable du sien »⁽²⁰⁾.

En l'occurrence, une société française, après avoir licencié des salariés pour motif économique, avait créé une société en Suisse dont le seul but était de fournir du personnel à la société mère en évitant les avantages sociaux français.

En 2007, cette même chambre avait décidé que le but lucratif de l'opération de prêt de main-d'œuvre conclue entre des sociétés ayant des intérêts communs peut être caractérisé par un gain, un bénéfice ou un profit en faveur de l'utilisateur ou du prêteur de main-d'œuvre⁽²¹⁾.

Dans cette affaire, trois sociétés avaient le même gérant, la même enseigne, un numéro de téléphone unique par le jeu de transfert d'appel, et fonctionnaient comme une seule et même entité. Le 18 mai dernier, la chambre sociale s'est rangé au même avis que la chambre criminelle, en jugeant que le but lucratif pouvait résulter de l'économie réalisée sur les frais de gestion du personnel, ou encore, pour l'entreprise utilisatrice, d'un accroissement de la flexibilité dans la gestion du personnel ou d'une économie de charges qui lui est ainsi procurée⁽²²⁾. Le cas de figure était le suivant : la société mère avait embauché un salarié en qualité de délégué régional qu'elle avait mis à la disposition de sa filiale pendant un certain nombre d'années, et pour lequel elle avait refacturé strictement le salaire chargé.

Une répercussion de la facture à l'euro près de la prestation fournie ne suffisait donc pas à écarter le risque encouru.

(14) C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 2°. (15) C. trav., art. L. 8241-2 al. 1^{er}. (16) La Cour de cassation procède en deux temps. Dans un premier temps, elle caractérise le caractère illicite du prêt de main-d'œuvre (recherche d'un but lucratif). Elle recherche ensuite l'existence d'un préjudice pour le salarié pour, le cas échéant, reconnaître le délit de marchandage. Ce délit est caractérisé par la volonté d'éviter l'application de dispositions légales ou de stipulations conventionnelles qui cause un préjudice au salarié. (17) Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-82.287, Semaine Sociale Lamy 2006, n° 1276. (18) Cass. crim., 17 févr. 2004, n° 03-82.797. (19) « Prêt de salariés dans un groupe de sociétés : un prêt à risque », Hélène Bernier, Expert SVP, Département Ressources humaines, <http://www.svp.com>, Le blog des experts : Ressources humaines : Jurisprudence. (20) Cass. crim., 10 févr. 1998, n° 97-81.195. (21) Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253. (22) Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175.

Pour mettre fin à cette jurisprudence assez restrictive, et définir légalement le but lucratif, les parlementaires ont modifié l'article L. 8241-1⁽²³⁾ en y intégrant un nouvel alinéa selon lequel :

« Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition. »

Une facturation « à l'euro près » ne semble donc plus pouvoir être critiquée désormais.

Remarque :

Les délits de prêt de main-d'œuvre illicite et de marchandage sont punis d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 €. De plus, la responsabilité de la personne morale peut être engagée⁽²⁴⁾. Elle encoure alors une peine d'amende de 150 000 €⁽²⁵⁾. La Cour de cassation considère que ces délits peuvent concerner tant l'entreprise d'origine que l'entreprise utilisatrice⁽²⁶⁾.

Rôle des représentants du personnel

La loi du 28 juillet 2011 impose, pour la mise en œuvre d'un prêt de main-d'œuvre, la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel de l'entreprise prêteuse à propos de la mise en place de cette opération et une information concernant les différentes conventions signées.

Le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise prêteuse est informé

lorsque le poste qui sera occupé dans l'entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure sur la liste présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés mentionnée à l'article L. 4154-2, alinéa 2, du Code du travail. Enfin, le comité d'entreprise et le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l'accueil de salariés mis à la disposition⁽²⁷⁾.

Par ailleurs, l'entreprise utilisatrice doit informer le comité d'entreprise, dans le cadre de l'information annuelle ou trimestrielle selon les cas, du nombre de salariés appartenant à une entreprise extérieure⁽²⁸⁾.

Le non-respect de l'une de ces obligations à l'égard des représentants du personnel expose l'employeur à une sanction pour délit d'entrave.

Comment gérer la mise à disposition sur le plan individuel ?

Pouvoir disciplinaire

Si l'entreprise d'origine reste juridiquement l'employeur du salarié mis à disposition, la prestation de travail est effectuée au service de l'entreprise utilisatrice. L'utilisateur oriente le travail du salarié, lui donne des directives et contrôle le travail réalisé. Toutefois, le pouvoir disciplinaire, inhérent à la fonction d'employeur, ne peut être exercé par celui-ci qu'à l'égard de ses propres salariés.

Le salarié mis à disposition reste donc soumis aux règles en vigueur dans son entreprise d'origine et au seul pouvoir disciplinaire de son ■■■

⁽²³⁾ Loi du 28 juillet 2011 relative au développement de l'alternance et à la sécurisation des parcours professionnels précitée. ⁽²⁴⁾ C. pén., art. 121-2. ⁽²⁵⁾ C. trav., art. L. 8243-2. ⁽²⁶⁾ Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253. ⁽²⁷⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 10 et 11. ⁽²⁸⁾ C. trav., art. L. 2323-47 et R. 2323-9 relatifs au rapport annuel pour les entreprises de moins de 300 salariés ; C. trav., art. L. 2323-51 et R. 2323-10 relatifs à l'information trimestrielle pour les entreprises de plus de 300 salariés.

employeur. Si un aménagement conventionnel est peut être envisageable, il n'est de toute façon pas conseillé, car toute augmentation des prérogatives de l'utilisateur est un facteur de risque de requalification en contrat de travail de la relation entre le salarié mis à disposition et l'entreprise utilisatrice.

Rémunération du salarié mis à disposition

Le lien contractuel liant le salarié mis à disposition et son entreprise d'origine étant maintenu, il revient à celle-ci de supporter la rémunération du salarié. Confier la charge du paiement de celle-ci à l'entreprise utilisatrice fait peser très lourdement le risque d'une requalification de la relation entre le salarié mis à disposition et l'entreprise utilisatrice. Le salarié voit donc sa rémunération maintenue par son entreprise d'origine, y compris pour les différents avantages tels que l'épargne salariale. Si une part de la rémunération est indexée sur la réalisation d'objectifs, l'employeur ne pouvant juger par lui-même des performances de son salarié, il revient à l'entreprise utilisatrice de rendre compte de l'activité du salarié à l'entreprise d'origine, sur la base d'éléments d'évaluation objectifs qui pourront, par exemple, avoir été fixés dans la convention de mise à disposition.

Avantages sociaux

L'article L. 8241-2 du Code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 40 de la loi du 28 juillet 2011, stipule que, pendant le prêt de main-d'œuvre, le salarié « conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse ».

Par ailleurs, selon Héléne Bernier :

« Le fait d'éviter l'application de dispositions légales ou conventionnelles constitue l'un des

éléments permettant de qualifier le délit de marchandage, selon l'article L. 8231-1 du Code du travail.

« La jurisprudence relative au délit de marchandage fondé sur la non-application de dispositions légales ou conventionnelles est abondante.

« Dans la décision précitée du 18 mai 2011, la Cour de cassation était saisie au sujet de l'application d'une convention de forfait en jours à un salarié, concerné par une opération de fourniture de main-d'œuvre illicite, alors que la convention collective qui aurait dû lui être appliquée ne le permettait pas. Elle a considéré que cela constituait une violation du statut conventionnel.

« De ce constat, les Hauts Magistrats en déduisent l'existence d'un préjudice subi par le salarié : le non-paiement des heures supplémentaires effectuées et qui auraient dû être payées, s'il n'avait été en forfait en jours.

« C'est, à notre connaissance, la première fois que la chambre sociale retient comme préjudice caractérisant le délit de marchandage l'application illicite d'un forfait en jours.

« La Cour de cassation avait déjà retenu comme préjudice pour le salarié :

- un salaire inférieur aux salaires versés aux salariés de l'utilisateur⁽²⁹⁾ ;
- l'exclusion du salarié d'avantages sociaux résultant d'un statut applicable aux salariés de l'utilisateur⁽³⁰⁾ ;
- la non-application d'avantages sociaux légaux et conventionnels⁽³¹⁾. »

Normes d'hygiène et de sécurité

Le Code du travail dispose que, pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail, lesquelles comprennent la santé et la sécurité au travail⁽³²⁾. Le salarié mis à disposition est

(29) Cass. crim., 23 févr. 1993, n° 92-83.262. (30) Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 00-44.840. (31) Cass. crim., 10 févr. 1998, n° 97-81.195. (32) C. trav., art. L. 8241-2, al. 2 ; C. trav., art. L. 1251-21.

également tenu de respecter les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité prévues par le règlement intérieur de l'entreprise utilisatrice⁽³³⁾.

Par ailleurs, les obligations afférentes à la médecine du travail sont à la charge de l'entreprise d'origine. Lorsque l'activité exercée par le salarié nécessite une surveillance médicale spéciale au sens de la réglementation relative à la médecine du travail, les obligations correspondantes sont en revanche à la charge de l'entreprise utilisatrice⁽³⁴⁾.

Les éventuels équipements de protection individuelle nécessaires doivent être fournis par l'entreprise utilisatrice. Par exception, certains équipements de protection individuelle personnalisés peuvent être fournis par l'entreprise d'origine. En tout état de cause, le salarié mis à disposition ne doit pas supporter la charge financière de ces équipements de protection individuelle⁽³⁵⁾.

Pour finir, le Code du travail prévoit l'accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de celle-ci aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration⁽³⁶⁾.

Fin de la mise à disposition

L'opération de mise à disposition a par essence un caractère temporaire. Si elle s'avérait définitive, le risque de requalification en contrat de travail de la relation entre le salarié et l'entreprise utilisatrice serait sans doute important.

Le caractère temporaire de la mise à disposition a pour corollaire le retour du salarié dans sa collectivité d'origine. Avant la loi du 28 juillet 2011, le législateur n'avait prévu aucune règle spécifique pour encadrer le retour du salarié dans son entreprise d'origine, sauf dans le cas du salarié mis à disposition auprès d'une filiale

à l'étranger⁽³⁷⁾. Dans cette hypothèse, la société mère doit assurer le rapatriement matériel du salarié (prise en charge du coût du déménagement, des frais de retour de tout ou partie de la famille et, éventuellement, des coûts liés à la réinstallation) et son reclassement afin de « *lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société* ». Cette obligation de reclassement n'est pas subordonnée au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la société mère, et il importe peu que le contrat liant le salarié à la société située à l'étranger soit soumis au droit étranger⁽³⁸⁾.

Désormais, le Code du travail dispose expressément qu'« *à l'issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt* »⁽³⁹⁾. Lorsque la mise à disposition s'est effectuée sur une longue durée, il se peut toutefois que des évolutions soient intervenues dans l'entreprise d'origine et que le poste anciennement occupé par le salarié ait évolué. Dans ce cas, il n'est pas tout à fait certain que la proposition d'un poste similaire et, en tout état de cause, au moins équivalent à celui antérieurement occupé satisfiera l'obligation imposée par le texte, étant donné la rédaction très stricte de celui-ci qui prévoit que le salarié retrouve *son poste*. À titre de comparaison, l'article L. 1226-8 du Code du travail prévoit qu'à l'issue d'une période de suspension de son contrat due à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié retrouve « *son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ». Il en est de même, selon l'article L. 1225-25, pour une salariée au retour de son congé de maternité. On le voit, ■■■

⁽³³⁾ C. trav., art. L. 1311-1 et s. ; CE, 12 nov. 1990, n° 95823, RJS 2/91, n° 174. ⁽³⁴⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 2 ; C. trav., art. L. 1251-22. ⁽³⁵⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 2 ; C. trav., art. L. 1251-23. ⁽³⁶⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 2 et 5 ; C. trav., art. L. 1251-24. ⁽³⁷⁾ C. trav., art. L. 1231-5. ⁽³⁸⁾ Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70.306. ⁽³⁹⁾ C. trav., art. L. 8241-2, al. 4.

la rédaction de ces dispositions laisse davantage de « *marge de manœuvre* » à l'employeur, puisqu'elles prévoient expressément la possibilité de proposer au salarié un emploi similaire, à l'inverse du texte issu de la Loi *Cherpion*. Doit-on considérer qu'il s'agit là d'un simple « *oubli* » du législateur, et que la proposition d'un poste équivalent avec une rémunération équivalente est possible, le salarié ne subissant de ce fait aucun préjudice ? Il faut l'espérer car, en pratique, une disposition aussi restrictive risque de poser de nombreuses difficultés, en particulier lors de mises à disposition longues. L'entreprise n'est pas un bloc figé, elle doit constamment s'adapter à son environnement économique afin de rester compétitive. Il se peut donc que le poste du salarié dans l'entreprise d'origine ait dû évoluer pour s'adapter aux besoins organisationnels de celle-ci. Ce poste sera-t-il alors toujours bien « *son poste* » pour le salarié mis à disposition de retour ? Dès lors que les évolutions intervenues relèvent du changement des conditions de travail, le poste ainsi restitué au salarié devrait satisfaire à l'obligation légale. On ne peut que regretter ici la formulation quelque peu lapidaire du texte, porteuse d'une certaine insécurité juridique et espérer que la jurisprudence admette que le retour du salarié sur un poste au moins équivalent réponde aux exigences légales.

Comment intégrer le salarié mis à disposition dans les relations collectives de chaque entreprise ?

Les relations collectives de travail renvoient aux relations nouées « *entre un ou plusieurs employeurs ou groupements d'employeurs et un groupement,*

organisé ou non, de salariés »⁽⁴⁰⁾. Celles-ci prennent essentiellement deux formes : la représentation collective et les conflits collectifs.

Salarié mis à disposition et IRP de l'entreprise d'accueil

Recours aux délégués du personnel

Les salariés d'entreprises extérieures qui, dans l'exercice de leur activité, ne se trouvent pas placés sous la subordination directe de l'entreprise utilisatrice peuvent faire présenter leurs réclamations individuelles et collectives, intéressant les conditions d'exécution du travail qui relèvent du chef d'établissement, par les délégués du personnel de cet établissement⁽⁴¹⁾. Les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice peuvent également présenter les réclamations de ces salariés en matière de rémunération et d'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives⁽⁴²⁾.

Bénéfice des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise

Comme nous venons de le voir, les salariés mis à disposition ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives existantes, par exemple un service de restauration. Ces services peuvent être assurés par le comité d'entreprise dans le cadre de ses activités sociales et culturelles.

Dans ce cas, même si cela n'est pas expressément prévu par le Code du travail, lorsque des dépenses supplémentaires incombent au comité d'entreprise, celles-ci doivent sans doute lui être remboursées suivant des modalités qui sont à définir dans le contrat de mise à disposition conclu entre l'entreprise prêteuse et l'utilisateur⁽⁴³⁾.

(40) B. Teyssié, « *Droit du travail – Relations collectives* », Litec, 7^e éd., 2010, n° 1. (41) C. trav., art. L. 8241-2, al. 2 ; C. trav., art. L. 2313-3. (42) Voir supra « *Normes d'hygiène et de sécurité* » ; C. trav., art. L. 8241-2, al. 2 ; C. trav., art. L. 2313-4 et L. 2313-5. (43) Ce remboursement est par exemple prévu par le Code du travail pour les salariés temporaires : C. trav., art. L. 1251-54. Par analogie, on peut considérer que celui-ci doit également être prévu en cas de mise à disposition.

Participation du salarié mis à disposition au processus électoral

Situation antérieure à la loi du 20 août 2008

En matière de participation des salariés mis à disposition au processus électoral de l'entreprise d'accueil, la position de la Cour de cassation fut tout d'abord de considérer que seuls les salariés mis à disposition se trouvant dans une situation de subordination à l'égard de celle-ci pouvaient être pris en compte pour déterminer le nombre de mandats à pourvoir à l'occasion des élections des institutions représentatives du personnel organisées par l'entreprise d'accueil. Pour être électeur, il fallait obligatoirement être salarié de l'entreprise dans laquelle étaient organisées les élections⁽⁴⁴⁾. Les salariés mis à disposition pouvaient s'adresser aux délégués du personnel de l'entreprise d'accueil, mais ne pouvaient donc pas participer à leur élection, sauf à démontrer l'existence d'un lien de subordination juridique et une intégration à la communauté de travail⁽⁴⁵⁾.

En 2006, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur ce dernier point en considérant⁽⁴⁶⁾ que les salariés de l'entreprise extérieure intégrés de façon étroite et permanente à l'entreprise d'accueil sont habilités à participer aux élections des institutions représentatives du personnel de cette dernière⁽⁴⁷⁾. Il a par-là écarté l'obligation d'être salarié de l'entreprise organisatrice des élections, et développé le critère de l'intégration à la communauté de travail. Cette position a rapidement été reprise par la chambre sociale de la Cour de cassation dans

un arrêt *Peugeot*⁽⁴⁸⁾ dans lequel elle a jugé que « *sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs [...], sont à ce même titre électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel* ».

Une circulaire⁽⁴⁹⁾ et trois arrêts du 13 novembre 2008⁽⁵⁰⁾ (rendus à propos de situations soumises au régime antérieur à la loi du 20 août 2008) ont précisé les critères de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail en énonçant que « *sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des articles [...] L. 2314-15, L. 2324-14 et L. 1111-2 du Code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* ». La Cour de cassation vient considérer que la présence dans les mêmes locaux et pendant une certaine durée renforce l'idée de communauté de travail. Cette prise en compte des salariés mis à disposition vient accentuer l'effet utile de la participation des salariés « *à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », telle que prévue à l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946⁽⁵¹⁾. ■■■

(44) Voir en ce sens, Cass. soc., 13 mars 1985, n° 84-60.731 ; Cass. soc., 13 juin 1990, n° 89-61.222. (45) Cass. Ass. plén., 6 juill. 1990, n° 89-60.581, Bull. civ, AP, n° 10. (46) Au visa de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». (47) Cons. Const., 28 déc. 2006, déc. n° 2006-545. (48) Cass. soc., 28 févr. 2007, n° 06-60.171, Semaine Sociale Lamy 2007, n° 1298. (49) Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008. (50) Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-60.465, n° 07-60.469 à n° 07-60.472. (51) Voir Y. Pagnerre et G. Saincaize, « *L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets* », JCP S 2009, 1368.

Principaux apports de la loi du 20 août 2008

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a, pour reprendre les termes de la circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008, « sécurisé la question du vote et de l'éligibilité des salariés mis à disposition d'une entreprise, en garantissant le droit à la participation et le libre choix de la représentation ». En effet, le débat restait notamment ouvert sur la condition de la durée de présence dans l'entreprise du salarié mis à disposition pour sa prise en compte dans l'effectif de l'entreprise d'accueil, la Cour de cassation jugeant à ce propos que les salariés pris en compte sont ceux qui « y travaillent depuis une certaine durée »⁽⁵²⁾.

Le législateur, en 2008, a édicté que doivent être pris en compte « les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an »⁽⁵³⁾. Ils sont par contre exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu⁽⁵⁴⁾. La notion jurisprudentielle d'intégration de façon étroite et permanente à la communauté de travail a ainsi été légalement complétée. Rien n'empêche par ailleurs que les critères d'application et d'appréciation de la notion d'intégration étroite à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice soient également davantage précisés par accord collectif, comme cela est le cas, par exemple, dans le secteur de la manutention ferroviaire⁽⁵⁵⁾.

Une autre nouveauté apportée par la loi du 20 août 2008 est la création pour le salarié mis à disposition d'un « droit d'option ». Celui-ci a désormais la possibilité, sous certaines conditions, de déterminer au sein de quelle communauté de travail il souhaite être électeur et éligible. Toutefois, les conditions d'expression de ce choix ne sont pas légalement encadrées et restent donc à déterminer par chaque entreprise concernée.

Éligibilité et électorat

Pour les élections des délégués du personnel⁽⁵⁶⁾, les salariés mis à disposition sont électeurs si :

- ils remplissent les conditions pour être décomptés dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice ;
- ils sont présents dans l'entreprise utilisatrice depuis 12 mois continus.

Ils sont éligibles si :

- ils remplissent les conditions pour être décomptés dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice ;
- ils sont présents dans l'entreprise utilisatrice depuis 24 mois continus.

Le salarié mis à disposition qui remplit ces conditions doit choisir l'entreprise dans laquelle il exerce ce droit.

Pour les élections des membres du comité d'entreprise, ou de la délégation unique du personnel (exerçant les missions du CE), les salariés mis à disposition sont électeurs si⁽⁵⁷⁾ :

- ils remplissent les conditions pour être décomptés dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice ;

⁽⁵²⁾ Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-60.465, n° 07-60.469 à n° 07-60.472. ⁽⁵³⁾ C. trav., art. L. 1111-2, 2°. ⁽⁵⁴⁾ C. trav., art. L. 1111-2, 2°. ⁽⁵⁵⁾ Avenant n° 15 du 25 février 2009 à la CCN de la manutention ferroviaire et travaux connexes relatif à l'application de l'article L. 1111-2, 2°, du Code du travail au sein du secteur : « Le présent accord est conclu pour l'application de l'article L. 1111-2, 2°, du Code du travail, dont il précise les critères d'appréciation de la notion d'intégration étroite à la communauté de travail de l'entreprise cliente, pour les salariés des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes travaillant sur les chantiers de travaux. Si les critères de l'intégration permanente à la communauté de travail sont définis précisément par le texte légal précité, aucune précision n'est donnée par la loi sur la notion d'intégration étroite à la communauté de travail, la seule mention de la présence dans les locaux de l'entreprise utilisatrice étant insuffisante pour appliquer effectivement cette notion au cas particulier des chantiers de travaux » (art. 1^{er}). ⁽⁵⁶⁾ C. trav., art. L. 2314-18-1. ⁽⁵⁷⁾ C. trav., art. L. 2324-17-1.

– ils sont présents dans l'entreprise utilisatrice depuis 12 mois continus.

Ils ne sont en revanche jamais éligibles⁽⁵⁸⁾. Ici encore, les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions pour être électeurs dans l'entreprise utilisatrice doivent choisir l'entreprise dans laquelle ils souhaitent exercer ce droit (entreprise qui les emploie ou entreprise utilisatrice).

Les dispositions légales n'ont en revanche pas apporté de précision concernant le CHSCT. Pour ce qui est de la prise en compte dans l'effectif, le salarié mis à disposition doit être présent dans les locaux le jour du décompte, y travailler depuis au moins un an (c'est-à-dire y avoir été présent un an avant la date retenue pour le décompte de l'effectif) et n'est pris en compte qu'à due proportion de son temps de présence au cours des douze mois précédents⁽⁵⁹⁾.

La question de savoir si le salarié mis à disposition est électeur ne se pose pas dans les mêmes termes que pour le CE ou les DP, puisque les membres de la délégation du personnel au CHSCT sont désignés par un collège composé des élus titulaires du CE et des DP.

Concernant l'éligibilité, la jurisprudence a estimé que le salarié mis à disposition peut être éligible à la délégation du personnel au CHSCT de l'entreprise utilisatrice⁽⁶⁰⁾. Le comité ayant pour mission de contribuer à protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement⁽⁶¹⁾, cette solution est logique, dès lors que le salarié travaille dans l'établissement où est constitué le CHSCT. Cependant, toute mise à disposition ne permet sans doute pas une telle éligibilité.

Il convient ici de revenir à la notion jurisprudentielle d'intégration étroite et permanente à la collectivité de travail vue ci-avant. La mise à disposition doit être d'une durée suffisante afin que le salarié partage de façon effective les conditions de travail des autres salariés, et qu'il ait les mêmes intérêts en matière de santé et de sécurité, afin qu'il puisse être valablement représentatif de la communauté de travail⁽⁶²⁾.

– Pour un **tableau récapitulatif** des conditions d'électorat et éligibilité, voir **ci-après**.

La mise en œuvre des dispositions issues de la loi de 2008 pose toutefois quelques difficultés, notamment pour le recueil des informations sur la situation des salariés mis à disposition au regard de leur prise en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice pour l'organisation des élections. D'abord, la circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 dispose qu'il revient à l'entreprise utilisatrice d'interroger l'entreprise d'origine pour déterminer quels salariés mis à disposition elle doit intégrer dans ses effectifs et inscrire sur les listes électorales.

Ensuite, un arrêt du 26 mai 2010 de la Cour de cassation⁽⁶³⁾ a précisé qu'il appartient à l'employeur responsable de l'organisation de l'élection de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat et que, s'agissant des salariés mis à disposition, il doit, sans se borner à interroger les entreprises extérieures, fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par ces entreprises. ■■■

⁽⁵⁸⁾ Circ. 13 nov. 2008, Fiche 6, n° 2.2.2. ⁽⁵⁹⁾ J.-B. Cottin, « Le CHSCT », Lamy Axe Droit, éd. 2010, n° 60 et s. ⁽⁶⁰⁾ Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 98-60.629.

⁽⁶¹⁾ C. trav., art. L. 4612-1. ⁽⁶²⁾ Voir J.-B. Cottin, « Le CHSCT » précité, n° 135 et s. ⁽⁶³⁾ Cass. soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, Liaisons Sociales 2010, Bref social, n° 15623.

SYNTHÈSE : CONDITIONS D'ÉLECTORAT ET D'ÉLIGIBILITÉ

	Prise en compte dans l'effectif du salarié	Éligibilité	Électorat
Délégués du personnel (C. trav., art. L. 2314-18-1)	OUI s'ils sont présents dans l'entreprise utilisatrice depuis au moins un an .	OUI : – s'ils sont décomptés dans l'effectif de l'entreprise ; – s'ils remplissent la condition de présence dans l'entreprise de 24 mois continus.	OUI : – s'ils sont décomptés dans l'effectif de l'entreprise ; – s'ils remplissent la condition de présence dans l'entreprise de 12 mois continus.
Comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2324-17-1)	Pris en compte dans l'entreprise au prorata de leur temps de présence aux cours des 12 derniers mois.	NON	
Délégation unique du personnel		NON	
CHST	OUI : – s'ils sont présents dans les locaux le jour du décompte ; – et s'ils y travaillent depuis au moins un an. Pris en compte à due proportion de son temps de présence au cours des 12 mois précédents.	OUI si mise à disposition d'une durée suffisante, partage des conditions de travail et intérêts communs en matière de santé et sécurité.	

Enfin, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 janvier 2011, a considéré que les salariés mis à disposition présents depuis plus de douze mois dans l'entreprise d'accueil doivent être pris en compte dans les effectifs pour la mise en place des délégués du personnel, même s'ils ont choisi d'être électeur dans l'entreprise d'origine⁽⁶⁴⁾.

Ainsi, dans le cadre de la négociation d'un accord préélectoral, l'employeur ne peut se borner à fournir aux organisations syndicales les informations communiquées par l'entreprise d'origine. Il doit également fournir les informations qu'il a lui-même recueillies et peut, le cas échéant, saisir le tribunal d'instance en référé pour demander des informations supplémentaires à l'entreprise prêteuse si celle-ci ne les lui a pas transmises volontairement dans un délai « raisonnable ».

Droit d'option

Une autre difficulté posée par les dispositions nouvelles de la loi du 20 août 2008 concerne les modalités d'exercice par le salarié mis à disposition de son droit d'option individuel, c'est-à-dire du choix entre son entreprise d'origine ou l'entreprise utilisatrice pour y exercer les droits dont il dispose.

L'arrêt du 26 mai 2010 précité apporte à cet égard un premier éclaircissement : c'est lors des premières élections organisées dans l'entreprise utilisatrice, à compter de la date à laquelle le salarié mis à disposition remplit les conditions légales, que celui-ci peut exercer son droit d'option. L'entreprise utilisatrice doit l'interroger explicitement à cet effet, et le fait qu'il ait déjà voté dans son entreprise d'origine ne le prive pas de son droit d'option. Dès lors, s'il décide d'exercer son droit en

(64) Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 10-60.296.

faveur de l'entreprise utilisatrice, cette prise d'option restera valable tant que sa situation demeurera inchangée. Il ne pourra pas participer aux éventuelles élections organisées dans son entreprise d'origine pendant cette période. Son employeur devra donc impérativement être informé de son choix. Il retrouvera son droit de vote dans son entreprise d'origine, ou dans une autre entreprise dans laquelle il serait mis à disposition, à échéance de sa mission. La Cour de cassation et le législateur ont ainsi souhaité éviter des situations de « double vote » ou de « double éligibilité », à l'instar de la situation des salariés à temps partiel travaillant simultanément dans plusieurs entreprises qui ne sont éligibles que dans l'une des entreprises où ils travaillent et doivent choisir celle dans laquelle ils font acte de candidature ⁽⁶⁵⁾.

Gestion du salarié mis à disposition titulaire d'un mandat

Durée du mandat

La question se pose du sort du mandat du salarié mis à disposition qui a été élu dans l'entreprise utilisatrice. Qu'advient-il de celui-ci à la fin de la mission ?

L'article L. 2314-26 du Code du travail prévoit, par exemple, que le mandat des délégués du personnel prend fin notamment par « la perte des conditions requises pour l'éligibilité ». Or, l'éligibilité du salarié mis à disposition repose notamment sur son « intégration étroite et permanente à la communauté de travail » de l'entreprise utilisatrice, comme l'a relevé le Conseil Constitutionnel dans sa décision relative à la loi du 20 août 2008 :

« Le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion

des entreprises" a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés [...] Le législateur a entendu préciser cette notion d'intégration à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés [et] a prévu, à cet effet, des conditions de présence continue dans les locaux de l'entreprise [...] » ⁽⁶⁶⁾.

Ainsi, ayant achevé sa mission dans l'entreprise d'accueil, le salarié ne fait plus partie de sa communauté de travail, et son mandat est caduc, qu'il soit DP, ou membre du CHSCT.

Statut protecteur

Le salarié mis à disposition, titulaire dans l'entreprise utilisatrice d'un mandat représentatif, peut-il opposer à son employeur d'origine (c'est-à-dire en dehors du lieu d'exercice de son mandat) le bénéfice du statut protecteur attaché par la loi à sa qualité d'ancien représentant du personnel ?

L'article L. 8241-2 du Code de travail issu de la loi *Cherpion* apporte une réponse claire à cette problématique :

« La mise à disposition d'un salarié ne peut affecter la protection dont jouit un salarié en vertu d'un mandat représentatif. »

Notons que lors d'une décision récente, le Conseil de prud'hommes de Nancy ⁽⁶⁷⁾ a considéré que le statut protecteur est opposable à l'entreprise d'origine, en précisant que « pour que cette règle soit applicable, encore faut-il, s'agissant d'un mandat obtenu et exercé dans une entreprise extérieure, que l'employeur ait connaissance du statut de travailleur protégé de ■■■

(65) C. trav., art. L. 2314-16. (66) Cons. Const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC. (67) Cons. prud'h. Nancy, 7 sept. 2009, n° 08/00452, Semaine Sociale Lamy 2009, n° 1419.

son salarié avant le début de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire, et ce pour être en mesure d'engager une procédure adaptée ».

Aucune formalité administrative particulière n'est imposée, de sorte que la période de protection court dès la proclamation des résultats, sans attendre la mesure de publicité afférente⁽⁶⁸⁾. En pratique, si l'employeur envisage une mesure de licenciement à l'encontre du salarié mis à disposition, par exemple à son retour de mission, il doit impérativement s'informer du statut de son salarié : est-il ou non protégé ? Pour cela, il peut interroger par écrit ce dernier et/ou l'entreprise d'accueil.

Gestion des conflits collectifs

Grève dans l'entreprise d'origine

Droit à valeur constitutionnelle, le droit de grève ne peut être refusé au salarié mis à disposition, y compris dans son entreprise d'accueil. Le lien contractuel maintenu avec son entreprise d'origine lui permet d'exercer valablement ce droit même pendant la période de l'opération de prêt. Le salarié peut participer à un mouve-

ment de grève pour la défense des intérêts de la collectivité à laquelle il appartient en vertu de son contrat de travail. À cette fin, il peut cesser le travail dans l'entreprise d'accueil. En conséquence, l'entreprise utilisatrice pourra déduire cette période de la tarification de l'opération.

Grève dans l'entreprise d'accueil

Intégré de façon étroite et permanente à la collectivité de travail de l'entreprise d'accueil, le salarié mis à disposition peut exercer son droit de grève dans cette entreprise pour des revendications qui l'intéressent directement, par exemple relatives aux conditions de travail. Pendant l'exercice de ce droit, le salarié n'est pas rémunéré. L'entreprise d'accueil ne sera par conséquent pas tenue de verser à l'entreprise d'origine les sommes dues au titre de la mise à disposition. Le salarié mis à disposition pourra en revanche se voir refuser l'accès aux locaux de l'entreprise d'accueil. Le droit de grève n'emporte pas le droit, illicite, « de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise »⁽⁶⁹⁾, a fortiori les locaux d'une entreprise dont on n'est pas salarié. ♦

Article L. 8241-2 du Code du travail (issu de l'article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011)

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

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

Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert :

- 1° L'accord du salarié concerné ;
- 2° Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ;
- 3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail.

(68) Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-40.968. (69) Cass. soc., 21 juin 1984, n° 82-16.596.

À l'issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt.

Les salariés mis à disposition ont accès aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice.

Un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition.

La mise à disposition ne peut affecter la protection dont jouit un salarié en vertu d'un mandat représentatif.

Pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse ; il conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse.

Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise prêteuse sont consultés préalablement à la mise en œuvre d'un prêt de main-d'œuvre et informés des différentes conventions signées.

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'entreprise prêteuse est informé lorsque le poste occupé dans l'entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés mentionnée au second alinéa de l'article L. 4154-2.

Le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l'accueil de salariés mis à la disposition de celle-ci dans le cadre de prêts de main-d'œuvre.

L'entreprise prêteuse et le salarié peuvent convenir que le prêt de main-d'œuvre est soumis à une période probatoire au cours de laquelle il peut y être mis fin à la demande de l'une des parties. Cette période probatoire est obligatoire lorsque le prêt de main-d'œuvre entraîne la modification d'un élément essentiel du contrat de travail.

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

Avenant contractuel de mise à disposition

(Modèle réalisé par Marie Hautefort)

Entre les soussignés

La Société < > ,

< Adresse et coordonnées >

Représentée par Monsieur (ou Madame) < Nom, prénom > agissant en qualité

de < indiquer les fonctions >

d'une part

et

Monsieur (ou Madame) < Nom, prénom >

N° d'immatriculation à la Sécurité sociale : < >

(Éventuellement) N° du titre autorisant à travailler : < >

d'autre part

Il a été convenu ce qui suit :

Article 1^{er} : Objet de la mission

VARIANTE 1

Monsieur (ou Madame) < > est détaché(e) temporairement auprès de la société < >

pour accomplir la mission suivante : < > .

VARIANTE 2

La société < société d'origine > ayant mis à la disposition de la société < société d'accueil > un matériel de < définir le matériel et l'équipement >, charge *Monsieur (ou Madame)* < > d'en assurer la maintenance (ou d'assurer la fonction de conseil et d'assistance auprès de ses utilisateurs). À cet effet, *Monsieur (ou Madame)* < > est détaché(e) au sein de la société < société d'accueil >.

VARIANTE 3

Conformément à ce qui a été exposé < au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, et, s'il en existe un, au CHSCT >, notre société traverse une période de faible activité. Dans ce contexte, il a été proposé à *Monsieur (ou Madame)* < >, qui l'accepte, un détachement temporaire au sein de la société < société d'accueil >, en vue d'y exercer une activité comparable à son travail habituel.

Article 2 : Durée du détachement

VARIANTE 1 (Mise à disposition à durée déterminée)

Conformément à ce qui est prévu dans la convention de mise à disposition passée entre la société < société d'origine > et la société < société d'accueil >, le détachement de *Monsieur (ou Madame)* < > prend effet le < date > et se termine, en principe, le < date >. Dans la mesure où il s'avèrerait nécessaire de le prolonger, il pourra être renouvelé, sous réserve de l'accord exprès de *Monsieur (ou Madame)* < >. Un nouvel avenant au contrat de travail sera alors établi.

Monsieur (ou Madame) < > est informé(e) que sa mission pourra, sur demande de la société < société d'accueil > être écourtée et l'accepte. Dans ce cas, *Monsieur (ou Madame)* < > sera prévenu(e) < fixer un délai de prévenance proportionnel au bouleversement que représente le détachement pour le salarié, surtout en cas d'éloignement géographique par rapport à l'entreprise d'origine > et sera réintégré(e) dans son entreprise d'origine dans les conditions prévues à l'article 10.

VARIANTE 2 (Mise à disposition à durée « indéterminée »)

Conformément à ce qui est prévu dans la convention de mise à disposition passée entre la société < société d'origine > et la société < société d'accueil >, la durée du détachement de *Monsieur (ou Madame)* < > correspondra au temps nécessaire à l'accomplissement de la mission mentionnée à l'article 1^{er} du présent avenant.

La société < société d'accueil >, en collaboration avec *Monsieur (ou Madame)* < >, évaluera aussitôt que possible le temps prévisionnel de son détachement et avertira la société < société d'origine > quand elle sera en mesure d'affiner ses prévisions et de donner une date certaine à la fin de la mission.

Article 3 : Description du poste

Monsieur (ou Madame) < > est chargé(e) de < décrire le travail confié >.

Article 4 : Période probatoire

(Mention obligatoire en cas de modification du contrat de travail (changement de qualification, de salaire, de secteur géographique...), facultative dans les autres cas) La mise à disposition de *Monsieur (ou Madame)* < > est soumise à une période probatoire d'une durée de < X mois, semaines, jours, en fonction du degré de bouleversement que représente le détachement pour le salarié >, (éventuellement : renouvelable une fois).

Si, pendant ou à l'issue de cette durée, la période probatoire est jugée non concluante par l'une ou l'autre des parties au présent contrat, celle qui souhaite y mettre fin devra en avvertir l'autre par écrit, en respectant un délai de prévenance de < X jour(s), semaine(s) >.

Monsieur (ou Madame) < > sera réintégré(e) à l'issue du délai de prévenance dans ses anciennes fonctions au sein de la Société < société d'origine >.

Article 5 : Lieu de travail

VARIANTE 1

À titre informatif, il est précisé que *Monsieur (ou Madame) < >* exercera ses fonctions dans les locaux de la société < société d'accueil >, à < lieu >.

VARIANTE 2

Monsieur (ou Madame) < > sera amené(e) à exercer ses fonctions dans le secteur géographique suivant : < délimiter le secteur, la ville, le département, le bassin d'emploi, etc. >.

Article 6 : Durée du travail – Horaires

VARIANTE 1

La durée du travail de *Monsieur (ou Madame) < >*, ainsi que ses modalités d'aménagement, sont celles appliquées dans la société < société d'accueil >, pour la catégorie professionnelle à laquelle il appartient⁽¹⁾.

Les horaires de travail de *Monsieur (ou Madame) < >* seront les suivants : < Indiquer les horaires >.

VARIANTE 2

À titre informatif, il est précisé que *Monsieur (ou Madame) < >* sera soumis(e) aux mêmes horaires que les salariés de l'entreprise < société d'accueil >, à savoir, à la date de signature du présent avenant : < Indiquer les horaires >.

Monsieur (ou Madame) < > est informé(e) que ces horaires pourront être modifiés en fonction des impératifs de production.

(Facultatif) Il pourra lui être demandé, si nécessaire, d'effectuer des heures supplémentaires.

Article 7 : Conditions d'exécution de la mission

Pendant la période du détachement, le contrat de travail qui lie *Monsieur (ou Madame) < >* à la société < société d'origine > n'est ni rompu ni suspendu.

Monsieur (ou Madame) < > continue d'appartenir à son personnel.

Il (ou Elle) conserve par conséquent le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il (ou elle) bénéficiait avant le détachement, ainsi que de tous les avantages accordés au personnel de la société < société d'origine > pendant la période de détachement.

Pendant la durée du détachement, *Monsieur (ou Madame) < >* reportera à < au choix, cadre de la société d'origine ou de la société d'accueil >.

Il (ou Elle) prendra connaissance du règlement intérieur et des consignes de sécurité de la société < société d'accueil > qu'il (ou elle) s'engage à respecter.

(S'il y a lieu) Il (ou Elle) bénéficiera des transports collectifs et des installations de restauration de la société < société d'accueil >.

Article 8 : Rémunération

Monsieur (ou Madame) < > continuera à être rémunéré(e) par la société < société d'origine > aux conditions habituelles : < salaires, primes, titres-restauration >.

(Facultatif) Pour compenser, en outre, la gêne occasionnée par le changement du lieu de travail, il (ou elle) percevra, en plus, une prime de détachement d'un montant de < > €.

Cette prime sera supprimée, car n'ayant plus d'objet, quand *Monsieur (ou Madame) < >* aura réintégré son poste dans la société < société d'origine >.

⁽¹⁾ Attention, en cas de travail à temps partiel, toutes les mentions obligatoires pour ce type de contrat doivent être reprises dans l'avenant.

En outre, la société < d'origine ou d'accueil > remboursera à *Monsieur (ou Madame)* < > les frais occasionnés par sa mission selon le barème en vigueur < dans l'entreprise ou annexé >, sur présentation des justificatifs au service du personnel.

Monsieur (ou Madame) < > bénéficiera des augmentations de salaire, collectives ou individuelles, intervenant dans la société < société d'origine >.

Article 9 : Remboursement de frais

Les frais < de déplacement, de mission et de réception > engagés par *Monsieur (ou Madame)* < > dans le cadre de sa mise à disposition lui seront remboursés selon < les modalités en vigueur ou fixées par la convention collective ou par l'accord d'entreprise ou par les usages > dans l'entreprise < société d'origine >.

Article 10 : Réintégration

En fin de détachement (ou À l'issue de sa mission), la réintégration de *Monsieur (ou Madame)* < > interviendra au poste précédemment occupé, avec maintien de la rémunération perçue au jour de la réintégration, hors prime de détachement.

Au cas où cette réintégration ne pourrait se faire au moment de la cessation du détachement, en particulier si la mission est écourtée, *Monsieur (ou Madame)* < > est assuré(e) de percevoir son salaire pendant le laps de temps nécessaire à la libération de son poste.

La réintégration dans un poste équivalent ne sera envisagée que dans la mesure où le poste d'origine aura été supprimé pendant la période de mise à disposition.

Monsieur (ou Madame) < > est assuré(e) de percevoir son salaire (éventuellement : hors prime de détachement) pendant le temps nécessaire à la recherche d'un poste équivalent.

Fait à < lieu >, le < date >

< Signature >

Convention de mise à disposition

(Modèle réalisé par Marie Hautefort)

Entre les soussignés

La Société < emprunteuse >,
< Adresse et coordonnées >

Représentée par *Monsieur (ou Madame)* < Nom, prénom > agissant en qualité de
< indiquer les fonctions >

d'une part

et

La Société < prêteuse >,
< Adresse et coordonnées >

Représentée par *Monsieur (ou Madame)* < Nom, prénom > agissant en qualité de
< indiquer les fonctions >

d'autre part

Il a été convenu ce qui suit :

Article 1^{er} : Objet de la convention

La présente convention a pour objet la mise à disposition de *Monsieur (ou Madame)* < identité du ou de la salarié(e) > par la société < prêteuse > à la société < emprunteuse >, dans le cadre de < préciser l'objet de la mise à disposition >.

Article 2 : Identité et qualification du salarié mis à disposition

Aux fins énoncées à l'article 1^{er} de la présente convention, *Monsieur (ou Madame) < >*, ayant donné son accord, qui a été matérialisé par un avenant à son contrat de travail, est mis(e), par son employeur, la société < prêteuse >, à la disposition de la société < emprunteuse > pour y exercer les fonctions de < >. En application de la convention collective de < convention collective de la société prêteuse >, *Monsieur (ou Madame) < >* bénéficiera du coefficient < > correspondant à sa qualification et aux fonctions exercées.

Article 3 : Durée de la mise à disposition

VARIANTE 1 (Mise à disposition à durée déterminée)

Cette mise à disposition prend effet le < date > et devrait normalement cesser le < date >. Si la mission de *Monsieur (ou Madame) < >* n'est pas achevée à cette date, sa mise à disposition sera prolongée, avec son accord, exprimé dans un nouvel avenant à son contrat de travail, pour une durée à déterminer. Si la société < emprunteuse > souhaite mettre fin à la mission de *Monsieur (ou Madame) < >* avant le terme prévu à la présente convention, elle devra justifier sa décision par écrit et avertir la société < prêteuse > en respectant un préavis de < X mois, semaines, jours – correspondance à établir avec l'avenant au contrat de travail >, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

VARIANTE 2 (Mise à disposition à durée « indéterminée »)

Cette mise à disposition prend effet le < date >. Sa durée est indéterminée, car elle est liée au temps nécessaire à l'accomplissement de la mission, qui n'est pas immédiatement prévisible. Si la société < emprunteuse > souhaite mettre fin à la mission de *Monsieur (ou Madame) < >*, elle devra justifier sa décision par écrit et avertir la société < prêteuse > en respectant un préavis de < X mois, semaines, jours – correspondance à établir avec l'avenant au contrat de travail >, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 4 : Gestion du salarié mis à disposition

Pendant la durée de la mise à disposition auprès de la société < emprunteuse >, la société < prêteuse > reste l'employeur de *Monsieur (ou Madame) < >*, le (ou la) rémunère et assure la gestion de son dossier.

La société < prêteuse > doit recevoir de la société < emprunteuse > toutes informations sur les absences du salarié dont les justificatifs lui seront adressés directement par *Monsieur (ou Madame) < >*. La mission de *Monsieur (ou Madame) < >* est celle qui figure dans l'avenant contractuel de mise à disposition qu'il a signé. Il appartient à la société < emprunteuse > d'en définir les détails et les modalités.

VARIANTE 1

La société < emprunteuse > mettra à disposition de *Monsieur (ou Madame) < >* tous les moyens nécessaires au bon exercice de sa mission.

VARIANTE 2

Monsieur (ou Madame) < > sera encadré(e) par *Monsieur (ou Madame) < nom et qualification >* qui lui donnera toutes instructions nécessaires et en contrôlera l'exécution.

Article 5 : Facturation

La société < emprunteuse > remboursera à la société < prêteuse >, y compris pendant les congés acquis au titre du temps de mise à disposition, sur présentation d'une facture mensuelle :

- le salaire, les primes et avantages divers effectivement versés au salarié ;
- les charges sociales patronales y afférentes ;
- les indemnités de congés payés ;
- les remboursements de frais professionnels.

La société < emprunteuse > paiera le montant de la facturation mensuelle au plus tard un mois après la date d'émission de la facture.

Fait à < lieu >, le < date >

Pour la société < prêteuse >, < Signature >

Pour la société < emprunteuse >, < Signature >