

Externalisation d'activité : la sous-traitance

En bref

Cette fiche a pour objectif de présenter les réflexions que l'employeur doit engager lorsqu'il envisage de sous-traiter l'une des activités de son association.

Mots clés

Etablissements de santé, institutions représentatives du personnel, transfert des contrats de travail, sous-traitance, statut collectif, licenciement.

Auteur

Martin Guichardon, Conseiller technique Uriopss Pays de la Loire
Audrey Wissler, Conseillère technique Uriopss Ile-de-France
Uriopss

Avec la contribution de Catherine Audias, Consultante

Mises à jour par Anne Bidou, Conseillère technique Uriopss Basse Normandie et Florence Moulinier, Conseillère technique Uriopss Pays de la Loire

Plan

Propos introductifs

I. Les préalables à l'opération de sous-traitance

A- La nécessité d'une consultation préalable des institutions représentatives du personnel

B- La sous-traitance et les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail

C- La sous-traitance dans les établissements de santé

II. Les effets de l'opération de sous-traitance : le sort des salariés

A- La poursuite des relations de travail : le sort des contrats de travail et du statut collectif

a) Le transfert des contrats de travail au sous-traitant et/ou le maintien de la relation contractuelle avec l'association (employeur initial)

1) Le transfert des contrats de travail au sous-traitant

2) Le maintien de la relation de travail avec l'association (employeur initial)

b) Le sort des relations collectives de travail : statut collectif, mandats des représentants du personnel

B- La rupture des relations de travail à l'occasion d'une opération de sous-traitance

L'Uniopss (Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés à but non lucratif sanitaires et sociaux) est le Centre national d'animation et de ressources (Cnar) Action sociale, médico-sociale et santé au sein du Dispositif local d'accompagnement (DLA), dispositif national d'appui aux activités et services d'utilité sociale.

Plus d'informations sur ce dispositif : <http://www.avise.org>

L'Uniopss propose des « fiches pratiques Restructurations & Droit social » pour outiller les associations et les accompagner dans leur démarche de pérennisation de leurs activités d'utilité sociale afin de consolider et développer les emplois. Elles sont notamment accessibles aux adhérents de l'Uniopss et des Uriopss identifiés, sur les sites Internet du réseau Uniopss-Uriopss (dont le site de l'Uniopss : <http://www.uniopss.asso.fr>)

Pour plus d'informations sur les conventions collectives du secteur, consulter les syndicats employeurs concernés. Ces fiches sont la propriété de l'Uniopss. Elles ne peuvent être reproduites sans son consentement écrit.

Propos introductifs

L'association gestionnaire d'un établissement ou service peut décider, pour diverses raisons, d'externaliser tout ou partie d'une activité afin d'en confier la gestion à un tiers. L'externalisation peut prendre des formes différentes : transfert d'activité, mandat de gestion, sous-traitance, etc.

Seule sera examinée ici la sous-traitance qui est donc l'une des modalités permettant de confier à un opérateur extérieur une activité précédemment réalisée par l'association.

L'avantage de ce mode d'organisation réside dans sa souplesse : l'association et le prestataire sont libres de définir, par contrat, l'étendue et la durée de leurs engagements réciproques. Ceux-ci devront, toutefois, veiller au respect de la réglementation applicable, notamment en matière de droit du travail.

En particulier, ils ne sauraient déroger aux dispositions légales relatives au transfert des contrats de travail¹, dont l'application, loin d'être systématique, repose sur des critères définis par la jurisprudence.

L'externalisation d'activités par conclusion d'un accord de sous-traitance n'est pas sans conséquence pour les salariés.

D'un côté, ceux-ci doivent disposer des moyens nécessaires à la poursuite de leurs missions au sein de l'entreprise sous-traitante : c'est pourquoi le transfert des contrats de travail s'impose au sous-traitant dans l'hypothèse où l'activité transférée constitue une entité économique autonome². Il s'agit ici de remédier à la fois au risque de chômage, mais aussi de permettre au sous-traitant de conserver le savoir-faire attaché à l'activité. Le transfert s'impose également aux salariés ; en cas de refus, ceux-ci auront la possibilité de démissionner.

De l'autre côté, l'externalisation ne doit pas avoir pour objectif principal, et parfois non avoué, de transférer les contrats de travail au sous-traitant. L'opération ne saurait être un prétexte pour réduire l'effectif ou encore pour remettre en cause un statut collectif devenu trop onéreux. L'enjeu est d'autant plus important pour la stabilité de l'emploi que le sous-traitant ne présente pas toujours les mêmes garanties que l'employeur initial. La jurisprudence vérifie scrupuleusement les conditions d'application de l'article L.1224-1 du Code du travail afin d'éviter ces dérives. Il est important de noter que si une clause du contrat de sous-traitance indique l'engagement du sous-traitant de reprendre les contrats de travail, elle ne liera pas les salariés si les conditions d'application de l'article L.1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies.

I. Les préalables à l'opération de sous-traitance

Cette première partie a pour objectif de balayer les différentes questions à se poser ou les actions à mener avant d'engager une mesure de sous-traitance.

Nous verrons tout d'abord qu'il est indispensable d'informer et consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel.

Ensuite, il faudra s'interroger sur la notion d'entité économique autonome afin de savoir si l'article L.1224-1 du Code du travail s'appliquera aux contrats de travail des salariés appartenant au service dont on envisage la sous-traitance. Sur ce point, il est à noter que la Cour de cassation opère une analyse particulière en ce qui concerne le secteur sanitaire.

¹ Art. L.1224-1 du Code du travail

² Cf. chapitre I. ci-dessous

A- La nécessité d'une consultation préalable des institutions représentatives du personnel

En application de l'article L. 2323-6 du Code du travail, le comité d'entreprise doit être consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise.

Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation³ a jugé que « *la décision de la direction de recourir à des entreprises extérieures pour certaines tâches et par voie de conséquence de supprimer les services de l'entreprise antérieurement chargés de l'exécution de tels travaux* » intéresse « *l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise et est de nature à affecter, immédiatement ou à terme, le volume ou la structure des effectifs* » et doit être soumise pour information et consultation au comité d'entreprise.

L'employeur doit donc toujours consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel lorsqu'il envisage la sous-traitance d'un service antérieurement pris en charge par une partie des salariés.

Par ailleurs, lorsqu'un service est sous-traité, l'article L. 2323-16 du Code du travail oblige l'association à informer l'entreprise sous-traitante de tout projet de restructuration et de compression des effectifs qui serait de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi de ce prestataire. Le comité d'entreprise de cette dernière, ou à défaut les délégués du personnel, en sont immédiatement informés et reçoivent toute explication utile sur l'évolution probable sur l'activité et de l'emploi.

cf. fiche Le rôle des institutions représentatives du personnel (IRP) lors d'une restructuration n°42788

B- La sous-traitance et les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail

Une opération de sous-traitance entre-t-elle dans le champ des restructurations visées par l'article L. 1224-1 du Code du travail ?

L'article 1 de la directive européenne⁴ relative aux transferts accepte ce type d'opération. En effet, cette directive s'applique à une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

La Cour de cassation a admis que les opérations de sous-traitance peuvent entraîner l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail si certaines conditions sont réunies.

Les arrêts Perrier-Vittel⁵ sont venus apporter des précisions en la matière : l'activité sous-traitée doit constituer une entité économique qui conserve son autonomie pour que l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique.

En l'espèce, la société Perrier avait souhaité abandonner son activité de fabrication, d'entretien, de tri et de réparation de palettes de transport et avait transféré cette activité à une société extérieure au groupe. La société Perrier entendait que les contrats de travail des salariés affectés à l'activité "palettes" soient transférés à la société extérieure. Le comité

³ Chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 mars 1997 n°96-82253

⁴ Directive 2001/23/CE

⁵ Cass. Soc. du 18 juillet 2000, n°98-18037

**Externalisation d'activité :
la sous-traitance**

d'entreprise a engagé une action pour faire juger que l'article L. 1224-1 du Code du travail ne s'appliquait pas.

La Cour de cassation a vérifié que les conditions d'existence d'une entité économique autonome étaient réunies. Constitue une entité économique, au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre.

Il est donc nécessaire que l'activité sous-traitée poursuive un objectif propre. Les moyens en personnel joueront en l'occurrence un rôle important.

Dans l'affaire précitée, les juges ont considéré qu'il y avait une absence d'autonomie du service tant dans ses moyens en personnel, tant en raison de la polyvalence de la plupart des salariés que dans l'organisation de sa production.

Par contre, la Cour de cassation a considéré que l'externalisation d'un service informatique entraînait l'application de l'article L.1224-1 du Code du travail à partir du moment où ce service disposait de moyens particuliers en personnel et en matériel, tendait à des résultats spécifiques et avait une finalité propre⁶.

Nous verrons, dans la seconde partie, les conséquences sur l'opération de sous-traitance de l'application ou non de l'article L. 1224-1 du Code du travail : en particulier, dans l'hypothèse où les conditions d'application de cet article ne sont pas réunies (le transfert des contrats de travail au nouvel employeur est soumis à l'accord préalable des salariés⁷).

C- La sous-traitance dans les établissements de santé

Le 27 mai 2009 la chambre sociale de la Cour de cassation⁸ a opéré un revirement de jurisprudence à propos de l'application de L 1224-1 du Code du travail dans le cadre d'une sous-traitance dans les établissements de santé.

Avant le 27 mai 2009, la Cour de cassation⁹ limitait les possibilités de transfert des contrats de travail dans le cadre d'une sous-traitance compte tenu de la réglementation applicable dans les établissements de santé.

En effet, la Chambre sociale s'appuyait sur l'article L 6113-2 du Code de la santé publique qui prévoyait que « *les établissements de santé, publics ou privés, développent une politique d'évaluation des pratiques professionnelles, des modalités d'organisation des soins et de toute action concourant à une prise en charge globale du malade afin notamment d'en garantir la qualité et l'efficience* ».

En application de cet article, la Cour de cassation jugeait que la sous-traitance de la restauration n'entraînait pas le transfert des contrats de travail des salariés qui effectuaient antérieurement ces tâches dans l'association. Cette analyse tenait au fait que les établissements de santé étaient tenus de développer une prise en charge globale du malade. La Cour de cassation en tirait la conclusion que les établissements de santé « *constituent en eux-mêmes des entités économiques dont aucun service participant à la prise en charge globale du malade, même s'il peut être confié à un tiers, ne peut constituer une entité économique distincte* ».

Ainsi, dans les établissements de santé, il était possible de sous-traiter certains services (ménages, restauration...), simplement les personnels de ces services ne pouvaient se voir

⁶ Cass. Soc. du 23 janvier 2002, n°99-46245

⁷ cf. partie II., A-, a)

⁸ Cass.Soc. du 27 mai 2009, n°08-40393

⁹ Cass. Soc. du 24 octobre 2000, n°97-45944 et du 29 juin 2005, n°02-46119

appliquer un transfert de leur contrat de travail en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail et ce même s'ils n'avaient aucun contact avec les malades.

Cette jurisprudence fut très critiquée car, notamment, elle écartait du champ d'application des directives européennes une nouvelle catégorie d'entreprise.

Ainsi le 29 mai 2009, la Cour de cassation a revu sa position. Elle a motivé sa décision d'une part en s'appuyant sur la directive du 12 mars 2001 qui rappelle que « l'entité économique autonome dont le transfert entraîne la poursuite de plein droit avec le cessionnaire des contrats de travail des salariés qui y sont affectés s'entend de l'ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ».

Et d'autre part en reprenant la motivation de la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 octobre 2006¹⁰, qui à propos de l'exploitation d'un marché d'intérêt national, précise que la caractérisation d'une entité économique autonome ne peut dépendre de ses règles d'organisation et de son mode de gestion. Elle a ainsi dans cette affaire, rejeté l'argument de la Cour d'appel qui au nom du principe d'unité d'exploitation du marché d'intérêt national excluait l'existence d'entités économiques autonomes.

Désormais, la sous-traitance de services dans les établissements de santé entre dans le champ d'application de l'article L 1224-1 du code du travail.

II. Les effets de l'opération de sous-traitance : le sort des salariés

L'externalisation d'activités par conclusion d'un contrat de sous-traitance ne permet pas à l'association de rompre les contrats de travail en cours. En effet, ceux-ci doivent se poursuivre avec l'association et/ou le sous-traitant selon que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies ou non (A). Il convient, toutefois, d'envisager l'hypothèse où il serait mis fin à la relation de travail à l'occasion d'une opération de sous-traitance et d'attirer l'attention des dirigeants associatifs sur les conditions restrictives fixées par la jurisprudence (B).

A- La poursuite des relations de travail : le sort des contrats de travail et du statut collectif

Si les contrats de travail peuvent se poursuivre avec le prestataire et/ou l'association, le transfert d'activités au sous-traitant n'est pas sans conséquence non plus sur les relations collectives de travail : statut collectif et mandats des représentants du personnel.

a) Le transfert des contrats de travail au sous-traitant et/ou le maintien de la relation contractuelle avec l'association (employeur initial)

1) Le transfert des contrats de travail au sous-traitant

L'opération de sous-traitance a pour effet de transférer de plein droit les contrats de travail au sous-traitant, lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies¹¹. Ce transfert s'impose tant au sous-traitant qu'au salarié : il s'opère de plein droit, c'est-à-dire de façon automatique, sans même qu'une information individuelle ne soit légalement exigée. Le salarié ne peut s'opposer à ce transfert, sauf en démissionnant.

¹⁰ Cass.soc. 10 octobre 2006 n°04-43453

¹¹ Cf. partie I., B- pour une étude des conditions d'application

**Externalisation d'activité :
la sous-traitance**

Le contrat de travail se poursuit aux mêmes conditions, en ce qui concerne notamment les fonctions et les rémunérations. La modification du contrat par le sous-traitant reste théoriquement possible, dans le respect des dispositions du Code du travail, et de façon très encadrée par la jurisprudence, afin d'éviter le risque de contournement des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. C'est ainsi qu'une modification du contrat par le repreneur avant que le salarié ne soit passé à son service n'a pas été jugée valable par la Cour de Cassation¹². La substitution du contrat de travail par un nouveau contrat est également admise, sous réserve de l'accord du salarié et de l'absence de fraude du repreneur.

2) Le maintien de la relation de travail avec l'association (employeur initial)

Dans l'hypothèse où les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail au sous-traitant n'est possible qu'avec l'accord du salarié. En l'absence de consentement de sa part, le contrat est maintenu avec l'association (employeur initial). Ce principe permet d'éviter les cas de fraude, c'est-à-dire lorsque l'objectif consiste uniquement à transférer un salarié.

Le contrat de travail est susceptible d'être transmis partiellement au sous-traitant et, par conséquent, d'être maintenu en partie avec l'association, lorsque le salarié est affecté pour partie seulement à l'activité transférée. Dans cette hypothèse, le statut multi-employeurs pourra s'appliquer au salarié.

b) Le sort des relations collectives de travail : statut collectif, mandats des représentants du personnel

L'opération de sous-traitance peut, également, produire des effets sur les relations collectives de travail : statut collectif et mandats des représentants du personnel notamment.

↳ cf. *fiche Dénonciation ou mise en cause d'un accord collectif n°42781*

↳ cf. *fiche Impact des restructurations sur les usages et les engagements unilatéraux et accords Atypiques n°41916*

↳ cf. *fiche Le sort du mandat des représentants du personnel en cas de transfert d'entreprise n°42794*

B- La rupture des relations de travail à l'occasion d'une opération de sous-traitance

La jurisprudence exerce un contrôle étroit dans l'hypothèse où des contrats de travail sont rompus à l'occasion d'une externalisation d'activités.

Bien que théoriquement possibles, dès lors que justifiés par un motif économique ou individuel, les licenciements prononcés avant l'opération de sous-traitance peuvent constituer une tentative pour faire échec aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, par exemple dans les hypothèses suivantes : soit le sous-traitant refuse de reprendre certains contrats et demande à l'association de prononcer des licenciements avant la reprise d'activités ; soit le salarié refuse le transfert de son contrat de travail, dans l'hypothèse où les conditions d'un transfert de plein droit ne sont pas réunies.

¹² Cass. Soc. 20 octobre 1999, n°97-42.726

**Externalisation d'activité :
la sous-traitance**

Un licenciement prononcé dans ces conditions serait privé d'effet. Le salarié pourra demander sa réintégration au sous-traitant (dans l'hypothèse d'un transfert de plein droit) ainsi que des dommages-intérêts à l'association en réparation de son préjudice.

Le sous-traitant peut procéder à des licenciements économiques après le transfert des contrats de travail, si ceux-ci sont justifiés au regard de l'entité absorbante considérée dans son ensemble. Il devra, bien entendu, assumer toutes les conséquences attachées au licenciement : recherche de reclassement et paiement des indemnités notamment.

↳ cf. *fiche Transfert des contrats de travail : Art. L. 1224-1 du Code du travail n°41914*

En guise de conclusion, nous souhaitons souligner l'importance de bien anticiper l'opération de sous-traitance afin d'avoir la possibilité d'analyser les conséquences, notamment en terme de transfert des contrats, de cette restructuration.

Cela permettra un meilleur accompagnement des salariés et évitera les contentieux ultérieurs.