

RESEAUX D'ENTREPRISES ET CO-EMPLOI: La discipline italienne a l'épreuve du droit comparé*

BUSINESS NETWORKS AND CO-EMPLOYMENT: The italian discipline tests comparative law

Luca Ratti¹

SOMMAIRE: 1. La récente juridification du co-emploi dans le droit italien des réseaux d'entreprises. 2. Contextes et visées de l'usage du co-emploi. 3. Les indices et les traces du co-emploi. 3. Les indices et les traces du co-emploi. 4. Co-emploi et diversité des techniques d'imputation, 5. Au-delà du remède, le co-emploi comme concept ambivalent : l'exemple italien.

SUMMARY: 1. The recent legalization of co-employment in Italian law of business networks. 2. Contexts and aims of the use of co-employment. 3. Indices and traces of co-employment. 3. Indices and traces of co-employment. 4. Co-employment and diversity of imputation techniques, 5. Beyond the cure, co-employment as an ambivalent concept: the Italian example.

1 LA RECENTE JURIDIFICATION DU CO-EMPLOI DANS LE DROIT ITALIEN DES RESEAUX D'ENTREPRISES

Les réseaux d'entreprises constituent un terrain d'étude privilégié pour l'analyse des transformations de la figure de l'employeur². A chaque fois que cette dernière se multiplie, se dilate, se parcellise, les techniques typiques de protection du salarié en résultent affaiblies, et deviennent parfois même inefficaces³. Une telle tendance alimente depuis longtemps les efforts de la doctrine et de la jurisprudence, ce afin de faire rentrer dans les catégories interprétatives habituelles de nombreuses situations différentes que les changements dans la structure des entreprises engendrent⁴.

Le droit italien sur les réseaux d'entreprises constitue une expérience intéressante de juridification de la situation communément appelée *co-emploi*. En 2013, le législateur italien a

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em __/__/__

¹ Associate Professor of European and Comparative Labour Law; Director of the Master in European Law at the University of Luxembourg; Doctorate from the University of Bologna (2007); Senior Researcher and Adjunct Professor in Labour Law and Social Security at the University of Bologna (since 2012), Principal Investigator in research projects funded by the Luxemburgish Fond National de la Recherche (FNR) and by the European Commission, focusing on Life Time Contracts, the European Social Model, and the implication for labour rights of the most recent EU regulations concerning the transport sector.

² E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », n° 45, 2008, p. 99.

³ J. Prassl, « The notion of the employer », *The Law Quarterly Review* 2013, p. 380; S. Deakin, « The Changing Concept of the "Employer" in Labour Law », *Ind. Law Journal* 2001, p. 72.

⁴ W. Sanguinetti Raymond, « Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo », in Id., *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2013, p. 215.

introduit deux normes dans le *corpus* originaire de ladite loi Biagi (décret législatif n. 276/2003.): La première porte sur le détachement des travailleurs et admet le *co-emploi* des salariés d'entreprises différentes appartenant au même réseau (article 30.4-*ter*) ; la seconde autorise l'embauche conjointe de la part de plusieurs entreprises, à condition qu'elles soient agricoles ou appartiennent à un contrat de réseau dans lequel au moins la moitié des entreprises est agricole (article 31.3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*, 3-*quinquies*).

La référence explicite au *co-emploi* requiert d'identifier sa fonction et d'analyser ses possibles significations juridiques. Face au risque d'attribuer à l'expression un "pouvoir magique" d'indiquer et d'identifier lui-même le domaine de son application⁵, l'étude comparée offre une perspective intéressante, en vertu de laquelle le concept de *co-emploi* constitue essentiellement une technique d'évaluation *a posteriori* de la réalité⁶. De ce fait, le *co-emploi* s'offre comme un remède. Cette caractéristique invite à interpréter restrictivement l'expression *co-emploi*.

2 CONTEXTES ET VISEES DE L'USAGE DU CO-EMPLOI

Dans le cadre des systèmes juridiques examinés (Italie, Espagne, Royaume-Uni), on sélectionnera les situations dans lesquelles l'expansion de la figure de l'employeur obéit à des logiques comparables à celles qu'on retrouve dans le système français, en prenant bien soin d'écarter les faux amis qui hantent un panorama – trop rapide – de droit comparé. On identifiera de cette façon les *contextes* et les *finalités* pour lesquelles la multiplication des employeurs se détermine, en fonction d'une plus grande protection des salariés ; on ira ensuite isoler les indices détecteurs de *co-emploi*, considérés comme pertinents dans les contextes ci-dessus ; on essaiera enfin d'examiner les *techniques* d'imputation des relations de travail dans les mains des plusieurs *co-employeurs*⁷, afin de saisir la signification réelle du terme *co-emploi*, utilisé aujourd'hui par la même loi sur les réseaux d'entreprises.

Les groupes d'entreprises représentent la «place de choix» dans laquelle l'idée de *co-emploi* a commencé à s'affirmer⁸. En Espagne, elle est utilisée pour lutter contre la fraude⁹,

⁵ J. Dewey, *Logique. La théorie de l'enquête*, Paris, PUF, 1993.

⁶ T. Sachs, « Regard français sur le contrat de réseau et la reconnaissance du co-employeur en Italie », in Ales E., Carinci M.T., Gottardi D. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 2014 (en cours de publication).

⁷ Pour le cadre réglementaire français v. E. Peskine, « A propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », RDT 2012. 347.

⁸ En France à côté des groupes d'entreprises on trouve la UES : sur les relations entre les deux contextes v. F. Géa, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », DS 2013. 210; Id., « Groupe de société et responsabilité », RDT 2010. 230; B. Teyssié, « Les groupes de sociétés et le droit du travail

pour calculer la compensation des dommages dans le cas de licenciement abusif, en rapport avec l'ancienneté de service¹⁰.

En Italie, le *co-emploi* prend un sens plus large, dans le but d'étendre le domaine d'application de la tutelle «réelle» contre le licenciement abusif (article 18, *Statuto dei lavoratori*)¹¹ et de la réglementation portant sur les licenciements collectifs (article 4, loi n. 223/1991)¹². Il est également utilisé pour repousser les limites de l'obligation de reclassement dans les licenciements individuels pour motif économique¹³, ainsi que pour étendre à plus d'une société la responsabilité patrimoniale pour les créances salariales impayées réclamées par les travailleurs¹⁴. Dans le domaine des relations collectives, la reconnaissance d'un *cotitularidad fáctica* de la relation de travail, qu'on peut déduire à partir du principe de la *realidad de las cosas* (articles 1.2 et 8.1, *Estatuto de los Trabajadores*), est une condition préalable à la nomination de *delegados de personal* et de *comité intercentros* (article 87, *ET*) dans le cadre du groupe de sociétés¹⁵.

Le concept de «*associated employers*» dans le système juridique du Royaume-Uni permet uniquement de prendre en compte, dans le cadre de la continuité de service (*qualifying period*) utile pour l'accès à la protection contre le licenciement abusif (sec. 231 *ERA - Employment Rights Act 1996*), aussi de relations de travail antérieures auprès de différentes entreprises du même groupe¹⁶. Donc le concept de «*associated employers*» est différent de *co-emploi*. La loi anglaise permet également au juge d'ordonner la réintégration suite à un licenciement déclaré *unfair*, auprès de l'employeur qui avait décidé le licenciement, mais également dans une autre entreprise (*associated*) du groupe (sec. 115 (1), *ERA 1996*)¹⁷.

Une acception semblable de *co-emploi* est proposé par la Cour de justice, qui a reconnu la possibilité de considérer comme un employeur «cédant» au sens de la Directive 2001/23/CE une société dépourvue de qualification formelle d'employeur, mais auprès de

», DS 2010. 735; P. H. Antonmattei - A. Derue - D. Jourdan - M. Morand, *L'unité économique et sociale. Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, 2011.

⁹ M.F. Fernandez Lopez, *Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»*, Rel. Lab. 2009. 29.

¹⁰ On peut déduire celà, *a contrario*, d'une décision du *Tribunal Supremo* (STS 3 novembre 2005, *Repsol*, in <http://portaljuridico.lexnova.es/>) qui a nié la possibilité d'évaluer les périodes d'emploi auprès de différentes entreprises d'un même groupe parce qu'il n'y avait aucune preuve concrète pour affirmer la *cotitularidad* de la relation du travail.

¹¹ Cass., 15 mai 2006, n. 11107, Riv. Giur. Lav. 2007, II, 440; Cass., 29 oct. 2004, n. 20701, Dir. Rel. Ind. 2005, 455.

¹² Cass., 24 mars 2003, n. 4274, Riv. It. Dir. Lav. 2003, II, 74.

¹³ Trib. Milano, 3 octobre 2006, *D&L* 2007, 223.

¹⁴ Cass., 22 fév. 1995, n. 2998, *D&L*, 1995, 988.

¹⁵ A.V. Sempere Navarro - M. Areta Martínez, *El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario, Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2004, 109.

¹⁶ Court of Appeal, *Pickney v Sandpiper Drilling Ltd* [1989] IRLR 425; *Hancill v Marcon Engineering Ltd* [1990] IRLR 51.

¹⁷ S. Deakin, G. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, 2012, 213.

laquelle étaient régulièrement employés certains travailleurs rémunérés par une autre entreprise du même groupe, de sorte que l'acquéreur a été considéré comme un employeur «ayant des rapports non contractuels»¹⁸.

Dans le cadre des contrats des marchés de travaux, la *Court of appeal* du Royaume-Uni récupère l'hypothèse de *co-emploi* dans la situation où l'exécution du contrat implique l'exercice conjoint des pouvoirs typiques des employeurs par plusieurs entreprises. La jurisprudence reconnaît que, dans ce contexte, soit le *general employer*, soit le *specific employer* peut exercer, éventuellement à des degrés divers, une influence sur l'activité des travailleurs occupés dans l'exécution du contrat. Le fait donne lieu à une extension de la responsabilité non contractuelle du *general employer*¹⁹, car il se trouve dans la "meilleure situation économique" (*deeper pocket*), et exercerait le pouvoir de contrôler et de diriger les activités des travailleurs²⁰.

Le paradigme du *co-emploi* ne s'est pas diffusé, au contraire, dans le différent contexte du travail par agence d'intérim, dont les règles nationales, en partie modifiées suite à la Directive 2008/104/CE, présentent toujours des différences d'approche importantes²¹. En particulier, le législateur européen rejette la possibilité que l'entreprise utilisatrice et la société d'interim puissent constituer une seule unité, bien que quelques prononces des Courts supérieures²² et le Livre vert sur la flexicurité²³ laissent ouverte cette possibilité.

3 LES INDICES ET LES TRACES DU CO-EMPLOI

Afin de démontrer l'existence d'un «centre unitaire d'imputation» des relations de travail, plusieurs indices se sont développés, calibrés différemment selon les systèmes juridiques, mais en grande partie comparables²⁴. Ces indices se répètent de façon presque

¹⁸ Cour de justice, 21 octobre 2010, C-242/09, *Albron Catering*, in *Revue de jurisprudence sociale* 1/2011, p. 8, obs. Moizard.

¹⁹ A. J. Markesinis, S. Deakin, *Tort Law*, Oxford, 2007, 675-676.

²⁰ P.S. Atiyah, *Vicarious liability in the Law of Torts*, London, 1967, 156.

²¹ Y. Feldman, *Ex-ante vs. Ex-post: Optimizing State Intervention in Exploitive Triangular Employment Relationships*, CLL&PJ 2009, 751.

²² Dans le Royaume-Uni, v. les deux arrêts de la *Court of appeal*: *Dacas v Brook Street Bureau (UK) Ltd.* [2004] IRLR 358; *Cable & Wireless v Muscat* [2006] IRLR 354.

²³ Commission européenne, "Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle", qui dans la version originale dans la résolution même du Parlement européen de l'11 juillet 2007 (par. 62) était destinée à promouvoir, en cas de dualité d'employeurs, « un système de responsabilité conjointe et solidaire ».

²⁴ A. Perulli, *Gruppi di impresa, reti di impresa e codatorialità: una prospettiva comparata*, Riv. Giur. Lav. 2013, I, 83.

similaire dans les systèmes examinés, où le groupe est considéré comme le lieu de «confusion» des différentes sphères d'intérêts²⁵.

La jurisprudence espagnole a considéré comme significatifs de l'existence d'un centre unitaire d'imputation des relations de travail, l'utilisation floue des prestations de travail, le mélange de patrimoines de diverses sociétés, la gestion unifiée, et l'apparence externe du groupe en termes de «*unidad empresarial*», à savoir une situation de confusion montrant au tiers de bonne foi une unité apparente de l'entité d'entreprise²⁶. De façon similaire, la *Corte di Cassazione* italienne identifie un groupe de sociétés pertinent pour le droit du travail lorsque peut être constatée l'utilisation simultanée des travaux par les différentes sociétés, sans qu'il soit possible de distinguer les bénéficiaires de telle ou telle partie de la prestation²⁷.

Des indices différents sont utilisés par la *common law* anglaise. Deux entreprises peuvent donc être considérées comme *associated* si l'une d'entre elles exerce un contrôle direct ou indirect sur l'autre, ou si les deux sont soumises à un contrôle direct ou indirect d'une troisième entreprise²⁸. La distinction est donc donnée par l'existence du *control*, au sens large, qui doit être distingué de la seule possession de la majorité du capital²⁹.

4 CO-EMPLOI ET DIVERSITE DES TECHNIQUES D'IMPUTATION

Parmi les effets possibles que l'affirmation du paradigme du *co-emploi* permet d'imaginer en termes d'imputation des relations de travail, les systèmes juridiques examinés montrent une préférence, en premier lieu, pour les mécanismes pour lesquels *un seul* employeur reste responsable, bien que le contexte de multi-employeurs au sein duquel la prestation se situe soit pris en compte³⁰. Deuxièmement, sont répandus les dispositifs qui permettent d'étendre de manière *solidaire* la responsabilité à d'autres employeurs aussi, sous réserve de la nécessaire séparation entre les différentes entités juridiques³¹. La responsabilité solidaire représente en fait la solution normale pour toutes ces situations de *co-emploi* dans

²⁵ Soc. 18 dec. 2013, n° 12-25.686, in *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2014, n. 360; Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, RDT 2011. 634, obs. G. Auzero.

²⁶ M.C. Lopez Sanchez, *El empleador en las organizaciones empresarial complejas*, Madrid, 2007, 179.

²⁷ O. Razzolini, « Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese », in M. Aimo - D. Izzi (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, 2014, 677.

²⁸ S. Deakin, G. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, 2012, 214.

²⁹ B. Bercusson, *Workers, Corporate Enterprise and the Law*, in Lewis R. (ed.), *Labour Law in Britain*, Oxford, 1986, 149.

³⁰ Sec. 1(6), *Equal Pay Act 1970*, sur l'égalité de rémunération dans le Royaume-Uni, où le travailleur "comparable" peut être trouvé aussi parmi les employés d'un *associated employer*.

³¹ I. Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014, 133.

lesquelles il opère une sorte de présomption *iuris tantum* d'utilité commune des prestations rendues aux différents employeurs³².

Une force de pénétration mineure a été démontrée par une troisième forme, renforcée, de *co-emploi*, consistant à reconnaître un *centre d'intérêt unique* pour les obligations découlant des relations de travail : cela s'est produit surtout dans les cas d'utilisation frauduleuse de la séparation entre plusieurs entreprises³³.

Les argumentations suivies par les juges continentaux sont difficiles à comparer avec l'alternative, placée entre les mains du juge dans le système anglais, qui prévoit la réintégration auprès d'une différente entreprise *associated* : il s'agit d'une forme de protection, non seulement pour le travailleur, mais aussi d'une certaine manière pour l'employeur qui a prononcé le licenciement et qui ne sera pas contraint de réintégrer le salarié. En outre, étant donné le petit nombre de cas de *re-employment* dans le Royaume-Uni³⁴, l'hypothèse mentionnée n'occupe qu'une place marginale.

A des résultats originaux parvient la *common law* dans la situation où un *general employer* et un *specific employer* exercent une partie des prérogatives typiques de l'employeur sur le même travailleur. Il est considéré comme « tellement partie de la tâche, de l'entreprise ou de l'organisation des deux employeurs, qu'il est juste (*just*) d'appeler les deux à la fois à répondre de sa négligence »³⁵. La jurisprudence italienne la plus récente sur l'article 2049 du Code civil italien est en ligne avec cette orientation³⁶.

5 AU-DELA DU REMEDE, LE CO-EMPLOI COMME CONCEPT AMBIVALENT : L'EXEMPLE ITALIEN

A l'épreuve du droit comparé, il apparaît que le *co-emploi* a une nature juridique typique de ce que l'on peut appeler un remède. Car il consiste en une technique de protection qui est indépendante de l'affirmation *ex ante* d'un droit. La logique des remèdes est typique des systèmes de la *common law*³⁷, mais sa pertinence est de plus en plus reconnue dans de

³² M. Alonso Olea, E. Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, Madrid, 2005, 176.

³³ En sens critique v. O. Razzolini, « Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa" », *Dir. Lav. Rel. Ind.* 2009, 263.

³⁴ *Si licet* v. L. Ratti, « I licenziamenti in Gran Bretagna », in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 146-147.

³⁵ *Viasystem (Tyneside) Ltd v Thermal Transfer (Northern) Ltd* [2005] IRLR 983; *Horley v Luminar Leisure Ltd* [2006] IRLR 817; *Catholic Child Welfare Society v Various Claimants (1) The Institute of Christian Brothers (2)* [2012] UKSC 56.

³⁶ Cass. 10 avr. 2014, n. 8410, *Dir. & Giust.* 2014, n. 4, 11; Cass. 14 janv. 2014, n. 531, *Dir. & Giust.* 2014, n. 1, 15.

³⁷ S.A. Smith, « Rights and Remedies: A Complex Relationship », in R.J. Sharpe, K. Roach (eds), *Taking Remedies Seriously*, Montreal, 2010, 31.

nombreux systèmes juridiques continentaux³⁸, ainsi que dans les Principes UNIDROIT et dans ceux du Droit européen des contrats³⁹.

Le droit italien pourrait faire sienne cette logique du remède cette logique de remède. Une telle interprétation est plus conforme au système réglementaire dans lequel la disposition s'inscrit et aux valeurs exprimées par celui-là⁴⁰. C'est pourtant une autre voix, plus ambivalente, qui a été empruntée.

La faculté du contrat de réseau de «régler» le *co-emploi* doit être comprise comme visant à savoir lequel, parmi les divers employeurs, est habilité à l'exercice du pouvoir de direction⁴¹. Dans cette perspective, l'expression «codatorialità» («*co-emploi*») contenue dans le nouvel article 30.4-*ter* de la loi Biagi va au-delà de la logique du remède, ce qui fait prévaloir, en termes d'interprétation de la loi, le profil téléologique sur celui de la logique-systématique. Dans le cadre des réseaux d'entreprises, le *co-emploi* sert la fonction de «circonstance exonératoire», en intégrant une exception ultérieure, en plus de celles du travail intérimaire et du détachement des travailleurs, en ce qui concerne l'interdiction de dissociation entre titularité du rapport de travail et exercice du pouvoir de direction.

Le concept de *co-emploi* se révèle ainsi ambivalent: en fait, il justifie la nécessité de protéger les salariés, mais au même temps constitue un instrument de flexibilité au bénéfice exclusif des entreprises appartenant au réseau. Etant donné que dans ce second sens il identifie un mode de structuration du pouvoir patronal, il cache le risque de multiplier les obligations imposées au travailleur et d'affaiblir sa position, et manifeste, en tant que «technique réversible», une indésirable hétérogénéité des fins⁴².

³⁸ G. Smorto, « Sul significato di “rimedi” », Eur. Dir. Priv. 2014, 159; A. Di Majo, *La tutela civile di diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 5-6.

³⁹ En droit privé italien v. R. Tommasini, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013; P. Sirena, Y. Adar, « La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo », Riv. Dir. Civ. 2012, I, 359; A. Di Majo, « Il linguaggio dei rimedi », Eur. Dir. Priv. 2005, 341.

⁴⁰ L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1994, spéc. pp. 11 et 17.

⁴¹ L'article 30.4-*ter* affirme que pour les entreprises ayant signé un contrat de réseau on admet le *co-emploi* des employés selon les règles établies par le contrat de réseau lui-même. Cette situation diffère de la co-propriété de la relation dans son ensemble, qui se trouve dans l'hypothèse du recrutement conjoint visé à l'article 31.3-*quater*.

⁴² G. Lyon-Caen, *Le droit du travail: une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 6.