

Jurisprudence

Externalisation et droit social : des principes juridiques encore plus stricts

L'analyse de la jurisprudence permet de préciser les conditions d'application de l'article L 122-12 du Code du travail qui couvrent le transfert du personnel en cas d'externalisation.

TRANSFERT DE PERSONNEL ET externalisation font l'objet d'un encadrement strict de la part des tribunaux et notamment de la Cour de cassation qui vient de rappeler que l'article L 122-12 du Code du travail, qui garantit le transfert du personnel en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur, a d'abord été conçu dans un but de protection des salariés et non des employeurs.

Nous avons, en son temps et dans cette revue ¹ tenté de sensibiliser les lecteurs aux aspects juridiques du transfert de personnel dans le cadre des opérations d'externalisation, dont le développement ne se dément pas puisqu'il y a même maintenant un « Salon de l'externalisation » organisé chaque année en novembre ² au CNIT de Paris La Défense et qui voit défiler des milliers de visiteurs, tous autant les uns que les autres en quête d'informations, d'expérience ou de méthodologie.

En effet, le marché de l'externalisation continue à se développer non pas, comme il y a quelques années, pour réaliser des économies (!), externaliser un plan social (!), mais pour se recentrer et concentrer sur son métier de base qui est, ou devrait être celui que l'on sait faire avec excellence.

Si l'on en croit certaines statis-

tiques, les premières fonctions aujourd'hui externalisées sont l'informatique et les télécommunications et ce phénomène n'est pas prêt de s'arrêter car le degré de l'externalisation, notamment dans l'informatique, va en s'élargissant, accentuant par là même les difficultés techniques et notamment... sociales. Et sous ces aspects, la France, leader mondial du droit social, ne pouvait faillir à sa réputation...

LES TROIS ARRÊTS « PERRIER »

C'est ainsi qu'arrivèrent les arrêts Perrier ³, pour rappeler, avec quelques difficultés de raisonnement, que l'article L 122-12 du Code du travail avait été instauré en 1928 dans le souci légitime du législateur de l'époque d'assurer la continuité du « contrat de louage de services » en cas de changement d'employeur.

La multiplication des opérations d'externalisation ces dernières années a conduit les organisations syndicales et les comités d'entreprise à être vigilants sur le sort des salariés qui, dans beaucoup d'opérations, se sont vu transférés d'un groupe à statut social avancé à des sociétés de prestations de services dont le statut social n'était pas toujours équivalent et, qui plus est, se montraient souvent plus exigeantes en termes de

« performances individuelles ». L'article L 122-12 jouait donc de plus en plus contre l'intérêt premier des salariés.

C'est pourquoi dans ces trois arrêts Perrier, la Cour de cassation a tenté, certes un peu maladroitement, d'encadrer l'application de cet article L 122-12 en considérant qu'en l'espèce l'externalisation de la caisserie (activité de palettes) n'emportait pas application de l'article au motif que « *cette activité ne disposait pas d'une autonomie tant dans ses moyens en personnel que dans l'organisation de sa production* ».

Bien évidemment, ces arrêts ont provoqué une multitude de réactions notamment de la doctrine, chacun y allant de son interprétation, certains estimant même que ces décisions avaient porté un coup d'arrêt à l'externalisation. Pour notre part, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'un coup d'arrêt mais plutôt d'un arrêt sur image qui oblige à décrypter précisément si l'opération envisagée d'externalisation entre ou n'entre pas dans les spécificités de l'article 122-12 et de sa cohorte de jurisprudences. Ceci nous apparaît d'autant plus vrai que cette même



**JACQUES
BRUNEL**
Partner
**Fidal
International**

Cour de cassation a, dans une décision du 23 janvier 2002⁴, « validé » l'application de l'article L 122-12 dans une opération d'externalisation au motif « *que le service informatique de l'employeur, dont l'exploitation avait été confiée à une autre entreprise, possédait des moyens particuliers en personnel et en matériel, qu'il tendait à des résultats spécifiques et qu'il avait une finalité propre* ».

L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

L'analyse de ces jurisprudences permet donc aujourd'hui de considérer que l'application de l'article L 122-12 nécessite la réunion de trois conditions cumulatives :

- le transfert d'une entité économique autonome constituée d'éléments corporels et incorporels ;
- le maintien de l'identité de cette activité ;
- la poursuite de l'activité économique transférée (entité) avec ses objectifs propres.

La première de ces conditions signifie que l'activité doit avoir une certaine autonomie qui lui permette d'avoir ses propres locaux, moyens, outils centraux, etc. La deuxième

et la troisième sont un peu plus subtiles, mais signifient que l'on doit vérifier que l'entité s'est bien maintenue après le transfert du point de vue de son identité (en d'autres termes, l'activité est-elle similaire avant ou après le transfert), et ce dans le cadre de ses propres objectifs.

LA VIGILANCE S'IMPOSE

Pour conclure et pour nous résumer, le béotien comprendra rapidement qu'une opération d'externalisation du point de vue du droit social n'est pas simple et limpide mais nécessite, au contraire,

“Le degré de l'externalisation, notamment dans l'informatique, va en s'élargissant, accentuant par là même les difficultés techniques et notamment... sociales.”

d'examiner très précisément l'organisation à transférer et l'activité de la société afin d'être certain du droit à appliquer avant de se « frotter » à la redoutable information/consultation du comité d'entreprise et de la communication à mettre en œuvre. Mieux vaut le savoir avant qu'après. Les entreprises doivent donc plus que jamais faire preuve de vigilance. ■

1 Cf. Revue Banque, mars 2000, p. 38.

2 La dernière édition s'est tenue les 27, 28 et 29 novembre 2002.

3 Cassation sociale 18 juillet 2000, n° 9818037, SA Perrier Vittel France c/CE.

4 Cassation sociale du 23 janvier 2002, n° 290 F, D. Cohen c/SA Orfèverie Christoffe.