

## **AVIS**

De:	Avocats Sabine Vanoverbeke en Joris De Keersmaecker avec la collaboration de Jacques Clesse et Antoine Vanden Abeele
Pour:	Service public fédéral Santé Publique
Concerne:	Réseaux de soins et droit du travail
Date:	25 avril 2016

### **RÉSUMÉ**

- 1. Dans le cadre d'une nouvelle politique de santé mentale pour les enfants et les adolescents, seront créés des partenariats (Réseaux). Les partenaires au sein de ces Réseaux seront généralement des ASBL actives dans le secteur des soins en santé mentale pour les enfants et adolescents et les secteurs connexes. Les partenaires mettront des salariés à la disposition du Réseau pour leur permettre d'effectuer les tâches de coordination des réseaux et du fonctionnement des équipes mobiles.*
- 2. En Belgique, il existe une interdiction de principe de la mise à disposition, inscrite à l'article 31, § 1, de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise à disposition de salariés au profit des utilisateurs. Cette loi a vu le jour dans le but de combattre les pratiques des pourvoyeurs de main d'œuvre illégale. Ces pratiques sont le fait d'entreprises - souvent malhonnêtes - constituées dans le seul et unique but de recruter de la main d'œuvre en vue de la mettre immédiatement à la disposition de tiers-utilisateurs, après quoi ces entreprises omettent de remplir leurs obligations sociales (par ex. le paiement des salaires et des cotisations de sécurité sociale) avant de disparaître ou de faire faillite. Il n'en est pas ainsi dans le cas présent, et dès lors peut se poser la question de savoir si, dans le contexte du fonctionnement de ces Réseaux, la mise à disposition des travailleurs sera bien considérée comme une mise à disposition interdite. Reste néanmoins que le champ d'application de la loi du 24 juillet 1987 a une portée générale.*

*Considérant que le projet de collaboration au sein des Réseaux instaure une association de fait entre les partenaires participants qualifiée de 'tiers', la mise à disposition de salariés des partenaires au profit du Réseau tombe dans le champ d'application de la loi du 24 juillet 1987.*

*Dans l'état actuel de la législation, il n'est pas prévu d'exception légale spécifique, pour la collaboration dans le cadre des Réseaux, à l'interdiction de la mise à disposition.*

*Toutefois, pour réaliser le projet de collaboration dans les Réseaux, il est possible de recourir à 2 exceptions légales existantes, pour autant que l'on respecte les conditions formulées dans la loi.*

3. *En premier lieu, l'article 31, § 1, alinéas 2 et 3, prévoit la possibilité pour un tiers-utilisateur de donner des instructions au salarié d'un employeur-prêteur, pour autant que le droit de donner des instruction par un tiers-utilisateur soit prévu explicitement et de façon détaillée dans un document écrit. En l'état actuel de la législation et dans le contexte du fonctionnement des Réseaux, c'est le recours à cette exception qui est à recommander. Ce droit d'instruction sera de préférence inscrit dans les accords de collaboration donnant naissance aux Réseaux.*

4. *Bien que moins facile à défendre, il existe éventuellement aussi la possibilité de recourir à l'exception prévue à l'article 32, § 1, alinéa 2, à savoir la mise à disposition autorisée dans le cadre d'une collaboration entre des entreprises d'une même entité économique et financière. Dans un arrêt du 23 novembre 1999, la Cour du Travail de Liège a décidé qu'une telle mise à disposition ne devait pas présenter un caractère de durée limitée. De cet arrêt nous pouvons également déduire que la notion d'entité économique et financière doit s'entendre au sens large. En conséquence, la collaboration dans le cadre des Réseaux pourrait également être considérée comme une collaboration au sein d'une même entité économique et financière.*

*Pour bénéficier de cette exception, les conditions suivantes doivent être remplies :*

- *seuls les salariés permanents peuvent être mis à disposition;*
- *la mise à disposition est exceptionnelle ;avant le début de la mise à disposition il est indispensable de conclure un contrat tripartite ;*
- *l'inspection sociale doit être informée au plus tard 24 heures avant le début de la mise à disposition.*

*Selon notre avis et celui du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, il est délicat de soutenir que la collaboration, durable et structurée, entre les partenaires du réseau présenterait un caractère exceptionnel comme la loi le requiert*

5. *L'éventuelle responsabilité du commettant, dans le cas d'un fait fautif ayant entraîné un préjudice dans le cadre des activités du Réseau, sera laissée à l'entière appréciation du juge agissant en toute autonomie. Celui-ci contrôlera et décidera, en fonction des circonstances concrètes, si c'est l'employeur ou bien l'éventuel utilisateur (le Réseau ou un partenaire du Réseau) qui est responsable en tant que commettant. Le fait qu'il s'agirait d'une mise à disposition (autorisée) ne sera que l'un des éléments pris en considération par le juge.*

## 1. INTRODUCTION

1.

La nouvelle politique de santé mentale pour enfants et adolescents vise à organiser, dans la mesure du possible, les soins de santé mentale urgents et chroniques, au moyen de circuits de soins et de réseaux de soins (= ci-après la 'Nouvelle Politique').

L'article 11 de la Loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins définit les notions de réseaux de soins et de circuits de soins de la façon suivante :

- un réseau d'équipements de soins est un ensemble de prestataires de soins, dispensateurs, institutions et services qui, ....offrent conjointement un ou plusieurs circuits de soins dans le cadre d'un accord de collaboration juridique intra- et extra-muros, et ce à l'intention d'un groupe cible de patients à définir par eux et dans un secteur à motiver par eux ;
- un circuit de soins est l'ensemble des programmes de soins et autres équipements de soins qui, (...), sont organisés par le biais d'un réseau d'équipements de soins (...).

La Nouvelle Politique a pour objet la collaboration entre les divers partenaires, généralement des ASBL qui sont déjà actives dans le secteur des soins de santé mentale pour enfants et adolescents ou dans des secteurs annexes (nommés ci-après 'Partenaires'), et vise à proposer des soins de santé mentale au sein même du milieu familial des enfants et adolescents, ou dans un milieu aussi proche que possible. Les admissions résidentielles seront évitées dans la mesure du possible.

2.

Pour réaliser cette collaboration entre les divers Partenaires, ceux-ci concluront des accords de collaboration donnant naissance à des réseaux de santé mentale pour enfants et adolescents (dénommés ci-après les 'Réseaux').

Au sein de ces Réseaux sera organisé un travail d'équipes mobiles (ci-après 'Services Mobiles') qui sera exécuté par des salariés de différents Partenaires. Dans le cadre de ces équipes mobiles, il peut arriver par exemple que dans une première étape du trajet de soins une personne appartenant au secteur ambulatoire des soins de santé mentale et une personne ressortissant au secteur résidentiel des soins de santé mentale, visitent l'enfant ou l'adolescent chez lui, à la maison.

La coordination des Réseaux à constituer sera assurée par un salarié de la 'Plate-forme de Concertation de Santé Mentale' ou d'un autre Partenaire du Réseau. La tâche de ce salarié consistera principalement à assurer la coordination entre les divers Partenaires de l'accord de collaboration.

3.

Du point de vue du droit du travail, le travail au sein des Services Mobiles et la coordination des Réseaux pourraient être organisés de plusieurs façons.

Première hypothèse. Les Partenaires du Réseau font exécuter les tâches qui leur sont confiées par leur propre personnel.

Seconde hypothèse. Les Partenaires du Réseau mettent du personnel à la disposition du Réseau. Dans ce cas il convient de tenir compte de l'interdiction de principe de mise à disposition, telle qu'elle figure dans la Loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise à disposition de salariés au profit des utilisateurs (voir ci-après la "Loi du 24 juillet 1987").

L'interdiction légale de mise à disposition vise aussi bien l'activité rémunérée que l'activité non-rémunérée de la mise à disposition. Ceci signifie que le but lucratif n'est pas requis pour le 'prêt' de personnel.<sup>1</sup> L'interdiction de principe de mise à disposition s'applique ainsi également dans le cadre des Réseaux.

Nous examinerons, dans les pages suivantes, s'il est possible d'avoir recours à l'une des exceptions générales légales existant à cette interdiction.

La loi - relativement stricte- du 24 juillet 1987 sur la mise à disposition de salariés au profit des utilisateurs a été votée pour combattre les pratiques de ce que l'on appelle les pourvoyeurs de main d'œuvre illégale. Ce sont là des situations où des entreprises - souvent malhonnêtes - sont constituées dans le seul et unique but de recruter de la main d'œuvre en vue de sa mise à disposition immédiate à des tiers-utilisateurs, après quoi ces entreprises ne respectent pas leurs obligations sociales (par exemple le paiement de salaires ou de cotisations de sécurité sociale), avant de disparaître ou de faire faillite. Toutefois, le champ d'application de la loi du 24 juillet 1987 ne se limite pas aux activités des pourvoyeurs de main d'œuvre illégale, l'interdiction de la mise à disposition prenant ainsi une portée générale. Il en résulte que cette loi s'applique également par exemple aux missions de consultants et, comme c'est le cas ici, au secteur non marchand.

---

<sup>1</sup> Blanpain, R., Arbeidsmarktrecht, ICA-reeks, Brugge, die Keure, 2011, 131, n° 350

Troisième hypothèse. Les Réseaux recrutent eux-mêmes des salariés, en tant qu'associations sans personnalité juridique (voir ci-après). Cela implique que les salariés concernés acceptent de travailler pour le Réseau. En effet, l'existence d'un contrat de travail requiert l'existence d'un contrat entre l'employeur et l'employé, ce dernier acceptant d'effectuer un travail pour l'employeur contre le paiement d'un salaire et sous l'autorité de l'employeur. Un salarié d'un Partenaire ne peut être contraint de mettre fin à son emploi chez le Partenaire et d'entrer au service du Réseau. En effet, il n'est nullement question ici d'un transfert d'une partie d'une entreprise du partenaire vers le Réseau<sup>2</sup>, comme c'est le cas, uniquement, lorsqu'une section autonome d'une entreprise est transférée à un nouvel employeur qui poursuit les activités de cette section.

Sur la base des informations en notre possession, ce n'est pas le cas.

Puisqu'il n'est pas prévu que les Réseaux embauchent eux-mêmes des salariés, cette dernière hypothèse ne retiendra pas davantage notre attention.

4.

Le présent avis a pour seul but de confronter l'organisation des Réseaux à la législation actuellement en vigueur, et en particulier à la Loi du 24 juillet 1987.

En dehors des exceptions générales commentées ci-après sur l'interdiction de mise à disposition, le législateur a prévu dans le passé des exceptions spécifiques. En 2002, une exception spécifique a été inscrite dans l'article 144bis de la Nouvelle Loi Communale, à l'effet de légaliser la mise à disposition, très fréquente auparavant, de personnel communal contractuel au profit d'un utilisateur. En 2005, fut inscrite dans l'article 32bis de la Loi du 24 juillet 1987 la possibilité de mettre à disposition, dans le cadre de trajets de mise au travail, des demandeurs d'emploi sans travail ou des bénéficiaires du revenu d'intégration, moyennant le respect de certaines conditions.

Compte tenu de l'appui politique et de l'orientation des Réseaux, le législateur pourrait prévoir une nouvelle exception légale spécifique, à l'interdiction de mise à disposition. Ce faisant la mise à disposition dans le cadre des Réseaux pourrait obtenir une base juridique spécifique.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Dans le cas d'un transfert d'entreprise ou d'une partie d'une entreprise, il est question, sur la base de la CCT n° 32bis, conclue dans le Conseil National du Travail, d'une transmission du contrat du travail du cédant vers le cessionnaire. Il est admis que dans ce cas spécifique, le salarié dont le contrat de travail est cédé ne peut s'opposer à la transmission de son contrat de travail.

<sup>3</sup> Cette exception pourrait être liée à l'article 11 de la Loi Coordinée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins définissant les réseaux. Le cas échéant il conviendra de vérifier la meilleure façon, d'un point de vue légistique, d'incorporer cette exception : en inscrivant une exception dans la Loi Coordinée du 10 juillet 2008 ou bien dans la Loi du 24 juillet 1987.

Il y a une grande volonté politique et demande du secteur d'implémenter le plus rapidement possible la Nouvelle Politique. Dans l'attente d'une éventuelle exception spécifique sur l'interdiction de mise à disposition, il sera nécessaire de travailler dans le cadre juridique actuel. Ci-dessous, il est expliqué de quelle manière cela est réalisable, en particulier pour les hypothèses 1 et 2 susmentionnées.

5.

Avant de passer au commentaire des susdites hypothèses 1 et 2, nous analyserons la qualification juridique des Réseaux.

Ensuite nous examinerons brièvement les éventuelles implications en cas de licenciement d'un salarié d'un Partenaire, dans le cadre des activités d'un Réseau.

Et enfin, nous commenterons la responsabilité sur la base de l'article 1384 du Code Civil, à savoir la responsabilité du commettant pour le préjudice causé par le salarié. Nous vérifierons à cet égard qui doit être considéré comme le commettant, dans le cadre d'une collaboration au sein d'un Réseau.

## 2. MISE EN OEUVRE

### A. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES RÉSEAUX

6.

Pour pouvoir apprécier les implications de la constitution des Réseaux sur le plan du droit du travail, il convient, en premier lieu, de vérifier comment qualifier juridiquement les Réseaux. Dans le cadre de la première hypothèse, à savoir la mise à disposition de salariés au profit du Réseau, il importe de savoir si le Réseau peut être considéré comme un 'tiers-utilisateur'. En effet la Loi du 24 juillet 1987 parle de l'interdiction de principe de mettre des salariés à la disposition d'un 'tiers-utilisateur' (voir ci-après). De ce qui suit il ressortira que, bien que ne possédant pas de personnalité juridique, un Réseau peut être considéré comme un 'tiers-utilisateur'.

7.

Les Partenaires qui concluent des accords de collaboration dans le cadre de la constitution des Réseaux sont bien souvent des ASBL. Le fondement de la Nouvelle Politique est qu'il n'y aura pas d'intervention au niveau de la personnalité juridique. Cela implique qu'il ne sera pas créé de personnes juridiques nouvelles pour la constitution des Réseaux, et que les Partenaires existants conserveront leur structure juridique propre.

8.

Le but de la Nouvelle Politique est de faire collaborer de façon coordonnée les Partenaires existants, appartenant au secteur des soins en santé mentale et aux secteurs connexes . Cette collaboration <sup>4</sup> devra se concrétiser au sein d' un accord de collaboration.

Dans la littérature, la collaboration entre les Partenaires visée par la Nouvelle Politique est définie comme une 'collaboration fonctionnelle'. Une collaboration fonctionnelle ne donnera pas naissance à une nouvelle personnalité juridique si la collaboration n'est pas structurée dans une nouvelle entité juridique.

Du fait que, dans un accord de collaboration les parties poursuivent un but commun, à savoir la mise en œuvre de soins en santé mentale multidisciplinaires coordonnés à l'attention des enfants et des adolescents, et cela dans leur milieu familial ou dans un milieu aussi proche

---

<sup>4</sup> Pour qu'il y ait collaboration, les Parties doivent se trouver sur un pied d'égalité. Ceci implique qu'il ne peut exister de rapport donneur d'ordre-entrepreneur. Dans la relation donneur d'ordre-entrepreneur, celui-ci agit à la demande expresse du donneur d'ordre et il n'a aucune liberté pour exécuter la mission selon son propre jugement. Le donneur d'ordre et l'entrepreneur ne poursuivent donc pas un objectif commun. La relation entre le Réseau (association sans personnalité juridique) et ses membres individuels (les Partenaires, généralement des ASBL) ne peut à notre avis pas être qualifiée de contrat d'entreprise (voir plus loin concernant la mise à disposition de personnel).

que possible, sera créée une association sans personnalité juridique, c'est-à-dire une association de fait. Nous parlons d'association de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales s'associent en vue de la réalisation d'un objectif commun, sans pour autant constituer une ASBL ou une société. La définition d'un réseau de soins tel qu'il est prévu à l'article 11 de la Loi Coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins comporte les éléments constitutifs d'une association de fait : un groupe d'institutions entame une collaboration/s'associe pour réaliser une tâche déterminée, distincte de la tâche des institutions collaborantes.

En tant qu'associations sans personnalité juridique, les Réseaux présenteront un certain nombre de 'caractéristiques des personnes morales'<sup>5</sup> :

- ils pourront s'engager selon les règles du droit des contrats, sous la simple mention du nom de l'association ;
- ils pourront être valablement engagés par un contrat (donc aussi par un contrat de travail) ; les droits et obligations seront attribués aux membres proprement dits ;
- toute action engagée au nom de l'association devra se faire avec le pouvoir de représentation voulue. Les membres devront avoir donné mandat au représentant concerné pour agir en leur nom, et cette action devra se faire dans les limites de ce mandat. Le pouvoir de représentation peut être prévu dans l'accord de collaboration ;
- les biens de l'association ne tombent pas dans le patrimoine des membres mais constituent une masse indivise dont les membres sont les 'copropriétaires' ;
- ils peuvent faire l'objet d'une citation sous le 'nom commun'.

Les principales différences entre une association sans personnalité juridique et une ASBL sont:

- La responsabilité illimitée des membres en ce qui concerne les dettes de l'association sans personnalité juridique. Les membres ne peuvent toutefois être attaqués que chacun pour sa part;
- chaque membre d'une association sans personnalité juridique est copropriétaire des biens de la masse;
- l'association sans personnalité juridique n'est pas responsable pénalement.

9.

---

<sup>5</sup> Vananroye, J., *Morele wezens en wetsontduikende monniken, over de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid*, Intersentia, Antwerpen, 2012, 29p.

De ce qui précède il s'ensuit qu'une association sans personnalité juridique existe bien sur le plan juridique, et qu'elle possède même un certain nombre de caractéristiques typiquement associées à une personne morale (par ex. indépendance en matière de droit contractuel, en matière de droit patrimonial et en matière du droit de procédure). Une association sans personnalité juridique pourra donc aussi être un 'tiers-utilisateur' au sens de la Loi du 24 juillet 1987.

## B. LE RÉSEAU ET LE DROIT DU TRAVAIL

10.

Ainsi qu'il a été indiqué dans l'introduction, la coordination des réseaux et le fonctionnement des Services Mobiles au sein des Réseaux peuvent se dérouler au niveau du droit du travail de la façon suivante:

- Hypothèse 1: les Partenaires du Réseau font exécuter les tâches qui leur sont confiées par leur propre personnel ;
- Hypothèse 2: les Partenaires du Réseau mettent du personnel à la disposition du Réseau.

### **Hypothèse 1: Les Partenaires du Réseau font exécuter les tâches qui leur sont confiées par leur propre personnel**

11.

Lorsque la collaboration entre les Partenaires au sein des Réseaux est purement fonctionnelle, et qu'il n'y a aucun transfert d'autorité patronale du Partenaire-employeur au Réseau ou à un autre Partenaire, les tâches confiées aux Partenaires au sein du Réseau seront exécutées par les propres salariés (médecin, infirmière, psychologue, travailleur social, ...) des Partenaires concernés, sous l'autorité, la direction et la surveillance de ceux-ci.

Cette hypothèse suppose que chaque Partenaire se charge d'une partie des tâches au sein du Réseau et qu'il utilise pour ce faire son propre personnel. Celui-ci sera dirigé par le partenaire employeur et les personnes déléguées par l'employeur pour exercer l'autorité patronale. Dans cette hypothèse il conviendra de veiller scrupuleusement à ce qu'aucune autorité patronale ne soit exercée par une partie autre que le Partenaire-employeur. Ceci implique que c'est le Partenaire-employeur, et ses délégués, qui devront donner toutes les instructions à leurs salariés, contrôler leur travail et, le cas échéant, imposer une sanction disciplinaire. Considérant la définition du Réseau et les informations qui nous ont été transmises, il est peu probable que cette dernière hypothèse se réalise. En effet, dès lors qu'une partie de l'autorité patronale (par ex. le fait de désigner telle personne pour exécuter tel travail) serait exercée par le Réseau ou par un autre Partenaire, nous nous trouverions en présence d'une mise à disposition interdite voir l'hypothèse 2 ci-après).

12.

Le Partenaire-employeur désireux de faire exécuter des tâches par un salarié dans le cadre d'un Réseau ne pourra en décider de façon unilatérale; il devra obtenir l'accord du salarié ; tout au moins lorsque la modification des tâches affecte de façon importante la fonction du salarié, son lieu de travail ou un autre élément de la relation de travail. Il sera donc préférable d'ajouter une annexe au contrat de travail existant entre le Partenaire-employeur et le salarié, annexe dans laquelle sera décrite et convenue la nouvelle situation de travail. Le cas échéant il conviendra également d'adapter le règlement de travail du Partenaire-employeur, à savoir lorsqu'il s'agit de travailler avec de nouveaux horaires de travail.

### **Hypothèse 2: Les Partenaires d'un Réseau mettent du personnel à la disposition du Réseau**

13.

Il apparaît que pour l'organisation du fonctionnement des Equipes Mobiles, la Nouvelle Politique part du principe que les Partenaires des Réseaux affectent certains de leurs travailleurs à l'accomplissement de tâches relevant de l'activité spécifique du réseau. Se posent alors, au niveau du droit du travail, les questions suivantes :

- ces salariés sont-ils censés avoir été mis à la disposition du Réseau ou d'un autre Partenaire du Réseau, ou non;
- cette mise à disposition est-elle autorisée ou interdite;
- quelles sont les conséquences d'une mise à disposition interdite.

### **DÉFINITION DE LA MISE À DISPOSITION DE SALARIÉS**

14.

L'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la Loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise à disposition de salariés au profit d'utilisateurs, stipule :

*"Est interdite, l'activité exercée .....par une personne physique ou morale qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés, à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur"*

En vertu de cet article, il est question de mise à disposition de travailleurs lorsqu'un employeur-prêteur prête ses salariés à un tiers-utilisateur qui utilise les services de ces travailleurs et exerce sur eux (une partie de) l'autorité qui est normalement exercée par l'employeur-prêteur. A cet égard l'on utilise également quelquefois le terme de "prêt de

personnel". Le prêt de personnel avec transfert d'autorité patronale est en principe interdit en Belgique, sauf les exceptions prévues par la loi.

Pour qu'il soit question de mise à disposition interdite, 3 conditions doivent être remplies:

- les salariés sont mis à la disposition d'un tiers-utilisateur ;
- le tiers-utilisateur doit 'utiliser' ces travailleurs ;

et exercer sur eux une part quelconque de l'autorité qui appartient normalement à l'employeur-prêteur.

15.

Dans le cadre des Réseaux il pourrait être question de mise à disposition de travailleurs par un Partenaire-employeur au Réseau ou à un autre Partenaire. Il y aura mise à disposition au Réseau lorsqu'une personne exerce pour le Réseau l'autorité patronale sur les travailleurs concernés (par ex. en donnant des instructions relatives à la tâche à effectuer dans le cadre du fonctionnement des Services Mobiles). Il y aura mise à disposition d'un autre Partenaire lorsqu'un délégué de ce Partenaire exerce l'autorité (pour ce Partenaire) sur les salariés concernés. La distinction entre les deux cas ne semble à première vue pas facile à faire. Du point de vue juridique, on fait la distinction pour indiquer qu'un juge, sur la base des données factuelles qui lui sont soumises, pourra estimer, à notre avis, qu'il s'agit d'une mise à disposition au Réseau ou bien à un autre Partenaire du Réseau. A notre avis un juge estimera plutôt qu'il y a mise à disposition du Réseau.

16.

Les Partenaires du Réseau constituent, à notre avis et compte tenu de la définition légale du Réseau, une association sans personnalité juridique distincte des entités juridiques (généralement des ASBL) des Partenaires qui travaillent ensemble. Cette association sans personnalité juridique pourrait être considérée, à notre avis, comme un tiers-utilisateur qui dirige les travailleurs du Service Mobile en vue de la réalisation de ses objectifs propres, distincts de ceux du Partenaire-employeur. Ceci est important parce qu'il est admis qu'il ne peut être question de mise à disposition lorsque l'employeur-prêteur délègue son autorité patronale à un tiers-utilisateur qui à son tour exerce l'autorité au nom et pour le compte de l'employeur-prêteur. Tel est le cas par exemple lorsqu'un employeur (par ex. une S.A.) désignerait une société de management ou un directeur intérimaire pour donner des instructions aux travailleurs de l'employeur, au nom et pour le compte de l'employeur. Dans ce cas, la société de management/directeur intérimaire n'agit pas en vue de la réalisation de

ses objectifs propres ni en son nom propre, mais en tant que délégué de l'employeur, au nom et pour le compte de ce dernier.<sup>6</sup>

17.

Le tiers-utilisateur doit 'utiliser' les travailleurs. Certains auteurs ne considèrent pas ceci comme une condition distincte, mais comme la concrétisation du transfert d'autorité. Dans cette optique il est question 'd'utilisation' dès que le tiers-utilisateur exerce l'autorité de l'employeur-prêteur sur les salariés. D'autres auteurs maintiennent que ceci est une condition distincte, qui implique qu'il doit y avoir intégration du travailleur du prêteur dans les activités du tiers-utilisateur. Considérant que les travailleurs des Partenaires qui collaborent sont désignés pour aller travailler dans le Réseau investi d'une mission spécifique, nous sommes d'avis qu'il est bien question ici 'd'utilisation' des salariés.

18.

Un élément central dans l'interdiction de 'prêt' de personnel par un employeur-prêteur est la notion d'autorité patronale. En règle générale, l'on entend par autorité patronale:

- le droit de l'employeur de donner des instructions sur l'organisation et l'exécution du travail convenu. L'employeur peut déterminer quelles sont les tâches que doit exécuter le travailleur, comment il doit le faire, où et quand;
- le droit de l'employeur d'exercer un contrôle sur le travail à effectuer;
- le droit de l'employeur d'imposer des mesures disciplinaires.

De cette définition générale il semble apparaître que le Réseau exercera l'autorité patronale sur les salariés des Partenaires. Les responsables des Services Mobiles détermineront quels travailleurs seront employés à tel endroit et à tel moment, et quelles tâches ils effectueront. Nous supposons que les travailleurs feront également rapport de leurs activités pour les Services Mobiles aux responsables de ces Services Mobiles.

19.

En conclusion il apparaît qu'il peut être question de mise à disposition de salariés des Partenaires au Réseau, qui est considéré comme un tiers-utilisateur utilisant les travailleurs et exerçant sur eux une part quelconque de l'autorité patronale, en vue de la réalisation de ses objectifs spécifiques.

---

<sup>6</sup> Eliaerts, L. *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, APR, 2014, 67, n° 105.

20.

Bien que l'article 31, § 1 parte du principe de l'interdiction de la mise à disposition, la législation comporte un certain nombre de cas de mise à disposition autorisée. La première exception est liée à la définition de l'autorité patronale. La seconde exception permet, dans des cas spécifiques, la mise à disposition avec transfert effectif de l'autorité patronale. Ces exceptions sont tout-à-fait pertinentes dans le cadre de la problématique discutée ici.

### **PREMIÈRE EXCEPTION: LIMITATION DE LA NOTION D'AUTORITÉ PATRONALE**

21.

L'article 31, § 1, alinéas 2 et 3 de la Loi du 24 juillet 1987<sup>7</sup> précise ce qui ne constitue par l'exercice d'une part quelconque de l'autorité patronale. La loi introduit en quelque sorte une fiction, à savoir que le fait de donner les instructions indiquées ci-après aux conditions indiquées ci-après ne vaut pas comme exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur-prêteur par le tiers-utilisateur :

- les instructions du tiers-utilisateur au(x) travailleur(s) du employeur-prêteur concernant les prescriptions en vigueur dans son entreprise en matière de bien-être (par ex. les instructions en matière de sécurité);
- les instructions du tiers-utilisateur au(x) travailleur(s) du prêteur lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies:
  - il faut qu'il y ait un contrat écrit entre l'employeur-prêteur et le tiers-utilisateur ;
  - ce contrat doit stipuler de façon explicite et détaillée quelles instructions peuvent être données par le tiers-utilisateur aux salariés de l'employeur-prêteur;
  - le droit du tiers-utilisateur de donner des instruction ne peut en aucune façon porter atteinte à l'autorité de l'employeur-prêteur :
    - cela signifie concrètement que le droit du tiers-utilisateur de donner des instructions ne peut en aucun cas avoir une portée telle, que ce soit sur le plan technique ou sur le plan de l'organisation du personnel, qu'elles interfèrent de façon significative dans l'exercice de l'autorité patronale ;

---

<sup>7</sup> L'article 31, § 1, alinéas 2 et 3 dispose :

"Pour l'application du présent article, ne constitue toutefois pas l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur par le tiers, le respect par ce tiers des obligations qui lui reviennent en matière de bien-être au travail.

Pour l'application du présent article, ne constituent pas non plus l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur par le tiers, les instructions données par le tiers aux travailleurs de l'employeur en vertu d'un contrat écrit entre le tiers et l'employeur, à condition que ce contrat écrit prévoie explicitement et de manière détaillée quelles sont précisément les instructions qui peuvent être données par le tiers aux travailleurs de l'employeur, que ce droit du tiers de donner des instructions ne porte atteinte en aucune manière à l'autorité dont dispose l'employeur, et que l'exécution effective de ce contrat entre le tiers et l'employeur corresponde entièrement aux dispositions expresses du contrat écrit précité.

- en d'autres termes, ce droit d'instruction accordé à un tiers-utilisateur ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire en vue de la bonne exécution du travail ou de la mission qui constitue l'objet de l'accord de collaboration;
- l'exécution effective du droit d'instruction par le tiers-utilisateur doit entièrement correspondre aux dispositions expresses du contrat.

Selon l'article 31, § 1, alinéas 3 et 4, de la Loi du 24 juillet 1987<sup>8</sup>, il y aura transfert interdit de l'autorité de l'employeur-prêteur lorsque :

- il n'existe pas de contrat écrit entre l'employeur-prêteur et le tiers-utilisateur<sup>9</sup> ;
  - il n'y a pas d'instructions explicites et détaillées figurant dans le contrat ;
  - les instructions portent atteinte à l'autorité de l'employeur-prêteur;
- l'exécution effective s'écarte des conventions écrites.

22.

Dans la pratique quotidienne de la collaboration dans le cadre des Réseaux, il est plus que probable que des instructions seront données par des tiers-utilisateurs, au sens de la loi du 24 juillet 1987 (c'est-à-dire par le Réseau ou par les Partenaires du Réseau qui ne sont pas l'employeur), aux salariés d'un Partenaire-employeur (par exemple des instructions du médecin responsable/responsable de l'équipe du Service Mobile aux travailleurs désignés pour travailler dans le Service Mobile). Si les conditions de l'article 31, § 1, alinéas 3 et 4, du 24 juillet 1987 n'étaient pas remplies, le fait de donner des instructions constituerait une mise à disposition interdite.

23.

Il nous semble possible, dans les limites fixées par la loi sur le droit du tiers-utilisateur de donner des instructions, de mettre des salariés à la disposition du réseau pour leur permettre d'assurer le fonctionnement du Service Mobile du Réseau.

Pour répondre à la condition selon laquelle le droit du tiers-utilisateur de donner des instructions doit être défini de façon explicite, détaillé et précis dans un document écrit, il est

---

<sup>8</sup> Article 31, alinéa 4 :

*"Pour l'application du présent article, constitue par contre l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur par le tiers, toute instruction autre que celles prévues au deuxième alinéa, qui est donnée soit sans qu'il y ait un contrat écrit entre le tiers et l'employeur, soit lorsque le contrat écrit conclu entre le tiers et l'employeur ne répond pas aux conditions prévues à l'alinéa précédent, soit lorsque l'exécution effective du contrat écrit conclu entre le tiers et l'employeur ne correspond pas aux dispositions expresses qui figurent dans ce contrat."*

<sup>9</sup> Il est admis que les instructions écrites ne constituent pas un ensemble statique et qu'un contrat peut également ressortir par ex. de courriels, étant entendu toutefois qu'il est préférable de faire figurer les instructions dans un contrat signé par toutes les parties.

à notre avis, nettement préférable de l'inscrire dans l'accord de collaboration du Réseau ou au sein d'un document annexe à cet accord. A titre d'exemple, il nous semble que les instructions suivantes devraient pouvoir être données par un tiers-utilisateur<sup>10</sup> :

- des directives concernant le travail à effectuer dans le cadre de l'organisation du Service Mobile et des visites à domicile à effectuer;
- des directives relatives au lieu de travail;
- des directives relatives à la façon d'établir les rapports sur les tâches effectuées;
- des directives relatives aux temps de travail et de repos;
- des directives relatives au respect des exigences de qualité;
- des directives relatives au matériel à utiliser.

Pour répondre aux exigences de la loi, ces instructions devraient être rédigées de manière très précise, en évitant les formules générales

24.

Le droit du tiers-utilisateur de donner des instructions stipulées par écrit ne peut avoir une portée telle qu'il porterait atteinte à l'autorité de l'employeur-prêteur. Cela signifie en premier lieu que c'est le Partenaire-employeur, et uniquement lui, qui décidera du recrutement, de la promotion, des augmentations de salaires, et ainsi de suite. La doctrine admet que le droit de donner des instructions par un tiers-utilisateur stipulé par écrit ne peut pas non plus avoir une portée telle que le droit de contrôle d'un employeur-prêteur sur le travail fourni soit transféré à un tiers-utilisateur. Ainsi les évaluations de personnel doivent-elles être faites par l'employeur-prêteur et non pas par le tiers-utilisateur. Les conséquences d'une évaluation négative devront être imposées par l'employeur-prêteur, en aucun cas par le tiers-utilisateur. De même, l'ingérence du tiers-utilisateur dans le droit de sanction (par ex. la possibilité pour le tiers-utilisateur d'imposer une sanction disciplinaire ou de licencier) impliquerait un transfert illégal d'autorité<sup>11</sup>. En matière d'administration l'employeur-prêteur devra, également, conserver toutes ses compétences. Ainsi les décisions concernant les vacances à prendre doivent-elles continuer à appartenir à l'employeur-prêteur. De même, les absences à demander/notifier et, à fortiori autoriser, doivent être traitées chez et par l'employeur-prêteur.

Du seul point de vue juridique, il le transfert du droit de l'employeur-prêteur de donner des instructions quant à l'organisation et à l'exécution du travail est donc possible (à savoir quelles tâches il convient d'exécuter, le lieu et la façon de les exécuter).

---

<sup>10</sup> Il va de soi que seul un juge pourra établir si un droit d'instruction concrètement prévu par contrat porte atteinte à l'autorité de l'employeur, constituant dès lors une mise à disposition interdite.

<sup>11</sup> Eliaerts, L., *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, Kluwer, Mechelen, 2014, 61, nr. 97.

Les accords de collaboration des Réseaux ou ses documents annexes, devront dès lors limiter le droit de donner des instructions par un tiers-utilisateur en ce sens. Si un litige devait surgir par la suite, il reviendrait finalement au juge et à lui seul de décider si, dans une situation concrète donnée, il y a eu un transfert admissible ou inadmissible de l'autorité patronale.

25.

S' il y avait lieu d'avoir recours à cette exception dans le cadre de la collaboration au sein d'un Réseau, nous recommandons d'établir une liste des instructions, en concertation avec les différents acteurs concernés par cette Nouvelle Politique, et de soumettre ensuite cette liste à l'examen d'un expert juridique. Ceci permettrait d'éviter autant que possible toute éventuelle incohérence avec la Loi du 24 juillet 1987.

Il nous semble par ailleurs indispensable que, entre l'employeur-prêteur et un salarié appelé à exécuter des tâches dans le cadre d'un Réseau, tous les accords nécessaires, relatifs au travail à effectuer, soient établis par écrit<sup>12</sup>. En effet, un employeur-prêteur ne peut décider unilatéralement de modifier des éléments essentiels du contrat de travail, tels que la fonction du salarié, le lieu de travail ou la durée du travail. En tout état de cause il devra obtenir l'accord du travailleur. Dans le cas contraire, le salarié pourra invoquer que l'employeur-prêteur a modifié unilatéralement ses conditions de travail (par ex. fonction, lieu de travail, ...) et que ce faisant il a donc implicitement rompu le contrat de travail. Il conviendra de rédiger un avenant au contrat de travail entre l'employeur-prêteur et le salarié, définissant la nouvelle situation de travail et convenant de celle-ci. Dans le cadre de la réglementation en matière de mise à disposition, il est important aussi qu'un contrat soit conclu entre l'employeur-prêteur et le salarié concernant le contenu du travail. En effet, un tiers-utilisateur ne peut obtenir le droit de donner des instructions relatives à un travail autre que celui qui fait l'objet du contrat de travail.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Signalons par ailleurs que si l'horaire de travail du salarié concerné était modifié, le règlement de travail de l'employeur devrait lui aussi être modifié. La loi sur les règlements de travail du 8 avril 1965 stipule que les horaires de travail appliqués dans une entreprise doivent obligatoirement figurer dans le règlement de travail. Le cas échéant l'on pourrait examiner si pour les travailleurs mobiles il suffirait de ne mentionner dans le règlement de travail que les moments auxquels les locaux de l'employeur sont accessibles. Cette possibilité a été introduite pour le personnel de maison, mais peut, selon certains auteurs, également s'appliquer à d'autres salariés travaillant en déplacement (cf. Vanthournout, J., *Het arbeidsreglement*, Brugge, Vanden Broelle, 2007, 49, n° 43).

<sup>13</sup> Plets, I., "Uitlenen van personeel : mogelijkheden en beperkingen", in Rigaux, M. et Humblet, P. (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 506, nr.26.

## **SECONDE EXCEPTION: EMPLOI TEMPORAIRE DE SALARIÉS PERMANENTS**

26.

L'article 32, § 1, alinéa premier de la Loi du 24 juillet 1987 stipule que la mise à disposition temporaire de salariés permanents est autorisée pour autant qu'un certain nombre de conditions soient remplies:

- le prêt de personnel ne peut faire partie des activités habituelles de l'employeur-prêteur;
- la mise à disposition ne peut se faire que pour un temps limité. Ce qu'il faut entendre par là n'est pas précisé;
- seuls peuvent être prêtés les travailleurs permanents. La doctrine entend par là les travailleurs qui n'ont pas été recrutés spécifiquement pour être prêtés. Ils doivent être des travailleurs intégrés dans l'entreprise de leur employeur-prêteur et y travailler habituellement. un contrat tripartite doit être signé par le salarié, l'employeur-prêteur et le tiers-utilisateur, avant le début de la mise à disposition;
- la délégation syndicale du tiers-utilisateur doit donner son accord. A défaut de délégation syndicale, il convient de demander l'accord des organisations de travailleurs représentées au sein de la commission paritaire du tiers-utilisateur ;
- l'inspection sociale doit donner son consentement préalable. Celle-ci ne peut donner son accord qu'après l'accord de la délégation syndicale du tiers-utilisateur . L'inspection sociale vérifiera si la mise à disposition présente une durée limitée et si elle ne constitue pas une activité habituelle de l'employeur-prêteur (voir ci-avant).

27.

L'exception mentionnée ci-avant est assouplie encore dans deux cas de mise à disposition, à savoir lorsqu'un travailleur permanent qui reste lié à son employeur-prêteur en vertu de son contrat de travail initial est mis exceptionnellement à la disposition d'un utilisateur<sup>14</sup>:

- soit dans le cadre de la collaboration entre entreprises 'd'une même entité économique et financière';
- soit en vue de l'exécution momentanée de missions spécialisées requérant une qualification professionnelle particulière.

---

<sup>14</sup> Cela ressort de l'article 32, § 1, alinéa 2, qui stipule :

*"L'autorisation préalable visée à l'alinéa premier n'est toutefois pas requise lorsqu'un travailleur permanent qui reste lié à son employeur par son contrat de travail initial est mis exceptionnellement à la disposition d'un utilisateur :*

*a) dans le cadre de la collaboration entre entreprises d'une même entité économique et financière ;*

*b) en vue de l'exécution momentanée de tâches spécialisées requérant une qualification professionnelle particulière" (souligné par la rédaction)*

Dans ces deux cas l'inspection sociale ne devra pas donner son autorisation, elle devra simplement être informée<sup>15</sup>. Cette mise au courant doit se faire au moins 24 heures précédant la mise à disposition. Dans les cas où une simple mise au courant de l'inspection est requise, il est admis qu'il n'est pas nécessaire de demander l'accord préalable de la délégation syndicale du tiers-utilisateur .

La loi stipule explicitement que les susdites mises à dispositions doivent être 'exceptionnelles'. Selon certains auteurs, cela signifierait que la mise à disposition doit être temporaire. D'autres au contraire maintiennent qu'elle n'implique pas de limitation dans le temps<sup>16</sup> . L'on ne trouve pas d'autres précisions concernant cette condition dans les travaux préparatoires<sup>17</sup> .

28.

Dans le cadre de la collaboration au sein des Réseaux, on pourrait défendre le point de vue selon lequel on peut avoir recours à l'une des susdites exceptions à l'interdiction de mise à disposition, à savoir la mise à disposition dans le cadre de la collaboration entre entreprises d'une même entité économique et financière'.

La notion de 'même entité économique et financière' a été empruntée à l'arrêté royal du 27 novembre 1973 sur la réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprise<sup>18</sup> . Il n'est pas clair ce qu'il faut entendre par là dans le secteur non marchand<sup>19</sup>. A cet égard, nous pouvons renvoyer à un arrêt de la Cour du travail de Liège du 23 novembre 1999<sup>20</sup>. La Cour estimait qu'un travailleur d'une commune pouvait être mis à la disposition de l'ASBL qui exploitait la piscine communale. De là, nous pouvons déduire que la Cour du travail interprète largement la notion 'entité économique et financière'. Sur la

---

<sup>15</sup> Cette mise au courant préalable devrait donner à toutes les parties l'assurance que la mise à disposition s'effectue de façon légale. Lorsque l'inspection est informée, elle peut contrôler si les conditions imposées par la loi du 24 juillet 1987 ont été respectées. Ce qui permet d'éviter les abus. Voir Moreno, O., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling*, Kluwer, Mechelen, 2005, p. 196.

<sup>16</sup> Tilleman mentionne simplement que selon certains auteurs la nécessité d'une mise à disposition exceptionnelle implique le caractère temporaire. L'on distingue donc ici 2 tendances dans la doctrine. Voir Tilleman, F., *Tijdelijke Arbeid, Uitzendarbeid en Terbeschikkingstelling van werknemers*, Deurne, Kluwer, 1992, p. 154.

<sup>17</sup> Rapport, Doc. Parl. Chambre 1974-75, n° 627. Il est stipulé ce qui suit : "*Le prêt de main d'oeuvre se caractérise par le fait que les salariés qui sont intégrés dans l'entreprise de leur employeur et y travaillent habituellement, sont détachés dans d'autres entreprises pour y travailler temporairement*". Les textes préparatoires semblent donc indiquer simplement que le caractère exceptionnel du prêt implique que celui-ci doit être temporaire.

<sup>18</sup> Rapport, Doc. Parl. Chambre 1974-75, n° 627/11, 34.

<sup>19</sup> Vermeulen, D., "Functionele samenwerking, disfunctionele tewerkstelling ?" In CAREMANS, B (ed) *Samenwerkingsverbanden tussen vzw's*, Mys & Breesch, Gent, 1999, 112.

<sup>20</sup> Cour Trav. Liège (section Namur) 23 novembre 1999, Soc. Kron. 2001, 265).

base de cette décision, l'on peut soutenir que le Réseau et les Partenaires au sein de ce Réseau doivent eux aussi être considérés comme une seule entité économique et financière.

La Cour du travail de Liège s'est également prononcée sur la nécessité du caractère 'exceptionnel' de la mise à disposition. Selon la Cour, cette condition n'impose pas de limite dans le temps, se référant pour cela à la seconde exception figurant à l'article 32, § 1, alinéa 2, à savoir 'l'exécution momentanée de tâches spécialisées'. La limite de temps formellement prescrite dans cette seconde exception ne se justifierait pas, selon la Cour, si le terme 'exceptionnel' contenait déjà en soi une limite de temps.

Lorsqu'un Réseau désire avoir recours à la mise à disposition dans le cadre de la collaboration entre entreprises d'une même entité économique et financière (article 32, § 1, alinéa 2 de la Loi du 24 juillet 1987), les autres conditions prescrites à l'article 32, § 1, alinéa 1 de la Loi du 24 juillet 1987 devraient également être respectées:

- seuls les travailleurs permanents peuvent être mis à disposition;
- il est impératif de conclure un contrat tripartite avant le début de la mise à disposition.

Dans ce cas, une mise au courant de l'inspection sociale suffira. Selon l'arrêt commenté ci-avant de la Cour du travail de Liège du 23 novembre 1999, la violation de ce devoir d'information ne conduirait cependant pas à une mise à disposition interdite.

### **DIFFÉRENCE ENTRE LA PREMIÈRE ET LA SECONDE EXCEPTION**

29.

En application de la première exception, le droit du tiers-utilisateur de donner des instructions (c'est-à-dire le Réseau ou des Partenaires du Réseau qui ne sont pas l'employeur-prêteur) peut être prévu dans l'accord de collaboration donnant naissance au Réseau. Ce droit d'instruction est toutefois soumis à des conditions strictes, plutôt restrictives. Ainsi ce droit doit-il figurer explicitement et de façon détaillée dans le contrat écrit. Ceci implique qu'il convient de prévoir quelles instructions devront être données par un tiers-utilisateur dans le cadre du Réseau. Stricto sensu il sera en effet question d'une mise à disposition interdite dès lors que des instructions seront données qui n'auront pas été prévues par écrit. Par ailleurs, le droit du tiers-utilisateur de donner des instructions prévues par écrit ne peut porter atteinte à l'autorité de l'employeur-prêteur. Etant donné qu'il revient au juge de juger si un droit d'instruction prévu par écrit porte atteinte ou non à l'autorité de l'employeur-prêteur, cela devra plutôt inciter à la prudence au moment de la rédaction du droit d'instruction écrit.

En cas d'application de la seconde exception (à savoir la mise à disposition dans le cadre d'une collaboration entre des entreprises d'une même entité économique et financière), les conditions plutôt de la première exception ne s'appliqueront pas. En effet, si les conditions prévues dans le cadre de la seconde exception sont remplies, une mise à disposition devient possible sans limitation du transfert de l'autorité patronale. Toutefois, il n'est pas certain qu'un juge estime que l'on puisse avoir recours à cette seconde exception. Tout dépend de l'interprétation donnée à la condition 'mise à disposition exceptionnelle', à savoir si cette condition comporte une limitation dans le temps de la possibilité de mise à disposition ou si elle indique simplement qu'il doit s'agir d'une activité exceptionnelle de l'employeur-prêteur. Il y a également une incertitude quant à savoir si un juge estimera qu'il est question d'une collaboration dans le cadre d'une même entité économique et financière. L'arrêt de la Cour du Travail de Liège du 23 novembre 1999 donne des arguments en faveur de cette thèse. Mais un autre juge n'est pas lié par cette interprétation de la Cour du travail de Liège. Selon notre avis et celui du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, il est délicat de soutenir que la collaboration, durable et structurée, entre les partenaires du réseau présenterait un caractère exceptionnel comme la loi le requiert.

30.

Compte tenu de cette incertitude quant à la possibilité d'appliquer la seconde exception dans le cadre des Réseaux, nous recommandons d'avoir recours, dans la pratique, à la première exception.

### **SANCTIONS EN CAS DE VIOLATION DE L'INTERDICTION DE LA MISE À DISPOSITION**

31.

La violation de l'interdiction de principe de mise à disposition entraîne des conséquences aussi bien civiles que pénales.

Les conséquences civiles d'une mise à disposition interdite sont les suivantes :

- le tiers-utilisateur et le travailleur mis à disposition sont considérés comme liés par un contrat de travail à durée indéterminée dès le début de la mise à disposition interdite;
  - Ceci aura des conséquences surtout dans une situation de licenciement. Le salarié mis à disposition qui est licencié par son employeur-prêteur pourrait invoquer avoir également un contrat de travail avec le tiers-utilisateur et exiger, soit la poursuite de son emploi auprès de cet utilisateur, soit le paiement d'une

indemnité de préavis de la part du tiers-utilisateur . Il va de soi que le travailleur mis à disposition ne pourra pas obtenir deux fois une indemnité de préavis pour le même licenciement.

- le tiers-utilisateur doit répondre solidairement du paiement des cotisations sociales, des salaires, des indemnités et des avantages découlant du contrat de travail du salarié. Cette sanction sortira ses effets s'il devait apparaître que l'employeur-prêteur ne respecte pas ses obligations à cet égard et omet de payer par exemple les salaires ou les cotisations sociales. Si tout est payé correctement, cette sanction n'aura qu'un impact limité.

32.

L'employeur-prêteur qui met à disposition et le tiers-utilisateur ou emploie des travailleurs en violation de la loi, peuvent faire l'objet de poursuites pénales ou administratives. Dans le cadre des Réseaux, le risque de poursuites pénales devant un tribunal correctionnel semble plutôt limité. Ainsi qu'il a été précisé dans l'introduction, la législation vise en première instance à combattre les activités des pourvoyeurs de main d'oeuvre illégale. Dans le cas d'une éventuelle violation de l'interdiction de la mise à disposition dans le cadre des Réseaux, il est probable que les travailleurs concernés auront reçu leur salaire et que toutes les cotisations de sécurité sociale auront été payées. Cela réduit, à notre avis, le risque de poursuites pénales effectives.

Si une violation était constatée par un service d'inspection et si cette violation se trouvait confirmée après un contrôle par le SPF ETCS, ce sont plutôt des poursuites administratives auxquelles l'on s'exposerait. Mais une décision d'imposer une amende administrative peut toujours faire l'objet d'un recours devant le tribunal du travail.

## C. LICENCIEMENT D'UN SALARIÉ MIS À DISPOSITION

33.

Aussi bien dans l'hypothèse où les Partenaires d'un Réseau font exécuter les tâches qui leur sont confiées par leur propre personnel (première hypothèse) que dans l'hypothèse où les Partenaires d'un Réseau mettent des travailleurs à la disposition du Réseau (seconde hypothèse), le pouvoir de licenciement appartiendra à l'employeur juridique (= l'employeur lié au salarié par un contrat de travail).

Par exemple, un salarié qui n'effectue pas convenablement son travail pourra être licencié. Dans l'évaluation de la situation concrète, l'employeur-prêteur pourra tenir compte de l'input qu'il a du Réseau.

Compte tenu de la récente CCT n° 109 du 12 février 2014 sur la motivation du licenciement, celui-ci ne pourra pas être manifestement déraisonnable. Un licenciement est manifestement déraisonnable lorsqu'il est basé sur des motifs qui n'ont aucun rapport avec la personne ou avec le comportement du salarié ou qui ne sont pas inspirés par la marche des affaires dans l'entreprise, et lorsqu'il n'aurait en aucun cas été prononcé par un employeur normal et raisonnable. Un licenciement basé sur une insuffisance prouvée de fonctionnement ne sera en principe pas considéré comme manifestement déraisonnable.

## D. LE RÉSEAU ET LA RESPONSABILITÉ

34.

L'article 1384 du Code Civil pose que les commettants sont responsables du dommage "*causé par leurs préposés dans les fonctions dans lesquelles ils les ont employés*" (=la responsabilité en tant que commettant; ci-après la 'responsabilité qualitative').

La Cour de Cassation a précisé dans un certain nombre d'arrêts que il fallait considérer comme commettant. Selon la Cour de Cassation, la responsabilité suppose un lien de subordination entre l'auteur et le commettant. Ce rapport existe dès lors qu'une personne peut exercer en fait son autorité et sa surveillance sur les actes d'une autre personne : il n'est pas nécessaire que le commettant donne effectivement des instructions. Par ailleurs le commettant doit exercer son autorité et sa surveillance pour son propre compte<sup>21</sup>.

La question de savoir s'il existe ou non un lien de subordination entre les parties est un fait juridique qu'il appartient au juge d'apprécier.

35.

Lorsqu'un employeur fait effectuer un travail par un de ses salariés auprès d'un tiers (par ex. un Partenaire du Réseau qui charge un salarié d'effectuer un travail pour le Réseau) se posent des problèmes particuliers. La question se pose alors de savoir lequel des deux est responsable en tant que commettant, pour une faute commise par le travailleur : est-ce son employeur, c'est-à-dire l'entité juridique à laquelle il est lié par un contrat de travail, ou bien son "patron occasionnel", qui peut donner des instructions au travailleur dans des cas bien précis. Les circonstances dans lesquelles le salarié est mis à la disposition d'un tiers peuvent être très divergentes. L'employeur occasionnel peut-il réellement lui donner des instructions, ou non ? Le salarié exécute-t-il simplement auprès du tiers une tâche de son propre employeur, ou est-il réellement mis à disposition ?

Théoriquement il existe à ce problème quatre solutions possibles, qui par le passé ont chacune trouvé un certain écho dans la doctrine et dans la jurisprudence : (1) la responsabilité exclusive de l'employeur contractuel ; (2) la responsabilité exclusive du commettant occasionnel ; (3) la responsabilité cumulative des deux et (4) une dualité limitée, avec partage des responsabilités entre les deux, en fonction du contexte concret de la faute.

---

<sup>21</sup> Parrein, F., De Dier, S., "De vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, de kwalitatieve aansprakelijkheid als aansteller en de immuniteit op grond van artikel 46 arbeidsongevallenwet" in TRV 2008, fasc. 5, 382-391.

Le critère décisif est l'exercice de l'autorité effective et de la surveillance sur les actes d'un autre salarié, pour son propre compte<sup>22</sup>. En cas de prêt, la jurisprudence semble donc prêter attention davantage aux circonstances effectives, plutôt qu'au droit ou à la possibilité d'exercer l'autorité. Mais du fait que l'employeur conserve encore divers pouvoirs indiquant la possibilité d'exercer l'autorité et la surveillance sur le salarié prêté, il arrive souvent que soit retenue la responsabilité cumulative des deux commettants<sup>23</sup>.

De ce qui précède nous pouvons conclure qu'il y a responsabilité qualitative dès lors qu'une personne peut exercer son autorité ou sa surveillance sur les actes d'une autre personne. Pour cela il conviendra de vérifier concrètement sous l'autorité et la surveillance de quelle personne se trouvait le préposé au moment du fait préjudiciable.

36.

Dans le cadre des Réseaux, il conviendra, pour établir la responsabilité dans le cas d'un acte préjudiciable commis par l'un des membres des équipes mobiles, de vérifier qui exerçait l'autorité effective sur le membre concerné. La question de savoir s'il s'agit, ou non, d'une mise à disposition relevant du droit du travail (voir plus haut), ne semble pas constituer un critère décisif.

Il appartient à la compétence autonome d'appréciation du juge d'établir s'il existe, ou non, une possibilité d'exercer l'autorité et la surveillance sur un salarié. Il n'est pas à exclure qu'un juge puisse estimer que cette possibilité réside dans le Réseau ou chez l'un ou plusieurs des partenaires du Réseau. Tout dépendra de la situation concrète, effective, telle qu'elle se présente.

---

<sup>22</sup> Vandenberghe, H., *Aansprakelijkheid van de aansteller* in TPR 2011, fasc. 2, 575-612.

<sup>23</sup> Geens, K. Wyckaert, M., *Verenigingen en vennootschappen. Deel 2. De vennootschap. A. Algemeen deel*, 623-650 (28 p.)