

Détachement de travailleurs c. Externalisation de main d'œuvre

En Chine, les entreprises souhaitant bénéficier de ressources humaines supplémentaires dans le cadre de leurs activités, sans pour autant recruter de nouveaux salariés, ont très souvent recours au système de détachement de travailleurs ou au système d'externalisation de main d'œuvre.

Dans le cadre d'une convention de détachement : un employé salarié d'une société d'intérim est détaché, pour une période plus ou moins longue, dans une société d'accueil pour y effectuer un travail spécifique. L'employé détaché est soumis à la direction de la société d'accueil qui l'emploie.

Le gouvernement chinois a renforcé la supervision du régime de détachement lors de la révision de 2013 de la *loi chinoise sur les contrats de travail*. De plus, la publication en 2014 des *Dispositions provisoires sur le détachement des travailleurs* a permis de fixer un cadre strict au régime de détachement.

Ainsi, seules les entreprises titulaires d'une licence professionnelle de services de détachement de travailleurs délivrée par l'autorité administrative du travail sont habilitées à proposer ce type de prestations.

Du côté de l'entreprise d'accueil, le nombre d'employés détachés ne doit pas dépasser 10% de son effectif total. En outre, elle ne peut avoir recours à des employés détachés que pour pourvoir des postes :

- (a) temporaires d'une durée maximum de 6 mois,
- (b) auxiliaires, i.e. en soutien des activités principales,
- (c) de remplacement, par exemple en cas d'absence momentanée du titulaire habituel du poste.

En revanche, le système d'externalisation de main-d'œuvre n'a pas fait l'objet de dispositions réglementaires dédiées et explicites, ni de définition. Il est généralement présenté comme un système selon lequel une entreprise confie une ou plusieurs parties de ses activités auxiliaires - telles que la gestion des ressources humaines, le support informatique, une ou plusieurs parties du processus de production (pour les entreprises manufacturières), etc. - à une autre entreprise ayant une expertise ou des connaissances spécialisées. Cette dernière met alors son équipe au service des activités qui font l'objet du contrat en contrepartie du paiement de prestations de services. L'entreprise bénéficiaire de la prestation n'a pas de relation juridique directe avec la main d'œuvre externalisée qui reste subordonnée à l'entreprise prestataire.

Cas pratique :

La société A (une société de production) et la société B (une société de service de main d'œuvre) ont conclu une convention de détachement de travailleurs (*labor dispatch agreement*) en 2010, prévoyant le détachement par la société B de ses employés au sein de la société A.

M. Fan a rejoint la société B en 2008. Il a été détaché par la société B auprès de la société A, pour y occuper un poste technique à partir de 2010.

En 2014, la convention de détachement de travailleurs entre la société A et la société B a été résiliée et remplacée par un accord de services d'externalisation de la main-d'œuvre (*labor outsourcing service agreement*) prévoyant que la société B fournit des prestations de services à la société A. Le montant annuel des prestations de service s'élève à 650.000 RMB, auquel s'ajoute des frais de gestion mensuels de l'ordre de 200 et 300 RMB par salarié rendant des services à la société A.

Le 20 novembre 2015, la société A a restitué une partie de la main-d'œuvre externalisée à la société B dont M. Fan. La société B a licencié M. Fan le même jour en invoquant comme motif de licenciement une modification importante des conditions objectives prévalant lors de la conclusion de son contrat de travail (article 40 de la loi sur le contrat de travail de la RPC).

Suite à son licenciement, M. Fan a engagé des poursuites contre la société A et la société B devant la commission des prud'hommes chinois, puis au civil pour faire confirmer l'illégalité de son licenciement et obtenir des indemnités économiques.

Décision du juge

Dans le cadre d'une relation de détachement, conformément à l'article 92 de la loi sur les contrats de travail de la RPC, la société détachant l'employé (c'est-à-dire l'employeur) tout comme la société accueillant l'employé détaché sont solidairement responsables de toute éventuelle indemnité due à l'employé détaché. En revanche, dans le cadre d'un système d'externalisation de main d'œuvre seul l'employeur est responsable des indemnités économiques dues à ses employés.

Ainsi, une fois que le juge a eu confirmé l'illégalité du licenciement de M. Fan, le point clé restant était de déterminer si la société A devait être considérée comme solidairement responsable avec la société B des indemnités économiques dues à M. Fan. Pour cela, le juge devait se prononcer sur la qualification de la relation contractuelle liant les sociétés A et B.

Dans ce but, le juge a mis en exergue deux différences principales entre le régime de détachement de travailleurs et le régime d'externalisation de main d'œuvre :

- **Différence dans l'objet du contrat et la facturation des prestations :** L'objet principal d'un contrat d'externalisation de main-d'œuvre est la réalisation d'une tâche/mission spécifique. Les prestations de services sont facturées sur la base de la quantité de travail nécessaire pour la réalisation de cette tâche/mission. Dans le cadre d'un

détachement, les prestations de services sont calculées sur la base du nombre de personnes détachées et de leur rémunération (y compris les salaires, charges sociales, fonds de logement, heures supplémentaires, allocations, etc.) indépendamment de la tâche effective effectuée par les personnes détachées.

- Différence en matière de lien de subordination. La main d'œuvre externalisée reste subordonnée à la société d'externalisation de main-d'œuvre et reporte donc à cette dernière. Tandis que, sous le régime du détachement, les personnes détachées sont subordonnées à l'entreprise d'accueil et reportent donc aux salariés/responsables de cette dernière.

Il est intéressant de noter que dans son analyse, le juge n'a pas pris en compte l'intitulé du contrat lui-même, mais bien son contenu, à savoir :

- Le calcul de la prestation de services directement lié au nombre de travailleurs concernés et non pas au contenu de la prestation ;
- Le lien de subordination très clair de M. Fan avec la société A.

En conclusion, le juge a considéré que bien que la société A et la société B aient signé depuis 2014 un accord intitulé " accord de services d'externalisation de main d'œuvre ", les parties ont continué, de fait, à exécuter l'ancienne convention de détachement, et par conséquent, la société A est bien solidairement et conjointement responsable de l'indemnité économique due à M. Fan.

Recommandations de DS Avocats

Comme le démontre ce cas pratique, il ne suffit pas de simplement changer l'intitulé d'un contrat de détachement en contrat d'externalisation de main d'œuvre pour ne plus être lié par les obligations et restrictions applicables au système de détachement, ainsi qu'aux responsabilités inhérentes à ce système, mais il est réellement nécessaire de changer fondamentalement la structure et le contenu du contrat.

D'une manière générale, un contrat d'externalisation de main d'œuvre qui comporterait les clauses suivantes encours le risque d'être requalifié par le juge en contrat de détachement de travailleurs :

- l'entreprise d'accueil est responsable de la gestion, du contrôle, de la supervision des travailleurs, notamment en ce qui concerne leur assiduité, l'affectation des postes, les primes et sanctions, le renvoi à l'employeur, etc. ;
- Les prestations de services sont calculées sur la base du nombre de personnes et/ou de leur coût salarial (salaires, charges sociales, fonds de logement, heures supplémentaires, etc). ;
- Le salaire est réglé directement par l'entreprise d'accueil.

Généralement, une entreprise adopte le système d'externalisation de main d'œuvre car elle pense ainsi réduire ses risques en tant qu'employeur. Cependant, à la différence des sociétés d'intérim qui sont soumises à une licence spécifique, et sont généralement des entreprises sérieuses, les sociétés proposant une main d'œuvre externe sont souvent des petites entreprises, parfois établies pour fournir ce type de prestation à un seul client, et qui

ne respectent pas toujours leurs obligations légales en tant qu'employeur. Il n'est pas rare de voir que ces entreprises ne signent pas de contrat de travail avec leurs employés, ne cotisent pas aux charges sociales ou cotisent sur des bases inférieures à la réalité, etc. Or, en cas de requalification de la relation en détachement, l'entreprise d'accueil est responsable conjointement et solidairement, et devra potentiellement être obligée de pallier à tous les manquements de la société de main d'œuvre externe.

En tout état de cause, et sans aller jusqu'à déconseiller l'adoption du régime d'externalisation de la main-d'œuvre, nous conseillons fortement :

1. aux entreprises qui ont adopté un régime de détachement, de vérifier si les conditions en matière de détachement sont bien respectées (nature du poste, pourcentage de personnes détachées dans l'entreprise), et bien entendu de s'assurer que la société d'intérim sélectionnée détient bien les qualifications requises pour cette activité.
2. aux entreprises qui ont adopté/adopteront le régime d'externalisation de main d'œuvre, de :
 - Sélectionner une société d'externalisation fiable,
 - S'assurer que le régime adopté ne risque pas d'être requalifié en un système de détachement de travailleurs,
 - Faire relire le contrat de service d'externalisation par des avocats,
 - S'assurer que la société d'externalisation respecte bien toutes ses obligations en tant qu'employeur,
 - S'assurer que ces employés externes ont bien conscience qu'ils sont salariés de la société d'externalisation, dans ce but, il est souhaitable, par exemple, qu'ils portent des uniformes différents de ceux des salariés de l'entreprise d'accueil, qu'ils ne bénéficient pas des avantages applicables aux salariés de l'entreprise d'accueil,
 - S'assurer que la société d'externalisation assure bien la supervision et la gestion quotidienne des personnes externalisées.

GAO Jing & Sylvie SAVOIE
DS AVOCATS Bureau de Pékin

LES BRÈVES

www.ds-savoirfaire.com

DS | SAVOIR FAIRE

Les Brèves ont pour but de donner un aperçu des développements juridiques récents. Leur contenu n'exprime pas un avis juridique et ne saurait se substituer à une consultation juridique.