

**Les mises à disposition
de personnel entre associations
Alexis Becquart (Cabinet DELSOL)
Compléments à la note sur le même thème¹
(Intervention du 12 juin 2007)**

En juin 2007, le CNAR Culture a commandé au cabinet d'avocats DELSOL une note juridique faisant le point sur le cadre légal de la mise à disposition de personnel entre associations.

*Dans la continuité de ce travail, une journée d'échanges entre prestataires DLA a été organisée par le CNAR Culture sur le thème de la mutualisation d'emplois. Elle a été l'occasion pour **Alexis Becquart**, l'auteur de la note, d'y apporter des commentaires et de répondre aux questions des participants.*

Si le lecteur peut prendre connaissance de ce document de « façon isolée », nous l'invitons à consulter la note juridique en tant que telle car elle contient les références précises aux textes légaux de même que des exemples de jurisprudence¹.

Contact :
Cabinet Delsol & Associés / Alexis Becquart
58/60, avenue Kléber / 75116 PARIS
Téléphone : 33 (0)1 53 70 69 69
<http://www.delsolavocats.com/index.html>

Mise en forme : © octobre 2007/CNAR Culture/OPALE
(Réjane Sourisseau et Claire Andrieu) <http://www.culture-proximite.org>

¹ Note disponible sur le lien suivant http://www.culture-proximite.org/article.php3?id_article=182

UNE PRATIQUE TRES REGLEMENTÉE

Le délit de marchandage, un risque réel

Pour partager des emplois, plusieurs solutions existent, dont le groupement d'employeurs ou la mise à disposition de personnel. Compte tenu des évolutions juridiques récentes, il convient d'être très prudent en matière de mise à disposition de personnel : ce qui fonctionnait encore il y a encore quelques années, tombe aujourd'hui sur le coup de la loi – en témoignent dans un autre domaine les exemples de condamnation pour gestion de fait de fonds publics.

Ainsi, la mise à disposition est réglementée. Il importe de respecter les règles définies notamment par le Code du Travail sous peine de risquer une condamnation pour délit de marchandage. Ce délit est passible de sanctions pénales lourdes : deux ans de prison, 30 000 euros d'amende pour les personnes physiques, 50 000 euros pour les personnes morales. Sont alors coupables aussi bien celui qui met à disposition du personnel que celui qui bénéficie de la mise à disposition.

Dans le droit français, la mise à disposition de personnel n'a été conçue que pour les structures habilitées, en particulier les sociétés d'intérim. Le principe général est donc que les associations culturelles, pas plus que les associations loi 1901 en général, n'ont le droit de pratiquer du prêt de main d'œuvre à « titre onéreux » ou « à but lucratif » sans risquer une mise en cause au niveau pénal pour délit de marchandage. Ce délit sanctionne les opérations de mise à disposition de personnel « à titre onéreux » effectuées dans le cadre de conventions dont c'est l'objet exclusif.

Le risque de délit existe même si un seul salarié est concerné et même si la mise à disposition s'effectue sur une durée déterminée.

Le prêt de main d'œuvre « à titre gratuit »

Pour que la mise à disposition soit légale, il faut qu'elle soit conforme à l'objet statutaire de l'association qui la pratique. C'est le principe de la spécialité de l'objet. Le cas échéant, il faut modifier les statuts.

Historiquement, le seul prêt de main d'œuvre autorisé était celui effectué « à titre gratuit ».

Or, il n'était pas considéré que vendre en dessous du coût réel correspondait à la définition « à titre gratuit ». « A titre gratuit » signifie ne rien facturer du tout. Dès lors qu'on facture, même si c'est à l'euro/l'euro, on réalise une opération « à titre onéreux ».

La jurisprudence la plus récente admet les mises à disposition réalisées sans marge (refacturation à l'euro/l'euro) entre associations (sous réserve bien sûr d'une absence de fraude aux droits des salariés ou aux organismes sociaux).

Toute relation de mise à disposition effectuée à titre gratuit entre deux associations loi 1901 génère un coût et devrait à ce titre donner lieu à une convention, qu'il s'agisse de mise à disposition de personnel, de locaux, de moyens.

En toute logique, ces mises à disposition devraient aussi être valorisées comptablement, même si cela n'entre pas en compte pour l'appréciation de délit de marchandage.

Une collectivité peut en toute légalité mettre du personnel à disposition d'une association, mais le salarié concerné restera rattaché au droit public : statut particulier, rémunération spécifique...

De même, une fédération d'éducation est autorisée à mettre du personnel à disposition, si bien entendu le droit du travail est respecté.

En revanche, les mises à disposition gratuites consenties par une association à une société commerciale sont un cas de figure à propos duquel de nombreuses réserves peuvent être émises.

LES CRITERES DE DIFFERENCIATION ENTRE MISE A DISPOSITION ET PRESTATION DE SERVICE

La sous-traitance se distingue de la prestation car elle suppose trois interlocuteurs : le client, le fournisseur et le sous-traitant du fournisseur contre deux pour la prestation (le fournisseur et le client).

Les cas où la question de la différenciation mise à disposition/prestation se pose

La question de la différenciation entre mise à disposition et prestation peut se poser au moins à trois occasions : la première, c'est lors d'un contrôle de l'Inspection du Travail. Le deuxième cas, c'est celui du litige avec un salarié : s'il s'agit d'une mise à disposition qui dure depuis un certain temps, ce dernier peut très bien prétendre ne plus être salarié de la structure qui le met à disposition mais affirmer qu'il est salarié de la structure qui l'accueille, surtout en cas de rupture du contrat de travail. C'est à cette occasion que l'on va se poser la question : quelle était la nature de la convention ? S'il s'agit réellement d'une prestation de service, le salarié ne peut rien réclamer, mais si c'est une mise à disposition, même partielle mais sur une très longue durée, il pourra éventuellement demander à changer d'employeur. Le troisième cas, c'est celui de l'accident de travail.

Le critère du personnel qualifié

On considère que lorsque le besoin porte sur un métier très spécifique qui nécessite un personnel qualifié (par exemple pour la mise en place d'un outil informatique), on est plutôt dans une logique de prestation de service que dans une logique de mise à disposition. Cependant, ce critère du personnel qualifié ne saurait constituer un critère d'appréciation unique.

Le critère de la subordination

Prenons un exemple simple : si une personne d'une société tiers établit pour vous des fiches de paie et vous les facture, on est bien dans le cas de la prestation de service : la rémunération va être forfaitaire, à la tâche (en l'occurrence, à la fiche de paie). Le salarié reste subordonné à l'employeur d'origine qu'est le prestataire (et non au client).

Dans le cas de la mise à disposition, la situation est différente puisque le critère de tarification est le tarif horaire, donc le temps de travail. Lorsque l'employeur met à disposition un salarié, ce dernier va devoir suivre les instructions de l'association au profit de laquelle il est mis à disposition.

Le critère des modalités de facturation

Dans le cas de la prestation de service, la société prestataire répercute sur son prix de vente un certain nombre de coûts directs et indirects, à moins – cas rarissime – de trouver une structure qui facture à prix coûtant.

Par contre, mettre à disposition du personnel et facturer forfaitairement, c'est-à-dire imputer des frais de gestion est illégal (sauf pour un organisme habilité). Seule est autorisée la facturation à l'euro-l'euro, salaire chargé (*lire plus loin*).

LE CADRE LEGAL DE LA MISE A DISPOSITION « A TITRE ONEREUX »

Refacturer à l'euro/l'euro

Pour être légale, la mise à disposition à titre onéreux doit correspondre à une refacturation à l'euro/l'euro du salaire toutes charges comprises, c'est-à-dire le salaire + les charges (dont la taxe sur salaire si l'association est exonérée de TVA + les remboursements de frais).

La répartition du temps travaillé entre les deux structures doit être précise et doit pouvoir être démontrée. En ce sens, la fiche de temps est un outil fiable et indiscutable, davantage qu'un rapport d'activité qui peut être soumis à interprétation. Il ne faut pas hésiter chaque année à réajuster ces clés de répartition. Si elles restent identiques alors que manifestation des variations d'activités ont eu lieu, ce n'est pas logique et cela génère donc un risque. Ces précautions étant prises, si on refacture à l'euro/l'euro et que la mise à disposition est conforme à l'objet statutaire, on est dans la légalité et il n'existe pas de risque particulier.

Ne pas imputer des frais de gestion forfaitaires

Outre les charges sociales, il existe d'autres charges afférentes au salaire, notamment le coût d'établissement de la fiche de paie. Supposons qu'elle soit externalisée auprès d'un cabinet conseil et que son émission coûte 15 E par mois, l'association qui met à disposition son salarié pour un mi-temps dans une autre structure va lui refacturer 7,50 E, ce qui est logique car conforme à la réalité.

Par contre, si les fiches de paie sont gérées en interne par un comptable, la situation est différente. Il sera délicat de déterminer précisément son coût, de même qu'il ne sera pas aisé de définir avec exactitude le montant des autres charges de fonctionnement à imputer

sur le salarié lorsqu'il est mis à disposition. La tentation sera alors d'affecter des frais de gestion forfaitaires. Or, le cadre légal impose des refacturations à l'euro près. Dès qu'on retient la base forfaitaire, il existe un risque de délit de marchandage.

L'alternative est éventuellement la prestation de service. Lorsqu'on émet une facture, il est possible d'y imputer des frais généraux. Bien entendu, il ne s'agit pas de facturer de la mise à disposition de personnel, il s'agit bien de facturer une prestation clairement nommée : administration d'une compagnie, conseil en gestion...

Différencier mise à disposition de personnel et mise à disposition de locaux

Il est vivement conseillé de gérer la mise à disposition de personnel et la mise à disposition de locaux par le biais de deux conventions distinctes. Etablir deux conventions peut sembler un artifice formel, mais la forme conditionne souvent la compréhension du fond, notamment vis-à-vis d'un contrôleur.

Lorsqu'on y réfléchit, on y trouve du sens. En effet, les clés de répartition sont différentes : la surface pour la mise à disposition de locaux, le temps-salarié pour la mise à disposition de personnel. Il ne serait pas logique de fixer une clé de répartition globale car les unités de calcul sont différentes : dans un cas des m², dans l'autre un nombre d'heures.

Partir sur une clé de répartition globale correspond plus à une logique de prestation de service qu'à une logique de mise à disposition.

Ce qui peut être problématique, c'est d'être entre les deux et finalement d'être dans le non-choix.

Ne pas installer la mise à disposition dans la durée

Dans la pratique, dans le monde associatif, les mises à disposition de personnel à durée indéterminée ou de longue durée, sont très courantes et jusqu'à ce jour, nous n'avons pas d'expériences qui nous permettent de dire qu'il existe un risque majeur. Pour autant, en principe, une mise à disposition doit gérer un problème ponctuel à un moment déterminé, ce n'est pas en soi un mode de gestion du personnel. Si le besoin est permanent, on crée une structure *ad hoc*, *a priori* un groupement d'employeur.

A contrario, dans le cas d'une mise à disposition de personnel qui durerait depuis longtemps, on peut être – dans les faits – dans une situation de multi-employeurs ou de transfert de la qualité d'employeur vis-à-vis des salariés. Cette situation représente un risque réel en cas de rupture du contrat. Exemple : un salarié se fait licencier par l'employeur d'origine alors qu'il est mis à disposition depuis longtemps au sein d'une autre structure. Il peut tout à fait dire : « *cela fait cinq ans que je suis mis à disposition de l'autre structure. C'est donc lui mon employeur. Or lui, il n'a pas respecté la procédure de licenciement, je suis donc toujours salarié, etc.* » L'employeur d'origine s'expose alors à des litiges complexes.

Pour se préserver de ce genre de situation, si l'on sait que le salarié embauché va être à mi-temps dans une autre structure de façon permanente et définitive, la situation multi-employeurs est préférable².

² NB : préférable, entendu au sens juridique car du point de vue du salarié, la couverture conventionnelle (formation, maladie...) risque d'être moins avantageuse.

L'impossibilité de transférer le lien de subordination

Même si l'association qui bénéficie de la mise à disposition peut adresser diverses remarques au salarié, éventuellement lui donner un avertissement, elle ne peut aller jusqu'à la sanction disciplinaire qui reste du ressort de l'employeur d'origine. D'où l'importance de la précision de la définition de la mission qui va être exercée.

En cas de mise à disposition le contrat est tripartite : il existe un lien juridique entre les deux associations, mais il n'y a pas de contrat de travail entre le salarié et le bénéficiaire de la mise à disposition. Il est alors difficile pour ce dernier de mettre à pied une personne avec laquelle elle n'est pas liée par un contrat de travail.

Même chose en ce qui concerne le départ en congé. Est-ce l'association utilisatrice ou l'association porteuse de l'emploi qui le fixe ? En principe, c'est le bénéficiaire de la mise à disposition qui définit les besoins puis, c'est l'employeur qui les pose officiellement. Mais, en pratique, surtout lorsqu'il s'agit de mises à disposition à temps plein, l'employeur d'origine n'intervient plus beaucoup. Si en général les uns et les autres s'arrangent pour que tout se passe en bonne intelligence, soyons clairs c'est l'employeur qui détient le lien juridique réel avec le salarié, non le bénéficiaire de la mise à disposition.

Selon cette même logique, c'est la convention collective de l'employeur qui doit être appliquée au salarié sauf si ce dernier obtient le transfert de sa qualité d'employeur. Le risque porterait alors sur le transfert pérenne du lien de subordination car il n'existe pas en France de système de double subordination. En revanche, il existe une réalité du terrain : si une mise à disposition dure depuis très longtemps et que le lien de subordination avec

l'employeur d'origine s'est distendu, le salarié peut affirmer : « *Mon véritable employeur, c'est celui chez qui je suis mis à disposition. C'est lui qui me donne des ordres, c'est lui qui m'indique quand je pars en vacances, etc.* ».

Règle pour l'exonération de TVA

Première hypothèse : la mise à disposition de salarié est facturée à l'euro-l'euro à une association non soumise à la TVA car exerçant une activité non lucrative. La refacturation du salaire chargé sera alors sans TVA.

Deuxième hypothèse : la mise à disposition de salarié est facturée à l'euro-l'euro à une association soumise à la TVA. La refacturation du salaire chargé sera alors avec TVA sauf si l'association qui consent la mise à disposition peut revendiquer une exonération spécifique ou un régime de franchise de TVA.

Cas particuliers

Il est possible à l'issue d'une convention de mise à disposition à titre onéreux qu'un salarié soit ensuite mis à disposition à titre gratuit. Le risque serait fiscal en cas de régime différent entre les deux structures.

Autre point, si un employeur est en délit de marchandage car il facture de façon forfaitaire au lieu de facturer à l'euro/l'euro, et qu'il décide de régulariser, en principe les instances de contrôle y seront sensibles.

MISE A DISPOSITION DE PERSONNEL ET CONTRATS AIDÉS

Une association doit utiliser les subventions qu'elle reçoit pour son activité, il lui est interdit de les reverser. La raison en est simple : si une association redistribuait des subventions, les pouvoirs publics n'auraient plus le contrôle de l'utilisation des fonds. Or, les pouvoirs publics ont le souci de la transparence.

Selon les textes qui sont d'ailleurs anciens - 1935 et 1938 -, la mise à disposition de contrats aidés correspondrait au cas de reversement de subvention, mais les pratiques et les interprétations sont différentes selon les territoires.

La collectivité publique accorde une aide à l'emploi selon les termes d'une convention signée avec l'association qui organise les choses : définition des fonctions, montant du salaire... Les sommes versées, dans ce cadre, sont des financements publics. Le salarié est destiné à une affectation précise stipulée dans la convention. Le mettre à disposition d'une autre association, c'est enfreindre la convention, c'est donc illégal.

Pour contourner cette difficulté, certaines régions mettent en place des conventions tripartites. Si la collectivité publique valide la mise à disposition, il n'y a pas alors de difficulté.

Une solution alternative serait de créer une structure habilitée à percevoir les fonds publics et dont l'objet même serait la mise à disposition des contrats aidés, en l'occurrence un groupement d'employeurs. La question est alors de savoir s'il est raisonnable de créer un groupement d'employeurs pour un seul salarié.

LE CAS DE LA MUTUALISATION D UN POSTE COMPTABLE

La profession d'expert-comptable est réglementée, il existe un Ordre, un monopole sur l'arrêté des comptes, etc. Si deux ou trois associations se « rendent service », *a priori* l'Ordre pourra « fermer les yeux ».

Par contre, la jurisprudence a déjà condamné pénalement des associations ayant créé une structure dédiée à des travaux comptables.

DEUX MOTS SUR LE GROUPEMENT D EMPLOYEURS

Un groupement d'employeurs n'est pas un regroupement informel, il implique un certain nombre d'obligations, dont la responsabilité solidaire des membres. Le GE suppose un engagement fort : si un membre n'est pas en capacité de payer, l'autre doit payer à sa place. Et

j'ai personnellement connu le cas, il y a une quinzaine d'années à l'époque où le délit de marchandage n'était pas d'actualité du cas suivant : Deux centres sociaux avaient créé un GIE afin de disposer d'une direction commune et de salariés communs. Un jour est arrivé où l'un des deux s'est retrouvé en cessation de paiement. L'autre a suivi peu de temps après...

L'objet d'un groupement d'employeurs doit être exclusif, c'est-à-dire qu'il n'est pas autorisé à faire de la comptabilité. Ainsi, le salarié pourra prendre en charge la comptabilité du groupement mais non celle de ses membres, ce qui ne résoudra pas le problème si un tel besoin existe.

Le groupement d'employeurs, dans certains cas, est la réponse adaptée, mais ce n'est pas la solution correspondant à toutes les situations, pas plus que la configuration multi-employeurs d'ailleurs.