

L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités

Retrouver l'entreprise ?

par *Antoine LYON-CAEN*, Professeur à l'Université de Paris-Ouest,
Nanterre - La Défense, Directeur d'études à l'EHESS

I. Quels mouvements ?

A. Identification

B. Interprétation

II. Quelles perspectives ?

A. Fraudes et illégalités

B. La reconstruction de
l'unité de l'entreprise

C. Les actions
en responsabilité

Présenter une synthèse (I) d'interventions riches et nombreuses, c'est s'exposer au risque de répétition, si l'on s'efforce d'être fidèle, ou de trahison, si l'on s'efforce de livrer une appréciation. Oublions donc la synthèse pour proposer quelques réflexions qui, de clôture, voudraient aussi être d'ouverture.

Ce colloque a inspiré deux séries de questions. Les unes ont trait aux mouvements qui affectent l'organisation de la production des biens et services, ces mouvements qui, à trente ans de distance, ont été présentés comme marquant l'éclatement de l'entreprise. Les autres questions portent sur les réactions que peuvent susciter ces mouvements pour que les droits des travailleurs soient préservés ou remodelés à la mesure de l'importance et des effets de ces mouvements. Évoquer les perspectives (II) demande donc qu'au préalable, le retour soit fait sur ces mouvements (I) dits d'éclatement.

I. Quels mouvements ?

A. Identification

Il faut, sans doute, découvrir ou redécouvrir une banalité moins inoffensive qu'il n'y paraît. L'employeur est le contractant du salarié, mais ce contractant, l'employeur, semble doté d'un étrange pouvoir : il peut se façonner à son gré ; il se donne la forme qui lui convient. Il peut se donner une forme sociétaire, mais il peut, ensuite, se scinder en plusieurs sociétés, se fondre dans une autre, transférer la charge de certains contrats de travail à une autre société...

Et si l'on essaye de caractériser ce pouvoir, ce pouvoir de se configurer, il apparaît bien comme discrétionnaire. Il n'a besoin, pour son exercice, d'aucune justification particulière.

Que l'on pousse un peu plus l'analyse, et l'on doit admettre une sorte d'évidence et déboucher sur une

interrogation. L'évidence : l'employeur, lorsqu'il n'est pas l'entrepreneur individuel, est une construction, un artifice. D'où une interrogation : si existe bien un pouvoir de choisir les structures ou formes juridiques de l'exploitation, qui en est le titulaire ? Il paraît difficile de dire que le titulaire est l'artifice lui-même, c'est-à-dire l'employeur. On y reviendra.

De ces formes juridiques d'exploitation, deux grandes expressions sont envisagées. À la première, on réserve l'appellation de *groupe* de sociétés, à la seconde, le nom, plutôt, de *réseau* d'entreprises. Groupe et réseau, réseau de sous-traitance, réseau de franchise ou de distribution, sont construits, sauf exception, sur une fondation commune : la responsabilité limitée de chacune de leur composante, qu'il s'agisse d'une filiale ou d'une société sous-traitante ou encore franchisée.

À première vue donc, groupes et réseaux, qui

(1) Le style direct d'une intervention orale a été conservé, ainsi que l'absence de référence.

prennent appui sur la limitation de responsabilités associée à la plupart des formes sociétaires utilisées, constituent donc des vecteurs de répartition ou d'aménagement de risques et de responsabilités.

Une première différence apparaît, toutefois, entre groupes et réseaux : les groupes se présentent ou, en tous cas, sont souvent présentés, comme le résultat de processus de concentration, alors que les réseaux se présentent ou sont présentés comme le produit de processus de décentralisation. Unité organisée contre pluralité recherchée ? La différence, en vérité, semble beaucoup moins nette. Ainsi, la création de filiales, s'inscrivant dans un groupe, peut très bien traduire une stratégie de décentralisation. Si différence il y a, elle est plutôt à rechercher dans le degré du contrôle qui est exercé sur les composantes du groupe, d'un côté, ou du réseau, de l'autre. Mais même ce critère n'est pas facile à définir, moins encore à utiliser.

B. Interprétation

L'existence et le développement de groupes et de réseaux témoignent de l'importance qu'a le droit, le droit en général, avec, notamment, les notions de personnalité juridique et de personne morale, le droit des sociétés et le droit des contrats, dans le fonctionnement du capitalisme. L'observation en a

été faite, depuis longtemps, à propos de la société anonyme, mais lorsque l'attention se porte sur les groupes et les réseaux, on comprend que ce rôle est plus étendu encore.

Par ailleurs, il est aujourd'hui bien montré que la financiarisation a accentué les mouvements de constitution / développement / recombinaison de groupes et de réseaux, à moins que ce ne soit ces mouvements qui aient rendu plus vigoureuse la financiarisation. Si, en effet, l'entreprise est de moins en moins considérée comme un lieu de production, et de plus en plus comme un bien à céder, il devient essentiel de découper son exploitation pour mieux dégager la valeur marchande de chaque segment de l'activité.

Ces opérations de découpage des activités, avec ce qu'elles emportent de filialisation, sous-traitance, cession d'activité, ne sauraient être purement et simplement traitées comme des opérations frauduleuses. Elles correspondent plutôt à une phase du capitalisme contemporain. Il faut donc les considérer comme le produit juridique d'un raffinement accru du capitalisme, plus que comme le résultat de fraudes massives, même s'il n'y a pas de raison d'exclure toujours l'idée de fraude.

II. Quelles perspectives ?

La réflexion doit, ici, être circonscrite aussi clairement que possible. Si l'on considère que le choix des formes juridiques de l'exploitation a pour rationalité première de répartir et aménager les risques, il y a lieu de réfléchir aux moyens de réagir à des répartitions et des aménagements préjudiciables aux salariés. On peut, sans doute, les identifier comme ceux qui associent pouvoirs et responsabilités, ou encore ceux qui éloignent profit et charge des coûts.

Les voies de réaction évoquées sont celles qui peuvent avoir une expression judiciaire, donc celles qui peuvent accueillir, dans des procédures, des critiques ou des mises en cause des choix d'organisation.

A. Fraudes et illégalités

C'est le moment de revenir sur la fraude ou sur les illégalités. La fragilité que présentent ces notions, susceptibles d'être utilisées dans des litiges individuels ou dans des actions collectives, vient de ce que le droit commercial et le droit civil, dont les techniques sont utilisées dans les choix d'organisation, valorisent

l'initiative et l'habileté. Le calcul leur est familier. Il y est même ménagé.

Pour concevoir des réactions aux choix d'organisation, fondées sur la fraude ou le détournement de pouvoir, il faut soit trouver dans le droit du travail des règles d'une exigence telle qu'elles doivent primer sur des choix d'organisation, soit concevoir que le pouvoir, dont les choix résultent, a une fonction, un but particulier capable d'avoir été méconnu(e).

La partie n'est pas gagnée d'avance, car existe une réticence des juges à assigner un but au pouvoir qui s'exprime dans les choix d'organisation. Témoigne de cette réticence, la récente décision de la Cour de cassation refusant de tenir compte du but poursuivi par une société qui, en état de cessation de paiements à raison d'options financières prises par sa société-mère, dépose le bilan pour se soumettre à une procédure de sauvegarde.

Sans doute fraude et illégalité peuvent-elles être invoquées pour encourager une évolution des cadres

de la représentation du personnel. Autrement dit, la prévention de la fraude fait partie des raisons de faire évoluer les structures de la représentation.

B. La reconstruction de l'unité de l'entreprise

Une deuxième voie est à l'ordre du jour : celle de la *reconstruction de l'unité* que cache la complexité des formes juridiques de l'exploitation. Cette voie est surtout empruntée, pour l'heure, en face de groupes.

Une question, à leur sujet, reste dans l'obscurité. Pourquoi avoir renoncé à les personnifier ? Le groupe de sociétés ne présente-t-il pas les caractères du groupement apte à être doté de la personnalité morale ? Il ne s'en dote pas spontanément, et ses organisateurs jouent plutôt sur la séparation juridique des sociétés qui le composent. Mais il n'est pas inconcevable que tous ou certains groupes se voient, par décision de justice, attribuer une personnalité juridique. Il est vrai que le mouvement qui voulait que la personnalité morale soit attachée à des organisations, même lorsque leurs maîtres l'avaient écartée, ne paraît plus très dynamique.

La restructuration de l'unité a donc pris le chemin de la notion de *co-emploi*, qui fait couler beaucoup d'encre. Cette notion permet de dépasser les césures juridiques entre sociétés, soit par la reconstruction de la hiérarchie réelle à laquelle un ou des salariés sont soumis, soit par la mise en lumière de l'osmose qui règne entre sociétés apparemment distinctes. Peut-être cette notion pourrait-elle encore s'enrichir si était mieux analysée la position des dirigeants de société. N'est-il pas, en effet, curieux qu'une société puisse être

regardée comme indépendante lorsque, par exemple, son dirigeant, tel le président d'une société par actions simplifiée, est le salarié d'une autre société ? Cette notion de co-emploi est, évidemment, d'autant plus sollicitée et discutée qu'elle traduit bien les tensions qui existent entre la pluralité recherchée, d'un côté, et la reconstruction, de l'unité recherchée de l'autre.

C. Les actions en responsabilité

Une troisième voie requiert une attention particulière : celle des actions en responsabilité.

Pourquoi cette voie est-elle aujourd'hui la plus inventive ? Sans doute parce qu'elle est caractéristique d'une période où les recherches sont intenses et les consensus difficiles à trouver. Alors, on s'efforce de repérer des anomalies, des incohérences, des curiosités et de les saisir comme source de responsabilité. Encore faut-il pouvoir les qualifier de fautes ou positions suscitant une responsabilité sur un autre fondement.

Mais, derrière toutes ces quêtes, tous ces efforts pour ne pas subir sans réagir les conséquences des choix d'organisation, il y a une conviction, en tous cas, un sentiment. Il serait logique et souhaitable que ceux qui font les choix d'organisation et la dotent de formes plus ou moins sophistiquées aient une responsabilité et ne soient donc pas immunisés. C'est à mettre à jour ce pouvoir d'organisation, ce pouvoir de répartir les pouvoirs et distribuer les responsabilités qu'a été consacrée une thèse toute récente (2). Ses lumières seront utiles à tous.

Antoine Lyon-Caen

(2) Stéphane Vernac, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse Paris-Ouest Nanterre-La Défense, 2012.



RPDS 814 - FÉVRIER 2012

Au sommaire :

Dossier spécial : **L'accord du 11 janvier 2013 : plus de flexibilité pour les employeurs, moins de sécurité pour les salariés**

1. Licenciements économiques collectifs : plus faciles, plus rapides
2. Les salariés contraints à la mobilité
3. Les accords de maintien de l'emploi
4. Le travail à temps partiel
5. Le travail intermittent en voie de généralisation
6. Le juge écarté le plus possible
7. Les institutions représentatives du personnel fragilisées
8. Des contreparties en trompe l'œil

Editorial : Les droits nouveaux du patronat

L'actualité juridique : sommaires de jurisprudence commentés

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, commande à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches en Ouche. Prix du numéro : 7,50 euros (+ forfait de 3 euros par envoi). Abonnement : 79 euros par an uniquement à RPDS, 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil cedex. Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet www.nvo.fr ou www.lecode dutravail.fr