

LES PÉRIMÈTRES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

I. L'entreprise : regroupements et démembrements

L'Unité économique et sociale judiciaire

par Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, Conseillère à la Cour de cassation

La réflexion sur le sort de l'unité économique et sociale (UES) judiciaire suit une sorte de cycle qui pourrait être schématiquement décrit sous forme d'arc de cercle. Une institution de création jurisprudentielle, dont le destin a largement dépassé l'imagination des concepteurs, qui a franchi plusieurs gués, mais semble actuellement en déclin. Mais commençons par le début de l'histoire.

Au début, une innovation jurisprudentielle étonnante, une vraie prescience de la nécessité de dépasser les frontières établies par le droit des sociétés pour appréhender une réalité du terrain. Mais cette innovation n'émane pas de n'importe quels juges. L'UES n'a pas été inventée par les juges de la Chambre sociale, même si l'avenir de l'UES s'est joué au sein de celle-ci. Au démarrage, ce sont les juges du pénal, qui, habitués à déjouer les fraudes et les détournements, ne pouvaient accepter que leur soient opposés des écrans juridiques pour contourner des règles applicables.

Nous sommes dans les années 1970, et la Chambre criminelle vient d'inventer l'unité économique et sociale (1) : il ne suffit pas « *que des sociétés d'un même groupe aient une existence juridique propre pour constituer, à l'égard du droit du travail, des entreprises distinctes* ». Une notion qui transcende la forme juridique afin d'éviter qu'un employeur ne multiplie les structures pour contourner des obligations reposant sur des seuils. L'innovation tombe à point nommé à une période où se multiplient les structures commerciales de tous ordres, et le terme adopté est parfait, évocateur tout à la fois de la raison d'être et des conséquences de l'institution.

La Chambre sociale reprend le concept à son compte dès 1972 (2). Comme l'expliquera le conseiller de Lestang, l'entreprise, « *envisagée au point de vue économique comme une unité de production ou*

de distribution et au point de vue social comme une réunion de travailleurs dans ce cadre, ne coïncide pas nécessairement avec les structures juridiques qui lui donnent une existence légale » (3).

Jusqu'à la fin des années 1980, c'est bien ces détournements qui étaient recherchés par la jurisprudence. La vision était punitive et non institutionnelle. Ainsi « *A légalement justifié sa décision le tribunal d'instance qui a estimé qu'il existait «une communauté de travail» entre deux sociétés issue de la scission d'une société, après avoir relevé qu'elles avaient continué à exercer leurs activités dans le même ensemble de bâtiments, avaient les mêmes services administratifs et comptables, la même adresse postale et le même numéro de téléphone, la même personne étant président directeur général de l'une et directeur général adjoint de l'autre et dont la cantine et le service social étaient communs et que, par suite, il existait pour la désignation de délégués syndicaux une unité économique et sociale entre les deux sociétés* » (4).

Mais voilà qu'à compter des années 1990, cette notion à finalité sanctionnatrice, qui ne devait jouer un rôle que pour les situations marginales et douteuses, se développe pour devenir une institution à part entière du droit social.

Dans un premier temps, elle acquiert une légitimité institutionnelle, en devenant un cadre utile et efficient pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Mais elle demeure alors cantonnée à un effet relatif : « *la notion d'UES a été dégagée pour assurer en pratique l'efficacité de chacune des institutions ; elle n'a donc pas des conséquences uniformes* » (5).

Puis elle s'évade du champ de l'efficience de la représentation du personnel, pour acquérir une place statutaire, un périmètre usuel d'exercice des droits.

(1) Cass. Crim. 23 av. 1970, Bull. crim. 1970, n° 144.

(2) Cass. Soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, JCP 1973.II, n° 17316, D. 1973, p. 381, n. Despax.

(3) La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes, Dr. Soc. 1979, pp. 12 et s.

(4) Cass. Soc. 6 oct. 1983, n° 83-60.747, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale n° 483.

(5) J. Laroque, Les élections professionnelles dans l'entreprise, D. 1983, n° 53.

C'est ainsi qu'en quelques années, l'UES sanction s'est muée en UES outil de management. Les acteurs se sont approprié la notion, et y ont vu un dispositif complémentaire qui leur permettait de séparer le statut juridique des entités et l'organisation d'ensemble de leur entreprise.

C'est ainsi que l'UES, judiciaire à l'origine, est devenue principalement institution conventionnelle. Sa dimension judiciaire s'en est trouvée par ce biais elle-même transfigurée.

Les tribunaux d'instance ont ainsi dû faire face à un afflux de demandes de reconnaissance d'UES formées, non par des syndicats venant revendiquer un nouvel espace de droits collectifs, mais par l'employeur lui-même. Avec ce gouffre d'incertitudes, quand l'affaire ne permettait même pas de détecter des défendeurs : qui convoquer quand l'employeur qui a créé une petite dizaine d'agences demande la reconnaissance judiciaire de l'UES entre ces structures, dans lesquelles il n'y a pas d'organisation syndicale présente ? Une instance judiciaire sans litige, et sans défendeurs, ce n'est quand même pas chose facile à appréhender par des juridictions, refusant de se muer en bureaux d'enregistrement.

Bref, l'UES s'est transfigurée, installée dans le paysage du droit du travail français, au point de devenir, pour les entreprises elles-mêmes, une technique d'organisation des relations du travail. L'existence d'unités économiques et sociales est maintenant reconnue dans les plus importants groupes de sociétés et est devenue l'un des procédés mis en œuvre par les chefs d'entreprise eux-mêmes « dans l'optique d'une organisation sociale d'ensembles complexes » (6).

D'ailleurs, l'UES est, par fiction juridique, devenue « l'entreprise », acquérant ainsi une place sur l'Olympe des notions de droit du travail (7).

On en était là lorsque, en 2007, la question a été posée à la Cour de cassation de savoir quel tribunal était compétent pour connaître du contentieux de la reconnaissance judiciaire de l'UES. La question obligeait à s'interroger sur ce qu'était l'institution juridique de l'UES : une nouvelle forme d'organisation de l'entreprise à part entière ou une structure

simplement conçue pour permettre la mise en place adaptée d'institutions représentatives du personnel.

La réponse de la Cour de cassation à cette demande d'avis a été sans appel : le 19 mars 2007, la Cour de cassation affirmait que : « *La reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées. L'action tendant à cette reconnaissance relève en conséquence de la compétence d'attribution du tribunal d'instance. Il en est de même de l'action aux fins de modification, par voie d'élargissement ou de réduction, du périmètre d'une unité économique et sociale* » (8). Autrement dit, l'unité économique et sociale est, mais n'est, qu'une structure de mise en place des institutions représentatives du personnel au bon niveau de décision.

Ce coup de frein donné à l'essor d'une notion que d'aucuns pouvaient voir, à terme, prendre une place équivalente à celle des institutions existant en droit commercial a été le point de départ du déclin inexorable de l'institution.

La Cour de cassation a ainsi décidé que le principe d'égalité de traitement au sein d'une entreprise n'était pas applicable au sein d'une UES (9).

Et, en 2008, la Cour de cassation affirme qu'un salarié d'une entreprise appartenant à une UES ne peut être « muté » dans une autre entreprise de la même UES parce que, malgré l'existence d'une UES, cette mutation constitue en réalité un changement d'employeur (10). Et elle précise, quelques mois plus tard, que même un accord collectif ne peut pas modifier cette règle, l'UES, tout simplement, n'ayant pas la personnalité morale. Ce que Mme Cécilia, dans une thèse soutenue il y a peu à Bordeaux, dénonçait, avec la conscience que cette faille dans la caractérisation de l'UES empêcherait l'institution d'espérer prospérer réellement.

Le coup de grâce sera asséné par un arrêt de 2009 en matière de PSE (11) : « *Les conditions d'effectif et de nombre des salariés qui imposent l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur* ». L'essor de l'UES était ainsi brutalement stoppé.

(6) G. Couturier, L'unité économique et sociale trente ans après, Semaine sociale Lamy, 20 oct.2003, n°1140 ; Paul-Henri Antonmattei, Débat autour de l'unité économique et sociale, Semaine sociale Lamy 2004, n°1081 ; J. Daniel et A. Teissier, Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel, Semaine juridique, édition sociale, n°40, 3 oct. 2006.

(7) Et selon la jurisprudence : Un accord collectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel : Cass.Soc., 12 juill. 2006, n°04-40.331, Bull. 2006, V, n°254.

(8) Cass. Avis du 19 mars 2007, n°00.70005P.

(9) Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, n°04-42.143, n°04-42.144, n°04-42.145, n°04-42.146, n°04-42.147, n°04-42.148 et n°04-42.149, Bull. 2005, V, n°185.

(10) Cass. Soc. 16 déc. 2008, n°07-43.875, Bull. 2008, V, n°255.

(11) Cass. Soc. 28 janv. 2009, n°07-45.481, Bull. 2009, V, n°26.

Son salut ne pouvait provenir que de l'intervention du législateur. Le législateur qui, à deux reprises, avait montré son intérêt pour la création prétorienne, en lui donnant vie dans le Code du travail. Ainsi des droits à intéressement et participation.

Mais le législateur est resté silencieux. Dans aucune des réformes intervenues au cours de ces dernières années, et pas plus lors de la « révolution » de 2017, il n'a voulu que l'UES prenne une nouvelle place sur la scène juridique. Il a bien, en 2017, pris des dispositions pour le CSE d'UES. Mais il n'a pas été plus loin.

Alors, abandonnée par la jurisprudence, délaissée par le législateur, l'UES doit-elle accepter de se retrouver cantonnée à un périmètre de mise en place d'une instance de représentation collective ? La réponse est à nuancer.

L'UES, on l'a vu, joue désormais conventionnellement un rôle de premier plan, lorsque les partenaires sociaux souhaitent lui donner vie et effets. Elle continue à être une réponse judiciaire adaptée

aux situations de parcellisation d'entreprises pour permettre aux salariés l'exercice de droits représentatifs.

Mais la réalité à laquelle il faut aujourd'hui s'adapter n'est plus nécessairement, comme hier, celle d'un employeur unique instituant et gérant des structures plurales, bien identifiées le plus souvent. La réalité, aujourd'hui, c'est une multiplicité d'employeurs, une multiplicité de commanditaires pas toujours identifiés et auxquels les travailleurs ne sont plus reliés par un contrat de travail.

Pour dépasser la fiction des statuts juridiques, et parvenir à créer de nouveaux liens ancrés dans la réalité, ce sont de nouveaux concepts qu'il faut probablement trouver, de nouveaux périmètres qu'il faut dégager, autour de notions comme celle, résurgente, de la communauté de travail. Au législateur, à la doctrine, à la jurisprudence, d'y réfléchir ensemble.

Laurence Pécaut-Rivolier

THOMAS COUTROT

LIBÉRER LE TRAVAIL

Pourquoi la gauche s'en moque
et pourquoi ça doit changer

SEUIL

Éditeur : Seuil – Economie
Mars 2018
EAN 9782021390377
320 pages - 20 euros

LIBÉRER LE TRAVAIL POURQUOI LA GAUCHE S'EN MOQUE ET POURQUOI ÇA DOIT CHANGER

Par Thomas Coutrot

La moitié des Français expriment un mal-être au travail. Une organisation néo-taylorienne soumise au rendement financier est en train de détruire notre monde commun. Cette machine à extraire le profit écrase le travail vivant : celui qui mobilise notre corps, notre intelligence, notre créativité, notre empathie et fait de nous, dans l'épreuve de la confrontation au réel, des êtres humains.

Contre les « réformes » néolibérales du travail, on a raison de lutter. Mais pour défendre les conquêtes du salariat et prendre soin du monde, il nous faut repenser le travail. Nous avons besoin d'un souffle nouveau, d'un « avenir désirable ». La liberté, l'autonomie, la démocratie au travail, doivent être replacées au cœur de toute politique d'émancipation.

La gauche politique et syndicale a trop longtemps privilégié le pouvoir d'achat au pouvoir d'agir dans le travail. Paradoxalement, les innovations dans ce domaine sont d'abord venues des managers : « l'entreprise libérée » inspire des initiatives patronales souvent futiles et parfois stimulantes. Des consultants créatifs proposent des modèles « d'entreprise autogouvernée » plus audacieux que les rêves autogestionnaires les plus fous. Mais surtout, des expériences multiples fleurissent un peu partout inspirées du travail collaboratif, du care, de la construction du commun, qui sont autant d'écoles d'une démocratie refondée.

Et si on libérait le travail, vraiment ? C'est possible : ce livre en fait la démonstration !

Thomas Coutrot est économiste et statisticien du travail. Il a été porte-parole d'Attac et co-fondateur des Économistes atterrés.