

Arrêt n° 1693-  
Pourvoi n° D1627690

Décision attaquée : 20 octobre 2016 de la cour d'appel de Paris

la fédération des employés et cadres Force ouvrière  
C/  
la société Generali France

---

rapporteur : Benjamin Joly

## RAPPORT

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

En vertu d'un accord collectif conclu le 16 novembre 2012 entre les sociétés composant l'entreprise Generali France Assurances et quatre organisations syndicales (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT), le périmètre de l'unité économique et sociale Generali France Assurances (l'UES), a été actualisé pour comporter les sociétés Generali France Assurances, Generali Vie, Generali Iard, Trieste Courtage, Generali Réassurance Courtage, l'Equité et E-Cie Vie.

Cet accord, contesté, a donné lieu à un arrêt de la chambre sociale (Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 13-12.712, Bull. 2013, V, n° 266 ), qui a rejeté le pourvoi.

Le 8 avril 2014, la société de droit italien General Infrastructure Service (GIS), dont la société Generali Vie est associée, a créé un siège secondaire en France et y a constitué une de ses succursales, immatriculée au registre du commerce et des sociétés le 27 mai 2014.

L'accord du 16 novembre 2012 a été modifié le 26 novembre 2015, du fait de la disparition de la société E-Cie Vie, absorbée par la société Generali Vie, et de l'entrée dans le périmètre de l'UES de la société Generali France.

La société Generali Vie a mis à sa disposition 165 salariés pour trois ans à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014 et les salariés concernés ont signé un avenant à leur contrat de travail les mettant à la disposition de la succursale pendant trois ans, avec la possibilité d'exercer un droit d'option après une année pour retourner dans leur société d'origine.

Le syndicat Fédération des employés cadres force ouvrière (FEC-FO) et CGT Generali (les syndicats) ont chacun saisi le tribunal d'instance, qui par jugement du 3 juin 2015 les a déboutés de leur demande d'inclure dans le périmètre de l'UES la succursale française de droit étranger GIS.

La cour d'appel, saisie par les deux syndicats a confirmé ce jugement par un arrêt du 20 octobre 2016. Le 13 décembre 2016 les syndicats ont déclaré un pourvoi.

Le mémoire ampliatif était enregistré le 13 avril suivant par le syndicat FEC-FO.

Un mémoire en défense était enregistré le 19 juin 2017.

Un pourvoi incident était déposé le 3 juillet 2017 par le second syndicat. Un mémoire en réponse était enregistré le 31 juillet suivant.

La procédure paraît régulière.

## **2 - Analyse succincte du moyen**

Les deux pourvois (principal et incident) comportent le même moyen

### **Moyen unique du pourvoi principal du syndicat FEC-FO**

Le syndicat fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande visant à voir intégrer la succursale française de la société de droit italien Generali Infrastructure Service – GIS- au sein de l'Unité Economique et Sociale composée des sociétés Generali France Assurances, Generali Vie, Generali Iard, Trieste Courtage, Generali Réassurance Courtage et Equité alors, selon le moyen:

*1°) Que constitue une entreprise juridiquement distincte au sens de l'article L.2322-4 du code du travail, la succursale française d'une société italienne qui est immatriculée en France et dont la réalité économique et sociale répond aux critères qui caractérisent une unité économique et sociale ; qu'en écartant de l'unité économique et sociale composée des sociétés Generali France Assurances, Generali Vie, Generali Iard, Trieste Courtage, Generali Réassurance Courtage et Equité, la succursale française de la société de droit italien Generali Infrastructure Service –GIS-, au motif qu'elle n'est pas dotée de la personnalité morale, la cour d'appel qui a statué par un motif inopérant a violé l'article L.2322-4 du code du travail ;*

*2°) Que la FEC-FO a fait valoir que le représentant légal de la succursale française de la société italienne GIS, qui disposait des plus larges pouvoirs, relevait de la même direction que les autres entités de l'UES Generali France assurance, qu'il était lui-même le responsable hiérarchique de la Direction Production et Services et celui de tous les salariés mis à la disposition de la succursale, que l'activité de celle-ci dédiée à l'infrastructure informatique était complémentaire de celles des autres entités de l'UES regroupant les métiers de l'assurance, que les salariés mis à disposition de la succursale GIS relevaient du statut social des autres sociétés de l'UES Generali France Assurances, qu'ils disposaient de la même convention collective, des mêmes conditions de travail, de la même direction des ressources humaines ; qu'en refusant*

*d'intégrer la succursale française de la société italienne GIS, au motif inopérant qu'elle ne disposait pas de la personnalité morale, sans rechercher si cette succursale ne remplissait les critères permettant de l'intégrer au sein de l'UES Generali France Assurances, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.2322-4 du code du travail.*

### **Moyen unique du pourvoi incident du syndicat CGT-Generali**

Le syndicat fait grief à l'arrêt de le débouter, ainsi que le syndicat FEC-FO, de leur demande visant à voir intégrer la succursale française de la société de droit italien Generali Infrastructure Service – GIS – au sein de l'Unité Economique et Sociale composée des sociétés Generali France Assurances, Generali Vie, Generali Iard, Trieste Courtage, Generali Réassurance Courtage et Equité, alors, selon le moyen:

*1°) Que constitue une entreprise juridiquement distincte au sens de l'article L.2322-4 du code du travail, la succursale française d'une société italienne qui est immatriculée en France et dont la réalité économique et sociale répond aux critères qui caractérisent une unité économique et sociale ; qu'en écartant de l'unité économique et sociale composée des sociétés Generali France Assurances, Generali Vie, Generali IARD, Trieste Courtage, Generali Réassurance Courtage et Equité, la succursale française de la société de droit italien Generali Infrastructure Service – GIS –, au motif qu'elle n'est pas dotée de la personnalité morale, la cour d'appel qui a statué par un motif inopérant a violé l'article L.2322-4 du code du travail ;*

*2°) Que la CGT Generali a fait valoir que le représentant légal de la succursale française de la société italienne GIS, qui disposait des plus larges pouvoirs, relevait de la même direction que les autres entités de l'UES Generali France assurance, qu'il était lui-même le responsable hiérarchique de la Direction Production et Services et celui de tous les salariés mis à la disposition de la succursale, que l'activité de celle-ci dédiée à l'infrastructure informatique était complémentaire de celles des autres entités de l'UES regroupant les métiers de l'assurance, que les salariés mis à disposition de la succursale GIS relevaient du statut social des autres sociétés de l'UES Generali France Assurances, qu'ils disposaient de la même convention collective, des mêmes conditions de travail, de la même direction des ressources humaines ; qu'en refusant d'intégrer la succursale française de la société italienne GIS, au motif inopérant qu'elle ne disposait pas de la personnalité morale, sans rechercher si cette succursale ne remplissait les critères permettant de l'intégrer au sein de l'UES Generali France Assurances, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.2322-4 du code du travail.*

### **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Périmètre d'une UES - possibilité d'inclusion d'une succursale d'une société étrangère

#### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

On rappellera que la notion d'UES est d'origine prétorienne, avec pour but de lutter contre la fraude et le contournement par les employeurs de ses obligations de création d'institutions représentatives du personnel. La chambre criminelle, dès 1970, en a posé le principe:

*“Mais attendu que s'il résulte des motifs de l'arrêt que les sociétés Etablissements HERRIAU et Cie SUTRAM et COFRAMO ont eu une existence juridique propre, il n'y est pas démontré, que ces personnes morales aient constitué, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes; qu'à supposer même que la création de la dernière de ces sociétés ait été juridiquement régulière et économiquement justifiée, il incombait à la cour d'appel de rechercher si elle n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi, ainsi que, d'après les propres constatations de l'arrêt, l'affirmait l'inspecteur du travail, disant avoir été lui même induit en erreur et ne s'être aperçu qu'après coup d'une violation de la loi, insidieusement réalisée par la combinaison d'actes juridiques dont chacun pouvait paraître isolément admissible;*

*Qu'ainsi, faute d'avoir apporté sur ce point, une réponse aux conclusions de la partie civile, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision”* (Crim. 23 avril 1970 n°68-91.333, Bull. Crim. n°144).

La chambre sociale (Soc, 8 juin 1972, n°71-12.860, Bull. Civ n°418) a pour sa part précisé les contours de cette notion, dans un premier temps également pour contrer la fraude potentielle de l'employeur: *“dès lors qu'ils constatent que deux sociétés exercent la même activité, sous une autorité unique, dans les mêmes locaux et avec le même matériel, que leur président directeur général commun a réparti **fictivement** entre elles le personnel de manière à laisser à chacune d'elles un effectif inférieur à 50 salariés et à éluder ainsi les prescriptions de l'ordonnance du 22 février 1945, qu'elles n'ont qu'une autonomie apparente et qu'elles constituent en fait une unité économique et sociale, les juges du fond peuvent en déduire qu'il s'agit, pour l'application de ce texte, d'une seule entreprise et qu'il y a lieu, en raison de l'effectif de son personnel, de la pourvoir d'un comité d'entreprise”*.

Les dispositions de l'article L. 2322-4 du code du travail, désormais abrogées, mais applicables à la présente affaire, étaient les suivantes:

*“Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire”*.

Pour mémoire, il convient d'indiquer que la notion d'UES existe toujours dans l'actuel code du travail, et oblige à la création d'un comité social et économique commun,

l'article L. 2313-8 du code du travail disposant que: "*Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins onze salariés est reconnue par accord collectif ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un comité social et économique commun est mis en place*".

On rappellera aussi que la chambre a jugé que: "*il ne résulte ni de l'article L. 431-1, alinéa 6, du code du travail, ni d'aucun autre texte que la décision judiciaire qui tend au principal à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est rendue en dernier ressort. Il s'ensuit que, la demande étant indéterminée, le tribunal statue en premier ressort conformément à l'article 40 du nouveau code de procédure civile (Soc., 12 septembre 2007, pourvoi n° 06-60.198, Bull. 2007, V, n° 129). L'attendu de l'arrêt précise:*

*"Attendu qu'il ne résulte ni de l'article L. 431-1, alinéa 6, du code du travail, ni d'aucun autre texte que la décision judiciaire, qui statue en dehors de tout litige électoral sur l'existence d'une unité économique et sociale, est rendue en dernier ressort ; d'où il suit que, la demande étant indéterminée, le tribunal d'instance se prononce en premier ressort conformément à l'article 40 du nouveau code de procédure civile ; que le pourvoi est irrecevable"*.

Pour un exemple plus récent on citera (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-24.269):

*"Vu les articles L. 2322-4 du code du travail et 40 du code de procédure civile ;*

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par un jugement du 4 juin 2009, le tribunal d'instance de Paris 8e a rejeté la requête du syndicat CGT des salariés de la société Savelys tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre les sociétés Savelys, Andrieux et Maumon, Aqua-therm, Chauffage maintenance dépannage, Depann'gaz service, Distri chauffe, Elec gaz services, Gaz 42, H. Saint Paul, Maumon et Maumon, Entreprise Claude Nanni et Therm'opale service ;*

*Attendu que pour déclarer irrecevable l'appel formé à l'encontre du jugement du tribunal d'instance, l'arrêt retient que la demande qui avait pour objet l'élargissement de l'électorat en vue des élections des instances représentatives du personnel, se situait dans un cadre strictement électoral ;*

*Attendu cependant qu'il ne résulte ni de l'article L. 2322-4 du code du travail, ni d'aucun autre texte que la décision judiciaire qui tend à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est rendue en dernier ressort ; qu'il s'en déduit que la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, qu'elle ait pour objet ou pour conséquence la mise en place d'institutions représentatives correspondantes, est indéterminée et que le jugement est susceptible d'appel conformément à l'article 40 du code de procédure civile ;*

*Qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés*".

En l'espèce, il y a bien comme **demande principale** uniquement une demande portant sur le périmètre de l'UES.

#### **4-1 L'UES: une notion promouvant une approche réaliste de la communauté de travail**

Résumant la jurisprudence en la matière, le Président de la chambre sociale indiquait que: *"l'évolution jurisprudentielle (...) démontre en tout cas qu'il est **parfaitement inutile de chercher de laborieux mécanismes juridiques, formels ou hiérarchiques pour échapper aux exigences de la représentation sociale dans l'entreprise** : dès lors qu'en fait existe une communauté de travail atteignant les seuils légaux, cette communauté doit être reconnue dans sa vérité et les institutions représentatives qu'elle génère mises en place"* (P. Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", Cour de cassation, rapport annuel 2004).

En effet, la chambre sociale a défini l'UES notamment comme suit: *"l'unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la **concentration des pouvoirs de direction** à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la **similarité ou la complémentarité** des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une **communauté de travailleurs** résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutableté des salariés"* (Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-60.353, Bull. civ. 2000, V, n° 299).

Dans ce cadre, l'unité du pouvoir de direction est décisive. La chambre sociale a d'ailleurs précisé que: *"la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiquement distinctes **nécessite** notamment que les éléments qui la composent soient soumis à **un pouvoir de direction unique**. Ne satisfait pas à cette exigence le tribunal d'instance qui se borne à faire ressortir l'appartenance des sociétés concernées par la demande à un même groupe et ne caractérise pas la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des sociétés concernées"* (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 00-60.048, Bull. 2001, V, n° 173).

Les activités exercées peuvent donc être non pas identiques ou similaires, mais complémentaires: *"caractérise à bon droit l'existence d'une unité économique et sociale entre deux sociétés le tribunal d'instance qui relève qu'elles exerçaient des **activités complémentaires**, qu'elles étaient soumises à un **pouvoir de direction unique** et que leurs salariés formaient une même **communauté** fondée sur une similitude de statut social et une permutableté entre les postes de travail"* (Soc., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-60.111, Bull. 2001, V, n° 191).

Par ailleurs, la chambre a jugé que: *“s'agissant de la détermination de l'unité économique et sociale permettant la mise en place d'institutions représentatives élues et syndicales uniques pour un ensemble d'entités juridiques autonomes, l'unité économique nécessite la présence en son sein de l'entité juridique exerçant le pouvoir de direction sur les salariés inclus dans l'unité sociale Les sociétés syndics de copropriétés correspondant à un ensemble de résidences-services, ne sont que les mandataires des différents syndicats de copropriétaires lesquels restent libres de désigner un nouveau syndic, ce qui s'oppose à la reconnaissance de l'unité économique”* (Soc., 23 mai 2000, pourvoi n° 99-60.012, 99-60.006, 99-60.007, 99-60.008, Bulletin civil 2000, V, n° 201).

En 2005, la chambre sociale a jugé que: *“Dès lors qu'il constate que les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale sont réunis entre des sociétés, le tribunal d'instance qui intègre au sein de cette unité économique et sociale la société holding qui détient le pouvoir, justifie légalement sa décision”* (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 04-60.192, Bull., 2005, V, n° 29).

Elle a également jugé que: *“la concentration des pouvoirs par une société associée unique de quatre sociétés, leur complémentarité en ce qu'elles concourent toutes à des activités similaires, l'existence d'une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de leurs conditions de travail similaires se traduisant par une permutableté du personnel, caractérisent l'existence d'une unité économique et sociale. Justifie dès lors sa décision, la cour d'appel qui constate que les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale sont ainsi réunis entre ces quatre sociétés, **peu important que la société holding ne soit pas intégrée dans son périmètre**”* (Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-24.253, Bull. 2015, V, n° 83).

Pour autant, il faut rappeler que l'UES n'a pas la personnalité juridique: *“La reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) entre des entités juridiques distinctes a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs. En résulte que si la reconnaissance d'une UES, permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, **elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale**”* (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.875, Bull. 2008, V, n° 255).

#### **4-2 Une approche qui s'appuie sur les personnes juridiquement distinctes ... et prises dans leur ensemble**

Il faut toutefois compléter ces arrêts par un autre aspect de la jurisprudence.

Certes, en 1982 (Cass. soc. 6 juill. 1982, n° 81-60.947, Bull. civ. V, n° 455), la chambre sociale avait reconnu la possibilité de fonder les UES sur ce que la doctrine a interprété

comme relevant de “pôles économiques” (cf. à cet égard la thèse de doctorat de M. Cloître, L'unité économique et sociale, Université Rennes 1, 2013, p.53).

Par cet arrêt, la chambre avait en effet jugé qu'une “**société et un établissement dépendant d'une autre société** forment, pour la constitution d'un comité d'établissement unique, une unité économique caractérisée par **une communauté d'intérêts, une imbrication de capitaux et une unité de direction** dès lors, d'une part, que le gérant de la première société est aussi le directeur administratif de la seconde et qu'en cette double qualité, il représente la direction dans les discussions avec le personnel et avec les syndicats et, d'autre part, que le juge du fond constate l'existence sur place de nombreux services communs, le caractère étroitement complémentaire des deux unités locales de production et, au surplus, l'implantation des deux sociétés dans la même enceinte, avec un standard téléphonique commun. Quant à l'unité sociale, elle est, nonobstant l'existence d'éléments négatifs relevés par ailleurs, constituée dès lors que le juge relève que les règlements intérieurs sont quasiment identiques, que le livret d'embauche est commun, que les salariés des deux unités de production travaillent conjointement dans plusieurs services communs et utilisent ensemble certaines oeuvres sociales, tandis que les cadres se rencontrent au sein d'une commission de concertations”.

L'arrêt en question était motivé explicitement de la manière suivante: “**Mais attendu que si, en principe, c'est au niveau des entreprises que doit s'apprécier l'existence d'une unité économique et sociale justifiant une communauté d'institutions de représentation du personnel, il n'en est pas nécessairement ainsi quand l'unité alléguée est limitée à un secteur de production de ces entreprises**”.

Il faut noter que cet arrêt avait été rendu avant l'adoption des lois Auroux du 28 octobre 1982, qui précisément ont consacré légalement cette notion.

Ainsi, dès 1984, la chambre sociale a jugé que l'UES ne pouvait être constituée d'entités comportant une **personnalité juridique non distincte** (Soc. 17 décembre 1984, n°84-60.909, Bull. 1984 V, n°494): “*Si plusieurs personnes morales juridiquement distinctes peuvent constituer, au regard du droit du travail, une unité économique et sociale justifiant la mise en place d'institutions représentatives du personnel communes à ces personnes, cette notion d'unité économique et sociale ne saurait s'appliquer à deux établissements distincts d'une même société ou à l'un de ses établissements et à sa direction centrale du personnel*”.

Elle a d'ailleurs également rapidement indiqué que l'UES ne peut exister entre une entreprise et les seuls établissements d'une autre, un établissement ne constituant pas une entité juridique distincte au sens de la loi: “*l'unité économique et sociale dont la reconnaissance implique, lorsque les conditions d'effectifs en sont remplies, la mise en place d'un comité d'entreprise commun, ne peut exister qu'entre des entreprises*”.



*juridiquement distinctes. Un établissement ne peut constituer une entreprise juridiquement distincte*” (Soc. 21 novembre 1990, n°89-61217 et n°89-61218, Bull. V, n°478).

L’attendu était rédigé de la manière suivante:

*“Vu l'article L. 431-1, dernier alinéa, du Code du travail ;*

*Attendu qu'il résulte de ce texte que l'unité économique et sociale, dont la reconnaissance implique, lorsque les conditions d'effectifs en sont remplies, la mise en place d'un comité d'entreprise commun, ne peut exister qu'entre des entreprises juridiquement distinctes ;*

*Attendu que le jugement attaqué a reconnu l'existence d'une unité économique et sociale entre la société Udelec et l'établissement de Surgères de la Société alsacienne de constructions mécaniques de Mulhouse (SACM) ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'un établissement ne pouvait pas constituer une entreprise juridiquement distincte au sens de l'article susvisé, le tribunal d'instance a violé ce texte”.*

Ainsi, en 1995, la chambre sociale a eu l’occasion de juger que: *“Attendu, ensuite, que les établissements des sociétés en cause ne constituant pas des entreprises juridiquement distinctes, le tribunal d'instance a **décidé à bon droit** qu'aucune unité économique et sociale ne pouvait exister entre eux pour les élections des délégués du personnel et du comité d'établissement”* (Soc. 19 octobre 1995, n°94-60.500).

La chambre sociale a précisé le sens des dispositions législatives en leur donnant un tour plus précis: la loi parle d’*“entreprises juridiquement distinctes”*, la chambre désigne des *“personnes juridiquement distinctes”* (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 00-60.048, Bull. 2001, V, n° 173): *“la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre **plusieurs personnes juridiquement distinctes** nécessite notamment que les éléments qui la composent soient soumis à un pouvoir de direction unique. Ne satisfait pas à cette exigence le tribunal d'instance qui se borne à faire ressortir l'appartenance des sociétés concernées par la demande à un même groupe et ne caractérise pas la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des sociétés concernées”*.

Dans un arrêt dit “Vivendi”, elle a en outre jugé qu’il *“ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des **personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels**. Encourt dès lors la cassation le jugement d'un tribunal d'instance qui reconnaît l'existence d'une unité économique et sociale*

*intégrant certains établissements et parties seulement d'établissements d'une société"* (Soc., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-60.424, Bull. 2002, V, n° 150).

Comme l'indique la doctrine, avec cet arrêt, *"Une société intégrée à une UES emporte avec elle tous ses établissements et tous ses salariés. Il n'est dès lors pas possible pour une société de scinder celle-ci en différents établissements en vue d'éviter à ses établissements de faire partie de l'UES et de bénéficier ainsi d'une représentation par le comité d'entreprise de l'UES. Tous les établissements et tous les salariés d'une société partie à une UES sont assurés d'être protégés par cette reconnaissance de l'UES, laquelle entraînera nécessairement des élections de représentants du personnel"* (M. Cloître, thèse déjà citée, p.55).

Au final, comme le résume la doctrine (G. Blanc-Jouvan, "L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise", Droit Social, 2005, p.68 et suivantes): *"L'UES regroupe des entités dotées de la personnalité morale. Chacune perd une partie de son autonomie pour s'inscrire dans un cadre qui, seul, constitue désormais l'entreprise, du moins en ce qui concerne la représentation collective du personnel - qui a suscité sa reconnaissance - car pour le surplus son rôle demeure encore fort débattu. Unité constituée de personnes morales, l'UES se distingue ainsi de la conception traditionnelle de l'entreprise. Il y a dans l'UES l'idée d'une communauté qui n'est pas seulement une communauté humaine mais aussi une union de personnes morales (...). Si la personnalité morale des composantes de l'UES n'a donc jamais constitué un obstacle à sa reconnaissance, il reste à savoir si elle en est une condition. La question s'est posée en jurisprudence à propos de l'inclusion dans une UES d'établissements distincts. Et c'est leur absence de personnalité morale qui explique le rejet de leur inclusion, en tant que tels, dans une UES. Il ne peut y avoir d'UES entre des établissements d'une même entreprise, entre une entreprise et les établissements d'une autre entreprise, entre les établissements de plusieurs entreprises. La personnalité juridique serait exigée car l'inclusion dans l'UES serait subordonnée à la qualité d'employeur, laquelle ne peut appartenir qu'à une personne, ce que l'établissement n'est pas"*.

Il convient par ailleurs de rappeler que la chambre a jugé que si la personnalité juridique est exigée pour constater l'existence d'une UES, la holding commune à plusieurs sociétés qui disposent, entre elles, des caractéristiques propres à l'UES, n'a pas forcément à être intégrée dans ladite unité: *"la concentration des pouvoirs par une société associée unique de quatre sociétés, leur complémentarité en ce qu'elles concourent toutes à des activités similaires, l'existence d'une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de leurs conditions de travail similaires se traduisant par une permutabilité du personnel, caractérisent l'existence d'une unité économique et sociale. Justifie dès lors sa décision, la cour d'appel qui constate que les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale sont ainsi réunis entre ces quatre sociétés, peu important que la société holding ne soit pas intégrée dans son périmètre"* (Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-24.253, Bull. 2015, V, n° 83).

### **4-3 Une approche diversement appréciée par la doctrine - au nom de la logique même qui a donné naissance à la notion d'UES: le pragmatisme économique et social**

**Un premier courant de doctrine** est constitué du commentaire de l'arrêt du 7 mai 2002. Son auteur aurait souhaité, au nom du réalisme social et économique, que le découpage de l'UES puisse se faire à un niveau plus fin que celui des personnes juridiques prises dans leur ensemble (P.-H. Antonmattei, "*Unité économique et sociale : un nouvel arrêt... mais le débat continue*", Droit social, 2002, p.720 et suivantes).

L'article en question indiquait notamment: "*Cette décision n'est pas vraiment surprenante même si un vieil arrêt rendu peu avant la réforme de 1982 formulait la solution retenue par le tribunal d'instance de Paris. Mais, depuis, l'article L. 431-1 in fine, ne vise que des « entreprises juridiquement distinctes », et, surtout, la Cour de cassation ne reconnaît l'existence d'une UES ni entre établissements d'une même entreprise ni entre les établissements d'une ou plusieurs entreprises. (...) L'arrêt du 7 mai 2002 confirme cette appréciation et conforte la jurisprudence dégagée depuis près de vingt ans. La chambre sociale de la Cour de cassation privilégie donc bien une lecture stricte du texte précité du Code du travail : l'UES ne se constitue qu'entre entreprises juridiquement distinctes ? Et l'arrêt du 7 mai 2002 de bien préciser que c'est tout le périmètre de l'entreprise qui est concerné. La formule « prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels » est à cet égard dénuée d'ambiguïté*".

Le même auteur ajoute: "*Est-ce que la seule présence de personnes morales juridiquement distinctes est aussi importante aujourd'hui qu'hier, singulièrement lorsqu'une UES est mise en place au sein d'un groupe de sociétés ? Il est permis d'en douter. Si, historiquement, l'objet de l'UES était de contrarier un morcellement artificiel de l'entreprise par l'utilisation de la technique sociétaire afin d'échapper à la mise en place ou à la désignation de représentants du personnel, dès 1972, la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'en est pas tenue aux seuls cas de fraude. Depuis des années, dans l'immense majorité des cas, la reconnaissance d'une UES ne sanctionne pas la fraude, mais traduit la recherche d'un périmètre idoine pour l'exercice du droit de la représentation du personnel. C'est particulièrement vrai en présence d'une convention de reconnaissance d'UES. Il n'en reste pas moins que le texte issu de la loi du 28 octobre 1982 est façonné sur le modèle de l'éclatement en entreprises juridiquement distinctes, même si la fraude n'est pas présumée. Mais quoi de plus naturel puisque pour rassembler des morceaux dispersés, il faut bien au préalable les identifier et la personnalité morale est la figure la plus commode à rechercher, d'autant qu'elle a la qualité d'employeur.*

*Ceci étant, on sait bien que cette identification est loin d'être suffisante, et que ce sont les critères précisés par la Cour de cassation qui comptent : concentration des*

*pouvoirs de direction, activités identiques ou complémentaires, communauté de travailleurs. Or, ces critères ne sont pas liés à la structure juridique des entités concernées, mais à leur réalité économique et sociale. **Réunir au sein d'une UES certaines personnes morales juridiquement distinctes et des établissements appartenant à d'autres personnes morales relève-t-il alors nécessairement du « mariage de la carpe et du lapin » ? Pas sûr. Certes, on peut estimer qu'à partir du moment où une entreprise a des établissements distincts, ces derniers restent nécessairement dans ce périmètre, et que la question de l'UES ne se pose pas individuellement mais collectivement pour la personne morale. Mais, précisément si l'utilisation de la personnalité morale ne correspond pas à la réalité économique et sociale, pourquoi ne pourrait-on pas redessiner le périmètre initialement conçu en ventilant les établissements ou en ne retenant qu'une partie d'une société ? N'est-ce pas fondamentalement le but de l'UES ?***

De manière similaire, G. Blanc-Jouvain (article déjà cité plus haut) indiquait que : « Cette rigueur dans la conception de l'UES a été critiquée. On a ainsi fait valoir que l'exclusion des établissements conduisait à « transformer de façon tout à fait artificielle ces établissements en sociétés filiales » (P. Lyon-Caen, « Une UES peut-elle comporter dans son périmètre des sociétés filiales et des établissements de la société mère ? », SSL 20 mai 2002, n° 1076. L'auteur conteste la solution au nom d'une vision réaliste et pragmatique de l'UES et critique le formalisme inutile induit par ce refus). Il apparaît nécessaire, afin d'apprécier le bien fondé de cette critique, non seulement de retenir une approche pragmatique mais aussi d'analyser les fondements juridiques de la solution.

*L'article L. 431-1, al. 6, du Code du travail, seul texte relatif à la représentation du personnel mentionnant l'UES, se réfère à l'unité existant « entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes », semblant ainsi réclamer la personnalité juridique de chacune de ses composantes. Cependant, l'UES est une création prétorienne et on peut penser que le juge, à l'origine de la totalité des règles la gouvernant, aurait pu s'écarter d'une lecture littérale d'un texte qui créait moins en la matière qu'il ne consacrait une initiative judiciaire. **Or, les critères posés pour la reconnaissance d'une UES ne semblent pas impliquer que l'on soit en présence de personnes juridiques distinctes.***

*Ce n'est pas, selon nous, sur l'absence de personnalité morale de l'établissement qu'il faut fonder le rejet de leur intégration au sein d'une UES, mais sur la contradiction qui existe entre la notion d'établissement distinct et celle d'unité économique et sociale. Celle-ci regroupe, l'établissement divise : comment réunir les critères d'une unité nécessaire à l'UES alors que le découpage en établissements a demandé la constatation préalable de leur autonomie ? Même si certains auteurs estiment qu'une fois constatée, l'UES est susceptible d'être divisée en établissements, une telle solution pose d'importants problèmes, tant pratiques que théoriques. Il nous semble difficile d'admettre la coexistence des deux cadres. Si donc, en aval, une fois l'UES constatée, son découpage paraît improbable, il semble qu'en amont, il soit également injustifié*

*d'admettre que des établissements dont l'autonomie, même relative, a été reconnue, puissent faire partie d'un ensemble caractérisé par l'existence de liens étroits. Cependant, une telle exclusion ne devrait valoir que pour les établissements appartenant à une même société. Car l'autonomie reconnue exclut que l'unité soit ensuite constituée. En revanche, il semble que, comme dans l'affaire Vivendi, la réunion de plusieurs établissements appartenant à des sociétés différentes soit envisageable. Et l'absence de personnalité juridique de l'établissement ne devrait pas constituer un obstacle dirimant à la reconnaissance d'une unité. L'attendu par lequel la Cour de cassation a exprimé son refus ressemble plus à une pétition de principe qu'à la constatation d'une véritable impossibilité.*

***Il semble donc que, s'il est acquis que la personnalité morale des membres de l'UES ne constitue pas un obstacle à sa reconnaissance, il ne soit pas nécessaire d'en faire une condition de l'appartenance à semblable unité même si, en pratique, il en va souvent ainsi. En tout cas, une telle conséquence ne devrait pas pouvoir être déduite de la jurisprudence relative à la confrontation des notions d'établissement et d'UES***".

Et en effet, dans ses conclusions sous l'arrêt du 7 mai 2002, l'avocat général avait mis en avant l'objectif de « *conserver à l'UES sa nature essentiellement pragmatique, réaliste, non formaliste* », ce qui selon lui aurait permis de faire figurer dans le périmètre de l'UES des établissements qui se consacrent au même pôle économique, « *qu'en tant qu'ils sont représentés par la société Vivendi dont ils dépendent étroitement* » (P. Lyon-Caen, « Une unité économique et sociale peut-elle comporter dans son périmètre des sociétés filiales et des établissements de la société mère ? », *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° 1076, p. 12). C'est donc une logique fondée sur le critère du secteur d'activité, sur la logique économique et sociale, qui était mise en avant, de façon préférentielle par rapport à la logique liée à la personnalité morale.

Ce courant semble donc vouloir rappeler l'origine de l'UES, construction prétorienne issue d'une volonté de faire primer le réalisme de la communauté de travail sur les découpages juridiques éventuellement artificiellement opérés: en s'arrêtant à la personne morale comme critère ultime de l'UES, on en limiterait ainsi la portée initiale, en particulier face aux diverses modalités de créations d'entités dénuées de personnalité juridique mais réellement imbriquées dans une communauté de travail, une unité de direction, une similitude ou complémentarité d'activité.

**Inversement un second courant de doctrine** a considéré, toujours autour de l'arrêt dit "Vivendi", qu'il y avait dans cette jurisprudence, constante à l'exception de l'arrêt déjà cité de 1982, une logique propre au droit du travail et dont la prégnance ne méritait pas qu'elle soit abandonnée. Cette logique serait celle du statut juridique d'employeur, nécessitant l'existence de la personnalité juridique, pour pouvoir être intégré à une UES: "***Ce qui est déterminant, c'est la qualité d'employeur lié à des salariés par un contrat de travail. Cette qualité de contractant ne peut appartenir***

**qu'à une personne juridique. Peu importe qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, et, s'il s'agit d'une personne morale, peu importe qu'il s'agisse d'une société ou d'un organisme d'une autre nature.** Les « entreprises juridiquement distinctes » visées par l'article L. 431-1 C. trav. ne peuvent donc être de simples entités économiques ou techniques ayant une fonction de production, si elles ne jouissent pas d'une personnalité juridique leur permettant de contracter avec des salariés.

Les établissements, au sens de l'article L. 435-1 C. trav. ne sont qu'une division interne de l'entreprise, sans personnalité juridique. Le chef d'établissement est doté de certains pouvoirs qui lui sont délégués par le chef d'entreprise, et dont l'exercice exige une concertation avec les représentants du personnel dans le cadre de comités d'établissement. Mais les établissements distincts au sein d'une entreprise, visés par l'article L 435-1, ne sauraient être confondus avec les entreprises juridiquement distinctes de l'article L 432, al. 6, pouvant atteindre un degré d'intégration économique justifiant la reconnaissance d'une UES. La reconnaissance d'établissements distincts au sein d'une entreprise conduit à l'organisation d'une représentation des différentes collectivités de salariés ayant le même employeur. La reconnaissance d'une unité économique et sociale conduit à unifier la représentation de salariés ayant des employeurs différents au plan juridique, mais disposant, en raison des liens qui les unissent, d'un pouvoir économique unique.

Cette interprétation de l'article L 431-1 est celle de la jurisprudence postérieure à la loi du 28 octobre 1982, qui paraît avoir été ignorée du tribunal d'instance de Paris. Dans un arrêt du 21 novembre 1990, la chambre sociale a affirmé en effet « qu'un établissement ne peut constituer une entreprise distincte au sens de l'article L. 431-1 ». Elle en déduisait qu'une unité économique et sociale ne peut exister entre une société et un établissement d'une autre société" (J. Savatier, "Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés", Droit Social, 2002, p. 715 et suivantes).

Ce courant, par pragmatisme et par souci de placer face au salarié et à ses représentants une entité qui a le statut d'employeur, met donc l'accent sur le caractère indispensable de la personnalité morale des membres de l'UES, en rappelant que cette dernière ne dispose pas de personnalité juridique propre.

#### **4-4 Le statut juridique de la succursale**

L'entité que les pourvois souhaitent intégrer à l'UES est une émanation d'une société étrangère implantée en Italie (succursale).

Mais la succursale ne fait pas l'objet, en droit français, d'une définition explicite, à tel point que la doctrine se croit obligée de rappeler: "Ni la loi, notamment le Code de commerce, ni la jurisprudence, ni la doctrine, ne donnent une définition unique de la

*succursale (...) Cette absence de définition unique de la succursale, inéluctable dès lors que la loi ignore ce terme et cette notion, quand la pratique jurisprudentielle retient, selon les problèmes soulevés, des conceptions différentes de la succursale, crée une insécurité juridique : les discussions sur la notion de succursale, sur ses caractères, sur sa définition, créent un doute sur l'application de telle ou telle règle de droit* (JurisClasseur Sociétés, fascicule 28-40, p.5). Et de conclure que: *“la nature juridique de la succursale, dès lors, est celle d'un ensemble d'éléments constituant un établissement secondaire d'une entreprise”* (JurisClasseur Sociétés, fascicule 28-40, p.45).

D'après l'article L. 123-11 du code de commerce: *“toute personne morale demandant son immatriculation au registre du commerce et des sociétés doit justifier de la jouissance du ou des locaux où elle installe, seule ou avec d'autres, le siège de l'entreprise, ou, lorsque celui-ci est établi à l'étranger, l'agence, la succursale ou la représentation établie sur le territoire français”*.

Les pourvois conviennent que la succursale (d'une société étrangère) n'a pas la personnalité morale.

On peut à cet égard en effet rappeler l'existence d'un arrêt ancien le confirmant (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 1979, n° 77-13.566, Sté française "Méditerranéenne de Combustibles" (SMC) c/ Sonatrach, publié).

Par ailleurs, on rappellera, que les succursales font l'objet d'une protection spécifique par le droit de l'Union européenne, en application du principe de liberté d'installation. Comme l'indique la doctrine: *“un ressortissant d'un État membre (...) [a] la libre faculté de créer une société dans l'État membre dont les règles de droit lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres de l'Union européenne (CJCE, 9 mars 1999, aff.C-212/97, Centros Ltd : JurisData n° 1999-100250 ; Dr. sociétés 1999, comm. 181, note D. Vidal ; JCP E 1999, p. 1285, note A. Reinhard ; D. 1999, jurispr. p. 550, note M. Menjuc ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 705, note J.-Ph. Dom ; RJDA 1999, n° 786, concl. La Pergola ; Rev. sociétés 1999, p. 386, note G. Parléani ; JDI 2000, p. 484, note M. Luby). Le siège social de la société, d'une part, et chaque succursale, d'autre part, doivent faire l'objet d'une immatriculation en France si l'un ou l'autre est établi en France (G. Ripert et R. Roblot., Traité de droit commercial, n° 259)”* (JurisClasseur Sociétés, fascicule 28-40, p.33-34).

Ceci pose la question, évoquée par le mémoire ampliatif, du statut de succursale d'une société étrangère.

#### **4-5 Application du droit du travail français à des employeurs étrangers: représentation des salariés et lois de police**

Les lois relatives à la représentation des salariés sont considérées comme des lois de police et donc appliquées aux sociétés étrangères.

Ce principe a été affirmé par le Conseil d'Etat (CE, Assemblée, 29 juin 1973, n°77982, publié au recueil) et par la Cour de cassation (Soc. 3 mars 1988, n°86-60507, Bulletin 1988 V N° 164), qui dans cet arrêt a jugé que (sommaire): *“les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national ; ces institutions remplissent l'ensemble des attributions définies par la loi, à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social et rien ne s'oppose à ce que le délégué syndical central d'une entreprise étrangère possédant en France des agences ait pour interlocuteur le chef d'entreprise ou son représentant”*.

L'arrêt de la chambre sociale de 1988, dit “Thoresen”, statuait précisément sur la question d'une UES *“alléguée entre les agences Townsend Car Ferries Ltd de Boulogne-sur-Mer, Calais et Paris, les agences Thoresen Car Ferries Ltd de Cherbourg et du Havre, l'agence Voyages Townsend Thoresen de Paris et la société Normandy Ferries du Havre”*.

Cet arrêt reconnaît l'applicabilité du droit français et la possibilité de principe d'une UES appliquée à des sociétés étrangères et à leurs succursales françaises. Il est motivé comme suit:

*“Attendu qu'il est reproché au jugement attaqué d'avoir reconnu l'existence d'une unité économique et sociale entre les sociétés concernées, alors que les dispositions législatives et réglementaires françaises relatives aux institutions représentatives du personnel sont des lois de police inapplicables aux sociétés qui n'ont pas leur siège social en France et insusceptibles d'adaptation ; qu'ainsi, en prenant en considération la circonstance que les sociétés et succursales françaises, qu'il déclarait constituer une unité économique et sociale, dépendaient d'une société holding ayant son siège en Grande-Bretagne, analyse qui impliquait que certaines conséquences de la reconnaissance d'une telle unité pouvaient être tirées à l'étranger, le tribunal a conféré un effet extraterritorial aux dispositions françaises et a violé les articles 3 du Code civil et L. 412-12 du Code du travail ;*

*Mais attendu que les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national ; que ces institutions remplissent l'ensemble des attributions définies par la loi, à la seule exception de celles qui seraient*



*incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social, mais que rien ne s'oppose à ce que le délégué syndical central d'une entreprise étrangère possédant en France des agences ait pour interlocuteur le chef d'entreprise ou son représentant".*

Dans le cas d'espèce, l'UES n'est toutefois pas reconnue, le seul critère d'une holding commune ne suffisant pas selon la chambre à la constituer: *"doit être cassé le jugement qui, pour décider que quatre sociétés constituent une unité économique et sociale, retient qu'elles dépendent toutes d'une même société holding et sont en conséquence liées par une même stratégie commerciale et financière alors que ces constatations, relatives au pouvoir de coordination auquel est subordonnée leur politique financière et commerciale, ne peuvent caractériser, au sein de l'ensemble formé par les seules sociétés concernées, la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction, élément constitutif, avec l'identité ou la complémentarité des activités et communauté des travailleurs, de l'unité économique et sociale".*

Par ailleurs, comme le résume la doctrine, ces deux arrêts de 1973 et 1988 ont eu pour effet de clarifier comment devait se faire l'articulation entre le siège social (à l'étranger) et les émanations (en France) de la ou des sociétés étrangères: *"le recours au rattachement du lieu d'exercice par l'employeur de ses prérogatives se combinait dès 1973 avec une adaptation à la situation internationale des notions : la constitution du comité central d'entreprise au siège de l'entreprise devait être comprise pour une société ayant son siège à l'étranger comme celle du principal établissement en France"* (M.-A. Moreau *"La représentation des salariés travaillant en France pour le compte d'une société établie à l'étranger"*, Droit Social, 2001, p.639 et suivantes).

Le principe de l'applicabilité des lois relatives à la représentation du personnel aux sociétés étrangères implantées en France a été réaffirmé plus récemment lorsque la chambre sociale a jugé que: *"Toute personne juridique ayant son siège à l'étranger, qui, pour exercer son activité emploie des salariés sur le territoire français, exerce les responsabilités de l'employeur selon la loi française, et doit appliquer les lois relatives à la représentation des personnels dans l'entreprise ou l'organisme, au sens de l'article L. 421-1 du Code du travail, ainsi constitué. Dès lors, ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatations le Tribunal d'instance qui, après avoir relevé qu'une société de droit étranger emploie en France trente salariés, énonce que cette société n'a pas d'établissement en France, alors qu'il résultait de ses énonciations qu'il existait sur le territoire français une antenne de cette société étrangère constituant nécessairement un établissement, peu important la manière dont la société étrangère entend le diriger"* (Soc., 14 février 2001, pourvoi n° 99-60.355, Bulletin civil 2001, V, n°55).

La chambre a ensuite indiqué, statuant à nouveau dans cette affaire, que *"dès lors que des salariés d'une société d'un autre Etat de l'Union européenne sont employés en permanence sur le territoire français, où ils ne bénéficient d'aucune représentation du personnel pour l'exercice de leurs droits collectifs et la sauvegarde des intérêts*

*spécifiques défendus par les délégués du personnel, il en résulte que l'application immédiate de la loi française donnant le droit à ces salariés d'être représentés par des délégués du personnel au niveau le plus approprié permet d'apporter une solution à un litige ayant pour seul objet la demande d'organisation d'élections à cette fin ; il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu à renvoi préjudiciel'* (Soc., 14 janvier 2004, pourvoi n° 02-60.119, Bulletin civil 2004, V, n° 17).

Dans cette affaire de 2004, toutefois, comme le relève la doctrine, c'était la notion d'établissement distinct qui était en cause et non celle de la reconnaissance d'une UES: *"l'arrêt du 14 février 2001 se trouve donc dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État : son apport est cependant d'affirmer que nécessairement l'antenne constituée en France, sur tout le territoire national, sans rattachement permanent structurel, alors que les emplois sont disséminés sur tout le territoire, est constitutif d'un établissement. L'emploi en France, caractérisé par l'exercice des prérogatives de l'employeur en France, suffit à caractériser la collectivité des salariés de la société étrangère, qu'il s'agisse de la constitution d'un comité central d'entreprise, d'élection de délégués du personnel ou de nomination de délégués syndicaux. La nécessité d'adapter le cadre de la représentation dès lors que le siège de l'entreprise est à l'étranger est une conséquence justifiée par le fondement et le critère d'application de la loi de police (...) Il résulte de l'arrêt du 14 février 2001 que les règles sur la représentation des salariés en France vont s'appliquer à partir du calcul des effectifs se trouvant en France, et ce, quel que soit le choix de l'organisation par la direction de sa gestion du personnel et de son activité économique : que l'activité soit organisée au sein d'une succursale, d'une filiale, d'un bureau, d'une agence, qu'elle donne lieu sur le plan communautaire à l'application des règles sur la liberté d'établissement ou de prestation de services, peu importe. Peu importe le mode d'exercice du pouvoir de direction et le choix pour celle-ci d'installer ou non une structure sociétale permanente dans le pays du lieu d'emploi"* (M.-A. Moreau, déjà cité).

Et cet auteur de rappeler qu'il faut à cet égard, en tout état de cause, garder à l'esprit les interactions possibles avec le droit de l'Union européenne: *"La jurisprudence de la Cour de justice s'attache à garantir les opérateurs économiques contre toutes les entraves qui seraient apportées à la liberté d'établissement ou de prestation de services.*

*On sait que la Cour de justice rappelle que le choix du lieu d'établissement d'une entreprise est totalement libre et peut être justifié par le choix d'une législation fiscale ou sociale favorable, sous réserve de fraude. Mais en raison de l'application de la loi française, en tant que loi de police, l'installation du siège d'une entreprise dans un autre pays de l'Union européenne ne pourra être motivée, si cette entreprise veut exercer une activité en France, par la volonté d'éluder les dispositions sociales en matière de représentation des salariés.*

*Il reste cependant que l'entreprise étrangère, qui a son siège social dans un autre pays de l'Union européenne pourrait, en se fondant sur les articles 49 et 50 relatifs à la libre prestation de services invoquer l'entrave qu'elle subit si elle est déjà tenue dans le pays de son siège à une obligation sociale équivalente. La Cour de justice, dans le cadre de l'exercice de ces libertés, affirme avec fermeté que le principe d'égalité de traitement en droit communautaire impose non seulement que les entreprises ayant leur siège dans un pays de l'Union et les entreprises nationales soient traitées de façon identique si elles sont en situation comparable, mais aussi que l'entreprise communautaire ne soit pas en situation défavorable en étant obligée dans le pays de la prestation de services d'accomplir des obligations qui ont été déjà accomplies de façon équivalente dans le pays d'origine" (M.-A. Moreau, déjà cité).*

Comme l'indiquait un autre représentant de la doctrine à propos de cet arrêt du 14 janvier 2004: *"Il est certain que la volonté imputable au système juridique français d'imposer une représentation du personnel sur le territoire national pour les salariés y travaillant, alors même que ceux-ci bénéficient d'ores et déjà d'une représentation au Pays-Bas, implique « une gêne » pour l'importation en France des services proposés par la société Agio Sigarenfabrieken comme pour son établissement dans ce pays. La commercialisation par la société étrangère de ses produits en France est indéniablement exposée à un coût plus important. C'est en réalité sur un autre terrain que le débat devait être instruit. La question essentielle était en effet de savoir si cette entrave pouvait, en l'espèce, se justifier.*

*Depuis les affaires Centros, Uberseering et Inspire Art, il est désormais bien connu que la liberté d'établissement d'une société valablement constituée dans un Etat membre et désirant exercer une activité dans un autre Etat membre ne saurait être subordonnée, par l'Etat d'accueil, au respect de certaines dispositions du droit local des sociétés. Mais il est vrai que l'entrave était ici caractérisée par la mise en oeuvre d'une disposition relevant du droit du travail. Cette différence est importante car les deux branches du droit ne cherchent pas à satisfaire les mêmes exigences. L'objectif de protection du salarié véhiculé par l'article L. 421-1 du code du travail est sans doute plus à même de légitimer l'entrave reprochée qu'une règle du droit des sociétés.*

*D'ailleurs, en matière de droit du travail, la Cour de justice a rendu le 15 mars 2001 un arrêt Mazzoleni, aux termes duquel il a été jugé que la liberté de prestation de service ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose à une entreprise établie dans un autre Etat membre effectuant une prestation de service sur son territoire de respecter le salaire minimum fixé par ses propres règles nationales. Il incombe toutefois aux autorités de l'Etat membre d'accueil de vérifier si l'application de cette réglementation à une entreprise est nécessaire et proportionnée pour assurer la protection des travailleurs concernés" (M. Audit, "Une société de droit étranger relevant de l'Union européenne doit organiser en France des élections du personnel, même si la législation étrangère prévoit déjà une telle représentation", Revue des sociétés, 2005, p.209 et suivantes).*

#### 4-6 Position des parties

C'est, à l'occasion d'une situation particulière - notamment liée à l'existence dans l'UES alléguée d'une succursale d'une société étrangère -, un revirement de jurisprudence qui est demandé par les pourvois.

**Les éléments spécifiquement mis en avant par les pourvois sont les suivants:**

- **l'information des salariés:** *“En associant la mise à disposition de salariés et le transfert d'une partie des actifs, c'est-à-dire le transfert de l'activité de ces salariés, vers la succursale d'une société étrangère, l'UES Generali France Assurances a extrait artificiellement du champ d'examen, d'information et d'intervention des instances représentatives de l'UES, toutes les données économiques et sociales afférentes à l'activité des salariés concernés par la mise à disposition”* (p.12);

- **la lettre de la loi:** *“La loi indique qu'elle est constituée par des « entreprises juridiquement distinctes », sans autre précision. (...) La loi comme la jurisprudence se réfère à la notion d'entreprise juridiquement distincte ou d'entité juridiquement distincte, sans exiger que l'entreprise ou l'entité dispose de la personnalité morale”* (p.6-7);

- **le réalisme économique:** *“s'en tenir à la seule réunion de personnes morales juridiquement distinctes peut devenir anachronique”* (p.8);

- **la spécificité de la situation liée au statut de succursale de l'entité à intégrer dans le périmètre de l'UES:** *“les arrêts de la Cour de cassation qui conditionnent l'appartenance à une UES à l'existence de la personnalité morale de l'entité en cause, ne concernent que l'établissement en tant que division d'une entreprise française, ce qui n'est pas le cas d'une succursale française d'une société étrangère”* (p.9); *“la Cour de cassation a appliqué le principe de territorialité des lois relatives à la représentation des salariés, sans rechercher si les succursales avaient ou non la personnalité morale. Elle s'est affranchie de l'absence de personnalité morale de la succursale française de la société anglaise, celle-ci n'étant pas un obstacle à la constitution d'une UES puisque seule importe la réunion des critères la caractérisant”* (p.9);

- **si la question de la personnalité morale de la succursale était considérée décisive, la Cour a déjà eu l'occasion de conférer la personnalité morale à certaines entités, dans le silence de la loi:** *“La Cour de cassation n'hésite pas à conférer la personnalité morale à certains groupements bien que la loi ne l'ait pas prévue”* (p.11);

- **la nécessité de se fonder sur l'intérêt de la collectivité des salariés et non des structures juridiques décidées par l'employeur:** *“La reconnaissance d'une UES est fondée sur l'intérêt de la collectivité des salariés afin d'avoir des institutions représentatives communes. L'intégration d'une entité à l'UES ne peut dépendre de la*

*structure juridique choisie par l'entreprise étrangère : succursale, agence, antenne, etc, entité dépourvue de la personnalité juridique ou filiale qui en dispose. Seule importe la réunion des critères caractérisant l'UES. En décider autrement reviendrait à admettre que par le biais de la création de succursales françaises de sociétés étrangères, des pans entiers d'activités échappent au droit à l'information des instances représentatives du personnel et, par suite, au droit à l'information des salariés concernés. Il suffit alors à l'entreprise étrangère de renoncer à la création d'une société filiale nantie de la personne morale et de privilégier la forme de succursale afin d'échapper aux contraintes de l'UES" (p.11).*

**Les éléments spécifiquement mis en avant par le mémoire en défense sont les suivants:**

- **le législateur visait le terme retenu par la jurisprudence en parlant "d'entreprises juridiquement distinctes":** *"Le législateur vise ainsi, en fait, les sociétés juridiquement distinctes et, plus généralement, toutes les personnes morales énumérées à l'article L. 2322-1 du code du travail, relatif au champ d'application du comité d'entreprise, lequel prévoit qu'« un comité d'entreprise est constitué dans toutes les entreprises employant "au moins cinquante salariés" » (cf. Lamy droit des comités d'entreprises 2017, n° 123-9). Telle est la raison pour laquelle, au terme d'«entreprises » utilisé par la loi, la Cour de cassation a rapidement préféré le terme plus juste de « personnes » juridiquement distinctes" (p.6);*
- **une succursale, sans personnalité juridique, ne peut faire partie d'une UES:** *"pour faire partie d'une unité économique et sociale, il est nécessaire de constituer une entité juridique propre disposant de la personnalité morale" (p.6);*
- **"si la personnalité morale des composantes de l'UES n'a donc jamais constitué un obstacle à sa reconnaissance, il reste qu'elle en est une condition"** (p.9);
- **la jurisprudence de 1982 a été abandonnée explicitement par l'arrêt dit "Vivendi":** *"la question tranchée dans l'arrêt du 6 juillet 1982 a été réexaminée par l'arrêt du 7 mai 2002 et (...) la Cour de cassation a estimé, à cette occasion, devoir exclure toute dérogation, confirmant de la sorte le caractère dorénavant inflexible de sa jurisprudence" (p.11);*
- **l'UES n'a pas la personnalité morale et ne peut être employeur, or c'est ce statut d'employeur qui est déterminant pour en reconnaître l'existence:** *"Ce qui est déterminant, c'est la qualité d'employeur lié à des salariés par un contrat de travail. Cette qualité de contractant ne peut appartenir qu'à une personne juridique. Peu importe qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, et, s'il s'agit d'une personne morale, peu importe qu'il s'agisse d'une société ou d'un organisme d'une autre nature" (citant J. Savatier, p.13);*

- **la spécificité de la succursale d'une société dont le siège est à l'étranger est sans effet sur la solution:** *"le fait que la succursale française d'une société étrangère soit soumise à un régime juridique qui la distingue de l'établissement au sens des articles L. 2143-12 et suivants du code du travail ou à des formalités d'inscription renforcées au RCS importe peu (...) les formalités administratives d'inscription au RCS ne révèlent d'aucune façon la qualité d'entreprise juridiquement distincte (la personnalité morale)"* (p.14);

- **la solution actuelle se justifie, ensuite, au regard de la finalité de l'UES:** *"le revirement sollicité par le pourvoi aboutirait à une solution contraire à la finalité voulue. (...) L'une des raisons justifiant la solution jurisprudentielle tient aux prérogatives du CE et des délégués syndicaux qui s'étendent à l'appréciation de l'organisation et de la marche générale de l'entreprise et non du seul établissement. Or, l'intégration d'un établissement au sein d'une UES aurait pour effet :*

- *soit de limiter les prérogatives du CE et des délégués syndicaux au seul établissement — ce qui priverait ces prérogatives de toute utilité, la plupart des informations et des situations n'ayant d'intérêt qu'appréciées au niveau de l'entreprise juridiquement distincte (et non de l'établissement);*

- *soit d'étendre les prérogatives du CE et des délégués syndicaux à la société dont dépend l'établissement — ce qui étendrait ces prérogatives hors du champ de compétence du CE et des délégués syndicaux puisque l'entreprise (la société italienne), elle-même, n'entrera de toute façon jamais dans le périmètre de l'UES"* (p.15-16);

- **les salariés mis à disposition sont protégés par l'UES déjà en place:** *"en l'espèce, les salariés mis à la disposition de la succursale française de la société italienne GIS sont néanmoins restés salariés de la société Generali Vie, société appartenant à l'UES. C'est donc naturellement que les instances de l'UES Generali France - dans son périmètre actuel - connaissent de la situation et de l'activité de ces salariés, la succursale n'employant, par ailleurs, aucun salarié"* (p.16);

- **le principe de la territorialité des lois s'oppose à l'intégration de la succursale dans l'UES:** *"l'intégration de la succursale française d'une société italienne supposerait en outre de rendre les dispositions légales françaises sur les instances de représentation du personnel opposables à une société de droit italien; en conséquence, le CE ou les délégués syndicaux pourraient être tentés d'exercer leurs prérogatives à l'endroit de la société italienne dont dépend la succursale, alors que la territorialité des lois ne rend opposable la loi française aux sociétés étrangères que pour autant qu'elles exercent leur activité en France"* (p.17);

- **concernant la seconde branche du moyen des pourvois:** *"à partir du moment où les juges du fond ont relevé, tant en première instance qu'en appel, que la succursale*

*française de la société italienne GIS était dépourvue de la personnalité morale, la question de son intégration au sein de l'UES Generali France assurances, en raison de ses liens étroits avec l'ensemble des autres entités de l'UES, était dépourvue d'intérêt" (p.19).*

C'est au vu de ces éléments qu'il appartiendra à la chambre de statuer sur les mérites des pourvois.

**5 - Orientation proposée : FO2**

**Nombre de projet(s) préparé(s) : 2**