



SOLUTIONS JURIDIQUES POUR L'ESS # 2



ZOOM SUR LES STRUCTURES EN DÉVELOPPEMENT !



Suivez-nous sur les réseaux :



La gestion des besoins humains dans les structures ESS

POSITIONNEMENT DE L'EMPLOYEUR

Des missions différentes et des rôles différents:

Elément essentiel: le lien de subordination

« Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. »

Dans les entreprises de l'ESS, le positionnement employeur/salarié est parfois difficile à appréhender, il est pourtant essentiel

LE CUMUL MANDAT SOCIAL ET CONTRAT DE TRAVAIL

Pour bénéficier des dispositions protectrices offertes au salarié, encore faut-il que le cumul soit régulier. A cet effet, trois conditions cumulatives doivent être remplies :

1. Le dirigeant doit exercer des **fonctions techniques distinctes** de celles exercées au titre du mandat social ;
2. Ces fonctions doivent faire l'objet d'une **rémunération distincte** de celle prévue le cas échéant, pour le mandat social ;
3. Le dirigeant doit être placé, au titre de ses fonctions techniques, dans un état de **subordination à l'égard de la société**.

En pratique, l'existence d'un lien de subordination est exclue dans les situations suivantes :

1. dans les SARL, pour le gérant associé unique, le gérant associé égalitaire ou majoritaire ou le gérant appartenant à une gérance égalitaire ou majoritaire ;
2. dans les SAS, pour le Président associé unique et le Président et les Directeurs Généraux égalitaires ou majoritaires
3. Dans les associations, les membres du bureau devant être bénévoles

La mutualisation des moyens humains

Mutualiser un ou plusieurs emplois peut répondre à plusieurs objectifs ou problématiques:

- Partager le coût de l'emploi: non seulement le salaire mais aussi le coût de gestion
- Porter un projet commun de développement, renforcer une dynamique territoriale
- Favoriser l'accompagnement et la formation professionnelle du ou des salariés afin de les faire monter en compétence
- Proposer une alternative aux salariés aux emplois multiples

Les différentes formes de mutualisation:

- Groupements d'Employeurs C. trav., art. à L. 1253-23.
- Le portage salarial : C. trav.; art. L1251-64
- L'association multigestionnaire
- Les coopératives d'activité et d'emplois (CAE)
- Société coopératives d'intérêt collectif (SCIC) : Loi no 2001-624, 17 juillet 2001, art. 36.
- Les entreprises de travail à temps partagé C. trav. art. L. 1252-2 à L. 1252-13
- La convention de mise à disposition

Le transfert de l'activité et des contrats de travail

L'évolution d'une structure peut amener à des fusions, scissions, transformations.

Quid des contrats de travail dans ce cas?

- Différences entre le transfert légal du contrat de travail et le transfert conventionnel
- Conséquences sur le contrat de travail et la relation contractuelle

Le transfert légal des contrats de travail

Tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

En pratique, deux conditions:

1. **Une entité économique autonome.** Un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit des intérêts propres.
2. **Conservation de son identité:** le nouvel exploitant doit poursuivre la même activité ou tout au moins une activité connexe ou similaire susceptible de maintenir les emplois sans changement important des procédés de fabrication ou de commercialisation. En revanche, la condition n'est pas remplie si l'entreprise est cédée purement et simplement sans que l'activité ne soit reprise par le nouvel employeur ou si l'activité est éclatée entre plusieurs employeurs.

Le transfert légal des contrats de travail

Point de vigilance, L. 1233-61 du Code du travail alinéa 3

« Lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois et lorsque ces entreprises souhaitent accepter une offre de reprise les dispositions de l'article [L. 1224-1](#) relatives au transfert des contrats de travail ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés à la suite des licenciements, à la date d'effet de ce transfert. »

Donc dans les entreprises de plus de 50 salariés, licenciement possible
AVANT le transfert

Le transfert conventionnel des contrats de travail

Si les conditions légales ne sont pas réunies, il y a transfert conventionnel des contrats de travail

Exemple: la reprise de marché dans le secteur de l'entretien et du nettoyage

Il est à noter que la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence important en neutralisant le principe d'égalité de traitement en cas de transfert conventionnel des contrats de travail à la suite d'une reprise de marché.

- *Cass. soc. 30 novembre 2017 n° 16-20.535.*
- *Comment informer et motiver son salarié*