

## LES PÉRIMÈTRES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

### I. L'entreprise : regroupements et démembrements

# L'entreprise transnationale, quelle réalité ?

par Fabienne JAULT-SESEKE, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin (Paris-Saclay)

#### PLAN

I. Le devoir de vigilance ou la consécration de l'entreprise transnationale

II. Le cadre d'appréciation du licenciement ou la contestation de l'entreprise transnationale

**S'intéresser à l'entreprise transnationale comme périmètre du droit du travail revient à essayer de déterminer comment les règles de droit du travail appréhendent un « employeur » ou un groupe employeur qui exerce son activité dans plusieurs pays et qui est susceptible d'utiliser cette pluralité de lieux d'activité, ce que certains appellent le phénomène de la frontière, pour pratiquer la *law shopping* (1).**

La diversité des ordres juridiques concernés par les relations de travail qui se nouent dans l'entreprise transnationale n'est pas le seul facteur qui pourrait permettre d'éviter l'application de règles jugées trop contraignantes (2). Il est aussi nécessaire d'avoir égard au cloisonnement des différentes sociétés susceptibles de composer l'entreprise : le groupe de sociétés n'a pas la personnalité morale (3) et celle-ci forme un écran entre chaque société du groupe. Au cloisonnement des ordres juridiques et des sociétés, il faut encore ajouter celui des branches du droit. Il est difficile de s'intéresser à l'entreprise transnationale en tant qu'employeur sans envisager les difficultés économiques qu'elle est susceptible de rencontrer et cela conduit à parler de droit de l'insolvabilité. On est alors amené à concilier les logiques du droit commercial et les logiques du droit du travail. La tâche est ardue, car les premières, arc-boutées sur le dogme de l'autonomie patrimoniale de la personnalité juridique, ne correspondent pas aux secondes, qui pourraient permettre, à travers le principe de faveur au salarié, de justifier dans différentes hypothèses le dépassement de la personnalité morale. Néanmoins, il doit être relevé que le récent règlement européen en matière d'insolvabilité internationale, le règlement n° 2015/848, permet, tout en maintenant une procédure pour chaque société du groupe, de coordonner les procédures afin d'assurer un traitement unitaire du groupe. Il s'efforce, en outre, de pallier le risque de *forum shopping* et de *law shopping*. Le législateur européen est ainsi parvenu à appréhender la dimension transnationale de l'entreprise. Il l'a fait en s'inspirant des solutions qu'avait dégagées la pratique en l'absence de toute réglementation de l'insolvabilité du groupe de sociétés (4).

Nous nous limiterons ici à la prise en compte de l'entreprise transnationale par le droit du travail. Non sans artifice, on peut trouver son point de départ dans

l'affaire *Thomson Videocolor*. Pour mémoire, une des branches du groupe Thomson avait délocalisé ses activités vers le Brésil et il était revenu à la Cour de

(1) Par commodité, on retiendra de l'entreprise transnationale la définition qu'en donnent Gilles Auzero et Isabelle Daugareilh : « il s'agit d'une entreprise qui, sans égard à sa nationalité, déploie ses activités et ses stratégies dans plusieurs pays, par-delà les frontières territoriales et indépendamment de l'action des États » V. préface de la thèse de Marie Lafargue, Les relations de travail dans l'entreprise transnationale, LGDJ, Bibl. Droit social, 2017.

(2) A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit » 2015.

(3) Cela a été suggéré. V. not. B. Saintourens, n. sous l'arrêt *Sodimédical*, Cass. Soc. 18 déc. 2013, n° 12-25.686 à 12-25.734, *Revue des procédures collectives* n° 1, janvier 2014, comm. 6. Il faudrait alors résoudre la question de la loi applicable à ce groupe. Il paraît difficile de parler d'un siège social du groupe. V. cep. le rapport Lehne du 15 novembre 2011 (Parlement européen) sur les procédures d'insolvabilité.

(4) Sur ce règlement, v. sp. sur la question des relations de travail, V. F. Jault-Seseke, « Le sort des salariés » in F. Jault-Seseke, D. Robine (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?* Lextenso 2015, p. 163.

cession de se prononcer sur le motif économique des licenciements qui en étaient résulté. Dans un arrêt du 5 avril 1995, la Cour avait affirmé que « *Si la réalité de la suppression ou transformation d'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail est examinée au niveau de l'entreprise, les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée* » (5). Le groupe Thomson étant un groupe international, l'appréciation des difficultés devait se faire sans se limiter au territoire national. Ainsi, l'entreprise transnationale devenait un cadre, un périmètre, pertinent pour le jeu des règles du droit du travail. On acceptait de dépasser le cadre du territoire national, qui est le cadre classique du droit du travail (6).

Cette pertinence ne concerne pas les seules règles du licenciement économique. Différents exemples, dont la liste est loin d'être exhaustive, traduisent une certaine réalité de l'entreprise transnationale comme

périmètre de l'application du droit du travail (7). On songe au renouvellement des sources de droit du travail avec la multiplication de normes d'origine privée, notamment les codes de bonne conduite, les accords de groupe. On songe au comité d'entreprise européen ou au détachement intra-groupe, qui a conduit à l'adoption de règles particulières soit pour le favoriser, soit pour l'encadrer.

Les développements qui suivent se focaliseront sur des thèmes d'actualité qui correspondent, quant à l'idée de territorialité, à un double mouvement de flux et de reflux. La volonté de dépasser le cadre territorial est clairement à l'origine des dispositifs de RSE, et notamment du devoir de vigilance, reconnu en France comme à l'étranger (I). Le reflux et là, la perspective est davantage franco-française, trouve sa source dans les ordonnances de réforme du Code du travail, à propos du cadre d'appréciation du licenciement économique (II).

## I. Le devoir de vigilance ou la consécration de l'entreprise transnationale

Le devoir de vigilance cherche à rendre les multinationales françaises responsables des actions de leurs filiales ou de leurs sous-traitants étrangers. Le sujet est à la mode, mais les racines sont anciennes. Il suffit de songer à l'article L. 1231-5 du Code du travail, qui oblige les sociétés-mères françaises à reprendre les salariés qui ont été licenciés par leur filiale étrangère. La globalisation de l'économie ne pouvait qu'entraîner l'essor du devoir de vigilance. D'abord objet de *soft law* avec les principes directeurs des Nations-Unies sur les multinationales, les principes de l'OCDE (8), il fait désormais l'objet d'une réglementation dans le Code de commerce.

La loi française du 27 mars 2017 est intervenue après de nombreuses autres propositions qui ont, en vain, tenté d'imposer des obligations aux sociétés en dépassant le cadre de la personnalité morale. La catastrophe du Rana Plaza a servi d'aiguillon. Désormais, le nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce impose, à travers un plan de vigilance, une série d'obligations à la société « *qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq*

*mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* ». L'objectif poursuivi est clair. Il s'agit de dépasser la personne morale pour faire peser sur les groupes de sociétés une nouvelle obligation. Les groupes internationaux dont les filiales sont situées à l'étranger sont directement visés. Mais il ne s'agit que de très grands groupes. Au-delà, les réseaux d'entreprise sont également concernés. À travers le devoir de vigilance, il s'agit de contrôler l'activité des filiales, mais aussi celle des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels la société entretient une relation commerciale établie. Derrière l'entreprise transnationale conçue largement transparaissent les chaînes d'approvisionnement mondial, pour reprendre la terminologie de l'OIT dans sa résolution 2016 sur le travail décent.

Ces notions floues ne permettent pas de déterminer précisément les entreprises transnationales

(5) Cass. Soc. 5 avril 1995, n°s 93-42.690 et 93-43.866, D. 1995. 503, n. M. Keller ; Dr. Soc. 1995. 482, n. P. Waquet ; *ibid.* 489, n. G. Lyon-Caen.

(6) M.-A. Moreau, Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne, JDI 1996. 889 ; Le territoire - Aspects européens et internationaux - Des rattachements territoriaux nationaux à la transnationalité des normes du travail, Sem. soc. Lamy 2003, n° 1140, supplément

(7) Pour une approche d'ensemble, v. M. Lafargue, Les relations de travail dans l'entreprise transnationale, LGDJ, Bibl. Droit social, 2017.

(8) Sur cet aspect, v. T. Sachs, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation, Rev. trav. 2017. 380 et les références.

concernées par le devoir de vigilance, par application de la loi française. D'intéressantes questions de droit international privé se posent (9).

Pour que la loi de 2017 s'applique, il faut nécessairement un rattachement avec la France. C'est inhérent à la source franco-française de la norme. La loi française ne peut prétendre en elle-même à l'universalité. Les différentes présentations de la loi, en se référant aux seules entreprises françaises, ont une vision simpliste de la question : la définition de l'entreprise française reste à élaborer.

Une première approche conduit à faire du devoir de vigilance une composante de la loi de la société, la *lex societatis*. La définition de la *lex societatis* est elle-même une gageure. Il faut choisir entre la loi du siège réel, la loi du siège statutaire ou encore la loi de l'incorporation. La controverse a changé de dimension avec la jurisprudence européenne qui, *in fine*, en retenant une interprétation très (trop) extensive de la liberté d'établissement, condamne le rattachement au siège réel. Il existe, à l'échelle européenne, et en raison de la liberté d'établissement, une tendance forte en faveur de la loi du siège statutaire. Transposée au devoir de vigilance, cette solution permettrait à la société ayant son siège statutaire à l'étranger, mais dont une part importante de l'activité s'exerce sur le territoire français, d'y échapper. Ce résultat critiquable ne correspond pas à l'esprit du texte. Le réflexe de l'internationaliste est alors immédiat et conduit à suggérer de recourir à la méthode des lois de police, qui permet d'imposer l'application de la loi française lorsqu'elle poursuit un but d'une importance particulière qui justifie qu'elle soit impérative, non seulement dans l'ordre interne, mais aussi dans l'ordre international. Encore faut-il s'assurer qu'elle ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation. Mais ici la justification réside dans la poursuite d'un objectif d'intérêt général difficilement contestable : la RSE.

Une voie alternative à celle des lois de police est envisageable. Puisqu'en matière de RSE, il est indispensable de lever le voile de la personnalité morale, il est illogique de raisonner en termes de *lex societatis*. Il pourrait alors être opportun de forger une règle de conflit de lois spéciale, propre à la RSE, afin de tenir compte de l'objectif propre poursuivi en la matière (10). Resterait à définir les contours de cette nouvelle catégorie du droit international privé et à identifier le rattachement idoine permettant de tenir

compte de l'organisation de la société. Le siège réel ou un établissement d'une certaine importance pourrait constituer ce rattachement. On pourrait songer aussi à utiliser le critère du centre des intérêts principaux, qui a déjà fait ses preuves (11), ou bien encore, mais ce n'est pas fondamentalement différent, se référer à l'existence d'une activité économique significative sur le territoire français. Ce critère est déjà sollicité en pratique en matière pénale. Ainsi, les ONG Peuples Solidaires et Sherpa ont déposé, en janvier 2018, en France, une plainte pénale à l'encontre de l'entreprise transnationale Samsung pour pratiques commerciales trompeuses. Elles dénoncent l'emploi d'enfants de moins de 16 ans, des horaires de travail abusifs, l'absence d'équipements appropriés aux risques encourus, des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, en contradiction avec les engagements éthiques et le code de conduite du groupe, qui se présente comme l'une des entreprises les plus éthiques au monde. Seule l'existence d'une activité commerciale en France peut servir de fondement à la compétence du juge français et de la loi française. Rien n'empêche de transposer ce critère à la matière civile et commerciale, même si, ce faisant, on malmène quelque peu la méthode conflictuelle. En effet, le lieu de l'activité significative d'une entreprise transnationale est nécessairement plural. Chaque ordre juridique au sein de laquelle une telle activité existe serait amené à conclure à l'application de sa propre loi, ce qui revient à utiliser le raisonnement unilatéraliste à l'origine de la méthode des lois de police ou de l'application des lois de droit public.

Ces réflexions sommaires démontrent que consacrer l'entreprise transnationale comme un périmètre de l'application du droit du travail ne permet pas de faire l'économie de l'identification d'un rattachement avec le territoire français.

Au-delà, si la consécration par la loi française d'un devoir de vigilance doit être saluée, on est inévitablement amené à se demander si le cadre national est le cadre adéquat à cette intervention législative. À cet égard, on doit rappeler que la gestation de la loi a été lente en raison de l'argument récurrent de la concurrence qui a été brandi par le lobby des entreprises : les obligations résultant du devoir de vigilance altéreraient la compétitivité des groupes français. L'argument est discutable, ne serait-ce que parce que le devoir de vigilance n'est pas une spécificité française (12), mais il n'en demeure pas moins

(9) O. Boskovic, Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé, D. 2016. 385 ; E. Pataut, Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé, Dr. Soc. 2017. 833.

(10) E. Pataut, art. préc.

(11) Il est utilisé par les règlements en matière d'insolvabilité (règlements n° 1346/2000 et n° 2015/848).

(12) C. Bright, Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise, Dr. Soc. 2017. 828.

qu'il serait justifié de sortir le devoir de vigilance de son artificiel carcan territorial en lui donnant une assise européenne, voire internationale. Des négociations sont en cours à Genève dans le cadre de l'ONU : elles visent à l'adoption d'un traité contraignant les multinationales au respect des droits humains sur toute leur chaîne de production, en s'appuyant sur les

Principes directeurs des Nations-Unies sur les entreprises transnationales (13). Elles reposent sur l'idée que l'entreprise transnationale doit, si possible, être appréhendée à travers des règles transnationales. C'est, indirectement, cette même idée qui a conduit le législateur français à modifier le cadre d'appréciation des difficultés économiques.

## II. Le cadre d'appréciation du licenciement ou la contestation de l'entreprise transnationale

La question des licenciements dans l'entreprise transnationale est multiple. La combinaison des règles du droit du travail et des règles de droit international privé s'avère complexe et les résultats peuvent paraître décevants (14).

C'est principalement la notion d'employeur qui apparaît trop rigide. Rappelons qu'en 2010, dans l'affaire *Flodor* (15), la Cour de cassation avait refusé de faire peser les obligations nées du contrat de travail – en l'espèce, l'obligation de reclassement – sur les sociétés du groupe auxquelles était déniée la qualité de l'employeur. Cette solution s'inscrivait dans la lignée de la jurisprudence européenne qui, pour l'interprétation de la directive sur les licenciements collectifs, refusait de qualifier d'employeur la société-mère ayant pris la décision économique de fermer l'entreprise employeur (16).

La technique du co-emploi a un temps permis d'échapper à cette rigidité et d'appréhender l'entreprise transnationale, comme cela avait été suggéré en doctrine (17). Aujourd'hui, si la voie du co-emploi n'est pas fermée (18), elle se révèle être extrêmement étroite (19).

Mais c'est à travers une autre question, celle du cadre d'appréciation des difficultés économiques,

que nous allons constater la reterritorialisation de l'entreprise transnationale.

L'ordonnance n° 2017-1387 a réécrit l'article L.1233-3 du Code du travail, qui est désormais formulé de la façon suivante : « *Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national* ». Il en ressort clairement que le cadre d'appréciation des difficultés économiques est le territoire national (20). La solution adoptée à la suite de l'arrêt *Thomson Video-color* de 1995 est ainsi délibérément contredite (21). La Cour de cassation avait clairement énoncé que « *Les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national* » (22). Cette jurisprudence était justifiée par la volonté d'éviter les fraudes (23), la solution contraire fulminée par l'ordonnance n° 2017-1387 l'est par l'objectif de

(13) En l'absence de traité à effet direct, le caractère contraignant des normes internationales en matière de RSE n'a pas été admis : CA Versailles, 22 mars 2013, *Association France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c. Société Alstom Transport SA, Société Alstom SA et SA Veolia Transport*, n° 11/05.331.

(14) E. Pataut, *Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés*, RDT 2011. 14.

(15) Cass. Soc. 13 janvier 2010, n° 08-15.776, RDT 2010. 230, obs. F. Géa.

(16) CJCE 10 septembre 2009, aff. C-44/08, *Akavan*, *Europ.* 2009. Comm. 417, obs. L. Driguez ; RDT 2010. 285, étude S. Vernac ; Dr. Ouvr. 2010. 159, n. M. Bonnechère (relativement à la directive 98/59 du Conseil du 20 juillet 1998)

(17) M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – confrontations et mutations*, coll. À droit ouvert, Dalloz 2006

(18) Cass. Soc. 6 juillet 2016, n° 15-15.685, *Trois Suisses* ; CA Douai 29 septembre 2017, n° 17/1817, RDT 2017. 790, n. G. Auzero.

(19) Cass. Soc. 2 juillet 2014, n° 13-15.208, *Molex*, Sem. soc. Lamy 2014, n° 1645, n. G. Auzero, Rev. crit. DIP 2015. 594, n. F. Jault-Seseke ; Cass. Soc. 6 juillet 2016, n° 14-27.266, affaire *Continental*.

(20) ( Pour une présentation détaillée, v. F. Gea, *Un nouveau droit du licenciement économique ?* RDT 2017. 636 ; adde G. Couturier, *Le droit du licenciement économique*, D. soc. 2018. 17.

(21) *V. supra*.

(22) *V. not.*, Cass. Soc. 12 juin 2001, n° 99-41.571, Bull. civ. V, n° 214 ; D. 2001. 2560 ; Dr. Soc. 2001. 894, obs. C. Masquefa. La solution a été encore répétée récemment dans des arrêts qui retiennent une approche capitalistique du groupe et qui précisent, en outre, que le périmètre d'appréciation de la validité du PSE est le même que le groupe en tant que périmètre d'appréciation du motif économique de licenciement (Cass. Soc. 16 novembre 2016, n°s 15-15.190, 15-19.927 et 14-30.063, D. 2017. 840, obs. P. Lokiec et J. Porta, Rev. Sociétés 2017. 243, n. F. Petit, Dr. Soc. 2017. 221, étude M. Gadrat, RDT 2017. 44, obs. M. Kocher).

(23) P. Waquet, « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », Dr. Soc. 1995. 482.

compétitivité. Les travaux parlementaires sont explicites : il faut abandonner la solution jurisprudentielle qui ferait fuir les investisseurs (24) et mettre la législation française en conformité avec le « *standard européen* » (25).

La nouvelle disposition a fait l'objet de vives critiques. Elle offrirait aux entreprises la possibilité de mettre artificiellement leur filiale française dans une situation propre à justifier le licenciement économique de ses salariés et faciliterait la délocalisation à l'étranger de l'activité (26). La loi d'habilitation avait mis le doigt sur ce risque et envisageait l'adoption de dispositions pour éviter la création artificielle, notamment en termes de présentation comptable, de difficultés économiques à l'intérieur d'un groupe (27), mais ce qui peut s'apparenter à l'exception de fraude était absent des textes. Il a été fait valoir qu'en raison du principe *fraus omnia corrumpit*, une telle exception serait inutile (28). Elle a été néanmoins réintroduite dans la loi de ratification, qui a ajouté « *sauf fraude* » à la fin de l'article L.1233-3 (29). Un amendement prévoyait de réserver la création artificielle de difficultés économiques, mais la précision n'a finalement pas été retenue. Le recours porté devant le Conseil constitutionnel critiquait cette imprécision qui méconnaîtrait « *le droit à l'emploi ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle de développement de l'emploi sur le territoire national* » (30). Le Conseil n'en a pas jugé ainsi en relevant que l'exception de fraude prévue par le législateur trouverait à s'appliquer en cas d'organisation artificielle de difficultés économiques au sein d'une filiale et permettrait de sortir du cadre d'appréciation strictement territorial (31). La décision est assez laconique et ne permettra sans doute pas de mettre un terme aux inquiétudes que le nouveau périmètre d'appréciation des difficultés

économiques a fait naître. Il appartiendra au juge du licenciement de déterminer les modalités de mise en œuvre de l'exception de fraude. Il va sans doute lui être difficile de tracer la frontière, et cette fois ce n'est pas une frontière territoriale, entre l'optimisation et la fraude (32). Des différences d'approches sont à craindre : ainsi que l'a fait remarquer Laurence Pécaut-Rivolier (33), Conseiller à la Chambre sociale, la Cour de cassation aurait pu donner une définition de la création artificielle de difficultés, alors qu'elle ne peut, en tant que telle, contrôler la fraude.

Ce nouveau cadre est assez emblématique des difficultés à appréhender l'entreprise transnationale en droit du travail. L'argument de la compétitivité conduit à gommer sa dimension transnationale et à la réduire à plusieurs sociétés distinctes. Ce n'est que par exception qu'il en va autrement. Cette exception, lorsqu'elle se limite à la fraude, comme c'est le cas dans l'article L.1233-3 du Code du travail, est sans doute trop stricte.

Les évolutions récentes témoignent des hésitations du législateur français. Il peine à dépasser le cloisonnement des ordres juridiques pour rendre l'entreprise transnationale débitrice d'obligations et, lorsqu'il y parvient, ce n'est pas encore de façon très aboutie. Le juge s'est, par le passé, montré plus audacieux. Saura-t-il à nouveau relever le défi que constitue la mondialisation du marché du travail ?

**Fabienne Jault-Seseke**

(24) Dans son rapport à l'Assemblée nationale sur la loi de ratification (rapp. AN n° 369, p. 348), M. Pietraszewski parle de « *contrecarrer une jurisprudence qui a conduit par le passé à priver des entreprises manifestement confrontées à des difficultés économiques de toute possibilité de réorganisation* ». V. aussi le rapport au président de la République : « *Si un groupe rencontre des difficultés économiques au sein d'une filiale française, le motif économique sera apprécié au niveau national, comme dans la grande majorité des pays européens. Cette disposition va accroître l'attractivité du territoire français pour les investissements internationaux, ce qui aura un impact bénéfique sur l'emploi sur notre sol* ».

(25) Propos de la ministre du Travail s'exprimant sur la loi de ratification de l'ordonnance.

(26) Pour des développements substantiels, v. F. Géa, L'hypothèse de la création artificielle de difficultés économiques, RDT 2017. 793.

(27) Art. 3-2°, b de la loi d'habilitation.

(28) CE, avis 22 juin 2017, n° 393.357. La ministre relevait « *un consensus sur le sujet : s'il existe une fraude, typiquement avec une remontée artificielle des bénéfices à la maison mère, en dépouillant une filiale, le juge peut déjà l'apprécier et il pourra encore le faire demain* ».

(29) « *Les difficultés économiques, les mutations technologiques*

*ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude.* »

(30) On retrouve ici les termes qu'avait utilisés le Conseil d'État en 2016 dans son avis sur le projet de loi travail (CE, avis 17 mars 2016, n° 391197, p. 26 : le Conseil d'État relevait que la mention de l'organisation artificielle de difficultés économiques se fondait sur un motif d'intérêt général tenant à la préservation de l'emploi sur le territoire national et qu'elle ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Mais l'avis sur la loi d'habilitation (avis préc., n. 28) était très en retrait.

(31) Décision n° 2018-761 du 21 mars 2018, cons. n° 81.

(32) La difficulté est connue en matière fiscale, v. D. Gutmann, Les dix définitions de l'abus de droit fiscal, Mélanges H. Hovasse, Lexis Nexis, 2016, p. 381. Elle va aussi se poser dans un autre domaine du droit social, lorsqu'il s'agira d'apprécier l'opposabilité des certificats de détachement, puisque la fraude permet d'y faire exception (CJUE, 6 févr. 2018, aff. C-359/16, Ömer Altun e. a.).

(33) Intervention orale lors des débats qui ont suivi les communications du colloque le 2 mars 2018.