

# Prêter

## n'est pas donner...

Afin de lutter contre les « négriers de la construction » et autres pourvoyeurs de main-d'œuvre, la Belgique a adopté différentes réglementations en vue de prévenir le prêt de personnel, dont le chapitre III de la loi du 24 juillet 1987 relative au travail intérimaire, au travail temporaire et à la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. En vertu de son article 31, il est interdit à un employeur de mettre ses travailleurs à la disposition de tiers - les utilisateurs - qui exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur.



Les lecteurs se demanderont peut-être en quoi cette loi vieille de plus de 20 ans les concerne, surtout compte tenu de son objectif initial ? Au travers de cet article, nous verrons combien cette loi est d'actualité et nous aborderons ses conséquences qui sont souvent ignorées.

→ *Ingénieur de formation, depuis 1999, Monsieur X a un contrat de travail avec la SA B. en tant que responsable de la gestion technique du système Unix. Quelques jours après avoir reçu une formation, son employeur l'a envoyé chez son client la SA A. où il s'occupe du système informatique, sous la responsabilité du chef de service. Il y est sans interruption et y dispose d'un bureau, d'un ordinateur, d'une adresse e-mail, d'une ligne téléphonique,... Il participe aussi aux réunions internes et aux fêtes pour le personnel. Il doit compléter*

*des time-sheets qui sont revus par le chef de service.*

Il s'agit d'un cas typique de prêt de personnel qui n'est pas autorisé. En effet, l'employeur initial, la SA B., a transféré à son client une (grande) partie de ce qui caractérise l'autorité patronale : les instructions quant au travail effectué et son contrôle, l'intégration dans une équipe, la mise à disposition d'outils, ...

Lorsqu'on est face à une telle situation, la loi prévoit, au titre de sanction, qu'un contrat de travail à durée indéterminée s'est formé avec l'utilisateur et tant l'employeur que l'utilisateur sont solidairement responsables des rémunérations, indemnités et cotisations dues en vertu de ce contrat. Par conséquent, en pratique, le travailleur possède deux contrats de travail. En ce qui concerne le contrat avec l'utilisateur, la loi prévoit que le travailleur

peut le résilier sans préavis ni indemnité, contrairement à l'utilisateur qui, comme nous le verrons plus loin, devra respecter les règles formelles de résiliation pour y mettre un terme.

Evidemment, sanctionner une telle situation revient à faire fi de la réalité économique actuelle, à savoir le recentrage sur le *core business* et l'*outsourcing* des activités de support, telles l'informatique, les ressources humaines, la comptabilité, la gestion d'un restaurant d'entreprise, etc.

Dans ce contexte, comment une société de consultance informatique, travaillant avec des centaines de consultants et d'ingénieurs en mission, souvent de longue durée, chez les clients, peut-elle faire pour limiter le risque de sanction ?

En étant très prudente et en prévoyant une convention de prestation de services avec le client qui soit suffisamment détaillée. Cette opportunité résulte d'une modification législative adoptée en 2000 : nous ne sommes pas dans le cadre d'un prêt de personnel interdit si l'utilisateur se limite à donner des instructions sur le temps de travail, le bien-être au travail et quant à l'exécution du travail convenu avec l'employeur. Beaucoup de praticiens ont prédit, à cette époque, la fin de l'interdiction de principe de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. Or, depuis cette loi de 2000, les cas n'ont cessé d'être portés devant les tribunaux avec un grand succès pour le travailleur ou le Ministère public qui invoquait la violation de l'interdiction.

Ainsi, dans une affaire récente, l'employeur et l'utilisateur avaient certes conclu une convention portant sur les services à rendre, mais ceux-ci n'avaient été que sommairement décrits. Le tribunal estima donc que cela ne laissait pas l'opportunité à l'utilisateur de donner des instructions sur un travail convenu, mais revenait à lui laisser le champ libre pour donner tout type d'instructions.

*la cohérence et pour optimiser les coûts, le service du personnel s'occupe de la gestion des ressources humaines des deux associations. Pour des raisons historiques, les employés du service du personnel sont sur le payroll du secrétariat social. L'administrateur en charge de la gestion journalière est le même; c'est lui qui organise et supervise la politique en matière de ressources humaines.*

cadre de poursuites correctionnelles à l'encontre de sociétés appartenant à un même groupe et qui avaient le même administrateur-délégué, la Cour de cassation a fait remarquer qu'une personne, employée par une société, travaillant également pour d'autres sociétés liées et recevant, en pratique, ses instructions toujours du même administrateur, devait être considérée comme illégalement prêtée. Les poursui-

## Une convention très précise est nécessaire pour ces sociétés fournissant des services à long terme



La morale de l'histoire est que, pour ces sociétés fournissant des services à long terme chez des clients auprès de qui les consultants travaillent au coude à coude avec les travailleurs de cet utilisateur, une convention très précise est nécessaire, ne portant pas simplement sur la « mise à disposition de x consultants pendant x jours à un tarif journalier de x EUR », comme on le voit encore trop souvent.

→ *Un secrétariat social et une caisse d'assurances sociales pour indépendants sont des entités juridiques distinctes, mais appartiennent au même groupe. Afin de respecter*

Dans quelle mesure y a-t-il un risque de prêt de personnel illicite si cela se déroule entre entités d'un même groupe et que la personne qui donne les instructions (« le patron ») est la même ?

Outre les conséquences civiles (formation d'un contrat de travail à durée indéterminée avec l'utilisateur, solidarité), l'employeur et l'utilisateur qui violent l'interdiction de prêter des travailleurs s'exposent à des sanctions administratives ou à des sanctions pénales plus corsées (théoriquement l'emprisonnement aussi).

A nouveau, ce risque de sanction n'est pas tombé en désuétude. Dans le

tes pénales étaient fondées, même si tout se passait au sein d'un même groupe.

Pourtant, à nouveau, en termes de besoins économiques, diverses sociétés liées peuvent considérer qu'il n'est pas utile de constituer au sein de chacune d'elles un service du personnel, un département comptable, une unité informatique, etc.

Quelle approche adopter dans ces circonstances ? Soit les besoins sont bien définis et la répartition est connue (par exemple : 2 jours au bénéfice de la société A et 3 jours pour la société B). Dans ce cas,

des contrats de travail à temps partiel peuvent faire l'affaire. Le régime et l'horaire de travail sont fixes, dès lors, les formalités administratives encadrant l'occupation à temps partiel, adoptées pour éviter le travail au noir, sont gérables.

Soit, comme c'est souvent le cas, les besoins sont plutôt aléatoires et diffèrent sans que l'on puisse observer une réelle régularité. Dans ces circonstances, devoir respecter les contraintes formelles du temps partiel relève quasiment de l'impossible. Pour faire face à cette situation, il existe une forme particulière de contrat de travail : le contrat global en vertu duquel le travailleur est occupé, à temps plein, pour le compte d'un seul employeur, mais celui-ci est composé de plusieurs entités (toutes celles pour lesquelles il devra fournir des prestations). Des clauses spécifiques aménagent cette situation particulière.

*client, mais ne trouve pas sur le marché suffisamment d'actuaire pour faire face à ce surcroît de travail qui est très spécifique. La banque accepte d'envoyer temporairement Madame H. en renfort. En pratique, cela ne change pas grand-chose pour l'intéressée, car les deux entités sont dans le même bâtiment. Une convention tripartite est établie. Durant sa mission, Madame H. sera rémunérée selon les barèmes en vigueur au sein de la compagnie d'assurances et elle bénéficiera des mêmes avantages que ses collègues assureurs. La convention prévoit que seule la banque est compétente pour décider du licenciement éventuel. En ce qui concerne la mission, il est juste indiqué qu'elle concerne des calculs de réserves techniques qu'elle devra effectuer à la demande de la compagnie d'assurances.*

Deux ans plus tard, la mission se termine et la banque n'ayant plus besoin

travail à durée indéterminée avec l'utilisateur, elle constate qu'elle était aussi employée par une compagnie d'assurances. Or, celle-ci a rompu son contrat de travail sans respecter la procédure préalable imposée au niveau sectoriel. Un employeur qui ne respecte pas ladite procédure est redevable à l'employé licencié d'une indemnité forfaitaire en plus de l'indemnité de congé. Compte tenu de son ancienneté, en octobre 2006, le tribunal accorda à Madame H. 9 mois d'indemnité qui sont venus se cumuler à ce qu'elle avait déjà perçu...



prête ses travailleurs dans le cadre de la collaboration entre entreprises d'une même entité économique et financière ou pour exécuter momentanément des tâches spécialisées requérant une qualification professionnelle particulière. La flexibilité attendue existe donc, mais elle suppose que certaines conditions soient remplies dont un accord tripartite garantissant au personnel prêté des conditions salariales identiques à ce qu'un travailleur de l'utilisateur, occupant une fonction similaire, reçoit. Cette obligation vise à prévenir le *dumping social*. Une autre condition, apparemment

## Outre les conséquences civiles, l'employeur et l'utilisateur qui violent l'interdiction de prêter des travailleurs s'exposent à des sanctions administratives ou pénales plus corsées

→ Madame H., actuaire, est employée par une banque pour ses services internes. La société-sœur, une compagnie d'assurances, dispose d'une équipe d'actuaire pour gérer les polices d'assurances complémentaires de ses clients. Elle vient de décrocher un très gros

des services de Madame H., elle la licencie moyennant une indemnité de rupture calculée selon la formule Claeys.

Quels arguments Madame H. va-t-elle tirer du fait qu'elle a été (illicitement) prêtée à un tiers ? Se basant sur la sanction civile que constitue la formation d'un contrat de

Cela signifie-t-il pour autant qu'aucune marge de manœuvre n'existe entre sociétés d'un même groupe qui souhaiteraient gérer le personnel de façon flexible ? La loi du 24 juillet 1987 permet, à titre exceptionnel (pour une durée limitée et sans que cela devienne l'activité principale de l'employeur), qu'un employeur

plus difficile à respecter, est imposée, à savoir : l'utilisateur est tenu d'informer l'inspection sociale de la mise à disposition au moins 24 heures à l'avance. Par ignorance ou par crainte de voir débarquer l'inspection sociale, cette possibilité de mettre en œuvre, tout à fait légalement, le prêt de personnel n'est (quasiment) jamais utilisée.

→ La société française G. a détaché un de ses cadres, Monsieur P., vers la Belgique pour assurer la gestion financière de la filiale belge. Un formulaire E101 a été délivré par les autorités sociales françaises pour permettre le maintien de Monsieur

*P. sous le régime de la sécurité sociale française durant 5 ans. Pour rendre compte de l'état d'avancement de sa mission, il rapporte directement au conseil d'administration de la filiale et au CFO européen. Malheureusement, le groupe doit procéder à une restructuration et Monsieur P. est licencié. Bien que sa lettre de détachement prévoie l'application du droit français durant son détachement, il invoque, avec succès, devant les tribunaux belges, l'application des règles impératives belges en matière de licenciement. Il obtient une indemnité correspondant*

infractionnel se produit sur le territoire belge, les poursuites pénales sont possibles. Dans le cas décrit, deux concepts en viennent à cohabiter ou à s'entrechoquer : le prêt de personnel et le détachement. En matière de sécurité sociale européenne, le détachement permet à un travailleur envoyé par son employeur dans un autre Etat membre, pour y travailler temporairement pour son compte, de rester assujéti au régime de sécurité sociale de son pays d'origine, pour éviter des changements de régime pour des périodes

instructions, contrôlait la qualité, etc. L'ONSS a invoqué la loi du 24 juillet 1987; les juridictions belges ont décidé qu'il fallait considérer que ces travailleurs étaient liés par un contrat de travail à durée indéterminée à la société belge. Là où l'ONSS a échoué, tant devant la Cour de cassation que la Cour de justice des Communautés européennes, c'est lorsqu'il a réclamé des cotisations de sécurité sociale belges. L'ONSS ne pouvait pas utiliser une législation nationale pour réclamer, en Belgique, des cotisations de sécurité sociale qui n'y étaient pas dues tant que le formulaire

Hormis la question de l'existence d'une relation salariée entre la société F. et Madame K. qui viendrait s'ajouter à la relation entre les deux sociétés, y a-t-il un autre risque ?

Les parties commettent une infraction à la législation interdisant le prêt de personnel. La société F. place ses collaborateurs du service financier sous l'autorité d'une société tierce, la sprl KFS. Quant à cette dernière, elle utilise et dirige des travailleurs qui ne sont pas les siens. Dès lors, en plus du risque d'amende, entre les employés de la société F. et la société de management s'est formé un contrat de travail à durée indéterminée.

Là encore, une structure mieux élaborée eut permis de prévenir un tel risque.

Au travers de ces quelques exemples, tous tirés d'affaires réelles, nous pouvons constater que la question du prêt de personnel est d'une actualité brûlante, d'une part, parce que les besoins et l'organisation des entreprises tendent vers une spécialisation accrue qui a pour conséquence l'externalisation des métiers ne tenant pas à l'essence de l'activité et, d'autre part, en raison du nombre croissant de décisions judiciaires.

Respecter la loi interdisant la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs nécessite une prise de conscience et la mise sur pied de mécanismes protégeant toutes les parties concernées.

*Mina Goldfays,   
Executive Director,  
Ernst & Young Tax Consultants,  
Human Capital,  
Assistante à l'ULB  
mina.goldfays@be.ey.com*

## Le détachement permet à un travailleur envoyé dans un autre Etat membre, de rester assujéti au régime de sécurité sociale de son pays d'origine

*au résultat de la formule Claeys. Etant donné qu'il avait des doutes sur la solvabilité financière de son employeur d'origine, il a également assigné la société belge considérant qu'il était dans un lien de subordination à son égard.*

La loi du 24 juillet 1987 est-elle susceptible de s'appliquer à une situation internationale qui présente la particularité que l'employeur n'est pas établi en Belgique ?

Cette loi est considérée comme étant de police et de sûreté, elle s'applique quelle que soit la loi choisie par les parties. En outre, elle est sanctionnée pénalement, donc si l'élément

relativement courtes (qui peuvent aller jusqu'à 5 ans, voire plus). Les autorités sociales du pays d'origine délivrent un formulaire E101 attestant du maintien à son système de sécurité sociale. Préalablement à la délivrance de ce document, il est vérifié que, durant le détachement, le travailleur conserve un « lien organique » avec son employeur d'origine. Cela suppose que ce dernier exerce les prérogatives de l'autorité patronale.

Suite à des contrôles sociaux, l'Office national de sécurité sociale (ONSS) a constaté, dans certains secteurs, que des travailleurs détachés étaient totalement intégrés dans les équipes de l'utilisateur belge qui donnait les

E101 n'avait pas été retiré par les autorités sociales du pays qui l'avait délivré. Le respect de quelques précautions peut pourtant prévenir ce genre de litige.

→ *Madame K., directrice financière de la société F., convient avec son employeur de constituer une « société de management », la sprl KFS, qui conclura une convention de prestation de services financiers avec la société F. L'opération permet une optimisation significative des coûts, particulièrement en matière de sécurité sociale. Dans les faits, Madame K. continuera naturellement à diriger l'équipe de collaborateurs qui est sous sa responsabilité.*