

Droit social 2001 p.471

Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise (1)

François Gaudu, Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne

1. Le thème des frontières de l'entreprise amène d'instinct le juriste à se tourner vers l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, premier texte où le terme d'entreprise ait été employé dans son sens moderne.

Pourquoi est-ce au droit allemand que la France a emprunté ce texte ? L'une des raisons, assurément, est que le BGB, le Code civil allemand, est postérieur d'un siècle à notre Code civil, mais ce n'est pas la seule explication. C'est aussi, sans doute, parce que l'économie allemande a été concentrée bien plus tôt que l'économie française. Pour que les « Konzern » (2), dans une économie précocement concentrée, puissent vendre et revendre, au gré de leurs besoins, des établissements industriels, il leur a fallu des règles, et notamment des règles qui déterminent de façon standardisée le sort des salariés.

C'est pourquoi, lors du vote de la loi de 1928, le patronat lorrain (de Wendel) a soutenu l'introduction en droit français des règles du BGB et du HGB (le Code du commerce) (3). Et il est frappant de constater que, 50 ans plus tard, l'adoption de la directive de 1977 relative aux transferts d'entreprise, dans la perspective de la constitution d'un marché unique, est l'une des seules réalisations vraiment ambitieuses du droit social européen.

2. Avec le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, les Allemands ont été les premiers à détacher l'entreprise de la personne du chef d'entreprise, ils en ont fait un simple objet que l'on jette sur le marché.

Au contraire, pour les juristes français, l'entreprise est, comme le patrimoine dans la théorie d'Aubry et Rau, une projection de la personne. L'entreprise constitue une traduction, dans l'ordre des rapports commerciaux, de l'image du fonds rural, de l'exploitation agricole (4). Du fonds rural, on est passé au fonds de commerce, et du fonds de commerce à l'entreprise. Et de même que les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les ruches à miel... ne peuvent pas être séparés du fonds rural (5), de même qu'il faut transmettre le cheptel avec la terre, c'est par un artifice, que l'on voudrait opposer à la « nature » de l'entreprise, que l'employeur en sépare telle ou telle activité, qu'il « met en sous-traitance » le transport de marchandises ou qu'il « filialise » la commercialisation de ses produits. Le thème récurrent de « l'éclatement de l'entreprise » prend pour référence une entreprise patriarcale qui dispose d'un solide ancrage territorial.

Réalité de l'entreprise, artifice du marché : cette vision des choses ne donne-t-elle pas une image faussée ? La juxtaposition des concentrations et des pratiques d'externalisation de l'emploi et de la production ne laisse pas subsister grand chose du mythe français de l'entreprise.

3. Comment le droit du travail peut-il remplir les fonctions qui lui sont assignées, dans ce contexte ? Un syndicat américain a cru pouvoir répondre à cette question ; comme la presse française l'a appris à ses lecteurs (6), l'« organizer » envoyé en Europe pour syndiquer les salariés d'« Amazon.com » a fait alliance avec SUD.

Faut-il se tourner du côté des sommets « off », et attendre que le « nouveau radicalisme » obtienne des États qu'ils

s'accordent sur un droit social, à la faveur des « nouveaux sujets » qui doivent par exemple se discuter dans le cadre de l'OMC ? Ne faut-il pas plutôt s'inquiéter, si l'on rêve un instant d'une régulation internationale des rapports de travail, de l'extrême difficulté que l'Europe a rencontrée pour parvenir à la directive relative à la société européenne, en définitive arrêtée au sommet de Nice ?

4. Sans l'action très résolue de groupements d'États, aucun progrès social ne peut vraisemblablement être attendu dans l'ordre international. Mais au lieu de contribuer à la réalisation d'un tel progrès, il n'est pas impossible que l'Union européenne exerce une influence dissolvante sur les formes de contrôle social déjà existantes.

En 1997, le fonds de pension américain « Calpers » estimait que des améliorations étaient souhaitables dans les autres pays développés, mais que celles-ci seraient plus faciles à obtenir en France qu'en Allemagne ou au Japon (7). À partir de ce jugement, il est permis de se demander si la France, et l'Angleterre, le marché unique aidant, ne jouent pas le rôle d'un « cheval de Troie », en facilitant la remise en cause de la codétermination et de la cosurveillance allemande, ainsi que des formes diverses de négociation sociale que connaissent les pays d'Europe du Nord.

Pour réaliser l'Europe sociale et modifier les règles de l'OMC, quelle autre ressource y a-t-il que de prendre appui sur un modèle continental de relations sociales, et notamment sur la tradition allemande et scandinave ? Entre la construction de l'Europe sociale et l'érosion des systèmes de relations sociales allemands et scandinaves - érosion par la concurrence, par la « corporate governance » -, il semble se livrer une sorte de course de vitesse. Mais en France, ceux qui « aiment le social », souvent, n'aiment pas les Allemands...

Si l'on prend les choses par le haut, par le marché des capitaux, les fusions et les cessions de contrôle, il n'y a pas grand-chose qui permette d'échapper au pessimisme le plus noir.

5. Pourtant, les entreprises sont tributaires des territoires où elles produisent et où elles vendent (8). Elles ont besoin de salariés européens, dès lors que la qualité de la formation de ces salariés permet d'atteindre un niveau très élevé de productivité, et s'accompagne d'une très forte capacité d'innovation.

Le sol brûle sous nos pas, mais tout ne va pas si mal - étonnant contraste. La diversité des remises en question qui atteignent le droit du travail, du fait des concentrations et de l'externalisation, n'autorise pas à formuler des analyses simples. Au lieu de se rallier à un mot d'ordre univoque - reconstituer l'entreprise -, il faut donc prendre son parti d'explorer plusieurs voies concevables d'évolution.

La diversité des remises en question (I) conduit ainsi à envisager plusieurs orientations de modernisation (II).

I. - La diversité des remises en questions

6. Qui ne connaît pas les fraudes à la loi que constituent certaines formes d'extériorisation (marchandage, fausse sous-traitance, etc.) ?

Qu'il y ait fraude ou non, les conséquences sur les relations de travail de la remise en question des frontières de l'entreprise sont considérables (A). Mais, et c'est là un paradoxe, au lieu de rattacher ces conséquences à une crise économique, comme on l'a fait pendant trente ans, il faut maintenant admettre qu'une partie d'entre elles procède de la croissance et de l'innovation (B).

A - Le constat des conséquences

7. Ce constat est connu. Depuis qu'il est question de fraude à la loi en droit du travail (9), on relève que l'éclatement

de l'entreprise permet de transférer les « risques de l'emploi » - c'est-à-dire, entre autres, de contourner le droit du licenciement - et soustrait souvent les salariés à l'empire de la convention collective qui leur serait normalement applicable.

Le report des risques économiques sur les « sous-traitants » aggrave la tendance à la diversification des statuts contractuels. Comme le remarque M. Bruno Trentin à propos de l'Italie, la distinction entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée ne rend plus toujours vraiment compte des différences de situations entre salariés : un contrat à durée indéterminée chez un sous-traitant de énième rang - par exemple un sous-traitant du bâtiment - ne vaut pas mieux qu'un contrat à durée déterminée ailleurs.

8. D'autres risques sont également reportés sur les salariés d'entreprises extérieures, par exemple les risques en matière de santé et de sécurité.

C'est ainsi que, d'après des recherches épidémiologiques^[10], 80 % des radiations reçues par des salariés dans l'industrie nucléaire - dans l'orbite d'EDF, donc - sont reçus par des salariés d'entreprises extérieures^[11]. Il s'agit sans doute, pour la direction, de réaliser des économies, mais il n'est guère vraisemblable que les syndicats de salariés n'aient aucune part de responsabilité^[12] : tout se passe comme si le statut, au lieu d'encadrer et de contenir le risque, servait de point d'appui pour y échapper, suivant la logique du conflit d'intérêt entre *insiders* et *outsiders*, dont parlent tant les chercheurs étrangers^[13]. C'est pourquoi certains travaux dangereux ont dû être interdits aux salariés sous contrat à durée déterminée et aux travailleurs temporaires^[14].

9. Autre ordre de conséquences (sans prétention à l'ex-haustivité) : la remise en question des frontières de l'entreprise dérègle la négociation collective, non seulement - cela tombe sous le sens - la négociation d'entreprise, mais même la négociation de branche.

La fonction historique de la négociation collective de branche a été chez nous de couvrir tous les travailleurs qui concourent à une production, à une activité donnée, quel que soit leur métier. Or les formes nouvelles de relations inter-entreprises atteignent structurellement la négociation de branche, parce que les entreprises « coactives » (donneur d'ordre et sous-traitant, partenaires industriels...) n'appartiennent souvent *vraiment* pas à la même branche. Au total, les salariés qui travaillent ensemble ne sont souvent pas soumis aux mêmes règles conventionnelles^[15].

Certes, il y a d'autres facteurs d'ébranlement de la négociation de branche, comme la mobilité professionnelle, qui fait perdre à bon nombre de salariés leur « identité de branche ». Quoi qu'il en soit, la négociation d'entreprise ne prend pas le relais, parce qu'elle aussi, en droit positif, sépare souvent les salariés qui travaillent ensemble, pour la raison qu'ils n'ont pas le même employeur. C'est pourquoi il est intéressant de constater que dans certains pays, comme aux États-Unis, la jurisprudence n'hésite pas à rassembler dans un cadre unique, en vue de la négociation obligatoire, les salariés d'une entreprise, les travailleurs temporaires auxquels celle-ci recourt ainsi que divers autres qui relèvent de la sous-entreprise^[16].

10. Le constat de l'exacerbation de la fraude à la loi est alarmant, qu'il s'agisse des camionneurs ou des livreurs de pizzas « mis à leur compte » ou de la sous-traitance en cascade qui conduit souvent, chacun prélevant ses marges au passage, au travail au noir.

Toutefois, il existe des contre-tendances : l'usine SMART, figure extrême de la mise en sous-traitance, a paraît-il « réinternalisé » certaines activités^[17]. Surtout, les remises en question ne procèdent pas que de la fraude, mais aussi de la croissance et de l'innovation.

B - L'effet de la croissance et de l'innovation

11. La concentration du capital, quoiqu'elle inquiète souvent, ne constitue pas en soi une régression sociale.

La « nouvelle économie » et les entreprises nouvelles des biotechnologies ont fait croître comme des champignons, souvent en marge de tout droit, des conglomerats qui mélangent salariés classiques, « salariés actionnaires », « free lance »... En cas de succès, le rachat par une structure plus importante peut être l'occasion de « mettre à plat » une situation juridique irrationnelle.

12. À côté des formes de croissance traditionnelle par développement interne de l'entreprise, par prises de participation et rachats, certains ensembles économiques se forment par juxtaposition d'entreprises. Le groupe d'entreprises traditionnel impliquait une participation au capital^[18]. Mais il existe maintenant des groupes d'entreprises aussi cohérents qui se constituent sur la seule base de contrats (franchise, concession...), de la participation à des structures communes (comme des coopératives d'achat) assortie parfois de prêt de main d'oeuvre. Certaines enseignes réputées de la grande distribution ou des services ont ainsi pu mettre en place une coordination très efficace au sein d'un groupe d'entreprises, sans participation au capital, et l'existence de cette coordination donne aux salariés du groupe des intérêts communs, ne serait-ce que ceux qui naissent de la standardisation de l'organisation du travail.

13. Si la croissance s'accompagne de la concentration, elle justifie aussi, parfois, le découpage de l'entreprise en « services » autonomes.

Le thème de l'essor des services recouvre en effet deux réalités distinctes. Il s'agit certes en premier lieu du développement du secteur « tertiaire »^[19] ; mais de façon concomitante, la « relation de service » se développe jusqu'au sein des entreprises industrielles. Au lieu d'une organisation pyramidale, hiérarchique, les unités qui composent l'entreprise sont « autonomisées », rendues responsables de l'accomplissement de certaines tâches, parfois dotée d'une comptabilité séparée. Ces unités doivent - d'après le discours communément entendu - traiter les autres services de l'entreprise comme des « clients »... Une société peut posséder plusieurs fonds de commerce, pourquoi ne pourrait-elle pas abriter plusieurs entités économiques capables de vivre séparément ?

On trouve, peut-être, un écho de l'autonomisation des services de l'entreprise dans la jurisprudence qui admet que le comité d'établissement a droit aux services d'un expert-comptable^[20], ou qu'une « unité économique et sociale » doit être constituée entre quelques sous-ensembles de l'entreprise^[21]. D'ailleurs, une négociation collective établissement par établissement peut, sans discrimination, assurer aux salariés un traitement différencié^[22].

De façon très saisissante, pour qui garde à l'esprit cette division « gestionnaire » de l'entreprise en entités distinctes, un groupe de travail de la COB vient de remettre en juillet 2000 un rapport sur les « actions traçantes » (« tracking stocks »)^[23]. Ces nouvelles valeurs mobilières conférerait à leurs porteurs des droits financiers et des prérogatives spécifiques, corrélés, non pas aux résultats globaux de la société, mais à ceux d'une branche d'activité du groupe ou de l'entreprise. Elles consacraient ainsi une forme d'autonomie financière sans autonomie juridique et permettraient, dans certains cas, une appréciation par le marché de l'activité commune (ou de parties d'activités communes) de sociétés distinctes.

14. En même temps que les services sont (parfois) rendus autonomes, des liens étroits se nouent avec les sous-traitants « de premier rang », comme la recherche l'a montré dans l'automobile et dans l'aéronautique^[24]. *La décomposition de l'entreprise est suivie de recompositions*. À un moment donné, les liens contractuels tissés par un service de l'entreprise avec certains partenaires extérieurs pourront paraître plus intenses que ceux qui unissent les

différentes composantes de l'entreprise. Le « réseau » ne supplante-t-il pas alors l'organisation que l'on pense devoir résulter de la structure du capital ?

15. Un facteur d'accélération de ce processus peut résulter de la recherche du « juste à temps », non plus seulement pour la gestion des stocks (« 0 stocks »), mais aussi pour la conception des produits. Deux chercheurs en gestion, M^{me} Ben Mahmoud-Jouini et M. Midler, ont récemment montré comment l'industrie automobile et l'industrie chimique française se sont modernisées, en plaçant au centre de leur activité les stratégies d'innovation.

Sur certains marchés saturés, disent-ils, la concurrence se fait dorénavant surtout par l'innovation, parce que les techniques de réduction des coûts sont assez uniformément répandues. Dans cette concurrence par l'innovation :

- on remet en question la séparation fonctionnelle entre concepteurs et producteurs (les producteurs, y compris certains sous-traitants, sont associés au processus de conception) ;

- on remet en question la séparation temporelle entre conception et production :

« Au milieu des années 1990, la guerre des prix sur les marchés européens va entraîner une nouvelle stratégie qui consiste à déployer les forces de développement sur les produits déjà commercialisés, afin de tirer immédiatement tous les bénéfices des innovations introduites entre chaque cycle de nouveaux produits. L'intégration transversale, autrefois limitée à la période initiale du cycle, se diffuse maintenant sur l'ensemble du cycle de vie des produits » (25).

À ce processus d'innovation qui intègre conception et production pourront être associés des fournisseurs, des clients, des distributeurs, des consultants... Le management d'un pool de compétences devient le coeur de la stratégie de l'entreprise (ce qui implique, entre autres, la formation des ingénieurs à des fonctions plus « relationnelles » que par le passé). Au lieu de sous-traitance, on parle de « co-développement ».

Même en faisant la part du verbe, c'est peut-être ce type de management qui explique pourquoi c'est Renault qui a pris le contrôle de Nissan, et non l'inverse. Car pour ce qui est du « 0 stocks » et du report du risque sur les sous-traitants, c'est nous qui avons appris des Japonais...

16. Bien entendu, le « juste à temps de la conception » n'est pas généralisé. Nous ne sommes pas dans une période où un modèle d'organisation puisse prétendre éclipser tous les autres.

Le « co-développement » n'en donne pas moins beaucoup à penser au juriste. Qu'en est-il des responsabilités, si le client participe à la conception du produit ? Quelles sont les règles d'attribution de la propriété intellectuelle ? De nouvelles communautés de travail, « trans-entreprises », font leur apparition, et c'est pourquoi les voies de la modernisation du droit du travail ne peuvent se borner à la lutte contre la fraude.

II. - Diversité des voies de la modernisation

17. Il y a des communautés de travail plus vastes que l'entreprise. C'est pourquoi, s'il est nécessaire de revisiter la voie de la reconstruction de l'entreprise (A), une autre ligne d'évolution, celle de la redéfinition du cadre des rapports de travail, peut aussi être explorée (B).

A - La reconstruction de l'entreprise

18. Il existe déjà d'assez nombreux moyens juridiques de reconstruire l'entreprise éclatée. Mais force est de constater

que ceux-ci ne font l'objet que d'une utilisation timide.

19. Timidité des plaideurs

Lorsqu'un salarié est artificiellement coupé de l'entreprise où il exerce ses fonctions, la jurisprudence n'hésite pas à attribuer au véritable employeur la qualité qui lui revient, en se fondant tantôt sur la fraude⁽²⁶⁾, tantôt sur l'exercice du pouvoir de direction⁽²⁷⁾. Or il est surprenant que cette jurisprudence ne soit jamais sollicitée dans le cas où un donneur d'ordre s'ingère dans la gestion du personnel de ses sous-traitants, introduisant à cet effet des clauses dans le contrat de sous-traitance et faisant subir à cet effet des audits réguliers, qui portent, comme dans l'industrie automobile, sur le volume du personnel, sa formation et sa motivation.

« On les a tous les mois sur le dos, trois auditeurs à la fois, l'un en salle, le deuxième en production et un autre, japonais, qui met son nez partout. Ils nous disent qu'on est trop en qualité et trop en magasins. Ils nous poussent à réduire nos effectifs, car ils veulent des réductions de 5 % des prix. On leur présente des plans d'amélioration de la productivité, et ils épluchent tous nos comptes et n'admettent pas qu'on fasse des profits ».

Ainsi s'exprime un sous-traitant de l'automobile, cité par trois chercheurs du Centre d'Études de l'Emploi⁽²⁸⁾.

La mise en oeuvre des normes contractuelles de qualité ne se transforme-t-elle pas assez souvent en exercice du pouvoir sur la main d'oeuvre, au terme de nouveaux « contrats d'intégration »⁽²⁹⁾ ? Les salariés du sous-traitant ne sont sans doute guère en position de soulever la question devant le juge.

20. Timidité de la jurisprudence

Lorsqu'un employeur, sans renoncer à son pouvoir d'affectation, délègue provisoirement un salarié dans une autre entreprise, ce salarié « mis à disposition » doit être pris en compte dans les effectifs du délégataire⁽³⁰⁾. En outre, aux termes d'une solution prétorienne, il est également électeur et éligible aux élections de délégués du personnel. Toutefois, comme la remarque en a depuis longtemps été faite⁽³¹⁾, il est difficile de comprendre pourquoi cette solution n'est pas étendue aux comités d'entreprise.

21. Timidité de la loi

Le droit de la représentation du personnel ne saisit, avec les comités de groupe, que les liens fondés sur la participation au capital. Il ignore les « groupes contractuels », par exemple les réseaux de distribution. Or la solidarité d'intérêts entre des salariés qui travaillent pour la même enseigne, dans un groupe contractuel, dépasse sans doute celle qui peut réunir les salariés d'autres groupes, constitués par des liens d'actionnariat, mais composés d'entreprises hétéroclites. Lorsque le contrat qui réunit durablement deux entreprises constitue le moyen déterminant de la stratégie de chacune d'entre elles, cela ne justifie-t-il pas, *de lege ferenda*, la reconnaissance d'un groupe contractuel ?


22. Timidité, enfin, de la doctrine

Tous les efforts d'argumentation ont tendu à restaurer le lien qui unit le travailleur au détenteur du pouvoir économique, à essayer, en quelque sorte, de « démasquer » un rapport personnel de commandement. Il y a toutefois, dans le Code du travail, des notions un peu inexploitées, comme par exemple celle de « fourniture demain d'oeuvre »⁽³²⁾. Cette notion est plus large que celle de prêt demain d'oeuvre (Capitant et Cuhe la définissaient comme une sous-entreprise, donc comme un contrat d'entreprise⁽³³⁾ ; le tâcheronnage, au XIX^e siècle, était synonyme de marchandage...). Or elle pourrait sans doute être utilisée pour cantonner des formes de sous-entreprise de main d'oeuvre préjudiciables aux salariés, sans qu'il soit nécessaire de constater la subordination de fait à un utilisateur.



23. Dans certaines hypothèses, il est nécessaire de renoncer à la quête du lien personnel entre le salarié et le détenteur du capital. Les relations de travail peuvent être fondées sur l'existence d'une communauté d'intérêts entre salariés.

B - Les voies de la redéfinition


24. En présence d'un mouvement de décomposition et de recomposition de l'entreprise, le droit du travail peut d'abord tenter de se fonder sur l'élément stable que constitue *l'assise territoriale*.

C'est sans doute pourquoi la loi du 19 janvier 2000 a tenté de faciliter la négociation multi-entreprises locale  (34). La DATAR travaille par ailleurs actuellement à l'expérimentation des « bureaux du temps » annoncés par l'article 1 de cette loi.


25. Mais le territoire, c'est aussi *l'établissement*.


Les systèmes de droit étrangers ont parfois tendance à faire masse de tous les salariés d'un établissement - *Betrieb, plant...* - pour y organiser les rapports collectifs de travail. Le droit du travail français connaît le « délégué de site »  (35), mais le bilan de l'institution est modeste. Par ailleurs, lorsqu'une entreprise extérieure effectue des travaux dans un établissement, le responsable de l'établissement doit assurer la coordination générale des mesures de prévention des risques en matière d'hygiène et de sécurité  (36).

Ne faut-il pas aller plus loin ? Y a-t-il vraiment un fondement, en droit et en raison, à ce que le personnel des cuisines, lorsque deux entreprises de restauration collective se succèdent dans un établissement, conserve son emploi (parce que des éléments d'exploitation, les fourneaux et les hottes aspirantes, qui appartiennent au client, changent de mains), alors que dans une situation analogue, le personnel de nettoyage ou de gardiennage perdrait le sien ?

Un grand établissement - usine, siège social, centre commercial, université... - engendre par la nature des choses un certain nombre de fonctions durables, dont certaines sont assurées par des prestataires de services. Les salariés du prestataire s'intègrent à l'entité économique du donneur d'ordre, ils en partagent les contraintes, non seulement celles qui ont trait à l'hygiène et à la sécurité, mais aussi les rythmes de travail et les horaires. Rien, dans la législation, n'interdit d'analyser la succession de prestataires de services en transfert d'une fonction durable d'une entité économique permanente. *De jure condendo*, le « lien d'établissement » pourrait justifier l'application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail en cas de succession de prestataires de services, comme il justifie que les grands magasins soient considérés comme co-employeurs des démonstrateurs recrutés par des marques  (37).

26. La communauté de territoire, la proximité, engendrent une communauté d'intérêts rudimentaire assortie de quelques effets juridiques.

Le droit peut-il reconnaître une communauté d'intérêt plus intense, au-delà du cadre traditionnel de l'entreprise ? Il y a bien l'imité économique et sociale, mais elle est généralement comprise comme une forme de reconnaissance de l'entreprise, par-delà les fictions que crée le droit des sociétés - d'où la surprise compréhensible qu'a manifesté dans ses observations le professeur Jean Savatier, à la lecture de l'arrêt du 18 juillet 2000  (38).

Dans deux autres arrêts du 23 mai 2000 (*Les Hespérides*)  (39), la chambre sociale a refusé de reconnaître une unité économique et sociale entre l'ensemble des agents de syndicats de copropriétaires, dirigés de façon uniforme par la même société de gestion, syndic. L'une des justifications de ce refus fournie par la Cour de cassation est tirée de la précarité du contrat de syndic, soumis à une reconduction annuelle. Il semble même, à lire les arrêts, que n'était la

précarité du contrat de syndic, une unité économique et sociale aurait pu être reconnue dans le périmètre que constituent la société de gestion et l'ensemble des copropriétés.

Quelle est la valeur de l'argument tiré de la précarité des liens contractuels ? Au rythme des fusions, des rachats, des cessions d'actif, est-il encore possible de soutenir que les frontières traditionnelles de l'entreprise constituent un point de repère plus stable que les coopérations de longue durée qui se nouent par contrat entre plusieurs entités ? Peut-être faut-il au contraire se faire à l'idée que les communautés d'intérêts, qui s'établissaient naguère pour des décennies, ont maintenant une espérance de vie moindre...

27. Un facteur de subversion pourrait jouer : c'est la concevable consécration législative du principe majoritaire, comme condition de la validité des conventions collectives (solution revendiquée dorénavant par la CGT et la CFDT). En effet, le principe majoritaire est naturellement ennemi du « bourg pourri » et du charcutage électoral.

En droit américain, lorsqu'un syndicat obtient sa « certification », à l'issue d'un vote où la majorité des salariés s'est prononcée en sa faveur, une très contraignante obligation de négocier prend naissance. Naturellement, chacune des parties a intérêt à définir le cadre du vote d'une façon qui lui convienne, et une abondante jurisprudence porte par conséquent sur la notion d'*appropriate bargaining unit* (cadre approprié de négociation, qui constitue également le cadre de l'élection).

Dans une décision du 25 août 2000, qui constitue un revirement explicite, le *National Labor Relations Board* (quasi-juridiction qui constitue, en matière de droit de la négociation collective, l'instance fédérale de régulation⁽⁴⁰⁾) pose un principe qui peut paraître audacieux au juriste français : les salariés d'une entreprise, les travailleurs temporaires qui y sont affectés, ainsi que diverses autres catégories de travailleurs qui paraissent relever de la sous-entreprise de main d'oeuvre ou de la prestation de service, doivent être rassemblés dans une unité de négociation unique sans que le consentement de leurs employeurs respectifs ne soit requis⁽⁴¹⁾. L'effet de cette décision est très énergique : tous les « employeurs conjoints » (*joint employers*)⁽⁴²⁾ vont être contraints de donner mandat à un négociateur en vue de la conclusion d'un accord unique qui vaudra contrat de travail pour tous les salariés concernés.

28. Les mêmes causes produisent les mêmes effets : le cas *Sturgis* donne à penser que, si le principe majoritaire voit le jour, il pourra paraître difficilement supportable que des salariés qui travaillent ensemble et ont des intérêts communs au regard, par exemple, de la négociation annuelle obligatoire des horaires, voient leur sort réglé séparément, et peut-être contradictoirement.

La notion d'unité économique et sociale est une création prétorienne. Cette notion très ductile, comme le montre l'arrêt du 18 juillet 2000, pourrait sans doute être utilisée par la jurisprudence pour donner aux « communautés de travail trans-entreprises » qui se constituent pour la réalisation d'un programme à moyen terme une première forme de reconnaissance juridique.


29. Face aux mouvements de décomposition et de recomposition qui affectent l'entreprise, le juriste doit garder deux fers aux feux. Il ne suffit pas d'identifier l'employeur, en opposant la réalité de l'entreprise aux découpages plus ou moins sophistiqués qui la voileraient aux regards. L'impératif majeur n'est pas de rassembler tous les salariés qui dépendent du même employeur, mais de rassembler tous ceux qui ont des intérêts communs à représenter. Pour atteindre cet objectif, il est parfois nécessaire de s'affranchir du mythe de l'entreprise, et de considérer la réalité d'un collectif de travail, abstraction faite de la complexité réelle des rapports de subordination.


S'il consent à désacraliser l'entreprise, le juriste français est mieux armé pour comprendre les conceptions des systèmes étrangers, souvent plus réalistes que le système français. C'est un premier pas - comment peser sur les concentrations transnationales si l'on pose les questions de droit en termes étroitement nationaux ?


Mots clés :


ENTREPRISE * Généralités * Définition * Frontière de l'entreprise * Concentration économique * Externalisation * Droit de la concurrence * Concentration économique * Externalisation * Frontière de l'entreprise
TRANSFERT D'ENTREPRISE * Définition * Externalisation * Concentration économique * Frontière de l'entreprise

(1) La rencontre annuelle des juristes de droit du travail s'est tenue le 8 décembre 2000 sur le thème « Les frontières de l'entreprise ». Nous publions ici les principales interventions :

Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi, par Marie-Laure Morin, p. 478 .

Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel, par Alain Coeuret, p. 487 .

L'organisation de la représentation syndicale dans les groupes de sociétés, par Jean Savatier, p. 498 .

Le groupe, l'entreprise et l'établissement une approche en droit comparé, par Patrick Remy, p. 505 .

(2) Équivalent allemand de la notion de groupe.

(3) Proposition de loi n° 2133 (Flandin, de Wendel, Ybernegaray), *JO Ch. Dép., Doc. Parl.*, 1925, III, p. 237.

(4) Cf. F. Gaudu, « Entreprise et établissement », *Mélanges Jeantin*, Dalloz 1999, p. 47.

(5) Ce sont des « immeubles par destination », d'après l'article 524 du Code civil.

(6) L. Girard, *Le Monde*, 7-8 janv. 2001.

(7) Cf. R. Vatinet « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une » contre-réforme « de l'entreprise ? », *DS* 97.608. L'idée est corroborée par les faits : les indicateurs chiffrés relatifs à la « corporate governance » paraissent rapprocher la France de l'Angleterre, alors que l'Allemagne et l'Italie présentent des profils très différents (Cf. M. Dietsch, (dir.), « Concentration de l'actionariat et gouvernement d'entreprise », recherche en cours pour le Commissariat Général du Plan).

(8) Cf. J.-B. Zimmermann, « L'ancrage territorial des activités industrielles et technologiques », *Piste*, GREQAM/EHESS, juill. 95, recherche pour le compte du Commissariat Général du Plan.

(9) Cf. Gérard Lyon-Caen, « La fraude à la loi en matière de licenciement », *DS* n° sp. avril 78, p. 67.

(10) Cf. G. Doniol-Shaw, « Travail et vie des sous-traitants dans la maintenance du nucléaire et sécurité des

installations », in « Précarisation sociale, travail et santé », dir. B. Appay et A. Thébaud-Mony, IRESCO-CNRS 1997. G. Doniol-Shaw, D. Huez, N. Sandret, « Les intermittents du nucléaire. Enquête STED sur le travail en sous-traitance dans la maintenance des centrales nucléaires », Octares, 1995.

(11) Entreprises de maintenance et, jusqu'en 1998, entreprises de travail temporaire. Le travail temporaire n'est plus autorisé depuis un arrêté du 12 mai 98 (*JO* du 23 mai 98, *Liais. soc.*, Bref Social, 26 mai 98. V. aussi, à propos de l'interdiction du travail temporaire sur les sites nucléaires, les articles de L. Folléa et H. Morin, *Le Monde*, 19 fév. 98.).

(12) On peut imaginer que le recrutement par concours ait conduit à l'embauche de salariés surqualifiés. Dans ces conditions, il est *a priori* assez normal que les représentants des salariés aient favorisé une promotion interne, qui éloigne progressivement les agents EDF des tâches ouvrières...

(13) Conflit que la faiblesse extrême des syndicats français, il est vrai, ne permet guère d'illustrer dans le secteur privé...

(14) Resp. art. L. 122-3 et L. 124-2-1 C. trav.

(15) Ce qui n'est pas sans inconvénients pour leurs employeurs eux-mêmes, lorsque les écarts entre les niveaux et les formes de rémunération sont trop importants.

(16) Cf. *infra*, n° 27.

(17) Une prudence *ab initio* est déjà perceptible dans l'article de D. Coué, P. Avril et F. Savatier, « Smart. Les limites de l'originalité », *L'Usine Nouvelle*, 6 juin 1996, p. 80.

(18) Art. L. 439-1 C. trav., pour le comité de groupe.

(19) Avec ce que cette présentation comporte d'artifice statistique induit par les formes d'organisation : la mise en sous-traitance du gardiennage, du nettoyage, etc., font mécaniquement croître la part des services, alors que l'activité concrète des hommes n'a pas changé...

(20) Soc. 14 déc. 99, *DS* 2000.35, obs. M. Cohen.

(21) Soc. 18 juill. 2000, *DS* 2000.1037, obs. J. Savatier ; *RJS* 2000.743.

(22) Soc. 27 oct. 99, *DS* 2000.185, obs. Couturier.

(23) COB, « L'introduction en France d'actions traçantes », rapport du groupe de travail présidé par R. Barbier de la Serre, juillet 2000.

(24) Cf. A. Gorgeu, R. Mathieu, M. Pialoux, « Sous-traitance industrielle et dualisme du marché du travail : une étude de cas », Centre d'Études de l'Emploi, 97/107, déc. 97, recherche réalisée pour le compte du Commissariat Général du Plan ; M.-L. Morin (dir.), B. Amann, F. Dauty, F. Larré, F. Teyssier, « Sous-traitance et relations salariales », CEJEE janv. 94, recherche réalisée pour le compte du Commissariat du Plan. V. aussi S. Casper, B. Hancké, « Global Quality Norms within National Production Régimes : ISO 9000 Standards in the French and German Car Industries », *Organization Studies*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1999, 20, Issue 6, p. 962.

(25) « Compétition par l'innovation et dynamique des systèmes de conception dans les entreprises françaises. Réflexions à partir de la confrontation de trois secteurs », *Entreprises et Histoire*, déc. 99, p. 36.

(26) Soc. 30 mai 2000, *DS* 2000.803, obs. Couturier ; *RJS* 2000.573 : disqualification d'une « société-écran » pour appliquer la convention collective du véritable employeur.

(27) Soc. 23 sept. 92, *DS* 92.918 (recevant des ordres de deux sociétés, le demandeur est indivisément leur salarié) ; AP 20 déc. 96, *B.* n° 10 (pour les agents publics mis à la disposition d'un établissement privé).

(28) A. Gorgeu, R. Mathieu et M. Pialoux, *op. cit.*, p. 51.

(29) Qui font pendant dans l'industrie à ceux que connaît depuis 40 ans le droit rural.

(30) Pour une application récente, Soc. 28 mars 2000, *DS* 2000.797, obs. Roy-Loustaunau.

(31) J. Péliissier, obs. sous Soc. 18 avr. 80, *D* 80, IR 545.

(32) Art. L. 125-1 C. trav.

(33) « Le marchandage est une convention de sous-entreprise, usitée dans certaines professions (...), par laquelle un sous-entrepreneur ayant passé avec un entrepreneur principal un contrat portant sur la main d'oeuvre des travaux à accomplir, fait exécuter ces travaux par des ouvriers payés par lui (...). Il rentre dans la catégorie des contrats de sous-entreprise, en ce sens qu'il est conclu entre un entrepreneur, chargé de l'exécution d'un travail, et un tiers, auquel il confie une partie de ce travail.

... Le marchandeur se borne exclusivement à la main d'oeuvre nécessaire à l'exécution du travail dont il se charge : tous les matériaux nécessaires sont fournis par l'entrepreneur. C'est là le trait essentiel, fondamental, du marchandage

; c'est le critérium qui permet de le distinguer des autres contrats de sous-entreprise, de forme parfois très variée, que l'on rencontre dans la pratique » (Capitant, Cuche, Précis de législation industrielle, Dalloz, 1933, n° 199).

(34) Art. L. 132-30 C. trav.

(35) Art. L. 421-1 C. trav.

(36) Art. R. 237-1 et s. C. trav.

(37) Soc. 19 janv. 99, *DS* 99.765, obs. I. Vacaric.

(38) Préc.

(39) Soc. 23 mai 2000, *RJS* 2000.567, rapp. Coeuret, *RJS* 2000.529.

(40) En effet, le droit de la négociation collective est en droit américain régi par une loi fédérale, le *National Labor Relations Act* de 1935, amendé à plusieurs reprises depuis lors. Le NLRB statue naturellement sous le contrôle de la Cour suprême.

(41) *Sturgis, Inc. & Textile Processors, Service Trades, Health Care, Professional & Technical Employees International Union Local 108, etc.*, 331 NLRB n° 173, August 25 2000. Dans cette affaire, le syndicat local, contredit pour des raisons de principe par l'AFL-CIO qui s'exprime comme *amicus curiae*, soutenait d'ailleurs la position la plus frileuse... Toutes les décisions récentes du NLRB sont en libre accès sur le site de l'institution.

(42) Le critère de l'employeur conjoint tient au fait que des entreprises, par ailleurs distinctes, se répartissent ou exercent d'un commun accord à l'égard d'un groupe de salariés les pouvoirs d'employeur, tels que les décisions d'embauche, de licenciement, la discipline, la direction ou la supervision du travail (Cf. R. A. Gorman, « Basic text on labor law, unionization and collective bargaining », West Publishing Co, Saint-Paul, Minnesota, 5^e éd., 1991).