



NOTE A L'ATTENTION DU SYNPASE

PARCS DE MATERIELS SUBVENTIONNES :
PROBLEMATIQUES ECONOMIQUE, FISCALE ET SOCIALE

ASTON SOCIÉTÉ D'AVOCATS
140, avenue des Champs-Élysées
75008 Paris - France
www.aston.legal

Email : contact@aston.legal
T : +33 (0)1 44 94 00 00
F : +33 (0)1 44 94 00 01
Palais : B 0989

SELARL au capital de 32.858 euros - RCS Paris D 539 859 496 - TVA intracommunautaire FR 55 539859496

 TECHNOLOGY - IP
 SOCIAL
 CONTENTIEUX D'AFFAIRES
 VENTURE - M&A - RESTRUCTURING
 MEDIA, SPORT & ENTERTAINMENT

Préambule

Le Syndicat National des Prestataires de l'Audiovisuel Scénique et Événementiel (ci-après le « Synpase ») est un syndicat professionnel fondé en 1988 dont la vocation est la représentation et la défense des intérêts des Prestataires de Services de l'Audiovisuel Scénique et Événementiel (son, lumière, décor, vidéo, structure...). Toute société ou entreprise dont l'activité principale se rattache à la notion de prestation technique du Spectacle Vivant, au service de l'audiovisuel scénique et événement, peut adhérer au Synpase.

Les adhérents du Synpase feraient face dans leurs activités à une concurrence déloyale des Associations ayant une activité de parcs départementaux/régionaux de matériel qui sont amenés à louer leur matériel à des conditions tarifaires inférieures à celles pratiquées par les prestataires classiques en raison de leur statut juridique. Ces parcs de matériels ne sont pas soumis aux mêmes règles sociales et fiscales que les adhérents du Synpase. Ces parcs relèvent en majeure partie du statut juridique de l'association et sont généralement subventionnés par les collectivités publiques territoriales.

Le Synpase s'inquiète aujourd'hui des pratiques de certaines de ces associations pouvant caractériser des pratiques de concurrence déloyale, risquant de causer un préjudice aux adhérents du Synpase.

En effet, un des problèmes soulevé est qu'un parc de matériel a pour vocation de soutenir des projets culturels associatifs, en permettant aux troupes ou compagnies locales de disposer de matériel peu onéreux. Un parc n'est en aucun cas habilité à faire de la prestation technique et leurs objets se limitent à la mise à disposition du matériel permettant aux établissements culturels de réaliser et de mettre en œuvre des spectacles.

Outre la location de matériel en dehors de projets culturels associatifs ces associations subventionnées se positionnent sur des appels d'offres en apportant des solutions complètes de prestations à savoir la location de matériel et le recours à des intermittents. Compte tenu de leur statut d'association subventionnée, il apparaît que le montant de leur prestation est sans commune mesure avec celle prestée par les sociétés intervenant sur ce secteur qui sont, elles, soumises au régime fiscal et social classique des sociétés. Ce qui pourrait constituer une situation de concurrence déloyale.

Il convient de noter que le recours à l'intermittence par ces associations passe par des sociétés habilitées à les recruter. Il s'agit d'un contournement des dispositions conventionnelles et légales applicables susceptibles de caractériser une situation de prêt illicite de main d'œuvre (prohibé par l'article L. 8241-1 du Code du travail).

Objet

L'objet de la présente Legal Opinion est d'identifier et de maîtriser les enjeux juridiques et pratiques de la problématique rappelée ci-dessus.

La présente Legal Opinion doit permettre au Synpase d'identifier la pertinence de mettre en œuvre une action positive afin de mettre un terme à une situation identifiée tant d'un point de vue technique que juridique. Cette action pourra revêtir différentes formes, notamment par le biais d'une action de lobby réglementaire auprès des pouvoirs publics et du pouvoir législatif (tant au niveau local que national).

Plan

<u>1. CRITERE D'IDENTIFICATION D'UNE SITUATION DE CONCURRENCE DELOYALE</u>	P.4
<u>1.1. Définition d'une situation de concurrence déloyale</u>	P.4
<u>1.2. Etude de l'activité économique d'une association à l'aune des règles de la concurrence déloyale</u>	P.5
<u>1.3. Caractérisation d'une situation de concurrence déloyale</u>	P.5
1.3.1. Fait générateur : le para commercialisme	P.5
1.3.2. Préjudice concurrentiel	P.6
1.3.3. Sanction des faits de concurrence déloyale	P.7
<u>2. L'ENJEU, ECONOMIQUE, FISCAL ET SOCIAL</u>	P.8
<u>2.1. Problématiques économiques liées à l'attribution de subventions</u>	P.8
2.1.1. L'attribution de subventions face aux réglementations du droit de la concurrence	
2.1.2. L'attribution de subventions face aux réglementations fiscales	
<u>2.2. Problématiques fiscales</u>	P.9
<u>2.3. Problématiques sociales</u>	P.10
2.3.1. Le recours aux contrats à durée déterminée d'usage	P.10
2.3.2. Le recours aux contrats d'intermittence	P.12
<u>3. APPLICATION PRATIQUE</u>	P.13
<u>3.1. Méthodologie applicable</u>	P.13
<u>3.2. Illustrations</u>	P.14
3.2.1. Le cas de l'AGLCA	P.14
3.2.2. Le cas de Culture O Centre	P.15
3.2.3. Le cas de l'APMAC	P.16

1. CRITERE D'IDENTIFICATION D'UNE SITUATION DE CONCURRENCE DELOYALE

L'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité qui répond aux critères des articles 1382 et 1383 du Code civil, sa recevabilité est ainsi soumise à la démonstration d'un fait dommageable, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

La jurisprudence européenne a ouvert le champ de l'action en concurrence déloyale et admet que toute entité ayant une activité économique est susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence. Ainsi, les associations, dès lors qu'elles exercent une activité commerciale, sont susceptibles d'engager leur responsabilité sur le fondement de la concurrence déloyale.

1.1. Définition d'une situation de concurrence déloyale

Les entreprises sont libres de rivaliser entre elles afin de conquérir et de retenir la clientèle. Il s'agit d'une conséquence directe du principe de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée en France par les lois des 2-17 mars 1791. Le fait, pour un commerçant, d'attirer vers lui un client et de le détourner ainsi d'un concurrent n'est pas interdit.

Cependant, les tribunaux ont été conduits à prendre en considération les moyens utilisés par les concurrents dans cette lutte pour la clientèle. Ainsi est née en jurisprudence la théorie de la concurrence déloyale qui, sans remettre en cause le principe de la libre concurrence, permet d'en limiter les excès.

La jurisprudence fonde l'action en concurrence déloyale sur les articles 1382 et 1383¹ du Code civil et implique de démontrer l'existence d'un fait générateur (faute, négligence, manquement aux usages ou règles professionnelles), d'un préjudice et d'un lien de causalité entre fait générateur et dommage.

Les règles définies par les articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce visent à sanctionner la mise en œuvre de moyens déloyaux destinés à s'approprier la clientèle d'un concurrent.

Ces règles s'appliquent à toutes les activités économiques notamment les activités commerciales, de production, de distribution et de services. Sont ainsi visées les entités qui exercent « *une activité économique [production, distribution, service] indépendamment de leur statut juridique et de son mode de financement et du but poursuivi* »².

¹ Article 1382 et 1383 du Code civil

² CJCE, 16 nov. 1995, aff. C-244/94

1.2. Etude de l'activité économique d'une association à l'aune des règles de la concurrence déloyale

Depuis 1981³, il est admis que toute association peut exercer des activités commerciales à titre habituel sans pour autant être qualifiée de commerçante, ce qui est une « *qualité incompatible avec son statut*⁴ ».

Les associations peuvent donc être contraintes par les règles des articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce, et ce, indépendamment de leurs spécificités, des particularités pouvant découler de leurs activités, ou encore à raison des missions de service public qui pourraient leur être confiées dès lors qu'elles exercent une activité économique ou commerciale.

1.3. Caractérisation d'une situation de concurrence déloyale

La concurrence exercée par une association n'est condamnable que si elle est effectivement déloyale et préjudiciable.

1.3.1. Fait générateur : le para commercialisme

(i) Définition juridique

Le para commercialisme est un acte de concurrence déloyale qui consiste, pour une association, à se livrer à une activité commerciale sans le mentionner dans ses statuts et/ou sans en supporter les charges fiscales et sociales correspondantes telles que la TVA, la contribution économique territoriale ou l'impôt sur les sociétés.

Conformément à l'article L. 442-7 du Code de commerce⁵, l'activité de vente de produits ou de fourniture de services, réalisée de manière habituelle par une association, doit être inscrite dans ses statuts. À défaut, l'association peut être sanctionnée sur le plan civil pour des faits de para commercialisme, constitutifs de faits de concurrence déloyale, mais également sur le plan pénal (contravention de 5^{ème} classe, soit 1.500 euros, Art. 131-13 du Code pénal).

La circulaire du 12 août 1987⁶ relative à la lutte contre les pratiques para-commerciales pose une présomption de « para-commercialité » lorsque l'association, sans être assujettie à l'ensemble des obligations des commerçants :

- s'adresse de manière **habituelle** à des tiers, c'est-à-dire à des personnes extérieures à l'association (toutefois, l'offre de prestations de services sportifs à des tiers parrainés par des adhérents n'a pas été considérée comme un acte de « para-commercialisme » (Reims, 4 nov. 2002, JCP 2003. IV. 2497) ;

³ Cass. Com., 17 mars 1981, n°79-14.117

⁴ Cass. Com., 19 janvier 1988, n°85-18.443

⁵ Article L. 442-7 du Code du commerce

⁶ Circulaire du 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques para commerciales

- a pour but de réaliser un **profit** ou de rentabiliser la prestation offerte aux membres de l'association ;
- concurrence **directement** des activités commerciales similaires, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé avec les tiers n'est pas marginal.

(ii) L'activité para commerciale des Parcs de matériel

Il s'agit en premier lieu d'examiner les statuts des associations ayant une activité de parc de matériel afin de vérifier si leurs objets prévoient une activité commerciale. A défaut et si ces parcs ne sont pas soumis à l'ensemble des obligations des commerçants, il existe une présomption de para commercialité dès lors que, chacune de ces associations « s'adresse de manière habituelle à des tiers » pour leur proposer à des prix réduits les mêmes prestations que celles proposées par les Adhérents du Synpase et qu'elles sont par conséquent directement en concurrence avec les activités des prestataires techniques pour le spectacle vivant.

Il s'agira dans un second temps de suivre la méthode établie par le Conseil de la concurrence appelée « Règle des 4 P » permettant de déterminer si l'association exerce une activité para commerciale. Quatre critères sont posés :

- l'utilité sociale de l'activité : ce caractère est examiné au regard du produit et du public visé. Ainsi, est considérée d'utilité sociale l'activité qui tend à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante ;
- l'utilisation des bénéfices : les excédents doivent être " réinvestis " et non accumulés pour être placés ;
- le prix du service : le prix doit être nettement inférieur pour des services de nature similaire ou modulé en fonction de la situation des clients ;
- les méthodes : doivent avoir un caractère non commercial, notamment en matière de publicité.

Ainsi, pour chacune des associations ayant une activité de parc de matériel, cette méthode d'analyse doit être mise en œuvre pour déterminer s'il peut être imputé à l'association litigieuse, des faits de para commercialité susceptibles de caractériser le fait générateur d'une action en concurrence déloyale.

1.3.2. Préjudice concurrentiel

(i) Caractérisation du préjudice concurrentiel

La jurisprudence ne conditionne plus le préjudice à l'exigence d'un rapport de concurrence. Le préjudice concurrentiel peut donc exister sans qu'il n'y ait besoin de caractériser un lien concurrentiel (activité commune ou une clientèle commune).

Afin de faciliter l'indemnisation, la Cour de cassation a réalisé un infléchissement de la notion de préjudice et se contente, le plus souvent, d'une simple présomption de préjudice. Celle-ci considère que le préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale⁷.

Le préjudice est admis de manière particulièrement souple, puisque l'action en concurrence déloyale peut concerner des entreprises sans véritable clientèle. Ainsi, le domaine d'application de cette action a été étendu aux associations⁸.

Toutefois, il importe que le demandeur puisse démontrer la réalité du dommage subi en termes de réduction d'activité et de lien de causalité entre ce dommage et l'activité des associations en cause.

(ii) Le préjudice subi par les adhérents du Synpase

En leur qualité de prestataires techniques pour le spectacle vivant, les adhérents du Synpase ont nécessairement subi un préjudice concurrentiel.

Ils ont en effet été confrontés à une perte importante de clientèle, de bénéfice et des contrats se traduisant notamment par une baisse de chiffre d'affaires.

La perte subie doit être calculée en tenant compte non seulement du chiffre d'affaires perdu, mais aussi des frais venant en déduction de ce chiffre d'affaires.

1.3.3. Sanction des faits de concurrence déloyale

Plusieurs sanctions sont alors envisageables. Outre la suppression temporaire ou définitive de subventions, l'association peut être poursuivie sur le fondement de la concurrence déloyale et peut être condamnée au paiement de dommages-intérêts⁹.

En outre, la réglementation européenne des aides d'Etat s'applique également aux associations. Afin de garantir la libre concurrence au sein de l'Union, le droit interdit les aides publiques soutenant des services ou productions dans des conditions susceptibles d'affecter les échanges entre Etats.

Cette réglementation des aides d'Etat s'applique à toute «entreprise» recevant un financement public, dès lors qu'elle exerce une activité «économique» d'intérêt général, et ce quel que soit son statut juridique (associatif ou autre) ou la façon dont elle est financée par la collectivité publique.

⁷ Cass. com., 26 juin 2012, n°11-19.520

⁸ Cass. com., 8 nov. 1994, n° 92-17.994

⁹ Crim. com., 10 juin 1991, n° 90-85.001

2. L'ENJEU ECONOMIQUE, FISCAL ET SOCIAL

Le Conseil de la concurrence¹⁰ a rappelé que « *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'un opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le libre jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général.* »

Les parcs de matériel fausseraient donc le jeu de la concurrence dès lors qu'ils se placent dans le sillage des prestataires techniques pour le spectacle vivant, adhérents du Synpase alors qu'ils ne sont pas soumis aux mêmes règles fiscales et sociales contraignantes.

N'ayant pas les mêmes charges de fonctionnement et bénéficiant de subventions importantes, les parcs peuvent ainsi pratiquer des prix bien moins élevés que ceux proposés par les prestataires techniques.

2.1. Problématiques économiques liées à l'attribution de subventions

2.1.1. L'attribution de subventions face aux réglementations du droit de la concurrence

La réglementation européenne des aides d'Etat s'applique également aux associations et interdit les aides publiques soutenant des services ou productions dans des conditions susceptibles d'affecter les échanges entre Etats.

La Cour de Justice de l'Union Européenne définit l'entreprise comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹¹. Ainsi, le caractère non lucratif des associations n'est pas un obstacle à l'application du droit européen et notamment à la qualification d'aide d'Etat pour une subvention versée par une personne publique.

En principe l'aide d'Etat est interdite (art. 86 à 88 du Traité) comme faussant la concurrence dans l'Union européenne ; toutefois cette interdiction de principe n'interdit pas tout subventionnement, mais dans les limites qui sont les suivantes :

- subventions inférieures à 200.000 Euros sur 3 ans (aides de minimis). Elles ne sont pas contraires au droit communautaire mais ce seuil doit être apprécié, toute forme de subventions confondues (y compris les subventions indirectes ou en nature). Toutefois ces subventions sont susceptibles d'être considérées comme illégales en droit interne si elles sont contraires au principe de libre concurrence ;
- subventions, contreparties d'obligations de service public.

¹⁰ Cons. Concurr., 10 février 1998, BOCCRF du 15 septembre, p. 486, SNPC c. SPA.

¹¹ CJCE, 23 avr.1991, n°C-41/90, Höfner et Elser, Rec. p. 1979

Ainsi, dans l'hypothèse où les Parcs de matériel, qui ne sont pas, sauf preuve du contraire, chargés de mission de service public, auraient reçu un concours financier supérieur à 200.000 Euros sur 3 ans par les collectivités territoriales, les sommes versées seraient considérées comme illégales et devraient être remboursées.

Compte tenu de la valorisation d'acquisition du matériel nécessaire à la constitution de ces parcs de matériel, il est assez certain que ce montant doit être dépassé, ce qui ouvre une voie de droit supplémentaire dans la recherche d'une action permettant de lutter contre cette situation de concurrence déloyale.

2.1.2. L'attribution de subventions face aux réglementations fiscales

Par ailleurs, l'attribution de subventions revêt un enjeu fiscal important. En effet, selon si l'association bénéficiaire de la subvention remplit ou non les critères de non-lucrativité tels qu'énumérés ci-dessous, elle échappera au paiement de la TVA. Une association sera considérée comme ayant une activité non-lucrative dès lors que :

- sa gestion est désintéressée ;
- dans le cas où elle se livre à une activité concurrentielle, elle exerce cette activité dans des conditions différentes de celles des entreprises commerciales ;
- elle n'a pas pour activité de rendre des services à des entreprises qui en retirent un avantage concurrentiel.

Une atténuation à ce principe a été posée par le Code général des Impôts qui prévoit que dans l'hypothèse où l'association exerce une activité lucrative, la subvention reçue peut être considérée comme hors champs de la TVA si la subvention répond aux deux conditions cumulatives ci-après :

- elle n'est pas la contrepartie d'une opération réalisée au profit de la collectivité territoriale, auquel cas, il s'agira de la rémunération de la prestation soumise à TVA ;
- elle n'est pas le complément du prix d'une opération taxable.

Les associations ayant une activité de parc de matériel ne répondent a priori pas aux critères de non-lucrativité et les subventions versées apparaissent en réalité comme étant la contrepartie financière de services rendus.

En conséquence, ces subventions seront intégralement soumises à la TVA.

2.2. Problématiques fiscales

Une association qui exerce des activités commerciales et lucratives doit être assujettie aux impôts commerciaux¹² tels que la TVA, l'impôt sur les sociétés et la contribution économique territoriale (CET).

¹² Instr. Du 15 septembre 1998, BOI 4 H-5-98

Les associations, en fonction de l'activité exercée et des salariés employés sont également redevables d'autres impôts spécifiques type taxe d'apprentissage, taxe sur les salaires, taxe d'habitation, contribution sur les revenus locatifs, taxe sur les voitures, taxes sur certaines dépenses de publicité, apports et transferts de biens entre organismes, apports immobiliers, œuvres d'art, etc.

L'administration fiscale doit démontrer le caractère lucratif de l'activité exercée en se fondant sur trois étapes de réflexion :

- 1) L'examen de la gestion : Si la gestion de l'association est désintéressée, il convient de se demander si l'association exerce son activité en concurrence avec des entreprises du secteur lucratif.

- 2) L'examen de la situation de concurrence entre l'organisme et l'entreprise. Il faut distinguer deux hypothèses :
 - l'activité de l'organisme ne concurrence aucune entreprise : dans cette hypothèse, l'activité de l'organisme n'est pas lucrative et elle n'est donc pas soumise aux impôts commerciaux ;
 - l'activité de l'organisme est exercée en concurrence avec une entreprise (du secteur lucratif) : dans cette hypothèse, l'activité n'est pas pour autant systématiquement lucrative. Pour déterminer le régime applicable, il convient alors de passer à la troisième étape.

- 3) L'examen des conditions d'exercice de l'activité : La comparaison des conditions d'exercice de l'activité est effectuée selon la méthode du faisceau d'indices en analysant quatre critères classés par ordre d'importance décroissante. Il s'agit de la méthode dite " des 4 P " qui prévoit d'examiner successivement :
 - le Produit proposé par l'organisme ;
 - le Public visé par l'organisme ;
 - le Prix pratiqué ;
 - la Publicité (opérations de communication réalisées).

Ainsi, pour bénéficier du régime préférentiel fiscal réservé aux associations, les associations doivent pouvoir démontrer qu'elles se distinguent du modèle d'intervention économique marchand par un mode de gestion fondé sur le désintéressement.

Les parcs de matériel semblent effectivement exercer une activité lucrative, dans la mesure où, la gestion, a priori désintéressée de ces associations entre en concurrence avec l'activité exercée par les prestataires adhérents du Synpase dès lors qu'ils proposent les mêmes services, au même public mais à des prix bien inférieurs, compte tenu notamment du fait qu'ils ne sont pas soumis aux mêmes obligations fiscales.

2.3. Problématiques sociales

2.3.1. Le recours aux contrats à durée déterminée d'usage (CDD d'usage)

La singularité du secteur de la prestation technique permet de justifier le recours au contrat à durée déterminée d'usage prévu à l'article L. 1242-2-3 du Code du travail.

Le champ de la prestation technique recouvre, dans le secteur du spectacle, un ensemble très hétérogène de situations en termes d'entreprises, d'activités, de métiers, d'implantations géographiques. Ce secteur connaît alors une forte variabilité de la charge de travail et d'une imprévisibilité inhérente au secteur. Sont ainsi visées les entreprises qui disposent d'un parc de matériel non affecté en permanence à un lieu de spectacle.

La Convention collective nationale des entreprises techniques au service de la création et de l'événement du 21 février 2008 (IDCC 2717)¹³ prévoit les conditions et les cas de recours spécifiques au CDD d'usage.

L'article 4.3.1. de la Convention collective prévoit ainsi que l'employeur pourra d'une manière générale recourir au CDD d'usage s'il répond aux conditions suivantes :

- l'activité principale de l'entreprise relève des secteurs de l'audiovisuel, des spectacles et de l'action culturelle ;
- l'entreprise est titulaire d'une certification professionnelle spécifique l'autorisant à conclure de tels contrats, distincte le cas échéant de la licence d'entrepreneur de spectacle ;
- que le CDD d'usage, comme tout contrat à durée déterminée, soit écrit et comporte la définition précise de son objet, tel que la référence de l'œuvre, de la manifestation ou du programme auquel il s'applique ;
- qu'il soit d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée pour l'emploi concerné. A cet égard, il est précisé que l'usage constant s'analyse en usage régulier, mais non obligatoirement permanent ou exclusif de tout autre.

Dans le secteur d'activité du Spectacle Vivant, il existe seulement deux moyens légaux pour accéder au contrat à durée déterminée d'usage et à l'intermittence, à savoir l'obtention d'une Licence d'entrepreneur de spectacle pour les producteurs et diffuseurs, ou du Label « Prestataire de Service du Spectacle Vivant » pour les prestataires techniques.

La Convention collective permet ainsi de recourir aux CDD d'usage pour les entreprises ayant obtenu soit la « Certification sociale » pour les entreprises relevant de la branche d'activité Ficam (prestataire audiovisuel et cinéma), soit le Label « Prestataire de service du spectacle vivant » pour celles relevant de la branche d'activité Synpase (prestataire spectacle vivant et événement).

¹³ Article 4.3.1 conditions de recours au contrat à durée déterminée d'usage, Convention collective des entreprises techniques au service de la création et de l'événement du 21 février 2008

Ce label est décerné par la Commission Nationale du Label, créée en 1998 par un accord de branche. Cette Commission est composée de trois collèges : un collège « Salariés » regroupant les 5 organisations syndicales représentatives ; un collègue « Donneur d'Ordre » composé des représentants syndicaux des clients du Synpase (producteurs de spectacles publics et privés) et d'un collègue « Labéllisés » composé de représentants des entreprises labéllisées, élus tous les 3 ans par leurs pairs.

Les parcs n'exerçant pas d'activité de production ou de diffusion, seule l'obtention d'un label professionnel leur permettrait de recourir à ce type de contrat.

Or, les parcs de matériel technique n'ayant pas vocation à faire de la prestation, aucun parc n'est éligible au Label « Prestataire de Service du Spectacle Vivant » et ne peut donc en théorie recourir au CDD d'usage.

En cas de recours illicite à un CDD d'usage, l'employeur encourt :

- une sanction civile : requalification du contrat en contrat à durée déterminée et versement d'une indemnité spécifique pour requalification, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de départ du salarié et d'éventuels dommages et intérêts.
- une sanction pénale : amende de 3.750 € portée à 7.500 € et accompagnée d'un emprisonnement de 6 mois (ou l'une de ces deux peines seulement) en cas de récidive (Art. L. 1248-1 et suivants du Code du travail).

2.3.2. Le recours aux contrats d'intermittence

Selon l'article L. 3123-31 du Code du travail, l'employeur ne peut recourir au travail intermittent que si cette possibilité a été prévue :

- soit par une convention ou un accord collectif étendu ;
- soit par un accord d'entreprise ou d'établissement.

À défaut d'un tel accord collectif, les parties ne peuvent pas le mettre en place par la seule voie contractuelle, sauf dérogation prévue par la loi.

Tout contrat de travail intermittent conclu en l'absence d'accord d'entreprise ou de convention collective étendue l'autorisant est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet. La requalification est dans ce cas automatique quand bien même l'employeur pourrait apporter la preuve du contraire¹⁴.

L'article L. 8241-1 du Code du travail pose le principe de l'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif à l'exclusion des prêts réalisés dans le cadre du travail temporaire pour les agences d'intérim, de portage salarial pour les entreprises de travail à temps partagé et pour les agences de mannequins si le prêt est réalisé par le titulaire de l'agence de mannequins.

¹⁴ Cass. soc., 19 févr. 2014, n°12-17.443

Ainsi, le fait de fournir de la main-d'œuvre à titre exclusif peut tomber simultanément sous le coup des deux infractions : le délit de prêt de main-d'œuvre illicite et délit de marchandage si elle a pour effet de causer un préjudice au salarié ou d'éluider la réglementation du travail.

La lettre du ministère de la culture du 29 août 2012 définit le cadre du portage salarial dans le secteur du spectacle vivant¹⁵. Ainsi, en vertu de l'article L. 7121-3 du Code du travail qui dispose que « toute personne qui s'assure, en vue de sa production, du concours d'un artiste du spectacle est présumée être son employeur », le recours au portage, dans le cas d'un artiste ou d'un technicien, suppose donc que celui-ci exerce son activité dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce.

Une entreprise de spectacles ne pourra faire appel à un technicien en portage salarial qu'en apportant la preuve du renversement de la présomption de salariat et donc que le technicien exerce son activité à titre indépendant. En l'absence d'une telle preuve, la présomption de salariat demeure entre le salarié prétendument porté et la structure qui appelle au portage salarial.

À défaut, la structure demeure l'employeur sans possibilité d'interposition d'une tierce personne. Le simple fait pour une structure de conclure un contrat avec l'entreprise de portage salarial ne suffit pas à renverser cette présomption.

L'absence de renversement de la présomption de salariat implique, pour la structure, l'obligation de salarier le technicien et de procéder aux déclarations sociales correspondantes, sous peine de se rendre passible du délit de dissimulation d'emploi salarié, constitutif de l'infraction de travail illégal.

¹⁵ Lettre du Ministère de la culture du 29 août 2012

3. APPLICATION PRATIQUE

3.1. Méthodologie applicable

Les règles juridiques exposées ci-dessus nécessitent une application au cas par cas selon une méthodologie primaire reposant sur deux méthodes d'interprétation et permettant pour chacune d'elles, de mettre en avant le fait générateur d'une situation de non-concurrence.

L'appréciation du préjudice devra être réalisée sur la base de critères objectifs et chiffrés en prenant en considération, la baisse de chiffre d'affaires, la perte de clients et toute autre retombée économique en découlant, pour chaque prestataire de service d'audiovisuel adhérent du Synpase.

Méthode 1 : la para-commercialité de l'association

1/ Vérification des statuts

Si mention d'une activité commerciale ==> Absence de para-commercialité
 En absence de mention ==> **Présomption de para-commercialité**

2/ Validation de la présomption : La règle des 4P

1. Utilité sociale de l'activité : activité servant à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte pas le marché
2. Utilisation des bénéfices : réinvestissement des bénéfices dans l'entreprise
3. Le prix du service : le prix est nettement inférieur aux autres services de nature similaire ou modulé en fonction de la situation des clients
4. Méthodes utilisées : caractère non commercial des méthodes

Si un ou plusieurs de ces critères ne sont pas respectés
 ==> **Situation de concurrence déloyale**

Méthode 2 : les subventions illégitimes

1/ Vérification du montant de la subvention

Si < 200.000 Euros sur 3 ans ==> Pas de concurrence déloyale
 Si > 200.000 Euros sur 3 ans ==> **Présomption de concurrence déloyale**

2/ Validation de la présomption

Si subventions versées à titre de contrepartie d'obligations publiques ==> Pas de concurrence déloyale
 Si subventions versées à un autre titre ==> **Situation de concurrence déloyale**