

PLASTICITE DU CAPITAL ET NOUVELLES FORMES D'EMPLOI

GERARD LYON CAEN*

1. *Il y a emploi et emploi* écrivait récemment dans l'officielle revue Travail et Emploi un jeune chercheur. C'est que les formes changeantes d'emploi dépendent des orientations de la gestion du personnel des entreprises —elles-mêmes dépendantes des structures et des stratégies du capital. On ne saurait être surpris que notre tempo s'illustre par une profonde rénovation des formes juridiques d'emploi.

En prélude à l'étude détaillée du CTDD,¹ il est indispensable de tracer des perspectives générales de l'emploi aujourd'hui. Sinon l'arbre cacherait la forêt. Le retour à une forme juridique anciennement connue n'est pas un accident —mais un exemple parmi d'autres d'une nouvelle direction prise par la gestion du personnel, d'une sorte de "retour au 19ème siècle".

2. La forme d'emploi "normale" pouvait être caractérisée de la manière suivante: un *salarié* était embauché par un unique employeur pour occuper un poste de travail à plein temps, dans un cadre organisé (usine bureau). Le poste était permanent et stable. Au fur et à mesure que la qualification ou l'ancienneté croissait, le statut du salarié s'améliorait, au point que l'idée de carrière n'était pas étrangère à l'entreprise privée. Le salarié percevait une rémunération régulière, à l'abri des aléas, la mensualisation

* Professeur de Droit du Travail Université Paris (Panthéon Sorbonne). Directeur du Centre de recherches de Droit social.

¹ CTDD-Contrat de Travail à Durée Déterminée.

ayant constitué le point culminant de cette garantie des ressources. L'entreprise versait au surplus les charges salariales correspondant au salaire, afin d'assurer au salarié la sécurité des gains en cas de maladie, d'accident ou de vieillesse. Enfin, grâce au droit syndical et à ses compléments, telle la négociation collective, les salariés s'efforçaient d'équilibrer le pouvoir de l'employeur, et de l'affronter en état d'équilibre des forces.

3. Une organisation économique nouvelle se met aujourd'hui en place.

— La multinationalisation du capital et la libre circulation de celui-ci permettent l'implantation de postes de travail là où celle-ci est la plus avantageuse; les *transferts d'emplois* sont ainsi incessants, et d'un bout à l'autre de la planète, sans que les syndicats aient pu efficacement s'y opposer.

— Des conventions entre entreprises permettent de soustraire des fabrications; si bien qu'une entreprise de construction automobile ou aéronautique, où le personnel a gagné un statut collectif protecteur, confiera de multiples travaux annexes —les moins qualifiés—, non à ses propres salariés qui seraient défendus par le syndicat et vite alignés sur le statut général, mais à de petites entreprises aux salariés faibles et dont l'existence dépendra des commandes reçues par l'entreprise dominante.

— Mais c'est surtout les procédés du Droit des sociétés qui seront employés pour brouiller les pistes: la *filiatisation*, les prises de *contrôle*, la constitution de *groupes* de façon plus ou moins visible (souvent à l'insu des salariés) désarment ou désorientent l'action collective. Les salariés trouvent du jour au lendemain en face d'eux un employeur nouveau, d'eux inconnu, qui souvent n'a plus besoin de leurs services. Plus généralement, les mécanismes du Droit économique et financier suffisent à ruiner —sans changement perceptible— les fondements du Droit du Travail. Ceux-ci, relativement immuables, n'ont pas suivi les mille et une formes de la restructuration du capital.

4. D'ores et déjà, néanmoins, la nouvelle organisation économique est parvenue à pousser plus loin et à élaborer de nouvelles règles juridiques, y compris sur le *marché du travail*.

Qu'on observe bien que cela ne s'est pas fait le plus souvent par suppression des règles antérieures, mais par juxtaposition. Mais comme la mauvaise monnaie chasse la bonne, ce qu'on a appelé le *nouveau marché du travail* gagne du terrain sans cesse au détriment de *l'ancien*. De nouvelles formes juridiques éclipsent les anciennes. Si bien que la période actuelle se caractérise par la survivance des formes traditionnelles d'emploi (en déclin tantôt lent, tantôt rapide) et l'apparition de formes nouvelles. Formes nouvelles dont il est assez surprenant de constater qu'elles son souvent ressuscitées d'un passé séculaire. Comme la révolution industrielle (fin du XVIII^e et début du XIX^e siècle) avait utilisé, servie en cela par la Code Napoléon, diverses formules empruntées au Droit romain (louage de services), le bouleversement économique contemporain redécouvre des techniques mises au point à l'aube du XIX^e siècle, et que les luttes ouvrières avaient progressivement fait oublier. Tout se passe aujourd'hui, en effet, comme si le capital "donnait de l'ouvrage aux conditions librement décidées par lui" sans contrainte extérieure, et pour le temps précis où cela lui est nécessaire (cf le "journalier"). "Hire and Fire" disait l'entrepreneur américain dès le XIX^e siècle. Autonomie de la volonté, libre résiliation du contrat, articles 1134 et 1780 du Code civil, disait en écho le Code civil et la Droit du XIX^e siècle. Lew "formes nouvelles" de recrutement ne son pas si nouvelles et son celles du libéral XIX^e siècle.

La différence est que cette "souplesse", ce néo-libéralisme refont surface au profit non du petit entrepreneur, à peine échappé du régime corporatif, mais de patrimoine collectifs puissants et organisés souvent par dessus les frontières.

5. Qu'il s'agisse d'isoler, et à la longue de réduire, le Droit traditionnel, ou de créer des formes juridiques nou-

velles, cela n'est comme toujours possible que moyennant une tentative de légitimation auprès de l'opinion publique; cette politique nouvelle des relations de travail avait manifestement besoin de ses titres justificatifs. C'est là que la théorie du Droit intervient, et quele "vouloir des rapports économiques" est à lui seul impuissant; il lui fant une *idéologie*

Le point de départ est évidemment le fait massif et brutal de l'accroissement continu du chômage. S'il y a des chômeurs en sigrand nombre, c'est dit-on que les *entrepri-dû* licencier. Si elles ont *du* licencier, c'est que les *profits* tendaient a diminuer. Si les profits tendaient ainsi à diminuer, c'est que force de travail globalement considérée coûte *trop* occasionnées par l'emploi sont trop lourdes. Si donc on *diminue ces charges*, si on libère le travail de tout l'arsenal protecteur dont il était entouré, la force de travail trouvera de nouveau à s'employer, car l'entreprise y retrouvera son avantage.

De manière encore plus précise, il importe de tendre vers un état où la force de travail ne sera *jamais improductive* et pourra être mise à l'écart dès que les commandes diminueront. On atteindra ainsi une parfaite *mobilité* du marché du travail, remède exclusif au chômage.

6. La politique économique globale repose sur la recherche d'une compression des coûts de production, d'une meilleure compétitivité des entreprises dans la perspective des équilibres économiques extérieurs généraux. La force de travail est invitée dans cette analyse à réduire ses prétentions. Et le plus sûr moyen est de fournir aux entreprises des procédés susceptibles de se procurer *autrement* la main d'oeuvre nécessaire.

La gestion des entreprises de son coté s'est faite plus méthodique, y inclus la gestion du personnel. Les "relations hamaines" ont fait leur temps; on en est à la gestion prévisionnelle, et même à une gestion purement financière de la force de travail. Eviter toute contrainte légale devient, dans ces conditions, l'impératif majeur. Il s'agit de ne payer que s'il y a du travail à faire. Le temps payé doit

correspondre à un travail effectif, et il importe de ne pas s'encombrer d'une main d'oeuvre dont on n'a plus l'usage. C'est la recette pour rétablir les profits. Rentabilité, rationalisation, restructuration sont les mots du jour.

7. Pour donner forme conceptuelle à cette nouvelle approche des problèmes du travail, tant au plan des responsabilités de l'Etat qu'à celui de l'entreprise, on va utiliser un vocabulaire économique ou sociologique dont la traduction juridique est encore à faire. Ainsi on parlera de la nécessaire *mobilité* du travail par opposition à la stabilité (on évitera au contraire de parler de *précarité*, terme à forte connotation péjorative).

L'idée de *précarité* suggère un emploi bref —un emploi fragile, incertain, provisoire—, le mot *tâche* serait préférable à celui d'emploi. Un travailleur précaire peut s'appeler selon qu'il est employé dans le secteur public, nationalisé ou dans le secteur privé: *vacataire, auxiliaire, contractuel, stagiaire, intérimaire, travailleur à temps partiel, personnel sous contrat à durée déterminée*. . . Tout se passe comme si on avait voulu noyer le poisson sous ces nombreux vacables. En y regardant d'un peu plus près et malgré la discrétion des ministères et des milieux patronaux, on se rend compte que cette catégorie de travailleurs compte des centaines de milliers, des millions d'hommes et de femmes dans ses rangs. A la tête, l'Etat-patron défend vaillamment sa première place avec *800 000 salariés qui d'une façon ou d'une autre échappent au statut de la fonction publique ou à celui des entreprises nationalisées*. Dans le secteur privé, le rapport Couste estime à *250 000 le nombre de contrats à durée déterminée*. L'engouement que le patronat a pour ce genre de travail temporaire permet de penser que ce chiffre a largement augmenté. Le ministère du Travail admet que *150 000 intérimaires sont chaque jour en "mission"*. Un million de salariés passent chaque année par les entreprises de travail intérimaire. Côté pacte national pour l'emploi on dénombre plus de *100 000 jeunes indemnisés* qui au terme de leurs *stages pointent* au chômage. Voilà pour ce qu'on connaît à coup sûr des chiffres

du précaire. Restent des zones d'ombres gigantesques concernant notamment *le travail à temps partiel*.

8. Mais il importe d'observer que la contre partie de cette tendance n'a pas vu le jour: il n'existe *pas de statut de la mobilité* comportant une continuité derrière la précarité, un reclassement après chaque fin d'emploi. Le contrôle des licenciements constitue à cet égard un fiasco. Au 1er marché du travail qui donne la stabilité de l'emploi, ne correspond pas un 2ème marché du travail où la mobilité serait organisée, institutionnalisée: ce 2ème marché correspond au vide juridique. Qu'on ait abandonné le "droit à l'emploi" —le "plein emploi", peut se concevoir, s'il y avait quelque chose en échange— Les pouvoirs publics, tout en favorisant son accroissement, n'ont rien fait pour organiser le 2ème marché.

9. La présentation dans ses conséquences juridiques d'une nouvelle politique des formes d'emploi n'est pas sans danger. Toutefois on peut tenter une synthèse autour de deux idées: la première correspondant à une nouvelle politique d'embauche; la seconde à une nouvelle politique des structures de l'entreprise. Dans le 1er cas, l'employeur, tout en se présentant ouvertement, veut garder *les mains libres*. Si l'employeur (dirait La Palisse) est celui qui emploie, ce serait *une embauche sans emploi*. Dans le 2ème cas, il extériorise la main d'oeuvre, il se *dissimule comme employeur*. On se trouve en face d'un *emploi sans employeur*.

I. L'employeur aux mains libres

(ou l'embauche sans emploi.)

A. L'employeur peut d'abord jouer sur le facteur temps:

10. *Le lavallement du contrat a dure déterminée* l'employeur s'efforce de *limiter d'avance dans le temps ses engagements*, ce qui a pour effet de *le dispenser de payer*

des indemnités de rupture. Tel est le contrat à durée déterminée; la protection accordée au salarié recruté dans le cadre d'un tel contrat —oeuvre de la jurisprudence— était devenue telle qu'il ne présentait plus d'avantages réels par rapport à celui à durée indéterminée. La loi en a refait un contrat précaire et l'a rendu à nouveau attrayant, puisque le temps payé sera le seul temps de travail effectif prévu.

Institution ancienne, l'intention du législateur a été, en 1979, d'en favoriser la conclusion; car ce contrat permet une meilleure adaptation de l'emploi aux besoins changeants de l'entreprise. Selon la jurisprudence, l'avait emporté une conception restrictive de ce type de contrat, et une protection du salarié avait été progressivement admise:

— l'addition de contrats successifs à durée déterminée constituait un *ensemble à durée indéterminée*;

— la reconduction tacite du même contrat sans limitation du nombre de périodes constituait un *contrat à durée indéterminée*;

— l'engagement pour une période limitée mais dont le terme était inconnu était à *durée indéterminée*, spécialement celui pour la durée d'un chantier.

Dans ces hypothèses, le salarié bénéficiait des garanties propres au contrat à durée indéterminée. Le contrat était *requalifié* lors de sa rupture. Au surplus, le droit de l'employeur de ne pas poursuivre le rapport contractuel au delà du terme convenu, était susceptible d'abus et ouvrait alors droit à dommages intérêts.

11. Cette jurisprudence a été dénoncée lors des travaux parlementaires. Et afin de lever toute réticence des entreprises à offrir aux chômeurs un emploi de dépannage, la loi *élargit la définition* du contrat à durée déterminée et le soumet a un *régime moins protecteur* en général que la jurisprudence antérieure.

La loi a ainsi coupé les ailes à la jurisprudence.

— Dans le même ordre d'idées l'employeur peut systématiquement organiser l'incertitude: ce sera l'essai artificiellement prolongé ou renouvelé. La jurisprudence peut réagir (Soc. 27 févr. 1980).

12. Il peut chercher à ne verser qu'un salaire *intermittent*, c'est ce que le travail *occasional*, ou la temps partiel permet.

Le code du travail fait état du "personnel à temps partiel" (art. L. 133. 3, al. 12) de "l'emploi à temps réduit" (art. L. 133. 4, al. 6), des "emplois à mi-temps" attribués aux handicapés (art. L. 323.29), ainsi que des "horaires réduits" (art. L. 212.4.2.). Excepté ce dernier, cas, et le travail à "mi-temps" des handicapés, la loi ne détermine pas les conditions d'utilisation du "travail partiel ou réduit", en laissant ce soin aux conventions collectives et, surtout, elle ne le définit pas par rapport au travail à temps complet ou à "plein temps", c'est à dire par rapport à la durée "légale" ou "normale" hebdomadaire du travail (pratiquée dans l'entreprise).

On rencontre de plus en plus souvent l'expression "travail occasionnel" ou "travailleur occasionnel", tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Le travail occasionnel est pratiqué dans tous les secteurs de l'activité économique, et en particulier dans celui des services. Il est ainsi pratiqué: a) dans les grands magasins pour les périodes de grande affluence (fêtes de fin d'année, périodes de soldes, samedi) ou pour la période de diminution temporaire du personnel permanent (période des congés annuels); b) dans le tourisme pendant la période de pointe (hôtels, restaurants, ...); c) ainsi qu'à l'occasion d'une foire ou d'une exposition commerciale, artistique ou autre, etc. ...

Il est réalisé pendant une période, en principe, limitée ou encore pour l'accomplissement d'une tâche déterminée (distribution de périodiques, ou d'annonces publicitaires, de prospectus, de dépliants, tracts, déchargement d'un camoin, etc. ...).

Au sein du B.I.T., le travailleur occasionnel est défini comme celui qui est "engagé à titre tout à fait temporaire".

Le nouveau régime sur l'aménagement du temps de travail risque de conduire à son utilisation systématique.

13. Le travail intermittent ou à la vacation rend de plus en plus malaisé la *distinction de l'indépendant et du salarié*. L'indépendant était celui qui fournissait une tâche: Le *tâcheron*, pequel s'opposait au *journalier*. Le vieux critère de la subordination gliss entre les doigts. Ainsi des travailleurs à domicile: ils ont été assimilés aux salariés, mais la réalité économique est plus forte. Si le donneur d'ouvrage ne leur donne rien à faire pendant une, deux ou trois semaines consécutives, ils redeviennent des indépendants sans clients—, nono des salariés chômeurs. Il y a une tendance allant à l'encontre de l'ancienne volonté du législateur d'assimiler les petits indépendants à des salariés, consistant à accroître le nombre des indépendants payés à la tâche, à la vacation. C'est clair dans l'organisation de la distribution. Les charges sociales disparaissent, le salaire est strictement ajusté à la prestation reçue.

La jurisprudence réagit parfois et requalifie le contrat (Soc. janv, 5 mai 1977; 15 févr. 21 juin 1978).

Temporaires, saisonniers sont nombreux dans les grands magasins. Les vacataires sont nombreux dans le service public: la continuité du service fait bon ménage avec la précarité de l'emploi et de la rémunération. La motivation est sans doute d'éviter d'avoir à appliquer les statuts ou les conventions collectives. Précarité d'emploi va de pair avec absence de protection sociale.

B. *L'employeur formateur*

14. Outre le facteur temps, l'employeur peut encore utiliser les possibilités offertes par *l'ambiguïté* de nouvelles situations juridiques, où il cumule sur sa tête: —la qualité d'employeur, —et la qualité de formateur.

Ces situations ont été imaginées par la législateur pour aider à l'insertion professionnelle des jeunes.

vailleurs absents et pour offrir une chance à des travailleurs ne cherchant pas un emploi régulier — a été utilisée par les entreprises pour obtenir une plus grande souplesse dans la gestion du personnel et des emplois d'intérimaires sont couramment proposés aux demandeurs d'emploi cherchant un emploi durable. Il y a eu *détournement de législation*.

Désormais, le travail temporaire concerne *deux catégories de travailleurs*. Il risque de déborder de son rôle d'appoint et d'adaptation d'une main d'oeuvre périphérique aux nécessités économiques pour devenir un moyen de précariser une partie de la population active, et ainsi de tourner la législation du travail protectrice qui lui était jusqu'ici applicable.

Ce résultat a été obtenu en 3 temps:

17. *Primer temps*: la loi elle-même, contrairement à la loi allemande, qui oblige l'ETT à payer ses salariés entre 2 missions — ce qui est logique à partir du moment où elle est déclarée le *seul employeur* —, lui permet de n'être employeur qu'autant qu'elle a une offre venant d'un utilisateur. Le contrat s'identifie avec la mission: l'ETT n'est employeur que tant que dure la mission, un *employeur conditionnel* s'il a une "commande". Tant que cette règle anormale subsistera, le marché du travail sera dérégulé.

18. *Deuxième temps*: la jurisprudence a été plus loin. L'art. L. 124. 4 est ainsi rédigé: "Le contrat de travail liant l'entrepreneur de travail temporaire à chacun de ses salariés mis à la disposition provisoire d'un utilisateur. . . est conclu pour la *durée déterminée ou indéterminée pendant laquelle le salarié doit être mis à la disposition de l'utilisateur*". Or l'art. L. 124. 2 a bien situé le champ du travail temporaire en précisant: "Il ne peut être fait appel aux salariés. . . que pour des *tâches non durables* accomplies pour le compte d'un utilisateur, dénommées missions". *La durée du contrat peut être indéterminée d'une part, mais la tâche est non durable d'autre part*. Comment concilier les deux termes?

La Cour Cassation a d'abord admis qu' en l'absence de précision sur le terme de la mission, le contrat pourrait, le cas échéant, être qualifié contrat à durée indéterminée et son titulaire bénéficierait de la protection correspondante, donc d'une indemnité de préavis.

Mais, par un arrêt du 6 mai 1975, la chambre sociale a oté l'essentiel de son intérêt à la recherche de la durée des contrats de travail temporaire, en déclarant que quelle que soit la qualification donnée à leur engagement, les ST² se trouveraient placés sur le même plan à la fin de leur mission, et ne recevront qu'une *indemnité de précarité* prévue par la loi. Ceci signifie que, même s'ils ont effectué une mission à durée indéterminée supérieure à six mois, *le fait de recevoir cette indemnité de précarité les prive de tout droit à préavis et à indemnité de licenciement.*

19. *Troisième temps*: la fraude à la loi caractérise la pratique. "Des tâches non durables", sont devenues des *tâches quelconques*. Grâce à cette main d'oeuvre mobile, sans avantages sociaux—, conventionnels ou statutaires—, bon marché (les calculs ont été faits et sont certains), les entreprises diminuent le nombre de leurs salariés titulaires.

La Cour de Cassation cherche à faire échec à la fraude. S'attachant au principe fondamental selon lequel le travail temporaire ne peut être utilisé que pour des tâches non durables, elle exclut du champ d'application de la loi de 1972 un contrat conclu entre une ETT et un ST, qu'elle requalifie en contrat à durée indéterminée de *droit commun* (Cass. soc. 15 févr. 1978). En l'espèce, une ETT avait mis un intérimaire à la disposition de la société Dassault pendant 18 mois sans interruption, en exécution de contrats sur le renouvellement desquels le ST pouvait compter, et dont le dernier, supérieur à 3 mois, aurait dû (selon les art. L 124. 2 et L 124. 3) être soumis à autorisation administrative. La Cour déclare: "faute d'avoir observé la loi de 1972, l'ETT s'est placée hors de son champ d'application". Et la Cour réaffirme sa détermination, dans un arrêt du 15 mars 1978, en rappelant que, l'ETT n'ayant

pas observé la loi de 1972, le salarié n'était lié "qu'en apparence" par un contrat de travail temporaire; et elle requalifie le contrat en contrat à durée indéterminée de droit commun. Cette jurisprudence, fondée sur la violation des art. L. 124.2 et L. 124. 3. sera-t-elle étendue aux cas de violation des autres dispositions de la loi? Permettra-t-elle d'écartier la qualification de contrat de travail temporaire chaque fois qu'une de ses dispositions quelconques aura été violée? La Cour montre une sévérité certaine puisque dans un autre arrêt du 14 mars 1978, la chambre criminelle approuve les juges du fond d'avoir condamné une ETT à payer une amende pour n'avoir pas, dans le contrat de travail temporaire, fait état des "caractéristiques particulières du travail" dont devait être chargé le ST. Elle qualifie l'opération affectuée par l'ETT de *fourniture irrégulière de main d'oeuvre*, montrant ainsi le prix qu'elle attache au respect des règles de formes qui président à la rédaction du contrat de travail temporaire. Tant la chambre sociale que la chambre criminelle, l'une par le retour au Droit commun, l'autre par le canal du délit de fourniture irrégulière de main d'oeuvre, sont engagées dans la recherche systématique des abus et déviations.

20. Il est devenu fréquent qu'une société constitue elle-même une société d'intérim et s'adresse à elle pour tout recrutement. Mieux: le service du personnel sélectionne les candidats et les envoie se faire embaucher par une société d'intérim. Les abus

Un plan d'action de la C.E.E. pour limiter le recours systématique au travail temporaire a été soumis au conseil des ministres le 28 mai 1980.³

On retrouve la même inspiration dans l'arrêt Soc. 13 juin 1979 Bull. V. no. 533 salariés mis à la disposition de l'ORTF pour 4 ans. La cour de renvoi vient de juger que apparemment salariés de l'ETT BIS, ils étaient en réalité agents *statutaires* de l'ORTF.

² Salariés Temporaires

³ Orientations d'action communautaire en matière de travail temporaire (en 13 point) v. Intersocial mai 1980.

21. Si le législateur intervenait à nouveau, il paraîtrait important d'assurer une meilleure cohérence interne au travail temporaire:

- en faisant du ST un salarié régulier et permanent de l'ETT;
- en redéfinissant strictement *les cas* et *motifs* légaux de recours au travail temporaire;
- en tentant de rapprocher la situation des ST de celle des salariés permanents de l'entreprise, au moins au regard du bénéfice des œuvres sociales et de l'essentiel des avantages acquis par l'ancienneté dans l'entreprise;
- en chargeant le *service public* d'organiser lui-même les services chargés de procurer du personnel temporaire; ces services assurant alors aux ST une plus grande sécurité de l'emploi: permanence du contrat de travail entre deux missions;
- en relevant le coût du salaire du ST, ce qui aurait sur les EU⁴ un effet dissuasif puisqu'il y aurait similitude de coût entre les deux types de salariés (temporaires-permanents).

Une convention collective nationale est indispensable; la négociation dure depuis deux ans et n'aboutit pas.

Le recours au travail temporaire devrait donner lieu à consultation du comité d'entreprise dans l'EU (modification art. L. 432. 4. c.).

La prolongation de mission devrait être subordonnée à autorisation de l'Inspection du travail.

D. *l'emploi hors la loi.*

22. Si un tableau des larges possibilités que le Droit positif offre à l'emploi dans contraintes voulait être com-

⁴ Entreprises ulitisatices.

plet, il devrait consacrer quelques lignes à l'emploi *hors la loi*. On aura reconnu le travail noir. Mais c'est un sujet trop vaste. L'économie est là entièrement souterraine et il y a beau temps que les pouvoirs publics baissent les bras.

Le Droit du Travail n'est an demenrans pas seul au banc des accusés. A ses côtés il y a son complice: le Droit des sociétés et celui des contrats commerciaux.

II. *L'employeur masqué,*

(ou *l'emploi sans employeur*).

23. L'organisation des entreprises est aussi source de précarité. On a souvent décrit le double mouvement complémentaire qui la caractérise: une concentration ou centralisation du pouvoir économique - une décentralisation de la gestion qui va jusqu'à l'expulsion du personnel. Le personnel est de plus en plus *extérieur à l'entreprise*, ce qui oblige à repenser cette notion toute traditionnelle. On verra sans doute demain des entreprises sans personnel.

Jusqu'il y a environ quinze ans, l'entreprise individuelle (qui est le cadre support de la législation du travail quant à la représentation des salariés) était une unité juridique physique et sociale de production; cohérente, elle assurait elle-même toutes ses fonctions, le plus souvent sur un même lieu géographique avec des salariés permanents ayant un statut juridique commun. Ceci est le passé; car depuis, les entreprises se sont "restructurées", des groupes de dimension internationale se sont créés, le pouvoir de décision s'est éloigné juridiquement et physiquement du lieu de production, chaque "tâche", contribution a la production finale, est devenue juridiquement autonome par le biais de la personnalité morale.

24. Deux catégories de situations méritent d'être décrites:

— *La filialisation*: néologisme récent signifiant exactement "la creation d'une société filiale d'une autre société

par retranchement de parties de cette dernière qui acquièrent une personnalité morale indépendante". Juridiquement il s'agit d'un apport partiel d'actif. Plus qu'un simple moyen de contrôle (ce à quoi ont toujours servi les filiales dans les concentrations horizontales ou verticales) ou de collaboration (en cas de filiale commune), la filialisation est un procédé d'organisation structurelle d'extériorisation (souvent fictive) d'une tâche déjà existante et autrefois intégrée. Cette technique, vu l'absence d'un Droit des groupes de sociétés, permet des abus inadmissibles aussi bien en matière commerciale qu'en matière sociale.

— *La prestation de service et la sous-traitance*: ces deux cas procèdent du même système: par le biais de contrats commerciaux, une entreprise malvue de la production finale (ou "donneur d'ordre") décide de faire exécuter une tâche par une autre entreprise plutôt que par ses propres salariés.

Juridiquement, la *prestation de service* est assimilée à un contrat de fourniture; l'entreprise "dominante" passe ce contrat pour l'exécution de ses propres besoins "*secondaires*", car éloignés de la production ou distribution, objet commercial ou industriel qui est sa finalité (nettoyage, gardiennage etc. . .) ou "*spécialisés*" (informatique, comptabilité). A l'opposé, en cas de *sous-traitance*, l'entreprise donneuse d'ordre passe un contrat pour faire exécuter par une autre entreprise tout ou partie d'une production ou d'un service qu'elle doit elle-même effectuer pour un client, qui coïncide donc avec son objet commercial ou industriel; il y a donc en ce cas deux contrats d'entreprise liés par l'objet). et réellement relations trilatérales.

25. Dans les deux hypothèses, une certaine restriction à l'insécurité de l'emploi résultera de l'art. L 122.12 (A). On sera toutefois obligé d'utiliser aussi la voie répressive (ce qui n'est pas bon signe), car la prestation de services est proche cousine de la *mise a la disposition* illicite de main d'oeuvre (B). L'appréhension réaliste des problèmes de l'emploi au niveau du groupe (y inclus filiales ou sous-traitants) se fera inévitablement, se fait déjà lentement:

arracher le masque, c'est voir apparaître le visage du groupe (C).

A. *La stabilité illusoire découland de l'art. L 122.12.*

26. La *modification*, au sens de l'art. L 122.12, c'est tout transfert de l'activité économique, révélé par un changement de direction. Une société cesse son activité; si une autre exerce la même activité, l'art. L 122.12 doit s'appliquer, et même si la première a procédé à un licenciement économique, celui-ci n'a pas de réalité et les salariés doivent conserver leur emploi.

Toutefois, la jurisprudence est plus timide qu'on ne le dit: le *simple regroupement* de moyens ou d'activité n'implique pas le transfert d'entreprise: il n'y a donc pas lieu à application de l'art. L. 122.12. Deux arrêts récents illustrent bien ces hypothèses:

- Ainsi, la Cour de cassation (soc in juin 1978 Bull. V. 464) a jugé que la constitution d'un G.I.E. n'implique pas en elle-même le transfert au groupement des contrats de travail liant ses membres à leur personnel respectif car, "destiné à mettre en oeuvre tous les moyens propres notamment à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, il suppose la poursuite par chacun de ceux-ci de son activité propre. . ." En conséquence, un salarié ayant travaillé pour le groupement sous l'égide de son employeur a bien été licencié par celui-ci, qui n'avait jamais cessé son "entreprise".
- Dans une autre espèce (soc in mai 1979 Bull V n°. 223) deux sociétés avaient regroupé leurs activités concurrentes (pour renforcer leur efficacité commerciale); un salarié, licencié pour motif économique par une des sociétés, avait prétendu qu'il y avait eu fusion de fait antérieurement à son licenciement et qu'en conséquence, en vertu de l'art. L 122.12, l'autre société était devenue son employeur. Mais la

Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir constaté que "si les deux sociétés avaient regroupé leurs activités, elles n'avaient pas pour autant fusionné ni perdu leur existence propre, la première ayant poursuivi son exploitation avec son personnel parmi lequel (le salarié) figurait. . . Ce qui veut simplement dire (malgré une terminologie qui prête à confusion) que les employeurs ont regroupé leurs activités sans que l'un s'en désaisisse au profit de l'autre (et qu'il n'y avait pas une imbrication telle que l'on puisse dire qu'il y avait employeur unique). Il n'y avait donc pas transfert d'entreprise au sens de l'art. L 122.12.

27. La *continuation*, au sens de l'art. L 122.12, c'est la *continuation de l'activité, support des emplois*, non celle de l'entreprise: un service de nettoyage, un journal, une usine, un fonds de commerce, la représentation d'une marque, une sablière, un camion; même si l'activité n'est pas identique, si elle revêt une certaine similitude —même si son organisation a changé—, cela suffit néanmoins des lors que le support des emplois subsiste; on cherche seulement si le poste de travail continue. Et cette jurisprudence s'exprime même au cas où il y a eu éclatement, transfert partiel de l'activité. Ainsi, la vente par une entreprise d'une salle de cinémas sur trois; s'il y a permanence des instruments de travail, l'art. L 122.12 s'applique. Si une *tâche* continue à s'exercer: gardiennage, nettoyage, l'entreprise continue (Soc. 8 - 30 nov. 1978). On a critiqué à mon sens à tort l'application de l'art. L 122.12 au domaine de la sous-traitance et de la prestation de services. On trouve contradictoire la dénonciation du contrat commercial et le maintien du personnel en vertu de l'art. L 122.12 sous une gestion différente; mais la *democraci* ahora au contract ce ni maintenant de emplois prouve au bien que l'indépendance juridique des prestataires économiquement intégrés est une fiction, et qu'une telle sous-traitance de fonctions secondaires (tâches peu qualifiées) est très proche de la pure fourniture de main d'oeuvre.⁵

D'ailleurs, tout le monde sait qu'il s'agit bien d'une fiction dont les entreprises dominantes (ou donneuses d'ordre) se servent; constamment, elles jouent sur les deux tableaux: elles *extériorisent la fonction personnelle* (avec ses charges et ses aléas) par l'intermédiaire de divers prestataires (qui se combinent parfois avec des entreprises de travail temporaire); mais *sans renoncer réellement à la gestion de celle-ci*, puisqu'elles ne cessent d'intervenir en pratique lors de la conclusion des contrats et en cas d'exécution de ceux-ci. Avant de signer un contrat de sous-traitance, l'entreprise donneuse d'ordre se fait communiquer l'entier dossier relatif au personnel (de l'entreprise sous-traitante), dont elle n'ignore rien et qui est un élément important pour l'obtention ou non du contrat; et s'il y a des difficultés en cours d'exécution, l'entreprise dominante interviendra directement auprès de son sous-traitant pour qu'il embauche ou débauche. Précisément, ne pas pouvoir intervenir sur l'effectif du prestataire lors des substitutions, à cause de l'art. L 122.12, les gêne.

Nous ne pensons pas surprenant que les salariés des entreprises prestataires soient virtuellement traités comme ceux des entreprises dominantes (ou clientes); véritable maîtresse de la situation économique et juridique, l'entreprise cliente est la partie forte de ces contrats commerciaux et, on peut le dire sans excès, souvent l'employeur de fait de ces salariés.⁶

Si d'ailleurs elle intervient trop souvent et trop directement dans les questions du personnel de son prestataire, ou si celui-ci est une filiale (à 90% ou plus), elle pourra être considérée par les tribunaux purement et simplement comme l'employeur; d'autant plus qu'il arrive très fréquemment qu'elle soit le client unique de son prestataire.

28. C'est alors qu'apparaît toute l'utilité sociale de l'art. L 122.12, et son véritable rôle pour l'emploi: sans être dangereux commercialement (il n'empêche pas la gestion véritablement autonome car il l'atteint que celle qui l'est plus ou moins fictivement), il rétablit un minimum de coïncidence entre le fait et le droit; il freine l'organisation (par

l'utilisation du Droit commercial et notamment de la personnalité morale) d'une irresponsabilité patronale; il empêche la marginalisation par la précarité à vie, de toute une catégorie de salariés pour qui il est la seule voie d'effectivité du Droit du travail; car ne pas trouver son véritable employeur, ou en avoir un insolvable, revient à ne pouvoir bénéficier d'aucune garantie.

Quant à l'embauchage et au débauchage forcé dont seraient victimes les entreprises prestataires de service quand elles se succèdent dans un même marché, il est permis de douter qu'il leur soit véritablement nuisible, vu la faiblesse des salaires et le "turn-over" extrêmement élevé dans ce secteur des services et de la sous-traitance non qualifiée.

29. Cependant, ici encore, il faut se garder de croire que la jurisprudence n'est pas timide. Le maintien de la seule possibilité d'emploi est insuffisant s'il n'y a pas au moins *connexité* des activités des exploitants successifs.

La référence à la notion de fonction est parfois ambiguë, mais en l'état actuel, il semble certain que l'application de l'art. L 122.12 serait exclue en cas de reconversion totale de l'objet ("si le successeur exploite une entreprise entièrement distincte de la précédente"), ou si les activités ne sont pas suffisamment connexes, même s'il y a possibilité du maintien de la fonction dans des conditions identiques. Ainsi par exemple, une caissière, une dactylo, une femme de ménage (si elle n'est pas salariée d'une entreprise prestataire de services!) ne pourraient prétendre au maintien de leur contrat de travail si les deux entrepreneurs successifs ont des activités différentes, même si le nouvel entrepreneur a des postes identiques, pour un travail identique et dans des conditions similaires.

30. An amplius quand l'entreprise donneuse d'ordre substituera un sous-traitant à un autre, comme elle n'a aucune espèce d'obligation d'information vis à vis des salariés, ceux-ci devront découvrir tout seuls quelle entreprise a succédé dans la même activité (ce qui démontre qu'il faudrait aménager une obligation d'informer indivi-

duellement les salariés d'un futur changement d'employeur). Il y aura aussi des difficultés certaines pour déterminer les salariés concernés par la substitution, et donc en droit de faire jouer ce texte.

31. La sous-traitance de spécialité nous semble exclue également du domaine d'application de l'art. L 122.12, puisque par définition l'activité de l'entreprise lui est spécifique (protégée souvent par des brevets); il ne pourra donc y avoir remplacement au sens de la jurisprudence, sauf si l'activité de l'entreprise subsequent est, malgré la spécialité de la précédente, suffisamment connexe.

En quelque sorte, puls l'entreprise extérieure est économiquement près du "noyau", c'est à dire de l'entreprise "dominante" (celle qui décide des substitutions), plus l'art. L 122.12 est appelé à jouer; soit entre ces entreprises dites "extérieures" qui se succèdent dans des tâches très dépendantes de la production finale de l'entreprise dominante (même si ce sont des tâches "secondaires" comme l'entretien, la surveillance etc...), soit entre ces entreprises et l'entreprise dominante elle même quand elle réintègre l'activité.

32. *Le maintien (des contrats de travail)*. La stabilité est finalement illusoire. Le jeu de l'art. L 122.12 facilite même l'obtention de l'autorisation de licenciement économique "structurel". *La seule limite au droit de résiliation unilatérale du premier et du second employeur reste l'hypothèse de la fraude, étroitement entendue.*

33. *Avant la modification, il n'existe pas de limitation du droit de rupture de l'employeur.* D'ailleurs, beaucoup font remarquer qu'au sens strict, la lettre de l'art. L 122.12 n'impose que *ponctuellement*, au moment de la modification, le maintien des "contrats en cours"; c'est à dire ceux qui n'ont pas été déjà rompus avant cette date. *En pratique, la notion de fraude est très difficile à prouver car c'est una intention qu'il faut démontrer.*

Diverses espèces récentes démontrent que le cédant peut

licencier on seulement pour une nécessité de réorganisation immédiate, mais également par anticipation "en vue de la cession", si finalement il n'est pas démontré qu'il y ait eu volonté exclusive d'écarter l'application de l'art. L 122.12; ce qui revient à demander au salarié d'établir, avant la cession, qu'après celle-ci son emploi n'aurait pas disparu! Preuve négative, donc impossible à rapporter, surtout pour le salarié qui n'a aucun droit aux informations, ni même à être averti. Surtout, la Cour de cassation précise que "ce texte ne fait pas nécessairement obstacle, sauf fraude à l'ordre des licenciements et aux droits des salariés, à ce que, avant même que le changement de chef d'entreprise soit devenu effectif, ce salarié soit licencié compte tenu de la réorganisation à laquelle le futur employeur a d'ores et déjà décidé de procéder (Cass. soc. 8 juin 1979 Bull. V 502.).

34. *Après la réorganisation, le droit de résiliation du nouvel employeur s'exerce sans autres limites que celles du droit commun. Le contrôle déficient des licenciements pour motif économique aggrave la précarité.* Les modifications visées par l'art. L 122.12 et qui appellent son application (restructuration ou substitution de prestataires de service), sont aussi très souvent des motifs économiques d'ordre conjoncturel ou structurel de nature à justifier des licenciements avant, pendant, ou après celles-ci. Ainsi, l'application de l'art. L 122.12 se combine avec la loi du 3 janv. 1975 qui instaure un contrôle administratif de l'emploi, notamment en exigeant préalablement à tout licenciement économique une autorisation administrative. Or, il se trouve que l'incertitude et la déficience actuelle du contrôle des licenciements économiques sont telles qu'on assiste pour le moment, d'une façon impuissante, au contournement pur et simple de la garantie d'emploi de l'art. L 122.12: l'autorisation administrative est devenue un sésame pour les employeurs procédant à ces modifications, permettant la mise à l'écart de ce texte d'ordre public. El procé es à une "modification dans la situation juridique de l'employeur" est devenu paradoxalement le meilleur moyen de licencier impunément.

B. *La frontière entre prestation de services, sous-traitance et fourniture illicite de main d'oeuvre.*

35. L'extériorisation du personnel peut prendre actuellement deux voies régulières:

- la sous-traitance ou prestation de services,
- la fourniture de main d'oeuvre interinane par une société de travail temporaire.

Il en résulte que le prêt de main d'oeuvre, ou mise à la disposition, par une entreprise qui n'a pas le statut d'entreprise de travail temporaire — même dissimulé derrière une prestation de services — est illicite. Le délit est mentionné par les art. L 125.1 et L 125.3, et les sanctions figurent à l'art. L 152.2.

Mais bien des sous-traitants ou des prestataires ne fournissent en réalité que la main d'oeuvre.

Deux exemples empruntés à la jurisprudence en témoignent, qui condamnent un sous-traitant comme ayant illicitement fourni du personnel denicre le paraveni fi une pretendine prestation de services:

- arrêt Massey Ferguson: Crim. 13 déc. 1978.
- jugement Etrali c/R.A.T.P.: T. Corr. Paris 13 fèv. 1980.

36. Ces relations triangulaires qui se multiplient dans les rapports de travail, manifestent une tendance croissante à utiliser de la main d'oeuvre en refusant la qualité d'employeur. La voie répressive, qui date du décret révolutionnaire de 1848 sur le marchandage, a échoué. Dans la grève des nettoyeurs du métro - il est apparu clairement que, dans une négociation, l'employeur réel est obligé de se démasquer. Cela met sur la voie de solutions: soit celle d'une requalification de l'employeur par la voie judiciaire consécutive à une véritable simulation, soit celle de la négociation d'une *convention collective par les syndicats de la*

firme dominante englobant les salariés des sous-traitants ou des filiales, dans l'intérêt de ceux-ci et dans l'intérêt des salariés de la firme donneur d'ouvrage. Il en existe un précédent: la convention collective des grands magasins, qui prend en charge les démonstratrices des produits vendus sur le site, bien qu'elles ne soient pas salariées des grands magasins.

C. *Emploi dans une filiale et emploi dans un groupe: le "groupe" employeur.*

37. La constitution de filiale n'est pas un facteur secondaire d'altération du marché du travail, principalement de la part des grands groupes publics (Elf Aquitaine, Charbonnages, C.E.A. etc. . .) et privées L'éclatement du personnel y est souvent recherché pour lui même. En ce qui concerne l'emploi, deux problèmes son à retenir:

- le premier est celui de la détermination de l'employeur. La jurisprudence se construit lentement. Le dernier arrêt publié est celui du 22 nov. 1979 (Bull. V n° 882).
- le second est celui du *cadre dans lequel doit être apprécié le motif économique à l'origine d'un licenciement*. La théorie de l'unité économique avait été élaborée par la Cour de cassation en matière de représentation du personnel. Le Conseil d'Etat, en matière d'autorisation de licenciement —malgré une réserve à mon sens critiquable et qui devrait plus tard disparaître— invite l'autorité administrative à tenir compte de la situation de l'ensemble du groupe: C. Et. 4 janv. 1980, société Ferlux et Ferlux Dabo concl. Dondoux. Dans le même sens T. A. de Lille 27 juin 1979.

Quant à la régularité de la procédure de concertation préalable, c'est également au sein du groupe qu'elle devrait être dorénavant appréciée. La jurisprudence judiciaire n'a

pas encore osé aller jusque là. Mais finalement, une contradiction existe dans la jurisprudence de la ch. sociale. En cas de mutation d'une filiale à une autre, le contrat de travail se poursuit au sein du groupe. En cas de licenciement, la situation des autres sociétés du groupe est indifférente (Soc. 22 nov. 1978 précité, Bull. V n° 875). La chambre sociale s'alignera sans doute un jour sur la jurisprudence Ferlux.

Conclusion

38. Deux méthodes toutes traditionnelles existent pour remettre sur pied le Droit du travail:

10. L'action collective débouchant sur une négociation par branche et par entreprise *portant sur les formes d'emploi*: travail temporaire, contrat à durée déterminée, sous-traitance, doivent être l'objet de dispositions mises au point par voie de négociation.
20. L'action juridique tendant à une requalification, selon le Droit commun du travail, des contrats des faux indépendants, des faux intérimaires, des faux salariés à durée déterminée.