



HARMONIE MÉRAUD
SENIOR ASSOCIATE, AVOCAT, BSP

LES NOUVELLES FORMES DE MISE À DISPOSITION DE SALARIÉS

Ces dernières années ont émergé au Luxembourg, aussi bien dans le secteur financier que dans ceux de l'*information and communication technology* (ICT), de la logistique, de la construction, du commerce et de l'industrie, de nouvelles formes de travail qui remettent en cause la relation bilatérale classique existant entre un employeur et un salarié liés par un contrat de travail unique.

Dans une large majorité des cas, le salarié exécute sa prestation de travail uniquement au service de l'employeur qui l'a recruté. Dans ces situations classiques, où la relation de travail est bipartite, l'identification de l'employeur est relativement aisée, puisqu'elle se résume à déterminer la personne qui exerce effectivement son autorité administrative et hiérarchique sur le salarié.

Toutefois, dans certaines situations qui se révèlent de plus en plus nombreuses, la relation de travail du salarié peut se trouver en quelque sorte partagée entre plusieurs acteurs. Il en est ainsi notamment lorsque le salarié est embauché par un employeur puis est mis par celui-ci à la disposition d'une tierce personne, au service de laquelle il doit exécuter sa prestation de travail de manière ponctuelle ou pérenne. Dans pareils cas, où la relation de travail devient tripartite (ou multipartite), il n'est pas rare de constater en pratique un transfert de l'autorité patronale au profit d'une tierce personne, distincte de l'employeur contractuel du salarié. L'identité de l'employeur se trouble alors.

La mise à disposition apparaît ainsi comme un phénomène qui « perturbe toutes les notions fondamentales autour desquelles notre droit du travail est structuré. Employeur, contrat de travail, relation de travail, collectivité du personnel, entreprise..., autant de notions qui deviennent ductiles¹ ».

Afin d'éviter une fragmentation du lien d'emploi, le Code du travail (C. trav.) sanctionne par principe la mise à disposition de main-d'œuvre par un employeur auprès de tiers et prévoit, en cas de non-respect, de lourdes sanctions tant civiles que pénales (art. L. 133-1 à L. 133-3 et L. 134-3 C. trav.). Néanmoins, face à l'apparition de cer-

taines pratiques de mise à disposition de travailleurs, le législateur est déjà intervenu afin d'encadrer strictement certaines relations triangulaires. À ce jour, le Code du travail prévoit ainsi deux exceptions à ce principe d'interdiction que sont le travail intérimaire (art. L.131-1 à L.131-21 C. trav.) et le prêt temporaire de main-d'œuvre (art. L. 132-1 à L.132-4 C. trav.)². Subtilement évoquées dans les dispositions réglementant le prêt temporaire de main-d'œuvre, certaines formes de mise à disposition sont également autorisées par le législateur à travers la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage, également dénommé contrat d'entreprise (article L. 132-1 (4) C. trav.).

Il se révèle toutefois qu'en dépit de la diversité des montages contractuels actuellement consacrés par le droit luxembourgeois, certaines pratiques de mise à disposition se sont développées en marge de tout cadre légal afin de répondre à des besoins qui ne sont pas nouveaux, mais qui ont pris, au fil des années, davantage d'ampleur.

Ainsi, nous proposons d'examiner ces pratiques sous l'angle d'un employeur qui apparaît tantôt unique (I), tantôt multiple (II).

I. PRATIQUES DE MISE À DISPOSITION DE SALARIÉS RELEVÉES EN PRÉSENCE D'UN EMPLOYEUR UNIQUE

Une mise à disposition suppose toujours au minimum deux conventions ou deux groupes de conventions : un accord au moins conclu entre deux entreprises et un ou plusieurs contrats conclus entre une entreprise et le travailleur mis à disposition.

Concernant tout d'abord l'accord qui unit les deux entreprises, il convient d'analyser les hypothèses dans lesquelles la mise à disposition est effectuée par le biais d'une structure pivot (A) ou, au contraire, s'opère directement entre les entreprises concernées (B).

A. Structure pivot ayant pour activité la fourniture de main-d'œuvre

Nombreux sont les cas observés dans lesquels la fourniture de main-d'œuvre est réalisée par l'intermédiaire d'une structure pivot dont l'activité exclusive est précisément la fourniture de main-d'œuvre à d'autres entreprises utilisatrices. Il importe alors de distinguer si cette activité est exercée à titre onéreux ou à titre non lucratif.

a) Activité exclusive exercée à titre onéreux

Le premier cas, c'est-à-dire celui d'une société ayant une activité exclusive de fourniture temporaire de main-d'œuvre exercée dans un but lucratif, est encadré depuis 1994 en droit luxembourgeois par la législation sur le travail intérimaire (art. L.131-1 à L.131-21 C. trav.).

Ce type de mise à disposition traditionnelle, particulièrement utilisé dans les secteurs de la construction et de l'industrie, fait intervenir trois personnes : le salarié intérimaire, l'entreprise de travail intérimaire et l'entreprise utilisatrice. Il donne lieu à la conclusion de deux contrats : un contrat de mise à disposition, de nature commerciale, conclu à titre onéreux, entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail intérimaire, et un contrat de mission qui unit l'entreprise de travail intérimaire et le salarié intérimaire, en vertu duquel ce dernier s'engage à accomplir contre rémunération une prestation de travail auprès de l'entreprise utilisatrice, sous la subordination de laquelle il se place.

Pour les salariés, le travail intérimaire présente notamment l'avantage de leur permettre d'accéder à l'emploi, d'acquérir des compétences parfois variées tout en bénéficiant de conditions de travail et d'emploi au moins équivalentes à celles des salariés permanents de l'entreprise concernée. En revanche, l'instabilité financière et les perspectives d'évolution de carrière limitées qui résultent du travail intérimaire peuvent impacter négativement la vie privée de ces salariés (accès au crédit, mobilité géographique importante, etc.). Pour les employeurs, le travail intérimaire est un outil de flexibilité permettant de répondre à des besoins ponctuels de main-d'œuvre. Néanmoins, face au besoin accru des entreprises d'ajuster leurs effectifs aux variations des volumes d'activité, il apparaît que ce type de structure ne répond pas toujours à la diversité des demandes des employeurs. Les cas de recours à l'intérim, calqués sur

le régime des contrats à durée déterminée, sont limités. Les missions doivent être de courte durée et ne pas répondre à des besoins dits « permanents ». De plus, le travail intérimaire ne semble pas pouvoir permettre de faire face à des hausses d'activité de moyenne durée ou dont la durée est imprévisible.

Afin de répondre à ce besoin d'ajustement, la pratique montre que les employeurs ont parfois recours à une autre construction tripartite : le portage salarial. Consacré dans le Code du travail français depuis 2008³, le portage salarial n'est au contraire pas explicitement réglementé par la loi au Luxembourg, ce qui peut pousser certains employeurs à utiliser ce mécanisme séduisant.

Les tribunaux luxembourgeois définissent le portage salarial de la manière suivante : « le principe du portage salarial dispose que le salarié porté propose ses services à des entreprises clientes et négocie les modalités de ses interventions et que le salarié porté choisit une société de portage qui, d'une part, signe un contrat avec le salarié porté et, d'autre part, signe un contrat avec l'entreprise cliente et enfin la société de portage rétrocède au 'porté', sous la forme d'un salaire, l'ensemble des honoraires facturés à l'entreprise cliente, déduction faite des charges sociales salariales et patronales et des frais de gestion »⁴. Cette relation tripartite est par conséquent constituée, d'une part, par la relation entre une entreprise dénommée entreprise de portage salarial effectuant une prestation et une entreprise cliente bénéficiant de cette prestation qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de portage salarial et, d'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage et un salarié « porté » rémunéré par cette entreprise. Le salarié porté exécute donc, en toute indépendance (mais sans devoir mettre en place sa propre structure juridique), une mission dans une entreprise cliente qu'il a choisie, tout en bénéficiant du statut de salarié. Ainsi, au titre du contrat commercial, la société de portage salarial facture directement au client et, au titre du contrat de travail, elle rémunère chaque mois le salarié porté, après retenue des cotisations sociales et des frais de gestion.

Bien qu'il puisse probablement permettre de répondre au besoin de flexibilité de certains salariés et au besoin ponctuel des employeurs d'obtenir – tout en limitant leurs charges fixes – des salariés qualifiés pour mener à bien un projet spécifique requérant des compétences spécialisées dont les entreprises ne disposent pas toujours en interne,

3. Art. L. 1251-64 du Code du travail français issu de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant sur la modernisation du marché du travail. Actuellement, cette définition est donnée à l'article L. 1254-1 du Code du travail français modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : « Le portage salarial désigne l'ensemble organisé constitué par : 1° D'une part, la relation entre une entreprise dénommée 'entreprise de portage salarial' effectuant une prestation et une entreprise cliente bénéficiant de cette prestation, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ; 2° D'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le 'salarié porté', lequel est rémunéré par cette entreprise ». Pour une étude d'ensemble de la notion, voir B. KANTOROWICZ, *Droit et pratique du portage salarial*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2016.

4. CSJ, 14 mai 2013, n° 263/13, LexNow Référence / ID 28506.

1. R. VATINET, « La mise à disposition de salariés », *Dr. soc.*, 2011, p. 656.

2. La mise à disposition de travailleurs est également autorisée dans des cas spécifiques pour certaines associations ou institutions à caractère social, agréées par le ministre du Travail (art. L. 133-1(2), pt 1, C. trav.) et pour certaines mesures de politique d'emploi (art. L. 133-1 (2), pt 2, C. trav.).