

PARTENARIAT, CONCURRENCE ET PRÊT DE PERSONNEL

La mise en œuvre d'un projet fait bien souvent appel à un certain nombre d'opérateurs extérieurs à la structure maîtresse d'ouvrage. Ces relations peuvent prendre plusieurs formes qu'il est important de bien distinguer les unes des autres.

On distingue principalement :

- Le personnel mis à disposition de la structure maîtresse d'ouvrage ;
- Les prestataires et sous-traitants ;
- Les partenaires du projet.

DISTINGUER MISE À DISPOSITION ET PRESTATION EXTERNE

Le recours à un agent salarié d'une structure extérieure peut prendre la forme :

- D'une mise à disposition, si la structure « prêteuse » ne réalise aucun bénéfice sur le salaire brut chargé de l'agent « prêté » et qu'une convention de mise à disposition est signée entre les deux structures (voir conditions juridiques de mise en œuvre ci-dessous) ;
- D'une prestation externe¹⁴, si la structure extérieure a été sélectionnée suite à une procédure de mise en concurrence et réalise une prestation commerciale auprès du maître d'ouvrage. La structure extérieure réalise une plus-value sur cette prestation.

La « mise à disposition » est prise en compte dans le code du travail mais aucune définition n'est réellement donnée. Il faut entendre par « mise à disposition » l'opération juridique consistant pour une entreprise à « prêter » un salarié pour une durée déterminée à une autre entreprise « utilisatrice » pour la mise en œuvre d'une compétence ou d'une technicité particulière.

Ainsi, pour que la mise à disposition soit juridiquement stable, il faut qu'une convention de mise à disposition soit physiquement établie et ce, depuis la Loi Cherpion du 29 juillet 2011¹⁵ qui est venu compléter l'article L.8241-2 du Code du travail. La convention doit définir a minima la durée de l'opération et mentionner l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de calcul des sommes qui seront refacturées à l'entreprise utilisatrice.

Attention, seules les opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif sont légalement autorisées¹⁶ et les modalités de refacturation doivent être déterminées sous couvert des dispositions légales décrites à l'article L. 8241-2, al. 3,2° du Code du travail. Sans cela, les délits de prêt illicite de main d'œuvre et/ou de marchandage pourront être caractérisés.

¹⁴ Voir le chapitre sur la Mise en concurrence pour en savoir plus sur la réglementation afférente à la commande publique.

¹⁵ Loi n°2011-893, 29 juillet 2011, JO 29 juillet, dite loi « Cherpion ».

¹⁶ Code du travail, art. L 8241-2, al. 1ier.

DISTINGUER PARTENARIAT ET PRESTATION COMMERCIALE

Le programme Massif central incite les porteurs de projet à s'appuyer sur un partenariat territorial élargi afin de favoriser la mise en réseau des acteurs et la capitalisation des expériences. Lorsqu'un partenaire intervient sur l'opération afin d'apporter son expertise, prêter des biens ou locaux (contributions en nature) ou simplement pour appuyer politiquement le projet, une **convention de partenariat** doit être formalisée. Elle constitue un document administratif dont le format est libre et laissé à l'appréciation du maître d'ouvrage.

Toutefois, lorsque le maître d'ouvrage rémunère une structure extérieure en échange d'une prestation commerciale rendue, **une procédure de mise en concurrence est obligatoire dès lors que le code des marchés publics ou l'ordonnance du 6 juin 2005 s'applique au commanditaire**. La signature d'une convention de partenariat ne dispense jamais le maître d'ouvrage de mettre en œuvre les procédures de mise en concurrence et de publicité adaptées à la nature et au montant de la prestation. A l'inverse, la convention de partenariat pourrait même être considérée comme un élément venant fausser la libre-concurrence si d'autres prestataires sont en mesure de répondre aux besoins exprimés par le maître d'ouvrage.

LE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE

La **sous-traitance** est une opération triangulaire par laquelle un entrepreneur confie, par un contrat de sous-traitance et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution d'un contrat d'entreprise conclu avec le maître d'ouvrage (article 1er de la loi du 31 décembre 1975). On parle alors de « sous-traitance de marché » ou « de sous-traitance en chaîne ».

Dès lors, toute sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975 est une prestation de services ; à l'inverse, toute prestation de services ne relève pas toujours de la sous-traitance stricto sensu (dite « sous-traitance juridique » par opposition à la « sous-traitance économique » ou « industrielle »).

Elle se distingue de l'opération de prestation de services par laquelle une entreprise assure directement une prestation au profit d'une autre entreprise en s'appuyant sur son propre personnel qu'elle garde sous son autorité, moyennant une rémunération de la « prestation ».