

CONTRAT DE TRAVAIL – Définition du rapport salarial – Transfert conventionnel d'entreprise – Clause de mobilité – Opposition du salarié à la mise en œuvre de la clause (deux espèces) – Faux sous-traitant – Perte de marché – Prêt illicite de main-d'œuvre – Réintégration dans l'entreprise utilisatrice ou réparation du préjudice (première espèce) – Société de gardiennage – Transfert partiel – Salarié élu délégué du personnel dans l'entreprise utilisatrice – Ignorance du statut de salarié protégé par les sociétés de gardiennage – Licenciement pour cause réelle et sérieuse (deuxième espèce).

Première espèce :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE GRENOBLE (Section Industrie - Département) 16 novembre 2009 **R.**
contre **SAS Schneider Electric et a.**

Mme R. a exposé avoir été embauchée en septembre 2000 par la société Convergys, initialement selon un contrat à durée déterminée jusqu'au 21 décembre, puis selon un nouveau contrat de janvier à juillet 2001, un contrat à durée indéterminée étant régularisé le 3 septembre 2001, soumis à la convention collective nationale applicable au personnel des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil, en qualité de téléconseillère, exerçant une activité de télémarketing au sein de cette société. Suite à des restructurations, son contrat de travail a été transféré à la société Armatis le 1^{er} octobre 2003, par application des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail, alors que la société Merlin Gérin est devenue la société Schneider Electric.

Fin octobre 2007, la demanderesse a appris que le contrat de prestation de services de marketing téléphonique conclu entre Schneider Electric et Armatis allait prendre fin, cette dernière l'informant en décembre vouloir la reclasser sur un site en Ile-de-France, en raison de l'existence d'une clause de mobilité, les trois autres salariés du site devant être licenciés pour motif économique et le cinquième muté.

Elle a précisé que, par lettre du 23 janvier 2008, la société Armatis l'a mise en demeure de prendre ses nouvelles fonctions sur la région parisienne, ce qu'elle a refusé, dans l'attente d'un éventuel rattachement soit avec la société Schneider Electric, soit avec la société JB Concept ayant repris le marché, saisissant au même moment la présente juridiction.

Mme R. a argué qu'elle a alors été convoquée à un entretien préalable en vue de son licenciement le 28 janvier 2008 par la société Armatis, puis à un second entretien le 25 mars 2008 après l'échec d'une tentative de médiation ordonnée par le bureau de

conciliation du conseil de prud'hommes, son licenciement pour faute grave étant prononcé par la société Armatis le 11 avril 2008.

La demanderesse a fondé ses prétentions sur les éléments suivants :

- elle a toujours été affectée sur le même site, en travaillant avec le matériel fourni par la société Schneider Electric, la convention liant les deux sociétés prévoyant la mise à disposition par l'entreprise utilisatrice de locaux, matériels téléphoniques et informatiques, mobiliers, fournitures administratives, accessoires ;

- cette société lui donnait directement les conduites à tenir dans le cadre de ce travail, lui confiant même d'autres tâches que celles rentrant dans le cadre de la convention la liant à la société Armatis, comme la formation de ses propres salariés ;

- elle se trouvait ainsi liée à la société Schneider Electric par un véritable lien de subordination, devant en outre se conformer aux horaires appliqués dans cette société, recevant les notes de service et informations relatives à l'accès au site, alors que, pratiquement, elle se trouvait placée sous l'autorité de Mme A., responsable télémarketing de la société Schneider, qui définissait le plan de production, le nombre d'heures, les timing, le nombre des appels par heure, les questionnaires, les devis à relancer, alors que les salariés de la société Armatis devaient rendre compte à la société Schneider de la bonne exécution des tâches ;

- la convention liant les deux sociétés permettait à la société Schneider d'éviter l'application de la convention collective applicable dans l'entreprise, alors que la société Armatis percevait une rémunération qui n'était pas forfaitaire, mais qui dépendait du nombre d'heures de travail effectué par Mme R. et les autres salariés ;

- en plus des activités définies par la convention liant les deux sociétés, elle exécutait des missions relevant de l'activité normale de la société Schneider Electric, comme la gestion de portefeuilles-clients, afin d'aider les agences commerciales à relancer les devis, à les modifier ou à faire suivre les demandes de la clientèle ;

- elle se trouvait intégrée aux réunions de formation organisées par la société utilisatrice ;

- les primes étaient validées par la société Schneider.

Mme R. a argué que ces relations ont constitué un prêt illicite de main-d'œuvre, interdit par l'article L. 8241-1 du Code du travail (ancien article L. 125-3), selon lequel toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite, sauf dispositions spéciales relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins, aux associations ou sociétés sportives, le contrat de prestation de services devant viser l'exécution d'une tâche précise non effectuée par le personnel de l'entreprise utilisatrice, en utilisant les moyens mis à disposition par l'entreprise prestataire, laquelle conserve son autorité sur le personnel accomplissant la prestation en question, et percevant en contrepartie une rémunération forfaitaire.

Elle en a déduit que ces éléments ont ainsi instauré un contrat de travail la liant à la société Schneider Electric, avec cette dernière a ignoré lors de la rupture du marché la liant avec la société Armatis, alors qu'il lui appartenait soit de l'intégrer officiellement à ses effectifs, soit de la licencier.

La demanderesse a ainsi conclu que la rupture du contrat de travail intervenue à l'initiative de la société Armatis s'analyse en réalité en un licenciement sans cause réelle et sérieuse imputable à la société Schneider Electric, faute de respect de la procédure de licenciement et d'un motif.

Mme R. a également contesté les conditions de son licenciement opéré par la société Armatis pour faute grave, en raison du refus de se conformer à la clause de mobilité figurant dans son contrat de travail, pour les raisons suivantes :

- cette clause est inopposable par application de l'article 61 de la convention collective Syntec, prévoyant que la mobilité ne doit pas être l'occasion d'une surcharge supplémentaire, et qu'il doit être tenu compte dans toute la mesure du possible de la situation familiale du salarié, le changement d'affectation devant correspondre à des besoins réels de l'entreprise, alors qu'en l'espèce, sa situation personnelle et familiale n'a pas été prise en compte, l'employeur ne faisant que se référer à l'existence de la clause de mobilité sans tenir compte d'autres éléments bien qu'une telle mutation était de nature à bouleverser ses conditions de vie ainsi que celles de sa famille ou à générer des frais non pris en charge par l'employeur ;

- elle est de même inapplicable en raison de l'absence de délimitation géographique, d'autant que, lors de la signature du contrat de travail, c'est une autre société qui avait la qualité d'employeur, avec une répartition différente de ses établissements ;

- cette clause a été mise en œuvre de façon déloyale en raison de la taille de l'entreprise, puisque la société Armatis disposait de 6 centres de contact en France, employait 2 800 salariés et pouvait ainsi envisager un reclassement différent en son propre sein, d'autant que l'entreprise qu'elle devait rejoindre n'était pas informée de son arrivée, ce fait démontrant que la société Armatis savait qu'elle refuserait cette mutation. (...)

La société Schneider Electric a réfuté l'existence d'un contrat de travail la liant à Mme R. et a sollicité en conséquence le rejet de l'ensemble de ses prétentions et sa condamnation à lui payer, solidairement avec Mme S., autre salariée ayant saisi le conseil de prud'hommes, la somme de 3 000 € en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile.

Elle a répliqué qu'exerçant une activité de conception, de fabrication et de commercialisation de matériel de distribution et de commandes électriques, elle a confié depuis les années 1990 l'activité de télémarketing à des entreprises spécialisées, dont la

société Armatis puis la société JB Concept fin 2007 après un appel d'offre.

La défenderesse a justifié le recours à une entreprise extérieure pour la réalisation de tâches de télémarketing par la spécificité de cette activité, ne faisant pas partie des métiers de l'entreprise, visant la pratique de la communication téléphonique interactive dans le but de promouvoir des intérêts économiques, avec un traitement des données brutes de façon à pouvoir les exploiter commercialement, dans le cadre de contrats de sous-traitance soumis à la loi du 31 décembre 1975.

En réponse à l'argumentation de Mme R., la société Schneider Electric a indiqué que :

- chaque mois, un responsable de la société Armatis se déplaçait sur le site afin de faire le point sur les campagnes, recadrer les éventuels dysfonctionnements, voir les mesures d'amélioration de la production,

- la société Armatis facturait toujours un prix forfaitaire établi selon la commande, avec le nombre des heures réalisées en production, et des forfaits pour la programmation et le suivi des prestations,

- les salariés d'Armatix étaient choisis et formés discrétionnairement par cette société,

- ils prenaient directement leurs consignes auprès de celle-ci, sans qu'aucun salarié de Schneider Electric n'exerce un lien de subordination, puisque si Mme A., responsable de l'équipe Développement commercial au sein de Schneider Electric communiquait fréquemment avec Mme S., chef de site salariée par la société Armatis, cela ne touchait que la planification des prestations d'Armatix, la résolution de problèmes techniques, l'atteinte des objectifs, sans que cela ne révèle l'existence d'un véritable pouvoir hiérarchique,

- l'application du règlement intérieur aux salariés de la société Armatis ne se justifiait qu'en raison de questions d'organisation et de sécurité, comme pour tout salarié d'une société intervenant sur le site,

- si les salariés de la société Armatis intervenaient parfois lors de formations, cela portait sur des sujets relevant de la compétence du télémarketing, alors que ces prestations étaient facturées, seuls les frais exposés par les salariés étant directement remboursés par elle,

- le changement de prestataire de service ne pouvait en aucun cas entraîner un transfert des contrats de travail auprès d'elle, en supposant que le service télémarketing constituait une entité autonome, puisque ce transfert ne pouvait s'effectuer qu'au sein du nouveau prestataire reprenant cette activité, de sorte qu'elle ne pouvait être considérée comme reprenant les contrats de travail en cours suite à la fin du contrat passé avec la société Armatis, en raison de l'intervention de la société JB Concept,

- de ce fait, elle ne peut être considérée comme à l'origine de la rupture du contrat de travail, résultant du refus de Mme R. d'intégrer une autre entité pour le compte de la société Armatis, ni lui devoir aucune somme à ce titre, d'autant que la demanderesse a formé les mêmes prétentions à l'encontre de la société Armatis,

- il est enfin impossible de réintégrer la demanderesse, puisqu'elle ne dispose d'aucun service de télémarketing propre.

La société Armatis a conclu que les prestations intervenues conformément au contrat conclu avec la société Schneider Electric sont exclusives d'un marchandage prohibé, alors qu'aucune preuve n'est rapportée concernant des opérations litigieuses exécutées en dehors de cette convention.

Elle a répondu que, suite à la perte du marché, et alors que la société Schneider Electric ne fournissait pas l'identité du repreneur afin de permettre une reprise des salariés par la nouvelle entité, elle a fait application de la clause de mobilité figurant dans le contrat de travail de Mme R., avec un préavis de six semaines, prorogé de douze jours supplémentaires, son licenciement pour faute grave étant prononcé en raison d'un refus abusif de rejoindre sa nouvelle affectation.

Cette défenderesse a soutenu, concernant ce motif de licenciement, que le refus du salarié d'accepter la modification de son lieu de travail, en présence d'une clause de mobilité, s'analyse en un manquement grave à ses obligations contractuelles, d'autant que Mme R. n'a pas justifié de raisons valables puisque :

- l'éloignement géographique entre son domicile et le lieu de sa nouvelle affectation ne pouvait être pris en compte en raison de l'existence même de cette clause,

- dans le passé, elle avait déjà effectué des missions en région parisienne,

- continuer à travailler sur Grenoble lui était indifférent, puisqu'elle avait refusé la proposition d'intégrer la société JB Concept, lui garantissant un emploi similaire sans avoir à changer de domicile,

- elle n'a commis aucun abus de droit en mettant en œuvre la clause de mobilité, puisque consécutivement à la perte du marché, elle devait réaffecter les salariés du site Schneider, alors qu'elle a accordé un préavis total de quarante-six jours pour que Mme R. puisse préparer son départ, en prenant en charge les frais de déménagement et de transport,

- le refus de rejoindre le site sur lequel elle devait être affectée constitue un abandon de poste et un acte d'insubordination,

- la clause de mobilité n'était pas caduque en raison des changements successifs d'employeurs intervenus par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, d'autant qu'elle prévoyait bien une possibilité d'orientation sur la région parisienne depuis le départ.

S'agissant de l'argumentation fondée sur un prêt illicite de main-d'œuvre, la société Armatis a argué que l'activité de télémarketing est spécifique, qu'elle suppose la maîtrise d'outils particuliers, alors que la convention conclue avec la société Schneider Electric était sans ambiguïté sur les prestations à fournir, qu'aucune pièce ne vient établir que cette dernière disposait d'un pouvoir hiérarchique sur Mme R., que la facturation des prestations était forfaitaire et prévue à l'avance dans le contrat-cadre.

Elle a ajouté que si la société Schneider Electric procurait le matériel nécessaire à l'activité, elle-même assurait les supports nécessaires à l'activité de télémarketing, avec du personnel hautement qualifié, sur lequel elle avait conservé l'autorité, déléguée à la directrice du site qui était également l'interlocuteur de la société utilisatrice.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

1) Sur le prêt illicite de main-d'œuvre :

Attendu qu'il résulte des dispositions de l'article L. 8241-1 du Code du travail, que si le contrat de sous-traitance peut être exclusif du prêt illicite de main-d'œuvre, c'est à la condition que l'activité fournie soit spécifique, clairement définie, propre au prestataire de services qui l'exerce en toute indépendance avec ses propres moyens matériels et humains, sur lesquels il doit conserver son autorité et contrôler le travail ;

Attendu, en l'espèce, que selon la convention intervenue entre la société Schneider Electric et la société Armatis, cette dernière s'est engagée à affecter le personnel qualifié afin d'exécuter des prestations d'émission et de réception d'appels comprenant notamment la qualification et la détection de projet, le baromètre de satisfaction du service client, l'étude de motivation des achats et de positionnement de la marque, l'augmentation des ventes par des relais promotionnels, la création de trafic, les informations commerciales avant vente, l'animation d'une cellule de crise ;

Que dans ce cadre, si la société Armatis a affecté à cette activité quatre téléconseillers et un chef de centre, la société Schneider Electric s'est engagée à mettre à disposition les moyens logistiques, tels que les locaux, agencements, matériels téléphoniques et informatiques, mobiliers, fournitures administratives, accessoires, à titre gratuit, précaire et non exclusif, cette société assumant également

l'intégralité des frais liés à la programmation informatique, comme la programmation des stations de travail ;

Que cette convention a prévu une rémunération mensuelle forfaitaire HT de 15 589 € , tout autre service non prévu initialement devant donner lieu à une facturation complémentaire ;

Qu'elle a en outre expressément indiqué que la société Armatis conservait toute autorité sur les salariés affectés à ce site ;

Que cependant, s'agissant des conditions d'emploi de Mme R., il apparaît que :

- elle a toujours travaillé au sein de la société Schneider Electric, puisque si elle a été embauchée initialement par la société Convergys, c'est pour occuper ses fonctions au sein de l'entreprise alors dénommée Merlin Gérin, fonctions qu'elle a toujours exercées malgré la succession de plusieurs prestataires de services sous des dénominations différentes,

- les moyens techniques et matériels utilisés ont été mis à sa disposition par la société Schneider Electric, ainsi que prévu par la convention liant celle-ci à la société Armatis, alors que le Conseil de prud'hommes ne peut que relever le caractère très complet des moyens ainsi mis à disposition des salariés de l'entreprise prestataire de services, allant jusqu'aux fournitures et une messagerie intégrée à celle du groupe Schneider selon le nom de domaine figurant sur les courriels produits destinés aux salariés de la société Armatis employés sur le site Schneider ;

Que concernant les prestations fournies par la société Armatis, il résulte du site Internet de la société Schneider Electric qu'elle possède son propre service de télémarketing sous le nom de Chorus, constitué d'une équipe de deux cents personnes, avec un numéro téléphonique indigo, devant effectuer une orientation des appels des clients afin de fournir des solutions, l'activité de télémarketing placée sous la responsabilité de Mme A. étant intégrée à ce service (cf. pièce n° 47 de la demanderesse), de sorte que l'activité proposée par la société Armatis n'avait rien de spécifique, mais s'inscrivait dans le cadre de l'activité normale de la société Schneider Electric ;

Qu'il résulte ainsi de témoignages d'anciens salariés de cette société que l'équipe de télémarketing, composée notamment par la demanderesse, devait recenser les matériels défectueux chez les clients et planifier les interventions sur site par les techniciens de Schneider, ce service assurant la gestion et le suivi du dossier jusqu'à sa clôture, dans le cadre d'un service après-vente incombant habituellement à l'entreprise fabriquant et commercialisant ses propres produits ;

Que de même, l'équipe dirigée par Mme S., salariée de la société Armatis, avait pour mission de relancer les agences commerciales Schneider, afin qu'elles adressent leurs devis aux clients, ce qui constituait une activité d'assistance commerciale habituelle et devant normalement être exercée par des salariés de la société Schneider ;

Qu'en outre, il est constant que l'équipe de télémarketing participait à des activités de formation internes à l'entreprise utilisatrice, voire formait des salariés de cette société, gérait l'organisation de séminaires ou de voyages ;

Que s'agissant de l'indépendance des salariés de la société Armatis, il résulte des très nombreux échanges de courriels produits par la demanderesse qu'un lien de subordination réel existait avec la société Schneider Electric et ces salariés, puisque la responsable du service de télémarketing chez l'entreprise utilisatrice, Mme A., donnait de véritables directives aux salariés d'Armatris sur des objets particuliers très précis, allant au-delà de la définition de missions spécifiques ou d'une coordination normale en la matière, ces

échanges de messages démontrant que les salariés d'Armatix étaient placés dans les mêmes conditions de travail et de subordination que les propres salariés de la société Schneider Electric, ces salariés exerçant leur activité à quelques mètres de la responsable du service de télémarketing appartenant à l'entreprise utilisatrice sans différenciation géographique permettant de déterminer leur appartenance au prestataire de services ;

Qu'il apparaît également, sur le plan financier, que les frais professionnels exposés par les salariés de la société Armatix étaient remboursés directement par l'entreprise utilisatrice, alors que la société Schneider Electric disposait d'un certain pouvoir dans l'attribution de primes, ainsi qu'en attestent des courriers électroniques échangés entre Mme S., responsable du site pour le compte d'Armatix et Mme E. (cette dernière salariée d'Armatix) avec Mme A. pour l'année 2004 (cf. pièce demanderesse n° 24) ;

Que dans le même ordre d'idée, il résulte des factures éditées par la société Armatix à l'ordre de l'entreprise utilisatrice (cf. pièce n° 4 d'Armatix), que, contrairement aux prévisions du contrat-cadre, les prestations ne donnaient pas lieu à des facturations forfaitaires, des variations importantes étant opérées selon les mois dans le calcul du coût des prestations ;

Qu'en conséquence, il apparaît qu'en réalité, Mme R. s'est trouvée placée dans la même situation que n'importe quel salarié de la société Schneider Electric exerçant une activité d'assistance commerciale, étant intégrée à l'équipe Chorus, recevant directement des directives et instructions de la responsable du site de télémarketing de la société utilisatrice, se voyant rembourser l'avance de frais professionnels directement, exerçant son activité professionnelle exclusivement au profit de cette société et ceci depuis son premier contrat de travail, travaillant dans le site de l'entreprise utilisatrice avec les moyens fournis par celle-ci, se trouvant soumise au règlement intérieur de la société Schneider, données confirmant l'existence d'un contrat de travail entre elle-même et la société Schneider Electric et une activité de prêt de main-d'œuvre illicite ;

Que dès lors, comme soutenu par Mme R., à l'occasion de la cessation du marché intervenue entre la société Armatix et la société Schneider Electric, il appartenait à cette dernière de lui proposer de l'intégrer effectivement dans ses effectifs, et non à la société Armatix de procéder à un licenciement reposant sur la perte de ce marché et un refus de mutation sur un site parisien, de sorte que ce licenciement apparaît bien imputable à la société Schneider Electric ;

Que la demande de réintégration de Mme R. est ainsi bien fondée, et qu'il y sera fait droit ;

Qu'à défaut, il appartiendra à la société Schneider Electric d'assumer les conséquences financières d'une rupture inopérée, et de payer ainsi à la demanderesse les sommes suivantes : 2 853,84 € à titre d'indemnité de préavis, 285,38 € au titre des congés payés afférents, 2 705,20 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement selon les calculs opérés dans ses conclusions auxquelles il convient de se référer, 18 141,96 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit l'équivalent de treize mois de salaire, le salaire moyen des trois derniers mois étant de 1 426,92 € ;

Que de ce fait, la demande de fixation d'une astreinte pour assurer cette réintégration ne peut qu'être rejetée, son objet faisant double emploi avec les sommes qui devront être subsidiairement réglées à Mme R. ;

2) Sur les demandes formées par Mme R. à l'encontre de la société Armatix fondées sur le prêt illicite de main-d'œuvre :

Attendu, s'agissant des mêmes prétentions émises à l'encontre de la société Armatix, tirées d'un prêt illicite de main-d'œuvre, qu'il convient de constater qu'une relation contractuelle a uni les sociétés Schneider Electric et Armatix, cette dernière venant aux droits des sociétés ayant précédemment employé Mme R., cette relation étant la cause des conditions d'emploi de la demanderesse au sein de la société Schneider Electric et du présent litige ;

Qu'en conséquence, alors que les demandes de Mme R. sont financièrement identiques et qu'elles reposent sur la même argumentation, il s'ensuit que ces prétentions visent une condamnation solidaire de ces deux sociétés, qu'il convient de prononcer, toutes deux ayant eu le même rôle dans la survenue de la situation de Mme R. ;

Qu'il sera ainsi fait droit aux prétentions de Mme R. formées à l'encontre de la société Armatix, pour le montant des sommes mises à la charge de la société Schneider Electric ainsi qu'elles ont été arbitrées plus haut ;

3) Sur les demandes formées par Mme R. à l'encontre de la société Armatix concernant des rappels de salaires et les causes du licenciement pour faute grave :

Attendu qu'il procède de la décision rendue par le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes le 22 février 2008 qu'une médiation a été ordonnée afin de trouver une solution au présent litige, le médiateur devant déposer son rapport au plus tard le 13 mars 2008, avant que les parties ne comparaissent à nouveau devant le bureau de conciliation le 21 mars suivant ;

Que s'il convient de constater que cette décision n'a en rien prévu un maintien de la rémunération de Mme R. contrairement à ce qu'elle a soutenu dans ses conclusions, il résulte cependant des conclusions de la société Armatix qu'elle s'était engagée, devant le bureau de conciliation, à reprendre provisoirement le paiement des salaires sous réserve de la décision à intervenir ultérieurement, ce qu'elle a fait un temps, avant de retenir les sommes réclamées par la salariée sur la paie d'avril 2008 (cf. pièce n° 35 de Mme R.) ;

Qu'il a été dit plus haut que tant la société Armatix que la société Schneider Electric se sont retrouvées employeurs de Mme R., de sorte que, d'une part, en raison de ce lien particulier, la salariée ne pouvait se voir ordonner d'accepter une mutation sur un autre site de la société Armatix puisque son emploi au sein de la société Schneider Electric n'était pas remis en cause, alors qu'en outre, la clause de mobilité ne pouvait recevoir d'effet, n'étant pas précise sur la délimitation géographique dans laquelle Mme R. était susceptible d'être mutée, puisqu'en raison de sa rédaction faite dans des termes très généraux, la salariée pouvait se voir affecter sur un nouveau poste soit dans l'un des établissements de la société Armatix situés sur un point quelconque du territoire national, ou détacher dans une société utilisatrice, n'importe où en France, l'article 4 du contrat de travail prévoyant une possibilité d'affectation sur Paris, la région parisienne ou en province sans aucune autre précision ;

Qu'en conséquence, d'une part la société Armatix n'a pu valablement procéder au licenciement de Mme R. notamment pour faute grave, alors que d'autre part, elle n'a pu valablement suspendre le paiement des salaires, peu important le fait que Mme R. ait dirigé sa demande de réintégration contre la société Schneider Electric à titre principal, en raison des liens particuliers unissant ces deux sociétés à l'égard de la salariée ;

Que la société Armatix ne peut ainsi qu'être condamnée au paiement des rappels de salaires en cause ;

Qu'il y a lieu cependant de rejeter la demande de dommages et intérêts connexe formée par Mme R., aucune décision n'ayant alors formellement contraint la société Armatis au paiement des salaires le temps de la procédure ;

Et attendu qu'il apparaît en outre équitable d'allouer à Mme R. la somme de 1 000 € en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

Dit que Mme R. était liée par un double contrat de travail à l'égard de la société Armatis et de la société Schneider Electric, et qu'il s'analyse en un prêt illicite de main-d'œuvre ;

Dit que la rupture du contrat de travail de Mme R. est imputable à la société Schneider Electric et qu'elle est dépourvue de cause réelle et sérieuse ;

Condamne en conséquence la SAS Schneider Electric à réintégrer Mme R. dans ses anciennes fonctions ;

Condamne la SAS Schneider Electric solidairement avec la SA Armatis, à défaut de procéder à cette réintégration dans le délai d'un mois suivant la notification du présent jugement, à payer à Mme R. les sommes suivantes : 2 853,84 € brut à titre d'indemnité de préavis, 285,38 € brut au titre des congés payés afférents, 2 705,20 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 18 549,96 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Condamne la SA Armatis à payer à Mme R. la somme de 2 018,10 € brut à titre de rappel de salaires, outre celle de 201,80 € au titre des congés payés afférents.

(M. Bruno, prés. - M. Janot, M. Clément-Cuzin, M. Daunois, M. André, av.)

Deuxième espèce :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE NANCY (Section Activités diverses - Départage), 7 septembre 2009

T. contre Fabre es-qual. et a.

M. T. a été engagé en qualité d'agent d'exploitation à compter du 27 juin 2000 pour exercer une mission d'agent de sécurité sur le site RTE de Villers-lès-Nancy ;

Suite à la reprise du marché de gardiennage et de surveillance de ce site, la société Ranc SA a repris le contrat de travail de M. T. à compter du 1^{er} janvier 2004 et aux termes d'un avenant signé le 19 décembre 2003 dans le cadre des dispositions conventionnelles de la convention collective des entreprises de prévention et de sécurité ;

A compter du 1^{er} janvier 2008, la société Lancy Protection Sécurité est devenue le nouveau titulaire du marché de surveillance et de gardiennage du site RTE ;

Elle n'a pas repris le contrat de travail de M. T. ;

Par lettre recommandée du 4 février 2008, Ranc SA a notifié à M. T. son licenciement pour faute grave et en l'espèce pour avoir refusé de rejoindre ses nouvelles affectations ;

Par jugement du 2 juin 2008, le Tribunal de commerce de Montpellier a prononcé le redressement judiciaire, M^e Fabre a été désigné comme administrateur judiciaire et M^e Marion représentant des créanciers ;

Le 27 février 2009, le Tribunal de commerce a adopté un plan de continuation de la SA Ranc ;

Les prétentions et moyens des parties sont les suivants :

Dans le dernier état de ses écritures, M. T. demande au Conseil de prud'hommes avec exécution provisoire :

Dire son licenciement nul, (...)

La société Ranc ayant été attributaire à effet du 1^{er} janvier 2004 du marché de surveillance et gardiennage du site RTE, son contrat de travail a été repris avec les avantages liés à son contrat de travail à cette même date ;

Un avenant a été établi et signé le 19 décembre 2003 pour concrétiser ce transfert.

Alors qu'il travaillait en permanence sur le site RTE en qualité de salarié mis à disposition, des élections ont été organisées ;

Il a été présenté par un syndicat représentatif au plan national et a été élu délégué du personnel suppléant le 29 novembre 2007, collègue exécution-maîtrise ;

Sa désignation n'a fait l'objet d'aucune contestation dans les délais légaux ;

Le marché de gardiennage était d'une durée de trois années ;

Plusieurs sociétés ont répondu à l'appel d'offre dont Ranc SA et Lancy Sécurité ;

Par courrier en date du 12 novembre 2007, il a été informé par la société Ranc que l'attributaire du marché était Lancy ;

Le 29 novembre 2007, cette société lui a adressé une lettre fixant un entretien pour étudier la reprise de son contrat de travail au 6 décembre 2007, entretien non suivi d'effet puisque le 13 décembre 2007, la société Lancy l'informait qu'elle ne reprenait pas son contrat de travail ;

Par ailleurs, la société Ranc lui précisait que sa nouvelle affectation lui serait notifiée prochainement en vertu de la clause de mobilité insérée dans l'avenant du 19 décembre 2003 ;

Par courrier du 14 décembre 2007, la société Ranc l'informait de sa mutation sur le site du CHU Nord de Grenoble dans le département de l'Isère (38) ;

Ce département ne figurait pas sur la liste énoncée sur l'avenant ;

Par courrier du 27 décembre 2007, il refusait donc cette affectation ;

Le 7 janvier 2008, la société Ranc décidait alors de l'affecter sur un hypermarché de l'Hérault (34) avec des horaires variables, du lundi au samedi inclus et éventuellement les dimanches avec bien entendu le même salaire ;

Par lettre en date du 15 janvier 2008, compte tenu des circonstances, il refusait cette mutation ;

Après entretien préalable, il était licencié pour faute grave par courrier du 4 février 2008 au motif suivant : "Vos refus d'affectation par courriers recommandés des 27 décembre 2007 et 15 janvier 2008" ;

M. T. soutient donc que :

Son licenciement est nul :

En effet, en sa qualité de délégué du personnel suppléant, régulièrement désigné au sein du site RTE, il bénéficiait, depuis la connaissance de sa candidature par son employeur, de la protection liée à cette désignation prévue par le Code du travail ;

A ce titre, et compte tenu de la volonté de son employeur de lui imposer un changement de ses conditions de travail, ce dernier devait solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail ;

Avant de le licencier, compte tenu de son refus, faute pour la société d'avoir respecté la procédure, son licenciement est nul ;

La SA Ranc ne peut pas prétendre avoir ignoré sa candidature et son élection; elle ne justifie pas que cette candidature serait frauduleuse dans la perspective de la perte du marché RTE par la société Ranc, perte qu'il ignorait alors ;

En tout cas, le refus par un salarié, dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail ne caractérise pas à lui seul une faute grave ; (...)

SUR CE :

Sur la nullité du licenciement :

Aux termes d'un avenant en date du 19 décembre 2003, M. T. agent d'exploitation depuis le 27 juin 2000 sur le site RTE de Villers-lès-Nancy, a vu son contrat de travail repris par la SA Ranc attributaire du marché de surveillance et de gardiennage sur ce site à compter du 1^{er} janvier 2004 ;

Il n'est pas contesté que M. T., au sein de la société RTE, s'est porté candidat le 16 octobre 2007 sur la liste du syndicat CGT et a été élu le 29 novembre 2007 au fonction de délégué du personnel suppléant le 29 novembre 2007, collègue exécution-maîtrise ;

Il n'est pas non plus contesté que cette élection n'a fait l'objet d'aucune contestation ;

En application de l'article L. 620-20 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008, sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail et à ce titre sont inclus dans le calcul des effectifs d'une entreprise et à ce titre peuvent participer à la désignation de leurs institutions représentatives les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec l'employeur, sont présents dans l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi les conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs ;

En l'espèce, il n'est pas contesté que M. T. travaillait depuis plus de sept années exclusivement sur le site de RTE Villers-lès-Nancy, comme personnel de surveillance ; à ce titre, exerçant ses fonctions au quotidien au sein de l'entreprise utilisatrice, au côté des salariés de cette dernière, M. T. remplissait dès lors les conditions requises pour être inclus dans les effectifs de RTE au sens de l'article L. 620-20 du Code du travail ancien précité ;

Ayant été régulièrement élu en qualité de délégué du personnel suppléant au sein de RTE, M. T. bénéficiait donc en principe des dispositions protectrices liées à cette qualité, notamment il y a lieu de rappeler que la clause de mobilité contenue dans le contrat de travail ne dispense pas l'employeur de mettre en œuvre la procédure spéciale de licenciement si le salarié protégé refuse une nouvelle affectation même si celle-ci entre dans le champ des dispositions contractuelles, toutes modifications de la relation de travail avec un salarié protégé nécessitant l'accord exprès de ce dernier ;

Toutefois, pour que cette règle soit applicable, encore faut-il, s'agissant d'un mandat obtenu et exercé dans une entreprise extérieure, que l'employeur ait connaissance du statut de travailleur protégé de son salarié avant le début de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire et ce, pour être en mesure d'engager une procédure adaptée ;

En l'espèce, c'est par une lettre recommandée avec accusé de réception du 21 janvier 2008 que la SA Ranc a engagé la procédure de licenciement contestée, courrier invitant M. T. à un entretien préalable ;

A cet égard, le fait que M. T. n'ait pas rappelé sa qualité de salarié protégé lors de ses deux refus successifs de nouvelle affectation ne peut lui être reproché comme un manque de loyauté même si ce rappel aurait pu alerter la SA Ranc ;

S'agissant de la preuve de la connaissance par l'employeur de la qualité de M. T., l'attestation de M. A., salarié de RTE, mentionne ses démarches à l'occasion des élections professionnelles en cause (distribution de tracts mentionnant la candidature T.) mais sur le site RTE ou encore un entretien qu'il a eu avec un responsable de RTE qui lui aurait relaté que le directeur de Ranc était mécontent de la candidature de M. T. ;

Le témoin ne mentionne dès lors pas des propos émanant d'un responsable de la société Ranc dont il aurait été directement le témoin ;

Cette attestation n'est dès lors pas de nature à justifier de la connaissance de l'employeur de la qualité de M. T. ;

Il en est de même s'agissant du courrier du 3 janvier 2008, adressé par les délégués du personnel RTE à l'Inspection du travail qui certes évoque et dénonce le risque de départ du site de M. T., du fait du changement de titulaire du marché de protection du site, mais qui ne fait état que de démarches auprès de la direction RTE sans référence à la SA Ranc ;

Dès lors, et en l'absence de la preuve sur la publication de la liste des délégués au recueil des actes administratifs avant le 21 janvier 2008, M. T. sera débouté de sa demande tendant à voir déclarer son licenciement nul ;

Sur le licenciement :

L'avenant de reprise en date du 19 décembre 2003 signé entre la SA Ranc et M. T., prévoyait expressément que la société pouvait demander à M. T. une mutation de poste sur les départements 34, 33, 31 et 54, précisait que la mobilité du personnel était, par rapport aux sites de travail, une condition *sine qua non* et que tout refus pourrait entraîner la rupture du contrat de travail ;

Aux termes de la lettre de licenciement pour faute grave adressée le 4 février 2008, l'employeur a donc reproché à M. T. d'avoir refusé les 27 décembre 2007 et 15 janvier 2008 une affectation à Grenoble (38) puis une affectation à St-Aunes (34) ;

S'agissant du refus par M. T. de son affectation à Grenoble, il ne peut constituer une faute, le département de l'Isère ne faisant pas partie de ceux figurant dans la liste visée dans la clause de mobilité de l'avenant ou d'un secteur géographique approchant ;

Par contre, le département de l'Hérault était énoncé dans la clause de mobilité, dès lors le refus de M. T. de rejoindre cette affectation constitue bien un manquement à ses obligations contractuelles justifiant un licenciement ;

Toutefois, l'employeur ne justifie pas que cette faute était d'une gravité telle qu'elle rendait impossible le maintien de M. T. dans l'entreprise pendant la durée du préavis ;

Il y a lieu dès lors de dire que le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse ;

Sur le montant des sommes allouées :

Contestées dans leur principe, le montant des sommes sollicitées au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés y afférent ne sont pas contestées ;

La créance de M. T. à ce titre doit être fixée à la somme de 3 016,82 € brut (1 508,41 € x 2) à titre de préavis, outre 301,68 € brut de congés payés ;

Compte tenu de la convention collective des entreprises de prévention et de sécurité applicable et de la durée du contrat de travail non contestée (du 27 juin 2000 au 4 avril 2008), du montant du salaire mensuel retenu (1 508,41 €), l'indemnité conventionnelle de licenciement sera fixée à la somme de 1 172,74 € ;

Sur la demande en ce qu'elle est dirigée contre la société Lancry :

Il appartient à M. T. de justifier que le défaut de transfert de son contrat de travail de la société Ranc à la société nouvelle attributaire du marché surveillance et gardiennage aurait pour origine sa qualité de délégué du personnel et à ce titre serait discriminatoire ;

Sur ce point, M. T. ne procède que par affirmations ;

Le fait qu'un autre salarié également protégé n'aurait pas été repris n'est pas suffisant et ce, d'autant qu'il est avéré que ce sont trois salariés qui n'ont pas été repris par Lancry ;

La société qui avait pour seule obligation, dans le cadre de l'accord de transfert, de reprendre 85 % du personnel, n'avait pas à cet égard à justifier de "critères objectifs" ;

M. T. sera dès lors débouté de sa demande de dommages-intérêts et au titre de l'article 700 du CPC ;

Il n'est pas inéquitable de laisser à la charge de la SA Lancry ses frais non compris dans les dépens ;

Sur la demande reconventionnelle de la SA Ranc :

Au regard de la solution apportée au litige, la SA Ranc sera déboutée de sa demande de dommages-intérêts pour procédure abusive et au titre de l'article 700 du CPC ;

Enfin, le présent jugement sera déclaré opposable à l'AGS CGEA de Toulouse dans la limite de ses obligations légales ;

Enfin, il y a lieu de dire que les dépens de l'instance en ce qu'elle est dirigée contre la société Lancry seront à la charge de M. T. ;

Pour le surplus, les dépens seront à la charge de la SA Ranc ;

L'exécution provisoire du jugement compatible avec la cause sera ordonnée ;

PAR CES MOTIFS :

Dit que le licenciement de M. T. intervenu par courrier du 4 février 2008 a une cause réelle et sérieuse,

Fixe la créance de M. T. à l'encontre de la SA Ranc comme suit : 3 016,82 euros bruts à titre d'indemnité de préavis, 301,68 euros bruts de congés payés sur préavis, 1 172,74 euros d'indemnité conventionnelle de licenciement.

(M. Delorme, prés. - MM. Horber, Pierchon, Jandzinski, av.)

Note.

1. Le sort des salariés d'un faux sous-traitant dont l'activité (la prestation) est confiée à un nouveau sous-traitant tout aussi factice que le précédent est somme toute une question assez courante.

Banale aussi la tactique de l'entreprise prestataire qui perd le marché et licencie au motif que les salariés concernés refusent de se soumettre à une clause de mobilité figurant dans leur contrat initial.

Ces manœuvres sont vraisemblablement érigées en système par la plupart des sociétés de services informatiques, bureaux d'étude technique, vente et télémarketing auxquels ont recours les grandes entreprises de toutes branches, notamment dans leurs sièges sociaux ou leurs centres techniques.

Ici (première espèce) l'utilisatrice du système est la SAS Schneider Electric qui a repris la société Merlin Gérin. Ces sociétés ont utilisé successivement, pour une partie de leur département marketing, la société Convergys, puis, sur le même site, la société Armatis qui a repris les salariés.

2. La clause de mobilité comme prétexte

La SAS Schneider Electric ayant changé une nouvelle fois de prestataire, la société Armatis, pour « reclasser » ses salariés, met en œuvre une clause de mobilité, provoquant le refus des salariés travaillant depuis de nombreuses années sur le site de Schneider et qui espéraient être « embauchés » par Schneider ou par le nouveau prestataire, la société JB Concept.

Le refus de ces mutations par les salariés est qualifié de faute grave et sanctionné à ce titre par un licenciement disciplinaire bien que la convention collective applicable encadre un peu l'utilisation de ces clauses de mobilité.

La clause de mobilité est instrumentalisée. Laisseée en héritage dans le contrat transféré volontairement entre prestataires précédents et contenant des conditions d'origine différentes et inacceptables, elle sert à exonérer l'employeur en « titre » de son obligation de reclassement (1) et à dédouaner l'utilisateur employeur de fait.

Dans la deuxième espèce (2), c'est ce même type de clause qui est mis en avant pour licencier un salarié à l'occasion d'un transfert d'activité entre entreprises de gardiennage. Dans ce cas, le transfert est aménagé par des dispositions conventionnelles d'application volontaire de l'article L. 1224-1, mais d'application partielle, puisque les entreprises ne sont tenues qu'à la reprise de 80 % des contrats. Les non-repris se voyant opposer une clause de mobilité, leur refus d'obtempérer, lui, est qualifié de fautif. Dans l'espèce, deux des trois salariés non repris avaient pourtant été élus délégués du personnel de la collectivité de travail formée avec les salariés de l'entreprise utilisatrice. C'était en l'occurrence un grand site EDF comportant plus de 20 % de salariés mis à disposition dans des conditions de subordination et d'encadrement strict par cet utilisateur qui s'était par

(1) F. Canut « Tir groupé sur les clauses de mobilité », Dr. Ouv. 2009, p. 14.

(2) Sur laquelle v. P. Adam « Autour de la protection du salarié mis à disposition », Semaine sociale Lamy 2 novembre 2009, n° 1419, p. 12.

ailleurs opposé sans succès à l'inclusion de ces travailleurs dans la communauté de travail et aussi aux candidatures. Les deux sociétés de gardiennage ont feint d'ignorer cette élection (cachée par EDF ?) pour licencier sans autorisation préalable les deux salariés protégés.

3. La mise à nu du prêt de main-d'œuvre illicite

Dans la première espèce, la convention collective applicable aux salariés de la société Armatis, elle, ne comportait pas de dispositions organisant le transfert volontaire. C'est, à la différence de bien d'autres situations qui ont fait l'objet de jurisprudences, ce qui a dû pousser les salariés à assigner à la fois la société Armatis et la SAS Schneider Electric utilisatrice pour obtenir leur réintégration et, subsidiairement, la réparation du préjudice lié à la rupture.

La décision du Conseil de prud'hommes de Grenoble mérite une lecture attentive pour voir avec quel soin la formation de départage a mis à nu une situation caractérisée de prêt de main-d'œuvre illicite, au-delà des habillages de haute couture dont semblent être coutumières ces sociétés utilisatrices et sous-traitantes. Le savoir-faire spécifique, condition nécessaire à une sous-traitance légale, se réduit ici en savoir frauder. Par exemple, l'apparence d'une organisation autonome, d'une compétence technique distincte et d'une hiérarchie propre (3) est dévoilée, ici comme dans une autre affaire (4), de même que l'apparence des relations distinctes entre le donneur d'ordre, le prestataire, les clients (5)...

Au passage, on notera la valse hésitation un peu ridicule dont ont fait montre les trois sociétés, Armatis, Schneider Electric et le deuxième prestataire JB Concept en se mettant mutuellement en cause, puis, voyant le danger, en abandonnant leurs diverses demandes reconventionnelles formées les unes contre les autres.

4. La qualification de ces pratiques délictueuses paraît correcte, leur sanction reste édulcorée

Clairement le juge indique qu'il y a contrat de travail avec la SAS Schneider Electric au-delà du contrat apparent avec la société Armatis et cela permet de conclure à l'existence d'un prêt illicite de main-d'œuvre.

La rupture est néanmoins considérée comme dépourvue de cause réelle et sérieuse et non pas nulle. Le conseil condamne bien la SAS Schneider Electric à réintégrer la salariée dans ses anciennes fonctions, mais sans ordonner sous astreinte, pourtant demandée, cette réintégration. A défaut, il laisse trop classiquement cette obligation de faire se dissoudre en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, solution peu dissuasive.

Le délit (6) de prêt illicite de main-d'œuvre était ici délibérément organisé et bien constaté. Ainsi peut-on se demander pourquoi les salariées ne se sont pas adressées pour faire cesser ce trouble manifestement illicite à la formation de référé qui a le pouvoir d'ordonner la continuation des contrats de travail (7). Là, la procédure entrecoupée d'une médiation (8) a duré vingt-deux mois pour une décision certainement frappée d'appel, lui-même suspensif, ce qui n'aurait pas été le cas en référé.

5. Requalification des contrats et communauté de travail

On s'est à juste titre ému à l'occasion de réformes récentes de l'inclusion ou non de nombreux salariés « mis à disposition » (9) dans les effectifs, l'électorat ou même la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice (10).

(3) La salariée sensée encadrer les autres a, elle aussi, obtenu la même décision du Conseil de Grenoble.

(4) CA Toulouse (Ch. soc.) 9 janvier 2009, Dr. Ouv. 2009, p. 392, n. O. Soria.

(5) CA Paris (21^e Ch. C) 1^{er} juillet 2003, Dr. Ouv. 2004, p. 79.

(6) Le délit est passible selon les articles L. 8243-1 et L. 8243-2 de sévères peines d'amende et de prison et même, pour les personnes morales, d'interdiction d'exercer une activité qui en a donné le cadre. Pour une illustration, CA Douai (6^e ch. corr.) 22 juin 2004, Dr. Ouv. 2004 p. 485, n. A. de Senga ; v. p. 260 la décision du Tribunal correctionnel de Bayonne, 19 mars 2009, n. P. Riandey.

(7) CPH de Grenoble (référé) 26 octobre 2005, Dr. Ouv. 2006, p. 409, n. N. Bizot ; sur les pouvoirs du juge des référés v. P. Moussy "Où en sommes-nous de nos amours ?", Dr. Ouv. juin 2004 p. 273, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(8) Décidément le marché de la médiation a encore de beaux restes à Grenoble. D. Boulmier « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de

justice », Dr. Ouv. 2002, p. 185. La médiation (et son apologiste Mme Brenneur) figure en bonne place dans les vingt et une préconisations du récent rapport du Conseil d'analyse économique « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », J. Barthélémy, G. Cette, 7 décembre 2009.

(9) La dénomination banalise et obscurcit un phénomène aux facettes multiples.

(10) Par exemple, Cass. (Ch. soc.) 12 juillet 2006 et TI Mantes-la-Jolie 23 septembre 2005, Dr. Ouv. 2007, p. 100, note P. Rennes ; Cass. (Ch. soc.) 28 février 2007 et TI Molsheim 23 février 2007, Dr. Ouv. 2007, p. 284, n. E. Boussard-Verrecchia ; TI Saint-Germain-en-Laye 12 octobre 2007 et TI Toulouse 19 novembre 2007, Dr. Ouv. 2008, p. 73, n. E. Peskine ; E. Boussard-Verrecchia, X. Petrachi « Regards croisés sur la communauté de travail », Dr. Ouv. 2008, p. 366. ; P. Masson « Les sous-traitants, la loi et les juges », Dr. Ouv. 2009, p. 17. ; P. Masson « Où l'on reparle des salariés mis à disposition et de la communauté de travail », Dr. Ouv. 2009, p. 525.

Mais l'engouement pour des actions syndicales et judiciaires d'intégration, bien en amont, de ces salariés dans l'entreprise utilisatrice reste modéré. La requalification des contrats n'est effectuée qu'à titre individuel et tardif lorsqu'un salarié est licencié (11), et cherche un employeur ou un co-employeur solvable.

L'inertie dans ce domaine peut s'expliquer par la faiblesse du syndicalisme dans la sphère du salariat des sociétés de prestation de services dont les dénominations sont aussi modernes qu'américanisées. Il s'agit de catégories professionnelles de techniciens, commerciaux, informaticiens, ingénieurs qui, par centaines quelques fois, sont placés dans de grandes entreprises, au siège de celles-ci ou dans des filiales *ad hoc*. Il n'est même pas certain qu'ils aient été pris en compte dans les actions syndicales mentionnées ci-dessus pour leur inclusion (électorale) dans la communauté de travail. Inclusion qui était le cas pourtant, dans la deuxième espèce, pour un salarié mis à disposition par une société de gardiennage, élu délégué du personnel et dont l'employeur (en titre) a pu soutenir qu'il ignorait sa qualité de salarié protégé connue par la seule entreprise utilisatrice qui aurait, elle, omis de signaler cette élection et même d'en parler au prestataire reprenant ce marché de gardiennage...

Voilà donc un salarié élu et intégré dans la collectivité de travail depuis longtemps et à tel point que son employeur (en titre) l'a abandonné, sauf au moment où, non repris dans le transfert conventionnel, il convient de lui imposer une clause de mobilité. Il aurait certainement fallu se placer sur le terrain de la requalification du contrat chez l'utilisateur pour vaincre les faux-semblants invoqués par les sociétés de gardiennage.

Le rapprochement de ces deux espèces souligne que, même lorsqu'il existe des dispositions conventionnelles de transfert volontaire, mieux vaut ne pas restreindre la contestation d'un licenciement et son imputation à l'un et l'autre des employeurs apparents et, pire encore, à la nature fautive ou non des refus de se soumettre à une clause de mobilité.

L'action tardive prête le flanc à ce faux débat et, dans le cas du Conseil de prud'hommes de Nancy, au licenciement d'un salarié protégé abstrait de la collectivité de travail qui l'a élu (12).

Pourtant, l'outillage juridique est bien là : intervention syndicale ou droit de substitution (13), pouvoir du juge des référés pour faire cesser un trouble manifestement illicite, salarié travaillant depuis des années... Alors certes, il manquerait une réparation indemnitaire pour motiver les salariés et leurs défenseurs. On ne voit pas ce qui s'opposerait, lors d'une action en requalification, à la réparation intégrale et concomitante du préjudice causé par l'inégalité de traitement, dont sont couramment victimes, à plusieurs titres, les salariés « mis à disposition ».

Des actions offensives prendraient une forte signification au moment où la banalisation des formes d'emploi triangulaire (en fait de prêt de main-d'œuvre illicite) fait l'objet de tentatives répétées de « prélégalisation » par la voie conventionnelle à la suite de l'ANI du 8 janvier 2008 (14).

Pascal Rennes

(11) Par exemple, C. cass. (Ch. soc.) 9 juillet 2008, Dr. Ouv. 2009, p. 90, n. S. Ducrocq.

(12) C'est à la fragilité de cette protection que le commentaire de Patrice Adam s'attache dans la Semaine sociale Lamy, citée note 2.

(13) L. 8242-1 CT.

(14) Par exemple, les négociations en cours sur le portage salarial, sur l'élargissement sans frein des groupements d'employeurs, ou la mobilité.