

Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises

Marie-Laure MORIN*

Dans une économie mondialisée, les exigences de compétitivité et de flexibilité des entreprises ont conduit à une transformation profonde de leur organisation sociale, économique et financière (Boyer et Durand, 1998; Castells, 1998). Le développement des groupes financiers à une échelle mondiale, les phénomènes d'externalisation ou de délocalisation ou encore la constitution de réseaux d'entreprises ont eu des conséquences multiples sur les relations de travail et les conditions d'application du droit du travail. Cet article explore quelques-unes des questions posées par ces transformations et les réponses juridiques qui s'esquissent, principalement dans le contexte français et européen¹.

Historiquement, le droit du travail contemporain, né avec la seconde révolution industrielle, est le fruit d'une construction progressive, conjointe à celle de l'organisation productive elle-même, dans un cadre national. Ce droit, qu'il soit d'origine étatique ou conventionnel, a été fortement marqué par le modèle de la grande entreprise intégrée. Il appréhende les relations de travail salariées dans le cadre de rapports binaires entre employeurs et salariés. Il n'est donc pas étonnant que la transformation des firmes, marquée par ces phénomènes conjoints de concentration financière et de décentralisation productive, fasse apparaître des besoins de protection renouvelés.

Des réflexions importantes ont déjà été conduites sur l'évolution nécessaire du droit du travail (Supiot, 1999; Simitis, 1997; Verge et Vallée,

* Directrice de recherche au Centre national de la recherche scientifique (CNRS), conseiller à la Cour de cassation, France. Courriel: marie-laure.morin@justice.fr.

¹ Cet article reprend en la développant une intervention au cours de la table ronde consacrée à ce thème au XVII^e Congrès de l'Association internationale de droit du travail, à Montevideo, le 25 septembre 2003. Il s'appuie notamment sur les résultats de travaux de recherches empiriques conduits en France, ou au niveau européen au sein du Laboratoire interdisciplinaire de recherche sur les ressources humaines et l'emploi (LIRHE), CNRS Université des sciences sociales de Toulouse, ainsi que sur BIT (2003).

1997). Depuis le début des années quatre-vingt, on observe un mouvement de réformes importantes dans les droits nationaux; au niveau international, aussi, quelques éléments de réponse commencent à apparaître, on songe en particulier au *Livre vert* de la Commission européenne sur la responsabilité sociale des entreprises (Commission européenne, 2001), à l'adoption par la Conférence internationale du Travail d'une déclaration sur les droits fondamentaux des travailleurs en 1998 (BIT, 1998; Duplessis, 2004), ou encore aux travaux de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation (BIT, 2004).

Pour contribuer à ces réflexions, nous commencerons par analyser les transformations concrètes des entreprises afin de préciser la nature des questions posées; nous rechercherons ensuite, sur certaines des questions centrales du droit du travail, les techniques ou concepts juridiques, qui sont déjà ou pourraient être utilisés pour poursuivre la construction de ce droit en tenant compte de cette évolution des organisations productives².

Les nouvelles formes d'organisation des firmes: quel cadre d'analyse?

Chez les juristes du travail, comme d'ailleurs dans les autres branches du droit, l'entreprise, que le droit ne définit pas, a donné lieu à de nombreux débats (Despax, 1957; A. Lyon-Caen et G. Lyon-Caen, 1978; Farjat et coll., 1987); les analyses économiques ou sociologiques de l'entreprise et de ses transformations sont aussi nombreuses (Storper et Salais, 1993). Il ne s'agit pas de les reprendre ici. Nous proposerons plutôt une démarche pluridisciplinaire fondée sur l'analyse des relations de travail et de ses rapports avec l'organisation productive. Lorsqu'une personne fournit du travail pour une autre, d'un point de vue économique comme d'un point de vue juridique, cette relation peut être analysée sur deux axes qui détermineront sa qualification. Le premier est celui de l'organisation productive dans laquelle la relation de travail s'insère et de la détermination du centre de pouvoir. Le second est celui de la répartition des risques économiques et sociaux liés à la production et au travail des personnes qui y concourent (Morin, Dupuy, Larré, 1999). Le premier axe invite à emprunter une démarche descriptive de l'organisation des firmes, il permet aussi de tenter de comprendre à quoi s'intéresse le droit du

² Les réflexions qui suivent doivent aussi beaucoup à des colloques déjà tenus sur ce thème, en particulier en France: «Les frontières de l'entreprise et le droit du travail», colloque de l'Association française de droit du travail (AFDT), Paris, décembre 2000 (voir *Droit Social*, n° 5, mai 2001), ainsi qu'aux contributions de G. Vallée sur les codes de conduite; et au Symposium international de mai 2003, «Équité, efficacité, éthique, la régulation sociale de l'entreprise mondialisée», organisé par le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (Université de Montréal, Université Laval, HEC Montréal), Montréal 2003 (Murray et Trudeau, 2004).

travail lorsqu'il traite de l'entreprise, quelles finalités il poursuit. Le second conduit à une analyse plus théorique: comment peut-on interpréter ces transformations, quelle est la nature des questions juridiques qu'elles posent en droit du travail?

Les niveaux d'organisation de la firme

Sur un plan descriptif, on peut en effet repérer différents niveaux d'organisation de la «firme» dans laquelle s'inscrivent les relations de travail. On emploiera à dessein le mot «firme» plutôt que celui d'entreprise parce qu'il est général et neutre juridiquement³. Ces niveaux d'organisation sont hiérarchisés, mais le niveau dominant, ou celui principalement pris en compte par le droit du travail, n'a pas toujours été le même.

En droit du travail, il est très classique aujourd'hui de distinguer l'établissement, l'entreprise, le groupe (Gaudu, 1999; A. Lyon-Caen, 2003). Cela renvoie en réalité à différents niveaux d'organisation de la firme auxquels, historiquement, le droit du travail s'est successivement intéressé pour saisir le centre de pouvoir réel et assurer la protection du salarié. Le droit du travail, en même temps qu'il cherche à assurer la protection des travailleurs, concourt aussi à l'organisation de la production de biens ou de services; en même temps qu'il définit les règles du contrat individuel de travail subordonné entre un employeur juridique, personne morale ou physique, et le salarié, il traite aussi de l'organisation dotée d'un centre de pouvoir, régie par les relations professionnelles dans laquelle le contrat de travail place le salarié (Jeammaud, 1989). Il y a là deux pôles essentiels de l'ordonnancement juridique des relations de travail auxquels nous nous attacherons plus particulièrement (Jeammaud, Lyon-Caen, Le Friant, 1998)⁴.

La firme comme producteur

Historiquement, le droit du travail a d'abord appréhendé la «firme» comme un «producteur», c'est-à-dire comme le lieu de combinaison du capital et du travail concret qui assure la fabrication de produits mis sur le marché. Il s'intéresse alors à l'usine, à l'établissement, là où s'effectue le travail concret et où il est nécessaire de protéger les salariés, ou plutôt les corps au travail. Les premières législations industrielles, particulièrement en matière de protection d'hygiène et de sécurité, sont des législations des établissements, là où se réalise le travail concret, objet du

³ Ces analyses s'inspirent de travaux qui ont été conduits de façon interdisciplinaire par des économistes et des juristes sur le concept d'entreprise, voir notamment Jeammaud, Kirat et Villeval (1996) ainsi que F. Morin et M.-L. Morin (2002).

⁴ Ces auteurs repèrent comme autres pôles les procédés de défense des intérêts, la négociation collective et le rôle de l'Etat.

contrat de travail. C'est à partir des lieux de travail concrets que se sont aussi construites les solidarités collectives et les premières actions collectives.

L'établissement comme premier niveau d'organisation de la firme reste un cadre majeur d'application du droit du travail. On songe au concept d'établissement en droit allemand, base de la constitution sociale de l'établissement (Rémy, 2001). Ou encore à la notion d'entité économique transférée qui poursuit son activité en conservant son identité, au sens de la directive européenne sur les transferts d'entreprise⁵. Cette entité n'est-elle pas caractérisée, en effet, par un ensemble organisé de moyens entre le capital et le travail, en vue de la poursuite d'une activité⁶? Le producteur, c'est d'abord le propriétaire, exploitant du fonds, qui est en même temps l'employeur, partie au contrat de travail. La représentation de cette firme productrice demeure très proche du fonds rural, du fonds de commerce qui ont marqué les sociétés encore très rurales de la première révolution industrielle (Gaudu, 2001).

La firme comme organisation économique et sociale

Le droit du travail s'est intéressé plus tardivement au deuxième niveau d'organisation de la «firme» qui en règle l'activité économique dans son rapport au marché. Ou plutôt l'organisation économique de la firme a longtemps relevé du seul pouvoir de l'employeur, sans que le droit du travail s'y attache au-delà de l'exécution du contrat de travail lui-même. Si l'on s'intéresse à cette organisation économique de la firme, et pas seulement à l'organisation sociale de la production, on constate que la firme peut avoir plusieurs activités économiques, elle peut être multi-branches, elle peut être dotée de plusieurs établissements (Desbarats, 1996). Mais elle est caractérisée par une direction économique unique qui ordonne en même temps son organisation sociale. Le principe organisateur de la firme n'est plus la production, mais le pouvoir de décision économique par rapport au marché. L'entreprise apparaît alors comme une organisation à la fois économique et sociale sous une direction unique. Cette approche classique de la firme, qui est celle de la grande entreprise fordienne, guide encore en droit du travail notre représentation de l'entreprise. Elle a donné lieu en Allemagne, puis en France, aux théories ins-

⁵ Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JOCE*, n° L 201, 17 juillet 1998, pp. 88-92.

⁶ Affaire 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers c. Gebroeders Benedick Abattoir CV et Alfred Benedik en Zonen BV*, *RJ* 1986, p. 1119 sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, confirmé par affaire C-13/95, *Ayşe Sützen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, *RJ* 1997, p. I-1259.

titutionnelles de l'entreprise comme lieu d'exercice d'un pouvoir privé, que le droit s'est attaché à appréhender comme tel, même si des débats persistants se sont poursuivis sur un plan théorique, juridique comme économique, dans l'analyse de l'entreprise entre les tenants du contrat et ceux de l'organisation.

La prise en compte de l'entreprise comme organisation économique et sociale a été à la source, en droit du travail, du développement du concept moderne d'emploi, à la fois au sens passif, être employé, mais surtout au sens actif, avoir un emploi, c'est-à-dire une place dans une organisation (Gaudu, 1996). C'est à partir de là que s'est faite la construction juridique de la protection du lien durable d'emploi, fondé sur l'appartenance à l'entreprise, dont témoigne le droit du licenciement, et spécialement du licenciement économique, comme institution spécifique au contrat de travail. Les mécanismes de protection sociale fondés sur la tenue d'un emploi se sont développés corrélativement (Supiot, 1997). En matière de droit collectif, la prise en compte de ce niveau d'organisation de la firme a permis, en Europe continentale, le développement de la représentation des salariés dans l'entreprise, et progressivement après la guerre le développement des droits d'information et de consultation des travailleurs sur les décisions économiques du chef d'entreprise, particulièrement celles susceptibles d'avoir des incidences sur l'emploi. Un droit définissant les conditions d'exercice du pouvoir dans l'entreprise s'est ainsi développé. Droit de l'entreprise, droit de l'emploi apparaissent donc comme le corollaire de la prise en compte de l'entreprise comprise comme une organisation intégrant le niveau social et le niveau économique sous une direction économique unique. Du point de vue des relations professionnelles, et toujours dans un cadre européen, le développement de la négociation de branche (l'appartenance à la branche étant déterminée par l'activité économique principale de l'entreprise) a permis par ailleurs d'organiser, d'un point de vue social, la concurrence des entreprises sur les marchés de produits nationaux.

La firme comme groupe financier

Le troisième niveau, financier, d'organisation de la firme est celui de l'allocation des ressources, il est aussi celui où se constate et se distribue la valeur pour l'actionnaire. Lorsqu'une société ou une personne exerce un contrôle majoritaire sur l'ensemble des sociétés, soit qu'elle possède, directement ou indirectement, la majorité des parts des sociétés du groupe, soit qu'elle ait le pouvoir de nomination de ses dirigeants des sociétés, il y a une «unité de gouvernance» au niveau du groupe, la réalité du pouvoir de décision se situant là. Cette unité permet de tracer les contours de la firme.

Le droit du travail européen et certains droits nationaux prennent en compte ce niveau de décision et reconnaissent le groupe de sociétés.

Le paradigme classique de l'entreprise est en effet encore efficace (Supiot, 1985; Teyssié, 1999) lorsque cette unité de gouvernance peut être caractérisée, même si des solutions nouvelles sont nécessaires pour tenir compte de la séparation entre l'employeur juridique, la société ou la personne physique, et le centre réel du pouvoir, ainsi que de la marge d'autonomie que peuvent conserver les entreprises du groupe. Dans un groupe, en effet, les activités économiques peuvent être diverses, le centre de la décision économique et celui de la décision financière ne coïncident pas toujours; il s'instaure en réalité des relations de contrôle, d'«autonomie contrôlée» (Appay, 1993) pour utiliser une notion plus sociologique que juridique, qui peuvent laisser aux entreprises du groupe une marge de décision économique. Parfois groupe et entreprise coïncident, il en va ainsi par exemple lorsque l'on peut caractériser une unité économique et sociale (Boubli, 2004), selon le concept développé en droit français; mais ce n'est pas toujours le cas, il peut y avoir dans un groupe plusieurs entreprises au sens économique du terme. En droit français, l'institution du comité de groupe et les fonctions qui lui sont reconnues tentent d'appréhender ce type de relations; elles fondent aussi les obligations de reclassement dans le groupe en cas de licenciement économique, ou plus récemment la reconnaissance de la négociation de groupe⁷. En droit européen, les directives sur le comité de groupe ou sur la place des travailleurs dans la société européenne permettent aussi d'appréhender ce niveau de décision⁸.

Aujourd'hui, ce niveau d'organisation de la firme est celui qui hiérarchise les autres, en ce sens que la décision économique est moins dominée par le marché des produits que par l'impératif de création de valeur pour l'actionnaire. En effet, il s'est produit dans le courant des années quatre-vingt-dix, avec le développement d'une économie de marché financier, un renversement très important. L'impératif de création de valeur pour l'actionnaire⁹, et la notion de valeur actionnariale, conduit en effet à apprécier les résultats financiers d'une entreprise, non pas à partir de sa valeur fondamentale, mais en fonction de la rémunération normale qu'en attendent les actionnaires. Appliqué à la gestion stratégique de l'entreprise, ce concept opère un «renversement complet de perspective, assujettissant la performance économique de la firme à une exigence ex ante de rémunération financière» (Baudru et F. Morin, 1999)¹⁰. Un tel renversement a évidemment des conséquences considérables sur les relations de travail, en l'absence de pouvoir d'intervention des salariés sur les

⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *Journal Officiel*, 5 mai 2004; nouvel article L. 132-19-1 du Code du travail.

⁸ Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE*, n° L 294, 10 novembre 2001, pp. 22-32.

⁹ Concept proposé par Stewart III (1991), cité par Gendron, Lapointe, Turcotte (2004).

¹⁰ Cité par Gendron, Lapointe, Turcotte (2004).

décisions des actionnaires sur le marché financier. Le niveau financier de la prise de décision peut être en effet très éloigné des établissements qui subiront les conséquences des orientations décidées dans une logique financière; les moyens juridiques d'impliquer le centre de décision ne sont pas toujours aisés, surtout lorsqu'il s'agit de groupes internationaux. Les atermoiements européens sur les projets relatifs aux restructurations en témoignent¹¹.

Le droit du travail a donc d'abord saisi les relations de travail dans l'établissement pour régler les conditions du travail concret et assurer la protection des corps, il a ensuite cherché à assurer la protection de l'emploi et à organiser les relations collectives dans l'ensemble économique de l'entreprise, lieu principal de décision; il cherche aujourd'hui, mais avec de grandes difficultés, à appréhender le groupe comme niveau dominant, pour permettre à ce niveau la prise en compte des intérêts des salariés.

L'unité de la firme remise en cause

Le droit du travail se heurte dans cette quête de l'unité de la firme, ou tout au moins du niveau pertinent où s'opèrent les arbitrages, à des obstacles nouveaux. Outre la mondialisation, qui affecte le niveau national de régulation, cette approche unitaire de la firme est en effet remise en cause en aval et en amont, ce qui introduit des séparations que le droit du travail, construit initialement dans le cadre binaire du contrat de travail, n'appréhende guère.

En amont, les investisseurs, souvent des fonds de pension, ne cherchent pas à prendre le contrôle des firmes et à exercer le pouvoir de décision économique en en assumant la responsabilité. Par des prises de participations souvent d'un niveau relativement faible, ils cherchent pour l'essentiel à réaliser des profits financiers en exerçant un pouvoir d'influence sanctionné par le marché financier. Par ailleurs, à côté des groupes caractérisés par une unité de gouvernance, qui peuvent être ainsi dépendants de décisions d'actionnaires minoritaires, on trouve des configurations d'alliance interfirmes, sans participation majoritaire (participations croisées, liens banques-industries) qui ont aussi des conséquences sur les décisions stratégiques des firmes. Dans ces réseaux (ou pôles financiers), le droit du travail n'a aujourd'hui guère de place, d'autant plus que les liens sont fragiles. D'une façon générale, dans ce capitalisme de marché financier (Aglietta, 1998; Aglietta et Reberieux, 2004) dont le fonctionnement est de plus en plus autonome de l'économie réelle, la mobilité du capital s'accélère.

Dans ces réseaux financiers, face au pouvoir d'influence des actionnaires minoritaires, les moyens d'intervention des salariés sont nécessairement différents de ceux qui peuvent être mis en place dans les groupes

¹¹ *Liaisons Sociales Europe* du 6 février et 17 avril 2003.

dont l'unité de gouvernance peut être caractérisée. L'actionnariat salarié ou le développement des fonds d'épargne salariale peuvent être une réponse pour donner aux décisions actionnariales une dimension autre que purement financière, mais les réponses à l'évidence se cherchent encore et ne dépendent pas du seul droit du travail.

Toujours en amont, se développent aussi des alliances commerciales¹² qui mettent les entreprises en réseaux avec des liens de dépendances économiques plus ou moins forts. Ces types de réseaux posent aussi des questions nouvelles au droit du travail, qu'il s'agisse par exemple du travail par projet entre les salariés de plusieurs entreprises, de l'émergence de relations communes de travail entre entreprises d'un même réseau grâce aux nouvelles technologies de l'information, de la nature du travail (salarié ou indépendant) dans les réseaux de distribution, etc. Dans ces configurations se développent aussi des liens «d'autonomie contrôlée» entre entreprises, fondés sur une dépendance économique de nature contractuelle, et non pas seulement sur une dépendance financière institutionnelle. Mais dans tous les cas de nouvelles formes d'allégeance se développent (Del Cont, 1998; Virassamy, 1986; Supiot, 2001).

En aval, et au niveau de la firme comme producteur, c'est-à-dire au niveau des établissements, les phénomènes massifs de «décentralisation productive» – externalisation de nombre de fonctions de service de l'entreprise, appel à la sous-traitance – remettent en cause aussi l'unité classique de l'entreprise comme organisation sociale et économique (M.-L. Morin, 1994; M.-L. Morin, 1996). Au niveau de la production elle-même et sur le site de travail, les collectifs de travail sont fragmentés, les statuts collectifs diversifiés, des éléments de la production peuvent être délocalisés. Tous ces phénomènes renouvellent, à l'échelle internationale, le problème de la concurrence, non seulement entre les entreprises, mais aussi et peut-être surtout sur le marché du travail. De ce fait, le rôle même de régulation des conventions collectives de branche, dans le cadre des marchés nationaux dominants au XX^e siècle, congruents avec l'organisation de l'entreprise comme organisation économique et sociale, est fragilisé. Par ailleurs, et peut-être surtout, la question de la détermination de l'employeur responsable des conditions de travail et d'emploi se pose de façon aiguë. Là aussi, les relations qui s'établissent entre entreprises sont des relations d'autonomie contrôlée, où les sujétions passent moins par la dépendance économique exclusive d'un sous-traitant vis-à-vis de son

¹² Par exemple, *team* dans le domaine aéronautique, l'alliance Sky entre huit compagnies aériennes de différents continents qui offre des services communs aux diverses compagnies, ce qui conduit parfois à ce que des salariés d'entreprises différentes travaillent ensemble ou dans les mêmes locaux; ou encore les réseaux de distribution qui reposent sur des accords distributeurs-fournisseurs.

donneur d'ordre que par des exigences de qualité, de délai, de formation, etc., qui peuvent avoir des conséquences très directes sur les conditions de travail, sans que le donneur d'ordre n'ait à assumer une quelconque responsabilité.

Dans ces entreprises en réseaux, et comme le souligne A. Supiot (2002), se conjuguent «l'autonomie dans la subordination des salariés» (jugés désormais sur leur résultats) et «l'allégeance dans l'indépendance» des entreprises du réseaux, qui prennent à revers les constructions du droit du travail fondées sur la subordination et l'organisation hiérarchisée.

Juridiquement ces phénomènes massifs posent non seulement la question de savoir qui est l'employeur, car on ne peut pas le plus souvent reconstituer l'entreprise avec une direction unique, mais de façon aussi cruciale, celle des voies et des moyens pour prendre en compte ces formes d'organisations productives, du point de vue tant de la sécurité de l'emploi que de la capacité d'intervention des travailleurs sur les décisions prises dans des collectifs de travail pertinents, et de la protection des conditions de travail.

Répartition des risques et responsabilité des acteurs

Nouvelles formes d'organisation des firmes et transfert des risques

Les interprétations de ces évolutions et de la rationalité qui y président sont nombreuses. On en privilégiera une en forme d'hypothèse: cette évolution ne procède-t-elle pas d'une modification des conditions de la prise en charge du risque lié à toute entreprise économique?

La question du partage de l'aléa économique, dans une économie de marché, et celle corollaire de la prise en charge des risques sociaux dans la société salariale qui est la nôtre ont en effet, nous semble-t-il, été au cœur de la construction du droit du travail, et plus largement du droit social (Deakin, 2002; Ewald, 1986; M.-L. Morin, 2000). Le salarié qui met sa force de travail à la disposition de l'employeur ne supporte pas le risque de l'entreprise, il accepte la subordination en échange d'une certaine sécurité fondée sur les mécanismes de la solidarité collective, qu'il s'agisse de l'assurance sociale, ou des règles de protection du travail et de l'emploi. Les évolutions que l'on vient de rappeler participent à la remise en cause des conditions de cet échange entre sécurité et subordination déjà soulignées dans les travaux de A. Supiot (1999, 2002, notamment).

Les structures financières des firmes répondent assurément à une rationalité financière de répartition du risque financier; l'organisation de firmes en réseaux – qu'il s'agisse de groupes ou de réseaux contractuels d'entreprises – permet de répartir le risque économique (et la charge des

investissements). Mais cette répartition des risques économiques et financiers est aussi une répartition du risque de l'emploi, élément du risque d'entreprendre pour l'employeur, et risque social pour le salarié qui perd son travail, et par là sa possibilité de gain. Les phénomènes de filialisation ou d'externalisation sont assurément un moyen de transférer sur d'autres entreprises, sinon sur le salarié ou la collectivité, les risques liés à l'emploi et au travail. Le risque de l'emploi est non seulement celui lié au coût du travail, c'est aussi celui d'avoir à adapter la main-d'œuvre aux évolutions de l'emploi, de licencier le cas échéant. Le risque du travail, c'est le risque sur le résultat du travail lui-même¹³, sur les conditions mêmes de sa réalisation collective, en tenant compte des conflits toujours possibles; c'est aussi celui sur la sécurité des travailleurs.

Ce transfert des risques, dans l'économie de marché financier qui est la nôtre aujourd'hui, pose une redoutable question de responsabilité, moins au sens juridique du terme (est responsable celui par la faute duquel un dommage arrive qu'il doit réparer) que, au sens étymologique: qui doit répondre des événements qui sont susceptibles d'affecter les relations de travail et d'emploi, et qui doit participer, non seulement à leur réparation, mais aussi à leur prévention? De ce point de vue, et quelle que soit la variété des acceptions que l'on donne à ce concept, l'émergence et l'importance des débats contemporains sur la responsabilité sociale de l'entreprise sont probablement significatives de ce que la question de la responsabilité des entreprises, et plus largement de l'ensemble des acteurs (Igalens, 2004) en matière de travail et d'emploi, se pose aujourd'hui dans des termes nouveaux.

Les démarches possibles en droit du travail pour prendre en compte ces transformations

Les réponses classiques du droit du travail sont de deux ordres. Il définit les responsabilités du chef d'entreprise, ou plutôt de l'employeur juridique, qui découlent de sa fonction d'entrepreneur, dans le cadre collectif de l'entreprise et individuel du contrat de travail, en tentant un équilibre entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprise; il organise la prise en charge collective des travailleurs privés d'emploi sur le marché du travail.

Dès lors que la transformation de l'organisation des firmes va de pair avec le développement de diverses relations d'autonomie contrôlées et de ces mécanismes variés de transfert des risques, le problème n'est pas alors seulement de savoir comment reconstituer l'entreprise

¹³ Qui tend aussi de plus en plus à être transféré au salarié lui-même, compte tenu des formes nouvelles de rémunération notamment (A. Lyon-Caen, 1996).

pour tenter de retrouver des relations binaires et un employeur ou un chef d'entreprise responsable; il est tout autant celui de savoir, du point de vue juridique, comment prendre en compte des relations triangulaires contractuelles ou institutionnelles pour déterminer la responsabilité de chacun et organiser les garanties collectives de façon plus pertinente.

Dans un article percutant écrit il y a déjà plus de dix ans, M. Teubner (1993), s'interrogeant sur les nouvelles formes d'organisation des entreprises et le droit, proposait trois types de démarches pour permettre cette prise en compte. Elles sont toutes trois utiles, dans cette perspective.

La première démarche, la plus traditionnelle, est celle de la recherche de la fraude. Devant des opérations de sous-traitance par exemple, on cherche à distinguer le bon grain de l'ivraie pour déterminer le véritable employeur. Rechercher l'existence d'un prêt illicite de main-d'œuvre est toujours une nécessité. Mais la sous-traitance ou la filialisation des activités d'une société peut obéir à des motifs légitimes, même si elles conduisent à un changement d'employeur.

La deuxième démarche est précisément celle de la reconstitution de l'entreprise pour saisir l'unité économique et sociale de la firme dans la réalité des faits selon le paradigme classique de l'entreprise¹⁴. C'est de cette démarche que procède la doctrine ou la jurisprudence française sur l'unité économique et sociale (Boubli, 2004).

La troisième démarche, sur laquelle M. Teubner insiste, est celle qui consiste à prendre en compte les liens contractuels ou financiers entre firmes pour remonter la chaîne des responsabilités. L'obligation de reclassement dans le groupe en droit français est une tentative de ce type. D'autres développements récents de droit positif, au niveau européen, vont aussi dans ce sens, et notamment les règles d'hygiène et de sécurité dans les situations de co-activité qui organisent en réalité un partage des responsabilités sur la sécurité du travail entre le donneur d'ordre et les entreprises intervenantes. Il ne s'agit ici ni de traquer la fraude pour déterminer le véritable employeur ni de reconstituer l'entreprise, mais de prendre en compte les relations entre firmes pour déterminer leurs parts respectives de responsabilité dans les événements qui peuvent jaloner la relation d'emploi.

C'est cette perspective que nous tenterons d'explorer à propos de trois questions très classiques du droit du travail que la transformation de l'organisation des firmes renouvelle: celle du pouvoir du chef d'entreprise, celle de la détermination de l'employeur dans les relations contractuelles, et celle de la responsabilité sur les conditions d'exécution du travail lui-même.

¹⁴ Caractéristique de cette démarche qui peut se combiner avec celle de la fraude (Urban, 2000).

Nouvelles formes d'organisation des entreprises et responsabilité

Le droit positif utilise déjà ces différentes techniques pour déterminer les responsabilités des différentes parties prenantes, qu'il s'agisse de saisir le centre de pouvoir dans les relations collectives de travail, de déterminer l'employeur dans le contrat individuel de travail, ou de savoir qui est responsable des conditions d'exécution du travail. Chercher à les recenser de façon plus précise peut permettre de dégager quelques lignes de force des évolutions possibles.

Exercice du pouvoir et relations professionnelles

L'examen des évolutions du droit des relations collectives suggère ici quelques pistes encore très fragiles.

L'extension des droits d'information et de consultation des travailleurs

Tout d'abord, en droit européen dans les groupes de sociétés, le droit d'information et de consultation des représentants des travailleurs apparaît aujourd'hui comme un principe général, même si ce n'est pas encore un droit général (Rodière, 2002). En tout cas, ce principe inspire nombre de directives européennes, qu'il s'agisse de celle sur le comité d'entreprise européen¹⁵, de la directive sur l'information et la consultation des travailleurs¹⁶ ou encore de celle sur le statut de la société européenne¹⁷, ou enfin des dispositions sur l'information nécessaire des représentants du personnel en cas de transfert d'entreprise ou de licenciements économiques.

Cette extension des droits d'information appelle une comparaison que d'autres auteurs ont déjà faite (Supiot, 2001): de la même façon que la *corporate governance*, dans le cadre du capitalisme de marché financier auquel on a fait allusion, repose sur un principe de transparence de l'information vis-à-vis des actionnaires, celle-ci ne devrait-elle pas exister de la même manière pour les salariés des entreprises du groupe? Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont ici un rôle essentiel à jouer. Aujourd'hui, en droit européen, il existe un principe d'information utile, c'est-à-dire portant sur des données perti-

¹⁵ Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOCE*, n° L 254, 30 septembre 1994, pp. 64-72.

¹⁶ Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne – Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs, *JOCE*, n° L 080, 23 mars 2002, pp. 29-34.

¹⁷ *Op. cit.*, note 8.

nentes permettant un examen approprié (qui est d'ailleurs la condition de la consultation utile permettant un échange de vues avec un contenu utile pour obtenir une réponse motivée, et si possible d'arriver à un accord). Les directives posent aussi un principe d'égal accès aux informations sur les entreprises du groupe. Mais il nous semble que le principe de transparence de l'information va au-delà: les salariés parties prenantes de la firme ne devraient-ils pas avoir accès aux mêmes informations que les actionnaires, et non pas seulement à une information appropriée?

Par ailleurs, pour la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), le droit d'information suppose l'existence d'une représentation du personnel¹⁸; autrement dit, la représentation des intérêts des travailleurs doit être organisée à un niveau utile. Si les directives sur le comité d'entreprise dans les entreprises ou groupes à dimension européenne et celles sur la société européenne organisent ainsi la représentation au niveau du centre de pouvoir de l'entreprise européenne, il reste cependant dans les réseaux d'entreprises moins structurées ou dans les réseaux contractuels à construire une représentation des intérêts au niveau concret où les problèmes se posent (Gaudu, 2001). L'affirmation d'un principe de transparence de l'information peut donc être à la source d'une évolution des structures de représentation elles-mêmes.

Les collectivités pertinentes de négociation collective

En matière de négociation collective, on a beaucoup insisté depuis vingt ans sur la décentralisation de la négociation dans l'entreprise. La loi française du 4 mai 2004 poursuit dans cette voie en allant jusqu'à poser un principe de subsidiarité de la négociation de branche¹⁹. On peut cependant s'interroger sur la pertinence d'une telle orientation à partir du moment où les frontières de la firme sont remises en cause en amont et en aval.

En amont, certains droits comme le droit français reconnaissent aujourd'hui la négociation de groupe²⁰. Au niveau européen, la constitution du comité de groupe est le fruit d'une négociation de groupe. En réalité et avant même des interventions législatives, des accords de groupe ont été conclus (Vachet, 1999). Il s'agit le plus souvent d'accords-cadres ou d'accords de méthode dont la fonction est de fixer des principes que les entreprises du groupe pourront ensuite décliner. C'est une manière de tenir compte de l'autonomie contrôlée qui préside aux relations dans la

¹⁸ Affaire C 382/92, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, RJ 1994, p. I-2435, sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises.

¹⁹ Vis-à-vis de l'entreprise mais pas vis-à-vis du groupe, nouvel article L. 132-19-1 du Code du travail.

²⁰ Article nouveau du Code du travail depuis la loi du 4 mai 2004.

firme. Du point de vue juridique, le problème principal est de savoir jusqu'à quel point un accord de groupe peut, ou non, limiter la négociation d'entreprise dans les droits où la négociation d'entreprise est reconnue comme un droit à part entière. A vrai dire, la récente loi française ne résout pas cette question²¹.

En aval, et pour tenir compte de la décentralisation productive, la deuxième voie encore très timidement explorée est la négociation de site interentreprises ou la négociation territoriale pour prendre en compte les réseaux d'entreprises. On notera ainsi que, aux Etats-Unis, une décision remarquable du National Labour Relations Board (NLRB) a décidé que les salariés de l'entreprise dominante et les salariés «d'agence» travaillant en son sein formaient une unité de négociation pluri-employeurs²². Elle n'est pas développée en France, mais il en existe des exemples dans divers pays, et de nombreux travaux insistent sur la nécessité de ce type de négociation (Texier, 2003; Supiot, 1999; Trentin, 2002; M.-L. Morin, 1999)²³.

La principale question posée par ce type de négociation est celle de son objet. On peut songer tout d'abord à une négociation portant sur l'égalité de traitement des salariés des entreprises qui sur un même site participent à une même opération productive, particulièrement dans les hypothèses de sous-traitance. En droit positif, la directive européenne sur la prestation de services pose un principe d'égalité de traitement, au moins a minima, lorsque des travailleurs d'une entreprise de l'Union viennent réaliser une prestation dans une entreprise située dans un autre pays de l'Union. Cependant, l'application de ce principe suppose que les salariés de l'entreprise extérieure occupent des emplois de même nature que ceux des salariés de l'entreprise dans laquelle ils interviennent. Or, presque par définition (et en dehors des hypothèses de sous-traitance de capacité), l'externalisation de certaines fonctions de l'entreprise, comme le gardiennage ou la sous-traitance de spécialité, portent précisément sur des emplois qui ne sont pas de même nature ou qui ne relèvent pas du même «métier» que ceux de l'entreprise d'accueil; ils ne relèvent pas nécessairement de la même convention collective.

Aussi, la négociation de site paraît plus pertinente pour assurer l'accès aux mêmes avantages sociaux (restauration collective, transports, etc.), pour définir les conditions de formation ou de mobilité des

²¹ Cette question a été soulevée par l'arrêt AXA qui a précédé la reconnaissance législative de la négociation de groupe en France, Cour de cassation, Chambre sociale, 30 avril 2003, n° 1283, *Revue de jurisprudence sociale* (Levallois-Perret), n° 916, juillet.

²² M.B. Sturgis, Inc. and Textile Processors, Service Trades, Health Care, Professional and Technical Employees International Union local 108, 331 *NLRB*, n° 173, 25 août 2000, cité par F. Gaudu (2001).

²³ Pour un exemple déjà ancien, Accord sur la base d'Ariane Espace de Kourou, entre Ariane Espace et les sous-traitants intervenant sur la base; pour un exemple plus récent de dialogue de site, sinon de négociation de site, à CGE Alsthom, Nantes (voir Texier, 2003).

salariés dans le réseau ou sur un territoire donné, ou définir la mise en place de commissions de site par exemple. Elle pourrait aussi porter sur une sorte de clause sociale définissant les conditions minimales de travail et d'emploi des salariés des entreprises sous-traitantes qui soumissionnent aux appels d'offres d'un donneur d'ordre. Cette dernière idée est déjà à la base des codes de conduite édictés par un certain nombre de grandes multinationales, dont certains sont le fruit de négociations, même si ces codes ou accords portent plus aujourd'hui sur le respect de certains droits fondamentaux que sur la définition de conditions minimales d'emploi, comme le font les conventions collectives²⁴.

Les obstacles au développement de telles négociations sont en réalité moins juridiques que sociologiques. Ils tiennent d'abord à la constitution des acteurs collectifs du côté des salariés et à leur volonté de prendre en compte les nouvelles formes d'organisation des entreprises, ils tiennent ensuite à la volonté des employeurs de s'engager juridiquement.

L'affirmation de la responsabilité sociale des entreprises

La troisième perspective résulte du concept de la responsabilité sociale des entreprises, c'est-à-dire selon la définition que lui donne aujourd'hui le *Livre vert de l'Union Européenne*: «l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes» (Commission européenne, 2001, paragr. 20; Desbarats, 2003; Sobczak, 2002, 2004). Elle se situe directement dans le prolongement de la précédente orientation, mais de façon plus ouverte sur l'ensemble de l'environnement de l'entreprise.

La portée de ce concept demeure très discutée (Sobczak, 2004; Gendron, Lapointe, Turcotte, 2004). Pour certains, il s'agit de promouvoir une régulation autonome des entreprises, en dehors des régulations publiques, pour d'autres, il s'agit de pratiques qui préfigurent une nouvelle articulation entre normes publiques et normes privées à partir d'instruments normatifs nouveaux.

Ce concept a, en effet, d'abord été utilisé pour qualifier les codes de conduite des multinationales vis-à-vis de leurs sous-traitants. Il s'agit le plus souvent d'exiger des sous-traitants (ou des entreprises du groupe) le respect des droits fondamentaux des travailleurs ou des conventions collectives applicables, parfois avec des mécanismes de contrôle. Les travaux synthétiques sur la question montrent l'importance de ce mouvement, impulsé par les multinationales elles-mêmes, mais

²⁴ Par exemple: Accord de responsabilité sociale entre le Comité de groupe européen et General Motors, *Liaisons Sociales Europe*, n° 67, 27 novembre 2002; Accord du 11 mai 2001 entre l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, de l'hôtellerie-restauration, du tabac et des branches connexes (UITA), le Comité latino-américain de coordination des syndicats des travailleurs de la banane (COLSIBA) et Chiquita Brands International, cités dans BIT (2003).

aussi leur difficile application à la base, bien que des mécanismes de contrôle ou des outils comme les labels sociaux qui intègrent les mouvements de consommateurs apparaissent.

Juridiquement, ce mouvement pose deux questions. La première est celle de la portée de la notion de droits fondamentaux: en quoi diffère-t-elle de la reconnaissance d'un statut salarial qui a été l'objet des conventions collectives? On peut avancer qu'il s'agit davantage d'assurer d'abord les droits du salarié en tant que personne, plutôt que, en tant que travailleur (Waquet, 2003; Valdés dal Ré, 2003; A. Lyon-Caen et Vacarie, 2001); ces droits apparaissent caractérisés par leur source (constitutionnelle ou conventions internationales), si bien que leur application internationale est envisageable, et par leur objet, la protection de la vie ou de la dignité de la personne humaine. Cette dernière perspective englobe évidemment les libertés collectives, mais aussi des engagements en matière de sécurité du travail, de protection de la vie privée, et de rémunération digne. La seconde question est celle de savoir comment sanctionner le non-respect de ces codes, plus précisément quelle est la part de responsabilité de l'entreprise qui a édicté le code de conduite si ses sous-traitants ne le respectent pas. A. Sobczak (2004) cite, à cet égard, un arrêt de la Cour suprême de Californie qui a affirmé, dans l'affaire *Kasky c. Nike Inc.*, que le non-respect d'un engagement pris dans un code de conduite et le caractère erroné d'une information donnée dans un rapport social peuvent être sanctionnés sur le terrain de la publicité mensongère²⁵. Trois idées importantes se dégagent alors de la pratique des codes de conduite, sous l'égide du concept de responsabilité sociale qui intègre les relations entre firmes: tout d'abord, il s'agit donc d'assurer *les droits fondamentaux des travailleurs, comme personne*; en deuxième lieu, les techniques de juridictionnalisation de ces codes relèvent autant du droit commercial, du droit de la consommation que du droit du travail; enfin l'efficacité des codes suppose une certaine publicité et donc une certaine transparence sur les conditions de leur application. Il promeut ainsi la responsabilité des firmes sur le terrain du pouvoir économique qu'elles exercent, et non pas directement sur le terrain des relations de travail.

Responsabilité sociale et restructurations

Le thème de la responsabilité sociale est évidemment présent aussi dans les restructurations (licenciements, fermetures de sites, etc.). Mais il s'agit alors de déterminer directement la part de responsabilité de l'entreprise qui ferme tel ou tel établissement vis-à-vis de son environnement et non d'appréhender les relations entre firmes en tant que telles. En droit européen, la concrétisation de la responsabilité sociale des entreprises dans les restructurations se heurte aujourd'hui à des difficultés importan-

²⁵ *Kasky c. Nike Inc.*, Cour suprême de Californie, 27 Cal 4th 939, n° S087859, 2 mai 2002.

tes²⁶. En droit interne, et particulièrement en droit français, plusieurs éléments peuvent être tirés du développement des règles juridiques en la matière, et en particulier l'obligation de reclassement dans le groupe. Cette obligation a un grand intérêt, car, même si aujourd'hui, en France, l'obligation de reclassement pèse sur la société qui licencie, son existence même montre que la responsabilité de la société peut aller au-delà du cadre strict du contrat de travail lui-même. Cette technique pourrait être étendue aux réseaux contractuels d'entreprises qui pourraient aussi être reconnus comme des espaces de mobilité. Il existe des exemples dans la jurisprudence française de prise en compte de tels groupes contractuels²⁷. Mais peut-être faudrait-il aller plus loin, pour reconnaître la responsabilité spécifique du donneur d'ordre sur les relations d'emplois chez les sous-traitants. Les pratiques de quelques grandes entreprises vont dans ce sens (Raveyre, 2001). L'extension de la responsabilité de l'entreprise au-delà des strictes frontières de l'entreprise et la nécessité d'agir avec de nouveaux acteurs (pouvoirs publics locaux par exemple) apparaissent aussi dans les nouvelles obligations créées notamment par l'article 118 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, en France, qui impose aux très grandes entreprises une obligation de contribuer à la réactivation d'un bassin d'emploi lorsqu'elles ferment totalement ou partiellement un site. Dans toutes ces hypothèses, celui à qui la décision économique est imputable doit prendre en compte les conséquences de sa décision sur les tiers, selon des règles nouvelles indépendamment de l'existence d'une faute, ou d'un accident.

Les opérations de transfert d'entreprise ou d'établissements, qui sont des outils majeurs des restructurations, font aussi l'objet de problématiques renouvelées. A vrai dire le droit, et particulièrement le droit européen et les droits nationaux qui organisent la poursuite du contrat de travail, et dans une certaine mesure du statut collectif, ont dégagé depuis longtemps des solutions qui permettent le maintien des unités productives. Mais la reconfiguration des firmes pose des questions nouvelles de deux ordres. Les premières tiennent à la définition de l'entité transférée qui permet le maintien du contrat de travail, particulièrement dans les marchés de services: le maintien de l'activité économique suffit-il à caractériser l'entité économique? Avec l'externalisation des services aux entreprises, la question se pose de façon de plus en plus aiguë. Qu'est-ce qui constitue la firme, un ensemble de contrats portant sur tel ou tel aspect de l'activité économique, ou une organisation? Les débats sur les transferts d'entreprises posent donc la question de la conception même de la firme, en impliquant une réflexion nouvelle sur son

²⁶ On sait que les travaux sur les restructurations, après une première consultation, sont aujourd'hui bloqués. Pour des travaux empiriques dans une perspective européenne comparative (Segal, Sobczak, Triomphe, 2002).

²⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 9 juin 2004, pourvoi n° 01-46584, inédit, disponible à l'adresse <www.legifrance.gouv.fr>, jurisprudence judiciaire.

premier niveau d'organisation; «le flou» (Bailly, 2004) du concept d'entité économique transférée ne reflète-t-il pas la malléabilité des organisations de travail contemporaines? La seconde question qui met en cause aussi ce premier niveau d'organisation est celle du droit d'option individuel du salarié que certains droits européens et la directive européenne sur le transfert reconnaissent: peut-on imposer au salarié un changement d'employeur, s'il le refuse quels sont ses droits (Ionescu, 2002)? Il n'y a pas de réponse d'ensemble à ces questions. En revanche, on peut relever en jurisprudence des tentatives de limitation des opérations d'externalisation. En France, et selon une problématique finalement très classique de l'entreprise, les arrêts «Perrier» (Waquet, 2000)²⁸ imposent de vérifier que l'entité économique transférée constitue bien une unité à laquelle sont rattachés les emplois des personnes transférées. Dans d'autres pays comme l'Australie, inspirés par des problématiques peut-être plus novatrices, c'est le juge qui contrôle le fait que l'opération de transfert n'a pas pour fondement une fraude aux droits collectifs, visant à mettre en cause la convention collective applicable²⁹. Ces deux postures, maintenir l'entreprise dans son unité et éviter les fraudes, n'apparaissent ainsi que comme des réponses partielles au développement des opérations d'externalisation en tant qu'éléments des stratégies d'entreprise.

Le contrat de travail et la détermination de l'employeur

L'extension des relations triangulaires entre un salarié et une ou plusieurs entreprises, nées des nouvelles formes d'organisation des entreprises, fait apparaître des besoins de protection nouveaux dans la mesure précisément où l'employeur n'est plus toujours celui qui a le réel pouvoir de décision (M.-L. Morin, 2001). Le rapport du BIT intitulé *Le champ de la relation de travail* (BIT, 2003) est à cet égard un document important très riche d'enseignements.

Du point de vue de l'emploi des salariés, les montages sont en effet multiples. On peut distinguer au moins trois configurations: celle dans laquelle le salarié d'un groupe est mis à disposition ou travaille successivement pour différentes entreprises du groupe; celle, classique, de sous-traitance ou de prestations de services où des salariés d'une entreprise travaillent sur le site d'une autre entreprise ou sont mis à sa disposition pour réaliser telle ou telle prestation (il peut aussi s'agir de travailleurs indépendants), et celle également classique du travail d'agence où l'entre-

²⁸ Cour de cassation, Chambre sociale, 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-18037, *Bulletin civil de la Cour de cassation* (Paris), V^e partie, n° 285, juillet, p. 225.

²⁹ *Australian Municipal, Administrative, Clerical Service Union c. Grater Dandenong City Council* (2000), 48 Australian Industrial Law Reports, 4-236.

prise utilise une main-d'œuvre recrutée par un tiers employeur responsable du lien d'emploi (M.-L. Morin, Dupuy, Larré, 1999).

Face à ces situations, le rapport du BIT permet de recenser d'un point de vue comparatif deux techniques au moins pour prendre en compte les relations entre firmes et, par conséquent, rechercher la responsabilité de celles à qui les décisions de nature à affecter le contrat de travail sont imputables.

Le co-employeur

Le co-employeur: deux entreprises peuvent être considérées ensemble comme l'employeur du salarié, responsable du lien d'emploi. En droit français, on connaît cette technique dans le groupe de sociétés. Elle a été utilisée aussi dans des hypothèses de mise à disposition durable d'un salarié d'une entreprise dans une autre entreprise (démonstrateur de marque dans les grands magasins), mais dans des hypothèses où l'entreprise d'accueil exerçait une part du pouvoir de direction³⁰. L'idée est ici que, chaque fois que l'entreprise d'accueil exerce un contrôle sur le salarié mis à disposition, elle peut être considérée comme co-employeur. Il y a là un premier élément pour construire un droit de la mise à la disposition d'un salarié dans une autre entreprise, que d'autres questions appellent aussi (voir infra). Mais, lorsque des salariés de plusieurs entreprises travaillent ensemble, les conditions d'un tel contrôle sur les salariés ne peuvent pas toujours être caractérisées.

Des dispositions, comme les dispositions françaises sur le groupement d'employeurs³¹, permettent toutefois de faire peser solidairement la responsabilité du lien d'emploi sur l'ensemble des entreprises qui participent au groupement. Certes, la direction effective du travail appartient à l'entreprise auprès de laquelle le salarié est mis à disposition (il peut être simultanément ou successivement mis à la disposition de plusieurs entreprises du groupement), mais le groupement répond solidairement du lien d'emploi. Si ce montage distingue donc l'utilisation de la main-d'œuvre du lien global d'emploi, il permet d'instituer, à travers la figure du groupement d'employeurs, une responsabilité solidaire de l'ensemble des participants sur la pérennité du lien d'emploi, à la différence de ce qui se passe dans le travail temporaire, ou le travail d'agence où l'utilisateur n'a aucune responsabilité sur l'emploi.

La responsabilité solidaire des employeurs

La deuxième technique est, en effet, celle de la responsabilité solidaire d'une entreprise sur tout ou partie des obligations de l'employeur

³⁰ Cour de cassation, Chambre sociale, 19 janvier 1999, *Bulletin civil de la Cour de cassation* (Paris), V^e partie, n° 35, janvier; voir aussi Lemièrre (1997).

³¹ Article L. 127-1 du Code du travail.

du salarié. Une loi finlandaise³² par exemple considère que le donneur d'ordre est responsable du respect des droits fondamentaux des salariés de ses sous-traitants, ce qui est une façon d'assurer la portée juridique des codes de conduite, vis-à-vis de l'entreprise dominante elle-même. Dans le même esprit, un tribunal du district de New York a annulé un contrat de fourniture de vêtements, les termes du contrat ne permettant pas d'assurer le respect des salaires minima en vigueur. Là aussi, l'idée que le donneur d'ordre ne peut ignorer les conséquences de ses décisions sur le respect de droits fondamentaux des salariés du sous-traitant guide la décision.

L'insertion de clauses sociales dans les contrats de sous-traitance qui permettent de préciser l'étendue des droits que le sous-traitant doit respecter vis-à-vis de ces salariés peut être, dans le même esprit, un moyen de fonder la responsabilité du donneur d'ordre. Celui-ci ne devrait alors être exonéré que si les termes du contrat de sous-traitance permettent de respecter ces droits. Le nécessaire respect des droits fondamentaux permet ici encore de dégager des solutions novatrices.

Dans d'autres législations, le donneur d'ordre peut être considéré comme responsable par exemple de l'affiliation à la sécurité sociale des salariés des sous-traitants. La loi française sur le travail dissimulé procède de cette technique³³. Dans ces hypothèses, le cocontractant d'une entreprise doit donc s'assurer qu'elle respecte ses obligations sociales.

Cette idée que le donneur d'ordre peut avoir une responsabilité solidaire est donc très riche de potentialités. Elle est d'ailleurs présente dans d'autres dispositions parfois très anciennes qui font peser sur le donneur d'ordre une obligation de garantie, vis-à-vis de ses sous-traitants, notamment en matière salariale comme celles du Code civil français en matière de sous-traitance de marché dans le bâtiment et les travaux publics. S'agissant du travail intérimaire, des obligations solidaires pèsent également sur l'entreprise utilisatrice en matière salariale³⁴.

Responsabilité et exécution du travail

Cette question est aussi très classique. Mais il n'est pas sans intérêt de souligner que c'est à son propos, qui nous ramène à la problématique première de l'établissement, du travail concret sur un site, que des progrès juridiques significatifs ont été faits pour appréhender les nouvelles formes d'organisation des entreprises.

La première idée, qui n'est pas encore systématisée, mais qui apparaît en droit français à travers de nombreuses dispositions, est que l'utili-

³² Citée dans BIT (2003), p. 74.

³³ Article L. 324-13-1 du Code du travail.

³⁴ Aujourd'hui art. L. 143-6 et L. 143-8 du Code du travail sur le privilège et l'action directe des ouvriers du bâtiment, art. R. 124-22 du Code du travail en matière de travail temporaire, art L. 125-2 pour la sous-entreprise de main-d'œuvre.

sateur de la main-d'œuvre, celui auprès duquel elle est mise à disposition, est responsable des règles sur l'exécution du travail, même si sa responsabilité sur l'emploi est limitée. On ne détaillera pas ces différentes règles³⁵, mais l'idée est importante. Elle peut fonder un droit de la mise à la disposition, ne serait-ce que pour donner un cadre juridique clair à de très nombreuses formes de travail dans une autre entreprise dont le cadre juridique est encore très incertain: travail par projet, mise à disposition temporaire d'un salarié d'une entreprise dans une autre entreprise, prestation de service en régie, etc. (M.-L. Morin, Dupuy, Larré, 1999).

La seconde idée qui prolonge la première, mais dans le domaine particulier de la sécurité du travail, en application de la directive européenne sur la sécurité et la santé, est la prise en compte de la co-activité. Par co-activité, on entend la participation de salariés de diverses entreprises à une opération commune³⁶. La directive repose sur trois principes: le responsable est l'employeur partie au contrat de travail, il est nécessaire de prévenir les risques nés du travail en commun, les entreprises qui interviennent sur un même lieu doivent coopérer, s'informer mutuellement et coordonner la protection. La prise en compte de la co-activité a donné naissance en droit français³⁷ à deux séries de règles intéressantes du point de vue de la prise en compte des responsabilités des différentes entreprises, que la nouvelle loi sur les risques technologiques majeurs du 15 juillet 2003 prolonge.

D'abord, des règles organisent effectivement la coordination de l'information sur les risques et la prévention de la sécurité, entre l'entreprise d'accueil et l'entreprise intervenante, ou sur les chantiers entre les différentes entreprises. A cette coordination de l'information et de la prévention répond un partage de responsabilité entre donneur d'ordre et sous-traitant vis-à-vis de leurs salariés. Mais le donneur d'ordre assure la responsabilité de la coordination. La récente loi sur les risques technologiques majeurs accroît la responsabilité de ce dernier, puisque le donneur d'ordre devra s'assurer que le sous-traitant respecte les règles de prévention (on retrouve la deuxième technique de responsabilité citée plus haut)³⁸.

³⁵ Art. L. 124-4-6 et L. 125-2 du Code du travail pour le travail temporaire et la sous-entreprise de main-d'œuvre, etc.

³⁶ Définition donnée par la circulaire d'application de mars 1993, du décret du 20 février 1992, pris en France par exemple en application de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JOCE*, n° L 183, 29 juin 1989, pp. 1-8.

³⁷ Du point de vue de l'hygiène et de la sécurité, le droit français traite de la co-activité comme d'un mode particulier de travail: art. R. 237-1 et suivants du Code du travail, pour l'intervention d'une entreprise extérieure sur le site d'une autre entreprise, art. L. 235-1 et suivants du Code du travail pour les opérations de bâtiment et de génie civil.

³⁸ Un certain nombre de chartes de responsabilité sociale mettent en place des dispositions de nature à assurer ainsi la sécurité des salariés des entreprises intervenantes, ou ont institué des commissions de site (accord General Motors, expérience en cours chez CGE Alstom relatée par Texier (2003)).

Ensuite, ces textes (et la loi sur les risques technologiques majeurs) organisent à travers des règles diverses des liaisons entre les représentants des salariés des diverses entreprises chargées de veiller au respect de la sécurité des salariés, voire une organisation commune de la représentation: comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) interentreprises sur les grands chantiers, possibilité pour les représentants des salariés des sous-traitants de participer au CHSCT du donneur d'ordre dans la loi sur les risques technologiques majeurs.

Au fond, à la coordination des responsabilités des entreprises doit correspondre une coordination de la représentation du personnel. Cette idée est exprimée ici de façon très générale. Elle est cependant importante, car elle souligne la nécessité d'assurer une représentation des intérêts prenant en compte la réalité des collectifs de travail. L'unité de représentation ou de négociation doit se construire ou se reconstruire en fonction du travail concret, elle n'est pas une donnée préalable. En France, la jurisprudence va dans ce sens. Elle décide ainsi aujourd'hui que l'ensemble des travailleurs des entreprises extérieures qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement d'une entreprise utilisatrice doit être compté dans ses effectifs pour l'élection des représentants du personnel³⁹. L'établissement, aujourd'hui le site, retrouve donc une importance majeure.

Conclusion

En conclusion, il semble que trois lignes de force se dégagent de ce survol, encore fragmentaire, de ce qui s'esquisse en droit positif pour mieux prendre en compte les nouvelles formes d'organisation des entreprises et les modalités de partage des risques qu'elles instaurent. Elles peuvent guider les évolutions futures du droit du travail, en tenant compte des différents objets de la protection des travailleurs aux différents niveaux de l'organisation des firmes.

La première répond à l'objectif général de respect des droits fondamentaux des travailleurs qui vient se superposer au niveau international (sinon se substituer) à l'objectif de sécurité de l'emploi qui a marqué la construction des droits du travail nationaux dans la deuxième moitié du XX^e siècle et dont témoignent autant les débats sur la responsabilité sociale de l'entreprise que l'adoption par l'OIT de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail (BIT, 1998).

Les deux autres concernent davantage les relations intrafirme ou entre firmes:

³⁹ Cour de cassation, Chambre sociale, 26 mai 2004, arrêt n° 1073, *Syndicat CGT Renault c. Société Renault*, *Bulletin civil de la Cour de cassation* (Paris), V^e partie, n° 141, mai.

- s'agissant des relations professionnelles, la transparence de l'information dans les réseaux qui permet d'établir, dans la firme ou les réseaux de firmes, des relations entre les représentants du personnel et les collectifs de travail paraît essentielle: elle peut être à la source de la construction de nouvelles unités de négociation ou d'action collective prenant en compte les intérêts communs des travailleurs aux différents niveaux;
- s'agissant des responsabilités liées à l'exercice même de la liberté d'entreprendre dans les nouvelles configurations d'entreprise auxquelles elle conduit aujourd'hui, la reconnaissance de responsabilité solidaire des différentes entreprises, sur tout ou partie des obligations de l'employeur selon l'objet de leur collaboration et la nature de leurs liens, mérite d'être explorée pour prendre en compte les conséquences des nouvelles formes d'organisation des firmes et de répartition des risques sur le travail et l'emploi.

Références

- Aglietta, Michel. 1998: «Le capitalisme de demain», *Note de la Fondation Saint-Simon* (Paris), n° 101, novembre.
- ; Rebérioux, Antoine. 2004: *Dérives du capitalisme financier* (Paris, Albin Michel).
- Appay, Béatrice. 1993: «Individu et collectif: questions à la sociologie du travail et des professions. L'autonomie contrôlée», *Cahier du Gedisst* (Paris), n° 6.
- Bailly, Pierre. 2004: «Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail», *Droit Social* (Paris), n° 4, avril, pp. 366-374.
- Baudru, Daniel; Morin, François. 1999: «Gestion institutionnelle et crise financière, une gestion spéculative du risque», complément, rapport n° 18, *Architecture financière internationale*, Conseil d'analyse économique (Paris, La documentation Française), p. 151-169.
- BIT. 2004: *Une mondialisation juste: créer des opportunités pour tous*, Rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation (Genève).
- , 2003: *Le champ de la relation de travail*, Rapport V, Conférence internationale du Travail, 91^e session (Genève).
- , 1998: *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du Travail, 86^e session (Genève), disponible en ligne à l'adresse: <<http://www.ilo.org/public/french/standards/reln/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>>.
- Boubli, Bernard. 2004: «L'unité économique et sociale à l'époque des vœux. Etat des lieux et souhaits de réforme», *Semaine Sociale Lamy* (Paris), n° 1156 et n° 1157, février.
- Boyer, Robert; Durand, Jean- Pierre. 1998: *L'après-fordisme* (Paris, Syros).
- Castells, Manuel. 1998: *La société en réseaux* (Paris, Librairie Arthème Fayard).
- Commission européenne. 2001: *Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* (Bruxelles), COM/2001/0366.
- Deakin, Simon. 2002: «L'évolution de la relation d'emploi», Deuxième Symposium France/OIT sur l'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale: dynamique du changement et protection des travailleurs, Lyon, 17-18 janvier 2002, disponible en ligne à l'adresse: <<http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/deaking.pdf>>.
- Del Cont, Catherine. 1998: *Propriété économique, dépendance et responsabilité* (Paris, l'Harmattan).

- Desbarats, Isabelle. 2003: «Codes de conduites et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion», *JCP G Semaine Juridique (Edition générale)* (Paris), n° 9, pp. 337-343.
- . 1996: *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail* (Paris, LGDJ).
- Despax, Michel. 1957: *L'entreprise et le droit* (Paris, LGDJ).
- Duplessis, Isabelle. 2004: «La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail. Une nouvelle forme de régulation efficace?», *Relations industrielles* (Québec), vol. 59, n° 1, pp. 52-72.
- Ewald, François. 1986: *L'Etat Providence* (Paris, Grasset).
- Farjat, G. et coll. 1987: «Une reconnaissance de l'entreprise en droit privé», *Revue Internationale de Droit économique* (Bruxelles), p. 521.
- Gaudu, François. 2001: «Entre concentration économique et externalisation: les nouvelles frontières de l'entreprise», Colloque «Les frontières de l'entreprise», *Droit Social* (Paris), n° 5, mai, pp. 471-477.
- . 1999: «Entreprise et établissement», dans l'ouvrage *Prospectives du droit économique. Livre d'amitié à Michel Jeantin* (Paris, Dalloz), p. 47.
- . 1996: «Les notions d'emploi en droit», *Droit Social* (Paris), n° 6, juin, pp. 569-576.
- Gendron, Corinne; Lapointe, Alain; Turcotte, Marie-France. 2004: «Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée», *Relations industrielles* (Québec), vol. 59, n° 1, pp. 73-100.
- Igalens, Jacques. (directeur de publication). 2004: *Tous responsables* (Paris, Editions d'Organisation).
- Ionescu, Valentin. 2002: «Le droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail: mythe ou réalité», *Droit Social* (Paris), n° 5, mai, pp. 507-515.
- Jeammaud, Antoine. 1989: «Les polyvalences du contrat de travail», publié dans l'ouvrage *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen* (Paris, Dalloz), pp. 299-316.
- ; Kirat, Thierry; Villeval, Marie-Claire. 1996: «Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation: au croisement de l'économie et du droit», *Revue Internationale de Droit Economique* (Bruxelles), pp. 99-141.
- ; Lyon-Caen, Antoine; Le Friant, Martine. 1998: «L'ordonnancement des relations du travail», Chronique, *Recueil Dalloz* (Paris), pp. 359-368.
- Lemière, Séverine. 1997: «La relation salariale des démonstrateurs(trices) dans les grands magasins», *Droit Ouvrier* (Paris), juillet, pp. 274-277.
- Lyon-Caen, Antoine. 2003: «Géographie du droit du travail», numéro spécial de *Semaine Sociale Lamy* publié sous la direction de P. Waquet «Les lieux du droit du travail», supplément, octobre, pp. 16-18.
- . 1996: «Les clauses de transferts de risques sur le salarié», *Revue juridique de l'Île de France* (Paris), n° 39/40, p. 151.
- ; Lyon-Caen, Gérard. 1978: «La doctrine de l'entreprise», dans l'ouvrage *Dix ans de droit de l'entreprise* (Paris, LITEC), pp. 599-621.
- ; Vacarie, Isabelle. 2001: «Droit fondamentaux et droit du travail», dans l'ouvrage *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier* (Paris, Editions Dalloz), pp. 421-453.
- Morin, François; Morin, Marie-Laure. 2002: «La firme et la négociation collective. La question des frontières en économie et en droit», dans l'ouvrage *Mélanges dédiés au Président Michel Despax* (Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse), p. 97.
- Morin, Marie-Laure. 2001: «Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi», *Droit Social* (Paris), n° 5, mai, pp. 478-486.
- . 2000: «Partage des risques et responsabilité de l'emploi – contribution au débat sur la réforme du droit du travail», *Droit Social* (Paris), n° 7/8, juillet-août, pp. 730-738.
- . 1999: «Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale», *Droit Social* (Paris), n° 7/8, juillet-août, pp. 681-691.

- (directeur de publication). 1996: *Sous-traitance et relations salariales. Aspects du droit du travail*, Cahier du LIRHE, n° 2 (Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse).
- .1994: «Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail», *Travail et Emploi* (Paris), n° 60, pp. 23-43.
- ; Dupuy, Yves; Larré, Françoise. 1999: *Prestation de travail et activité de service*, collection Cahier Travail Emploi (Paris, La documentation Française).
- Murray, Gregor; Trudeau, Gilles. 2004: «Une régulation sociale de l'entreprise mondialisée? Introduction», *Relations industrielles* (Québec), vol. 59, n° 1, pp. 3-14.
- Raveyre, Marie. 2001: «Implication territoriale des groupes et gestion du travail et de l'emploi, vers des intermédiations en réseaux», *Revue de l'IREs* (Paris), n° 35, pp. 35-59.
- Rémy, Patrick. 2001: «Le groupe, l'entreprise et l'établissement: une approche en droit comparé», *Droit social* (Paris), n° 5, mai, pp. 505-513.
- Rodière, Pierre. 2002: *Droit social de l'Union européenne*, 2^e édition (Paris, LGDJ).
- Segal, Jean-Pierre; Sobczak, André; Triomphe, Claude-Emmanuel. 2002: «Douze entreprises européennes socialement responsables?», Rapport pour la Fondation de Dublin, *Liaisons Sociales Europe* (Paris), n° 65, octobre.
- Simitis, Spiros. 1997: «Le droit du travail a-t-il encore un avenir?», *Droit Social* (Paris), n° 7/8, juillet-août, pp. 655-668.
- Sobczak, André. 2004: «La responsabilité sociale de l'entreprise: menace ou opportunité pour le droit du travail», *Relations Industrielles* (Québec), vol. 59, n° 1, pp. 26-51.
- .2002: «Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis», *Droit Social* (Paris), n° 9/10, sept.-oct., pp. 806-811.
- Stewart III, B. 1991: *The quest for value* (New York, Harper Collins).
- Storper, Michael; Salais, Robert. 1993: *Les mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France* (Paris, Les Editions de l'EHESS).
- Supiot, Alain. 2002: «Entre marché et régulation: les nouvelles régulations sociales assurent-elles une sécurité tout au long de la vie?», texte introductif, Deuxième Symposium France/OIT sur l'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale: dynamique du changement et protection des travailleurs, Lyon, 17-18 janvier 2002, disponible en ligne à l'adresse: <<http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/supiot.pdf>>.
- .2001: «Revisiter les droits d'action collective», *Droit Social* (Paris), n° 7/8, juillet-août, pp. 687-704.
- .2000: «La contractualisation de la société», dans l'ouvrage publié sous la direction de Y. Michaux: *Qu'est-ce que l'humain?*, Université de tous les savoirs, vol. 2 (Paris, Editions Odile Jacob), pp. 157-167.
- (directeur de publication). 1999: *Au-delà de l'emploi, transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe* (Paris, Flammarion).
- .1997: «Du bon usage des lois en matière d'emploi», *Droit Social* (Paris), n° 3, mars, pp. 229-242.
- .1985: «Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise», *Revue trimestrielle de Droit Commercial* (Paris), pp. 621-644.
- Teubner, Gunther. 1993: «Nouvelles formes d'organisation et droit», *Revue française de gestion* (Paris), n° 96, novembre, pp. 50-68.
- Texier, Jean-Yves. 2003: «L'entreprise plurielle. L'émergence des logiques de site», *Les nouvelles formes de travail, Cadres-CFDT* (Paris), n° 403, février, pp. 62-66.
- Teysssié, Bernard (directeur de publication). 1999: *Les groupes de sociétés et le droit du travail* (Paris, Editions Panthéon-Assas).
- Trentin, Bruno. 2002: «Transformations possibles des systèmes de relations socioprofessionnelles», Deuxième Symposium France/OIT sur l'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale: dynamique du changement et protection des travailleurs, Lyon, 17-18 janvier 2002, disponible en ligne à l'adresse: <<http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/trentin.pdf>>.

- Urban, Quentin. 2000: «Piercing the veil, Cour d'appel de Caen 21 septembre 1999», *Droit Social* (Paris), n° 4 pp. 385- 391.
- Vachet, Gérard. 1999: «La négociation collective dans les groupes de sociétés», dans l'ouvrage publié sous la direction de B. Teyssié, pp. 105-123.
- Valdés dal Ré, Fernando. 2003: «Droit du travail et droits fondamentaux des personnes», Rapport général sur les droits fondamentaux, XVII^e Congrès mondial du droit du travail et de la sécurité sociale, Montevideo, Uruguay, 2-5 septembre.
- Verge, Pierre; Vallée, Guylaine. 1997: *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail* (Québec, Les Editions Yvons Blais Inc.).
- Virassamy, G.-J. 1986: *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* (Paris, LGDJ).
- Waquet, Philippe. 2003: «Droit du travail et droits fondamentaux des travailleurs», Rapport français, XVII^e Congrès mondial du droit du travail et de la sécurité sociale, Montevideo, Uruguay, 2-5 septembre.
- .2000: «Libres propos sur l'externalisation», *Semaine Sociale Lamy* (Paris), n° 999, p. 7.