

Le mandataire en question(s)

Mutation, défis, innovation

Paris – 25 mars 2010

Conférence 2 :
Quand le client devient consommateur

*Reproduction des articles et extraits d'ouvrages effectuée par i)formations avec
l'autorisation du CFC.
Toute nouvelle reproduction est soumise à l'autorisation préalable du CFC.*

Quand le client devient consommateur

Les particuliers employeurs, clients des organismes mandataires de services à la personne ou d'aide à domicile, bénéficient pour certains d'une double protection :

- celle du consommateur qui recourt aux services d'un professionnel
- celle du cahier des charges de l'agrément qualité.

Or le droit de la consommation n'est pas encore utilisé de manière visible par les utilisateurs des services mandataires, mais les litiges prud'homaux avec les salariés, lorsqu'ils aboutissent à une condamnation de l'employeur, entraînent fréquemment une action en responsabilité contre l'organisme mandataire.

Principales règles du droit de la consommation

- l'obligation d'information complète et préalable à la conclusion du contrat, sur le service proposé
- l'obligation de conseil préalable à la conclusion du contrat, sur l'opportunité d'acheter le service mandataire proposé
- l'obligation d'affichage des prix, des éventuelles limitations de responsabilité contractuelle et des conditions particulières de la vente
- l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses
- la répression de l'abus de faiblesse en cas de visite à domicile
- la faculté de rétractation en cas de démarchage à domicile ou de vente à distance
- l'interdiction des clauses abusives

- La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a coordonné plusieurs enquêtes nationales en 2008 et en 2009.
- Guillaume POPPE, inspecteur au sein de la Direction de la Protection des Populations du Bas Rhin, nous décrira:
 - les infractions les plus courantes relevées à l'occasion des contrôles effectués sur le territoire national
 - la procédure de traitement des plaintes recueillies
 - la politique de contrôle actuelle, aussi bien vis-à-vis des organismes prestataires que des organismes mandatairesIl nous indiquera si son administration recueille ou non des plaintes ou questions de consommateurs de services à la personne.
- QUE CHOISIR nous a indiqué n'avoir recueilli aucune réclamation contre des organismes de services à la personne en 2009.

Les cas de responsabilité des organismes mandataires

- Si les problèmes rencontrés par les utilisateurs sont encore peu visibles par les organismes de protection du consommateur (associations de défense et administration), assureurs et avocats traitent des dossiers, dans le secret des cabinets.
- La jurisprudence sociale montre un engagement quasi-systématique de la responsabilité des organismes mandataires en cas de litige prud'homal entre le particulier employeur et son salarié : aujourd'hui, le risque des organismes mandataires porte moins sur la requalification en employeur que sur la responsabilité civile.
- Michel ROPITEAU, du Cabinet PLENITA, nous présentera une synthèse des litiges constatés entre ses clients mandataires et leurs clients particuliers employeurs, dans le cadre de l'assurance responsabilité civile, en établissant une comparaison avec les activités prestataires.

Sur le terrain, la très grande majorité des plaintes émanent des bénéficiaires de l'APA ou de la PCH et sont adressées au financeur, le conseil général

Françoise MALLEGOL, chef de service PA/PH au conseil général de la Drôme, et Maryse VOCANSON, directrice de la coordination médico-sociale PA/PH du conseil général du Rhône, nous indiquerons :

- quels types de plaintes sont recueillies dans leur service, en comparant prestataire, mandataire, emploi direct et CESU,
- quelle est leur procédure de traitement,
- s'il existe dans leur département une coordination avec le service de protection économique du consommateur (ex DDCCRF) et l'unité territoriale de la DIRECCTE (ex DDTEFP).

Intervenants

- Michel ROPITEAU, directeur, Cabinet PLENITA,
- Guillaume POPPE, inspecteur au sein de la Direction de la Protection des Populations du Bas Rhin, DGCCRF
- Françoise MALLEGOL, chef de service PA/PH, Conseil général de la Drôme
- Maryse VOCANSON, directrice de la coordination médico-sociale PA/PH, Conseil général du Rhône



Gestion du Risque Mandataire

Intervention de Michel ROPITEAU
Colloque du 25 mars 2010

Pour nous situer

- ✦ Michel ROPITEAU – Directeur du cabinet Plénita
Courtier expert depuis 1992.
- ✦ 3 000 O.S.P. clientes (prestataire, mandataire, IAE, SSIAD, HAD).
- ✦ Publication 2^{ème} trimestre 2010 aux éditions Wolters Kluwer
(Lamy, Liaisons sociales, ASH, etc.....)
- ✦ Sur « Assurances et Responsabilités » dans les services à la
personne 300 Pages environ.
- ✦

Un contexte primitivement simple

- ↘ **Trois parties :**
- ↘ **Un particulier employeur,**
- ↘ **Un(e) intervenant(e),**
- ↘ **Une structure de placement de travailleurs.**

Le particulier employeur

- ↘ **Ses responsabilités d'employeur.**
- ↘ **Les limites humaines de telles responsabilités.**
- ↘ **Son recours ordinaire à l'assurance.**

L'intervenant(e)

- ↘ **Ses responsabilités en qualité de salarié.**
- ↘ **Les limites de sa responsabilité.**
- ↘ **Quelles types de protection ?**

La structure mandataire

- ↘ **Ses obligations en matière de recrutement.**
- ↘ **Ses obligations en matière de conseil.**
- ↘ **Ses obligations en matière de gestion.**

La structure mandataire

- ↘ **Ses autres obligations et responsabilités.**
- ↘ **L'importance de la signature du contrat de mandat.**
- ↘ **Le risque de requalification.**

Quelques cas douloureux

- ↘ **La structure A (mandataire sur situations fragilisées).**
- ↘ **La structure B (mandataire sur G.E.D.)
Un problème gravissime de surveillance.**
- ↘ **La structure C (mandataire grand public)
Une incompréhension.**
- ↘ **La structure D (mandataire 24/24)
Défaut de coordination.**

ACTIDOMI structure mandataire

- **Une vraie garantie ERREURS PROFESSIONNELLES.**
- **Une protection juridique étendue.**
- **Les renforts pour le particulier employeur :**
 - absence ou insuffisance d'assurance du P.E.
 - dommages aux biens du particulier employeur.
 - garantie perte de clés du P.E.
 - assurance de la faute inexcusable du P.E.
 - la garantie réunions de personnel.

Risque de requalification

**Nous travaillons actuellement à la couverture du
Risque de requalification.**

**Conséquences financières, sociales, fiscales d'un
passage autoritaire d'un contrat de travail (sous CCN
99) à un contrat sous statut prestataire (CCN 83).
Après décision de justice.**

L'usage de véhicule personnel

- Conduite du véhicule personnel d'une intervenante.
- Conduite du véhicule personnel d'un particulier.
- La réponse de Plénita (AUTODOMI).

Mes coordonnées :



- Michel ROPITEAU
- Plénita – courtier expert :
 - 11, rue de l'Escaut 75019 PARIS
 - Tél. 01.47.70.06.05 lignes groupées.
 - Fax 01.47.70.04.02
- michel.ropiteau@plenita.fr
- 06 20 30 58 55



La DGCCRF et les services à la personne

Quand le client devient
consommateur

dgccrf

Préambule :

- La DGCCRF et la RGPP après le 01/01/2010
 - Au niveau départemental : les UDCCRF se sont rapprochées des DDSV pour former une entité unique : la DD(CS)PP dont service Protection Economique du Consommateur (avec un bureau d'accueil des consommateurs)
 - Au niveau régional : les DRCCRF se sont rapprochées des DRTEFP, DRCA, DRCE, DRT et DRIRE notamment pour former les DIRECCTE
 - Dans ces deux nouvelles structures les missions CCRF restent intactes

La procédure de traitement des plaintes

- Origine des plaintes : consommateur ou professionnel
- Modalités de saisine des DDPP : courrier, courriel, visite lors de la permanence
- Traitement des plaintes : différent selon la problématique soulevée

La procédure de traitement des plaintes (suite)

- Problème ne relevant pas des compétences de la DDPP : réorientation vers une autre administration ou conseils de résolution du litige
- Problème relevant des compétences de la DDPP : la plainte est mise en enquête et un contrôle est diligenté dans l'entreprise

Les contrôles des opérateurs de service

- D'une manière générale, les contrôles portent sur les obligations d'information du consommateur incombant à tout prestataire de service
- Ensuite les contrôles diffèrent selon qu'il s'agisse d'un opérateur prestataire ou mandataire

Le cas des opérateurs prestataires

- Publicité y compris des prix (site Internet, publicité classique, affichage,...)
- Examen des contrats (démarchage, clauses abusives)
- Contrôle des augmentations tarifaires pour les services agréés auprès de personnes âgées ou handicapées

Le cas des opérateurs mandataires

- Publicité
 - Publicités mensongères
 - Contrôle des sites Internet
 - Affichage des prix
 - Remise de note
- Examen des contrats :
 - Respect des règles relatives au démarchage
 - Clauses abusives

Suites données aux contrôles

- Tout manquement à la réglementation en vigueur donne lieu à une suite. Celle-ci est proportionnée à la gravité de l'infraction et de son impact sur l'économie.
- L'éventail des suites : NIR, RR, Injonction Administrative, Injonction Civile, Procès-verbal

Suites données aux contrôles (suite)

- Si le manquement est unique et peu important => Notification d'Information Réglementaire
- S'il existe quelques manquements d'une gravité relativement importante
=> Rappel de réglementation
- S'il s'agit de manquements relatifs à la publicité et/ou aux contrats qui doivent être modifiés
=> Injonction administrative

Suites données aux contrôles (suite)

- S'il s'agit de manquements graves à la réglementation et qui impactent fortement les consommateurs
ou le professionnel n'a pas respecté les consignes rappelées par NIR ou RR
=> Procès-verbal
- Enfin, si les mesures administratives n'ont pas suffi à inciter le professionnel à modifier ses pratiques, possibilité d'assigner le professionnel devant un Tribunal civil

Infractions les plus couramment constatées

- Information sur les prix :
 - Lisibilité sur le lieu où est accueillie la clientèle
 - Absence des mentions relatives aux frais annexes
 - Affichage tenant compte d'une déduction fiscale
 - Affichage des prix par fourchettes
- Contrôle des sites internet sur la base de la LCEN:
 - Publicités mensongères, mentions obligatoires
- Publicités déloyales (crédit d'impôt, agrément, qualification,...)

Infractions les plus couramment constatées (suite) et manquements civils

- Formalisme des contrats :
 - Démarchage à domicile (formalisme, délai de rétractation)
 - Clauses abusives (exemples les plus courants) : attributive de compétence, obligation de moyen et non de résultat, modification unilatérale, ...)
- Absence de remise de note ou note non détaillée

Plaintes et questions des consommateurs

- Secteur en pleine émergence depuis le dispositif législatif dit « Borloo » non encore stabilisé car en pleine expansion
- Les ex UDCCRF devenues DDPP d'une manière générale saisies en dernier recours
- Donc peu de plaintes même si les infractions constatées au fil des années sont de plus en plus nombreuses

Plaintes et questions des consommateurs (suite)

Nature des plaintes :

- Publicités mensongères sur les prix notamment (avantages fiscaux systématiquement déduits)
- Clauses abusives
- Démarchage à domicile (droit de rétractation)

Nature des questions :

- Démarchage à domicile
- Possibilité de déduction fiscale
- Accompagnement des personnes âgées à leur domicile

Politique de contrôle de l'Administration

- La DNO : Depuis maintenant 5 ans, la DGCCRF pilote ses contrôles par le biais de la Directive Nationale d'Orientation
 - Socle national
 - Enquêtes régionales : adapté à l'échelle de la région – Ciblage local
- Les services à la personne ont fait jusqu'à présent l'objet d'enquêtes nationales qui ont montré des taux d'infraction importants
- Dorénavant, les pratiques étant identifiées, ces contrôles feront l'objet d'enquêtes régionales plus ciblées

§

RHÔNE



PREVENTION ET LUTTE
CONTRE LA MALTRAITANCE

LES SERVICES D'AIDE A LA PERSONNE

Coordination médico-sociale et Développement

-

25 mars 2010

§

RHÔNE



Définition – Conseil de l'Europe 1987

La violence se caractérise pour tout acte ou omission commis par une personne s'il porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou psychique d'une autre personne, à sa liberté ou compromet gravement le développement de sa personnalité et/ ou nuit à sa sécurité financière.

Coordination médico-sociale et Développement

-

25 mars 2010



Une **maltraitance** rarement grave et spectaculaire, mais une **succession de petits actes**

Des victimes caractérisées par une grande **dépendance**, des **troubles cognitifs** fréquents.

Les **auteurs** : des proches mais aussi des intervenants professionnels.



Dispositif - Lutte et prévention contre la maltraitance

Plan de prévention de la maltraitance 2007-2011

- Dispositif d'écoute national – le 3977
- Comité départemental de prévention et de lutte contre la maltraitance
- Cellule inter institutionnelle de traitement et suivi des plaintes

§

RHÔNE



Organisation - Département du Rhône



Organisation territoriale fine :

54 MAISONS DU RHONE



Equipes pluridisciplinaires spécialisées PA-PH

Médecins – Infirmiers

Ergothérapeutes – Travailleurs sociaux

§

RHÔNE



Organisation - Département du Rhône

- Mars 2010 -



206 Services d'aide à la personne

122 services prestataires

75 services prestataires/mandataires

9 services mandataires

§

RHÔNE

[]

Organisation - Département du Rhône

- FIN 2009 -



13 500 - APA à domicile

Allocation personnalisée d'autonomie



3 000 - PCH à domicile - enfant/adulte

Prestation de compensation du handicap

§

RHÔNE

[]

Département du Rhône - Volonté politique

Mieux connaître – Informer – Repérer – Protéger



Lien entre **RhônAlma** et les **54 Maisons du Rhône**



Collaboration entre **Département** et **Services de l'Etat**

Commission plaintes depuis 2000

⇒ Cellule inter institutionnelle - mars 2009

§

RHÔNE

Département du Rhône - Volonté politique

Cellule Inter institutionnelle

chargée du traitement et du suivi des plaintes et signalements

- ⇒ Dossiers **Personnes âgées – Personnes handicapées**
- ⇒ Personnes en Etablissement ou **à domicile**
- ⇒ **Une réunion par mois en moyenne**
- ⇒ Médecins – Inspecteur – Conseiller social - Administratifs
- ⇒ **Mission** : Analyse – propositions – recommandations
- ⇒ 16 dossiers traités pour le domicile en 2009 (environ 10 % des dossiers)

§

RHÔNE

Département du Rhône - Volonté politique

Plainte d'utilisateur / famille contre Service d'aide à la personne

- ⇒ **Problème de remplacement d'intervenant**
- ⇒ **Turnover du personnel**
- ⇒ **Formation du personnel / troubles cognitifs / grande dépendance**
- ⇒ **Abus de confiance**
- ⇒ **Manque de relations avec la direction du service**

§

RHÔNE

Département du Rhône - Volonté politique

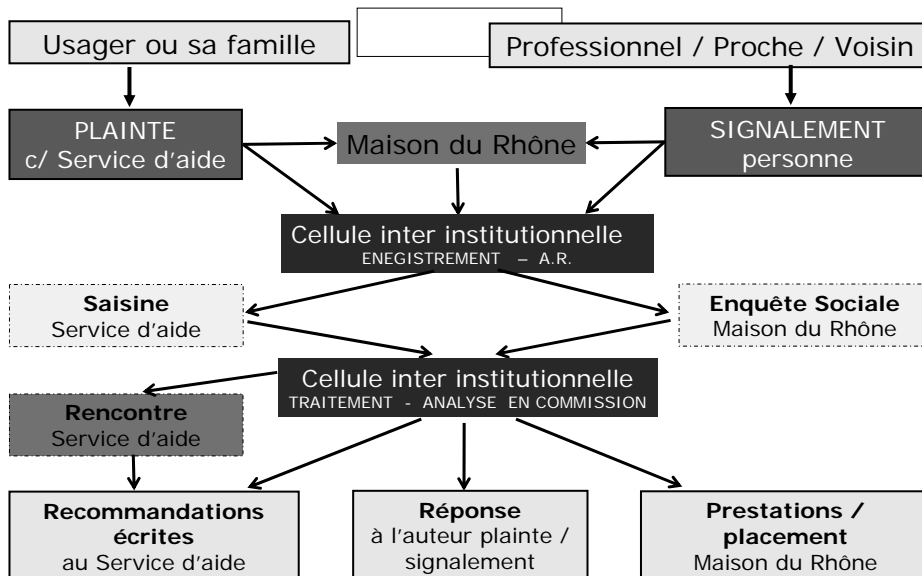
Signalement personne vulnérable à domicile

Par professionnel / proche / voisin

- ⇒ Limite du maintien à domicile / évolution pathologie
- ⇒ Isolement
- ⇒ Epuisement des aidants
- ⇒ ...

§

RHÔNE



Le mandataire en question : colloque du 25 mars 2010

Conférence 2 : quand le client devient consommateur

Les services d'aide à domicile dans la Drôme

16 services sont autorisés et tarifés. Le coût de l'heure varie entre 17,27 € et 21,05 €
Le tarif moyen s'établit à 18,40 €

31 services ont un agrément qualité pour lequel le département de la Drôme finance au titre de l'APA 16,60 € et au titre de la PCH 17,59 €

Sur l'ensemble de ces services d'aide à domicile environ la moitié propose un service mandataire.

Dans le cadre de l'APA, les bénéficiaires perçoivent lorsqu'ils font appel à un service mandataire 9,35 €/heure et 7,78€ lorsqu'il s'agit d'un emploi direct.

La répartition des heures selon le mode d'intervention s'établit comme suit en 2009 :

- 11,77 % en service mandataire
- 28,30 % en emploi direct
- 59,93 % en service prestataire.

Pour la PCH les tarifs sont de 13,16 € pour le service mandataire et 11,96 €/h pour l'emploi direct. Ces 2 services sont utilisés aux environ de 10 % chacun, les personnes handicapées faisant majoritairement appel aux services prestataire mais également à l'indemnisation des aidants familiaux.

Information sur les différents modes d'intervention des aides humaines

Dans le cadre de l'APA l'information sur les différentes modalités d'intervention est donnée par le travailleur médico-social lors de la visite qui est faite au domicile. Une plaquette d'information est également remise à la personne âgée.

Recensement des principales plaintes adressées par les bénéficiaires des SAD au Département

1. Concernant les intervenants à domicile :

- Le turn over du personnel est signalé surtout lorsque les plans d'aide APA ou PCH sont très importants en heures.
- Le manque de personnel qualifié (intervention d'une aide à domicile alors que la personne a besoin d'une auxiliaire de vie)
- Le non-remplacement des intervenants soit pendant les périodes de congé soit lors des arrêts maladie.
- L'absence de l'aide à domicile sans que la personne ait été prévenue.
- Les difficultés relationnelles.

2. Concernant l'organisation des services :

- Les difficultés à joindre les responsables d'équipe ou la personne référente. A noter que les responsables ont souvent plusieurs secteurs à gérer avec des temps de permanence limités. La mise en place de répondants dans ce cas est mal ressentie par les bénéficiaires.
- Les plannings organisés par les services d'aide à domicile qui ne correspondent pas à la totalité des plans d'aide élaborés pour le bénéficiaire de la prestation.

Plus spécifiquement dans le cadre de l'emploi direct, les plaintes concernent des situations de maltraitance et les problèmes liés à la gestion des contrats de travail (préavis, indemnités de licenciements...).

Procédure de traitement des plaintes

Les plaintes sont recueillies, en grande majorité, oralement (essentiellement par téléphone) ce qui rend difficile le traitement voire impossible.

Lorsque les plaintes sont transmises par courrier, un accusé de réception est adressé à l'auteur de la lettre et un autre est envoyé au service concerné.

Dans ce courrier les problèmes repérés sont spécifiés et il est demandé des explications. Dans la plupart des cas une rencontre avec le SAD est ensuite organisée.

Dans les situations particulières de problèmes relationnelles ou de risque de maltraitance le dossier est transmis à l'adjoint de la direction PAPH du territoire concerné. Ce dernier peut mobiliser une instance de concertation où les situations individuelles sont examinées.

1/2.4 – La jurisprudence sur la responsabilité des organismes mandataires

Le recensement de la jurisprudence montre une tendance à rejeter les demandes en requalification de l'organisme mandataire en employeur, mais à accepter les demandes en responsabilité pour faute de l'organisme mandataire - L'engagement de la responsabilité peut reposer sur l'article 1382 du code civil, qui prévoit que *« tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »*.

Il s'agit d'une responsabilité que les juristes appellent « responsabilité délictuelle », par opposition à la responsabilité contractuelle en jeu entre le mandataire et son mandant l'employeur. La responsabilité délictuelle peut être mise en œuvre par toute personne tierce à un contrat, victime d'une faute commise par une des parties à un contrat. Ici, le salarié peut être victime d'une faute commise par l'organisme mandataire. Par exemple, le salarié est victime d'une erreur de calcul de son salaire, ou plus fréquemment d'une irrégularité commise par l'employeur et non signalée par l'organisme mandataire.

Arrêt du 28 novembre 2000 (Association Assistance et solidarité c/ X¹) : la responsabilité pour faute à l'égard du salarié – Dans cette affaire, une salariée avait saisi le conseil de prud'hommes d'une action à l'encontre de l'association en vue d'obtenir le paiement d'indemnités pour licenciement abusif. Le conseil de prud'hommes avait rejeté la demande de la salariée au motif que l'association n'était pas l'employeur. La Cour de cassation a annulé la décision du conseil de prud'hommes, au motif qu'elle aurait dû rechercher si l'association mandataire avait commis une faute engageant sa responsabilité. La Cour rappelle la règle suivante dans cet arrêt : *« Le mandataire peut être responsable à l'égard des tiers pour les fautes commises dans l'exercice de son mandat »*.

Arrêt du 30 décembre 2006 (Association Assistance et aide à domicile c/ Bernard²) : le salarié doit prouver la faute commise par l'organisme mandataire – La salariée avait été employée dans le cadre de CDD à temps partiel. Elle a saisi le conseil de prud'hommes contre l'association, pour obtenir la requalification des CDD en CDI, avec les indemnités afférentes. Sa demande a été rejetée par le conseil de prud'hommes au motif que l'association mandataire n'était pas son employeur. La cour d'appel de Montpellier a confirmé cette décision, en s'appuyant sur l'absence totale de preuve de la qualité d'employeur de fait de l'association. La cour d'appel a relevé que les salariés n'ont pas souhaité mettre en cause les personnes âgées qui étaient leur employeur de droit, se privant ainsi de la possibilité d'apporter des éléments de fait pour convaincre les juges. La cour d'appel a également relevé l'absence totale de preuve d'une quelconque faute dans le calcul des salaires à l'encontre de l'association mandataire. La Cour de cassation confirme en tous points la décision de la cour d'appel, rejetant la demande de cassation de la salariée.

¹ Consultable sur www.iformations.fr/documentation/juridique/ASP/jurisprudence

² Consultable sur www.iformations.fr/documentation/juridique/ASP/jurisprudence

La Cour de cassation a également validé l'utilisation par un salarié de l'article L.1411-6 du code du travail (ancien article L.511 alinéa 2), permettant au salarié ou à l'employeur d'appeler en garantie l'organisme mandataire en tant que se substituant habituellement aux obligations légales de l'employeur - Une importante décision rendue le 28 février 2006 valide l'utilisation de cet article par un salarié (voir commentaire ci-dessous).

Arrêt du 28 février 2006 (Association AIMV c/ X) : un risque d'appel en coresponsabilité pour le mandataire – Dans cette affaire, la salariée avait saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir le paiement d'astreintes et d'heures supplémentaires et le particulier employeur avait (comme souvent désormais) demandé que l'association soit condamnée à lui rembourser le montant des condamnations éventuellement prononcées. Le conseil de prud'hommes avait rejeté la demande de l'employeur contre l'association, mais la cour d'appel de Lyon a condamné l'association à garantir pour moitié la condamnation de l'employeur au paiement d'un rappel de salaire, au motif qu'elle avait manqué à son obligation de conseil.

L'association faisait valoir devant la Cour de cassation qu'elle ne pouvait être condamnée dans une procédure prud'homale puisqu'elle n'était pas l'employeur. La Cour de cassation constate toutefois que l'association a établi les fiches de paie et que de ce fait elle s'est substituée à l'employeur pour l'accomplissement de cette obligation légale. Cela rend applicable l'article L.511-1 alinéa 2 du code du travail (désormais l'article L.1411-6 du nouveau code du travail), qui édicte la règle suivante :

Lorsqu'un organisme se substitue habituellement aux obligations légales de l'employeur, il peut être mis en cause aux côtés de celui-ci, en cas de litige entre l'employeur et les salariés qu'il emploie.

Il n'y a pas de requalification employeur contre l'association : la Cour a simplement considéré que le service mandataire était coresponsable du non-paiement correct des heures supplémentaires dues à la salariée.

Treize ans après l'arrêt de 1993, la Cour de cassation fait donc application, contre une association mandataire, de l'article L.511-1, alinéa 2 (désormais article L.1411-6), qu'elle avait rejeté à l'époque. Elle rejetait il y a treize ans car établir les contrats de travail ne suffit pas à entraîner l'application de cet article, et condamne en 2006 au motif de l'établissement des bulletins de paie.

Cette jurisprudence est compréhensible si effectivement l'association ne pouvait ignorer, au vu des relevés d'heures, qu'il y avait accomplissement d'heures supplémentaires, mais laisse-t-elle augurer d'une application plus stricte de cet article contre des services mandataires ? A ce jour (juillet 2009), aucune autre décision de la Cour de cassation n'a été rendue en application de cet article contre un organisme mandataire.

En toute hypothèse, cette décision invite les organismes mandataires à se montrer extrêmement vigilants lorsqu'ils ont connaissance d'anomalies dans la rémunération des salariés de particuliers employeurs : indemnités de conduite de véhicule non versée, heures supplémentaires non payées, heures de travail effectif payées comme des heures de présence responsable, niveau de classement du poste ne correspondant pas à la réalité des fonctions exercées, congés payés non pris dans les conditions conventionnelles, etc. Les organismes mandataires devront prendre la précaution

d'informer l'employeur des irrégularités constatées, et ce par courrier recommandé avec accusé de réception.

Le délai de 5 ans pour les actions prud'homales et pour engager la responsabilité civile des services mandataires contraignent ceux-ci à conserver par prudence leurs archives pendant ce délai.

Arrêt du 11 mars 2008 (Association Avenir Rural c/ X³) : la Cour de cassation indique au salarié quel argumentaire juridique choisir : la responsabilité pour faute de l'organisme mandataire

– Dans cette affaire, une employée de maison dont le travail ménager avait cessé suite à la dégradation de l'état de santé de son employeur avait saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, car elle n'avait pas été licenciée. On peut supposer qu'elle ne pouvait donc pas bénéficier de l'assurance chômage et qu'elle a saisi les juges pour cette raison. Elle avait été privée du bénéfice de l'indemnité de licenciement et demandait également le paiement de ses salaires depuis sa mise à l'écart sans rupture de son contrat de travail.

Or elle avait dirigé sa demande conjointement contre l'association mandataire et son employeur, car, par lettre recommandée avec accusé réception, le fils de l'employeur avait demandé à l'association de procéder à la rupture du contrat de travail.

L'association n'avait pas effectué cette rupture, peut-être parce que son contrat de mandat ne prévoyait pas qu'elle se substitue à l'employeur pour mener la procédure.

Le Conseil de prud'hommes a condamné l'association, au motif que « *l'association, en ne donnant pas suite à la lettre du fils de l'employeur, a fait preuve de légèreté blâmable, ne respectant pas son obligation de conseil et d'assistance, et doit être considérée comme responsable de la situation* ».

La Cour de cassation annule cette décision, en rappelant que « *les associations qui assurent le placement de travailleurs auprès de personnes physiques employeurs, et accomplissent pour le compte de ces personnes des formalités administratives et des déclarations sociales et fiscales liées à l'emploi de ces travailleurs, ne remplissent qu'un rôle de mandataire, les personnes physiques étant les seuls employeurs des travailleurs* ». Elles ne peuvent donc pas être condamnées pour ne pas avoir licencié un salarié ! Bien au contraire, elles risqueraient une requalification en employeur si elles procédaient ainsi.

En revanche, la Cour de cassation sous-entend que l'association aurait pu être condamnée à garantir la condamnation éventuelle de l'employeur pour inexécution du mandat de gestion donné à l'association. Saisi d'une telle demande, le Conseil des prud'hommes aurait pu condamner l'association à rembourser à l'employeur les sommes dues à la salariée, ou plus simplement à les payer directement à celle-ci.

³ Consultable sur www.iformations.fr/documentation/juridique/ASP/jurisprudence

1/3. Le risque de requalification en employeur

1/3.1 – Les sources du risque de requalification

Un contrat d'aide à l'employeur qui ne devrait pas entraîner une requalification en employeur – La conclusion d'un contrat d'aide à la fonction d'employeur ne devrait jamais entraîner une telle requalification : à notre connaissance, aucun expert-comptable exerçant des fonctions similaires de conseil et d'établissement des paies pour les entreprises n'a jamais été considéré comme employeur ou coemployeur.

Mais la conclusion d'un contrat de mandat entraîne toujours un risque de confusion pour celui qui contracte, entre le mandant au nom duquel le contrat est conclu et le mandataire qui conclut physiquement ou matériellement le contrat.

Risque par le fait que l'employeur ne peut ou ne veut pas assumer son rôle d'employeur – Le risque est toutefois majeur pour les services mandataires, parce qu'assez souvent le particulier employeur ne veut pas ou ne peut pas assumer son rôle d'employeur, notamment en ce qui concerne son autorité hiérarchique.

Exemple

Le particulier employeur ne veut pas procéder à l'entretien de licenciement, il ne veut pas remettre une lettre d'avertissement, parfois même il n'ose pas faire de reproches au salarié sur la qualité de son travail. Il arrive assez souvent qu'une personne âgée soit employeur alors qu'elle est atteinte de troubles qui l'empêchent d'exercer un quelconque contrôle sur la personne employée à son domicile.

Finalement, la demande réelle du mandant porte sur une prestation de services ou une mise à disposition de personnel. Cela est d'autant plus vrai dans les cas de personnes âgées en grande perte d'autonomie, pour lesquelles un membre de la famille exerce souvent le rôle de l'employeur.

Risque par le fait que le service gère les contraintes d'organisation des salariés – Cette attitude se double parfois de la gestion par le service mandataire des contraintes d'organisation des salariés, souvent dans le but d'améliorer leur situation, par exemple en organisant les congés pour que chaque salarié bénéficie d'au moins quatre semaines de congé total.

Cela peut consister aussi en une gestion des plannings pour éviter aux clients de se retrouver sans aide en cas d'absence maladie, ou en un paiement des salaires et des charges sociales pour éviter un délai de paiement aux salariés et la multiplicité des chèques pour les employeurs. Si ce dernier élément n'est pas en lui-même rédhibitoire, il

entraîne souvent une certaine confusion dans l'esprit des salariés du particulier employeur : pour eux le payeur du salaire est l'employeur.

On peut d'ailleurs noter que certains conseils généraux ont développé une pratique de paiement direct de l'APA (allocation personnalisée d'autonomie) aux services mandataires, obligeant ainsi celles qui n'acceptent pas de payer elles-mêmes les salaires à reverser la part de l'APA correspondante aux employeurs. Ces associations subissent ainsi un surcoût de gestion.

1/3.2 – Jurisprudence sur la requalification

Une réponse ministérielle ancienne a souligné le risque de requalification. De plus, la Cour de cassation s'est prononcée à quatre reprises sur l'action en requalification intentée contre des associations mandataires et à deux reprises sur des actions en responsabilité contre une association mandataire.

Conseil aux organismes mandataires

En toute hypothèse, nous conseillons a minima aux services mandataires de toujours signer pour ordre et de ne pas utiliser de papier à l'en-tête de leur organisme lorsqu'ils adressent des courriers aux salariés pour le compte de leur employeur.

Réponse ministérielle du 28 novembre 1994 : le service mandataire doit s'abstenir d'empiéter sur les prérogatives de l'employeur

– Les associations dites « mandataires » sont des associations qui ont reçu d'une personne physique — généralement une personne âgée ou handicapée — mandat pour l'aider à recruter le salarié dont elle a besoin et gérer l'ensemble des formalités liées à cet emploi.

Le particulier est, dans ce cas, employeur de la personne travaillant à son domicile. L'association risque néanmoins de se voir considérée comme employeur de fait, dès lors qu'elle exerce tout ou partie des prérogatives de l'employeur (décision d'embauche, commandement dans l'exécution du travail, fixation des dates de congés, décision de sanction disciplinaire...).

Indépendamment du contentieux possible avec une URSSAF, la requalification des relations contractuelles existant entre l'association, le particulier et le salarié peut être opérée par le juge du contrat de travail.

Pour éviter cet écueil, les associations mandataires doivent s'abstenir d'empiéter sur les prérogatives du particulier employeur, qui doit notamment :

- rester libre de choisir le salarié qu'il recrute : signer le contrat de travail ;
- définir les horaires et la nature du travail ;
- payer directement le salaire et les cotisations afférentes ;
- signer l'ensemble des documents (demandes d'immatriculation, déclarations, attestations...) relatifs à l'emploi.

Précisons que nous ne partageons pas la position du ministre de l'époque sur le paiement direct des salaires et des cotisations (ils ne sont pas en soi, à ce jour, indice unique de requalification) ni sur la signature des documents déclaratifs (enlever ces documents du contrat de mandat revient dans la plupart des cas à enlever tout mandat !).

Arrêt du 2 juin 1993 : pas de requalification quand le service s'est limité à rédiger les contrats de travail et à accomplir certaines formalités administratives – En 1993, la chambre sociale de la Cour de cassation a été appelée à se prononcer pour la première fois sur la nature et l'étendue de l'engagement d'une association dite « mandataire ».

En l'espèce, deux personnes employées en qualité de garde-malade par deux particuliers ont mis en cause ces derniers ainsi que l'association mandataire, afin d'obtenir le paiement de diverses sommes, au motif que lorsqu'un organisme se substitue habituellement aux obligations légales de l'employeur il peut être mis en cause au côté de celui-ci devant le conseil des prud'hommes (article L.511-1 alinéa 2 du code du travail).

Le jugement rendu par le conseil des prud'hommes avait fait droit à la demande des salariées en condamnant solidairement les deux employeurs et l'association mandataire, au motif que l'association avait rédigé les contrats de travail.

L'association s'est alors pourvue en cassation. Elle estimait en effet qu'elle ne pouvait pas être qualifiée d'employeur étant donné qu'elle s'était limitée à rédiger les contrats de travail dans sa mission de conseil auprès de ses clients et à accomplir certaines formalités administratives pour le compte de ces derniers.

Dans l'arrêt rendu le 2 juin 1993, la chambre sociale suit l'argumentation invoquée par l'association. Elle casse et annule le jugement rendu en première instance.

C'était la première fois que la Cour de cassation s'interrogeait sur la possibilité de requalifier en employeur une association mandataire.

Arrêt du 20 janvier 2000 : ce sont les circonstances de fait qui sont appréciées pour déterminer le véritable employeur – Après un contrôle de la caisse primaire d'assurance maladie, des personnes employées en qualité d'aide à domicile auprès de personnes âgées ont été affiliées comme salariées de l'association mandataire qui les avait recrutées pour le compte de leurs clients, les personnes âgées.

L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'organisme au motif que « la structure mise en place correspondait à un service organisé au sein duquel les conditions de travail étaient déterminées unilatéralement par l'association et qu'il existait entre les employés et l'association un lien de subordination, de sorte que celle-ci était leur véritable employeur ».

Cet arrêt constitue une illustration du risque de requalification en employeur de fait qu'encourent les services mandataires, évoqué dans la réponse ministérielle de 1994.

En l'espèce, la chambre sociale a retenu la qualification d'employeur de fait contre l'association, malgré la nature de l'agrément donné à cette dernière et les mentions des contrats conclus avec ses clients.

Ce sont les circonstances de fait qui sont appréciées pour déterminer le véritable employeur. Pour cela, le juge fait appel à la méthode du « faisceau d'indices », qui consiste à recueillir et apprécier l'ensemble des éléments concrets qui tendent à démontrer l'existence d'une situation particulière, ici la fonction d'employeur. Ainsi il apprécie au cas par cas tous les actes qu'effectue l'organisme à la place de son client, afin de déterminer qui exerce véritablement le pouvoir de contrôle et de direction sur le salarié.

Ici, l'organisme :

- payait le salaire et les charges des employés ;
- procédait aux affectations en fonction des besoins des clients (qui pouvaient se voir affecter des personnes différentes) ;
- déterminait les horaires des salariés.

Enfin, un autre élément a été pris en compte par la Cour de cassation pour déterminer le véritable employeur : il s'agit de la clientèle de l'organisme. Les clients étaient des personnes âgées, souvent dans l'impossibilité d'assumer la fonction d'employeur. Par conséquent, l'âge de la clientèle constituerait un indice supplémentaire pour qualifier l'organisme d'employeur.

Ainsi, il est conseillé aux services mandataires de ne pas conclure de contrat de mandat avec des « personnes dont l'état ne permet pas d'assumer les obligations liées à l'emploi de personnel de maison ».

Arrêt du 5 décembre 2001 (Association mandataire de Vernet les Bains c/ Paunet⁴) : un arrêt beaucoup plus favorable aux services mandataires – La salariée estimait que l'association était son véritable employeur. Le conseil de prud'hommes avait considéré que l'association était bien l'employeur de la salariée au motif que les bulletins de salaire étaient rédigés par l'association et que celle-ci payait les salaires. La Cour de cassation annule cette décision, car les éléments retenus ne permettent pas de conclure que l'association avait dépassé son rôle de mandataire et s'était comporté comme l'employeur. La Cour confirme ainsi que le paiement des salaires par l'organisme mandataire ne permet pas à lui seul la requalification en employeur.

Arrêt du 10 décembre 2002 (Carrère c/ Association Ceras) : confirmation de la jurisprudence favorable aux organismes mandataires – La Cour de cassation estime que l'association n'était pas l'employeur des salariés, bien qu'elle ait effectué elle-même une mise à pied, dès lors qu'elle « procédait, dans le cadre de son activité humanitaire d'aide et de son soutien aux personnes dépendantes, à différentes démarches administratives, comptables ou réglementaires et que la relation de travail s'exerçait au seul bénéfice des particuliers ».

⁴ Consultable sur www.iformations.fr/documentation/juridique/ASP/jurisprudence

Arrêt du 10 mars 2004 (association Handicap service main tenir c/ X⁵) : confirmation du refus de requalification en employeur – Suite à l'abandon de poste de la salariée, l'association mandataire avait établi une attestation Assedic mentionnant une démission. Ne pouvant de ce fait bénéficier de l'allocation chômage, la salariée avait saisi le conseil de prud'hommes d'une demande d'indemnités, contre l'association. Le conseil de prud'hommes de Lyon a décidé que l'association avait la qualité d'employeur et l'a condamnée à payer des dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement. La Cour de cassation a annulé cette décision du conseil de prud'hommes, au motif que « *l'association Handicap services main tenir procédait, dans le cadre de son activité humanitaire et de son soutien aux personnes dépendantes, à différentes démarches administratives, comptables ou réglementaires et que la relation de travail s'exerçait au seul bénéfice de Mme Y.. .* ».

Arrêt du 23 novembre 2005 (Association Capad c/ Landurain) : pas de responsabilité partagée entre l'employeur et le service mandataire quand ce dernier calcule le salaire et établit le bulletin de paye – Dans cette décision, la formation de référé du conseil de prud'hommes avait été saisie par la salariée d'une demande de paiement de rappels de salaire et congés payés y afférent. La formation de référé avait condamné l'association au motif que c'est elle qui accomplissait toutes les formalités relatives au salaire et aux charges et qu'un lien de subordination existait bien entre l'association et Mme Landurain.

La Cour de cassation annule logiquement cette décision, puisque l'association n'avait fait qu'accomplir son contrat de mandat en calculant le salaire et en établissant le bulletin de paie. Toutefois, on peut penser que la Cour aurait réservé un accueil plus favorable à la demande de la salariée si celle-ci avait invoqué la responsabilité du mandataire vis-à-vis des tiers (le salarié étant un tiers au contrat de mandat conclu entre l'organisme mandataire et l'employeur), en s'appuyant sur l'article 1382 du code civil (voir ci-dessus paragraphe 1/2.4).

Arrêt du 11 mars 2008 (Association Avenir Rural c/ X⁶) : la Cour de cassation indique la procédure à suivre – Dans cette affaire, étudiée paragraphe 1/2.4 ci-dessus au titre de la responsabilité pour faute du mandataire, une employée de maison dont le travail ménager avait cessé suite à la dégradation de l'état de santé de son employeur avait saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, car elle n'avait pas été licenciée. Elle avait dirigé sa demande conjointement contre l'association mandataire et son employeur, car, par lettre recommandée avec accusé réception, le fils de l'employeur avait demandé à l'association de procéder à la rupture du contrat de travail.

L'association n'avait pas effectué cette rupture.

Le Conseil de prud'hommes a condamné l'association, au motif que « *l'association, en ne donnant pas suite à la lettre du fils de l'employeur, a fait preuve de légèreté blâmable,*

⁵ Consultable sur [www.iformations.fr/documentation juridique/ASP/jurisprudence](http://www.iformations.fr/documentation_juridique/ASP/jurisprudence)

⁶ Consultable sur [www.iformations.fr/documentation juridique/ASP/jurisprudence](http://www.iformations.fr/documentation_juridique/ASP/jurisprudence)

ne respectant pas son obligation de conseil et d'assistance, et doit être considérée comme responsable de la situation ».

La Cour de cassation annule cette décision, en rappelant que « *les associations qui assurent le placement de travailleurs auprès de personnes physiques employeurs, et accomplissent pour le compte de ces personnes des formalités administratives et des déclarations sociales et fiscales liées à l'emploi de ces travailleurs, ne remplissent qu'un rôle de mandataire, les personnes physiques étant les seuls employeurs des travailleurs* ». Cet arrêt confirme la tendance jurisprudentielle à rejeter les demandes de requalification en employeur dirigées contre les organismes mandataires.