

## MARIA KATIA GARCIA LANDABURU

PROFESSEURE, UNIVERSITÉ PONTIFICALE CATHOLIQUE DU PÉROU

LE RÈGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI SUR  
L'EXTERNALISATION DU TRAVAIL AU PÉROU

Le 22 juillet 2023, un extrait de la Résolution n°270-2023/CEB-INDECOPI publié dans une édition extraordinaire du Journal officiel « El Peruano », déclarait que certaines dispositions du Décret suprême n°001-2022-TR, portant modification du Règlement d'application de la Loi sur l'externalisation du travail, constituaient une entrave administrative illégale.

Dès le lendemain, les autorités du ministère du Travail et de la Promotion de l'emploi et de la Surintendance nationale de l'Inspection du travail (SUNAFIL) ont dû cesser d'exiger le respect de ces dispositions par les entreprises, sous peine de se voir infliger une amende.

L'organisme public tenu de se prononcer sur le bien-fondé de la qualification d'« entrave administrative illégale » est l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI). Ce dernier a été créé notamment pour promouvoir le bon fonctionnement du marché, tout en assurant la défense des consommateurs, la prévention et le contrôle des pratiques qui restreignent la concurrence libre et loyale, et en protégeant la propriété intellectuelle.

Le recours à cette procédure administrative a déjà eu lieu contre des règlements et divers actes dans d'autres secteurs, mais jamais contre des dispositions relatives au travail, c'est pourquoi la décision de l'INDECOPI dans cette affaire a retenu toute notre attention.

Publié en février 2022, le Décret portant modification du Règlement d'application de la Loi sur l'externalisation du travail avait alors suscité une vive controverse dans la mesure où il réduisait le champ de l'externalisation chère aux entreprises dans divers secteurs (tels que l'exploitation minière<sup>1</sup>, le pétrole et les télécommunications).

Il s'agissait d'inciter les entreprises à embaucher directement les travailleurs effectuant des missions liées au cœur de métier de l'entreprise, pour ne plus recourir à des tiers. L'objectif étant de protéger les travailleurs externalisés qui, en tant que tels, (i) ne perçoivent généralement pas la même rémunération que les travailleurs

1 L'art. 37 du *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería* permet aux titulaires de concessions minières de confier l'exécution des travaux d'exploration, de développement, d'exploitation et de valorisation à des entreprises spécialisées enregistrées auprès de la Dirección General de Minería, c'est-à-dire à des entrepreneurs. La Cour suprême, dans l'affaire *Casación Laboral 14995-2019 Lima*, a déclaré que la possibilité de sous-traiter des travaux liés à l'exploitation des mines est prévue dans la loi spéciale sur les mines, et qu'il n'y a donc aucun obstacle à l'externalisation de ces activités.

salariés de l'entreprise, bien qu'effectuant un travail similaire dans certains cas, (ii) subissent la précarité liée aux contrats temporaires, et (iii) ont des difficultés à former une organisation syndicale ou à y adhérer.

Face à l'adoption du Décret suprême n°001-2022-TR, les entreprises qui considéraient que leurs intérêts étaient lésés (certaines d'entre elles allaient devoir fermer parce qu'elles ne fournissaient que des services liés au cœur de métier de leurs clients) ont saisi les tribunaux<sup>2</sup>, ainsi que l'INDECOPI, qui a résolu le problème comme indiqué ci-dessus (en octobre 2022, par mesure de précaution, il avait ordonné à la SUNAFIL de ne pas contrôler le respect de l'interdiction d'externaliser des missions liées au cœur de métier des entreprises).

## I - LA RÉGLEMENTATION RELATIVE À L'EXTERNALISATION AU PÉROU ET L'EXCLUSION DU CŒUR DE MÉTIER DES ENTREPRISES

Au Pérou, l'externalisation a fait l'objet de plusieurs réglementations législatives.

Dans un premier temps, la loi a encadré « l'intermédiation de main-d'œuvre », qui désignait l'affectation de main-d'œuvre pour un travail temporaire, mais aussi la prestation autonome de services complémentaires et hautement spécialisés.

Une liste d'activités non qualifiées d'intermédiation de main-d'œuvre, avait été dressée conformément à l'article 4 du Décret suprême n°003-2002-TR :

« les contrats de production d'une œuvre, les processus d'externalisation, les contrats dont l'objet est la prise en charge par un tiers d'une partie entière du processus de production d'une entreprise, et les services fournis par des entrepreneurs ou des sous-traitants, à condition qu'ils réalisent les tâches contractées à leurs propres risques, qu'ils disposent de leurs propres ressources financières, techniques ou matérielles, et que leurs travailleurs soient sous leur subordination exclusive ».

Cette situation a évolué en 2008 avec la promulgation de la Loi n°29245 (Loi réglementant les services d'externalisation).

2 Par le biais d'une action populaire et d'un recours *en amparo*. Il est nécessaire de préciser que l'action populaire est dirigée contre les règlements, pour violation de la Constitution et de la loi, et qu'il existe déjà une décision de première instance ayant déclaré la nullité de l'article 1 et de l'unique Disposition complémentaire transitoire du Décret suprême n°001-2022-TR. La troisième chambre constitutionnelle de la Cour supérieure de justice de Lima a considéré en première instance - la décision de la Cour suprême est en attente - que la définition de cœur de métier de l'entreprise prévue par cette norme n'est pas claire et que les critères établis peuvent donner lieu à des interprétations larges ou contradictoires ; en outre, bien qu'il appartienne à l'entreprise d'identifier son cœur de métier, des tiers ou certaines autorités pourraient établir leurs propres critères. Enfin, elle a indiqué que le fait d'interdire l'externalisation de missions liées au cœur de métier de l'entreprise et d'imposer des changements dans les relations contractuelles porte atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui ont valeur constitutionnelle.

Dans son article 2, cette loi définit l'externalisation comme « le fait de confier à des entreprises l'exécution d'activités ou de travaux spécialisés, à condition qu'elles assument la responsabilité des services fournis et les risques associés ; qu'elles disposent de leurs propres ressources financières, techniques ou matérielles ; qu'elles soient responsables des résultats de leurs activités et que les travailleurs soient placés sous leur autorité ».

Plusieurs dispositions figurant aux articles 4 à 9 méritent d'être soulignées, parmi lesquelles le droit à l'information des travailleurs, l'obligation d'enregistrer les entreprises d'externalisation, et la responsabilité conjointe et solidaire de l'entreprise principale concernant le paiement des prestations et avantages des travailleurs détachés par l'entreprise d'externalisation.

Toutefois, le lendemain de la publication de la loi, le décret législatif n°1038 a limité les obligations et restrictions précitées aux seuls cas d'externalisation accompagnés d'un détachement permanent de travailleurs, indiquant qu'elles ne s'appliquaient pas aux cas d'externalisation sans détachement, ni lorsque l'externalisation était occasionnelle ou sporadique.

Quelques mois plus tard, le Décret suprême n°006-2008-TR a précisé, dans son article 2, que les entreprises externalisant leur activité principale étaient visées par les règles relatives à l'externalisation.

Par la suite, en février 2022, le Décret suprême n°001-2022-TR a modifié les articles 1, 2, 5, 8 et 9 du Décret suprême n°006-2008-TR : il a défini la notion de « cœur de métier » de l'entreprise (article 1), indiquant que celles-ci font partie de l'activité principale de l'entreprise mais, qu'en raison de leurs caractéristiques particulières, elles ne correspondent pas aux activités ou travaux spécialisés qui eux peuvent être externalisés et nécessiter le détachement de travailleurs.

Le décret a également précisé que, pour identifier le cœur de métier d'une entreprise, il fallait notamment tenir compte des éléments suivants :

1. L'objet social de l'entreprise.
2. Ce qui définit l'entreprise par rapport à ses clients finaux.
3. L'élément de différenciation de l'entreprise sur le marché où elle exerce ses activités.
4. L'activité de l'entreprise qui génère une valeur ajoutée pour ses clients.
5. L'activité de l'entreprise qui lui rapporte habituellement le plus de revenus.

Le Décret suprême n°001-2022-TR a également précisé le champ d'application (article 2), indiquant que l'externalisation d'activités faisant partie du cœur de métier de l'entreprise n'était pas autorisée ; sinon, il y avait dénaturation de l'externalisation, car l'entreprise principale était en fait l'employeur des travailleurs détachés (article 5). Enfin, de nouvelles règles ont encadré le droit à l'information des travailleurs détachés (article 8) et le Registre national des entreprises d'externalisation (article 9).

Les entreprises disposaient d'une période de 180 jours civils pour s'adapter aux nouvelles règles, et les entreprises d'externalisation avaient interdiction de mettre fin aux contrats des travailleurs détachés à moins que l'entreprise principale n'embauche ces travailleurs.

À l'expiration de ce délai, à défaut d'adaptation, c'est-à-dire si les travailleurs assignés au cœur de métier de l'entreprise n'avaient pas été embauchés par cette dernière, l'externalisation serait considérée comme dénaturée, sans préjudice de l'application des sanctions correspondantes.

Toutefois, avant l'expiration de ce délai, plusieurs entreprises ont intenté des actions judiciaires et administratives contre cette règle, comme indiqué précédemment.

## **II - L'ENTRAVE ADMINISTRATIVE ILLÉGALE ET LES EFFETS DE L'ADOPTION DE LA RÉOLUTION N°270-2023/CEB-INDECOPI DANS LE DOMAINE DU TRAVAIL**

Même s'il ne s'agit pas d'un problème de travail à proprement dit, il est nécessaire de s'y référer car il a entraîné la non-application de certaines dispositions relatives au travail contenues dans le Décret suprême n°001-2022-TR.

L'entrave administrative illégale est régie par le décret législatif n°1256 ayant approuvé la Loi sur la prévention et l'élimination des entraves administratives.

Cette dernière a pour objectif de contrôler le respect du cadre légal protégeant les droits à la libre initiative privée et à la liberté d'entreprendre, qui s'applique aux entités de l'administration publique nationale, régionale et locale (municipale).

Conformément à l'article 3, paragraphe 3, une entrave administrative désigne « toute demande, exigence, limitation, interdiction et/ou charge imposée par une entité, visant à conditionner, restreindre ou entraver l'accès et/ou la permanence des agents économiques sur le marché, et/ou susceptible d'affecter les administrés dans le traitement des procédures administratives soumises aux règles ou principes qui garantissent la simplification administrative ».

Cette règle établit que la Commission pour l'élimination des entraves administratives<sup>3</sup> (ci-après « la Commission ») est compétente pour connaître des actes administratifs, des dispositions administratives<sup>4</sup> et des actions matérielles qui imposent des entraves administratives illégales ou déraisonnables, en évaluant leur légalité (et non leur constitutionnalité, une tâche qui revient aux tribunaux), dans un cas concret ou abstrait.

Dans la Résolution n°270-2023/CEB-INDECOPI, les mesures suivantes ont été considérées comme des entraves administratives illégales :

- l'interdiction d'externaliser des missions faisant partie du cœur de métier de l'entreprise principale ;

3 Créée en 1996 sous le nom de « Commission d'accès au marché », ses résolutions ne peuvent être modifiées que par l'INDECOPI, qui connaît de ces procédures en deuxième instance, et par ordonnance du tribunal, dans le cas de recours contentieux-administratifs contre de telles résolutions.

4 La définition légale de disposition administrative désigne tout dispositif normatif destiné à produire des effets juridiques abstraits, y compris les règlements.

- l'obligation de qualifier de « dénaturation de l'externalisation », le détachement de travailleurs pour l'exécution de missions faisant partie du cœur de métier de l'entreprise principale.

La Commission a statué sur une question formelle et une question juridique.

S'agissant de la première, elle a considéré que l'absence de publication du projet de modification du règlement pour permettre la participation citoyenne, était contraire au Décret suprême n°001-2009-JUS. Sur la question juridique, elle a conclu que l'interdiction des contrats d'externalisation portant sur le cœur de métier de l'entreprise au motif que cela dénaturait l'externalisation, contrevenait aux dispositions de la Loi 29245, qui ne prévoit pas une telle interdiction.

La question centrale débattue portait donc sur le champ d'application des articles 2 et 3 de la Loi n°29245 et le type d'activités pouvant être externalisées.

La position du ministère du Travail et de la Promotion de l'emploi était de soutenir que la loi autorisait uniquement l'externalisation des « activités spécialisées ou travaux de l'entreprise principale » et non des activités habituelles ou ordinaires, de sorte que le Décret suprême n°001-202-TR avait raison de préciser qu'il n'était pas possible d'externaliser des missions liées au cœur de métier de l'entreprise.

Toutefois, la Commission a conclu que l'analyse de ces règlements permettait d'établir que les contrats d'externalisation avaient pour objet la prise en charge par un tiers d'un pan entier du processus de production, sans que soit délimitée la phase du processus pouvant être externalisée<sup>5</sup> (l'article 2 n'interdisait que la simple mise à disposition de personnel).

Aussi, l'interdiction d'externaliser des missions liées au cœur de métier de l'entreprise n'avait aucun fondement légal et était contraire à l'article 3 de la loi n°29245.

La Résolution a été appliquée au cas spécifique, mais devait entrer pleinement en vigueur le lendemain de sa publication. Cette dernière ne peut avoir lieu qu'après le consentement ou la validation de la Chambre, ce qui explique pourquoi la Résolution a été publiée en juillet 2023<sup>6</sup>.

---

5 Ce critère a été accepté au niveau judiciaire dans les décisions *Casaciones Laborales 764-2011 Lima* et *1607-2012 Lima*, qui ont limité la portée de la loi n°29245 à l'activité principale des entreprises utilisatrices, étant donné que la loi n°27626 sur l'intermédiation du travail dispose que, dans le cadre de cette dernière, les travailleurs détachés dans l'entreprise ne peuvent pas fournir des services qui impliquent le fonctionnement permanent de l'activité principale de l'entreprise.

6 Bien que la résolution ait été émise le 10 février 2023, il aurait fallu attendre l'expiration du délai de recours pour en publier un extrait et qu'elle s'applique pleinement (le MTPE n'a pas introduit de recours dans les délais).

Depuis, le Pérou dispose d'un décret suprême en vigueur mais dont certaines dispositions sont inapplicables<sup>7</sup> en raison de la décision d'un organisme public autre que le pouvoir judiciaire.

---

7 Les dispositions déclarées comme étant des entraves administratives illégales, les autres dispositions restent pleinement en vigueur et applicables.