15 16 17

- XI<sup>e</sup> RENCONTRES du RIUESS -Réseau inter-universitaire de l'économie sociale et solidaire

#### **POITIERS**

Faculté de Droit et des Sciences sociales Faculté de Sciences économiques

## L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE ET LE TRAVAIL



## L'emploi et les relations individuelles de travail en ESS (approche juridique)

Vincent Bonnin Institut de droit social et sanitaire (EA 2247) Faculté de droit et des sciences sociales Université de Poitiers





































# Axe 1 : Existe-t-il une spécificité de l'emploi et de l'organisation du travail dans l'E.S.S. ?

La spécificité de l'économie sociale et solidaire est surtout étudiée – et pour une large part promue - par des économistes et des sociologues¹. Les juristes se penchent peu sur le sujet, abstention doublement explicable. D'une part, ils en ont souvent une approche partielle, parce qu'institutionnelle. Ils étudient le droit des associations² ou consacrent quelques pages aux coopératives dans un ouvrage de droit des sociétés³. D'autre part, l'organisation de l'activité économique relève pour eux de notions fonctionnelles, de qualifications telles que le commerce, la concurrence ou la finance. Celles-ci englobent plusieurs conceptions mêlant économie et philosophie politique, dont certaines dominent au point que, pour s'en distinguer, des adjectifs à l'apparence réductrice doivent être employés. L'économie sociale et solidaire fait partie de ces conceptions encore minorées. De plus, il a été montré que cette économie ne peut construire son identité à partir du seul discours du droit⁴.

Dans ces conditions, le juriste ne doit-il pas reconnaître ses limites et laisser d'autres s'interroger sur une possible « spécificité de l'emploi et de l'organisation du travail dans l'économie sociale et solidaire » ? D'autant que cette économie n'est pas particulièrement distinguée par le droit du travail<sup>5</sup>. Il suffit, pour s'en faire une première idée, d'examiner la répartition de ses activités entre les sections qui structurent le contentieux prud'homal, selon le tableau annexé à l'article R. 1441-9 du code du travail : si celle des activités diverses en accueille une bonne partie, les sections du commerce, de l'industrie et de l'agriculture en traitent une autre, non négligeable<sup>6</sup>.

Répondre par la négative serait cependant une erreur, pour plusieurs raisons. La première est historique, car l'émergence de cette conception des rapports économiques et sociaux correspond à la fois à une critique de la raison capitaliste et à un changement de regard porté sur la condition salariale<sup>7</sup>. La seconde tient à la proximité qui existe entre les principes politiques sur lesquels se fonde l'économie sociale et solidaire et les caractères du salariat, principal mode de travail des personnes. Les idées de limitation voire de refus de la « lucrativité » - ce qui sera parfois désigné dans cette étude par « économie d'appropriation privée et inégalitaire » - ainsi que d'utilité collective ou sociale sont affirmées comme des critères distinctifs<sup>8</sup>. Or le salarié admet par principe la limitation de

<sup>1</sup> Pour une introduction au sujet : D. DEMOUSTIER, « L'économie sociale et solidaire », La découverte/Alternatives économiques, 2003 ; C. FERRATON, « Associations et coopératives : une autre histoire économique », Erès 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Le premier ouvrage complet émanant d'universitaires consacré au droit social des associations est très récent : E. DOCKES (dir.), « Droit social des associations et autres organismes sans but lucratif », Juris éditions, 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Quelques exemples : P. LE CANNU et B. DONDERO, « Droit des sociétés », Montchrestien 2009 ; P. MERLE et A. FAUCHON, « Droit commercial, sociétés commerciales », Précis Dalloz 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> D. HIEZ, « La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire », Rencontres de l'I.E.S.S., Luxembourg, juin 2010 : http://www.riuess.org/index.php?option=com\_content&task=blogsection&id=8&Itemid=23.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> La seule disposition qui vise expressément les entreprises « solidaires » est l'article L. 3332-17-1 du code du travail, relatif aux modalités spécifiques de constitution de plans d'épargne salariale (cf infra). Il est à noter que dans son rapport remis au ministre de l'emploi et de la solidarité en 2000 (http://lipietz.net/), A. LIPETZ préconise de ne pas prévoir de « dérogation aux droits des travailleurs », à la seule exception du pécule relevant du « partage d'aménités » au sein des communautés de vie (p. 82).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Cf également la circulaire DGT 2008/06 du 10.4.2008, relative à l'élaboration des listes électorales prud'homales.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> C. FERRATON, précité. Le mutuellisme notamment sera l'un des premiers modes de réorganisation des travailleurs, après la table rase laissée par décret d'Allarde et la loi Le Chapelier (G. AUBIN et J. BOUVERESSE, « Introduction historique au droit du travail », P.U.F 1995, n° 142 s.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Que ce soit la Charte de l'économie sociale publiée par le Comité de liaison des activités mutualistes, coopératives et associatives (CNLAMCA) en 1980 (http://www.lemois-

son enrichissement, par le forfait qui caractérise le calcul de son salaire<sup>9</sup>, tout comme il soumet son propre intérêt à celui de l'entreprise. Enfin, l'examen du droit positif fait apparaître des règles qui, sans désigner ce secteur économique, procèdent à des distinctions le caractérisant pour une part. Réserver certaines dispositions aux « structures d'insertion par l'activité économique » ou soumettre les accords collectifs du secteur médico-social à un agrément ministériel sont des exemples de prise en compte de particularités qui concernent des activités relevant de l'économie sociale et solidaire.

Le droit du travail ne fait pas apparaître de différences par les seules lois et règlements. L' autonomie collective qu'il laisse aux organisations professionnelles permet la délimitation de branches d'activités qui sont autant de cadres d'affirmation de caractères et d'identités. C'est là un des principaux modes d'organisation du travail, mais ces relations collectives relèvent d'un autre sujet de communication relatif au « dialogue social dans l'économie sociale et solidaire » <sup>10</sup>. Cette autonomie collective se manifeste aussi à l'intérieur même des entreprises qui composent l'économie sociale et solidaire. C'est en leur sein que se conçoivent et se définissent les emplois, ainsi que l'organisation du travail dans laquelle ils s'inscrivent. Là sera l'objet de la présente étude.

Son objet précisé, il convient d'en envisager la méthode. Le droit positif du travail approche les particularités de l'économie sociale et solidaire à partir de distinctions qui la concernent partiellement ou indirectement. Il ne l'identifie pas formellement, ou seulement dans un cas très particulier, discutable et insuffisant d'ailleurs pour dégager une problématique touchant à tous les aspects de l'emploi et de l'organisation du travail<sup>11</sup>. C'est pourquoi il convient de s'intéresser également aux traits identitaires de ce secteur, afin d'apprécier dans quelle mesure ils peuvent influencer ou non l'édiction ou l'application des règles du droit du travail. Dans cette perspective, la Charte de l'économie sociale et solidaire est un bon point de départ<sup>12</sup>.

Cette Charte définit l'économie sociale et solidaire à partir de sa finalité et des modes de personnification de ses activités. Elle ne s'attache qu'aux « sociétaires », indépendamment de leur place au sein de ses entreprises. Le travail fourni dans ce cadre n'est pas un de ses traits distinctifs. Pourtant, nombre de ces entreprises ont recours à des modes d'activité différents du salariat. Ainsi les bénévoles sont les forces vives d'une immense majorité d'associations <sup>13</sup>, où ils côtoient souvent des salariés. Les uns et les autres peuvent parfois accomplir les mêmes tâches. Se pose alors une première question, qui touche à la définition de l'emploi ainsi qu'au mode d'organisation des entreprises de l'économie sociale et solidaire : comment l'emploi est-il défini dans ce secteur qui regroupe un dixième de l'emploi salarié du secteur privé <sup>14</sup> ? (I).

<u>ess.org/accueil/je\_veux\_comprendre/quest\_que\_leconomie\_sociale\_et\_solidaire\_/aller\_plus\_loin/la\_charte\_de\_less</u>) ou la définition de l'économie sociale et solidaire résultant du rapport LIPIETZ, précité, p. 28

<sup>14</sup> Dernière évaluation en date : L. BISAULT, « Le « tiers secteur », un acteur économique important », *INSEE Première*, n° 1342, mars 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> G. LYON-CAEN, «Le salaire», in Traité de droit du travail, Dalloz 1981, n° 3 ; J. PELISSIER, E. DOCKES et G. AUZERO, «Droit du travail », Dalloz, 2010, n° 782.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Cf la communication « Quel dialogue social en économie sociale et solidaire ? »

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Il s'agit des dispositions relatives à la constitution de plans d'épargne d'entreprise au sein des entreprises considérées comme « solidaires », issues de la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale et désormais codifiées à l'article L. 3332-17-1 du code du travail. Cf infra.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Cf supra.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> La dernière enquête complète relative au bénévolat en France remonte à 2005 : Viviane TCHERNONONG, « Les associations en France, poids, profils, évolution », C.N.R.S.-Matisse, novembre 2007. Elle montre qu'en équivalent temps plein (ETP), les associations ont recours à 930 000 bénévoles pour 1 045 000 salariés.

Mais l'emploi n'est pas seulement l'exercice d'une fonction ou d'un ensemble de tâches. C'est aussi une ligne dans un bilan comptable, à la fois richesse de l'activité humaine et élément important dans la fixation du prix du bien et du service rendu. Une seconde question se présente alors, toujours à la lecture de la Charte. Celle-ci affirme dans son article 5 que les entreprises qui s'en réclament « se situent dans le cadre d'un régime particulier d'appropriation, de distribution ou de répartition des gains ». L'article 3, quant à lui, déclare que les sociétaires de l'économie sociale et solidaire conçoivent leurs relations sociales internes « dans la confiance réciproque et la considération ». Dès lors, ces principes retentissent-ils sur la relation entre ces entreprises et leurs personnels – qui n'en sont pas toujours sociétaires – et, plus précisément, dans quelle mesure les contraintes économiques inhérentes à toute activité monétarisée laissent-elles la place à ces objectifs humanistes ou, plus juridique, d'ordre extrapatrimonial? (II) 15

Première partie : La définition des emplois dans l'économie sociale et solidaire

Une fois admise la notion même d'emploi<sup>16</sup>, la définition ou l'identification d'un emploi au sein d'une entreprise dépend de deux éléments. Le premier est relatif au contenu du travail réalisé. Le second concerne le mode sur lequel la relation est établie entre le travailleur et le destinataire du travail. Sur l'un et l'autre de ces deux éléments, l'économie sociale et solidaire se distingue. D'une part, certaines qualifications professionnelles ou certains « profils » de salarié y sont principalement employés en raison de l'utilité sociale des activités auxquelles ils participent (B). D'autre part et surtout, l'activité du secteur ne repose pas seulement sur des relations salariées. Quel que soit le contenu du travail effectué, les modes de soumission à la cause ou à l'intérêt défendu sont variés et doivent être abordés préalablement au contenu même du travail (A).

### A/ Le mode de soumission des travailleurs

L'économie sociale et solidaire ne repose pas sur l'activité des seuls travailleurs salariés. Elle repose aussi sur d'autres types de relations, principalement l'exercice bénévole des missions auxquelles se vouent nombre de structures qui composent ce secteur. La « non lucrativité individuelle » affirmée par sa Charte peut relever d'une forme de « désintéressement » économique, qui se manifeste non seulement dans le cadre de l'entreprise mais aussi dans l'emploi même qui est occupé. L'idée de don est présente dans les fondements de l'économie sociale et solidaire 17. Un travail individuel indépendant, permettant à l'entrepreneur de s'enrichir sans limite, paraît dès lors en contradiction avec ces principes<sup>18</sup>. Ce refus du travail indépendant se retrouve dans le statut des dirigeants rémunérés des sociétés coopératives ouvrières de productions (S.C.O.P.), qui se voient

politique », D.D.B. 2008, p. 114 s.

16 Sur la notion même, les travaux de F. GAUDU et son approche d'une situation juridique s'inscrivant dans la durée font toujours autorité : cf « La notion juridique d'emploi en droit privé », Dr. soc. 1987, p. 414.

 $<sup>^{15}</sup>$  Dans cette perspective, dépassant d'ailleurs le cadre du salariat: J.L. LAVILLE, « Le travail, une nouvelle question

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> L'économie du don est théorisée depuis longtemps, dans la lignée des travaux de M. MAUSS. Sur ce courant, cf J.T. GODBOUT, « Ce qui circule entre nous. Donner, recevoir, rendre », Seuil, 2007 ; P. CHANIAL (dir.), « La société vue du don. Manuel de sociologie anti-utilitariste appliquée », La découverte, 2008 ; ainsi que « La revue du MAUSS ». <sup>18</sup> Dans le même sens, J.L. LAVILLE, précité, p. 136.

« au regard de la législation du travail, considérés comme employés de l'entreprise » selon l'article 17 de la loi du 19 juillet 1978<sup>19</sup>.

La reconnaissance du travail salarié ne change pas avec le type d'économie auquel celui-ci concourt. Nulle particularité n'a été observée sous la plume des juges. Les conditions appliquées depuis quinze ans ne souffrent pas d'exception : le salariat est le résultat de la soumission à une autorité qui émet des ordres et des directives, les contrôle et en sanctionne le non respect<sup>20</sup>. Tout au plus est-il possible d'observer que l'exercice du pouvoir disciplinaire, découlant de la subordination, peut changer d'une entreprise à l'autre mais cela n'a, là non plus, rien de spécifique à l'économie sociale et solidaire. La même erreur faite par un salarié employé par une structure d'insertion professionnelle ne sera pas sanctionnée de la même façon si elle est commise par un travailleur sociétaire d'une coopérative ouvrière de production, dont l'employeur peut légitimement attendre plus de rigueur.

Au sein même de cette économie cependant, le bénévolat apparaît comme l'autre mode de relation de travail, celui qui à la fois s'oppose au salariat et le complète ; celui qui s'en distingue difficilement aussi parfois. En effet, le salarié se soumet quand le bénévole se voue. Le premier se met à disposition de l'employeur dépositaire de l'intérêt de l'entreprise, le second adhère à une cause ou à un projet défendu par l'association ou la fondation. Les deux démarches peuvent parfois se brouiller ou se confondre, notamment lorsque salariés et bénévoles se croisent au sein de la même structure. La Cour de cassation a précisé ce qui distingue l'un et l'autre en considérant que l'adhésion en est l'élément déterminant. En effet, dans une espèce remarquée, les « bénévoles » qui avaient été recrutés par la Croix-rouge n'étaient pas membres de l'association et pouvaient avoir la qualité de salarié<sup>21</sup>. Ce fondement de l'adhésion repose sur l'idée selon laquelle la personne choisit librement de s'investir et de se plier aux règles communes, les conflits se résolvant selon les dispositions statutaires et, le cas échéant, par la démission.

Dans les faits cette considération n'est-elle pas parfois artificielle? Il en va notamment dans le cas où, pour la même association, une personne accomplit un travail salarié dans le cadre d'un contrat à temps partiel et prolonge son activité en qualité de bénévole ou bien lorsque le travail se réalise au sein d'une structure qui prend en charge une grande partie de la vie du travailleur. Dans cette seconde hypothèse, l'arrêt « Emmaüs », rendu quelques mois avant celui de la Croix rouge, avait montré la difficulté lorsque, au delà de son travail, la personne est soumise aux règles de la communauté. Cette appartenance, qui relevait autant de la nécessité que du choix, passait par la « participation à un travail destiné », selon le juge « à l'insertion sociale des compagnons et qui est exclusive de tout lien de subordination »<sup>22</sup>. Ce motif relevait plus de l'affirmation que de la démonstration. D'ailleurs, le législateur a fini par présumer l'absence de contrat de travail, comme pour éviter de nouveaux contentieux aux issues incertaines, par la loi du 1<sup>re</sup> décembre 2008 relative au revenu de solidarité active et à la réforme des politiques d'insertion. Celle-ci a créé un article L. 265-1 du code de l'action sociale et des familles qui exclut du salariat les personnes accueillies par « des organismes

<sup>22</sup> Soc. 9.5.2001, Dr. soc. 2001, p. 801, note J. SAVATIER.

-

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ce qui peut conduire, dans le cas d'un dirigeant également associé et salarié, à un cumul de statuts de salarié : Soc.

<sup>31.3.1998,</sup> Bul. Joly 1998, p. 639, note P. LE CANNU; Soc. 28.1.1994, D. 2004, p. 423, note A. LIENHARD; Bul. Joly 2004, p. 703, note P. AUVERGNON; R.J.S. 2004, n° 613.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Soc. 13.11.1996, Dr. soc. 1996, p. 1067; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, « Les grands arrêts du droit du travail », Dalloz 2008, n° 2.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Soc. 29.1.2002, Dr. soc. 2002, p. 494, note J. SAVATIER; J.C.P./E. 2002, p. 527, note D. BOULMIER.

assurant l'accueil et l'hébergement de personnes en difficultés », lorsqu'elles « se soumettent aux règles de vie communautaire qui définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à leur insertion sociale ».

La distinction peut aussi se brouiller dans le temps. La presse s'était fait l'écho, il y a près de vingt ans, d'un litige entre une ancienne salariée des « Restos du cœur » qui, devenue demandeur d'emploi, avait poursuivi son activité en qualité de bénévole. L'ASSEDIC avait considéré que cette poursuite d'activité sous un autre statut était incompatible avec le versement des allocations de chômage<sup>23</sup>. Le législateur était ensuite intervenu pour interdire une telle substitution d'emploi<sup>24</sup>.

Les exemples qui précèdent ont ce point commun de concerner des entreprises relevant de l'économie solidaire. Bien que cette distinction entre économies sociale et solidaire soit discutée<sup>25</sup>, la question du bénévolat se pose au sein des associations ou des fondations plutôt que des coopératives ou des mutuelles. En effet, les premières y ont recours dans les tâches d'exécution, alors que les secondes limitent l'exercice gratuit aux fonctions de direction, ce qui n'est pas le propre des personnes morales de l'économie sociale et solidaire<sup>26</sup>. Il est à noter à ce propos que les dirigeants bénévoles peuvent, au sein des associations, cumuler ces fonctions avec un contrat de travail, si elles en sont distinctes<sup>27</sup>, à la différence des dirigeants de mutuelles, auxquels un tel cumul est interdit par l'article L. 114-28 du code de la mutualité.

C'est principalement au sein des associations et fondations que, depuis quelques années se sont succédé des formules de volontariat, intermédiaires entre le salariat et le bénévolat. Créées autant par substitution au service national que dans un mouvement communautaire d'encouragement au bénévolat<sup>28</sup>, elles ont conduit aux formules actuelles du service civique et du volontariat international, issus de la loi du 10 mars 2010. Plus particulièrement, le service civique, qui remplace le volontariat associatif inventé par la loi du 23 mai 2006<sup>29</sup>, fixe un statut de la personne volontaire, dans le cadre du code du service national<sup>30</sup>. Ce statut concerne toute personne âgée de plus de seize ans, qui peut conclure un contrat de droit privé avec une personne morale agréée par l'Agence du service civique<sup>31</sup>. Cet agrément « ne peut être délivré qu'à des organismes sans but lucratif de droit français ou des personnes morales de droit public », selon l'article L. 120-30 du Code du service national. Le service public et l'intérêt général président à cette activité dont les différents domaines, énumérés par l'article L. 120-1 du Code du service national, recoupent ceux où est présente l'économie sociale et solidaire<sup>32</sup>. C'est dans ce cadre que le

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> T.G.I. Nantes, réf., 24.1.1994, J.C.P./G., II, n° 22343, note F. TAQUET.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Loi n° 657 du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions, article 10, ayant inséré un article L. 351-17-1 du code du travail, devenu L. 5425-8; C. WILLMANN, «L'activité bénévole du chômeur», Dr. soc. 1999, p. 162; également J. SAVATIER, « Activité bénévole et statut de chômeur », Dr. soc. 1996, p. 593. <sup>25</sup> D. HIEZ, précité.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ex. pour la gestion se sociétés civiles immobilières : Soc. 10.11.1998, R.J.S. 1998, n° 1562

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Soc. 26.2.1986, Dr. soc. 1988, p. 474, note H. BLAISE; Soc. 3.11.1994, R.J.S. 1994, n° 1425.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Décision n° 1686/98/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O. L 214 du 31.7.1998.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> F. MANANGA, « La reconnaissance des activités désintéressées dans le secteur associatif », R.D.S.S. 2006, p. 1065 ; V. BONNIN, « Le volontariat associatif : ceci n'est pas un contrat de travail... », R.D.T. 2006, p. 236 ; J. SAVATIER, « Entre bénévolat et salariat : le volontariat associatif », Dr. soc. 2007, p. 197.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Articles L. 120-1 s. C.S.N.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> L'article L. 120-1 du Code du service national distingue entre le volontariat de service civique, réservé aux personnes âgées de plus de 25 ans, d'une durée variant entre 6 et 24 mois (article L. 120-1 II, 1°), l'engagement de service civique pour les personnes de 16 à 25 ans, d'une durée de 6 à 12 mois (article L. 120-1 II, al. 1), ainsi que le volontariat de solidarité internationale, destiné aux personnes âgés de 18 à 28 ans, pour une durée de 6 à 24 mois (article L. 120-1 II, 2°).

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Parmi les domaines énumérés par l'article L. 120-1 du code du service national : les domaines philanthropique, éducatif, environnemental, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial ou culturel.

volontaire et l'organisme d'accueil nouent une « collaboration exclusive de tout lien de subordination ». Cette négation du contrat de travail apparaît comme une présomption dont les juges diront si elle est simple ou irréfragable<sup>33</sup>. Elle n'est cependant plus désignée comme « désintéressée », comme le prévoyait le statut de 2006. Il est vrai que cette période de travail peut être mise en valeur dans certains parcours professionnels et que le volontaire bénéficie de contreparties ainsi que d'une protection sociale qui montrent autant d'intérêts à satisfaire, voire à défendre.

En effet, les personnes ainsi engagées bénéficient d'une indemnité d'un montant variable selon les formules, dont le coût global est souvent plus modique pour l'organisme d'accueil que l'emploi d'un salarié, en particulier dans le cas de l'engagement de service civique ouvert aux seize/vingt-cinq ans³4. L'altruisme et la frugalité de la condition imposent alors que la personne s'engage en toute liberté³5. Dans un contexte de marché des emplois et des activités, le risque existe d'un choix par défaut dans l'attente d'un engagement plus rémunérateur. Les associations et fondations de l'économie sociale et solidaire ne seraient-elles pas en contradiction avec leur Charte si elles limitaient leur « masse salariale » par le recours à de telles formules ? De cette question relative au mode le plus approprié de relation de travail³6, il se dégage que le don et le désintéressement économique ne peuvent être la conséquence de l'organisation des entreprises de l'économie sociale et solidaire mais qu'ils doivent s'en trouver plutôt à l'origine.

### B/ L'utilité sociale des emplois

Une précision s'impose, car la notion d'utilité sociale n'est pas univoque et peut prêter à confusion. Par utilité sociale, il est possible d'entendre des activités profitables à la société toute entière, aussi bien dans l'immédiat que dans leur manière de préparer des progrès ou de ne pas obérer l'avenir. Le présent propos entendra la notion de façon plus étroite et plus juridique. Pour autant, elle ne se limitera pas à la notion de service public. Celui-ci relève d'abord de l'intervention directe ou indirecte de la puissance publique<sup>37</sup>, alors que c'est l'initiative privée qui fonde l'économie sociale et solidaire. Elle s'appuiera sur les services d'intérêt général, notion plus large, qui dépasse le service public par l'effet du droit communautaire<sup>38</sup> et comprend des activités privées, réglementées ou non, telles que celles des institutions de retraite complémentaire, des services sociaux ou, plus largement, d'aide à la personne<sup>39</sup>.

L'économie sociale et solidaire ne se limite cependant pas à ces secteurs. En effet, il n'existe pas d'activité qui par nature soit incompatible avec cette conception de l'économie. Mais, à l'inverse, la logique d'appropriation individualiste et inégalitaire des richesses produites est plus difficile à appliquer dans certains « segments » de marché qui répondent à une demande dont la solvabilité dépend de financements publics ou

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Déjà, la question se posait avec le contrat de volontariat associatif, cf supra V. BONNIN, précité.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> En effet, cette formule est financée par l'Agence du service civique (article R. 121-23 du Code du service national).

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Sur la justification de ce revenu modeste lorsque le S.M.I.C., d'un montant plus élevé, est déjà considéré comme indispensable au salarié : J. SAVATIER, précité, Dr. soc. 2009, p. 80.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> J.L. LAVILLE, précité, p. 161-162 ; p. 185 s.

<sup>37</sup> J.L. CORAIL, « Service public », in « Dictionnaire de la culture juridique », .\ dir. Denis ALLAND et S. RIALS, P.U.F. /Lamy, 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, « Droit du service public », Montchrestien 2007, n° 301 s.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Cf le dossier « Services sociaux et concurrence », in R.D.S.S. 2006/4, .\ dir. M. BORGETTO, notamment P. LIGNEAU et C. SALERES, « Associations de solidarité, services sociaux d'intérêt général et concurrence dans l'Union européenne », p. 789 et S. HENNION-MOREAU, « Services sociaux et concurrence », p. 801.

mutualisés. Or ces activités, développées plus particulièrement par l'économie sociale et solidaire, correspondent à la notion de service d'intérêt général. C'est là que peuvent apparaître des emplois plus spécifiquement marqués par l'utilité sociale.

Il n'existe pas de distinction nette entre les types d'emplois, selon la nature de l'activité. Les entreprises de placement des demandeurs d'emploi ou de reclassement des salariés licenciés peuvent appartenir au secteur lucratif comme à l'économie sociale et solidaire<sup>40</sup>. Même certains métiers, tels que celui d'assistant de service social, dont la vocation sociale semble inscrite dans leur nature même, sont parfois exercés de façon libérale, sans limite préalable à l'enrichissement<sup>41</sup>. Cependant, une tendance apparaît, ainsi que des distinctions imposées par le droit.

La tendance porte sur la définition de certains emplois, dont le contenu est fixé par la puissance publique qui les assortit de devoirs et de sanctions. Afin de protéger des destinataires de l'activité ou des usagers particulièrement fragiles, l'Etat s'assure de la qualité de la formation, réserve les emplois aux titulaires d'un diplôme et, dans certains cas, impose une déontologie particulière. Nombre de professions dites du « social » relèvent de ces conditions : les assistants de services sociaux, les éducateurs spécialisés ou de jeunes enfants en sont les plus emblématiques mais d'autres secteurs, tels que ceux de l'animation ou de la santé, largement organisés sur le mode du service public ou du service d'intérêt général, sont également concernés<sup>42</sup>. La loi du 2 janvier 2002 portant rénovation de l'action sociale et médico-sociale a même affirmé le principe d'une charte déontologique des services sociaux et médico-sociaux, qui influera sur les obligations des travailleurs si elle est adoptée<sup>43</sup>.

Le plus significatif est sans doute que les entreprises de l'économie sociale et solidaire sont souvent pourvoyeuses d'emplois dont la caractéristique première est l'utilité sociale pour ceux qui les occupent, plutôt que pour les destinataires du travail effectué. Depuis 1984 et les travaux d'utilité collective (T.U.C.), le législateur distingue entre les entreprises à but non-lucratif et les services publics, d'une part, et les autres entreprises d'autre part. Cette distinction se retrouve aujourd'hui avec le contrat initiative emploi (C.I.E.), conclu par tout employeur relevant de l'assurance chômage, selon l'article L. 5134-66 du code du travail et le contrat d'accompagnement dans l'emploi (C.A.E.), destiné aux « organismes privés à but non lucratif » et à de nombreuses personnes morales de droit public. L'un et l'autre sont deux modalités de mise en œuvre du contrat unique d'insertion<sup>44</sup>. Ces contrats sont proposés à des « personnes sans emploi rencontrant des difficultés d'accès à l'emploi » pour les premiers, difficultés qui deviennent « particulières » pour les seconds. Les salariés les plus vulnérables sont donc orientés vers le secteur non-lucratif. D'autres formules d'emploi existent, qui permettent l'accueil de tels salariés dans des structures spécifiques, caractérisées par l'absence de but lucratif, telles que les associations intermédiaires, chargées du placement des personnes « rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières », selon l'article L.

<sup>43</sup> Une première charte avait été établie par l'Association nationale des communautés éducatives (ANCE) en 1996, qui fut revue et transformée pour fonder un Comité de suivi des références déontologiques (C.S.R.D.).

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> La mission est juridiquement la même – l'insertion – entre les géants de l'intérim et les associations intermédiaires...

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> A.S.H. Magazine; janvier/février 2004, p. 16 : "Le travail social autrement".

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> M. BORGETTO et R. LAFORE, « Droit de l'aide et de l'action sociales », Montchrestien 2009, n° 166 s ; E. ALFANDARI et F. TOURETTE, « Action et aide sociales », Dalloz 2011, n° 141 s ., 148 s.. Il suffit, pour en mesurer le nombre, de consulter régulièrement les revues professionnelles telles que les A.S.H. ou T.S.A.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> C. WILLMANN, "Le contrat unique d'insertion", J.C.P/S 2009, n° 8-9, C. WILLMANN, "La loi du 1er décembre 2008 : comment réformer les contrats de travail aidés sans évaluation ou expérimentation ?", R.D.S.S. 2009, p. 251.

5132-7 du code du travail<sup>45</sup>, ou les ateliers et chantiers d'insertion de l'article L. 5132-15 du même code.

Cette orientation des plus vulnérables vers des employeurs sans but lucratif, qui semble confondre non-lucrativité et absence de concurrence, présuppose que ceux-ci se montrent moins exigeants envers ces personnels. Elle s'accompagne aussi de dispositifs limitant le prix de revient de tels emplois pour l'employeur<sup>46</sup>. Les exonérations de cotisations sociales, en particulier, sont toutes calculées sur la base du S.M.I.C., pendant des durées pouvant atteindre vingt-quatre mois, voire soixante dans certaines formules du Ceci contribue à pourvoir des emplois sans qualification reconnue par les classifications conventionnelles. De plus, les C.A.E., comme les C.I.E., permettent très probablement d'occuper des emplois liés à l'activité permanente de l'employeur, puisqu'ils sont conclus sur le même fondement légal que leurs prédécesseurs, les contrats emplois solidarités (C.E.S.) et les C.I.E. ancienne formule<sup>47</sup>. En outre, le contrat d'accompagnement dans l'emploi peut, depuis la loi du 1<sup>er</sup> décembre 2008, être conclu pour une durée indéterminée. La finalité même de l'insertion peut-être de la sorte dénaturée. Celle-ci est normalement entendue comme un processus permettant le retour à un emploi stable<sup>48</sup>; le risque est alors de produire l'effet contraire : pérenniser l'occupation par un même salarié d'emplois précaires et subalternes<sup>49</sup>.

Seconde partie : La prise en compte de la contrainte économique sur l'emploi

L'emploi salarié de droit privé repose sur un contrat de travail que les juristes classent dans la catégorie des contrats commutatifs. Cette qualification, tirée de l'article 1104 du code civil, signifie que les obligations réciproques de l'employeur et du salarié portent sur des choses que, selon ce texte, les parties au contrat regardent comme équivalentes. Quels regards sont portés, dans le secteur de l'économie sociale et solidaire, sur cet échange et l'emploi qui le fonde, pour quelle équivalence ? Quels que soient les secteurs, la contrainte économique conduit à deux questions portant sur l'emploi salarié : d'une part, est-il un coût à réduire ou une richesse à valoriser ? d'autre part, cette qualification de coût ou richesse trouve-t-elle une traduction juridique ? La réponse n'est pas uniforme, car des branches du secteur de l'économie sociale et solidaire se distinguent à certains égards (A). Cependant, cette particularité est non seulement partielle, mais elle est aussi toute relative, comme le montrent les modalités d'application du licenciement pour motif économique (B).

A/ L'emploi salarié dans l'économie sociale et solidaire : coût ou valeur ?

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> S. MOLLA, « Associations intermédiaires », J.C.P./S. 2008, n° 24 p. 10 (« Contrat de mise à disposition et contrat de travail ») et n° 39, p. 9 («Responsabilité »).

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> M. BORGETTO et ROBERT LAFORÉ, précités, n° 532 ; E. ALFANDARI et F . TOURETTE, précités, n° 430.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> La Cour de cassation a considéré qu'un emploi permanent pouvait être pourvu par des C.E.S. (Soc. 16.3.1999, Dr. soc. 1999, p. 560, note C. LOUSTAUNAU; Soc. 29.6.1999, J.C.P. 2000, G., II, n° 10263, note F. DUQUESNE) et par des C.I.E. (Soc. 18.11.2003, Dr. soc. 2004, p. 131, note C. ROY-LOUSTAUNAU; R.J.S. 2004, n° 245) car ces contrats étaient conclus sur le fondement de l'article L. 122-2 du code du travail d'alors, qui introduisait expressément une exception à l'interdiction de pourvoir de façon durable un emploi lié à l'activité permanente de l'entreprise par un contrat à durée déterminée. Ce texte, devenu L. 1242-3 du nouveau code, sur le fondement duquel sont conclu le C.A.E. et le C.I.E. nouvelle formule, maintient cette exception.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> V. BONNIN, « Un droit de l'insertion ou de l'incapacité professionnelle ? », Dr. ouv. 2001, p. 137.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Sur ce point, les mises en garde de J.L. LAVILLE, précité, p. 137 s. p. 163 s.

La question est d'abord d'ordre comptable. De ce point de vue, elle reçoit une réponse sans équivoque : le salaire relève, dans les bilans des entreprises, de la colonne des dettes ou des charges. Mais cette qualification ne s'impose pas d'elle-même. Elle relève, comme il a été montré, d'une simple convention<sup>50</sup>. C'est une conception univoque, qui s'applique à toutes les entreprises, qu'elles appartiennent ou non à l'économie sociale et solidaire. La conséquence en est que, selon ce discours, jamais le travail n'est considéré positivement, alors qu'il est pourtant intégré dans le produit intérieur brut, mesure de la richesse produite par un pays<sup>51</sup>.

La rémunération du travail est abordée d'une autre manière par le droit. Elle appartient à la catégorie des « biens ». La connotation positive du terme tient à ce qu'il désigne à la fois ce qui est utile au sujet de droit, ce qui a pour lui valeur d'usage et, le plus souvent, valeur monétaire<sup>52</sup>. La rémunération et le salaire en particulier sont à la fois objets d'une dette et d'une créance : l'employeur doit s'acquitter de la contrepartie au travail de son cocontractant. C'est un lien entre deux personnes<sup>53</sup>. L'équilibre est ainsi constamment maintenu entre la charge pour l'un et la valeur pour l'autre. Et le contrat, qui est à l'origine de ces contreparties, permet ainsi la reconnaissance par l'employeur de la valeur du travail du salarié<sup>54</sup>. Dans ce cadre général et ambivalent, la loi intervient sur le calcul du salaire pour fixer un seuil minimum et interdire certaines modalités de fixation considérées inflationnistes, bien qu'a priori avantageuses pour les salariés; mais elle n'impose rien qui mette en rapport direct et proportionnel le salaire et les bénéfices de l'entreprise<sup>55</sup>. Elle laisse les parties au contrat de travail libres de fixer la valeur relative de la rémunération par rapport au travail fourni; elle laisse libre le regard. L'économie sociale et solidaire n'y fait pas exception.

En revanche, la fixation collective des salaires obéit à quelques règles de champ d'application limité, qui touchent pour une large part l'économie sociale et solidaire. La loi impose en effet que les accords collectifs, conclus dans certaines branches dont les entreprises relèvent d'une économie non lucrative et financée en partie par des prélèvements obligatoires, n'entrent en vigueur qu'après un agrément du ministre chargé de la tutelle financière. C'est le cas du secteur social et médico-social, en application de l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles, ainsi que des organismes de sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole, selon les articles L. 123-2 du code de la sécurité sociale et L. 723-1 du code rural. Ces caisses de sécurité sociale ne sont d'ordinaire pas comprises dans l'économie sociale et solidaire, mais il convient de rappeler que les caisses locales de sécurité sociale obéissent aux dispositions du code de la mutualité<sup>56</sup>. Selon les juges, les décisions unilatérales prises dans les établissements

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Y. LEMARCHAND, « Le miroir du marchand. Norme et construction de l'image comptable », in « Tisser le lien social », .\ dir. A. SUPIOT, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2004, p. 213.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> P. KRUGMAN et R. WELLS, « Macroéconomie », De Bœck 2009, p. 323 s., sp. p. 328 (« La mesure du P.I.B. comme revenus des facteurs versés par les firmes »).

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, « Les biens », P.U.F. 2008, n° 2.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Lien qui fonde étymologiquement la notion même d'obligation : J.L. GAZZANIGA, « Introduction historique au droit des obligations », P.U.F. 1992, n° 92.

Sur la notion de contrepartie : G. COUTURIER, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », Dr. soc. 2011, p. 10 ; G.

LYON-CAEN, « Le salaires », in Traité de droit du travail, .\ dir. G.H. CAMERLYNCK, Dalloz 1981, n° 2.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> De ce point de vue, l'actuel projet présidentiel de permettre le calcul d'une prime en fonction de l'accroissement des profits des employeurs paraît d'autant plus inhabituel, voire inopportun pour certains (« Le Medef hostile au projet « prime contre dividende » », Le Monde du 15.4.2011, p. 15).

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Relèvent également d'un régime d'agrément les salariés de Pôle emploi soumis à un régime de droit privé (article L. 5312-9 du code du travail).

sociaux et médico-sociaux sont également soumises à ce préalable<sup>57</sup> alors que cette condition n'a pas semblé requise au sein des organismes de sécurité sociale<sup>58</sup>.

Le montant des rémunérations et, plus généralement, les conséquences financières de ces accords collectifs et engagements patronaux sont contrôlés par l'autorité administrative parce qu'ils constituent une charge, susceptible de solliciter les finances publiques ou sociales plus que souhaité<sup>59</sup>. Car cet agrément, qui rend l'accord collectif opposable à la tutelle, est aussi un engagement de celle-ci à assurer le financement des coûts ainsi induits. Cependant, ce contrôle tend à se modifier. En effet, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 a exclu les « établissements de santé » du champ d'application de l'article L. 314-6 du code de l'action sociale et des familles et celle pour 2009 a écarté l'opposabilité des agréments à l'autorité administrative, lorsque les établissements d'hébergement des personnes âgées ont passé des contrats ou des conventions pluriannuels avec les autorités chargées de l'autorisation ou du financement. Ceci est la conséquence de la mise en place de la réforme de la tarification engagée depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2005<sup>60</sup>. Dans le premier cas, les financeurs publics laissent les organisations professionnelles et les employeurs libres de leurs choix, mais aussi sans garantie de financement par la disparition de l'opposabilité. Dans le second cas, le prix du travail est toujours contrôlé, mais il n'est plus garanti. La liberté de fixation des salaires et du prix de revient du travail est aussi un signe de mise en concurrence de ces établissements, avec ceux du secteur lucratif notamment.

Les exemples précédents n'illustrent qu'un aspect partiel des financements publics des activités d'établissements appartenant à l'économie sociale et solidaire. Ces financements peuvent être d'autres sortes, telles que des subventions ou des régimes fiscaux allégés. Les subventions sont multiformes et ne sont pas spécialement affectées à l'emploi. Elles tendent aujourd'hui à laisser la place à des recettes découlant de marchés publics, pour ne plus concerner que des structures créées par la puissance publique, telles que les Missions locales ou celles ne faisant appel qu'au bénévolat. Les régimes fiscaux spécifiques, de la même manière, sont attachés au type d'activité, à l'exemple des garanties complémentaires contre le risque maladie par des contrats « solidaires et responsables », très majoritairement proposés par les mutuelles et institutions de prévoyance<sup>61</sup>. Dans tous les cas, la question reste entière de la répartition du produit du travail entre la rémunération de celui-ci et l'alimentation des fonds propres de l'entreprise,

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> En principe: Soc. 8.6.2005, R.J.S. 2005, n° 924; Soc. 7.5.2008, R.J.S. 2008, n° 811; R.D.S.S. 2008, p. 732, note S. HENNION-MOREAU; toutefois, le juge l'écarte lorsqu'il constate une rupture d'égalité dans l'application d'un engagement non agréé entre travailleurs à temps plein et à temps partiel (Soc. 16.11.2010, R.J.S. 2011, n° 134).

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Soc. 8.10.1996, Dr. soc. 1996, p. 1046, note J. SAVATIER. Décision désormais ancienne, datant d'une époque où la jurisprudence relative aux organismes sociaux et médico-sociaux n'était pas encore fermement fixée : cf notamment Soc. 4.1.2000, Dr. soc. 2000, p. 449, note C. RADE; R.D.S.S. 20001, p. 597, note S. HENNION-MOREAU.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> C'est ainsi qu'après la clarification apportée par le juge (Soc. 29.6.1999, Dr. soc. 1999, p. 767, concl. S. KEHRIG) sur la distinction entre agrément et extension, clarification qui conduisit à rémunérer pour du travail effectif du temps jusqu'alors considéré comme des heures d'équivalence, c'est le « coût » de cette requalification qui entraîna la rectification législative et le contentieux considérable relatif à l'intervention législative dans des procédures juridictionnelles en cours... (S. HENNION-MOREAU, « Les horaires d'équivalence dans le secteur sanitaire et social », R.D.S.S. 2000, p. 149 : D. BOULMIER, "La loi de validation du régime d'équivalence dans le secteur social", R.D.S.S. 2007, p. 315.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> M. BORGETTO et R. LAFORE, précité, n° 225 s; n° 388 s. <sup>61</sup> Le dispositif a été créé par l'article 88 de la loi de finances rectificative pour 2006 et modifié par l'article 21 de la loi de finances pour 2011. La Commission européenne a récemment considéré ce régime fiscal incompatible avec les règles de l'Union relatives aux aides d'Etat, au motif notamment que le dispositif créait une discrimination au profit des « opérateurs mutuelles institutions et (http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/69&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=e

question que l'absence de rémunération des propriétaires ou une rémunération sur un mode coopératif n'écarte pas, voire complique lorsque les mêmes personnes sont à la fois salariées et titulaires de droits sur l'entreprise...

Si la loi ne fixe aucune règle de répartition entre la rémunération du travail du salarié et celle des autres « facteurs de production », quels qu'ils soient, elle incite à faire dépendre une fraction de cette rémunération des résultats de l'entreprise, selon des modalités variables. Ce complément est formellement distingué du salaire<sup>62</sup>. Dans ce cadre apparaissent des particularités qui concernent l'économie sociale et solidaire. En effet, l'intéressement collectif et la participation aux résultats de l'entreprise, ainsi que les plans d'épargne ne s'appliquent pas de manière indifférenciée à ce secteur d'activité.

D'une part, la participation repose sur une répartition des bénéfices entre les salariés et les propriétaires de l'entreprise. Dès lors que les actifs de celle-ci ne sont la propriété d'aucun tiers à la personne de l'employeur, comme il en va des associations, des fondations ou des mutuelles, nulle répartition de cette sorte n'est à envisager. En revanche, les sociétés coopératives ouvrières de production et les coopératives agricoles relèvent du dispositif de la participation<sup>63</sup>.

D'autre part, depuis la loi du 19 février 2001, relative à l'épargne salariale, les plans d'épargne d'entreprise peuvent, selon des modalités complexes, prévoir le placement de l'épargne dans des entreprises « solidaires » <sup>64</sup>, définies à l'article L. 3332-17-1 du Code du travail et dont la désignation résulte d'un agrément administratif. Cette définition ne vaut que pour l'application de ce dispositif, mais elle donne une première idée de la représentation que le législateur se fait de l'économie sociale et solidaire.

L'entreprise peut – ce n'est pas nécessaire – être constituée par des titres de capital, à la condition que ces titres ne soient pas négociables sur un « marché réglementé », qualification juridique des opérations boursières. Dès lors, pour être qualifiée de solidaire, elle doit compter dans son personnel 30 % de salariés en « situation d'insertion professionnelle » ou embauchés dans le cadre de « contrats aidés » ou bien, condition alternative, si elle est constituée sous forme d'une association, coopérative, mutuelle, institution de prévoyance ou d'une société dont les dirigeants sont élus par les salariés, les adhérents ou les sociétaires, ces dirigeants doivent satisfaire à des règles relatives à leurs rémunérations, de même que certains salariés. Les articles R. 3332-21-1 à 5 du code du travail précisent à la fois les conditions relatives à la part de salariés en insertion et contrats aidés, ainsi que celles portant sur les rémunérations des dirigeants et des salariés.

Le champ d'application ainsi défini montre une autre manière de d'aborder les entreprises de l'économie sociale et solidaire. Ainsi, les institutions de prévoyance en font partie, bien que des représentants patronaux souvent adeptes d'une autre conception de l'économie participent à leur direction. De même, une société à responsabilité limitée (S.A.R.L.) ou une entreprise individuelle, dont le gérant ou le chef accueillerait un nombre

<sup>63</sup> A. DERUE et D. JOURDAN, « Epargne salariale. Intéressement-participation », Liais. soc., n° juridique, juin 2009, n° 51 s.; G. BRIENS et M.C. HALLER (dir.), « Rémunérations complémentaires », T.1, Lamy 2008, n° 301/9.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> La distinction dans la forme n'emporte cependant pas la conviction quant au fond : J. SAVATIER, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », Dr. soc. 1988, p. 89.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> G. IACONO, « Petite victoire pour l'économie solidaire. Commentaire de la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale », D. 2001, p. 1259 ; A.-C. JACQUES et A.-L. PERIES, « L'immixtion de l'économie sociale dans l'épargne salariale », L.P.A. 2001, n° 38, p. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Par ailleurs, selon l'article L. 3332-17-1, les organismes dont l'actif est composé d'au moins 35 % de titres émis par des entreprises solidaires ou les établissements de crédit dont 80 % des prêts et investissements sont consentis en faveur d'entreprises solidaires entrent dans cette catégorie.

suffisant de salariés par des contrats aidés ou des formules d'insertion, pourrait bénéficier de ces placements. L'entreprise solidaire n'est donc pas ici incompatible avec l'activité purement lucrative.

### B/ Le révélateur du licenciement pour motif économique

Les entreprises de l'économie sociale et solidaire licencient elles aussi et, pour cela, se fondent entre autres, comme celles du secteur lucratif, sur le motif économique. A cette occasion, les conditions légales de licenciement sont les mêmes pour toutes et le droit conventionnel en la matière ne montre pas globalement de meilleures garanties d'emploi dans le premier de ces deux secteurs. De plus, la distinction entre, d'un côté, une économie lucrative à la rapacité financière préjudiciable aux salariés et, de l'autre, une économie plus soucieuse de son personnel ne repose sur aucun fondement en droit.

En effet, la jurisprudence censure les ruptures de contrats de travail qui ne seraient dictées que par le profit au détriment de l'emploi. Qu'un salarié coûte « trop cher » ou revienne à un coût « trop élevé » n'est pas un motif sérieux<sup>66</sup>, de même que le seul fondement du niveau de rentabilité de l'entreprise, de l'atelier ou du poste touché par le licenciement<sup>67</sup>. Une baisse de bénéfice ou de chiffre d'affaire n'est pas mieux reçue par le juge<sup>68</sup>, tout comme le choix d'une baisse de la masse salariale<sup>69</sup>. Très récemment, d'ailleurs, une « décision de fermeture prise par un groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée » a conduit à des licenciements sans cause réelle et sérieuse<sup>70</sup>.

La Cour de cassation interdit cependant aux juges d'entrer dans les choix de gestion de l'employeur, en particulier en cas de restructuration. Elle considère que l'employeur est en droit de licencier lorsque « la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ». Elle interdit de plus aux magistrats d'imposer, entre les possibilités qui s'offrent à l'employeur, celle qui sera la moins destructrice d'emplois<sup>71</sup>. Enfin, la Cour admet que la sauvegarde de la compétitivité puisse être invoquée de façon « préventive », avant même que les difficultés économiques n'apparaissent<sup>72</sup>.

Ces règles s'appliquent à toutes les entreprises et toutes disposent de la souplesse ainsi donnée qui admet les licenciements pour motif de restructuration, en laissant de manière discutable l'employeur maître du nombre de suppressions d'emplois<sup>73</sup>. Une distinction a bien été proposée entre les entreprises, selon leur statut social. Une

 $<sup>^{66}</sup>$  Soc. 24.4.1990, Bul. n° 182, R.J.S. 1990, n° 481 ; Soc. 16.3.1994, Bul. n° 95 ; R.J.S. 1994, n° 530 ; Soc. 14.5.1997, C.S.B.P. 1997, n° 93, spl, p. 91 .

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Soc. 7.10.1998, Bul. n° 405; R.J.S. 1998, n° 1350; Soc. 25.10.1999, Dr. soc 2000, p. 214, note C. RADE; Soc. 1.12.1999, Bul. n° 466; R.J.S. 2000, n° 159.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Soc. 6.7.1999, R.J.S. 1999, n° 1236

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Soc. 9.12.2003, Dr. soc. 2004, p. 210, note P. WAQUET.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Soc. 1.2.2011, R.J.S. 2011, n° 305; J.C.P./E. 2011, n° 9, p. 13, note P.MORVAN; G.P. 2011, n° 63/64, p. 42, note B.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Plen. 8.12.2000, Dr. soc. 2001, p. 133, concl. P. de Caigny et note A. CRISTAU; R.J.S. 2001, n° 180; J.C.P. 2001, G., II, n° 10498, note F. DUQUESNE; Dr. soc. 2001, p. 417, note A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT; D. 2001, p. 1125, note J. PELISSIER

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Soc. 11.1.2006, Dr. soc. 2006, p. 142, note J.E. RAY.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> J. PELISSIER, note précitée.

proposition de loi restée sans suite a été déposée visant à interdire les licenciements « boursiers » <sup>74</sup>. Sont ainsi qualifiés les licenciements prononcés par les entreprises qui, au cours de l'exercice comptable écoulé, ont distribué des dividendes à leurs actionnaires. Cette suggestion est non seulement maladroite <sup>75</sup>, mais elle ne tient de plus pas compte des censures précédemment rappelées des licenciements décidés dans le seul but de réduire la masse salariale ou de procéder à des économies <sup>76</sup>. Elle rappelle cependant les choix, rencontrés précédemment, qui s'imposent entre la rémunération du capital, celle du travail et le maintien ou l'accroissement des moyens financiers de l'entreprise. Les entreprises de l'économie sociale et solidaire, qui ne rémunèrent pas leurs propriétaires ou qui le font sur la base d'une voix par sociétaire, seraient-elles moins tentées par l'accaparement au détriment du salarié ? Certes, c'est amoindrir, voire supprimer une force susceptible de limiter la part de ressources revenant au travail, mais la question cruciale demeure du rapport entre celles qui demeurent : les salariés d'une part, les dirigeants gardiens des fonds propres d'autre part.

Pourtant, nombre de ces entreprises disposent d'une souplesse qu'il convient d'apprécier à sa juste mesure. Lorsque des difficultés économiques ou des besoins de réorganisation conduisent à des suppressions d'emploi, il faut entendre, selon le juge, des suppressions d'emploi salarié. C'est ainsi que, à titre bénévole, l'époux d'une pharmacienne employeur a pu remplacer une salariée<sup>77</sup>. L'employeur peut donc procéder à une substitution d'emplois, à condition que le motif économique soit réel et sérieux. Les associations dont les finances se réduisent peuvent être contraintes à se séparer de ces personnels et à les remplacer par des membres bénévoles, à la condition que ceux-ci se comptent parmi les adhérents. Le juge écartera alors la recherche de la subordination<sup>78</sup>. C'est là un avantage dont ne disposent pas les entreprises du secteur lucratif.

Le législateur a tenu compte de cette souplesse et cherché à limiter les abus. L'article L. 120-9 du code du service national interdit la conclusion d'un contrat de service civique « lorsque les missions confiées à la personne volontaire ont été exercées par un salarié de la personne morale agréée ou de l'organisme d'accueil dont le contrat de travail a été rompu moins d'un an avant la date de signature du contrat ». Cette interdiction ne s'attache qu'à la nature des missions exercées. Elle ne concerne pas les circonstances de la rupture du contrat de travail. Même si le salarié a été licencié pour un motif personnel ou a vu son contrat à durée déterminée rompu pour faute grave, l'organisme d'accueil ne pourra pas profiter de cette rupture pour tirer quelque économie par l'emploi immédiat d'un volontaire. Cette règle, plus rigoureuse que celle appliquée aux contrats de travail à durée déterminée ou aux contrats de travail temporaire<sup>79</sup>, montre que le salarié peut être aussi considéré abusivement comme une charge au sein d'organismes pourtant voués à des missions philanthropiques ou humanitaires<sup>80</sup>...

\_

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Sénat, Proposition de loi n° 292, session ordinaire 2008/2009.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Les motifs économiques sont appréciés non dans le cadre de l'entreprise mais dans celui du groupe et les licenciements économiques sont moins examinés à partir des résultats passés que des perspectives à venir (Soc. 26.3.2003, R.J.S. 2003, n° 717).

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Cf supra. Que le juge n'ait jamais interdit les licenciements « boursiers » ne signifie nullement qu'il les ait admis.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Soc. 20.1.1998, Bul. n° 19; R.J.S. 1998, n° 288.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Cf supra I/A/

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Ces règles ne prohibent la substitution qu'à la suite de licenciements pour motif économique et, ce, dans un délai de six mois (articles L. 1242-5 et L.1251-9 du code du travail).

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Qualificatifs qui, parmi d'autres, désignent les missions des organismes susceptibles de recourir aux contrats de service civique (article L. 120-1 du code du service national).

La réponse à la question qui a conduit cette recherche paraît bien maigre du point de vue du droit positif. Les particularités qui apparaissent se situent surtout dans certaines branches d'une économie souvent plus sociale que solidaire, même si cette distinction reste imprécise<sup>81</sup>. En revanche, il apparaît assez nettement que la même règle de droit peut être appliquée dans des esprits différents, selon la conception mise en œuvre de l'économie. N'est-ce pas ainsi que, lentement, s'opèrent parfois les transformations les plus profondes ?<sup>82</sup>

Vincent BONNIN

Mcf
Institut de droit social et sanitaire (EA 2247)
Faculté de droit et des sciences sociales
Université de Poitiers

-

<sup>81</sup> Cf D. HIEZ, précité.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> C'est ainsi que Portalis envisageait l'inscription dans le temps du Code civil dont il fut un des principaux concepteurs : F. OST, « Le temps du droit », O. JACOB, 1999, p. 233 s.