



XVIII CONGRES DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SECURITE SOCIALE

Paris, 5-8 Septembre 2006

THEME 2

LIBÉRALISATION DES ÉCHANGES ET DU DROIT DU TRAVAIL FRANCE

Pr. Emmanuel Dockès
Université Lyon II, IETL
4, bis, rue de l'Université
69007 Lyon
Tél : 08 73 88 60 24
emmanuel.dockes@wanadoo.fr

1. GENERALITES

Veillez indiquer si dans votre pays il existe une tendance à la décentralisation productive des entreprises selon les caractéristiques décrites ci-dessus.

Oui, tout à fait...

Dans l'affirmative,

- a. quelles sont les formes les plus courantes de décentralisation productive?

La France a connu de nombreuses sortes de décentralisation productive. La technique passe le plus souvent dans le transfert d'activités jusqu'ici centralisées au sein d'une même personne morale, à des sociétés multiples. Les sociétés morales attributaires de ces activités peuvent être plus ou moins contrôlées. Et le dit contrôle peut emprunter toutes sortes de formes. Et chacune de ces formes est susceptible de degrés. La participation au capital social peut-être symbolique ; elle peut être minoritaire, majoritaire,

elle peut encore aller jusqu'à la détention de l'unanimité ou de la quasi unanimité des droits de votes. La décentralisation peut aussi prendre la forme d'un simple contrat commercial. Les liens d'affaires, les liens contractuels peuvent créer une dépendance forte (cas du franchisé), partielle (cas de l'entreprise qui réalise une part importante de son chiffre d'affaire avec un même client) ou ne pas créer de dépendance particulière (cas de l'externalisation auprès de prestataires de services ayant de très nombreux clients, sans dépendre d'aucun deux en particulier).

Ces différentes formes de décentralisation sont courantes. Il est difficile de quantifier leur importance respective.

- b. si possible, veuillez présenter des cas d'entreprises opérant dans votre pays selon une stratégie de décentralisation productive. Qu'est-ce que l'entreprise principale garde sous son contrôle direct et qu'est-ce qu'elle délègue à ses entreprises sous-traitantes/partenaires? Est-ce que ces dernières sont des entreprises entièrement indépendantes de l'entreprise principale où elles sont contrôlées par celle-ci?

La décentralisation peut être très poussée. Dans la construction automobile, la fabrication des éléments clefs, la commercialisation, la conception même des véhicules peut être décentralisée. L'entreprise tend alors à devenir une usine de montage de pièce détachée, chargée de la valorisation d'une marque. L'hypothèse d'une entreprise sans production, ni salariés, propriétaire de marques, et qui se contenterait de contracter d'une part avec des producteurs et d'autres part avec des commerçants n'est plus une hypothèse d'école.

Il faut cependant se garder de confondre la forme et le fond. Par division en sociétés distinctes multiples, la forme peut être celle d'un morcellement extrême alors que, les différentes personnes morales obéissant dans les faits au même pouvoir, le fond est une gestion entièrement centralisée.

La décentralisation effective, avec division réelle des pouvoirs, doit être soigneusement distinguée des décentralisations qui ne sont que formelles, et dans lesquelles la réalité du pouvoir reste entièrement centralisée.

- c. peut-on en apprécier l'impact sur les relations individuelles de travail?

Les relations individuelles de travail sont affectées différemment selon le mode de décentralisation.

Lorsque la décentralisation est essentiellement formelle son impact sur les relations individuelles du travail est un éloignement *juridique* du salarié des lieux du pouvoirs ou des lieux de profit. Entre le salarié et le lieu du profit se dressent parfois des dizaines de personnes morales écrans (cas de la sous traitance en cascade).

Il en résulte une perte de responsabilité des centres de décision et de profit, ceux-ci se désintéressant alors, plus ou moins, du sort de salariés, lesquels peuvent ne plus être que les salariés du sous-traitant du sous-traitant de la filiale du sous-traitant de leur filiale.

Cette distance créée entre le profit et le travail peut conduire à une aggravation très importante des conditions de travail, des salaires, de la stabilité de l'emploi, etc...

Plus rarement la décentralisation peut se doubler d'une division du travail vraiment renouvelée et les prestataires de services qui s'occupent de tâches décentralisées jouir d'une *véritable* indépendance. La décentralisation réelle peut alors produire une plus grande spécialisation de l'activité d'une entreprise. Elle peut aussi produire une réduction de la taille des entreprises et un raccourcissement de la chaîne du pouvoir. Avec tout ce que cela peut comporter d'effet sur la relation individuelle de travail d'effets positifs (lien plus direct entre le sort individuel et le sort de l'entreprise, plus grande corrélation entre travail et salaire, plus grande motivation) ou négatif (accroissement du stress, commandement plus brutal, ...). Plus généralement, lorsque la chaîne de pouvoir est dotée de nombreux échelons, la résistance de chaque échelon peut conduire à édulcorer la brutalité du commandement, mais aussi à faciliter une complète disjonction entre le sort individuel du salarié et l'utilité de son travail (exemple des très grandes entreprises ou des administrations).

d. peut-on en apprécier l'impact sur les relations collectives de travail?

Lorsqu'elle n'est pas purement formelle, la division en petites unités décentralisées, en sociétés distinctes, plus ou moins indépendantes, produit une division des collectivités de travail. Cet émiettement est un affaiblissement des collectifs de salariés (ne serait-ce que parce qu'ils sont plus petits). Les rapports de pouvoirs, plus directs, sont souvent plus abrupts, plus brutaux, ce qui laisse moins de place à une possible action syndicale.

De plus, parce qu'elles sont de tailles plus réduites, les unités de production dépassent plus rarement les seuils au-delà desquels une représentation collective des salariés est obligatoire. La "décentralisation" peut alors être une voie d'évitement de la quasi totalité des règles qui régissent les relations collectives de travail.

2. GROUPES D'ENTREPRISES ET UNITE D'ENTREPRISE

Veillez indiquer, si votre législation ou jurisprudence permettent de considérer qu'une entreprise principale et ses entreprises sous-traitantes, filiales ou partenaires doivent être traitées comme si elles étaient une entreprise unique aux effets de l'application de la législation du travail et de la protection sociale. Si ceci est possible veuillez indiquer les critères qui permettent d'y parvenir et les effets juridiques qui s'ensuivent.

Le droit du travail français connaît différents biais permettant de dépasser, dans une certaine mesure, le cadre strict de la personnalité morale.

Trois voies sont suivies.

La première (a) consiste à lever le voile de la personnalité morale, et à saisir directement comme unité de référence la réalité d'un pouvoir unique, d'une organisation économique unique. Cette entité de fait, se *substitue* alors aux

personnes morales distinctes, comme référence pour l'application de certaines règles de droit. La fiction de la personne morale est alors levée, pour l'application de tel ou tel ensemble de règles. En droit français cette technique de substitution s'exprime principalement, mais non exclusivement, autour de la notion d'unité économique et sociale.

La seconde (b) est en un sens plus simple. Elle consiste à qualifier d'employeur celui qui, *dans les faits*, détient le pouvoir de direction exercé sur le salarié. Cette technique permet encore de dépasser le cadre de la personne morale seule cocontractant formel du salarié.

La troisième (c) voie est plus modérée. Il s'agit essentiellement de la mise en place d'institutions spécifiques au sein de groupes de sociétés. L'idée n'est plus de trouver un autre débiteur du droit du travail, mais de créer quelques règles spéciales, ayant un débiteur autre que le seul co-contractant du salarié. Le débiteur est ici une pluralité de personnes morales réunies autour d'un pouvoir unique.

a. La personne morale écartée.

Trois voies permettent de percer l'écran de la personnalité morale. La première, la mieux connue, est le recours au concept d'unité économique et sociale (a1). Sur un modèle proche, il faut aussi noter le recours au concept de site (a2).

a1. L'unité économique et sociale

Historiquement, la première voie utilisée pour lever l'écran de la personne morale a été l'idée de la fraude à la loi¹. L'exemple type étant celui de l'employeur qui divise son entreprise en plusieurs petites sociétés et qui répartit son personnel dans ces sociétés distinctes, afin d'éviter de passer les seuils au-delà desquels les institutions représentatives du personnel sont obligatoires². La principale faiblesse de la théorie de la fraude à la loi est la nécessaire preuve d'une intention frauduleuse. Démontrer que la pluralité de sociétés avait pour but l'évitement de la législation protectrice pouvait s'avérer en pratique assez difficile.

Pour contourner cette difficulté, progressivement, la Cour de cassation a abandonné la recherche d'une telle intention et partant elle a abandonné l'idée même de fraude à la loi. Elle s'est contentée de rechercher des critères objectifs, qui permettraient de regrouper plusieurs sociétés en une même " *unité économique et sociale*"³ : dès lors qu'une telle unité était découverte, elle devenait le cadre dans lequel les institutions représentatives du personnel et les délégués syndicaux

1 - ainsi 23 avril 1970, Ets Herriau, D 1970-444, JCP 1972, II .17046 J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les Grands arrêts du droit du travail, 3e éd. Dalloz 2004, n°S ; Soc. 8 juin 1972, Bull V n°418, JCP 1973, II.17316, arrêt qui parle d'"unité économique et sociale", mais qui s'attarde encore à la preuve de l'intention frauduleuse).

2 - Ces seuils sont nombreux. Les plus importants sont le seuil de 11 salariés pour les délégués du personnels (art. L 421-1 C. trav.), et le seuil de 50 salariés pour le comité d'entreprise (L 431-1 C. trav.), le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (L 236-1 C. trav.) et, pour des délégués syndicaux distincts des délégués du personnel (L 412-11 C. trav.).

3 - La terminologie "unité économique et sociale" s'est imposée (Soc. 22 juillet 1975, deux arrêts, Bull. V, n°421 et 424 ; Soc. 4 mars 1976, Bull. V n°142), après quelques tâtonnements (v. not. Soc. 14 février 1973, Bull V n° 82 qui parle d'une "unité économique" qui constituait "une seule entreprise au sens du droit du travail" ; ou encore Soc. 2 juillet 1975, Bull V n°367, qui parle d'un "groupe économique unique").

pouvaient être constitué, et ce même en l'absence de toute intention frauduleuse, lors de la multiplication des personnes morale⁴.

La notion d' "unité économique et sociale" a reçu une consécration législative avec la loi du 28 octobre 1982. Selon l'article L 431-1 dernier alinéa du Code du travail, elle constitue le cadre de mise en place d'un "*comité d'entreprise commun*". Le texte ne concerne que le comité d'entreprise, mais fidèle à sa construction, la Cour de cassation souligne que la notion vaut aussi l'ensemble des institutions représentatives du personnel et pour les délégués syndicaux (cf. not. Soc. 3 juillet 1985, *Bull V n°401*).

La jurisprudence définit aujourd'hui la notion d'unité économique et sociale de manière relativement restrictive, dans les termes suivants : "*une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutabilité des salariés*"⁵.

Cette définition peut être brièvement précisée.

- L'unité économique et sociale regroupe "*plusieurs entités juridiquement distinctes*", ce qui permet d'inclure de possible regroupement de toutes sortes de personnes morales⁶ En revanche, il est exclu de n'intégrer dans une unité économique et sociale qu'un "morceau" de personne morale, comme pourrait l'être un lieu ou un établissement distinct : ce sont exclusivement des personnes morales "entières", qui forment une unité économique et sociale⁷.

L'unité recherchée est "économique" et "sociale".

- L'idée d'unité "économique" recouvre deux dimensions :
- La première est "*la concentration des pouvoirs de direction*" : le pouvoir sur l'ensemble de l'unité économique et sociale doit être détenu, dans les faits, par la même personne. Cette unité du pouvoir est appréciée avec une certaine rigueur par la Cour, la simple appartenance à un même groupe lui apparaissant insuffisante à caractériser ce critère (Soc. 15 mai 2001, *Bull V n°173*). Les participations financières ne sont au demeurant qu'une source possible de l'unité du pouvoir. Il s'agit de rechercher, de manière très pratique, si, dans les faits, la même personne dirige les différentes personnes morales, ou bien, ce qui revient au même, s'il existe entre le dirigeant d'une personne morale et celui d'une autre personne morale un lien de subordination.

4 - V. les arrêts cités dans la note précédente.

5 - Soc. 18 juillet 2000, Sté Roussillon Agrégats, Bull V n°299, Dr. soc. 2000-1037, obs. J. Savatier, Les Grands arrêts nest n°5.

6 - Pour un regroupement d'associations, cf. Soc. 27 mars 1985, D 1985, IR.436, obs. Ph. Langlois, Dr. soc. 1985-540, concl. G. coordonnateur

7 - Soc. 21 novembre 1990, Bull V n°578, la solution inverse a été un temps retenue : Soc. 18 juillet 1978, Bull V n°593 ; 4 février 1982, Bull V n°69, D 1983 IR.166, obs. A. Jeammaud.

- La seconde est “*la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités*”. Il ne suffit donc pas qu'elles soient voisines ni même qu'elles relèvent de la même branche, au sens du droit des conventions collectives (Soc. 23 juin 1988, *Bull V n°393*).
- L'idée d'unité “sociale” est la recherche d'une collectivité de travail, d'une “*communauté de travailleurs*” dit la Cour de cassation⁸. Pareille communauté est constituée d'un “*statut social et de conditions de travail similaires*” : l'idée est que cette identité conduit, en principe à une certaine communauté d'intérêts et de revendications. La “permutabilité des salariés”, est un autre indice important, même s'il n'est pas indispensable⁹ : il s'agit de la possibilité, pour les salariés qui travaillent dans une même personne morale d'exercer des fonctions au sein de la personne morale voisine.

Réciproquement, lorsque les personnels de deux sociétés sont soumis à des conventions collectives et à des statuts différents, ainsi qu'à des régimes de prévoyance et de mutuelle propres, que leurs conditions de travail sont différentes, et qu'il n'y a aucune similitude de gestion des situations individuelles, l'absence de communauté de travailleurs est caractérisée (Soc. 2 mai 2000, *Dr. soc.* 2000-799, obs. J. Savatier).

La notion d'unité économique et sociale comprend une marge de flou et il n'est pas certain que son appréciation soit parfaitement identique selon l'institution qu'il s'agit d'établir. Le jurisprudence n'exprime pas, cependant, de différence bien nette en l'unité économique et sociale utile pour la création d'un comité d'entreprise, ou pour celle reconnu pour la désignation d'un délégué syndical, par exemple.

a2 : Le site

Il s'agit d'une solution originale, qui vise notamment à permettre la désignation de délégués du personnel, chargé de représenter les salariés d'entreprises distinctes de moins de 11 salariés (le seuil de 11 est le seuil en deçà duquel aucune institution représentative du personnel n'est exigée), localisés sur un même site. La direction départementale du travail peut reconnaître un site, sur son initiative ou sur celle des organisations syndicale et exiger l'organisation d'élection de délégués du personnel sur l'ensemble du site et ce à deux conditions. La première est que plus de cinquante salariés appartenant à une pluralité d'entreprise de moins de 11 salariés soient concernés. La seconde est géographique : les salariés doivent être localisé dans un même lieu. La troisième est que “la nature et l'importance des problèmes communs aux entreprises du site” justifient cette désignation (L 421-1 al. 5). Aucun lien de pouvoir entre les entreprises regroupées dans un même site n'est nécessaire : celle-ci peuvent être parfaitement indépendantes les unes des autres. La seule existence d'importants problèmes communs aux salariés des différentes

⁸ - Soc. 18 juillet 2000, nest

⁹ - Pour une unité sociale sans permutabilité, v. Soc. 8 avril 1992, *Bull V n° 268*. Pour une absence d'unité sociale malgré l'existence de quelques mutations, v. Soc. 5 décembre 2000, RJS 2/2001 n°213.

entreprises importe. Il s'agit en quelque sorte de constater l'existence d'une sorte d'unité sociale très simplifiée.

L'idée est de créer une représentation au bénéfice de salariés qui, sans cela, en seraient totalement dépourvus, alors même qu'un besoin d'expression collective se fait sentir. Pour dialoguer avec les délégués de site, les employeurs concernés devront alors, eux aussi, organiser leur représentation, ce que suggère l'article L 421-1 al. 5, qui parle du représentant des employeurs, sans préciser exactement comment celui-ci peut être désigné. La reconnaissance de sites est particulièrement utile pour permettre la représentation collective de salariés qui travaillent dans un même centre commercial ou sur un même chantier.

La notion de site est encore utilisée par les règles relatives à la coordination entre entreprises distinctes en vue d'assurer le respect des règles d'hygiène et de sécurité applicables sur un même lieu. Ces règles prévoient, dans les cas où la question de la sécurité est particulièrement importante, une participation des entreprises extérieures au Comité d'Hygiène, de sécurité et de condition de travail de l'entreprise principale (L 235-1 et s.). Sont encore prévues, en matière d'hygiène et de sécurité des règles de coordination inter-entreprise (R. 237-1 du Code du travail), qui peuvent aller jusqu'à la création d'un collège inter-entreprise de sécurité sous la responsabilité du maître de l'ouvrage, dans les chantiers du bâtiment ou du génie civil (L 235-11 du Code du travail).

b. La qualification d'employeur

Le raisonnement est fort simple. La forme écrite du contrat de travail, l'*instrumentum*, est en pratique rédigée par la partie forte. Les risques de fraude sont suffisamment forts pour exclure une soumission aveugle du droit à cette forme. Pour désigner celui qui assumera les responsabilités de l'employeur, la jurisprudence recherche le titulaire en fait du pouvoir de direction, et ne s'arrête pas à celui qui, sur le papier, a été désigné comme seul employeur du salarié.

Cette solution est une reprise de la logique qui gouverne à la qualification de contrat de travail. Peu importe que le contrat soit intitulé contrat « de vente », « d'entreprise » ou de « location de véhicule ». Si dans les faits un pouvoir de direction est exercé, il s'agit bien d'un contrat de travail¹⁰. Pour la même raison, et avec le même attendu de principe¹¹, la Cour de cassation affirme qu'il importe peu que tel ou tel soit désigné comme employeur unique du salarié. Ce qui importe est l'exercice dans les faits, du pouvoir¹². Et si telle personne exerce en fait le pouvoir de direction elle doit, par cette seule constatation, être qualifiée d'employeur, nonobstant toute stipulation exprès contraire. Elle peut être qualifiée d'employeur unique¹³. Elle

¹⁰ Ainsi, 4 mars 1983, D. 1983. 381, concl. J. ainski; D. 1984, IR. 184, obs. J.-M. Béraud ; Soc. 19 décembre 2000, bâtiment, Bull. V, n° 437; Dr. soc. 2001. 227, note A. Jeammaud, Dr. nest 2001. 241, 2ème esp., note A. de Senga, Les Grands arrêts du droit du travail, Dalloz 2005, n°3. V. aussi, avec le même attendu de principe, appliqué à la requalification d'un contrat en contrat de travail : Soc. 1er décembre 2005, pourvoi n°05-43031, à paraître au Bulletin ; Soc. 15 mars 2006, n° de pourvoi 04-47379, à paraître au Bulletin.

¹¹ - "le contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail s'est exécutée", attendu présent au sein des trois derniers arrêts cités (Soc. 19 décembre 2000 ; 1er décembre 2005 ; 15 mars 2006), comme au sein de l'arrêt du 12 juillet 2005 cité ci-dessous.

¹² - Soc. 12 juillet 2005, pourvoi n°03-45394, à paraître au Bulletin

¹³ - Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'écarter une succession formelle d'employeurs, cf. Soc. 5 novembre 1999, Bull. V, n°433 ; Soc. 12 juillet 1995, Bull. V, n°244 ; Soc. 20 octobre 1998, Dr. soc. 1998, 95, obs. I. Vacarie.

est le plus souvent qualifié d'employeur conjoint, le cocontractant formel demeurant codébiteur solidaire des obligations du droit du travail, avec le détenteur dans les faits du pouvoir de direction¹⁴. La stipulation contractuelle de l'employeur est ainsi opposée à son auteur, mais est inopposable au salarié, à qui on l'a imposée.

Aux dires de la Cour de cassation la « confusion d'intérêts, d'activités et de direction » existant entre le cocontractant formel et une autre personne morale permet encore d'attribuer la qualité et la responsabilité d'employeur conjointement aux deux personnes morales¹⁵. Ceci permet une certaine généralisation de la notion d'unité économique et sociale, en dehors du cadre des institutions représentatives du personnel, pour qualifier d'employeur, de co-employeurs ou d'employeurs conjoints, ce qui est formellement un ensemble de personnes morales distinctes.

Si le pouvoir de direction est entre les mains d'un tiers au contrat, il faut encore noter que la relation peut généralement s'analyser en prêt de main d'œuvre à but lucratif, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent (v. *infra*).

D'une manière plus particulière, il faut encore noter que l'article L 122-14-8 du Code du travail ordonne qu'un salarié muté au sein d'une filiale étrangère soit rapatrié et réintégré par la société mère, si la filiale étrangère le licencie. Ce texte attribue ainsi une part de la responsabilité de l'employeur à la société mère, alors même que la filiale étrangère était formellement, et même peut-être réellement, le seul détenteur du pouvoir de direction sur le du salarié.

c. Le regroupement de personnes morales comme lieu de création d'institutions *spécifiques* : les notions de groupe

La loi du 28 octobre 1982 a prévu la création d'un comité de groupe, institution de représentation dont la fonction légale est limitée à l'information. Longtemps la notion de groupe en droit du travail était plus réaliste que celle retenue par le droit commercial, lequel se limitait essentiellement à la recherche de sociétés détenant la majorité des parts sociales d'une autre société. La plupart des voies, multiples, que peut emprunter la domination d'une société sur une autre, en pratique, étaient ainsi négligées. L'évolution importante du droit commercial a depuis permis un rapprochement important des notions commercialiste et travailliste du "groupe". L'article L 439-1, II du Code du travail se réfère aux notions commercialistes du groupe (renvois aux articles L. 233-1, L. 233-3 I et II et L. 233-16 du code de commerce) et leur ajoute certaines règles, devenues largement redondantes, propres au droit du travail.

Appartiennent tout d'abord à même groupe les sociétés mères et filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, lequel vise le cas d'une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société (hypothèse que répète l'art. L 439-1, II, al.3 du Code du travail).

14 - Cf. not. Soc. 22 janvier 1992, Bull. V n°23 ; Soc. 12 juillet 2005 nest ; Soc. 15 mars 2006, pourvoi n°04-45518.

15 - Soc. 26 juin 1997, pourvoi n° 94-45173 ; Soc. 11 juillet 2000, pourvoi n° 98-40146 ; Soc. 1er juin 2004, RJS, 08-09/2004, n°880, pourvoi n° 02-41776 ; Soc. 25 janvier 2006, pourvoi n°

Appartiennent encore à un même groupe les sociétés contrôlées et les sociétés qui les contrôlent. Une société est dite en contrôler une autre lorsqu'elle dispose de la majorité des droits de vote à l'assemblée générale (L. 233-3 I, 1° et 2° et L. 233-16, 1° du Code de commerce, art. L. 439-1, II, al.3 du Code du travail), lorsqu'elle dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (L. 233-3 I, 4° et L. 233-16 2° du Code de commerce, art. L. 439-1, II, al.3 du Code du travail). Elle est encore présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement au moins 40% des droits de vote et qu'aucun actionnaire n'a une fraction des droits de vote supérieure à la sienne (L. 233-3 II et L. 233-16 2° du Code de commerce).

A ces déterminations liés à la détention de majorités ou de quasi majorités, est associée la recherche de la détention du pouvoir, dans les faits. Et c'est ce qui fait l'intérêt et la force de la notion actuelle de groupe.

Tout d'abord le groupe inclut la société qui en contrôle une autre parce qu'elle "détermine *en fait*, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société" (L. 233-3 I, 3° du Code de commerce). Et, dans certains cas, la détention de 10 ou 20 % des droits de vote peut suffire à déterminer les décisions dans l'assemblée générale. L'article L. 233-16, 3° du Code de commerce vise encore le cas de l'entreprise qui exerce une "influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet". Outre les pactes et contrats divers entre actionnaires, sont ici visés tous contrats permettant une "influence dominante", une domination de fait. Un simple contrat de franchise pourrait alors paraître suffisant pour justifier l'intégration dans un groupe.

L'hypothèse d'un contrôle conjoint est même envisagée, un tel contrôle conjoint étant défini comme le "partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord" (art. L. 233-16, III du Code de commerce) et un tel contrôle conjoint peut suffire à permettre l'intégration dans la notion de groupe.

L'article L. 439-1, II, alinéa 2 du Code du travail parachève l'édifice en se contentant, pour l'inclusion dans un même groupe, de la constatation d'une « influence dominante », associée à la détention d'un minimum de 10% du capital et de relations importantes et permanentes établissant l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

Les mailles de ce filet quelque peu complexe sont suffisamment nombreuses et fines pour ne plus guère laisser passer de domination de fait, forte et durable, d'une société sur une autre, sans que ces sociétés ne soient considérées comme incluses dans un même groupe de société, au sens où le droit du travail l'entend pour la constitution d'un comité de groupe. La solution est certaine dès lors qu'un minimum de 10 % du capital social d'une société est détenu par l'autre. Elle est

probable même en l'absence d'une telle participation financière, l'article L. 233-16, 3° du Code de commerce se contentant d'une "*influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires*", sans viser aucune participation financière d'une société au sein capital de l'autre.

Le principal obstacle à la constitution d'un comité de groupe est alors le problème du champ d'application de la loi française. C'est pour dépasser cette difficulté, au plan de l'Union Européenne, qu'a été adoptée la directive n°94/45 du 22 octobre 1994, relative au comité d'entreprise européen.

Cette directive a été transposée en droit français par la loi du 12 novembre 1996, aux articles L 439-6 et s. du Code du travail.

Le comité d'entreprise européen, lieu d'information, d'"échange de vue", de "dialogue" doit être constitué dans les entreprises ou groupes d'entreprise "de dimension européenne", ce qui suppose une entreprise ou un groupe d'au moins 1000 salariés, comportant au moins deux établissements, dans deux états membres, d'au moins 150 salariés. La notion de groupe à laquelle il est ici fait référence est la même que celle utilisée pour le comité de groupe : l'article L 439-6 du Code du travail sur le comité d'entreprise européen renvoie expressément, à ce sujet, à l'article L 439-1, II du Code du travail.

3. Transferts d'entreprises ou autres modifications de la situation juridique de l'entreprise ou de parties de celle-ci.

- a. Existe-t-il, dans votre droit national ou votre jurisprudence, une définition juridique de « transfert d'entreprise » ou de parties de celle-ci? Dans quelles conditions cette définition s'applique aussi à l'externalisation (sous-traitance, *nest*) de certaines opérations de l'entreprise?

Il existe une définition juridique du transfert d'entreprise. Cette définition est issue de la directive européenne 2001/23/CE du 12 mars 2001, dont l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail est considéré comme la transposition en droit français, et bien qu'il s'agisse d'un texte largement antérieur à ceux du droit européen en la matière. La définition du transfert d'entreprise s'applique à l'externalisation. En d'autres termes, si l'opération d'externalisation est qualifiée de "transfert d'entreprise" au sens des textes susvisés, alors les contrats de travail sont transférés impérativement. S'il ne s'agit pas d'un "transfert d'entreprise", alors les salariés restent liés exclusivement à leur ancien employeur, qui devra soit les reclasser, soit les licencier.

Il y a clairement "transfert d'entreprise" lorsque rien ne change si ce n'est le titulaire du pouvoir de direction. Les bâtiments, les clients, les machines, les salariés, tout reste, sauf l'employeur. Alors le maintien des contrats de travail est clair.

Les difficultés viennent du fait que les restructurations ne sont que rarement des moments de stabilité exemplaires. Et que les opérations qui peuvent prendre les emplois comme objets sont d'une variété quasi infinie. Le champ d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail n'a jamais pu, dans un tel contexte, être dessiné qu'avec une certaine zone de flou.

Depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation *Nova*, du 15 novembre 1985, il est entendu que « la seule perte d'un marché » ne peut pas suffire à enclencher le transfert des contrats individuels de travail. Dire que la seule perte d'un marché ne suffit pas, cela revient à dire que le seul déplacement de l'emploi ne suffit pas. Cela revient encore à dire que le transfert n'est pas automatique en cas de changement de fournisseur ou de sous-traitant.

Il a dès lors été compris que le déclencheur du changement d'employeur était le transfert non pas seulement d'emplois, mais de quelque chose d'un peu plus organisé, d'une entreprise ou d'un morceau d'entreprise suffisamment structuré. La notion d' « entreprise » étant aussi indéfinie que conflictuelle, l'usage du mot a cependant été évité. Le « truc » que les salariés suivent en cas de transfert a été baptisé du nom, très ouvert, d' « entité économique ».

Toute la question est donc de définir cette « entité économique » à laquelle les salariés et leurs emplois sont attachés.

En droit français, par trois arrêts de l'Assemblée plénière du 16 mars 1990 (*Bull. Ass. plén.*, n° 4, *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2004, n° 61), la Cour de cassation a affirmé son intention de suivre, désormais, la jurisprudence européenne. Pour l'essentiel, elle s'y est tenu depuis. C'est donc principalement au droit européen qu'il est revenu d'établir certains critères, lesquels ont, depuis, été repris et synthétisés par voie de directive.

Aujourd'hui, l'article 1.1, b) de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 définit ainsi l'entité à laquelle les contrats de travail sont attachés : il s'agit d' « *une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire* ».

En principe, le transfert doit donc comprendre non seulement du travail, mais encore certains des « moyens » avec lesquels ce travail est réalisé. Il ne suffit pas de transférer un marché. Il faut aussi transmettre des moyens corporels (des machines, des camions, des locaux, etc.) ou incorporels (marques, brevets, listes de clients, droit au bail, etc.). Les idées de maintien de « l'identité » et d' « ensemble organisé » signifient qu'une certaine continuité dans l'organisation doit être perceptible entre l'avant et l'après transfert. Une externalisation par recours à la sous-traitance pourra dès lors réaliser ou non un transfert, si elle s'accompagne, ou non, de ces transferts de moyens, d'organisation.

Ces exigences étaient de transferts de moyens suivant le transfert de l'emploi étaient *a priori* cumulatives. Mais, dans une matière aussi difficile à saisir que les restructurations, l'excessive rigueur est à proscrire. Une certaine marge d'appréciation demeure. Et l'on chercherait en vain des certitudes applicables mécaniquement.

Dans les entreprises très mécanisées, le transfert des machines sera un indice essentiel. Lorsqu'en revanche l'activité repose essentiellement sur de la main-d'œuvre, comme dans les entreprises de nettoyage, aucun moyen particulier ne peut être transféré, ces moyens, corporels ou non, n'existant qu'à l'état de trace (trois balais et deux éponges...) . Alors, l'absence de transfert d'éléments corporels ou incorporels ne pourra pas empêcher le transfert des contrats. Les « moyens » visés par la directive seront simplement des moyens humains. Le maintien de l'identité, de l'organisation peut donc, alors, suffire. Dans l'arrêt de la Cour de justice européenne du 24 janvier 2002, *Temco Services*, le maître critère a été le maintien de la collectivité de travail : celle-ci avait survécu au transfert, une partie importante du personnel ayant été reprise par le nouveau détenteur du marché de nettoyage. Cette collectivité maintenue, toujours affectée aux mêmes travaux, était en elle-même une entité économique conservant son identité, ce qui faisait entrer l'opération dans le champ du maintien impératif des contrats de travail.

Le maintien de l'identité, expressément exigé, rend nécessaire une certaine ressemblance entre l'avant et l'après. Si le nouveau fournisseur travaille d'une manière radicalement distincte, en d'autres lieux, avec d'autres machines, aucun des salariés de l'ancien fournisseur ne sera transféré. Il n'est pas question toutefois d'exiger une parfaite, une exacte identité. Certains changements sont toujours peu ou prou réalisés par le repreneur, sans que cela signifie que les contrats sont rompus. Ainsi, entre l'avant et l'après, l'entité économique peut fort bien être passée du privé au public (lors de la reprise en gestion directe de services publics). Dès lors que l'organisation, les emplois et certains éléments corporels ou incorporels sont transférés à cette occasion, les salariés doivent suivre, alors même qu'un changement important de statut a lieu : de salariés de droit privé, les travailleurs deviennent des travailleurs de droit public (CJCE 26 septembre 2000, *Mayeur*, C179/99, *Rec. p. I-7755* ; Soc. 14 janvier 2003, *Bull. civ. V*, n° 3, *Dr. soc.* 2003. 437, obs. A. Mazeaud ; CE 22 octobre 2004, *Lamblin*).

Par-dessus tout, la souplesse dans l'interprétation des critères peut être utilisée pour élargir ou restreindre le domaine du maintien des contrats selon les enjeux pratiques de l'espèce. C'est essentiellement par ce biais que la Cour de cassation limite l'effet automatique des externalisations.

En ce sens, on peut citer le symptomatique arrêt *Perrier-Vittel* du 18 juillet 2000. En l'espèce, la société Perrier-Vittel France avait l'intention de céder une activité de fabrication de palettes, avec ses locaux et ses machines, son organisation du travail et son personnel. Tous ces éléments n'ont pas suffi : selon la Cour de cassation, l'article L. 122-12 alinéa 2 n'était pas applicable. La solution était motivée par l'absence d'« autonomie » de l'unité transférée. Un tel critère, nouveau, s'intègre mal au droit européen, lequel vise expressément le transfert d'activités « accessoires » (art. 1.1, b), *préc.*) comme occasion de transfert des contrats de travail.

L'importance qu'a ici reçue l'idée « d'autonomie » ne doit pas être surestimée. Ce sont plutôt les faits de l'espèce qui semblent avoir dicté cette nouvelle interprétation, très restrictive. Il s'agissait d'une opération d'externalisation. Les salariés concernés souhaitaient rester des salariés de la société Perrier-Vittel. En revanche, cette société espérait bien se

débarrasser de ses salariés, sans avoir à verser d'indemnités de licenciement, en transférant son activité de palettes. Pour tenter de bloquer l'opération, le comité d'entreprise avait agi pour faire dire que l'article L. 122-12 alinéa 2 serait inapplicable. Il faut déduire de l'arrêt *Perrier-Vittel* que, lorsque l'article L. 122-12 s'applique dans un contexte d'externalisation et qu'il s'oppose aux intérêts des salariés son champ d'application peut être interprété de manière assez restrictive.

Pareille variation du domaine d'application du texte en fonction des intérêts en cause se comprend, en pratique. Mais, en toute rigueur juridique, il eut été plus logique d'affirmer l'unité conceptuelle de l' « entité économique » dont le transfert déclenche le changement d'employeur, tout en acceptant par ailleurs de moduler les effets de l'article L. 122-12 alinéa 2 selon que les salariés acceptent ou refusent l'opération.

b. Comment protège-t-on les droits des salariés lorsque leur entreprise ou une partie de celle-ci passe sous le contrôle d'une autre entreprise ? Quels sont les droits que ces salariés gardent vis-à-vis leur ancien employeur ?

b1 : Comment protège-t-on les droits des salariés lorsque leur entreprise ou une partie de celle-ci passe sous le contrôle d'une autre entreprise ?

En cas de transfert d'« unité économique » au sens défini ci-dessus, l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail produit un effet simple : les contrats individuels de travail sont maintenus. L'ancien contrat demeure. Mais il lie désormais le salarié à un nouvel employeur.

L'article L 122-12 alinéa 2 est d'ordre public pour l'ancien comme pour le nouvel employeur. Le transfert s'impose. Les actes des employeurs successifs qui bloqueraient le transfert sont donc, en principe, illicites. Les licenciements prononcés juste avant ou juste après le transfert sont donc *a priori* prohibés. Les licenciements prononcés "à l'occasion" du transfert sont nuls, "sans effets" dit la Cour de cassation (v. Soc. 20 mars 2002, Maldonado, *Bull. V*, n° 94, *Dr. soc.* 2002, 519, obs. A. Mazeaud) et ce par application de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail (v. aussi, Soc. 31 mars 1998, Hazebrouck, *Bull. V*, n°181).

Cette prohibition momentanée du licenciement demande cependant à être nuancée. Ce sont en effet surtout les licenciements prononcés peu avant le transfert qui sont privés d'effets.

Une fois le transfert réalisé, la question est plus complexe. Le nouvel employeur recouvre en principe le droit de licencier, mais l'exercice de droit est d'autant plus surveillé que le transfert est récent. Un licenciement qui suit juste le transfert est éminemment suspect d'être un contournement de l'article L 122-12 du Code du travail, une manière de l'éluder.

Le transfert ne saurait être en lui-même un motif de licenciement (en ce sens, v. l'art. 4 §1 de la directive du 12 mars 2001). Plus généralement, dès lors qu'il est montré que les mesures prises après le transfert ont pour finalité d'éluder le maintien des contrats de travail, elles sont illicites (Soc. 14 janvier 2004, *Bull. V*, n°9 : mutation demandée pour éluder le transfert). Mais cela ne signifie pas que le licenciement juste après le transfert soit

totalelement interdit. Cela signifie plutôt que, lorsqu'il licencie peu après le transfert, le nouvel employeur doit non seulement prouver une cause réelle et sérieuse, mais qu'il doit aussi prouver que cette cause est indépendante du transfert réalisé.

Lorsqu'un licenciement est prononcé par l'employeur en violation de l'article L 122-12 alinéa 2, la Cour de cassation accorde au salarié une option. Celui-ci peut demander sa réintégration, c'est à dire la poursuite de son contrat; avec le cessionnaire de l'entreprise. Il peut aussi se contenter de constater la faute commise par l'employeur qui l'a licencié et demander des dommages et intérêts (Soc. 20 mars 2002, préc.). Selon le droit commun de la nullité du licenciement, il doit alors obtenir des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, auxquelles devront s'ajouter les salaires perdus entre la date du licenciement et la date où la nullité de ce licenciement a été prononcée.

Les salariés ne peuvent s'opposer, en droit français, à leur transfert à un nouvel employeur.

Il se peut que le changement du détenteur du pouvoir se fasse par simple changement du propriétaire de parts sociales. L'écran de la personnalité morale crée alors une illusion de continuité. Il n'y a pas alors de changement d'employeurs à proprement parler. Sauf rares exceptions (v. la clause de conscience des journalistes), les salariés souhaitant échapper au changement de détenteur du pouvoir n'ont à leur disposition que la démission.

Il peut arriver qu'à la suite d'un changement de détenteur des parts sociales, une véritable confusion s'installe entre la société désormais contrôlée et la société ayant acquis le contrôle. Dans cette hypothèse, derrière la façade d'une absence de changement (la personne morale cocontractante demeure), il est possible de considérer que la personne morale rachetée et son acquéreur sont désormais les employeurs conjoints, tenus solidairement de remplir vis-à-vis des salariés les obligations du droit du travail (Soc. 1^{er} juin 2004, RJS, 08-09/2004, n°880, pourvoi n° 02-41776). Une telle solution n'est cependant admise que si une "*confusion d'intérêts, d'activités et de direction*" peut être prouvée (v. l'arrêt préc.).

Dans le cas d'un changement de cocontractant formel, lorsqu'un établissement est cédé par exemple, ou encore dans le cas d'une fusion absorption les salariés d'une personne morale deviennent bien salariés d'une autre personne morale. Dans ces hypothèses, les contrats de travail sont maintenus vis-à-vis du nouvel employeur, au nom de la directive transfert et de l'article L 122-12 du Code du travail, sans que les salariés ne puissent s'y opposer, si ce n'est pas la démission. Le salarié cédé est traité comme un bien transférable.

On aurait pourtant pu penser que le droit au refus devait être non seulement être accordé, mais qu'il devait même être pensé comme une liberté fondamentale du salarié. C'est au demeurant en ce sens que s'est prononcée la Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt *Katsikas* du 16 décembre 1992 : « Une telle obligation (de changer d'employeur) mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il

n'a pas librement choisi » (point 32). La Cour en déduit logiquement que la directive n'interdit pas qu'un *travailleur* « décide de s'opposer au transfert de son contrat ou de sa relation de travail et, ainsi, de ne pas bénéficier de la protection que lui accorde la directive » (point 33). L'arrêt, jusqu'ici, est on ne peut plus clair : le salarié a le droit de s'opposer au transfert. Il peut renoncer à un texte dont le but est de le protéger.

La cause semble entendue. Elle ne l'est pas. La Cour de justice des Communautés européennes affirme, dans le même arrêt, quelques lignes plus loin, que ce droit d'opposition peut être, si les États membres le décident, une simple faculté de démissionner (CJCE 16 décembre 1992, *Katsikas*, *préc.*, point 36 et dans le même sens, CJCE 24 janvier 2002 *Temco Services*, *préc.*, point 36).

La Cour de cassation s'est emparée de cette possibilité pour maintenir sa jurisprudence antérieure et refuser tout véritable droit d'opposition au salarié. Le salarié n'a qu'un choix, soit il se soumet, soit il démissionne. Le salarié peut exprimer son refus d'être transféré, cela n'a aucun effet tant qu'il ne démissionne pas. Mieux encore, son premier employeur ne peut même pas décider efficacement de licencier un salarié qui refuserait d'être transféré. Ce licenciement, qui permettrait de bloquer le transfert est « privé d'effet ». Le salarié licencié parce qu'il a refusé le changement d'employeur n'a droit à aucune indemnité de rupture. Il n'a droit qu'à sa réintégration dans l'entreprise du cessionnaire, au maintien de son contrat de travail (Soc. 11 mars 2003, *Voisin c. SA Plast'lux et autres*, *Dr. soc.* 2003. 474, rapport P. Bailly, *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 63 ; Soc. 14 décembre 2004, *Auchan*).

Dans un même mouvement, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu la liberté du salarié « de choisir son employeur » et elle a autorisé les juges à bafouer ce droit. Lorsqu'il n'est pas d'autres moyens de refuser une décision patronale que la démission, on dit que la décision « appartient au pouvoir de l'employeur ». À l'inverse, lorsqu'un droit au refus est accordé, le contrat est maintenu dans son état antérieur. C'est se payer de mot que de prétendre d'une main que le salarié a une « liberté de choisir son employeur » pour ajouter de l'autre main que le changement d'employeur s'impose au salarié sauf démission de sa part. Ceci est en pure contradiction avec cela. Cette contradiction est expressément autorisée par la Cour de justice des Communautés européennes. Et la Cour de cassation en a profité. Elle n'en demeure pas moins une contradiction.

Cette obligation du salarié de se soumettre au changement d'employeur dépasse, pour la jurisprudence, le cadre de l'article L. 122-12 du Code du travail. Pour la Cour de cassation, le titulaire du pouvoir de direction n'est pas, en principe, un élément du contrat. Un employeur peut ainsi transmettre son pouvoir de direction à un tiers sans que le salarié ne puisse s'y opposer : la mise à disposition du salarié auprès d'une autre société n'est pas considérée, *a priori*, comme une modification du contrat de travail (Soc. 15 mars 2005, *Bull. V*, n°88). Le serf ne choisit pas son seigneur et, en droit français actuel, le salarié non plus.

En cas de transfert, les engagements unilatéraux de l'ancien employeur sont maintenus à la charge du nouvel employeur (v. not. Soc. 23 septembre 1992, *Bull. civ. V*, n° 479 ; Soc. 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993. 161).

Les conventions collectives sont, elles, affectées par le changement d'employeur. En vertu de l'article L 132-8 alinéa 7 du Code du travail, leur sort est calqué sur celui des conventions collectives dénoncées. Elles sont en conséquence maintenues en vigueur pendant une durée minimale de quinze mois, sauf si une nouvelle convention collective, adopté dans l'entreprise d'accueil, vient se substituer à leur ancienne convention. A l'issue de ces quinze mois, les salariés "conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis". L'expression, passablement énigmatique signifie que les avantages "collectifs", comme ceux relatifs aux institutions représentatives du personnel ou aux délégués syndicaux, sont alors perdus. Seuls les avantages "individuels", susceptible d'utilisation privative, peuvent être conservés. Et encore, seuls certains de ces avantages sont maintenus, ceux qui sont dits "acquis". Sont notamment perdus les avantages relatifs au licenciement, alors qu'en principe les avantages relatifs à la rémunération sont eux, conservés. La jurisprudence parle de droit "né" qui sont acquis, par opposition au droits "éventuels" qui ne le sont pas (Cf. v. Soc. 19 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 402 ; 27 février 1991, *Bull. civ. V*, n° 103 ; Soc. 13 mars 2001, *Association Domicile Action c Mme Le Peuc'h et autres*, *Bull. civ. V*, n° 90, *Dr. ouvr.* 2001. 261, note E. Dockès, *Dr. soc.* 2001. 571, obs. C. Radé). La distinction semble exclure du maintien les droits ponctuels comme ceux liés à la maladie ou la maternité par exemple, pour maintenir les droits cycliques ou continus, comme ceux relatifs aux primes, aux congés annuels payés, nest...

b2 : Quels sont les droits que ces salariés gardent vis-à-vis leur ancien employeur?

En principe, les salariés ne conservent aucun droit vis-à-vis de leur ancien employeur. Ils peuvent seulement exiger de lui le paiement des créances déjà acquises et non payées au jour du transfert. Le nouvel employeur est tenu, en principe, de garantir le paiement de ces créances antérieures au changement d'employeur (art. L 122-12-1 du Code du travail).

Ce n'est que dans des circonstances très particulières que les salariés cédés pourront se retourner contre leur ancien employeur. Ce sera le cas si celui-ci n'a pas cessé, dans les faits, d'exercer le pouvoir de direction. Il pourra dès lors être considéré, par la jurisprudence, comme étant toujours resté employeur ou co-employeur (v. supra).

c. Est-ce que les représentants des salariés doivent être consultés ou informés à l'occasion d'un transfert d'entreprise ou d'une partie de celle-ci ? Dans l'affirmative, comment cette consultation est-elle organisée ? Est-ce que les représentants des travailleurs doivent être consultés lorsque l'entreprise envisage de sous-traiter certaines opérations ? Doit-il avoir une négociation sur ces thèmes ?

La consultation en matière de mesure de réorganisation ou de décentralisation productive est d'abord liée à ce qu'il est convenu d'appeler la gestion prévisionnelle de l'emploi, laquelle prend ses racines dans les directives européennes 98/59/CE, du 20 juillet

1998 (qui consolide des directives de 1975 et de 1992) et du 2 mars 2002 sur l'information et la consultation des travailleurs.

En droit français, plus précisément, tout transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise et, de manière plus générale, toute opération d'externalisation, par la voie de la sous-traitance ou de tout autre méthode, doit faire l'objet d'une consultation obligatoire des représentants du personnel (soit du Comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnels), en un mot toute "mesure", pour reprendre la terminologie du Code du travail, doit faire l'objet d'une information et d'une consultation préalable dès lors que cette mesure est amenée à avoir des conséquences sur l'emploi dans l'entreprise. Cette consultation doit avoir lieu quel que soit le type d'effet réalisé sur l'emploi, l'article L 432-1 al. 1 du Code du travail précisant que "*le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les (...) mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel*".

Cette consultation doit se dérouler dès qu'il ne s'agit plus d'une simple idée, mais qu'il s'agit déjà d'un projet, et ce bien avant que la décision soit prise, parfois des années à l'avance. L'article L 432-1-1 du Code du travail confirme l'idée, lorsqu'il impose une consultation annuelle du comité d'entreprise sur les "*prévisions annuelles ou pluriannuelles*" en matière d'emploi. Consultation qui suppose que le comité soit informé et consulté de tout projet d'externalisation susceptible d'avoir un impact sur l'emploi.

Il faut au demeurant noter que même en l'absence d'effet sur le volume ou sur la structure des effectifs, une consultation est obligatoire, dès lors que la mesure a une certaine importance. L'article 432-1 al. 1 du code du travail prévoit de manière générale une obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise "*sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise*". "*Organisation*", "*gestion*" et "*marche*" de l'entreprise sont des termes partiellement redondants, qui permettent d'englober tous les domaines dans lesquels une décision de l'employeur peut être prise, *qu'elle affecte ou non directement la situation des salariés* (Crim. 2 mars 1978, *Dr. soc.* 1978, p. 375). Pour qu'une consultation préalable s'impose, il faut mais il suffit que la décision ait une certaine généralité et donc une certaine importance. Ainsi, un changement de sous traitant, la cession d'une filiale, et plus généralement toute mesure de gestion suffisamment importante est soumise à l'impératif de consultation préalable.

La consultation est alors opérée selon les modalités usuelles de la consultation du comité d'entreprise. Celles-ci comprennent au minimum deux phases, une phase d'information et une phase de consultation, dans laquelle le comité est conduit à émettre un avis motivé, appuyé, si nécessaire, par des contre-propositions. Pour peu que l'on soit dans le cadre d'un grand projet de licenciement économique ou dans le cadre de l'examen annuel ou biennuel des comptes (article L 434-6 alinéa 1 C. trav.), le comité d'entreprise a droit au services d'un expert comptable, choisis par ses soins, et rémunéré par l'employeur. Cet expert comptable, dont les moyens d'investigation sont très importants, apportera au comité d'entreprise une intelligence de la situation économique de l'entreprise sur laquelle il pourra se fonder pour motiver un avis et des contre-propositions.

Il est à noter, en outre, qu'une opération qui maintient les salariés dans une situation *juridique* identique, tout en opérant un transfert total ou partiel du pouvoir auquel ils sont soumis *dans les faits*, doit faire l'objet d'une consultation préalable des représentants du personnel. L'information du comité d'entreprises est obligatoire non seulement en cas de cession de contrôle, comme l'avait affirmé l'arrêt *Haulotte* (Crim. 2 mars 1978, *Bull. crim.*, n°83 ; *Dr. soc.* 1978, 369, obs. J. Savatier, *Les Grands arrêts du droit du travail*, préc. n°136), mais aussi, notamment, lorsque le dirigeant de la société employeur apprend la prise de participation d'un tiers au sein du capital de la société (art. L 432-1 al. 3 C. trav.). Par "*prise de participation*", il faut entendre toute prise de participation significative au sens de l'article L 233-7 du Code de commerce, soit encore tout franchissement par un associé "*du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote d'une société*". En outre, depuis la loi du 15 mai 2001, une procédure particulière de consultation est mise en place en cas de dépôt d'une offre publique d'achat ou d'échange (art. L 432-1 al. 4 et 5 C. trav.). Et cette procédure prévoit notamment que l'auteur de l'offre doit être auditionné par le comité, si ce dernier le souhaite.

Une négociation collective obligatoire doit encore se tenir, dès lors que l'externalisation projetée est susceptible d'avoir des conséquences sur l'emploi. L'article L 132-27 du Code du travail prévoit une négociation annuelle obligatoire sur les "*prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi*". Et l'article L 320-2 du Code du travail précise que dans les très grandes entreprises (plus de 300 salariés en France ou plus de 1000 en Europe dont au moins 150 en France) une négociation sur ce même thème, mais un peu plus précise doit s'engager tous les trois ans. Ces obligations de négocier s'appliquent naturellement dans l'hypothèse d'une décentralisation productive projetée, dès lors que celle-ci est susceptible de modifier le volume ou la structure de l'emploi d'une personne morale donnée. Ce qui est très généralement le cas d'une opération de décentralisation productive.

- d. Comment organise-t-on les rapports entre l'entreprise cédante et l'entreprise cessionnaire lorsque cette dernière continue à opérer au sein de l'établissement de la première?

Les rapports entre l'entreprise cédante et l'entreprise cessionnaire, lorsque cette dernière continue à opérer au sein de l'établissement de la première, varient selon les accords passés entre ces deux sociétés, et selon le caractère plus ou moins formel ou réel de la transmission du pouvoir sur les salariés. Sous certaines conditions, l'entreprise cédante qui s'immisce dans la gestion de l'entreprise cessionnaire, peut être rendu responsable ou co-responsable des actes de cette dernière, au titre de la gestion de fait. Si les relations s'analysent désormais en des relations de sous-traitance, le régime juridique applicable est celui de la responsabilité du maître de l'ouvrage vis-à-vis des sous traitants.

- e. Comment organise-t-on les rapports entre les salariés qui ont été transférés à l'entreprise cessionnaire et l'entreprise cédante lorsque la première continue à opérer au sein de l'établissement de la cédante? Quels sont les pouvoirs de contrôle que l'entreprise cédante garde sur ces mêmes salariés ?

Il se peut que l'entreprise cédante garde le contrôle et la direction des salariés transférés. Il se peut encore qu'entre entreprise cédante et entreprise cessionnaire, il existe en fait « confusion d'intérêts, d'activités et de direction ». Dans ces deux hypothèses, l'entreprise cédante peut être requalifiée d'employeur ou de co-employeur, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent (v. *supra*). Elle est de surcroît susceptible de tomber sous le coup de la prohibition pénale du prêt de main d'œuvre à but lucratif ou marchandage, prévue aux articles L 125-1 et -3 du Code du travail.

Lorsque l'entreprise cédante cesse de contrôler les salariés transférés et que la direction est véritablement transmise à l'entreprise cessionnaire, un véritable changement d'employeur a lieu, qui isole les salariés de l'entreprise cessionnaire. Celle-ci ne pourra être tenue responsable vis-à-vis de ses anciens salariés qu'au travers de règles spécifiques et limitées, comme celles qui permettent aux salariés du sous traitant de réclamer leurs salaires au maître de l'ouvrage dans la limite des sommes qu'il doit encore à son sous-traitant (art. 1798 du Code civil). Le caractère réel du transfert du pouvoir de direction apparaît cependant parfois peu crédible, notamment si les salariés de l'entreprise cessionnaire continuent leur travail dans les mêmes conditions qu'au temps où ils étaient salariés de l'entreprise cédante.

En matière d'hygiène et de sécurité, il existe des règles de coordination spécifiques des entreprises travaillant sur un même site ou sur un même chantier, lesquelles seront bien entendu applicables après la division en plusieurs entités de ce qui était préalablement une entreprise unique (sur ces règles, v. ci-dessous).

4. La situation juridique des salariés des entreprises sous-traitantes/partenaires vis-à-vis l'entreprise principale

a. Dans quelles conditions l'entreprise principale peut-elle être tenue pour responsable vis-à-vis des salariés de ses entreprises sous-traitantes/partenaires par rapport aux questions suivantes :

i. L'hygiène, la sécurité et les risques professionnels;

Une entreprise principale n'est en principe tenue au respect des règles d'hygiène et de sécurité que vis à vis de ses salariés. C'est à leur égard qu'elle doit mettre en place les équipements nécessaires et de faire respecter les règles de sécurité et de prévention des risques professionnels. Cette obligation de l'employeur n'est expressément étendue qu'aux travailleurs temporaires qu'il emploie (L 220-2 du Code du travail).

Réciproquement, le maître de l'ouvrage n'est en principe pas responsable de la sécurité des salariés de son sous-traitant, même lorsqu'ils travaillent dans ses locaux. L'article R 237-2 du Code du travail précise que, même dans cette hypothèse : " Chaque chef d'entreprise est responsable de l'application des mesures de prévention nécessaires à la protection de son personnel".

Cette disjonction des responsabilités peut cependant poser un certain nombre de difficultés graves, particulièrement lorsque des salariés d'entreprises différentes sont amenés à travailler sur un même site, comportant des questions d'hygiène et de sécurité communes.

Il existe donc un certain nombre de tempéraments à ce principe de séparation des responsabilités.

Premièrement, de manière générale, lorsque dans un même lieu de travail les travailleurs de plusieurs entreprises sont présents, les employeurs doivent coopérer à la mise en oeuvre des dispositions relatives à la sécurité, à l'hygiène et à la santé (art. L 230-2, IV al. 1 C. trav.).

Lorsque ce lieu est un établissement, un chantier, une dépendance qui appartient à une entreprise, celle-ci est dite "entreprise principale" et les autres sont dites "extérieures". Le chef de l'entreprise principale assure la coordination générale des mesures de prévention qu'il prend et de celles que prennent les chefs des entreprises intervenant dans son établissement (art. R 237-2 C. trav.). Cette obligation de coordination n'est qu'une obligation de traiter des problèmes liés à la présence de plusieurs entreprises sur un même lieu, chaque chef d'entreprise restant seul responsable de la sécurité de ses salariés sur des questions qui lui sont spécifiques.

Dans les domaines qui relèvent du chef d'une entreprise extérieure, le chef de l'entreprise principale n'a qu'un devoir d'alerte : il doit d'alerter le chef de l'entreprise extérieure concernée lorsqu'il est informé d'un danger grave concernant un des salariés de cette entreprise extérieure (art. R 237-2 al. 3). Ce n'est qu'un devoir d'alerte et non un pouvoir d'injonction. Et il n'existe qu'en cas de danger "grave". C'est donc une obligation assez légère, en principe, ce qui montre bien les limites des devoirs du maître d'oeuvre en matière de sécurité, même lorsque son sous-traitant emploie des salariés qui travaillent dans ses locaux.

Des obligations plus précises et rigoureuses existent cependant dans certains domaines.

Ainsi, notamment, dans les chantiers du bâtiment ou du génie civil, un coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé, lequel dispose d'assez importants pouvoirs, doit être désigné, dès lors que le chantier dépasse une certaine taille. Pour les très grands chantiers (plus de 10000 hommes-jours, plus de dix entreprises impliquées, seuil fixé par l'art. R. 238-46 C. trav.), l'article L 235-11 du Code du travail ordonne la création d'un "collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail", organe qui comprend des représentants de l'ensemble des personnes impliquées dans les questions de sécurité. Ce qui comprend les coordonnateurs en matière de sécurité et de santé, le maître d'oeuvre désigné par le maître d'ouvrage, les entrepreneurs, des salariés employés sur le chantier (avec voix consultative), et enfin les représentants des différentes autorités extérieures aux entreprises impliquées dans les questions de sécurité : à savoir, l'autorité administrative compétente (inspection du travail), l'organisme professionnel chargé de la sécurité créé au niveau de la branche d'activité du bâtiment et des travaux publics, les

organismes de sécurité sociale compétents en matière de prévention des risques professionnels et les médecins du travail.

Il existe encore des obligations de coordination spécifique, plus rigoureuses, notamment pour certaines installations présentant un risque particulier (installations du IV de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement, article 3-1 du Code minier...).

ii. Les salaires et autres prestations dues aux salariés

Les salariés ont une action directe contre “contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits” (art. 1798 du Code civil) pour le paiement de toutes les sommes qui leur sont dues. Ce texte permet clairement une action directe des salariés du sous-traitant, contre l’entrepreneur principal. Il permet aussi une action directe contre le maître de l’ouvrage, voire contre le destinataire final dans le cas des sous-traitance en cascade. L’action de l’article 1798 du Code civil est cependant limitée aux sommes qui restent dues par le destinataire des travaux à l’employeur des salariés (l’entrepreneur principal n’est donc tenu de verser les salaires de son sous-traitant défaillant que dans la mesure des sommes qu’il doit à ce sous traitant).

Lorsque le sous-entrepreneur n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, et dans ce cas seulement, l'article L 125-2 du Code du travail permet aux salariés d’agir contre l’entrepreneur principal en paiement de leurs salaires et congés payés. La sous-traitance, qui implique en principe que le sous entrepreneur soit propriétaire d’un tel fonds de commerce ou fonds artisanal, n’est donc qu’exceptionnellement visée par ce texte.

Les actions directes des salariés d’un sous-traitant contre l’entrepreneur principal ou contre le maître de l’ouvrage sont donc en pratique, limitées.

iii. Les cotisations à la sécurité sociale (ou des caisses/fonds privés)

Ce n’est que dans les conditions de l’article L 125-2 du Code du travail précité (absence de fonds de commerce ou de fonds artisanal) que l’entrepreneur principal peut être tenu des cotisations sociales dues par le sous-traitant, et ce seulement en cas de défaillance de ce sous traitant.

Dans les cas usuels de sous-traitance, l’entrepreneur principal ne peut donc pas être tenu de la défaillance du sous-traitant dans le versement des cotisations sociales.

- b. Est-ce que les salariés des entreprises sous-traitantes/partenaires doivent être informés de l’identité de l’entreprise principale pour laquelle leur employeur travaille ?

Il n’existe pas d’obligation d’information générale dont les salariés seraient bénéficiaires. Seules existent quelques règles éparées, traitant de cas particuliers.

Ainsi, lorsqu’un sous-entrepreneur fait exécuter des travaux dans les ateliers, magasins ou chantiers autres que ceux de l’entrepreneur principal qui lui a confié ces travaux, il doit apposer dans chacun de ces ateliers, magasins ou chantiers, une affiche

indiquant le nom et l'adresse de la personne de qui il tient les travaux (Article R125-1 du Code du travail). Mais cette obligation d'information ne concerne que les sous-entreprises qui ne sont pas propriétaires d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, ce qui limite grandement le champ d'application de la règle.

En revanche, il existe une obligation générale d'information et de consultation du comité d'entreprise pour toute décision de gestion importante, notamment lorsqu'elle est susceptible d'avoir un impact sur l'emploi (art. L 432-1 C. trav.). La conclusion d'un contrat par lequel l'entreprise devient sous-traitante ou cesse de l'être relève de ce type de mesure. Par cette voie le comité d'entreprise sera informé de l'identité de l'entreprise principale et, si l'information n'est pas confidentielle, il pourra en informer les salariés.

De plus, lorsqu'un projet de restructuration et de compression d'effectifs est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante, l'entreprise donneuse d'ordre doit immédiatement en informer l'entreprise sous-traitante. Le comité d'entreprise de cette dernière, ou à défaut les délégués du personnel, en sont immédiatement informés et reçoivent toute explication utile sur l'évolution probable de l'activité et de l'emploi (Article L432-1-2 C. trav. susvisé). Ainsi, si l'entrepreneur principal a un projet qui va affecter l'emploi d'un sous traitant, le comité d'entreprise sous traitant en est informé. Ce qui sera l'occasion d'une information précise sur l'identité de l'entrepreneur principal.

- c. Veuillez présenter, s'il y en a, des décisions de justice ayant établi l'existence d'une relation de travail directe entre une entreprise principale et les salariés de ses sous-traitants ou entreprises partenaires. Quels en ont été les effets juridiques ?

Une relation directe a pu être affirmée lorsque c'est l'entreprise principale qui exerce, dans les faits, le pouvoir de direction. Elle doit alors assumer toutes les obligations qui sont celles d'un employeur¹⁶.

Lorsque ainsi l'entrepreneur principal ou le maître de l'ouvrage sont les véritables détenteurs du pouvoir de direction sur les salariés d'un soit disant sous traitant, il s'agit de prêt de main d'œuvre à but lucratif ou marchandage, opérations qui sont pénalement sanctionnées¹⁷. Le bénéficiaire de la main d'œuvre et véritable détenteur du pouvoir de direction est, comme précédemment, reconnu débiteur de l'ensemble des obligations de l'employeur.

L'élément clef est ici le détenteur dans les faits du pouvoir de direction. Si ce pouvoir est détenu par le sous-traitant, il n'existe pas de relation de travail directe entre l'entrepreneur principal et le salarié du sous traitant).

¹⁶ - Cf. not. Soc. 22 janvier 1992, Bull. V n°23 ; Soc. 12 juillet 2005, Bull. V, n°V N° 244 ; Soc. 15 mars 2006, pourvoi n°04-45518

¹⁷ - L 125-1 et -3 du Code du travail, pour une application de ces textes, cf. par ex. ainsi 14 février 2006, pourvoi n° 05-82287, à paraître au bulletin.

5. Prêts de main d'œuvre et autres formes de mise à disposition de travailleurs

- a. Est-ce que des entreprises juridiquement distinctes peuvent se prêter de la main d'œuvre entre elles? Si elles le peuvent,

Des entreprises juridiquement distinctes peuvent se prêter de la main d'œuvre, sous certaines conditions légales. Il s'agit principalement du travail temporaire, tel qu'il est réglementé aux articles L 124-1 et s. du Code du travail.

Certaines réglementations légales plus souples ont été créées. Les principales sont les associations intermédiaires, les associations de service aux personnes et le travail à temps partagé.

Les « associations de services aux personnes » se caractérisent par l'objet de leur activité, à savoir l'aide à domicile, notamment les gardes d'enfant, les aides ménagères, les aides aux personnes âgées dépendantes, aux handicapés, nest... Pour favoriser ces activités, les associations en question peuvent recourir au prêt de main d'œuvre dans des conditions extrêmement simplifiées. En guise de contrat de mise à disposition, par exemple, l'utilisateur de la main d'œuvre peut se contenter de signer un chèque emploi-service universel (art. L 129-5 et L 129-6 C. trav. issus de la loi du 26 juillet 2005). Les formes du contrat de travail temporaire ne sont guère plus explicites. Et ces contrats bénéficient en outre d'exemptions de charges sociales et d'aides diverses. L'absence de forme et la faculté de conclure avec le même salarié une foule de petits contrats de mise à disposition, peut conduire à une précarité particulièrement forte pour les salariés ayant pour profession l'aide à domicile.

Les « associations intermédiaires » sont des association agréées, qui ont pour spécificité d'employer des "*personnes sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières*" (art. L 322-4-16-3 C. trav.) et de les prêter à but lucratif dans des formes et à des conditions très simplifiées (Soc. 23 février 2005, *Dr. soc.* 2005, 817). La définition des personnes employables par ces associations est floue au possible. Elle ouvre des possibilités de dérapage nombreuses : elle permet la création d'association qui ressemblent à des entreprises de travail temporaires, mais pour lesquelles la réglementation aurait été en partie abrogée, en échange d'une simple obligation d'accueillir un public en difficulté sur le marché du travail (ce qui est généralement le cas des salariés qui passent par le travail intérimaire...).

Le travail à temps partagé, des articles L124-24 et s. est une nouveauté de la loi du 2 août 2005. Il est lui réservé au prêt de "*personnel qualifié qu'elles (les entreprises clientes) ne peuvent recruter elles-mêmes à raison de leur taille ou de leurs moyens*". Là encore les formalités du prêt de main d'oeuvre sont très réduites. La seule protection notable est ici l'obligation du prêteur de main d'œuvre de présenter une garantie financière assurant de sa solvabilité en matière de salaire et de cotisation sociales (art. L 124-32 du Code du travail).

La mise à disposition "à prix coûtant", sans but lucratif, est encore autorisée sans formalités particulières. Une telle absence de but lucratif suppose en principe une absence de gain réalisé par le l'emprunteur ou par le prêteur (Soc. 16 mai 1990, *Bull. V*, n° 225 ; 25

sept 1990, *Bull. V* n°382 ; Crim. 23 mars 1993, *C.S.B.P.* 1993, S 101, 185 ; v. cependant Soc. 1^{er} avril 2003, *Bull. V*, n°128, qui autorise une association sans but lucratif et reconnue d'utilité publique, à réaliser quelques économies, en utilisant de la main d'œuvre prêtée).

i. comment protège-t-on les droits des salariés « prêtés » ?

Les salariés prêtés sont protégés par la réglementation du travail temporaire, lorsqu'ils en bénéficient (cf. supra). Lorsqu'ils n'en bénéficient pas, leurs protections sont très limitées. Les délégués du personnel de l'utilisateur de la main d'œuvre ont pour mission de représenter les salariés prêtés (L 422-1 al. 4 du Code du travail). Et l'employeur est responsable, à leur égard, du respect des règles d'hygiène et de sécurité.

ii. qui garde le pouvoir de direction, de contrôle et disciplinaire sur ces salariés. C'est l'entreprise utilisatrice ou l'entreprise qui les a prêtés à la première ?

Par définition, le pouvoir de direction et de contrôle est exercé par l'entreprise utilisatrice de la main d'œuvre, sinon il ne s'agit pas de "prêt de main d'œuvre". En revanche, le pouvoir disciplinaire est exercé par le seul prêteur de main d'œuvre (éventuellement sur demande de l'utilisateur).

iii. qui détermine les conditions de travail, la rémunération et éventuellement le licenciement des travailleurs prêtés? C'est l'entreprise utilisatrice ou l'entreprise qui les a prêtés à la première?

L'employeur est le prêteur de main d'œuvre, comme tel, c'est lui qui fixe la rémunération et qui, éventuellement, rompt le contrat du salarié mis à disposition.

Mais la rémunération du salarié prêté ne peut être inférieure à celle d'un salarié de l'entreprise utilisatrice travaillant dans les mêmes conditions (art. L 124-4-6 ; L 124-28 ; L 322-4-16-3, 2, al.4, ... du Code du travail). Ce qui doit s'entendre, aussi, comme un égal droit d'accès aux avantages accordés par le comité d'entreprise de l'utilisateur de la main d'œuvre (en ce sens, pour le travail temporaire, v. art. L 124-4-7 du Code du travail).

L'entreprise utilisatrice est, elle, responsable des conditions de travail, telle que les règles d'hygiène et de sécurité, le respect des règles sur la durée du travail, etc.. (art. L 124-4-6 ; L 124-30, ... du Code du travail).

b. Veuillez décrire comment est réglementée dans votre pays la mise à disposition de travailleurs par l'intermédiaire d'entreprises de travail temporaire (ETT). En particulier :

i. Cas dans lesquels le recours au travail temporaire est autorisé;

L'article L 124-2 du Code du travail, interdit tout contrat de travail temporaire qui aurait pour objet ou pour effet "de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise". Et le principe demeure d'une limitation des cas de recours au

travail temporaire. Cependant ces cas de recours ont été fortement augmentés dans la période récente, ce qui rend aujourd'hui la limitation de principe relativement peu efficace.

Les cas de recours sont les suivants :

1) l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (art. L 124-2-1, 1°) : il s'agit du cas le plus général, de celui dont on use lorsqu'il n'est pas possible de se référer aux autres cas. Ce cas ouvre assez largement les possibles recours au contrat à durée déterminée, puisqu'il inclut aussi bien les accroissement d'activité régulier, habituel, que ceux qui sont exceptionnels.

2) le remplacement d'un salarié absent (art. L 124-2-1, 1°), ou plus généralement d'un travailleur absent (art. L 124-2-1, 4° et 5°). La catégorie est claire et ne pose guère de problèmes.

3) le travail saisonnier (art. L 124-2-1, 3°). Il s'agit d'un travail qui doit être rattaché aux "saisons", ce qui revient à exiger sa réapparition sur un rythme annuel et une interruption dans l'année qui soit suffisamment longue, pour ne pas pouvoir être confondue avec de simples congés annuels. Un travail saisonnier de plus sept ou huit mois commence, de ce fait, à être suspect de permanence.

4) les "emplois (...) pour lesquels (...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois", à la condition que ces emplois soient exercés "dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu" (art. L 124-2-1, 3° in fine C. trav.).

Cette dernière catégorie de cas de recours au contrat à durée déterminée, est la plus complexe. Elle permet quelques abus criants, la jurisprudence l'ayant interprétée d'une manière fort large.

5) La loi du 18 janvier 2005 a encore ajouté par l'article L 124-2-1-1 nouveau du Code du travail deux cas qui finissent d'ouvrir les possibilités de recours au travail temporaire. Ce recours est désormais possible lorsqu'il s'agit de « faciliter l'embauche de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières », ou « lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'utilisateur s'engagent, (...), à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ». Ces deux derniers cas ouvrent la porte à toutes les dérives. Le premier est particulièrement dangereux, les salariés des agences de travail temporaire présentant très fréquemment des difficultés sociales et professionnelles particulières...

- ii. Industries ou activités pour lesquelles il est interdit de fournir des travailleurs par l'intermédiaire d'une entreprise de travail temporaire;

Aucun contrat de travail temporaire ne peut être conclu pour remplacer un salarié gréviste (art. L 124-2-3 1°). Il s'agit d'une mesure destinée à protéger le droit grève, en interdisant d'employer en masse des remplaçants.

Le travail temporaire ne peut être utilisé pour effectuer les travaux particulièrement dangereux, dont une liste est dressée par arrêté ministériel (art. L 124-2-3 2° C. trav.). Il s'agit là simplement de lutter contre une pratique : il était fréquent de voir affecter aux tâches les plus dangereuses les salariés précaires. Ce qui présentait le double "avantage" d'épargner le personnel permanent et de faire en sorte que les blessures et les maladies professionnelles soient subies par des personnes n'appartenant déjà plus à l'entreprise.

Le travail temporaire ne peut être utilisé pour remplacer un médecin du travail (art. L 124-2-3 3° C. trav.) : on craint que le médecin du travail précaire ne soit excessivement soumis à l'employeur).

Il est encore, en principe, interdit d'embaucher par contrat de travail temporaire sur des postes qui viennent de faire l'objet d'un licenciement économique, dans les six mois précédents (art. L 124-2-7 C. trav.). L'idée est simple : on ne remplace pas le personnel permanent par du personnel précaire. Il s'agit de protéger les droits des salariés en matière de licenciement. Ce texte prévoit cependant quelques exceptions à la règle qu'il pose.

- iii. Est-ce qu'une ETT doit être en possession d'une licence pour pouvoir opérer ? Dans l'affirmative, sous quelles conditions de telles licences sont délivrées ?

Une licence n'est plus nécessaire, une simple *déclaration* de l'activité à l'inspection du travail est aujourd'hui suffisante (art. R. 124-2 C. trav.).

Certaines conditions sont néanmoins exigées des ETT pour qu'elles puissent exercer leur métier (art. L 124-10 C. trav.).

La première est le caractère exclusif de leur activité de prêteur de main d'œuvre. On peut craindre qu'une entreprise normale, qui travaillerait dans le bâtiment par exemple, décide de créer une succursale ayant pour fonction d'être l'employeur de ses salariés. Cette succursale serait seul employeur et donc en principe le seul débiteur des obligations du droit du travail. L'intermédiaire en main d'œuvre n'est plus alors qu'une fiction juridique visant à dégager le bénéficiaire de la main d'œuvre de ses obligations d'employeur.

C'est pour lutter contre ce danger, l'article L 124-1 du Code du travail précise qu'une entreprise de travail temporaire a pour "*activité exclusive*" le prêt de main d'œuvre à but lucratif. Il lui est interdit d'avoir une activité annexe. Il lui est *a fortiori* interdit d'être elle-même l'annexe d'une activité principale.

Cette exigence d'objet "exclusif" se heurte à l'écran de la personnalité morale. Une personne morale peut bien avoir pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre. Elle n'en demeure pas moins une fiction juridique qui peut servir aux fins d'écarter la main d'œuvre de son véritable employeur, dès lors qu'elle est contrôlée, d'une manière ou d'une autre, par une entreprise dotée d'une autre activité. Pour cette raison, en la matière, les juges lèvent facilement le voile de personnalité morale. Afin de montrer l'unité réelle existante sous l'apparence des personnes morales distinctes, les juges se contentent de remarquer que

l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire ne sont qu'un "*ensemble économique unique*" (Crim 15 février 1983, *Bull. crim.* n°56 ; adde. Crim. 12 déc. 1989, *R. J. S.* 2/90, n°180). Ils se basent, pour ce faire, sur des critères moins sévères que ceux de l'unité économique et sociale (sur laquelle, v. ci-dessus). Les sanctions pénales relatives à l'absence d'objet exclusif sont alors encourues.

La seconde grande condition a été édictée pour éviter que l'écran du prêt de main d'œuvre ne prive les salariés de salaire : les entreprises de travail temporaire doivent présenter un certain nombre de garanties financières (art. L 124-8 et R 124-7 C. trav.).

- iv. Quel est le type de contrat régissant les relations respectives entre l'entreprise principale (entreprise utilisatrice), l'ETT et les salariés que cette dernière met à disposition de la première (intérimaires)?

- Rapports entre ETT et salariés :

L'entreprise de travail temporaire est l'employeur du travailleur mis à disposition. Et le contrat entre cette entreprise et son salarié est bien un contrat de travail.

Ce contrat est parfois qualifié de "*contrat de travail temporaire*" (art. L 124-2) et parfois de "*contrat de mission*" (art. L 124-7), sans qu'il faille voir dans cette différence terminologique autre chose qu'une indifférence des législateurs successifs à la précision du vocabulaire. La première expression, qui rappelle clairement qu'il s'agit d'un contrat de travail, sera ici retenue.

Le contrat de travail temporaire est conclu pour une mission particulière chez un utilisateur. A chaque nouvelle mission, le travailleur temporaire signe un nouveau contrat de travail avec l'entreprise de travail temporaire.

Le contrat de travail temporaire est un contrat de travail à durée déterminée. Il doit respecter l'ensemble de la législation qui régit ces contrats, notamment sur la forme, les cas de recours, les conditions de renouvellement et de succession de contrat, les interdictions d'utilisations, l'indemnité de précarité, nest... Certaines règles spéciales sont en outre prévues, soit pour élargir les cas de recours, soit pour prévoir quelques exigences particulières.

- Rapports entre ETT et utilisateur :

Le contrat entre l'entreprise de travail temporaire et l'utilisateur se nomme "contrat de mise à disposition". C'est un contrat entre deux entreprises qui relève du droit civil ou du droit commercial. Il n'engage en principe l'entreprise de travail temporaire qu'à une obligation de moyen, l'obligation d'avoir été diligente dans le choix du salarié mis à disposition. Mais il peut contenir toutes sortes de clauses, qui réduisent ou accroissent la responsabilité de l'entreprise de travail temporaire en cas de faute commise par le salarié mise à disposition. Et ces clauses sont validées par la jurisprudence, dans la mesure où elles ne vont pas jusqu'à exonérer la faute lourde ou le dol (Civ. 1^{er} mars 1983, UIMM 1984, p. 54).

C'est l'utilisateur qui détient seul la plupart des informations indispensables au respect de la législation du travail. Lui seul sait si la mission entre dans un des cas de recours au contrat à durée déterminée. L'objet de la mission, sa durée et tous les principaux éléments qui caractérisent la mission doivent être expressément rédigés dans le contrat de mise à disposition et ce pour obliger l'utilisateur à donner toutes ces informations. Ce qui permettra à l'entreprise de travail temporaire de les transmettre au salarié. Ce qui permettra encore le contrôle : le contrat de mise à disposition n'est en effet valable que s'il s'inscrit dans un des cas où le recours au contrat à durée déterminée est autorisé.

La rupture du contrat de mission relève du droit commun des obligations. Un contrat de mise à disposition peut notamment prévoir qu'il pourra être rompu à tout moment par l'utilisateur. Et ce alors même qu'une telle clause est parfaitement illicite dans le contrat de travail temporaire du salarié mis à disposition.

Si l'utilisateur rompt le contrat de mise à disposition avant terme, le contrat de travail temporaire demeure en vigueur avec l'entreprise de travail temporaire (Soc. 9 juillet 2003). Les salaires restent donc dus. L'entreprise de travail temporaire pourra cependant suivre l'exemple de son client et rompre le contrat de travail temporaire avant terme. Mais alors elle devra respecter les conditions d'une telle rupture.

- v. Existe-t-il une limitation de durée pour le détachement d'un travailleur intérimaire auprès d'une entreprise utilisatrice?

La durée maximale est, renouvellement inclus, en principe de 18 mois, mais il existe des exceptions qui peuvent limiter cette durée maximale à 9 mois, ou l'augmenter jusqu'à 24 mois (L 124-2-2, II C. trav.).

- vi. Quelles autres restrictions existent-elles à l'emploi de travailleurs intérimaires ?

Il existe des règles qui visent à éviter qu'une relation de travail unique soit hachée en une multitude de tout petits contrats de mission. Pour cette raison, le nombre de renouvellement d'un même contrat de travail temporaire est limité : pas plus d'un renouvellement, en principe. Il existe aussi, en principe, un délai de carence à respecter entre la conclusion de contrat de missions successifs avec le même salarié chez le même utilisateur (art. L 124-7 al. 3 C. trav.).

- vii. Comment détermine-t-on les salaires et autres conditions d'emploi des travailleurs intérimaires?

Le salaire et conditions de travail doivent être au minimum celles dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice (v. supra).

- viii. Dans quelles conditions une entreprise principale (entreprise utilisatrice) peut-elle être rendue responsable des obligations d'une ETT vis-à-vis les salariés de cette dernière ?

Tel est le cas si les conditions de forme et de fond du recours au travail temporaire n'ont pas été respectées (v. supra).

De plus, il existe une action directe, en cas de défaillance de l'entreprise de travail temporaire, mentionnée à l'article L 125-2 du Code du travail. Elle permet au salarié de réclamer directement à l'utilisateur ses salaires, ainsi que quelques autres avantages. Cette action directe n'est reconnue qu'à la condition que le prêteur de main d'œuvre ne soit pas propriétaire d'un fonds de commerce ni d'un fonds artisanal. Mais tel est le cas des entreprises de travail temporaire.

- ix. Comment organise-t-on les rapports collectifs de travail entre une ETT et les intérimaires qu'elle détache auprès d'une entreprise utilisatrice ainsi qu'entre cette dernière et les mêmes salariés?

L'ensemble des règles de représentation collective des salariés s'impose aux entreprises de travail temporaire. Cependant, la dispersion des salariés en mission, la brièveté des liens, le caractère haché des relations de travail sont autant d'obstacles lourds à la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans les entreprises de travail temporaire.

En conséquences, certaines règles spéciales ont été adoptées.

Pour les élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise de l'entreprise de travail temporaire, les conditions pour être électeur ou éligible ont été allégées. L'ancienneté pour être électeur est de trois mois travaillés au cours des 12 derniers mois (L 423-9 ; L. 433-6 C. trav.), ou de 507 heures (Accord national étendu relatif à la représentation du personnel des entreprises de travail temporaire du 1er avril 1989). Au lieu d'un an comme c'est normalement le cas, l'ancienneté pour être éligible est de 6 mois, calculée en totalisant les périodes travaillées au cours des 18 derniers mois (art. L. 423-9 ; L. 433-6 C. trav.) (ou de 1.014 heures sur la même période : Accord national préc.). Pour être électeur ou éligible, il faut en outre être lié à un contrat au moment de la confection des listes (L 423-10, L 433-7 C. trav.).

Les élus continuent à exercer leur mandat, même alors même qu'ils ne sont plus en mission, alors même, donc, qu'ils ne sont plus à proprement parler salariés de l'entreprise de travail temporaire (art. 4.2.3. de l'accord préc.).

Cependant, de nombreuses difficultés demeurent. Un salarié qui n'est pas en mission lors de la confection des listes peut être exclu de ces listes et de l'éligibilité. Et « les salariés à qui l'entrepreneur de travail temporaire a notifié sa décision de ne plus faire appel à eux par de nouveaux contrats » perdent leur qualité d'électeur et d'éligible (L 423-10, L 433-7 C. trav.). Ce qui peut conduire à d'importants risques de fraude de la part des entreprises de travail temporaire.

Les salariés bénéficient en outre de la protection des institutions représentatives du personnel existantes chez l'utilisateur de la main d'œuvre (art. L 124-4-7 ; L 422-1 al. 4 du Code du travail).

- x. Veuillez indiquer les sanctions prévues par la législation de votre pays pour l'emploi irrégulier de travailleurs intérimaires.

Lorsque les conditions de conclusion d'un contrat de travail temporaire ne sont pas remplies, une double requalification doit avoir lieu. Comme tout contrat à durée déterminée illicite, il doit être requalifié en contrat à durée indéterminée. Mais, de plus, comme l'opération de prêt de main d'œuvre est illicite, elle doit aussi être invalidée. L'écran réalisé par cette opération est alors écarté. Les faits sont simples : il s'agit d'un salarié ayant travaillé sous la subordination d'un utilisateur moyennant une rémunération : tous les caractères du contrat de travail sont présents entre l'utilisateur et le travailleur temporaire. En d'autres termes, l'utilisateur devient le seul employeur du travailleur temporaire. La requalification de l'utilisateur de main d'œuvre en employeur vient donc s'ajouter à la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Ces deux requalifications sont prévues par l'article L 122-4-7 du Code du travail et par l'article L 122-4-7-1 qui prévoit en la matière une procédure accélérée de requalification.

En cas de violation des conditions du travail temporaire, la logique voudrait, que l'on retombe dans le cadre de la prohibition du prêt de main d'œuvre à but lucratif, du marchandage. Ces sanctions ont pu paraître trop élevées pour les "petites" violations du droit du travail temporaire, certaines infractions de moindre ampleur ont été prévues à leur égard. La violation des principales règles du travail temporaire est passible des peines de l'article L 152-2 du Code du travail (six mois d'emprisonnement au maximum). Ce n'est que si la violation est suffisamment grave que les peines, plus lourdes, du marchandage seront encourues (2 ans d'emprisonnement au maximum).

- c. Veuillez indiquer, s'il y en a, des décisions de justice ayant établi l'existence d'une relation de travail directe entre une entreprise utilisatrice et les salariés mis à sa disposition en vertu d'un prêt de main-d'œuvre selon les modalités (a) ou (b) sus indiquées.

En cas d'utilisation irrégulière d'un travailleur temporaire (b susvisé), l'article L 122-4-7 du Code du travail prévoient la requalification de l'utilisateur de la main d'œuvre en « employeur », avec toutes les conséquences qui en découlent. L'article L 122-4-7-1 prévoit même une procédure accélérée pour faire constater cette requalification en employeur de l'utilisateur. On peut donc citer de nombreux exemples de décision de justice (Soc. 13 avril 2005, *Bull. V*, n° 139 ; 30 mars 2005, *Bull. V*, n° 116 ; 21 janvier 2004, *Bull. V*, n°27...).

Dans les autres cas de prêt de main d'œuvre (v. le a), comme les associations de services aux personnes, les associations intermédiaires ou le travail à temps partagé, les conditions de recours au prêt de main d'œuvre est à la fois nettement moins encadré et nettement plus récent. Ces deux motifs expliquent qu'à leur sujet il n'existe guère encore de jurisprudence publiée de la Cour de cassation, à notre connaissance.

6. Franchising

- a. Si vous en disposez, veuillez donner des informations générales sur la réglementation et la pratique du *franchising* dans votre pays.

La pratique du contrat de franchise ou franchising est aujourd'hui très répandue, notamment dans l'hôtellerie (Novotel, bâtiment, Arcade, Formule 1), les restaurants (Hippopotamus, McDonald), la location de voiture (Hertz, Avis, Mattei), le travail temporaire (Manpower), les salons de coiffure (Jean-Louis David), la vente de vêtement (Rodier, Benetton), de fleurs (Interflora), nest...

Il n'existe qu'une réglementation partielle et légère du contrat de franchise, laquelle a essentiellement pour objet l'adaptation du droit de la concurrence à ce type de contrat (v. not. le règlement 2790/99 CE ou en matière de distribution automobile le règlement 1400/2002). En droit français, une légère réglementation, est prévue par l'article L 330-3 du Code de commerce¹⁸.

- b. Quelle est la situation juridique du franchisé vis-à-vis du franchiseur dans votre pays? Est-il considéré comme un entrepreneur à part entière ou comme un dépendant du franchiseur? Veuillez présenter, s'il y en a, des décisions de justice ayant considéré qu'un franchisé était en fait un travailleur dépendant du franchiseur, et indiquer les effets juridiques d'une telle décision.

Le franchisé est un entrepreneur à part entière. Il faut cependant réserver les hypothèses dans lesquelles un lien de subordination juridique serait démontré entre le franchisé et le franchiseur, ce qui conduirait à la requalification du contrat en contrat de travail.

En outre et surtout, l'article L. 781-1, 2° du Code du travail a créé un statut hybride dit du « commerçant-salarié », qui peut bénéficier aux franchisés.

Pour être un "commerçant-salarié" trois conditions doivent être remplies. La première est qu'il doit avoir pour fournisseur exclusif ou quasi exclusif le franchisé. Ce qui est souvent le cas dans un contrat de franchise, dès lors que le franchisé a pour métier principal de vendre des biens fournis par le franchiseur, ou de travailler pour le compte du franchiseur. Les seconde et troisième conditions sont des actes de pouvoir exercés par le fournisseur. Celui-ci doit avoir fixé ou agréé les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité de l'établissement du commerçant. Ce qui, encore une fois, est souvent le cas dans une relation de franchise. Et il doit lui, enfin, avoir, dans les faits, imposé ses prix. Cette troisième

¹⁸ - art 330-3 : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »

condition n'est pas nécessairement présente, mais encore une fois, elle peut être considérée comme relativement fréquente.

Ces trois conditions sont suffisantes. Il est notamment possible au "commerçant-salarié" d'avoir lui-même des salariés.

Il n'en bénéficie pas moins, dans ses rapports avec son fournisseur exclusif ou quasi exclusif, des livres I et II du Code du travail, lesquels comprennent l'essentiel des protections individuelles des salariés, avec notamment les limitations du temps de travail, le droit à un salaire minimum, aux congés payés et le droit commun du licenciement. Sont en revanche exclus, notamment, le droit du licenciement économique et les dispositions relatives à la représentation collective des salariés. Ce statut du "commerçant salarié" a bénéficié à des gérants de station-service, à des concessionnaires exclusifs, mais aussi, bien sur à des franchisés (cf. not. Soc. 4 décembre 2001, *Bull. V*, n°373, *Droit social*, 2002, p. 158-163, note Antoine Jeammaud).

L'application de ce texte aux franchisés, en pratique, reste cependant très en deçà de son potentiel. Les personnes susceptibles de bénéficier de ce statut sont relativement peu enclines à réclamer la protection du Code du travail, soit qu'une telle réclamation leur apparaisse comme une déchéance sociale, soit qu'ils ignorent les possibilités que le texte leur ouvre.

- c. Quelle est la situation juridique des salariés d'un franchisé? Peuvent-ils être considérés également comme des travailleurs dépendants du franchiseur?

Les salariés du franchisé sont, en principe dépourvus de tout liens avec le franchiseur.

Lorsque le franchisé est un commerçant-salarié au sens sus-visé, le franchiseur peut être rendu responsable de l'application d'une partie du Code du travail vis-à-vis des salariés du franchisé. Cependant s'il est démontré que ce « commerçant salarié » a conservé toute liberté en matière d'embauchage, de licenciement et de fixation des conditions de travail, il reste seul responsable des dispositions du Code du travail applicables (L 781-1 2° al. 4). Et ce personnel est donc alors sans recours contre le franchiseur. Il suffit, *a contrario*, de démontrer que le commerçant-salarié franchisé n'avait pas toute liberté dans les domaines précédents, pour que le fournisseur (franchiseur) devienne responsable du droit du travail applicable aux salariés du commerçant-salarié.

Dans tous les cas, le personnel d'un franchisé peut toujours essayer de montrer qu'il est, dans les faits, subordonné au franchiseur. Ce dernier sera alors considéré comme son employeur ou comme son co-employeur. Dans l'arrêt précité du 12 juillet 2005 (Soc. 12 juillet 2005, *Bull. V*, n°V N° 244) un salarié entendait faire reconnaître que le franchiseur et le franchisé étaient ses co-employeurs. L'arrêt d'appel qui avait refusé cette demande est cassé, au motif que les juges auraient dû rechercher si le salarié avait « en fait, travaillé dans un lien de subordination » avec le franchiseur. On retrouve ici, en matière de contrat de franchise, la faculté de découvrir un co-employeur, dans les mêmes termes que ceux qui

peuvent être utilisés pour lever l'écran de la personnalité morale de deux sociétés distinctes d'un groupe, ou, au demeurant, pour contrer toute forme de décentralisation productive.

Si le franchiseur est requalifié d'employeur ou de co-employeur parce qu'il exerce le pouvoir de direction, il subira toutes les conséquences de cette requalification et devra assumer toutes les obligations d'un employeur.

7. Action et négociation collective face à la décentralisation productive

- a. Quelle est la position des syndicats de votre pays face à la décentralisation productive?

Elle est généralement hostile, dès lors que cette décentralisation a pour effet d'éclater les collectivités de travail et de créer des écrans entre le bénéficiaire du travail et le travailleur.

- b. Existe-t-il une législation permettant la représentation collective des salariés au niveau d'un groupe? S'il en existe une, comment cette représentation est organisée?

Le Code du travail organise deux représentations collectives au niveau du groupe.

La première est le comité de groupe (art. L 439-1 et s. du Code du travail). Il s'agit essentiellement d'un lieu d'information des salariés. Il peut se faire assister par un expert-comptable, désigné par lui, et rémunéré par l'entreprise dominante (L 439-2 al. 3), ce qui est un élément indispensable à l'intelligence des comptes. Il est composé, par application de l'article L 139-3 du Code du travail, du chef de l'entreprise dominante ou de son représentant, assisté de deux personnes de son choix ayant voix consultative, ainsi que d'une délégation du personnel, désignée par les organisations syndicales, parmi leurs élus aux comités d'entreprise des sociétés du groupe. Cette délégation est d'au plus trente membres, et de deux multiplié par le nombre de d'entreprises du groupe, si le groupe compte moins de 15 entreprises (D 439-1 du C. trav.).

Cependant, si pour l'ensemble des entreprises faisant partie du groupe la moitié au moins des élus d'un ou plusieurs collèges ont été présentés sur des listes autres que syndicales, le directeur départemental du travail et de l'emploi accorde des sièges aux listes non syndicales, en fonction des résultats électoraux qu'elles ont obtenues.

Le comité d'entreprise européen, issu de la transposition en France de la directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, est régi aux articles L 439-6 et suivants du Code du travail. Il ne concerne que les groupes de dimension européenne, c'est-à-dire les groupes qui emploient au moins mille salariés dans les Etats membres de l'Union Européenne et qui comportent au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces Etats. Cet organisme est essentiellement un lieu d'information, même si, par accord, il peut aussi devenir un lieu de consultation et (ou) de négociation.

- c. Existe-t-il des syndicats représentant l'ensemble des travailleurs d'un groupe d'entreprises ou de plusieurs entreprises travaillant en partenariat étroit?

Ces syndicats existent. C'est le cas notamment dans des entreprises comme Air France, ainsi ou ainsi, qui ont connu d'importants mouvements de décentralisation productive.

- d. Y a-t-il eu des négociations collectives visant l'ensemble d'un groupe d'entreprises ou plusieurs entreprises travaillant en partenariat? S'il y en a eu, sur quels sujets ont-elles portées?

Ces négociations collectives de groupe sont relativement fréquentes et diversifiées. Elles sont régies, depuis la loi du 4 mai 2004, par l'article L 132-19-1 du Code du travail. Elles portent sur toutes sortes de sujets, sans exclusives et n'ont pas attendu la loi nouvelle pour se développer.

Elles peuvent avoir une vocation générale sur l'ensemble du statut collectif (Accord sur les Principes sociaux communs du groupe Sanofi du 15 juillet 1997, LS, C3, 5 août 1997 ; Accord de méthode sur l'harmonisation social commun à Sanofi et Synthélabo du 1er avril 1999, LS, Bref social du 14 avril 1999, p. 2 ; Accord transitoire sur la convergence des statuts des salariés de Peugeot et Citroën du 25 juin 1998, LS, Bref social, 24 juill. 1998).

Il s'agit souvent d'accords spécifiques visant à préciser les modalités d'organisation de la négociation ou de l'information des représentants des salariés au niveau du groupe (Accords relatif au comité de groupe : Accord du groupe Crédit du Nord, Dr. ouvrier 1986, p. 181 ; accord du groupe Sacilor, Dr. ouvrier 1986, p. 179 ; Accord sur le droit syndical (groupe Elf Aquitaine, accord du 29 juin 1990, LS C3 du 3 août 1990 ; Accord sur le droit syndical dans le groupe Péchiney du 24 avril 1990, LS C3 du 17 mai 1990)

Ils portent encore souvent sur l'emploi, la formation (Accord-cadre formation du groupe Sacilor du 27 janv. 1986, LS, C3, 29 mai 1986 ; Accord de groupe CIC sur la gestion de l'emploi, la formation et la mobilité du 3 mai 1990, LS C3 du 31 mai 1990).

Ils peuvent encore porter sur l'accompagnement de licenciements collectifs décidés au niveau du groupe (Accord sur le plan social du groupe Moulinex du 27 janv. 1997, LS, C3, 6 mars 1997).

Il ne s'agit que d'exemples, toute sortes d'accord pouvant être découverts (v. par ex. l'accord sur la Charte des droits fondamentaux du groupe Générale des Eaux, LS, C3, 16 juin 1997).

- e. Y a-t-il eu des grèves ou d'autres formes d'action collective visant un groupe d'entreprises ou plusieurs entreprises travaillant en partenariat?

Dans le secteur aérien, les grèves touchent fréquemment plusieurs filiales. On peut noter ainsi, à titre d'exemple, la grève des 30 juin et 1^{er} juillet 2000, qui a touché l'ensemble du personnel basé en France du groupe suisse SAir Group, et qui a ainsi touché Air Littoral, Air Liberté, AOM et les filiales techniques, commerciales, d'assistance et de maintenance liés à ces sociétés (AMCF, SR Technics, Air Littoral Assistance, Air Liberté Industries).

La grève organisée en avril-mai 2005 au sein du Groupe de sociétés prestataire de services Internet Amen Group, a été organisée et également suivie au sein des filiales de France, d'Espagne et d'Angleterre.

Il ne s'agit que d'exemples.

8. Autres questions

Calcul des effectifs :

Les salariés qui travaillent dans les locaux d'une entreprise, tout en ayant un employeur qui n'est pas cette entreprise, sont inclus dans les effectifs calculés pour le passage des différents seuils du droit du travail, dans les conditions suivantes.

L'article 620-10 du code du travail, dispose " Les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents... ". Le dernier état de la jurisprudence semblait inclure dans le décompte l'ensemble des agents des entreprises sous-traitantes (Cass. Soc. n° 98-60440 du 28 mars 2000 ; n° 00-60252 du 27 novembre 2001 ; n° 03-60125 du 26 mai 2004). La loi sur l'égalité des chances, adoptée en mars 2006, visait à exclure expressément les salariés des entreprises sous traitantes des effectifs.

Estimant cette définition trop large et ne correspondant pas à la réalité de l'emploi dans l'entreprise, le législateur a entendu préciser dans un sens plus restrictif la portée de l'article L. 620-10 du code du travail (il s'agissait d'une des dispositions de la très durement contestée loi sur l'égalité des chances, du 31 mars 2005, laquelle a créé l'éphémère et fameux contrat première embauche). Cette modification restrictive de l'article L 620-10 a été écartée par le Conseil constitutionnel, pour des motifs indépendants du fond et tenant exclusivement à son intégration dans une loi dont ce n'était pas l'objet (Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006). Il est trop tôt pour savoir si cette disposition sera un jour reprise dans une loi ultérieure.