

**LES TIERS EMPLOYEURS,
OU COMMENT CONJUGUER COMPÉTITIVITÉ
ET RESPONSABILITÉ DANS LA FRANCE
DU XXI^{ème} SIÈCLE**

**Rapport à Monsieur Brice Hortefeux, ministre du Travail, des
Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville**

Février 2009

Thomas CHAUDRON

Préambule

On désigne par « tiers employeurs » des situations de travail dans lesquelles il existe une relation tripartite entre un salarié, un employeur de droit et un employeur de fait (l'entreprise utilisatrice chez qui le salarié réalise le travail pour lequel il est rémunéré). Conformément à lettre de mission du ministre, les dispositifs étudiés dans ce rapport sont :

- Les groupements d'employeurs
- Le prêt de main d'œuvre
- Le travail temporaire

L'entreprise de travail à temps partagée est également évoquée. Les autres cas de figure, tels que le portage salarial ou les coopératives d'emploi et d'activité, ne sont pas abordés.

3 constats généraux

1. Le salariat et la relation bilatérale sont la norme depuis des décennies, et le resteront

L'économie évolue, la relation au travail évolue, le salariat évolue.

Le droit du travail s'est construit depuis plus d'un siècle en intégrant à la fois une dimension individuelle et collective dans la relation entre le salarié et l'employeur. Dans le même temps, la notion de travailleur indépendant a constamment concerné une minorité de la population active, avec néanmoins un développement récent lié, entre autres, aux possibilités offertes par les nouvelles technologies. Enfin, les statuts « hybrides » concernant les travailleurs se sont également développés au fur et à mesure que l'économie s'est dématérialisée. Mais ils ont souvent été traités de manière périphérique au niveau social et économique, tant par le législateur que par les partenaires sociaux.

On peut considérer que ces statuts hybrides et d'indépendants sont aujourd'hui le reflet de la diversité du marché du travail et de l'économie française. Ils sont assurément amenés à prendre de l'ampleur, même s'il est plus que probable que le salariat « classique » restera la norme pour une immense majorité de français. Les tiers employeurs sont donc à considérer comme des pistes à explorer pour développer l'activité et l'emploi en France, au-delà des critères habituels.

2. La crise actuelle nous oblige à imaginer de nouvelles voies et de nouvelles limites, sans tabous préalables

L'économie française est depuis 30 ans une économie où croissance va de pair avec chômage de masse. Les politiques économiques et sociales successives ont tenté de changer cette situation, à la fois par différents plans de relance, mais également par un traitement social du chômage plus ou moins affirmé, sans réellement arriver à impulser une dynamique de création d'emplois aussi forte que celle de nos principaux voisins européens.

Côté employeurs, les rigidités du Code du travail sont abondamment citées comme un frein majeur à la prise de risque qu'est l'embauche d'un salarié pour une entreprise, surtout pour les plus petites.

La crise financière de fin 2008, qui est venue se superposer à une crise économique démarrée un an avant, a amené la communauté internationale à se questionner sur le modèle dominant de développement. La question sociale, qui émerge fortement en ce début 2009, ne peut que renforcer l'obligation d'imaginer de nouvelles voies pour permettre la création de nouveaux emplois, en dehors des chemins habituels, connus et usés.

Afin de ne pas reproduire les erreurs du passé, les limites de ces nouveaux modèles doivent également être clairement identifiées, sans laisser à une main invisible le soin d'autoréguler les errements et exagérations. Mais dans un pays comme la France, où les conservatismes et les idéologies tiennent parfois lieu d'image rêvée de la réalité, ces questions nécessitent d'être appréhendées sans tabous préalables, sous peine de supprimer tout degré de liberté et d'innovation à ces solutions porteuses d'avenir.

3. En France, on a du mal à expérimenter. Et quand on expérimente, on ne sait pas évaluer

L'histoire sociale française brille plus par sa culture du conflit que par son sens du compromis et de l'intérêt général. Par ailleurs, l'inflation législative amène de nombreuses lois à ne jamais être appliquées pour toutes sortes de raisons, depuis son mauvais ficelage jusqu'à la mauvaise volonté de certains fonctionnaires chargés de sortir les décrets correspondants. Enfin, une autre caractéristique de la démocratie française est le manque de suivi et d'évaluation d'impact des décisions votées.

La conjonction de ces deux derniers constats peut amener à quelques bizarreries. Ainsi, l'article 22 de la loi du 2 août 2005 a ajouté dans le Code du travail le statut juridique « d'Entreprise de Travail à Temps Partagé ». Ce statut permet à une entreprise d'effectuer quasiment les mêmes missions et de répondre aux mêmes enjeux qu'un groupement d'employeurs, mais sous un statut privé. L'auteur du rapport a pu se rendre compte lors des différentes auditions effectuées que, avec 3 ans de recul depuis la création de ce cadre juridique, le nombre d'entreprises (en dehors des entreprises de travail temporaire qui peuvent en être bénéficiaires) et d'emplois créés avec ce statut est infinitésimal !

Ajoutant une complexité supplémentaire aux dispositifs existants en la matière, la question du maintien de ce cadre juridique récent et confidentiel mériterait d'être posée.

4 enjeux généraux

1. Créer et maintenir des emplois existants

C'est l'enjeu premier autour du développement des tiers employeurs. Mode de recrutement ou d'emploi souvent considéré comme alternatif, leur développement permet de répondre à des besoins auxquels le salariat « classique » ne donne pas de réponses satisfaisantes. Sur 16 millions de travailleurs salariés dans le secteur marchand, on estime par exemple à peine à 600 000 le nombre d'intérimaires et à 30 000 les salariés au sein d'un groupement d'employeurs en 2008. Soit moins de 5 % du total ... Il y a donc un formidable potentiel de création d'emplois avec ces dispositifs, mais pas seulement.

En effet, dans le cas d'entreprises amenées par exemple à se restructurer et à licencier, la possibilité de faire embaucher un salarié par le groupement d'employeurs local peut permettre de maintenir la personne en activité à temps plein, même si son emploi se retrouve réduit à un temps partiel dans son ancienne entreprise. Ces dispositifs peuvent donc être vus également comme des solutions médianes entre un maintien de l'activité et le licenciement économique.

2. Améliorer la compétitivité des entreprises

Les dispositifs étudiés ci-après répondent à trois critiques majeures souvent émises par les chefs d'entreprise comme les principaux freins à la compétitivité et au développement de leur activité :

- Le besoin de flexibilité dans la gestion du personnel ;
- Le manque de main d'œuvre qualifiée, nécessitant l'intervention de personnels extérieurs mis à disposition de l'entreprise ;
- Le coût d'embauche prohibitif pour des salariés spécialisés, dont le niveau de compétences peut par ailleurs être surdimensionné par rapport au besoin identifié dans l'entreprise.

Ainsi, à une époque où le « capital humain » et l'intelligence collective déployée au sein de l'entreprise apparaissent comme des facteurs clés de réussite et de croissance, il est évident que les solutions de tiers employeur ne peuvent que contribuer à résoudre ces problématiques d'emploi récurrentes.

3. Sécuriser la dynamique économique et sociale des territoires

Un des points communs à ces solutions est la dimension locale de leurs réponses, à l'opposé des grandes politiques nationales pour l'emploi. L'imposant maillage territorial des agences d'intérim ou le caractère réduit du rayon d'action des groupements d'employeurs démontrent bien le lien extrêmement fort qu'il existe avec la situation et les enjeux de l'emploi sur le terrain.

En offrant ainsi des réponses localisées aux besoins des acteurs économiques, ils permettent également d'éviter le départ massif de salariés vers des bassins d'emploi plus porteurs. Ce sont donc les enjeux de dynamique territoriale qui sont au cœur de ces dispositifs, au travers des questions d'employabilité et de gestion des emplois et compétences qui leur sont intimement liés.

4. Jeter les bases d'une flexisécurité à la française

La flexisécurité est souvent citée comme une évolution majeure de notre modèle social. Certains y voient la panacée aux problèmes récurrents de chômage et de flexibilité ; d'autres, au contraire, ne voient là qu'un faux-nez à une toujours plus grande précarité des travailleurs. Dans les faits, le cadre habituel et séculaire de la relation bilatérale entre salarié et employeur est sans doute difficilement adapté à la recherche de nouvelles pistes. La nécessité de « sortir du cadre » pour trouver des réponses innovantes amène à considérer les dispositifs de tiers employeurs comme des bons laboratoires pour identifier les enjeux et les bonnes pratiques de sécurités nouvelles, conjointement à la flexibilité que ces solutions apportent déjà.

2 enjeux de méthode

1. Définir clairement les finalités de chaque outil disponible

Les trois dispositifs étudiés dans ce rapport peuvent apparaître de prime abord comme similaires, mais pour l'auteur ils répondent au contraire à des besoins bien précis et identifiés. Et autant leur utilisation conformément à leurs finalités peut se révéler utile et vertueuse, autant leur utilisation « contre nature » peut être considérée comme un dévoiement de l'idée initiale ayant concouru à sa création, et très sûrement à une régression sociale.

Ainsi, le travail temporaire sur de longues durées, ne semble être ni la réponse adaptée au besoin de l'entreprise utilisatrice, ni la vocation première de ce système. Dans le même sens, le groupement d'employeurs a pour mission de mailler des besoins pérennes d'entreprises adhérentes, et ne doit pas servir pour des remplacements ponctuels de main d'œuvre. Enfin, le prêt de main d'œuvre ne peut pas consister en la délégation chez un client d'un salarié sans durée définie ni encadrement de son activité.

2. Mettre fin à l'hypocrisie de nombreuses pratiques existantes

Le législateur encadre souvent de la manière la plus stricte possible les dispositions nouvelles qu'il est amené à prendre, afin d'empêcher les plus mauvais de nuire. Ce faisant, en visant cette minorité de tricheurs, il pénalise parfois par là même, les acteurs responsables et de bonne foi en les empêchant d'agir. Par ailleurs, on peut remarquer que l'esprit français amène fréquemment à des sursauts d'imagination afin de contourner les mesures prévues...

Concernant les dispositifs ciblés par ce rapport, les exemples sont nombreux de dispositions allègrement contournées par l'ensemble des acteurs sur le terrain. Nous pouvons citer en exemple :

- Les cas de recours à l'intérim, dont le motif « d'accroissement temporaire d'activité » peut être renouvelé sans aucune contestation et très facilement ;
- La réalisation de travaux de régie sous couvert d'un contrat de sous-traitance en bonne et due forme, pratique extrêmement répandue dans certains métiers ;
- L'utilisation de missions d'intérim comme « pré-période » d'essai avant embauche, permettant une facilité de sélection des candidats et une flexibilité encore plus large qu'avec une période d'essai normale.

Trop souvent également, l'écart entre les beaux discours et les pratiques divergent fortement sans que les nombreux interlocuteurs prompts à dénoncer toute dérive n'y voient à redire.

C'est pourquoi l'objectif de l'auteur n'est pas de « faire sauter » tous les verrous existants ; il est de proposer des évolutions afin de donner plus de transparence et de sincérité dans les pratiques, tout en maintenant des garanties, un cadre fort et lisible pour l'ensemble des parties concernées.

Les groupements d'employeurs (G.E.)

5 constats sur les groupements d'employeurs

1. Un faisceau de sympathie rare

L'objectif d'un groupement d'employeurs est de répondre à des besoins de main d'œuvre pérennes au sein des organisations, grâce à une mutualisation des ressources humaines disponibles sur le territoire. Il a donc une à la fois finalité économique, sociale et sociétale. Et c'est peut-être cette conjonction de vocations qui fait que, malgré qu'il soit encore assez méconnu, sa cause est plaidée avec conviction par de nombreux convaincus. Hommes politiques, dirigeants d'entreprise, syndicalistes : force est de constater que peu de causes provoquent de nos jours une telle union dans le champ économique et social.

2. Une spécificité française qui s'exporte

Inventé au milieu des années 80, au départ pour répondre aux besoins du monde agricole, les groupements d'employeurs ont ensuite essaimé dans l'ensemble des secteurs de l'économie. On estime à presque 4 000 le nombre de groupements d'employeurs en France, dont 3 600 GE agricoles, 100 GEIQ (Groupement d'employeurs pour l'insertion et la qualification) et 300 GE autres (industrie et services). Les GEIQ ont une vocation sociale encore plus affirmée par l'insertion de personnes éloignées de l'emploi. Par ailleurs, il est intéressant de noter que plusieurs pays européens (Belgique, Allemagne) étudient actuellement la possibilité d'importer ce modèle chez eux et que le Québec a lancé une démarche similaire.

3. Un dispositif qui amène les employeurs à se saisir de la question des compétences et à coopérer localement

Une des particularités des groupements d'employeurs est leur aspect associatif. La direction stratégique du groupement est assumée par des dirigeants d'entreprises utilisatrices de celui-ci : un dirigeant *impliqué* dans le groupement est donc un dirigeant *utilisateur* du groupement. Comme les groupements d'employeurs sont à but non lucratif, cette implication renvoie à des motivations autres que financières.

En effet, c'est d'abord le besoin de main d'œuvre qui amène un dirigeant à se tourner vers un groupement d'employeurs. Cela signifie donc qu'il a mené au préalable une réflexion sur la gestion des compétences au sein de sa propre entreprise. Et, à l'heure où certains prédisent une « guerre des talents » pour les années à venir, avec des difficultés de recrutement qui touchent un nombre croissant de métiers, cette démarche devient indispensable.

Par ailleurs, le partage du salarié entre plusieurs entreprises permet souvent au dirigeant de franchir un premier pas vers la logique de mise en réseau de son entreprise. Et l'on sait également que le maillage entre entreprises sera dans les années qui viennent une étape indispensable de leur survie, et plus particulièrement pour les PME. On peut donc considérer que, au travers de ces deux aspects fondamentaux de son fonctionnement, le groupement d'employeurs possède une réelle vertu pédagogique.

4. Un dispositif pertinent pour faire rencontrer des publics en difficulté avec des entreprises demandeuses

La capacité du groupement d'employeur à mailler plusieurs entreprises aux besoins complémentaires offre de nouveaux horizons pour des catégories de demandeurs d'emploi dont la recherche n'est pas simple. Nous pouvons citer comme exemple :

- Les seniors, qui, après un parcours au sein de grands groupes sur des fonctions spécifiques (marketing, RH, achats, etc.), ont très peu de chances de retrouver un poste équivalent dans une PME. Mais, grâce au groupement d'employeurs, cette dernière peut « n'utiliser » cette ressource que deux jours par semaine, ce qui devient à la fois acceptable en termes de coût et réaliste en termes de volume de travail nécessaire pour mener à bien les missions.

- Les femmes qui, après avoir élevé leur(s) enfant(s) ont des difficultés à retrouver un travail à 4/5ème de temps ou même à temps plein. Le temps partiel choisi devient bien plus acceptable pour l'employeur si, là aussi, les missions confiées reposent sur des temps de présence programmés à l'avance de un ou deux jours par semaine.
- Les saisonniers, qui peuvent partager leur temps en fonction de la saisonnalité de l'activité de deux ou trois entreprises et ainsi obtenir un niveau de rémunération annuel bien plus conséquent et sécurisé.

On peut, de plus, estimer que la pluriactivité engendrée par le mode de fonctionnement du groupement est un facteur supplémentaire de développement des compétences des salariés concernés.

Enfin, les groupements d'employeurs peuvent être des partenaires habiles dans le cadre de la mise en place de Contrats de Transition Professionnelle au sein des bassins d'emploi concernés, l'emploi partagé pouvant apparaître comme une possibilité supplémentaire aux solutions habituelles.

5. La solidarité financière, ciment et verrou

Au-delà même de la non-lucrativité, la dimension associative du groupement d'employeurs est symbolisée par la solidarité financière de l'ensemble de ses adhérents en cas de défaillance de l'un d'eux. Cette particularité a pour effet de créer des liens particuliers au sein des groupements. Par exemple, la plupart ont instauré des processus de validation d'adhésion des nouveaux adhérents extrêmement stricts – tendant parfois même vers de la cooptation pure et simple - afin de se prémunir contre ce risque. Divers systèmes de cautionnement, versés par les utilisateurs en fonction de leur volume d'utilisation, peuvent également être prévus. Enfin, une autre conséquence de cette prise de risque est, là encore, une plus grande implication des dirigeants d'entreprise adhérentes dans la vie du groupement.

Mais cette solidarité financière a aussi un pendant contraignant : elle est forcément un frein à l'arrivée de nouveaux adhérents dans le groupement. Pour beaucoup de chefs d'entreprises, devoir assumer financièrement les errements d'un de leur pair, qu'ils ne connaissent pas forcément et avec lequel ils n'ont aucune relation commerciale est un risque qu'ils refusent de prendre. Bien évidemment, plus le groupement est important et plus ce risque est dilué. Cette question se pose donc avec une plus grande acuité lors du démarrage, mais elle reste toujours vraie par la suite, dans le cadre du développement.

3 enjeux pour les groupements d'employeurs

1. Développer le nombre de GE sur l'ensemble du territoire, ainsi que le nombre de salariés concernés

Le territoire national n'est pas couvert équitablement par des groupements d'employeurs. Des spécificités régionales, la volonté locale de chefs d'entreprise de se « prendre en main » sur la question de l'emploi, le soutien ou non des pouvoirs publics, peuvent expliquer ces écarts. L'enjeu aujourd'hui est clairement de soutenir un développement beaucoup plus massif de groupements d'employeurs dans le maximum de bassins d'emploi. En effet, sa vocation est locale, le maillage ne fonctionnant que si les postes proposés aux salariés sont proches.

De plus, cette croissance du nombre de groupements d'employeurs amènera mécaniquement une croissance du nombre de salariés concernés.

2. Utiliser les GE pour des besoins pérennes sur des postes qualifiés ou non, à temps plein ou à temps partiel choisi

Les groupements d'employeurs permettent de répondre à des besoins de main d'œuvre à temps partiel, quelles que soient les qualifications souhaitées. La mission première du groupement est de constituer des emplois à temps plein ou des temps partiels choisis, par le maillage ceux-ci. Mais le dénominateur commun entre ces différents besoins est leur durée : les missions que doivent assumer les salariés mis à disposition par le groupement ne doivent pas être des missions à court terme. Autrement dit, les groupements d'employeurs ne doivent pas se substituer aux entreprises de travail temporaire en cas d'accroissement temporaire d'activité ou de remplacement de salarié absent pendant une période donnée.

Il est également à noter que les groupements d'employeurs sont des outils pertinents pour répondre aux plusieurs centaines de milliers de demandes d'emplois à temps partiel proposées actuellement par Pôle Emploi, afin d'en faire des temps pleins avec des parcours professionnels stables et sécurisés.

3. Faire évoluer cette branche, qui a besoin de se structurer et de se professionnaliser

De création récente, les groupements d'employeurs doivent encore trouver les outils pertinents leur donnant les moyens de leurs ambitions.

Tout d'abord, en négociant plus de garanties pour les salariés concernés. Actuellement, lors de la création d'un groupement, les membres fondateurs doivent choisir une convention collective dont dépend au moins une des entreprises adhérentes. Dans le cas d'un groupement monosectoriel, le choix est simple et limpide. Mais dans le cas de groupements multisectoriels, le choix est plus aléatoire, les garanties et contraintes offertes par les conventions collectives pouvant parfois être très différentes. De plus, il est facile d'imaginer qu'aucune convention ne prend réellement en compte les spécificités vécues par les salariés en temps partagé.

Ensuite, en favorisant la reconnaissance du niveau de qualité des prestations offertes aux salariés comme aux entreprises adhérentes. Le respect de principes tels que la sécurité de l'emploi, la non-discrimination dans toutes ses dimensions, l'obligation de développement des compétences ou le respect de la vie personnelle par une planification à long terme des missions des salariés, doivent amener l'ensemble des groupements d'employeur à une plus grande responsabilisation dans leur fonctionnement.

5 propositions en faveur des groupements d'employeurs

1. Créer une convention collective dédiée pour les salariés des GE

Le fonctionnement atypique des groupements d'employeurs devrait amener les partenaires sociaux à convenir de garanties spécifiques pour les salariés concernés ainsi que de règles du jeu partagées par l'ensemble des acteurs de la profession. Les enjeux de mobilité, de formation ou de modulation du temps de travail sont en effet au cœur de leur fonctionnement. Plus largement, les questions de rémunération minimale, de parcours professionnels et de qualification, de couvertures complémentaires santé ou retraite seraient à aborder au regard des conséquences du temps partagé. Enfin, l'organisation d'un dialogue social structuré, plus particulièrement dans les groupements les plus petits, serait un facteur important de performance et de reconnaissance de l'ensemble des parties prenantes.

2. Supprimer l'obligation d'un accord collectif dans les établissements de plus de 300 salariés

Cette obligation est actuellement présente dans le Code du Travail (article L.127-1-1). Elle est un frein au développement des groupements d'employeurs, la présence d'un établissement important en son sein étant à la fois une opportunité en termes d'emplois disponibles ainsi qu'une sécurité pour les entreprises adhérentes les plus petites. De plus, cette disposition peut paraître superflue et inutile en cas de création d'une convention collective spécifique aux groupements d'employeurs, supprimant le risque de dumping social actuellement craint.

3. Elargir et renforcer la solidité financière des GE tout en maintenant l'obligation de solidarité

De nouvelles règles concernant les garanties financières pourraient être imaginées. Depuis l'article 57 de la loi 2005-57, le législateur permet aux groupements d'employeurs de déduire par exercice 10 000 € de leur bénéfice imposable au titre de sommes inscrites à un compte d'affectation spécial ouvert auprès d'un établissement de crédit. Bien que reconnue comme une avancée, cette disposition est considérée comme insuffisante, notamment dans le cas de groupements de taille importante. C'est pourquoi la possibilité pour les groupements d'employeurs de souscrire à un fonds de garantie, sur le modèle de ce qui existe dans le travail temporaire, pourrait être envisagée. Le coût supplémentaire qui pourrait s'en trouver induit serait contrebalancé par la diminution de l'aléa financier pour les utilisateurs. Néanmoins, afin de conserver l'esprit et la vocation première des groupements, il serait souhaitable que les mesures d'externalisation du risque financier ne puissent pas dépasser 50% du montant total de la facturation annuelle de ceux-ci. Ainsi, les adhérents assureraient-ils solidairement et en toutes circonstances une majorité du risque pris. Enfin, en cas de défaillance d'un utilisateur, la répartition des dettes contractées auprès des salariés entre les membres restants, est actuellement effectuée selon une division arithmétique. Il serait plus judicieux et plus juste de répartir ce montant selon le niveau d'utilisation de chaque utilisateur (en mesurant par exemple les volumes de facturation du groupement lors des derniers mois à chaque adhérent). Cette disposition instaurerait une proportionnalité entre le niveau d'utilisation du groupement et la responsabilité financière à assumer. Cela contribuerait plus encore à ne pas « effrayer » les nouveaux adhérents.

4. Elargir les possibilités d'adhésion des collectivités territoriales

Les besoins de main d'œuvre à temps partagé ne concernent pas uniquement les entreprises privées. Les collectivités locales peuvent également y trouver un intérêt. Depuis la loi 2005-157 relative au développement des territoires ruraux, les collectivités territoriales peuvent adhérer à un groupement d'employeurs. Néanmoins, de fortes limitations ont été imposées par le législateur, puisque le Code du travail prévoit actuellement que : « *Les tâches confiées aux salariés du groupement mis à disposition d'une collectivité territoriale s'exercent exclusivement dans le cadre d'un service public industriel et commercial, environnemental ou de l'entretien des espaces verts ou des espaces publics.* » (article L.1253-20).

Ces restrictions mériteraient d'être levées pour permettre un développement plus large de l'emploi sur un territoire donné, notamment dans des secteurs en fort développement tels que les services à la personne.

5. Accompagner et soutenir les GE responsables

Structure associative basée sur le volontariat et la solidarité, les groupements d'employeurs peuvent symboliser le meilleur de l'innovation sociale et de la volonté des acteurs de faire bouger les choses localement. Répondant normalement à des besoins pérennes, ils ne peuvent être considérés comme favorisant la précarité des salariés qu'ils emploient.

La promotion d'un outil reconnu et accepté favorisant explicitement la responsabilité des groupements dans leurs dimensions sociales et sociétales, serait un facteur clé de développement responsable, grâce à l'élévation du niveau d'exigence de leur fonctionnement et de leurs finalités. Porté par une structure référente au niveau national, cet outil permettrait également d'être un pré-requis pertinent au soutien par les pouvoirs publics de leur développement.

Le prêt de main d'œuvre

3 constats sur le prêt de main d'œuvre

1. Une législation française parmi les plus contraignantes en Europe

Le prêt de main d'œuvre à but lucratif est interdit en France, en dehors du travail temporaire ou d'autres dispositifs spécifiques étudiés par ailleurs dans ce rapport. Les délits de prêt de main d'œuvre illicite (article L.8234-1 du nouveau Code du travail) et de marchandage (défini dans l'article L.8231-1 du nouveau Code du travail comme : « toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'é luder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail ») sont passibles, au plan pénal, de peines d'emprisonnement de deux ans et/ou d'une amende de 30 000 €. La France est, avec l'Espagne, un des pays les plus restrictifs en la matière : en Europe, l'Autriche, les Pays-Bas et la Suède autorisent très librement la mise à disposition de personnels ; l'Allemagne prévoit de nombreux cas d'autorisation ; la Belgique et Portugal laissent une grande marge de manœuvre dans la délégation de l'autorité à l'entreprise utilisatrice.

Mais il faut également noter que le prêt de main d'œuvre à durée limitée et sans but lucratif est possible, parmi des entreprises d'un même secteur d'activité. Dans les faits, peu de dirigeants le savent : lors d'un sondage réalisé en janvier 2009 sur 400 chefs d'entreprises membres du CJD, très majoritairement dirigeants de PME, seuls 27% connaissaient cette possibilité.

2. Une nécessaire reconnaissance de nouveaux modes d'activité

L'activité économique évolue très rapidement, sous la pression conjointe de la mondialisation, des nouvelles technologies et des nouveaux modes d'organisation. La logique de « cœur de métier » pousse également les entreprises à avoir de plus en plus recours à l'externalisation de fonctions annexes à leur activité, ou nécessitant des compétences pointues. Cette externalisation peut fréquemment impliquer la délégation par le prestataire de salariés qui interviennent directement sur le site du client, pour une durée plus ou moins longue.

Cette évolution, comme également le télétravail ou le travail collaboratif à distance, vont continuer à se développer dans les années qui viennent. Mais la vitesse de ces mutations amène forcément un décalage entre la loi et la pratique. Reconnaître néanmoins l'importance de ces modes d'activité sans les stigmatiser reste un enjeu important au regard des changements de nos sociétés. Et personne n'a intérêt à ce perdure sur le marché de l'emploi une querelle des Anciens et des Modernes.

3. Un flou artistique favorisant l'émergence de structures aux pratiques douteuses

La conjonction des deux points précédents amène à un constat paradoxal. Alors que le législateur a clairement souhaité encadrer sévèrement le prêt de main d'œuvre, les mutations du marché de l'emploi font que des pratiques parfois bien au-delà de la licéité se développent, sous des formes très diverses et dans de nombreux secteurs de l'économie.

Ainsi par exemple, dans le domaine de l'informatique et des nouvelles technologies, la séparation entre des entreprises de conseil et des entreprises avec une technicité avérée peut être parfois très floue, les missions menées pouvant sembler tout à fait semblables. Par ailleurs, les modalités contractuelles entre l'entreprise prestataire et l'entreprise utilisatrice peuvent fluctuer entre contrats de sous-traitance classique, contrats de mise en régie ou contrats de mission, ce qui n'aide pas à identifier facilement les modalités de déroulement des travaux demandés. On pourrait aisément parler dans ce cas « d'externalisation déloyale ».

De même, les pratiques qui consistent pour le recruteur de l'entreprise utilisatrice à choisir un « candidat » parmi des CV que lui propose le représentant de l'entreprise prêteuse est tout bonnement inacceptable.

Enfin, même si des discussions sont en cours pour faire évoluer les choses dans le bon sens et malgré l'implication de quelques uns, on ne peut pas considérer que le portage salarial ait apporté depuis son apparition beaucoup plus de clarté à cet univers. C'est tout l'espace entre le statut de salarié et le statut d'indépendant qui mérite d'être éclairé.

3 enjeux pour le prêt de main d'œuvre

1. Améliorer la sécurité juridique des entreprises et secteurs d'activité qui s'engagent à une plus grande responsabilité

Les propositions ci-après préconisent un encadrement plus strict des pratiques autour du prêt de main d'œuvre. En clarifiant les situations, elles doivent permettre également d'amener à une clarification des risques et sanctions encourues par les entreprises, tant utilisatrices que prestataires. L'insécurité juridique doit pouvoir être levée sans pour autant supprimer la possibilité de sanctions fortes envers les contrevenants qui ne respecteraient pas les dispositions prévues.

C'est d'ailleurs une démarche que l'ensemble des organisations professionnelles concernées devraient lancer, afin d'adopter et faire adopter des référentiels de bonne conduite à leurs adhérents et ainsi professionnaliser leurs prestations.

2. Améliorer la connaissance du statut et des droits des salariés concernés

Les évolutions majeures touchant au prêt de main d'œuvre doivent être prioritairement en faveur des salariés concernés. Ce mode de fonctionnement ne peut en aucun cas être cause de précarité pour eux, pas plus qu'il ne doit pouvoir les pénaliser dans leur droits fondamentaux.

C'est pourquoi il paraît nécessaire d'obliger les entreprises à être à la fois plus transparentes envers les salariés et plus rigoureuses dans leurs méthodes de travail. Il semble évident que la connaissance précise des conditions du prêt par le salarié, ainsi que les avantages et garanties qui y sont liés sont un garde-fou indispensable au bon déroulement de la mission.

3. limiter le prêt de main d'œuvre à des missions avec un apport intellectuel ou un besoin de compétences clairement définis

Alors que les missions et métiers se prêtant à du prêt de main d'œuvre vont se développer dans les années à venir, il semble judicieux de définir plus clairement les conditions qui justifient de telles pratiques.

L'apport intellectuel demandé par l'entreprise utilisatrice au salarié prêté, paraît devoir être une condition suffisante comme justification. Mais, si cette éventualité peut concerner certains secteurs avec une forte dimension immatérielle, d'autres comme le bâtiment ou les services à la personne peuvent nécessiter d'autres motifs. Ainsi, l'expertise, les compétences requises ou un niveau de qualification minimum paraissent alors pouvoir mieux correspondre aux enjeux. Par ailleurs, l'obligation de mission est indiscutablement à conserver.

Enfin, la possibilité automatique de prêt de main d'œuvre quels que soient les motifs et le contexte, entre entreprises d'un même groupe ne paraît pas être une solution satisfaisante. La propriété du capital ne devant pas impliquer *de facto* une forme de propriété des salariés.

4 propositions concernant le prêt de main d'œuvre

1. Maintenir mais restreindre la condamnation pénale pour les personnes physiques et morales

Au vu du nombre de condamnations prononcées, le risque pénal encouru aujourd'hui est faiblement retenu par les tribunaux. Pour autant, il prouve la volonté du législateur de sanctionner fortement et symboliquement des pratiques déviantes en matière de gestion des être humains. Cette approche peut expliquer la vision également symbolique qu'en ont les organisations syndicales de salariés.

Pour autant, la recherche systématique de la faute pénale peut paraître exagérée dans les cas où les acteurs sont de bonne foi.

Il est donc préconisé de garder le principe de condamnations pénales, en le restreignant néanmoins aux entreprises ne respectant pas les mesures préconisées aux points 2 et 3 ci-dessous.

2. Réserver la possibilité de prêt de main d'œuvre aux entreprises justifiant d'une expertise et d'une politique de développement des compétences

Une entreprise dont la vocation est de prêter des salariés devrait obligatoirement avoir comme métier et finalité le développement de ceux-ci. Il est inacceptable que des entreprises n'aient pour unique valeur ajoutée que le « vivier » de CV qu'elles ont à mettre à disposition de leurs clients. Ces entreprises ne sont que des « loueurs de main d'œuvre », qu'elle soit salariée ou indépendante.

L'expertise développée au sein de l'entreprise, l'encadrement des salariés, leur employabilité ou le déroulement des intermissions, devraient être considérés comme des critères absolument nécessaires à la reconnaissance de leur activité.

D'ailleurs, l'Espagne a déjà développé un argumentaire similaire. L'article 43 du « Statut des Travailleurs » précise : « *La cession de travailleurs est considérée comme illégale en vertu du présent article dans les circonstances suivantes :*

- *si l'objet du contrat de service entre les entreprises se limite à une simple mise à disposition des travailleurs de l'entreprise cédante à l'entreprise cessionnaire ;*
- *si l'entreprise cédante n'a pas d'activité ou d'organisation propres et stables ;*
- *si l'entreprise cédante ne dispose pas des moyens nécessaires pour l'exercice de son activité ;*
- *si l'entreprise cédante n'exerce pas les fonctions inhérentes à sa condition d'entreprise. »*

Enfin, au-delà des aspects législatifs, il pourrait être intéressant de renvoyer dans les entreprises concernées à une obligation de négociation collective, afin d'étudier les modalités d'application personnalisée des textes promulgués. Cette approche serait à la fois constructive et pragmatique.

3. Améliorer la transparence envers les salariés

Les prestations effectuées par les salariés doivent donc être encadrées. Mais cet encadrement doit être à la fois pratique, c'est-à-dire managérial, sur le terrain, mais aussi juridique. Certaines conventions collectives imposent déjà de notifier au salarié des indications strictes et complètes concernant sa mission. Cette obligation devrait devenir la norme. Seraient notamment inclus les caractéristiques de la mission, reprenant son objet, sa durée, son lieu d'exécution ainsi que les conditions d'encadrement du salarié. Pourraient également être prévues les qualifications professionnelles requises et les modalités d'évaluation du salarié.

Afin d'éviter tout risque de notification « bidon », une convention tripartite entre l'employeur, le salarié et l'entreprise utilisatrice pourrait même être exigée systématiquement avant chaque mission. Elle garantirait ainsi la transparence envers les salariés ainsi que le respect des dispositions préconisées dans ce rapport.

Dans cet esprit, l'information et la consultation des instances représentatives du personnel, qui sont déjà obligatoires, pourraient être renforcées concernant les questions de sous-traitance, y compris en cas de sous-traitance de plusieurs niveaux.

4. Expérimenter le prêt de main d'œuvre entre entreprises d'un même bassin d'emploi

La situation économique et sociale actuelle nous oblige à imaginer des solutions nouvelles et novatrices. Le législateur a prévu dans l'article 24 de la loi 2004-1484 la possibilité d'expérimenter le prêt de main d'œuvre au sein des pôles de compétitivité. Bien que cette mesure, qui doit être évaluée

d'ici quelques mois, semble faiblement utilisée, elle pourrait servir d'exemple dans le cas de territoires non pas privilégiés, comme ceux sur lesquels sont implantés les pôles de compétitivité, mais au contraire en difficulté.

Cette mesure expérimentale dérogerait explicitement à la proposition 2 ci-dessus visant à restreindre le nombre d'entreprises habilitées à effectuer du prêt de main d'œuvre. Mais cette expérimentation au sein d'un même bassin d'emploi serait une occasion de mixer à la fois innovation sociale, appui économique et soutien local :

- Innovation sociale, car ce dispositif nouveau dont les garanties spécifiques pour les salariés concernés seraient négociées localement par les partenaires sociaux, permettrait de prouver au salarié que l'on peut garder un emploi même en perdant son travail ;
- Appui économique ensuite, car cela amènerait une entreprise dont le carnet de commandes nécessite des embauches mais qui ne trouve personne à recruter, à pouvoir augmenter ses capacités de production. Dans le même temps, celle qui prêterait son salarié allégerait son compte d'exploitation ;
- Soutien local enfin, car cette mesure permettrait de sortir des approches par filière ; or, au sein d'un même bassin d'emploi, cette logique de filière peut être extrêmement forte et impacter tout un réseau de donneurs d'ordre / sous-traitant locaux, ce qui diminue drastiquement les possibilités créées par les conditions légales actuelles. Et cela ferait également baisser le nombre de salariés concernés par des procédures de reclassement, d'accompagnement et d'indemnisation chômage.

On peut néanmoins légitimement imaginer que les salariés dans des bassins couverts par des Contrats de Transition Professionnelle préféreront cet outil au dispositif de mobilité professionnelle proposé ici. Mais pour toutes les autres zones, le maintien de l'activité à proximité de son lieu de travail habituel serait sûrement perçu par les salariés en danger comme salutaire, d'autant plus qu'ils resteraient juridiquement et donc *personnellement* attachés à leur entreprise. Avec, sans doute, la vision qu'il vaut mieux partager le travail plutôt que le chômage ...

Afin de laisser la main aux acteurs de terrain, l'idéal serait que le législateur présente une mesure *a minima*, en n'incluant que les points fondamentaux de garanties pour le salarié, tels que, par exemple, la durée du prêt, le niveau de rémunération, le droit de refus et les conditions de réintégration, d'embauche ou de sortie finale du dispositif. Enfin, une progression accélérée de la qualification du salarié concerné, comme reconnaissance et valorisation des compétences acquises pendant son prêt, serait symboliquement utile.

Le travail temporaire

4 constats sur le travail temporaire

1. Un fort développement depuis 40 ans

L'intérim a été introduit en France dans les années 50. Le nombre d'intérimaires s'est très fortement développé jusqu'à concerner plus de 630 000 personnes en 2008. Cette croissance est due à la fois à l'action efficace des entreprises de travail temporaire mais surtout au besoin de flexibilité des entreprises utilisatrices. Cette nécessaire flexibilité est le pendant d'un Code du travail vécu comme extrêmement rigide par de nombreux employeurs. Les freins – réels ou supposés – au départ d'un salarié de l'entreprise (obligation de motivation avec cause réelle et sérieuse, durée du préavis, risque de prud'hommes ...) amènent souvent le chef d'entreprise à n'embaucher qu'à partir du moment où la charge de travail effectuée par cette personne est considérée comme pérenne et suffisante. L'intérim est donc souvent la variable d'ajustement numéro un de l'emploi dans les entreprises françaises. Ce qui explique que l'emploi intérimaire soit le premier à souffrir lors de baisses brutales d'activité. Le Prisme estime ainsi que le nombre de salariés intérimaires est passé en quelques mois de 630 000 à 520 000 sur 2008.

2. Une réglementation très encadrée

L'image négative de l'intérim à ses débuts, parfois comparé à des « négriers des temps modernes », conjuguée à la fois à des pratiques douteuses et peu responsables de certains intervenants et au développement important du nombre de salariés concernés, ont conduit les pouvoirs publics à encadrer fortement cette activité. Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 impose les premières règles sur les congés payés, la durée maximale des missions ou les obligations liées au contrat de travail en contrepartie du monopole de prêt de main d'œuvre à but lucratif. Les lois Auroux en 1982 complètent ces dispositions avec, entre autres, l'instauration des cas les recours et la réévaluation des indemnités de fin de mission.

Cette ancienneté dans les pratiques ainsi que volume important de salariés intérimaires expliquent que, parmi les différents dispositifs relevant de relations triangulaires dans le travail - dont le prêt de main d'œuvre ou le portage salarial -, l'intérim soit actuellement le plus encadré et réglementé.

3. Une extension progressive des missions assurées par les entreprises de travail temporaire

Depuis 1972, les entreprises de travail temporaire ont su profiter des mutations du marché du travail pour élargir leurs champs d'intervention. Alors que, au départ, leurs missions concernaient principalement des besoins de remplacement liés à l'absentéisme et au turn-over au sein des entreprises, c'est surtout avec la mise à disposition de salariés pour des emplois précaires que leur utilisation a explosé. Plus récemment, d'autres évolutions législatives sont venues encore augmenter le nombre de leurs missions. Nous pouvons citer en exemple :

- le placement des salariés intérimaires en en CDD ou CDI (loi n°2005-32 du 18 janvier 2005) ;
- la possibilité d'exercer l'activité d'Entreprise de Travail à Temps Partagé (loi n° 2005-882 du 2 août 2005) ;
- l'extension, également par la loi du 18 janvier 2005, des cas de recours pour des publics spécifiques (personnes en difficulté d'insertion) et dans le cas d'un complément de formation professionnelle.

Il apparaît donc que les sociétés de travail temporaire sont devenues au fil des années des acteurs incontournables du marché de l'emploi. Et il y a fort à parier que les services à la personne, domaine en pleine expansion nécessitant des solides compétences d'organisation et de besoin de main d'œuvre, sera la prochaine étape de leur développement.

4. Un dialogue social de branche fructueux et exemplaire

Trop rarement connu de l'extérieur, la négociation collective de branche a permis au fil des ans de bâtir des avantages et garanties pour les salariés intérimaires souvent supérieurs à ce qui existe par ailleurs.

Ainsi, la mutualisation des droits à la formation entre les entreprises de travail temporaire peut-elle être considérée comme un des actes précurseurs de la portabilité des droits négociés par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2008. Par ailleurs, le Fonds d'Action Sociale du Travail Temporaire (FASTT), géré conjointement par les syndicats salariés et le Prisme, a développé des services et prestations adaptés aux spécificités de ces emplois, tels que des aides au logement, à la garde d'enfant, à la location de voiture ou au crédit.

Ces avancées confèrent un « statut » au salarié intérimaire avec des avantages sociaux bien plus larges que ce que peuvent avoir, par exemple, la plupart des salariés de TPE, même si évidemment la précarité de l'emploi reste présente. Il est également à noter que dans aucun autre pays européen les droits et garanties des salariés intérimaires ne sont aussi développés.

2 enjeux pour le travail temporaire

1. Utiliser l'intérim pour des missions court terme

Dans le panorama des statuts, contrats de travail et dispositifs existants à ce jour en France, le travail temporaire a été prévu pour répondre dans son immense majorité aux besoins identifiés dans son intitulé même : des besoins *temporaires*.

Les besoins qui ne seraient donc ni ponctuels ni temporaires ne devraient pas être comblés par l'utilisation de salariés intérimaires au sein des entreprises. C'est d'ailleurs ce que précise déjà le Code du travail (article L.124-2) : « *le contrat de travail temporaire, quelque soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice* ».

Plus encore, le développement de l'intérim sous toutes ses facettes a peut-être fini par faire oublier un des textes fondateurs de cette profession, le préambule de l'accord d'entreprise Manpower / CGT du 9 octobre 1969 qui stipulait : « [...] *Le travail temporaire en effet, de caractère occasionnel dans son principe, ne doit pas se substituer à l'emploi permanent dont il n'est que le complément. Dans les entreprises ou établissements de tous secteurs d'activité, l'utilisation des services d'une organisation de travail temporaire doit constituer un moyen de faire face à des besoins passagers de main-d'œuvre [...]* ».

Ce sont ces fondamentaux qui doivent aujourd'hui être rappelés et renforcés.

2. Améliorer les conditions d'embauche des intérimaires dans les entreprises utilisatrices

L'intérim peut être considéré pour la majorité des salariés intérimaires comme un tremplin vers des emplois stables et pérennes. C'est également aujourd'hui une porte d'entrée dans la vie active reconnue pour les primo-travailleurs.

C'est pourquoi l'enjeu de l'égalité entre les intérimaires et les salariés de l'entreprise utilisatrice est primordial. Une des règles de base dans le travail temporaire en France, est l'égalité de traitement entre les salariés intérimaires et les salariés en poste. Au niveau européen, une directive de juin 2008 sur le travail temporaire reconnaît cette obligation, après que le Royaume-Uni, qui en faisait un *casus belli* expliquant que cette mesure viendrait entraver le bon fonctionnement de son marché du travail, avait récemment assoupli sa position.

Afin de continuer dans cette voie, d'autres aspects d'équité doivent encore être débattus. Ainsi, la question de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise d'intérim devrait être mieux prise en compte lors de son placement. La reconnaissance de l'appropriation de compétences spécifiques par les salariés intérimaires, telle que l'adaptabilité aux conditions de travail, devrait également être mieux valorisée.

3 propositions concernant le travail temporaire

1. Augmenter le nombre de renouvellements autorisés

Les entreprises sont soumises à une nécessité de réactivité de plus en plus forte. Et l'intérim a justement pour mission de répondre à ces fluctuations brutales d'activité. Sauf que la visibilité sur les carnets de commandes est elle aussi de plus en plus faible : dans beaucoup de secteurs d'activité, la réduction des délais au strict minimum, voire le flux tendu sont devenus la norme.

Or la possibilité de ne renouveler qu'une seule fois le contrat est, on l'a vu, très facilement contournée. Faire passer de 1 à 3 fois le nombre de renouvellements autorisés, permettrait à la fois de mieux prendre en compte cette réalité vécue sur le terrain. Dans le même temps, il est évident que cette mesure ferait diminuer de manière drastique les motifs pour renouvellement « bidon », sans pour autant ouvrir la porte à des reconductions automatiques, sur des périodes infinies, la limite maximum des 18 mois restant, bien évidemment, toujours la norme. Mais, avec une durée moyenne des missions estimée par la profession à 2 semaines, et 25% des missions qui ne durent qu'une journée, pouvoir mettre plus de sincérité et de sécurité pour le salarié comme pour l'entreprise utilisatrice dans le cadre d'une utilisation normale de l'intérim paraît largement justifié.

2. Supprimer le délai de carence

Le délai de carence a été instauré par les lois Auroux afin de limiter l'emploi à outrance du recours à l'intérim. Il oblige l'entreprise utilisatrice à un temps d'attente minimum entre deux missions sur le même poste et pour le même cas de recours.

Dans les faits, il apparaît que l'ensemble des acteurs sait très bien là aussi comment contourner cette limitation, ne serait-ce qu'en changeant le poste nécessitant le recours à l'intérim. Un certain nombre de salariés intérimaires se plaignent d'ailleurs de cette restriction qui les empêche de pouvoir enchaîner les missions à leur convenance. Selon les sources, de 15% à 20% des intérimaires assument et revendiquent leur choix d'être salariés d'entreprises de travail temporaire. Pour eux comme pour les autres, il paraît important, dans la continuité de la proposition 1, de lever l'hypocrisie existante et de supprimer cette obligation.

3. Moduler les critères économiques selon la durée et la densité des contrats

L'indemnité de fin de mission (aussi communément appelée « prime de précarité ») est actuellement fixée à 10% de la rémunération brute sur la totalité de la mission. Afin de conforter le recours à l'intérim sur des missions temporaires, il est proposé de faire passer cette indemnité à 15% pour des durées de contrat supérieures à 6 mois, puis à 20% au-delà de 12 mois. Cette mesure aurait donc pour effet d'augmenter doublement la rémunération perçue par le salarié intérimaire sur des missions longues :

1. Mécaniquement, par la durée totale de son contrat ;
2. Par le niveau de l'indemnité prévue.

Pour éviter les contrats de 5 mois et 30 jours renouvelés 2 jours plus tard, il pourrait être prévu d'intégrer dans le décompte de la durée, des temps d'interruption courts en cas de réembauche du salarié dans la même entreprise.

Parallèlement, pour également conforter le recours à l'intérim sur des missions ponctuelles, il serait souhaitable d'étudier les moyens d'encourager les utilisations responsables et de pénaliser les entreprises ayant un recours disproportionné aux salariés intérimaires, par rapport au nombre total de travailleurs intervenants dans l'entreprise. Une approche plus large prenant également en compte d'autres types de contrats précaires (CDD, stages) serait d'ailleurs plus juste et plus efficiente.

ANNEXE 1

Liste des personnes auditionnées et des
contributions écrites

Liste des personnes auditionnées

Union des Groupement de France (UGEF)

Louise GUERRE
Hervé SERIEYX
Sophie LE NAOURES

Assemblée Nationale

Gérard CHERPION

Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

Dominique RESTINO
Marc CANAPLE

Mouvement des Entreprises de France (MEDEF)

Valérie CORMAN
Chantal FOULON

Confédération Française de l'Encadrement - Confédération Générale des Cadres (CFE-CGC)

Alain LECANU

Mouvement pour une Union Nationale et Collégiale des Informaticiens (MUNCI)

Régis GRANAROLO

Professionnels de l'intérim, Services et Métiers de l'Emploi (PRISME)

Pierre FONLUPT
Serge VO-DINH
François ROUX
Dominique DELCOURT

Confédération Générale du Travail – Force Ouvrière (CGT-FO)

Christelle GILLARD-KOSLOWSKI

Syntec Informatique

Alain DONZEAUD
Anne VASIBROIT

Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT)

Marcel GRIGNARD

Liste des contributions écrites

Centre de Ressources des Groupement d'Employeurs Poitou-Charentes (CRGE)

Thierry CHEVALLEREAU

Comité National de Coordination et d'Evaluation des Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification (CNCE-GEIQ)

Arnaud FARHI

Société d'avocats Pouey et associés

Olivier POUHEY

L'alliance 7

Jean-Pierre GENESLAY

ANNEXE 2

Lettre de mission

Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité

Le Ministre

Cab FM/ST/D 08017357

Paris, le 20 NOV. 2008

Monsieur le Président Directeur Général, *chr Thomas,*

La relation individuelle de travail est fondée sur un contrat conclu entre un employeur et son salarié. Dans certaines situations, un tiers intervient pour mettre le salarié qu'il emploie à la disposition d'un utilisateur.

Le code du travail définit précisément les cas dans lesquels cette situation est envisageable. Des possibilités d'emplois plus nombreux existent à travers chacun de ces modes de travail pour peu qu'on réfléchisse à la manière de rendre le cadre applicable plus adapté.

L'intérim tout d'abord qui concerne plus de 600 000 salariés fin 2007 a élargi depuis plusieurs années le champ de ses missions. Comment permettre à l'intérim de répondre le plus efficacement possible aux besoins d'emplois et de formation des entreprises et des salariés, avec des garanties ?

Les groupements d'employeurs ensuite constituent une réponse pertinente sur des bassins d'emplois et offrent une possibilité de pluri-activité aux salariés. Comment permettre un développement beaucoup plus important de cette forme d'activité qui concerne environ 30 000 salariés seulement aujourd'hui ?

Le prêt de main d'œuvre est réglementé de manière très étroite et pénalement sanctionné. Faut-il permettre le développement de prêts de salariés entre entreprises lorsque la situation de l'emploi le justifie tout en préservant un cadre légal qui offre des garanties aux salariés ? La possibilité qui a été offerte aux pôles de compétitivité à titre expérimental peut-elle servir de référence ? Comment adapter le droit pour que le recours à la sous-traitance puisse être effectué de manière stable et offre de réelles garanties aux personnes concernées ? Comment nos voisins européens considèrent-ils le prêt de personnel et existe-t-il des bonnes pratiques qui pourraient nous inspirer ?

Monsieur Thomas CHAUDRON
Président Directeur Général
MECANALU
Impasse des Jalots
91410 DOURDAN


.../...

Vous étudierez les pistes d'évolution de la réglementation en la matière et procéderez à une large consultation des acteurs concernés, notamment les partenaires sociaux.

Je souhaite que vous puissiez me faire part de vos préconisations d'ici la fin de l'année 2008.

Je vous prie d'agréer, Monsieur Le Président Directeur Général, l'expression de ma considération distinguée.

Gm : t.g.



Xavier BERTRAND

ANNEXE 3

Informations sur les législations étrangères

La Mise à disposition de travailleurs en Europe

Chris Engels et Sophie Maes
Claeys & Engels
Bruxelles, Belgique

Introduction

A l'heure actuelle, un nombre croissant d'entreprises voient leur besoin en termes de flexibilité dans la gestion de leur force de travail augmenter. Dans des situations de ralentissement économique, les entreprises peuvent être amenées, dans l'attente d'une reprise économique rapide, à effectuer des retenues sur le salaire de leurs employés plutôt que d'engager une procédure de licenciements collectifs coûteuse et, à l'issue de cela, être contraintes de devoir réembaucher du personnel à qualification égale ou similaire. C'est la raison pour laquelle la mise à disposition de travailleurs gagne de l'ampleur.

La mise à disposition de travailleurs fait référence à des situations dans lesquelles un travailleur est mis à la disposition d'une société utilisatrice de manière temporaire. Cette mise à disposition peut se produire dans le cadre d'une agence de travail ou en dehors de ce contexte. Cela implique nécessairement l'implication de trois parties : le travailleur, l'employeur d'origine ou l'agence de travail et la société utilisatrice. Lorsqu'il est mis à disposition, le travailleur reste sous le service de l'employeur d'origine qui paie le salaire du travailleur.

Dans les faits, ces types de pratiques sont souvent effectués par des employeurs qui travaillent par exemple dans l'industrie des logiciels et le développement de programmes pour des utilisateurs dans les locaux des utilisateurs. En outre, le fait d'embaucher des travailleurs en faisant appel à des agences de travail est un moyen idéal pour les employés d'adapter leur force de travail aux conditions du marché. Par conséquent, nombreux sont les pays dans lesquels le travail temporaire constitue une part en augmentation du marché du travail.

Néanmoins, au sein de l'Union européenne (UE), les disparités sont nombreuses en termes de situation juridique applicable à la mise à disposition de travailleurs. Ces disparités constituent une gêne pour les entreprises qui souhaitent s'engager dans des activités impliquant la mise à disposition transfrontalière de travailleurs. De plus, dans plusieurs Etats membres de l'UE, la législation nationale ne prend pas en compte le fait que les sociétés sont fonctionnellement organisées en différentes entités juridiques. Aujourd'hui, les

travailleurs effectuent souvent des services en dehors du cadre de l'entité juridique de laquelle ils relèvent, mais au sein de l'organisation générale du groupe auquel l'entité juridique appartient.

Ce chapitre est consacré à la situation dans sept Etats membres de l'UE au regard de la législation applicable au 1er janvier 2004.¹

De manière générale, on peut classer ces Etats membres en deux catégories. La première catégorie regroupe les Etats qui accordent plus ou moins la même liberté à la mise à disposition de travailleurs qu'à d'autres services (l'Autriche, les Pays-Bas et la Suède). Les Etats relevant de la seconde catégorie interdisent, par principe, la mise à disposition de travailleurs et réglementent de manière stricte les agences de travail (la Belgique, la France, le Portugal et l'Espagne). Ce chapitre est consacré à ces deux catégories et aborde brièvement la proposition de Directive sur les conditions de travail des travailleurs intérimaires présentée par la Commission européenne le 20 mars 2002.²

Etats autorisant la mise à disposition de travailleurs

L'Autriche, les Pays-Bas et la Suède autorisent, en principe, la mise à disposition de travailleurs à une société utilisatrice sans que l'employeur soit contraint d'avoir une autorisation et sans limite de durée. Ces pays n'opèrent aucune distinction entre la mise à disposition de travailleurs dans le cadre d'une agence de travail intérimaire ou en dehors de ce cadre. De plus, aucune limitation n'est imposée aux circonstances dans lesquelles un employeur peut faire appel au travail intérimaire/à une agence de travail intérimaire. Toutefois, d'autres dispositions statutaires peuvent entrer en jeu et doivent être respectées. En outre, certaines mesures visant à protéger le travailleur et/ou les autorités peuvent jouer un rôle déterminant.

Autriche

Généralités

En Autriche³, la mise à disposition de travailleurs est autorisée, à condition que

¹ Les auteurs ont étudié la situation juridique de la mise à disposition de travailleurs dans ces sept Etats membres de l'UE en collaboration avec la société *Ius laboris*, *Ius laboris* étant une alliance de sociétés d'avocats leaders offrant des services spécialisés dans le droit de l'emploi, des retraites et des avantages accordés aux employés principalement à l'intention des employeurs. Les Etats membres et les sociétés membres de l'alliance sont les suivants : L'Autriche - Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte KEG ; la Belgique - Claeys & Engels ; la France - Barthelemy & Associés ; les Pays-Bas - Loyens & Loeff ; le Portugal - Carlos Aguiar, P. Pinto & Associados ; l'Espagne - Sagardoy Abogados ; et la Suède - Elmszell Advokatbyrå HB.

² Commission des Communautés européennes, proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur les conditions de travail des travailleurs intérimaires, 2002/072 (COD). Une version amendée a été présentée le 28 novembre 2002.

³ En collaboration avec Me. Heike Haberlik, avocat chez Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte KEG. Source légale

le travailleur soit intégré à l'organisation économique de la société utilisatrice. L'autorité doit être transférée de l'employeur d'origine à la société utilisatrice, transfert que les Etats relevant de la seconde catégorie semblent interdire ou limiter. La société utilisatrice doit disposer de toute l'autorité et du contrôle total sur le travailleur pour que cette opération de transfert soit licite. Ce n'est pas le cas si le travailleur travaille dans les locaux de la société utilisatrice mais qu'il continue à recevoir des instructions de son employeur d'origine, c'est le cas par exemple d'un ingénieur de services après-vente qui répare une machine.

En principe, aucune limite n'est imposée à la mise à disposition de travailleurs à une société utilisatrice. La seule exigence est que la mise à disposition ne doit pas porter atteinte aux conditions de salaire et de travail des travailleurs de la société utilisatrice, ni augmenter les risques sur le lieu de travail. Il existe néanmoins une exception pour la mise à disposition transfrontalière de travailleurs. En l'absence de règle spécifique, l'employeur doit tout d'abord obtenir une autorisation des autorités compétentes. Comme dans la plupart des pays européens, il est également interdit d'employer des travailleurs intérimaires en cas de conflit social, tel qu'une grève.

Différentes exigences formelles s'appliquent à la mise à disposition de travailleurs.

Informations préalables au travailleur L'employeur doit remettre au préalable au travailleur un document écrit mentionnant l'identité de la société utilisatrice, le nombre d'heures de travail normal et le salaire auquel le travailleur aura droit en travaillant pour la société utilisatrice.

Contrat L'employeur et la société utilisatrice doivent signer un contrat contenant plusieurs dispositions obligatoires. Certaines dispositions sont interdites, telles que :

- (1) la diminution du salaire du travailleur pour la période durant laquelle le travailleur est mis à disposition ;
- (2) la limitation ou l'allongement du temps de travail normal du travailleur ; et
- (3) la réduction de la durée du contrat d'embauche du travailleur.

Informations annuelles aux autorités L'employeur est tenu de conserver une trace de la mise à disposition de travailleurs. Une fois par an, à la fin du mois de juillet, l'employeur doit informer les autorités compétentes du nombre de travailleurs mis à disposition et du nombre de sociétés utilisatrices qui ont eu recours aux travailleurs de l'employeur.

Mesures visant à protéger les travailleurs et/ou les autorités

Tout en travaillant pour la société utilisatrice, le travailleur a le droit de percevoir son salaire local normal - à savoir le salaire auquel peut prétendre un travailleur au sein de la société utilisatrice - qui doit être versé au moins chaque mois. De plus, les règles relatives à la durée du travail applicables au sein de la société utilisatrice, résultant par exemple d'une convention collective sont également applicables au travailleur intérimaire.

La société utilisatrice est le garant légal tant du salaire du travailleur que de ses cotisations de sécurité sociale. Si la société utilisatrice est en mesure de prouver qu'elle a déjà payé à l'employeur les taxes convenues entre les parties, elle ne peut cependant être tenue responsable que du montant que le travailleur et les autorités ne peuvent obtenir de l'employeur. Durant la période au cours de laquelle le travailleur intérimaire travaille avec la société utilisatrice, cette dernière est responsable de l'application des règles en matière de travail, de santé et de sécurité.

Sanctions

Des amendes administratives peuvent être infligées. Par exemple, une amende de 726 € pouvant aller jusqu'à 7 260 € pourra être infligée à :

- (1) un employeur ou une société utilisatrice qui conclut des accords illicites avec des travailleurs qui sont mis à disposition ;
- (2) un employeur qui met des travailleurs à disposition d'une société utilisatrice en cas de conflit social ; et
- (3) un employeur qui met à disposition des travailleurs sans leur fournir des détails écrits sur le travail à effectuer.

Pays-Bas

Généralités

Aux Pays-Bas⁴, depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la fourniture de travail par le biais d'un intermédiaire (la WAADI) le 1er juillet 1998, la mise à disposition de travailleurs est permise sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation⁵. De plus, il n'y a plus de limite de durée applicable à la mise à disposition de travailleurs à une société utilisatrice et à l'embauche de travailleurs intérimaires. Comme dans la plupart des autres pays, le travail intérimaire ne peut pas être utilisé pour remplacer des travailleurs qui prennent

⁴ En collaboration avec Me Juliette Huyzer, avocate chez Loyens & Loeff.
Sources légales applicables : Loi sur la fourniture de travail par le biais d'un intermédiaire du 14 mai 1998, publiée au Bulletin des Lois et des Décrets de 2003, à la page 192 ; Code civil néerlandais ; Loi des conseils néerlandais sur le travail du 28 janvier 1971 publiée au Bulletin des Lois et des Décrets de 2002, à la page 584. En outre, des conventions collectives applicables (le cas échéant) peuvent également contenir des dispositions pertinentes.

⁵ Le Ministère des affaires sociales peut toutefois établir des règles supplémentaires et/ou différentes sur les conditions applicables aux employeurs qui mettent à disposition des travailleurs.

part à un conflit social collectif. Cependant, à la différence de la situation en Belgique, les travailleurs intérimaires qui travaillent dans les locaux d'une société utilisatrice en cas de conflit social collectif n'ont pas besoin d'être rappelé, pour autant qu'ils ne remplacent pas un travailleur qui prend part à un conflit social collectif.

Mesures visant à protéger les travailleurs et/ou les autorités

Différentes règles s'appliquent en vue de protéger et d'améliorer les conditions de travail des travailleurs intérimaires.

Contrat La relation contractuelle entre l'employeur et le travailleur intérimaire est fondée sur un contrat d'embauche ou un contrat de détachement. En outre, l'employeur et la société utilisatrice doivent également conclure un contrat de détachement ou un autre contrat. Dans ces contrats, les parties peuvent, entre autre, convenir de la durée du contrat et du salaire du travailleur pour cette durée. La société utilisatrice et le travailleur n'ont pas de relation contractuelle, mais une relation de fait. Par conséquent, la société utilisatrice est l'employeur informel du travailleur.

Obligations de l'employeur L'employeur ne peut pas demander au travailleur intérimaire quoi que ce soit en contrepartie des services intermédiaires rendus. L'employeur doit également fournir au travailleur toutes les informations importantes sur les règles relatives à la santé et à la sécurité applicables à la société utilisatrice et à ses activités avant que le travailleur commence à travailler pour la société utilisatrice.

Obligations de la société utilisatrice La société utilisatrice a la responsabilité ultime de garantir que les règles en matière de santé et de sécurité seront applicables au travailleur intérimaire. La société utilisatrice a également la responsabilité ultime de veiller à ce que les règles relatives au temps de travail s'appliquent au travailleur intérimaire et elle engage sa responsabilité pour tout acte préjudiciable subi par le travailleur intérimaire dans le cadre de son travail pour la société utilisatrice. Le travailleur intérimaire peut engager la responsabilité, soit de la société utilisatrice, soit de l'employeur.

Les règles relatives à la responsabilité en cascade sont applicables aux impôts sur le revenu et aux cotisations de sécurité sociale dus par l'employeur pour le travailleur intérimaire. En principe, il incombe à l'employeur de retenir les impôts sur le revenu et les cotisations de sécurité sociale. Cependant, si l'employeur n'effectue pas les paiements requis, la société utilisatrice pourra en être tenue responsable. La responsabilité de la société utilisatrice sera toutefois limitée à la durée durant laquelle le travailleur a travaillé pour la société utilisatrice et, au cas où plusieurs travailleurs sont concernés, au nombre de

travailleurs intérimaires effectivement concernés.

Droits du travailleur intérimaire Le travailleur intérimaire est en droit de percevoir un salaire (et non pas des avantages) au moins égal au salaire que la société utilisatrice verse à ses propres employés pour un travail identique. Il existe néanmoins quelques exceptions à cette règle, telles que l'application de salaires et d'avantages garantis par la convention collective applicable ou en conformité avec une disposition impérative. Le travailleur intérimaire est soumis aux limites du temps de travail et aux conditions de travail applicables au sein de la société utilisatrice. Il dispose d'un droit de codécision avec son employeur tout en travaillant pour la société utilisatrice. Sous certaines conditions, le travailleur intérimaire peut également jouir d'un droit de codécision avec la société utilisatrice.

Sanctions

L'employeur et les organes de représentation du travailleur sont les principaux responsables de l'application des règles. La WAADI contient seulement des règles d'application administratives limitées. En outre, le gouvernement est dans l'obligation de prévenir les parties si un défaut de conformité est établi. Un « employeur » (qui, aux fins de la présente Loi, peut également être la société utilisatrice) qui ne respecte pas la Loi sur les conditions de travail encourt des sanctions prévues par cette Loi.

Suède

Aperçu général

En Suède⁶, la mise à disposition de travailleurs n'est pas interdite en tant que telle. La loi sur l'échange d'emploi privé et le recrutement de la main-d'œuvre à titre temporaire (désignée par « Loi sur l'emploi » dans la suite des présentes) prévoit, toutefois, quelques règles limitées qu'il est nécessaire de prendre en compte. Ces règles ont principalement trait au fait qu'une agence de recrutement ne peut interdire à un travailleur, lors de son recrutement à titre temporaire, d'accepter une proposition d'emploi provenant de l'entreprise utilisatrice. De plus, un travailleur issu d'une agence de recrutement ne peut être mis à disposition de son ancien employeur dans les six mois suivant la fin de son contrat de travail précédent.

⁶ En collaboration avec M. Anders Elmer and Mme Jenny Hellberg, avocats au cabinet Elmszell Advokatbyrå HB. Sources légales applicables : la loi sur l'échange d'emploi privé et le recrutement de la main-d'œuvre à titre temporaire, SFS 1993:440 ; la loi sur la cogestion sur le lieu de travail, SFS 1976:1160 ; et les conventions collectives applicables (le cas échéant).

En outre, la loi relative à la cogestion sur le lieu de travail (désignée par « Loi sur le milieu de travail » dans la suite des présentes) prévoit également quelques règles visant à garantir la protection de la main-d'œuvre de l'entreprise utilisatrice embauchée sur la base d'un contrat à durée indéterminée. Aux termes de la Loi sur le milieu de travail, l'entreprise utilisatrice a l'obligation de mener des négociations avec le syndicat dès lors qu'elle entend utiliser des travailleurs temporaires, et toute mission temporaire est couverte par une convention collective signée entre l'entreprise utilisatrice et un syndicat. Dans certains cas exceptionnels, tels que la panne de machines ou l'arrêt de la production, l'entreprise utilisatrice peut prendre des mesures et embaucher des travailleurs temporaires avant de consulter le syndicat, mais elle est alors tenue d'entamer des négociations le plus tôt possible. Ces négociations ne constituent pas, toutefois, une obligation légale si l'entreprise utilisatrice n'est pas liée par une convention collective ou si le travailleur temporaire n'est pas couvert par une telle convention.

Selon la Loi sur le milieu de travail, le syndicat peut, dans certains cas, faire obstacle à la mesure envisagée par l'entreprise utilisatrice en usant de son droit de véto. Le syndicat ne peut exercer son droit de véto qu'une fois les négociations menées entre les parties, au niveau local et central, achevées. Si, au niveau central, le syndicat estime que la mesure envisagée est contraire à la loi, aux conventions collectives applicables et/ou aux pratiques généralement reconnues entre les parties, l'entreprise utilisatrice n'est pas autorisée à embaucher des travailleurs temporaires. Elle a la possibilité d'ester en justice pour contester le véto du syndicat, mais elle est alors tenue d'attendre l'issue de la procédure judiciaire pour pouvoir faire appel à des travailleurs temporaires. Toutefois, la Loi sur le milieu de travail n'a pas, dans une large mesure, un caractère impératif et les conventions collectives peuvent prévoir différentes clauses applicables à l'entreprise utilisatrice.

Mesures visant à protéger les travailleurs et/ou les autorités

Ainsi qu'il a déjà été souligné, il peut être obligatoire de mener des négociations afin de protéger la main-d'œuvre embauchée par l'entreprise utilisatrice sur la base d'un contrat à durée indéterminée. En ce qui concerne le travailleur temporaire, l'entreprise est chargée de veiller à ce que toutes les mesures de sécurité nécessaires soient mises en place pendant la durée de la mission. De plus, la responsabilité à long terme de l'employeur d'origine ou de l'agence de recrutement quant à l'environnement de travail peut être partagée avec l'entreprise utilisatrice, et ce en fonction des circonstances de chaque cas particulier.

Sanctions

Si l'entreprise utilisatrice ignore un veto justifié, elle peut être tenue de verser au syndicat des dommages et intérêts punitifs. En revanche, si le syndicat exerce son droit de veto sans motif valable, il peut également être redevable de dommages et intérêts punitifs envers l'entreprise utilisatrice. De plus, l'agence de recrutement peut se voir infliger des amendes en cas de défaut de conformité avec les dispositions fixées dans la Loi sur l'emploi.

Pays interdisant la mise à disposition de travailleurs

En Belgique, en France, au Portugal et en Espagne, le recrutement de travailleurs à titre temporaire en dehors du cadre du travail intérimaire est, en règle générale, interdit. Toutefois, les exceptions prévues par le droit laissent quelquefois place, dans une certaine mesure, à la mise à disposition de travailleurs au sein d'une entreprise utilisatrice, dès lors que certaines conditions sont satisfaites.

En outre, le travail temporaire est strictement réglementé. Ces restrictions visent, premièrement, à garantir que seules des agences de recrutement honorables et solvables se prêtent aux activités de recrutement de travailleurs temporaires. Dans tous les pays faisant partie de la deuxième catégorie, cela implique la nécessité d'obtenir une autorisation préalable des autorités compétentes et/ou de garantir financières suffisantes. Pour obtenir un permis, l'agence de recrutement a l'obligation de satisfaire diverses conditions ayant trait, entre autres, à la qualité du service rendu, au caractère véritable de son infrastructure et à sa situation financière.

Deuxièmement, ces restrictions ont pour but de protéger les travailleurs temporaires au même degré que les salariés permanents de l'entreprise utilisatrice et d'améliorer la qualité du travail intérimaire. A cette fin, des formalités strictes s'appliquent au contrat devant être signé entre l'agence de recrutement et le travailleur intérimaire. L'entreprise utilisatrice est également tenue d'appliquer à l'égard du travailleur intérimaire ses propres règles en matière de protection, de santé et de sécurité des travailleurs. De plus, les travailleurs intérimaires sont en droit de recevoir une rémunération au moins égale à celle d'un salarié permanent de l'entreprise utilisatrice, dès lors que les tâches effectuées sont identiques ou similaires.

Troisièmement, ces restrictions sont destinées à protéger les travailleurs de l'entreprise utilisatrice embauchés sur la base d'un contrat à durée indéterminée. Il ne peut être recouru au travail intérimaire que dans un nombre limité de cas clairement définis. De plus, une procédure spéciale impliquant l'organisme de représentation des travailleurs pourrait être applicable. En outre, l'alignement des conditions d'emploi du travailleur intérimaire sur celles des salariés de l'entreprise utilisatrice peut éviter la concurrence déloyale.

Enfin, dans tous les pays faisant partie de la deuxième catégorie, des sanctions sévères, dont des sanctions pénales, s'appliquent en cas de défaut de conformité avec les dispositions fixées dans la législation applicable.

Belgique

La mise à disposition de salariés permanents en dehors du cadre du travail temporaire

Principes En Belgique⁷, la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise à disposition de travailleurs au sein d'une entreprise utilisatrice (désignée par « Loi du 24 juillet 1987 » dans la site des présentes) interdit, en règle générale, le recrutement de travailleurs à titre temporaire. Une modification récente de cette loi permet, toutefois, aux entreprises de réaliser, dans le cadre de contrats de prestation de services, des missions au bénéfice de tiers sans pour autant violer les dispositions prévues. La Loi du 24 juillet 1987 s'en tient, du moins en principe, à l'interdiction de la mise à disposition de travailleurs au sein d'entreprises utilisatrices tierces, mais il n'empêche que, à l'heure actuelle, ses termes sont formulés de telle sorte que les interdictions prévues sont inapplicables.

Exceptions La première exception porte sur le recrutement de travailleurs à titre temporaire sans délégation de l'autorité hiérarchique. La Loi du 24 juillet 1987 interdit uniquement la mise à disposition de salariés permanents par transfert de pouvoir entre l'employeur d'origine et l'entreprise utilisatrice. Par conséquent, la mise à disposition de travailleurs est autorisée dès lors qu'elle n'implique pas une délégation de l'autorité de l'employeur.

Les tribunaux du travail, en Belgique, sont assez enclins à reconnaître l'existence d'une relation de travail dans des circonstances où l'exercice effectif ou potentiel de l'autorité de l'employeur présumé sur le travailleur présumé n'est pas clair. Bien souvent, le pouvoir de l'employeur résulte de critères qui ont tout simplement trait aux circonstances externes dans lesquelles la mission est réalisée, par exemple le lieu et le matériel mis à la disposition du travailleur, plutôt qu'à la manière (quoi, où et quand) dont la mission est réalisée. Toutefois, dans deux affaires récentes, la Cour suprême a déterminé que la dépendance

⁷ Sources légales applicables : la loi du 24 juillet 1984 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise à disposition de travailleurs au sein d'une entreprise utilisatrice, Gazette officielle du 20 août 1987 ; l'arrêté royal du 19 février 1997 concernant les mesures à prendre en matière de santé et de sécurité des travailleurs intérimaires, Gazette officielle du 18 décembre 1997 ; la Convention collective n° 36 du 27 novembre 1981 et la Convention collective n° 58 du 7 juillet 1994, toutes deux conclues au sein du Conseil national du Travail.

financière et économique en tant que telle n'était pas l'indication d'une relation de subordination⁸.

Toutefois, l'interdiction s'effrite en raison d'un nouvel alinéa ajouté, en 2000, à la Loi du 24 juillet 1987. Depuis lors, les ordres donnés aux travailleurs de l'employeur par l'entreprise utilisatrice ne relèvent plus du cadre de la relation d'autorité entre l'employeur et l'employé, dans la mesure où ces ordres se limitent à la conformité aux dispositions en matière de santé, de sécurité, du temps de travail et des périodes de congé ou à la réalisation substantielle des services convenus.

Cette exception a une portée très générale et permettrait le recrutement de travailleurs à titre temporaire, du moins si l'employeur et l'entreprise utilisatrice concluent un contrat de prestation de services aux termes duquel ils décrivent la mission à réaliser. Toutes les autres instructions et/ou décisions, par exemple les instructions concernant les mesures disciplinaires, les décisions concernant les augmentations de salaire, les évaluations et les promotions, doivent toutefois être données ou prises par l'employeur, comme d'habitude.

La deuxième exception porte sur le recrutement de travailleurs à titre temporaire avec délégation de l'autorité hiérarchique. Un employeur peut, dans certains cas exceptionnels, mettre quelques uns de ses salariés permanents à la disposition d'un autre employeur auquel il délègue une partie de l'autorité normale dont il dispose sur les salariés concernés. Toutefois, en règle générale, une autorisation des pouvoirs publics est requise. Pour obtenir cette autorisation, le consentement de la délégation syndicale de l'entreprise utilisatrice est également obligatoire. Le consentement des deux entités ne sera cependant pas requis si un travailleur, dont le contrat de travail conclu avec l'employeur d'origine est préservé, est mis à la disposition de l'entreprise utilisatrice à titre exceptionnel :

- (1) dans le cadre d'une collaboration entre les employeurs de la même entité financière et économique, ou
- (2) pour l' « exécution à court terme » de tâches spécialisées qui nécessitent des qualifications professionnelles spéciales.

En pareils cas, il n'est nécessaire d'informer les pouvoirs publics que dans les vingt-quatre heures précédant la mise à disposition des travailleurs au sein de l'entreprise utilisatrice. Même à ce stade, les travailleurs ne peuvent être embauchés que pour une durée limitée et à la condition que cette embauche ait lieu parallèlement aux activités normales de l'employeur. Dans le cas contraire, l'application des dispositions fixées dans la législation relative au travail temporaire et exigeant l'obtention d'un agrément préalable ne peut être exclue. Le droit ne prévoit aucune disposition concernant les éléments constituant ou non une « exécution à court terme ».

⁸ Arrêt du 23 décembre 2002 de la Cour suprême dans l'affaire n° S01.0169 F ; Arrêt du 24 avril 2003 de la Cour suprême dans l'affaire n° S01.0184 F.

En outre, un document écrit doit être signé entre les trois parties concernées, et ce avant la mise à disposition effective du travailleur au sein de l'entreprise utilisatrice. La responsabilité de l'employeur et de l'entreprise utilisatrice est, dès lors, engagée au titre du versement de salaires, d'indemnités, d'avantages et de prestations de sécurité sociale. Les conditions d'emploi du travailleur concerné doivent être au moins égales à celles des salariés de l'entreprise utilisatrice, dès lors que les tâches effectuées sont identiques, et l'entreprise est également tenue d'appliquer les règles en matière de protection, de santé et de sécurité des travailleurs sur le lieu de travail.

Sanctions Des sanctions sévères s'appliquent en cas de violation des dispositions fixées dans la Loi du 24 juillet 1987. Les sanctions civiles sont les suivantes :

- (1) présomption d'un contrat de travail à durée indéterminée conclu avec l'entreprise utilisatrice, toute réfutation de cette présomption étant impossible ;
- (2) possibilité pour le travailleur de mettre fin à tout moment au contrat de travail sans préavis ; et
- (3) engagement de la responsabilité conjointe de l'employeur et de l'entreprise utilisatrice, notamment au titre du versement d'indemnités de fin de contrat et de prestations de sécurité sociale.

En cas de sanctions pénales, l'employeur et l'entreprise utilisatrice peuvent :

- (1) se voir ordonner par le tribunal pénal de payer des amendes d'un montant de 130 € à 2 500 € par travailleur, avec un plafond total de 250 000 € ;
- (2) faire l'objet d'une peine d'emprisonnement d'une durée de huit jours à un mois ; ou
- (3) être condamnés à payer des amendes ainsi qu'à une peine d'emprisonnement.

En l'absence de poursuites, l'employeur peut se voir ordonner de payer une amende administrative d'un montant de 50 € à 1 250 € par travailleur (avec un plafond total de 20 000 €).

Travail temporaire

Aperçu général Le droit belge restreint les activités menées par les agences de recrutement. De plus, toute société souhaitant opérer en tant qu'agence de recrutement a l'obligation d'obtenir un agrément préalable des autorités compétentes⁹. Pendant toute la durée de la mise à disposition du travailleur au

⁹ Dans le cadre fédéral de la Belgique, cet agrément doit être donné par les autorités régionales (à savoir de la région wallonne, de la région flamande et de la région de Bruxelles-Capitale). En pratique, cela signifie que chaque région applique des procédures d'agrément et des législations différentes.

sein de l'entreprise utilisatrice, cette dernière se voit déléguer l'autorité de l'employeur.

Les travailleurs intérimaires ne peuvent être embauchés que dans un nombre limité de cas qui, en règle générale, sont les suivants :

- (1) remplacement temporaire d'un salarié permanent dont le contrat de travail est suspendu, par exemple en raison d'un arrêt maladie ou d'un congé de maternité, ou bien résilié ;
- (2) augmentation temporaire de l'activité de l'entreprise ; et
- (3) mission exceptionnelle, par exemple des activités d'études de marché, des activités nécessitant des qualifications professionnelles spécifiques ou des activités pour lesquelles un employeur n'a pas été en mesure de trouver un candidat au profil adapté.

En général, les travailleurs intérimaires ne peuvent être sollicités que pour une durée déterminée maximale (trois à douze mois, renouvellements de contrat compris)¹⁰ et après avoir suivi une procédure spécifique nécessitant le consentement de la délégation syndicale de l'entreprise utilisatrice.

Le recours à une agence de recrutement est interdit dans les cas suivants :

- (1) lorsque des conflits sociaux existent (à la différence des Pays-Bas, du Portugal et de la France), les travailleurs intérimaires, qui sont en mission chez un employeur au moment où un conflit social éclate, doivent être rappelés, et
- (2) ouvriers travaillant dans des entreprises de déménagement, de construction, et des entreprises offrant des services de garde-meubles.

Contrairement à la situation en France et en Espagne, le recours aux agences de recrutement n'est pas restreint dans le cas d'une mission ayant précédemment impliqué une procédure de licenciement.

Enfin, des formalités strictes s'appliquent. En effet, deux contrats doivent être conclus. Premièrement, un contrat de travail doit être signé entre le travailleur intérimaire et l'agence de recrutement¹¹. Le droit prévoit plusieurs dispositions impératives à faire figurer dans ce contrat. Le deuxième contrat est signé lors de la mise à disposition du travailleur intérimaire au sein de l'entreprise utilisatrice et entre cette dernière et l'agence de recrutement. À ce stade également, le droit prévoit des dispositions impératives spécifiques devant être respectées. De plus, l'agence de recrutement a l'obligation de fournir, lors de

¹⁰ En cas d'augmentation de l'activité de l'entreprise, un renouvellement de contrat peut être envisagé après une période de douze mois. Dans ce cas, l'agence de travail temporaire est tenue de demander l'autorisation de la Commission des bons offices. Si un renouvellement de contrat est envisagé après une période de dix-huit mois, une autre procédure s'applique à nouveau.

¹¹ En particulier, il convient de signer une lettre d'intention exposant clairement que les parties entendent conclure un contrat de travail temporaire, et ce au plus tard à la date où le travailleur obtient, pour la première fois, une mission de l'agence de recrutement. Le contrat de travail effectif doit alors être conclu, au plus tard, dans les deux jours ouvrables suivant l'entrée en service du travailleur.

la mise à disposition du travailleur intérimaire, un document écrit contenant la clause devant apparaître dans le contrat conclu entre l'agence et l'entreprise utilisatrice.

Mesures visant à protéger les travailleurs et/ou les autorités Pendant la durée de la mission du travailleur au sein de l'entreprise utilisatrice, cette dernière est tenue d'appliquer les règles en matière de protection, de santé et de sécurité des travailleurs. De plus, le travailleur intérimaire est en droit de recevoir la même rémunération, y compris l'ensemble des avantages (tels que les tickets restaurant), dont il aurait bénéficié s'il avait été embauché en tant que salarié permanent de l'entreprise utilisatrice. En 1993, une commission paritaire spéciale¹² pour le travail intérimaire a été créée. De nombreuses conventions collectives visant à réglementer et veiller au respect des conditions de travail des travailleurs intérimaires y ont été conclues. A la différence de l'Autriche et des Pays-Bas, la responsabilité conjointe n'entre en jeu qu'en cas de non-conformité avec les dispositions fixées dans la Loi du 24 juillet 1987.

Sanctions Tout manquement à ces règles peut donner lieu aux mêmes sanctions que celles précédemment citées en ce qui a trait à la mise à disposition de travailleurs en dehors du cadre du travail temporaire.

France

Le prêt de main-d'œuvre permanente en dehors du travail temporaire

Principe La législation française¹³ interdit le prêt de main-d'œuvre à des fins commerciales¹⁴ en dehors du cadre du placement par des entreprises de travail temporaire.

Exceptions La première exception concerne la mise à disposition de travailleurs sans aucune délégation de l'autorité. L'interdiction ne s'applique pas si la mise à disposition a lieu dans le cadre d'une opération globale de sous-traitance et ne constitue pas simplement un prêt de personnel d'une entreprise à une autre. A cette fin, il est important que le sous-traitant fournisse un service complet, englobant par exemple le savoir-faire, les équipements adéquats et la supervision des travailleurs affectés, et assume les risques liés aux activités. De plus, le prix devrait prendre la forme d'un montant « prédéterminé » en

¹² Commission paritaire n° 322.

¹³ En collaboration avec M. Jean-Michel Mir, associé, et M^{me} Judith Biron, avocate, du cabinet Barthélémy & Associés. Sources juridiques applicables : Code du travail, Articles L 124-1 *et seq.*

¹⁴ Au sens où c'est l'objet exclusif de l'accord qui lie l'employeur et l'utilisateur et où l'objectif visé est de faire des profits.

contrepartie des services convenus et devrait, en règle générale, ne pas être facturé sur la base du nombre d'heures réellement prestées.

Le travailleur ne peut pas être intégré à l'organisation de l'utilisateur. Le travailleur doit recevoir ses instructions et travailler sous l'autorité du personnel d'encadrement du prestataire de services employeur et non de l'entreprise utilisateur. La législation française apparaît ici plus sévère que la législation belge, en vertu de laquelle les instructions données par l'utilisateur aux travailleurs de l'employeur dans le cadre d'un accord de niveau de service ne sont pas considérées comme un exercice de l'autorité de l'employeur.

La seconde exception concerne la mise à disposition de travailleurs avec délégation de l'autorité dans un contexte non lucratif. Contrairement aux législations belge, portugaise et espagnole, la législation française ne pose aucune limite au prêt de main-d'oeuvre à but non lucratif, dans le cadre de transferts entre sociétés par exemple. Les tribunaux interprètent la notion de « rentabilité » d'une manière générale. Les tribunaux ont ainsi décidé que l'existence d'une rémunération en contrepartie des services suffit pour qu'une opération soit considérée comme lucrative.¹⁵ Toutefois, l'opération est généralement considérée comme non lucrative si la rémunération ne couvre que le salaire du travailleur et les cotisations de sécurité sociale liées.

Sanctions Le non-respect de la législation applicable peut être puni par des sanctions à la fois civiles et pénales. Les sanctions civiles sont les suivantes :

- (1) un tribunal peut considérer que le travailleur et l'utilisateur sont liés par un contrat de travail pour une durée indéterminée ;¹⁶
- (2) le travailleur peut demander à être indemnisé pour tout préjudice imputable au comportement de l'employeur, le travailleur pouvant agir personnellement ou par l'intermédiaire de son syndicat ;
- (3) un syndicat peut demander des dommages et intérêts pour son propre compte ; et
- (4) la responsabilité conjointe entre l'employeur et l'utilisateur, y compris pour les cotisations de sécurité sociale.

Les sanctions pénales peuvent notamment être les suivantes :

- (1) les personnes physiques peuvent être condamnées à payer une amende pouvant atteindre un montant maximal de 30 000 euros et/ou à purger une peine d'emprisonnement dont la durée peut aller jusqu'à deux ans ; et
- (2) les personnes morales peuvent être condamnées à payer une amende pouvant atteindre un montant maximal de 150 000 euros et/ou être dissoutes, se voir interdire de poursuivre leurs activités (à titre provisoire

¹⁵ Cour de Cassation, 4 avril 1990, *Laboratoires Anphar-Rolland c. Dutruich et Sté Indice Recrutement*, *Droit Social*, 1990, p. 783.

¹⁶ Cour de Cassation, 16 mai 1990, *Bull. Civ. V.*, n° 225.

ou définitif), être condamnées à une fermeture définitive des sites, être exclues des appels d'offres publics (à titre provisoire ou définitif) ou faire l'objet d'une publication dans la presse ou les médias de radio et de télévision.

Le travail temporaire

Généralités Afin de pouvoir exercer leurs activités, les entreprises de travail temporaire doivent au préalable effectuer une déclaration auprès des autorités et justifier des garanties financières requises. Comme en Belgique, au Portugal et en Espagne, un employeur ne peut recourir aux entreprises de travail temporaire que dans un nombre limité de circonstances. Le travail temporaire ne peut, dès lors, être utilisé que dans les cas où il est autorisé, à savoir :

- (1) le remplacement temporaire d'un travailleur permanent en cas de suspension ou de résiliation de son contrat de travail ;
- (2) le remplacement temporaire d'un travailleur qui a été recruté mais qui n'est pas encore disponible ;
- (3) l'accroissement temporaire de la charge de travail, c'est-à-dire un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ou une commande d'exportation exceptionnelle, sous réserve que l'accroissement découlant de la commande dure au moins six mois ;
- (4) le travail exceptionnel, c'est-à-dire une tâche occasionnelle qui ne fait pas partie des activités habituelles de l'utilisateur ou un travail urgent nécessaire pour des raisons de sécurité ;
- (5) le travail saisonnier ; et
- (6) les emplois temporaires dans un nombre limité de secteurs répertoriés.

Un contrat de travail temporaire ne peut, en outre, en aucun cas être conclu :

- (1) pour un emploi qui a fait l'objet d'une procédure de licenciement au cours des six mois précédents, en cas d'accroissement temporaire du travail¹⁷ ou d'exécution d'un travail occasionnel ;
- (2) pour un travail dangereux (figurant sur une liste établie par arrêté) ; et
- (3) pour remplacer des travailleurs en grève, directement ou indirectement.

Toutefois, les travailleurs intérimaires qui travaillent pour un employeur quand un conflit collectif du travail éclate n'ont pas besoin d'être rappelés, à condition qu'ils ne remplacent pas les salariés en grève.

Comme dans les autres pays de cette catégorie, le travail intérimaire ne peut être utilisé que pour une période de temps limitée, c'est-à-dire pour une durée précise ou pour couvrir un événement spécifique, par exemple en attendant le

¹⁷ Sauf si le contrat est conclu pour une durée maximale de trois mois, non renouvelable, ou l'exécution d'une commande d'exportation exceptionnelle.

retour d'un salarié absent. Si pour une durée précise, le contrat ne peut être renouvelé qu'une fois, sa durée totale, y compris le renouvellement, ne peut pas dépasser huit à vingt-quatre mois, selon la justification.

Deux contrats sont nécessaires. Le premier est un contrat de travail qui doit être conclu entre le travailleur intérimaire et l'entreprise de travail intérimaire lors de chaque mission dans une entreprise utilisatrice. Le second contrat concerne la relation entre l'entreprise de travail intérimaire et l'entreprise utilisatrice. Alors que la loi en Belgique autorise explicitement la conclusion de contrats à durée déterminée successifs pour le travail intérimaire, la loi française limite la conclusion de contrats successifs. En règle générale, les parties ne peuvent pas conclure un nouveau contrat pour le même travail ou le même travailleur intérimaire avant l'expiration d'un délai de carence. Cependant, il existe certaines exceptions à cette règle, par exemple dans le cas d'un remplacement d'un salarié absent.

En général, l'entreprise utilisatrice ne doit se conformer à aucune procédure préalable impliquant un organe de représentation du personnel. Toutefois, une consultation préalable du comité d'entreprise ou, s'il n'y a pas de comité d'entreprise, des représentants du personnel est nécessaire :

- (1) s'il est fait appel au travailleur intérimaire pour remplacer un salarié qui a quitté l'entreprise durant la période de transition avant la fin de son emploi ; ou
- (2) s'il est fait appel au travailleur intérimaire en raison d'une commande exceptionnelle à l'exportation.

En outre, le comité d'entreprise doit être régulièrement informé du nombre de travailleurs intérimaires et des raisons du recours à ces travailleurs intérimaires.

Mesures pour protéger les travailleurs et/ou les organismes Pendant que le travailleur intérimaire travaille pour l'entreprise utilisatrice, celle-ci est responsable de l'application des règles de travail, d'hygiène et de sécurité. En outre, le travailleur intérimaire bénéficie des mêmes droits et avantages qu'un salarié permanent de l'entreprise utilisatrice. Cependant, il existe une exception en ce qui concerne les droits relatifs à la résiliation d'un contrat de travail applicables au sein de l'entreprise utilisatrice.

Lorsque les garanties financières de l'entreprise de travail intérimaire sont inadéquates pour couvrir ses dettes, l'entreprise utilisatrice est légalement obligée de se substituer à l'entreprise de travail intérimaire en ce qui concerne le paiement de tous les salaires dus aux travailleurs intérimaires et de toutes les cotisations de sécurité sociale et remboursements de prestations sociales dus aux organismes de sécurité sociale. L'entreprise utilisatrice peut alors exercer toutes les actions que les travailleurs intérimaires et/ou les organismes de sécurité sociale auraient pu exercer contre l'entreprise de travail intérimaire. En outre,

l'entreprise utilisatrice est responsable de tout préjudice subi par le travailleur intérimaire, par exemple dans le cas d'un accident de travail.

Sanctions Un certain nombre de sanctions est prévu pour le non-respect des règles applicables. Dans le cadre des sanctions civiles prévues, un tribunal peut considérer que le travailleur intérimaire et l'entreprise utilisatrice sont liés par un contrat de travail pour une durée indéterminée. Dans ce cas, le travailleur intérimaire est en droit de bénéficier des mêmes avantages que s'il avait été employé par l'entreprise utilisatrice. En plus des sanctions pénales mentionnées ci-dessus en relation avec la mise à disposition de personnel en dehors du travail temporaire, l'entreprise utilisatrice peut encourir une amende de 3 750 € et, en cas de récidive, encourir une amende de 7 500 € et/ou être passible d'un emprisonnement.

Portugal

Mise à disposition de travailleurs permanents en dehors du travail intérimaire

Principe Le droit portugais¹⁸ interdit la mise à disposition de travailleurs permanents, lorsque celle-ci implique un transfert d'autorité de l'employeur originel à l'utilisateur.

Exceptions Comme en Belgique et en France, la première exception concerne la mise à disposition de travailleurs sans délégation d'autorité. L'interdiction de mise à disposition ne s'applique en effet pas dans le contexte d'un contrat de niveau de service général, à condition que l'utilisateur n'exerce aucune autorité sur le travailleur concerné. Comme en Belgique, le droit portugais accepte toutefois que l'utilisateur puisse donner des instructions générales sans que la mise à disposition ne tombe sous le coup de l'interdiction. Dans la plupart des cas, un contrat de niveau de service sera cependant requalifié en contrat de travail si l'utilisateur donne des instructions au travailleur sur le temps de travail et sur les obligations de compte rendu et si une dépendance économique ou juridique existe entre les parties. La conclusion d'un contrat de niveau de service qui décrit le travail à effectuer peut réduire ce risque de requalification à condition que l'utilisateur n'intervienne notamment pas dans les questions disciplinaires, dans les évaluations et dans les décisions relatives à l'augmentation du salaire.

La seconde exception concerne la mise à disposition de travailleurs avec délégation d'autorité. Dans les conditions suivantes, l'employeur peut mettre un

¹⁸ En collaboration avec Mme Ines Reis, associée au sein du cabinet d'avocats Carlos Aguiar, P. Pinto & Associados. Source de droit applicable : loi-décret numéro 358/89 du 17 octobre 1989 ; code du travail, loi numéro 99/2003 du 27 août 2003.

certain nombre de ses employés à la disposition d'un autre employeur en déléguant une partie de l'autorité qu'il détient sur eux :

- (1) le travailleur détaché doit avoir conclu avec l'employeur un contrat de travail à durée indéterminée ;
- (2) le travailleur doit être détaché dans des sociétés liées, indépendamment de la forme juridique du groupe d'entreprises ;
- (3) le travailleur concerné doit avoir donné son accord pour cette mise à disposition et
- (4) la période de mise à disposition du travailleur ne doit pas excéder un an, cette période pouvant être prolongée d'année en année jusqu'à un maximum de cinq ans.

Des formalités strictes s'appliquent toutefois à une telle mise à disposition. Un document écrit doit être signé entre les trois parties impliquées. Ce contrat doit être signé avant que le travailleur ne soit réellement mis à la disposition de l'utilisateur et doit contenir un certain nombre de clauses obligatoires.

Comme en Belgique, l'utilisateur est tenu de payer le salaire du travailleur ; ce salaire doit correspondre à celui que perçoit un travailleur qui exerce un travail identique chez l'utilisateur. Le travailleur a en outre droit à des congés ainsi qu'à une prime de Noël en proportion de la durée du détachement et selon les mêmes conditions que celles valant pour les autres employés de l'utilisateur. L'utilisateur est tenu de respecter ces droits.

Sanctions L'inobservation des règles légales applicables peut faire l'objet de sanctions à la fois civiles et pénales. La sanction civile consiste à présumer qu'un contrat de travail à durée indéterminée a été conclu avec l'utilisateur. Au niveau des sanctions pénales, l'employeur et l'utilisateur peuvent être condamnés à payer une amende allant de 178 à 8 455 euros, en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise et de la gravité de la violation commise.

Travail intérimaire

Aperçu général Seules les entreprises de travail intérimaire dûment enregistrées peuvent opérer en tant que telles. Les situations dans lesquelles il est possible d'avoir recours au travail intérimaire sont limitées. Le travail intérimaire n'est possible que pour exécuter des tâches autorisées à cet effet, à savoir :

- (1) le remplacement temporaire d'un travailleur permanent qui est empêché de travailler ou qui est absent ;
- (2) l'occupation temporaire d'un poste vacant pour lequel une procédure de recrutement est en cours ;
- (3) l'augmentation temporaire ou exceptionnelle du volume de travail (y compris lorsqu'il s'agit de reprendre la production) ;
- (4) l'exécution d'une tâche limitée et définie précisément ;

- (5) des activités saisonnières ;
- (6) le besoin intermittent de travailleurs suite à une activité instable pendant plusieurs jours ou pendant une partie de la journée et
- (7) le besoin de travailleurs pour des projets limités dans le temps, comme la restructuration d'une usine.

En général, le travail intérimaire est uniquement autorisé pendant une période maximum de six mois. Cette règle ne s'applique pas en cas de remplacement temporaire d'un travailleur qui est empêché de travailler ou qui est absent : dans ce cas, la période contractuelle maximale ne peut excéder la durée de l'absence du travailleur. Dans le cas de l'occupation temporaire d'un poste vacant, la période maximale de travail intérimaire est de six mois. Des prolongements subséquents sont possibles à titre exceptionnel, sous réserve de l'autorisation préalable de l'Inspection du travail (IDICT).

Le recours à un travailleur intérimaire est interdit dans les cas suivants :

- (1) en cas de conflit collectif du travail - contrairement à la Belgique, les travailleurs temporaires qui travaillent chez un employeur au moment où un conflit du travail survient doivent être rappelés et
- (2) en cas d'exécution de tâches dangereuses.

L'utilisateur doit informer son comité [d'entreprise ?] de tout recours au travail intérimaire. Comparé au droit suédois qui prévoit une obligation de négociation et au droit belge qui requiert parfois l'approbation des délégués syndicaux, le droit portugais est plus flexible dans la mesure où il ne prévoit qu'une obligation de notification dans un délai de cinq jours ouvrables.

Deux contrats de travail doivent être établis. Un premier contrat de travail doit être conclu entre le travailleur intérimaire et l'entreprise de travail intérimaire au moment où le travailleur entre au service de l'entreprise. Un second contrat de travail doit être conclu lorsque le travailleur est mis à la disposition de l'utilisateur. L'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur doivent donc eux aussi conclure un contrat.

Mesures visant à protéger les travailleurs et/ou droits des travailleurs

Pendant toute la durée d'activité du travailleur intérimaire chez l'utilisateur, ce dernier est tenu d'appliquer les règles du droit du travail ainsi que les dispositions légales relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs. En revanche, l'entreprise de travail intérimaire reste seule responsable des cotisations de sécurité sociale et de l'assurance accident du travail. Le travailleur intérimaire a droit à un salaire au moins égal à celui que l'utilisateur verse aux employés qui exercent chez lui un travail identique ou similaire.

Sanctions L'inobservation des règles précitées peut entraîner des sanctions civiles et pénales. Les sanctions civiles sont les suivantes :

- (1) présomption d'un contrat de travail à durée indéterminée avec l'utilisateur si le travailleur intérimaire continue de travailler pour l'utilisateur pendant au moins dix jours suivant l'expiration du contrat conclu avec l'entreprise de travail intérimaire, cette présomption étant irréfutable ;
- (2) les contrats conclus avec des entreprises de travail intérimaire qui ne sont pas dûment enregistrées sont considérés comme nuls et nonavenus et le travailleur intérimaire est alors considéré comme ayant conclu avec l'utilisateur un contrat de travail à durée indéterminée et
- (3) l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur engagent leur responsabilité conjointe et solidaire, notamment au niveau du salaire, des indemnités de départ et des cotisations de sécurité sociale lorsque l'entreprise de travail intérimaire n'est pas correctement enregistrée.

En ce qui concerne les sanctions pénales, l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur peuvent être condamnés à payer une amende allant de 178 à 53 400 euros, en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise et de la gravité de la violation commise.

Espagne

Mise à disposition de travailleurs permanents en dehors du travail intérimaire

Principe Selon le droit espagnol¹⁹, la mise à disposition de travailleurs permanents en dehors du travail intérimaire est strictement interdite. Il n'existe aucune exception à cette règle.

Sanctions En ce qui concerne la mise à disposition de travailleurs, des sanctions civiles, administratives et pénales peuvent s'appliquer. Les sanctions civiles sont les suivantes :

- (1) responsabilité conjointe et solidaire de l'employeur original et de l'utilisateur envers le travailleur et les organismes de sécurité sociale pour tout ce qui concerne les obligations de travail et
- (2) doit du travailleur de devenir un travailleur permanent de l'employeur ou de l'utilisateur, selon son choix.

La sanction administrative dans ce domaine consiste dans une amende pouvant aller de 30 000 à 601 012 euros. La sanction pénale (qui peut aller jusqu'à une courte peine privative de liberté) s'applique uniquement lorsqu'il y a eu intention de violer le droit du travail espagnol.

¹⁹ En collaboration avec M. Inigo Sagardoy, associé au sein du cabinet d'avocats Sagardoy Abogados. Source de droit applicable : article 43 de la loi du 24 mars 1995 sur les travailleurs ; loi 14/94 du 1^{er} juin 1994 ; décret royal 4/95 du 13 janvier 1995.

Travail intérimaire

Aperçu général Avant de pouvoir proposer des travailleurs intérimaires, l'entreprise de travail intérimaire doit être agréée par les autorités. Le travail intérimaire n'est possible que dans les situations suivantes :

- (1) remplacement temporaire d'un travailleur permanent dont le contrat de travail est suspendu ;
- (2) exécution d'une tâche particulière au sein d'un délai limité, même si celui-ci est incertain ;
- (3) augmentation temporaire du volume de travail en raison de la demande du marché, d'un retard de travail ou d'un surplus de commandes, même pendant la marche normale des affaires de l'entreprise et
- (4) occupation temporaire d'un poste vacant pendant la procédure de recrutement ou d'avancement.

Dans les situations (1) et (2) ci-dessus, le travail intérimaire n'est autorisé que jusqu'à ce que la raison justifiant ce type de travail cesse d'exister. La durée maximale du travail intérimaire est limitée à six mois dans la situation (3) et à trois mois dans la situation (4). La formation que l'entreprise de travail intérimaire doit fournir au travailleur au sujet des règles de sécurité et de protection de la santé est comptabilisée dans le calcul de la durée maximale du travail intérimaire.

Le travail intérimaire est interdit dans les cas suivants :

- (1) remplacement de travailleurs grévistes ;
- (2) exécution de tâches considérées par la loi comme dangereuses pour la santé et la sécurité du travailleur ;
- (3) affectation du travailleur dans une autre entreprise de travail intérimaire ;
- (4) affectation du travailleur à un poste qui a pris fin au cours des douze derniers mois suite à un licenciement abusif, à un licenciement collectif et / ou à un licenciement pour raison objective et
- (5) affectation du travailleur à un poste qui, au cours des dix-huit derniers mois, a été temporairement occupé pendant treize mois et demi ou plus par des travailleurs fournis par une entreprise de travail intérimaire.

Le contrat de travail conclu entre l'entreprise de travail intérimaire et le travailleur intérimaire doit être établi par écrit en trois exemplaires originaux et doit être enregistré auprès de l'Office de l'emploi dans les dix jours suivant sa conclusion. Lorsque le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée, le travailleur doit recevoir une notification écrite à chaque affectation, cette notification devant contenir un certain nombre d'informations obligatoires. Un contrat de niveau de service doit en outre être conclu entre l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur. Les délégués du personnel de l'utilisateur doivent être

informés de chaque contrat de niveau de service et de la justification qui le sous-tend dans le délai de dix jours.

Mesures visant à protéger les travailleurs et/ou droits des travailleurs

Comme aux Pays-Bas et en Belgique, différentes règles s'appliquent pour protéger et améliorer la qualité du travail intérimaire. On peut notamment citer les règles suivantes :

- (1) pendant toute la durée au cours de laquelle le travailleur intérimaire exerce une activité pour l'utilisateur, ce dernier est responsable des conditions de travail ainsi que de la santé et de la sécurité du travailleur et doit fournir à l'entreprise de travail intérimaire et au travailleur intérimaire toutes les informations pertinentes relatives aux questions de santé et de sécurité avant le début de l'activité du travailleur ;
- (2) le travailleur intérimaire a le droit de se plaindre des conditions de travail auprès des délégués du personnel de l'utilisateur, ceux-ci étant tenus de défendre le travailleur à cette fin ;
- (3) le travailleur intérimaire doit pouvoir avoir accès aux services sociaux de l'entreprise utilisatrice ;
- (4) le travailleur intérimaire a droit aux mêmes avantages et congés annuels que les employés de l'utilisateur ;
- (5) l'entreprise de travail intérimaire doit fournir au travailleur intérimaire une formation suffisante et appropriée et
- (6) le travailleur intérimaire ne peut être obligé de payer de quelconques honoraires en contrepartie de l'exécution de services intermédiaires.

En règle générale, l'entreprise de travail intérimaire doit payer les salaires et les cotisations de sécurité sociale correspondantes. Si l'entreprise de travail intérimaire ne procède pas à ces paiements, l'entreprise utilisatrice peut être tenue de les verser. En cas de travail intérimaire interdit, l'entreprise de travail intérimaire et l'entreprise utilisatrice engagent leur responsabilité conjointe et solidaire.

Sanctions L'inobservation des règles précitées peut entraîner les mêmes sanctions que celles applicables à la mise à disposition de travailleurs permanents en dehors du travail intérimaire (cf. ci-dessus).

Proposition d'une directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires

Le 20 mars 2002, la Commission européenne a soumis une proposition de directive concernant les conditions de travail des travailleurs intérimaires²⁰. Le 21 novembre 2002, le Parlement européen a pris position sur cette directive, ce qui a entraîné une proposition modifiée de la Commission européenne en date du 28 novembre 2002 (ci-après la « proposition »)²¹.

Il ne s'agit pas là de la première initiative visant à fournir un cadre européen au travail intérimaire. La proposition se base sur plusieurs propositions antérieures présentées dans les années 1980 et / ou sur des négociations entre les partenaires sociaux. La proposition doit être considérée dans le cadre de la volonté de la Commission de développer des moyens visant à améliorer la flexibilité du temps de travail tout en augmentant la sécurité des travailleurs. Les partenaires sociaux avaient déjà présenté des accords cadres sur le travail à temps partiel et sur le travail à durée déterminée, ces deux accords ayant été mis en œuvre par des directives du Conseil²².

Alors que la directive sur le détachement des travailleurs vise à clarifier et à harmoniser les conditions de détachement des travailleurs au niveau international, la proposition susmentionnée vise à faire de même au niveau des marchés nationaux. Son objectif est :

- (1) d'assurer la protection des travailleurs intérimaires et d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de non-discrimination à l'égard des travailleurs intérimaires et en reconnaissant les entreprises de travail intérimaire comme des employeurs et
- (2) d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire pour contribuer à la création d'emplois et à un bon fonctionnement du marché du travail et de l'emploi²³.

La proposition établit un principe général de non-discrimination. Les conditions essentielles de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires doivent au moins correspondre à celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par l'entreprise utilisatrice pour y occuper le même poste²⁴. Un travailleur intérimaire est défini comme une personne ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire dans le but d'être mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice en vue d'y travailler de manière temporaire sous le contrôle de ladite entreprise²⁵.

²⁰ Commission des Communautés européennes, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, 2002/0072 (COD).

²¹ Commission des Communautés européennes, proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, 2002/0072 (COD), COM (2002) 701 final.

²² Directive du Conseil 1997/81 du 15 décembre 1997 concernant l'accord cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO L 14/9 et directive du Conseil 1999/70 du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu par la CES, l'UNICE et le CEEP, JO L 175/43.

²³ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 2.

²⁴ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 5, § 1.

²⁵ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 3, § 1, point b).

Aux termes de la proposition, les conditions essentielles de travail et d'emploi font référence²⁶ :

- (1) à la durée du travail, aux heures supplémentaires, aux temps de pause, aux périodes de repos et au travail de nuit ;
- (2) aux congés payés ;
- (3) aux jours fériés ;
- (4) à la rémunération²⁷ ;
- (5) à la protection des femmes enceinte et allaitantes ;
- (6) à la protection des enfants et des jeunes et
- (7) à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et à toute action visant à combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Des dérogations au principe de non-discrimination sont toutefois possibles. En ce qui concerne la rémunération, la proposition permet aux Etats membres de déroger au principe de non-discrimination lorsque les travailleurs intérimaires, liés à l'entreprise de travail intérimaire par un contrat à durée indéterminée, continuent à être rémunérés dans l'intervalle de temps entre l'exécution de deux missions. Les Etats membres peuvent en outre confier aux partenaires sociaux la possibilité de conclure des conventions collectives qui dérogent au principe de non-discrimination, à condition qu'un niveau de protection adéquat soit assuré aux travailleurs intérimaires. En ce qui concerne la rémunération, les Etats membres peuvent également prévoir que le principe de non-discrimination ne s'appliquera pas lorsqu'un travailleur intérimaire travaille pendant moins de six semaines²⁸. Pour de nombreux Etats membres, cette exception ne semble pas raisonnable. Pour le Royaume-Uni en revanche, l'exception ne va pas assez loin. Le Royaume-Uni désirerait une exception pour les emplois pendant une durée maximale de six mois.

La proposition comporte également plusieurs règles destinées à améliorer la qualité du travail intérimaire en vue de fournir aux travailleurs intérimaires un accès à l'emploi permanent. Ces règles concernent :

- (1) l'information des travailleurs intérimaires sur les postes vacants dans l'entreprise utilisatrice ;
- (2) la nullité des clauses visant à empêcher le travailleur intérimaire d'occuper un emploi permanent au sein de l'entreprise utilisatrice ;
- (3) l'interdiction pour les entreprises de travail intérimaire de mettre des honoraires à la charge des travailleurs ;

²⁶ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 3, § 1, point f) et article 5, § 1.

²⁷ C'est toutefois aux Etats membres de définir la rémunération : voir proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 3, § 2.

²⁸ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 5, §§ 2, 3 et 4.

- (4) l'accès des travailleurs intérimaires aux services sociaux de l'entreprise utilisatrice dans les mêmes conditions que les travailleurs employés directement par cette entreprise et
- (5) la formation des travailleurs intérimaires, aussi bien dans l'entreprise de travail intérimaire que dans l'entreprise utilisatrice²⁹.

Les travailleurs intérimaires sont pris en compte pour le calcul des seuils de représentation des travailleurs au sein de l'entreprise de travail intérimaire. Il est en revanche laissé à la discrétion des Etats membres de décider si les travailleurs intérimaires doivent être pris en compte dans le calcul des seuils de représentation dans l'entreprise utilisatrice³⁰. La proposition prévoit également que l'entreprise utilisatrice doit fournir des informations sur l'utilisation du travail intérimaire aux instances représentatives des travailleurs établies en son sein³¹. Comme cela est habituel dans ce genre de directives, la proposition ne porte pas atteinte au droit des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions plus favorables aux travailleurs³². D'un autre côté, les Etats membres sont tenus de réexaminer les restrictions ou interdictions concernant le travail intérimaire. De telles restrictions et interdictions ne peuvent être justifiées que sur la base :

- (1) de l'intérêt général tenant notamment à la protection des travailleurs intérimaires ;
- (2) des exigences de santé et de sécurité du travail et
- (3) de la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché du travail, y compris la prévention d'éventuels abus.

Cette règle s'entend toutefois sans préjudice des exigences nationales en matière d'enregistrement, d'agrément, de certification, de garantie financière ou de contrôle des entreprises de travail intérimaire³³. La disposition sur les restrictions ou interdictions du travail intérimaire vaut en outre sans préjudice des législations ou pratiques nationales interdisant de remplacer des travailleurs grévistes par des travailleurs intérimaires³⁴.

Les débats politiques concernant la proposition de directive ont été passionnés. Jusqu'à présent, les Etats membres n'ont pas été en mesure de trouver un compromis, ce qui n'est pas surprenant vu les nombreuses différences des législations nationales existantes. La question de savoir si cette proposition de directive sera un jour adoptée a été soulevée plusieurs fois, notamment lors de l'accession des nouveaux Etats membres à l'Union européenne le 01^{er} mai 2004.

²⁹ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 6.

³⁰ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 7.

³¹ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 8.

³² Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 9.

³³ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, article 4.

³⁴ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, considérant n° 20.

Conclusion

La mise à disposition des travailleurs est un thème particulièrement complexe, notamment pour les employeurs qui opèrent dans différents pays européens. De manière générale, des pays tels que la Belgique, l'Espagne, la France et le Portugal interdisent la mise à disposition des travailleurs et ne prévoient des exceptions à ce principe que dans des conditions strictes. Ces barrières nationales empêchent les entreprises établies dans des pays autorisant en général la mise à disposition des travailleurs de fournir des services transnationaux. Une entreprise de travail intérimaire néerlandaise n'a ainsi pas besoin d'agrément pour exercer son activité aux Pays-Bas, alors qu'elle devra avoir été préalablement reconnue par les autorités belges pour pouvoir proposer ses services en Belgique.

De nos jours, la plupart des multinationales sont structurées comme des organisations internationales dont les différentes unités opèrent de manière autonome et dépendent de responsables chargés de vastes régions, comme les Etats-Unis ou bien l'Europe, le Moyen-Orient et l'Afrique (région EMOA). Dans ce cas, l'autorité réelle n'est plus exercée par l'employeur, mais est généralement transférée à une personne travaillant dans une autre société du groupe. Bien que ces modèles organisationnels soient autorisés dans certains pays, ils butent sur l'interdiction de mise à disposition des travailleurs dans d'autres pays. Le même problème vaut pour les affectations au sein d'un même groupe, c'est-à-dire lorsque des travailleurs sont temporairement détachés dans une autre société du groupe. Il convient de souligner que la législation de plusieurs pays ne prend pas en compte le fait que de nombreuses entreprises sont organisées au-delà des différentes activités et frontières juridiques.

La proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires pourrait constituer pour la première fois une mesure permettant aux entreprises de travail intérimaire d'opérer efficacement dans un contexte européen. Elle vise à établir pour les travailleurs intérimaires un cadre de protection harmonisé au niveau communautaire en introduisant des prescriptions minimales applicables dans l'ensemble de l'Union européenne. Cela fournirait aux Etats membres un cadre commun capable de faciliter l'intégration des marchés européens du travail et la mobilité transnationale des travailleurs³⁵. Etant donné la différence considérable existant actuellement entre les règles des Etats membres de l'Union européenne, on peut cependant douter que cette forme d'harmonisation puisse être réalisée dans un avenir proche.

³⁵ Proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, considérant n° 22.

**Ambassade de France
en
République fédérale d'Allemagne**

Le conseiller pour les affaires sociales

Berlin, le 1^{er} décembre 2008

FICHE

La réglementation du prêt de main d'œuvre

La loi sur la transmission de salariés de 1972 régit le prêt de main d'œuvre et l'activité des sociétés d'intérim. Elle a été adoptée sous la pression de la jurisprudence européenne dans une affaire opposant l'Etat allemand à l'entreprise de travail temporaire Adia. Précédemment, les organisations syndicales avaient obtenu l'interdiction de tout prêt de main d'œuvre, y compris du travail intérimaire.

Plusieurs amendements à la loi de 1972 ont été adoptés depuis, toutes dans le sens de l'assouplissement des règles de mise à disposition des salariés.

1. La loi sur la transmission de salariés fixe le cadre d'un prêt de main d'œuvre sur autorisation de l'Agence fédérale du travail :

Le prêt de main d'œuvre est en principe soumis à autorisation des services de l'Agence fédérale pour le travail, comme le sont les sociétés d'intérim.

Sont exonérés d'autorisation :

- Le prêt de main d'œuvre entre sociétés d'un même groupe ;
- La mise à disposition de personnels dans le cadre d'un projet commun si celui-ci a été formalisé par un contrat ;
- Le prêt de main d'œuvre entre entreprises régies par la même convention collective si celle-ci le prévoit ;
- Le prêt de main d'œuvre entre entreprises de moins de 50 salariés d'un même secteur et soumis à la même convention collective si cela permet d'éviter le recours au chômage partiel ou à des licenciements. Dans ce cas, le prêt de main d'œuvre est soumis à un simple régime de déclaration, toujours auprès des services de l'Agence fédérale du travail.

Il est à noter que le prêt de main d'œuvre est par principe proscrit dans le secteur du bâtiment. Des exceptions ont toutefois été introduites récemment pour les entreprises régies par les mêmes conventions collectives et quand ces dernières prévoient la possibilité de recours au travail temporaire.

2. Des conditions d'autorisation identiques à celle des sociétés d'intérim :

La loi sur la transmission de salariés prévoit un régime d'autorisation unique. Or les cas cités plus haut, l'employeur doit la solliciter individuellement.

Cette autorisation lui est automatiquement refusée s'il a commis des infractions au regard du droit de la sécurité sociale, du droit fiscal ou du droit du travail. Pour l'obtenir, le chef d'entreprise doit en outre justifier de l'utilité de ce prêt de main d'œuvre à l'aune de ses obligations d'employeur. Surtout, les services de l'Agence fédérale du travail examinent si le salarié mis à disposition bénéficie du même salaire et des mêmes conditions qu'un salarié qui aurait un contrat de travail dans l'entreprise où il exerce.

L'autorisation est payante (2500 Euros maximum) et délivrée pour un an.

3. Le contrôle de la transmission de salariés par l'Agence fédérale du travail :

C'est l'Agence fédérale du travail qui est chargée du contrôle de la loi sur le prêt de main d'œuvre. Pour ce faire, elle collabore avec les administrations fiscales et sociales qui ont à connaître de du nombre et de la qualité des salariés de toute entreprise dans un système de prélèvement à la source.

Les employeurs ont en outre l'obligation de signaler à aux services l'affectation des salariés mais aussi, de façon générale de tous leurs projets de restructuration ayant des incidences sur le personnel.

En cas de constatation d'infraction, l'Agence a la possibilité de dresser des contraventions aux entreprises qui organiseraient ou recourraient à un prêt de main d'œuvre illicite. Ces contraventions peuvent s'élever à 25 000 Euros.

Elles sont directement exécutoires en vertu des dispositions sur l'exécution forcée des décisions administratives en vigueur en Allemagne.

Commentaire :

L'enjeu de la transmission de salariés circonscrit à la licéité de l'exercice de l'activité des sociétés d'intérim :

En Allemagne, les discussions sur l'application de la loi sur la transmission de salariés est centrée sur le travail intérimaire et son encadrement ainsi que sur la législation du détachement des salariés des autres États membres de l'Union européenne.

L'intérim s'est en effet fortement développé ces dernières années, singulièrement depuis la reprise économique constatée à partir de 2005, fournissant notamment une part importante du des emplois créés dans la période. Les organisations syndicales n'en restent pas moins hostiles au recours à l'intérim, revendiquant fortement l'égalité de traitement et de rémunération.

Le prêt de main d'œuvre en dehors du cadre de l'intérim n'est pas en revanche un enjeu du débat social allemand, ni pour les administrations concernées ni pour les partenaires sociaux.

Xavier LUQUET



AMBASSADE DE FRANCE
EN ESPAGNE



Madrid, le 2 février 2009

Monsieur Franck MOREL
Conseiller technique à la
réglementation du travail
Cabinet du Ministre du travail, des
relations sociales, de la famille et de la
solidarité

- **1- sur la réglementation sur le prêt de main d'œuvre (attention, la question ne porte pas sur la réglementation de l'intérim) : le prêt de main d'œuvre est-il légal ? illégal ? Est-ce un délit ? Comment est-il réprimé ?**

En Espagne, le prêt de main d'œuvre est illégal, sauf pour les agences d'intérim ayant obtenu les autorisations administratives nécessaires. Dans tout autre cas, il s'agit d'un prêt illégal de travailleurs.

Effectivement, l'article 43 du Statut des Travailleurs (Code du Travail), reprenant la loi 5/2006, établit que :

« 1 - l'embauche de travailleurs pour les céder temporairement à une autre entreprise ne pourra être effectuée que par des entreprises de travail temporaire autorisées selon les termes légalement établis. »

« 2 - Les employeurs cédants et cessionnaires, qui enfreignent ce qui est stipulé au paragraphe précédent doivent répondre de façon solidaire des obligations contractées avec les travailleurs et avec la Sécurité Sociale, sans préjudice des autres responsabilités, y compris pénales, qui s'appliquent dans ces cas. »

« 3 - Les salariés soumis à un trafic interdit ont le droit d'être embauchés en CDI, si tel est leur choix, par l'entreprise cédante ou cessionnaire. Les droits et obligations du travailleur dans l'entreprise cessionnaire seront les mêmes que ceux qui s'appliquent aux autres salariés qui ont un poste similaire ou identique, et l'ancienneté sera calculée à partir du début de la cession illégale ».

Par ailleurs, dans le cadre du dialogue social, le 9 mai 2006 un accord a été signé par le gouvernement et les partenaires sociaux, pour corriger les principaux problèmes

rencontrés sur le marché du travail. Le problème majeur, à l'époque, était la précarité de l'emploi.

L'un des points de l'accord est destiné à séparer clairement, d'une part, ce qui est considéré comme contrat pour *travaux et services déterminés*¹, et d'autre part, ce qui constitue un prêt de main d'œuvre illégal afin d'établir plus de garanties et de contrôles dans les contrats et les sous-traitances. Pour éviter les méthodes frauduleuses qui cachent les cessions de travailleurs illégales, la réglementation définit et établit les cas dans lesquels il y a clairement des cessions illégales. La définition suivante de « cession illégale de travailleurs » est introduite en tant que nouveau deuxième alinéa de l'article 43 du Statut des Travailleurs : « *la cession de travailleurs est considérée comme illégale en vertu du présent article dans les circonstances suivantes :*

- *si l'objet du contrat de service entre les entreprises se limite à une simple mise à disposition des travailleurs de l'entreprise cédante à l'entreprise cessionnaire,*
- *si l'entreprise cédante n'a pas d'activité ou d'organisation propres et stables,*
- *si l'entreprise cédante ne dispose pas des moyens nécessaires pour l'exercice de son activité,*
- *si l'entreprise cédante n'exerce pas les fonctions inhérentes à sa condition d'entreprise ».*

Les paragraphes 2 et 3 de l'article 43, dont le contenu est inchangé, deviennent les paragraphes 3 et 4.

Pour augmenter la protection des travailleurs et, le cas échéant, assurer la transparence des procès de sous-traitance, de nouveaux mécanismes d'information et de contrôle sont mis à disposition des travailleurs et de leurs représentants.

- Un registre est créé dans toutes les entreprises principales qui partagent un même centre de travail avec d'autres entrepreneurs ou sous-traitants. Ce registre contient les données d'identification des entreprises, des données sur le travail à réaliser ou la liste des services à rendre, sur les travailleurs qui s'en chargent. Le registre est à la disposition des représentants légaux des travailleurs.
- Les travailleurs des entreprises sous-traitantes qui n'ont pas de représentation propre sont représentés par les représentants des entreprises principales.
- Les représentants des travailleurs des entreprises principales, de celles qui embauchent et des entreprises de sous-traitance qui partagent le centre de travail, auront le droit de se réunir pour assurer une coordination.

La cession illégale de travailleurs est considérée comme une infraction très grave en matière de relations professionnelles conformément à l'article 8.2 du Décret Royal législatif 5/2000 du 4 août. La sanction est une amende qui varie entre 6.251 et 187.515 euros selon appréciation du degré de gravité.

Le trafic illégal de main d'œuvre peut également constituer un délit contre les droits des travailleurs (article 312 de la loi 10/1995 du Code Pénal) : « les personnes qui

¹ Contrat utilisé pour la réalisation d'un travail, ou d'une prestation de service, et bien que limité dans le temps, il est en principe de durée incertaine. Il est normalement associé à la durée de la réalisation du travail, ou de la prestation de service. Ce contrat est une source d'abus en matière de précarité du travail.

trafiquent de façon illégale avec la main d'œuvre pourront être condamnées à des peines de prison allant de 2 à 5 ans ou à des amendes ».