

à la une

Département : SOCIAL

Sources de précarité pour certains et de flexibilité pour d'autres, les nouveautés de l'été 2005 insérées dans le Code du travail font une nouvelle fois l'objet de notre A la Une : nous nous intéressons cette fois au travail à temps partagé introduit par l'article 22 de la loi du 2 août 2005 (n° 2005-882) en faveur des petites et moyennes entreprises.

Le texte est venu ajouter, à la suite des dispositions sur le travail temporaire, les articles L. 124-24 à L. 124-32 du Code du travail.

Ce dispositif est applicable depuis le 4 août 2005 mais il reste encore de nombreuses zones d'ombre. La jurisprudence devrait être rapidement appelée à préciser certaines dispositions.

Le thème du mois : Le travail à temps partagé

Le travail à temps partagé, instauré par l'article 22 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME et inséré aux articles L.124-24 à L. 24-32 du Code du travail, est une formule hybride qui emprunte à plusieurs systèmes qu'il est intéressant de rappeler.

Le travail temporaire (L. 124-1 à L. 124-23 du Code du travail) : jusqu'à la loi en faveur des PME, le prêt de main d'œuvre à but lucratif était strictement encadré et exclusivement réservé aux entreprises de travail temporaire (L. 125-3 du Code du travail) :

- cas de recours aux intérimaires limités sous peine de poursuites judiciaires, tant civiles que pénales : remplacement d'un salarié absent, accroissement temporaire d'activité, emplois saisonniers¹ ;
- mission renouvelable une fois et durée maximale de 18 mois ;
- relation tripartite liant l'entreprise de travail temporaire avec, d'une part, la société cliente par un contrat de mise à disposition et, d'autre part, le salarié par un contrat de travail temporaire.

Le portage salarial, toujours sans cadre juridique spécifique bien que les dispositions de la loi en faveur des PME régularisent la situation des sociétés de portage dont c'est l'activité exclusive, permet au « porté » de conserver les avantages d'une activité salariée (couverture sociale, prévoyance, Assedic...), tout en accédant à l'autonomie d'un travailleur indépendant. Il ne s'agit pas réellement de « mise à disposition » :

- le « salarié » prospecte, négocie ses honoraires et la durée de ses contrats et gère sa clientèle en toute liberté ;
- il conclut un contrat de travail (CDD ou CDI) avec la société de portage (sorte d'employeur « fictif ») qui le décharge des formalités administratives (comptables, juridiques, fiscales, sociales) et transforme les honoraires en salaires contre un pourcentage.

Cette formule majoritairement utilisée par des professionnels qualifiés, (prestations principalement intellectuelles), s'est généralisée à tous types de secteurs d'activité hors professions réglementées mais en dehors de toute réglementation et parfois à la limite de la légalité.

A ce jour, seuls des accords d'entreprise ont été signés pour encadrer les droits des salariés « portés » (modes de fonctionnement des sociétés de portage, garanties collectives ...).

Les groupements d'employeurs (loi du 25 juillet 1985) :

- l'employeur du salarié mis à disposition est le groupement (association loi 1901) ;
- l'entreprise utilisatrice est membre du groupement (les entreprises ainsi regroupées relèvent du même domaine d'activité, appliquent généralement la même convention collective, ce qui confère une certaine homogénéité au réseau) ;
- le prêt de main d'œuvre est à but non lucratif.

La loi du 2 août 2005 a créé une nouvelle forme de mise à disposition de personnel :

I. Définitions

1. Entreprises autorisées

Le travail à temps partagé est organisé :

- soit par une « entreprise de travail à temps partagé » constituée spécialement à cette fin et qui exerce cette activité à titre exclusif. L'activité de travail à temps partagé échappe aux dispositions de l'article L. 125-3 du Code du travail qui sanctionne pénalement les entreprises exerçant le prêt de main d'œuvre à but lucratif en dehors du cadre de travail temporaire ;
- soit par une entreprise de travail temporaire, à côté de son activité habituelle.

2. Entreprises utilisatrices

Les entreprises « qui ne peuvent recruter elles-mêmes à raison de leur taille ou de leurs moyens » peuvent recourir au travail à temps partagé.

Cette définition de l'entreprise cliente pose deux difficultés :

- tout d'abord, le texte n'apporte aucune précision quant à la « taille » de l'entreprise autorisée à recourir à cette formule. Bien que les dispositions figurent dans la loi en faveur des PME, rien n'indique que le recours au travail à temps partagé soit limité aux seules PME ;
- il n'est pas apporté davantage de précision pour évaluer le manque de « moyens » qui empêche l'entreprise de recruter elle-même.

Dès lors, tout employeur semble pouvoir s'inscrire dans cette formulation floue, sauf à ce que des précisions soient apportées, notamment par la jurisprudence, mais au prix des sanctions applicables au prêt de main d'œuvre à but lucratif pour les entreprises qui se seraient crues, à tort, autorisées à recourir à ce dispositif. La jurisprudence, au contraire de la loi, a l'inconvénient d'être rétroactive !

La loi en faveur des PME a assoupli le recours au prêt de main d'œuvre par rapport à l'intérim :

- la durée des missions n'est pas limitée ;
- la prime de précarité n'est pas applicable ;
- les situations limitées justifiant le recours à l'intérim ne sont pas reprises ;
- le texte ne reprend pas non plus l'interdiction d'utiliser ces contrats pour remplacer les grévistes.

3. Salariés concernés

Le texte précité vise « du personnel qualifié ». Là encore, la notion de qualification est assez vague dans la mesure où cette définition peut englober aussi bien l'ouvrier qualifié que le cadre supérieur.

Cette nouvelle imprécision comporte le même risque que celui précédemment évoqué : une juridiction saisie de la question, décidant que tel salarié ne remplit pas cette condition de qualification, appliquera les sanctions civiles et pénales prévues pour le prêt de main d'œuvre à but lucratif.

Les exemples de « personnel qualifié » visés dans les débats parlementaires sont pourtant empruntés aux plus hautes sphères de compétences (ingénieurs, spécialistes en ressources humaines ou en marketing), au contraire du portage salarial (évoqué à titre préliminaire) qui s'est développé dans des secteurs beaucoup plus variés.

¹ La loi de cohésion sociale (18 janvier 2005) a étendu la possibilité de contrat d'intérim aux personnes en difficulté d'insertion et aux entreprises s'engageant à fournir au salarié une formation, la seule réserve étant que la mission soit d'au moins 1 mois.

II. Conditions d'exercice de l'activité

1. **Activité exclusive**

Le législateur a souhaité que cette activité d'entrepreneur de travail partagé soit exercée à titre exclusif.

Deux exceptions à ce principe :

- les entreprises de travail temporaire qui exercent, par ailleurs, leur activité propre (L. 124-31) ;
- la faculté d'apporter accessoirement des conseils en matière de gestion des compétences et de la formation, mais ceci, exclusivement, au bénéfice des entreprises clientes (L. 124-25).

2. **Garantie financière**

Toute entreprise de travail à temps partagé est tenue de justifier d'une garantie financière (L. 124-32) assurant le paiement :

- des salaires et de leurs accessoires aux salariés mis à disposition ;
- des cotisations sociales ;

S'agissant d'une entreprise de travail temporaire, cette garantie s'ajoute à celle prévue par l'article L. 124-8 (salaires et accessoires, diverses indemnités spécifiques au travail temporaire, cotisations sociales).

III. **Mise en œuvre**

On retrouve dans ce dispositif, comme dans celui du travail temporaire, une relation triangulaire dans laquelle l'entreprise de travail à temps partagé conclut deux contrats :

1. **Un contrat de mise à disposition avec l'entreprise cliente**

Un tel contrat doit être conclu pour chaque salarié mis à disposition dans la même entreprise (L. 124-26).

Des mentions obligatoires doivent être respectées : « *contenu et durée estimée (pas de terme précis) de la mission, qualification professionnelle, caractéristiques particulières du poste de travail ou des fonctions occupées, montant de la rémunération et ses différentes composantes* ».

En revanche, l'entreprise cliente ne peut se voir interdire d'embaucher le salarié à l'issue de la mission. Une telle clause est « *réputée interdite* ».

Par ailleurs, le contrat doit prévoir les modalités de remboursement des dépenses éventuellement engagées par le comité d'entreprise pour permettre au salarié mis à disposition d'accéder aux installations collectives de l'entreprise (L. 124-29).

2. **Un contrat de travail avec le salarié**

- Nature du contrat :

Contrairement au contrat de l'intérimaire, ce contrat n'est pas « précaire », le salarié est permanent dans l'entreprise de travail à temps partagé. Toutefois, le législateur a adopté une terminologie qui laisse planer beaucoup d'interrogations puisque le contrat est « *réputé être à durée indéterminée* », alors que le droit applicable à la résiliation de ce contrat est celui d'un CDI pur et simple prévu aux articles L. 122-4 du Code du travail (L. 124-27).

- Clause obligatoire :

Ce texte précise, en revanche, que si la mise à disposition s'effectue hors métropole, le contrat doit prévoir le rapatriement du salarié, sauf si c'est lui qui rompt le contrat.

- Rupture, autre point noir du dispositif :

A la fin de la mission, le salarié revient dans l'entreprise de travail à temps partagé. Cette dernière pourra, éventuellement, licencier le salarié pour motif économique en invoquant le fait que l'entreprise cliente a mis fin à la mission et qu'il n'y a pas d'autre mission à confier au salarié, mais sous certaines réserves telles que, sans doute, les obligations de reclassement et les critères d'ordre de droit commun. Là encore, la loi du 2 août 2005 n'apportant aucune précision, il est à craindre que la jurisprudence n'applique le droit du licenciement économique dans toute sa rigueur à l'entreprise de travail à temps partagé.

Il est à noter que rien dans les textes ne semble interdire le cumul du « *contrat nouvelle embauche* », CNE, (Ord. 02.08.2005, n° 2005-893) avec ce dispositif, ce qui résoudrait, en grande partie, la question, avec toutefois quelques réserves :

- . seules les entreprises de travail à temps partagé employant jusqu'à 20 salariés en temps partagé pourront utiliser le CNE ;
- . le coût de la rupture du CNE est plus élevé que pour un licenciement : 10% de la totalité des salaires bruts perçus depuis la conclusion du contrat ;
- . l'employeur, s'il est à l'origine de la rupture, ne pourra conclure un nouveau CNE avec le même salarié dans les 3 mois de la rupture.

IV. **Relations entre l'entreprise cliente et le salarié**

Les relations entre l'entreprise cliente et le salarié à temps partagé sont sensiblement les mêmes que pour le salarié intérimaire.

1. **Durée du travail**

Le contrat peut être à temps plein ou partiel (L. 124-24). Cette durée devrait également figurer dans le contrat de mise à disposition, au titre des caractéristiques particulières du poste ou des fonctions.

2. **Rémunération**

Comme pour les travailleurs temporaires, la rémunération du salarié à temps partagé ne peut être inférieure à celle d'un salarié de l'entreprise cliente à qualification, poste ou fonctions identiques (L. 124-28).

L'hypothèse du défaut d'élément de comparaison n'a pas été envisagée par le législateur, toutefois, les minima conventionnels applicables dans l'entreprise d'accueil indiqueront le montant de rémunération à fixer.

3. **Accès aux installations et services collectifs du client**

Le salarié mis à disposition doit avoir accès, dans les mêmes conditions que les autres salariés de l'entreprise utilisatrice, aux moyens de transports collectifs et aux installations collectives (notions difficiles à concilier avec le critère de taille). Les dépenses engagées par le comité d'entreprise à cette occasion doivent être remboursées selon les modalités prévues au contrat de mise à disposition (L. 124-29).

4. **Conditions de travail**

L'entreprise utilisatrice est responsable des conditions de travail du salarié mis à disposition, telles qu'elles sont déterminées par les mesures législatives, réglementaires et conventionnelles (L. 124-30), par exemple en matière d'hygiène et sécurité...

Cette obligation est plus large que celle qui pèse sur les entreprises utilisant des intérimaires et qui vise limitativement les mesures ayant trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et des jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité, au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs (L. 124-4-6 du même code).

5. **Représentation du personnel et décompte des effectifs**

Bien qu'aucune précision n'ait été apportée sur la question de la représentation du personnel, le salarié, comme l'intérimaire, n'est pas salarié de l'entreprise utilisatrice, il ne sera donc, en principe, ni électeur ni éligible. En revanche, il pourra être pris en compte dans l'effectif de l'entreprise cliente au prorata du temps passé au cours des 12 derniers mois, sauf s'il remplace un salarié absent ou dont le contrat est suspendu (L. 620-10 et L. 620-12). Il devra aussi figurer sur le registre du personnel (L. 620-3).

CONCLUSION

Le texte adopté soulève beaucoup d'interrogations et d'approximations regrettables compte tenu de l'intérêt du dispositif. L'outil sera, dans les premiers temps au moins, à manier avec beaucoup de précautions face aux risques non négligeables de contentieux.

L'actualité sociale

Plusieurs décisions récentes de la chambre sociale de la Cour de cassation sont venues préciser le régime de la résiliation judiciaire du contrat de travail.

1. Qui peut demander la résiliation judiciaire du contrat de travail ?

➤ Confirmation de jurisprudence relative à l'employeur qui, sauf si la loi en dispose autrement, n'est pas recevable à demander la résiliation judiciaire du contrat de travail (Cass. Soc. 09.03.1999 n°96-41.734 ; 05.07.2005 n°03-45.058) car il « *dispose du droit de résilier unilatéralement un CDI par la voie du licenciement* ».

Une telle demande manifeste sa volonté de rompre le contrat et vaut licenciement. Dès lors, un licenciement prononcé entre la saisine et la décision sera dépourvu d'effet sur la rupture précédemment acquise.

Un autre arrêt (Cass. Soc. 29.06.2005 n°03-41.966) précise que même une demande reconventionnelle de l'employeur en ce sens, dans le cadre d'une action en résiliation judiciaire initiée par le salarié, est irrecevable.

➤ Reirement de jurisprudence relative au salarié protégé (Cass. Soc. 16.03.2005 n°03-40.251) qui est autorisé à exercer une action en résiliation judiciaire du contrat, au même titre qu'il peut prendre acte de la rupture aux torts de l'employeur (Cass. Soc. 21.01.2003 n°00-44502).

2. A quel moment intervient la rupture ?

Si le contrat est rompu au jour de la prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié (Cass. Soc. 19.01.2005, n°03-45.018), en matière de résiliation judiciaire, c'est au jour où la juridiction saisie prononce la résiliation du contrat qu'il est rompu, et non au jour de la saisine par le salarié.

En premier lieu, le juge examine le bien fondé de la demande, puis :

- si la demande est justifiée : prononce lui-même la résiliation ;
- si la demande est injustifiée : apprécie le licenciement (Cass. Soc. 16.02.2005 n°02-46.649 ; 12-07.2005 n°03-43.603).

NB : Cette solution n'est pas transposable à la mise à la retraite qui, si elle intervient au cours de l'instance d'appel, rend la demande de résiliation judiciaire sans objet (Cass. Soc. 10.10.2001 n°99-42.568).

CONTACTS :

Denis AGRANIER - Patricia TALIMI - Stéphane BURTHE
Avocats associés
Département Droit social