

## ÉTUDES

### **p. 1 Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer**

La réforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012

### **p. 11 Patricia Kurczyn Villalobos**

Observations sur la législation mexicaine relative à l'égalité des genres au travail

### **p. 25 Yuichiro Mizumachi**

Métamorphose du droit du travail : le fondement théorique et le cas japonais

### **p. 37 Sergio Gamonal Contreras**

Le préjudice moral causé par la rupture du contrat de travail en droit chilien

### **p. 45 Carmen Grau Pineda**

Gestion des flux migratoires en temps de crise : le système espagnol de quotas

### **p. 57 Paul Secunda**

Réflexions sur les questions de souveraineté et de juridiction dans le Droit Mondial des prestations sociales

### **p. 71 Pascale Lorber**

La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée : l'utilisation délibérée de la directive européenne

### **p. 81 Jeseong Park**

Le travail sous-traité en droit coréen : une double crise de la notion et de la réalité

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

**p. 93** Afrique du Sud

**p. 95** Algérie

**p. 97** Allemagne

**p. 99** Argentine

**p. 101** Australie

**p. 103** Autriche

**p. 105** Bulgarie

**p. 107** Canada (Québec)

**p. 109** Chili

**p. 111** Colombie

**p. 113** Conseil de l'Europe

**p. 115** Côte d'Ivoire

**p. 117** Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

**p. 119** Espagne

**p. 121** États-Unis

**p. 123** France-Droit de la sécurité sociale

**p. 125** France - Droit du travail

**p. 127** Grèce

**p. 129** Italie

**p. 131** Luxembourg

**p. 133** OIT

**p. 135** Pologne

**p. 137** République Tchèque

**p. 139** Roumanie

**p. 141** Royaume-Uni

**p. 143** Serbie

**p. 145** Thaïlande

**p. 147** Turquie

**p. 149** Union Européenne - Droit de la sécurité sociale

**p. 151** Union Européenne - Droit du travail

## JESEONG PARK

Résident de l'Institut d'Études Avancées (IEA) de Nantes (Chaire « France-BIT ») et Chercheur au Korea Labor Institute (Séoul, Corée du Sud).

Thèmes de recherche : Sous-traitance et réseau d'entreprises, Représentation du travail dans la vie humaine et dans le droit, Avenir écologique du droit du travail et la Topologie juridique. Parmi ses publications :

~ « Travail sous-traité et droit du travail », Séoul, Korea Labor Institute, 2009

~ « Groupe d'entreprises et droit du travail », Séoul, Korea Labor Institute, 2007.

## LE TRAVAIL SOUS-TRAITÉ EN DROIT CORÉEN : UNE DOUBLE CRISE DE LA NOTION ET DE LA RÉALITÉ



### ABSTRACT

The phenomenon “subcontracted work”, how diverse it may be in its forms, has in common the bursting of a corporate image organized with a labour group. This puts into crisis the traditional notions that underlie our labour law. This crisis of the notion is part of a deeper crisis of reality: substitution of the invisible space (*gonggan*) for the visible place (*jangso*). How to make the invisible visible?

*KEY WORDS : Subcontracted work, Notion of employer, Place (jangso), Space (gonggan), Korean law*

### RÉSUMÉ

Le phénomène « travail sous-traité », aussi divers soit-il dans ses formes, a pour sens commun l'éclatement d'une image de l'entreprise organisée avec un collectif de travail. Cela met en crise les notions traditionnelles sur lesquelles se fonde notre droit du travail, dont celle d'employeur. Cette crise de la notion s'inscrit dans une crise plus profonde de la réalité : substitution de l'espace invisible (*gonggan*) au lieu visible (*jangso*). Comment rendre l'invisible visible ?

*MOTS CLÉS : Travail sous-traité, Notion d'employeur, Lieu (jangso), Espace (gonggan), Droit coréen*

**D**ans *Ilseongnok*, « Recueil de pensées quotidiennes », recueil de notes des rois de l'ancienne dynastie coréenne *Joseon* (1392-1910) sur leurs vies quotidiennes et leurs éducations, on peut lire dans un texte daté du 6 novembre 1787 : « *Le paysan de Naju, Park Myung Do a frappé le fer au moment du déplacement royal, afin de se plaindre ainsi : Le mareum de la ferme où nous cultivons est tellement implacable que les fermiers ne pourraient éviter une vie vagabonde* »<sup>1</sup>. Le *mareum* est un intermédiaire placé/positionné entre le propriétaire de la ferme et les fermiers, pour gérer ceux-ci au lieu et au profit de celui-là. Le propriétaire, caché derrière le masque du *mareum*, exerce son autorité sur les fermiers. Ces derniers ne peuvent voir le visage de leur exploitateur. Ce système permet au propriétaire de conserver son pouvoir sur les fermiers en échappant à sa responsabilité envers eux. Cette pratique de l'exploitation agricole apparut au XVII<sup>e</sup> siècle, et disparut, semble-t-il, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, avec l'interdiction du fermage agricole<sup>2</sup>. Cette pratique de l'exploitation intermédiaire existait (existe encore peut-être...) aussi dans les domaines de la mine (*deogdai*)<sup>3</sup> et du bâtiment et des travaux publics (*sibjang*) depuis XIX<sup>e</sup> siècle, et notamment depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle sous la colonisation japonaise (1910-1945). Le *deogdai* est interdit depuis la loi du 22 février 1952 sur l'exploitation minière<sup>4</sup> et le *sibjang* depuis la loi du 17 mai 2007 sur l'industrie du BTP.

Malgré une série d'interdictions législatives et notamment la loi du 10 mai 1953 sur les conditions de travail, selon laquelle « personne, sauf lorsque la loi l'y autorise, ne peut intervenir à but lucratif dans l'emploi d'autrui ou en profiter en tant qu'intermédiaire », les pratiques de *mareum* persistent sous d'autres formes, dont notamment

celle que nous appelons « travail sous-traité » ou « travail en sous-traitance ». Selon des études sociologiques<sup>5</sup>, le travail sous-traité a émergé dès les années 1960 dans la raffinerie métallurgique et la construction navale, dans le contexte de politiques industrielles du gouvernement autoritaire. Apparu dans le secteur de l'automobile depuis les années 1980 et dans d'autres secteurs d'industrie à compter des années 1990, il envahit presque tous les secteurs d'activité économique après la crise financière de 1997, y compris les secteurs tertiaires (grands magasins, hôtels, restaurants et cafés, entretiens et gardiennages, maisons d'édition, etc.) et les services publics (hôpitaux, aéroports, chemins de fer, autoroutes, électricité, etc.). Selon une enquête réalisée par le Ministère du travail de Corée en novembre 2009<sup>6</sup>, parmi toutes les entreprises, privées et publiques confondues, employant au moins 300 salariés titulaires (salariés directement embauchés par celles-ci), soit au total 1 764 entreprises, celles qui pratiquent le travail sous-traité sont au nombre de 963, soit 54,6%, et les travailleurs sous-traités (salariés des entreprises sous-traitantes) s'élèvent à 368 590, soit 18,8% de l'ensemble des travailleurs des entreprises concernées, utilisatrices et sous-traitantes confondues.

Cette situation pose un grand problème en termes de justice sociale. Si le niveau de la rémunération des salariés titulaires est de 100, celui des travailleurs sous-traités ne sera que de 43,6. Et ce, y compris en cas de travail de qualité égale. Les travailleurs, qui sont enfermés dans les chaînes de précarité, du CDD au travail sous-traité *via* l'intérim, et ce en répétition, tombent purement et simplement dans le statut d'une chose jetable après usage. Et leurs libertés collectives (liberté syndicale,

<sup>1</sup> DB de *Institute for the Translation of Korean Classics* (<http://db.itkc.or.kr>). Pour cet article, toutes les références coréennes sont traduites en langue française par l'auteur.

<sup>2</sup> La première Constitution de la République de Corée de 1948 déclarait : « *La terre agricole est distribuée aux paysans* » [article 86]. Et la Constitution de 1962 a réaffirmé ce principe : « *Le fermage agricole est interdit* » (toujours en vigueur dans l'article 121).

<sup>3</sup> Ce serait l'équivalent du *nayagasiri* japonais et du *baogongtou* chinois de la même époque. Cf. Noja Park, « Le travail intérimaire, un spectre d'il y a cent ans », *Hani* 21, n° 589, 15 déc. 2005.

<sup>4</sup> La Cour de cassation coréenne confirme la nullité d'un tel acte [C. cor., 2 fév. 1962].

<sup>5</sup> Cf. Soumi Eun (dir.), *Le travail sous-traité et la structure de l'emploi en Corée*, Séoul, Korea Labor Institute, 2011.

<sup>6</sup> Reproduite *ibid.*, pp. 19 et s.

droit de négociation collective et droit de grève], bien que garanties par la Constitution coréenne, ne sont pas dignes de ce nom. Les travailleurs sous-traités, qui sont évidemment titulaires de ces droits, n'ont pas la capacité nécessaire pour les rendre réels. Ils tombent ainsi, en ce sens, en état de « mineurs sociaux », à l'image de ceux qui sont dits mineurs, sujets de droit incapables.

Le thème du travail sous-traité offre ainsi une belle occasion d'effectuer une recherche sur le sens du travail et sur les principes juridiques du droit du travail dit « moderne » dans une relation de travail « pré-moderne », qui représenterait toutefois une forme de l'époque où on parle de la « postmodernité ». Nous entendons ici « le travail sous-traité » d'une façon assez large. Il peut désigner une simple fourniture de main-d'œuvre, une externalisation, une filialisation, une prestation de services, ou une relation de travail « triangulaire » au sens de l'OIT<sup>7</sup>. Donc, ce n'est pas un concept, mais un phénomène. Ce phénomène, aussi divers soit-il dans ses formes, a pour sens commun l'éclatement d'une image de l'entreprise hiérarchiquement organisée avec un collectif de travail. Cela met en crise les notions traditionnelles sur lesquelles se fonde notre droit du travail. Cette crise de la notion (I) reflète en même temps la crise de la réalité (II). De quelle crise parlera-t-on, à cette époque de la crise financière, écologique, anthropologique, etc. ? Que penser ou imaginer alors en face de cette question du Sphinx ? C'est à cette question que cette recherche aimerait apporter quelques éléments, pour ne pas dire de réponse, de réflexion et d'interprétation.

## I – La crise de la notion

Crise de la notion d'employeur, d'abord. La signification du terme d'employeur semblerait simple : « celui qui emploie ». En langue coréenne : *sayongja*, lequel signifie aussi « celui qui conduit ou emploie ». Or, le mot *sayong* est d'abord employé pour dire : « employer une chose », au point que le mot *yong* désigne étymologiquement « mettre une chose dans ». Comment

<sup>7</sup> Cf. *Le travail en sous-traitance*, Rapport V (2B), 86<sup>e</sup> session, 1998 et « Recommandation sur la relation de travail » adoptée lors de la 95<sup>e</sup> session en 2006.

peut-il être justifié d'employer les hommes (les travailleurs), s'ils ne sont pas des choses ? Ne serait-ce pas une « réification » ? Apparaît là, déjà, un dilemme fondamental du droit moderne. Cela ne pourrait être possible que parce qu'une responsabilité en est postulée. D'où l'argument selon lequel l'employeur est une notion indispensablement liée avec la responsabilité. Or, cette notion est remise en cause aujourd'hui. Pourquoi ? C'est parce que ceux qui emploient à leur gré n'en prennent pas la responsabilité, comme le dit un dicton coréen : « On mange la vache à son anniversaire après l'avoir conduite à satiété ».

L'entreprise étant éclatée, l'employeur est de plus en plus « invisible ». La question se pose alors : comment rechercher l'employeur invisible ? La solution paraîtrait relativement facile, grâce à la technique juridique dite de « requalification », lorsque la pratique peut être jugée frauduleuse ou illicite. L'entreprise utilisatrice serait ainsi requalifiée en véritable employeur des travailleurs sous-traités...

## A – Une trilogie jurisprudentielle

Toutefois, la frontière n'est pas toujours claire entre le territoire du licite et celui de l'illicite<sup>8</sup>. C'est un défi pour les juristes qui doivent trancher une affaire, donc tracer une frontière intangible sur la rivière qui coule. C'est dans cette mouvance que se trouve la question du travail sous-traité. Celui-ci marche sur le mur. Il tombera soit sur le terrain d'une « vraie » sous-traitance, à savoir une opération économique licite, soit sur le terrain de la fausseté comme, par exemple, le délit de marchandage. Le mur n'est pas de grande largeur, alors tomber ici ou là-bas sera fatalement différent dans ses conséquences juridiques. Les trois arrêts coréens ci-dessous en témoigneront. Ils constituent ensemble une « trilogie jurisprudentielle »<sup>9</sup> de la Cour de cassation coréenne en matière de travail sous-traité.

<sup>8</sup> Les paragraphes ci-dessous sont une reproduction légèrement modifiée et réorganisée de l'article, J. Park, « Le travail en sous-traitance entre licite et illicite », publié au journal du RFIEA, *Perspectives*, printemps 2012.

<sup>9</sup> Cf. Sungt-Tae Kang, « La trilogie jurisprudentielle du travail sous-traité : Les sens des arrêts récents de la Cour de cassation coréenne », *Revue de droit du travail*, n° 35, 2010, pp. 1-36.

Il s'agit de l'arrêt *Hyundai Mipo Dockyard (HMD)* du 10 juillet 2008, de l'arrêt *Hyundai Heavy Industries (HHI)* du 25 mars 2010 et de l'arrêt *Hyundai Motor (HM)* du 22 juillet 2010. Nous sommes toujours à Ulsan, ville sud-coréenne dite « empire de Hyundai ». Et toujours Hyundai. Ce n'est pas parce que le problème de travail sous-traité n'existe pas ailleurs, mais parce que c'est dans ce conglomérat coréen (*jaibeol* ou *chaebol*) et dans cette ville que le syndicalisme coréen est, à la fois, à son plus fort et au plus faible.

Premièrement, c'est l'affaire *HMD*. La société *HMD* est une société filiale du *Hyundai Heavy Industries Group*, dans le domaine de la construction navale. Selon l'enquête du Ministère du travail de 2009, citée ci-dessus, elle emploie 3 762 salariés titulaires (salariés de *HMD*), et dispose, sur le chantier, de 71 entreprises sous-traitantes avec 5 600 travailleurs sous-traités. L'entreprise Yongin, sous-traitante depuis 1978, fut fermée en 2003 à la suite d'une décision de conversion de l'activité, prise par *HMD*. Les 30 travailleurs alors licenciés portèrent plainte contre celle-ci, pour faire reconnaître leur statut de personnel de cette entreprise utilisatrice. La Cour de cassation coréenne a donné raison aux travailleurs par un arrêt du 10 juillet 2008. Selon elle, lorsque l'entreprise sous-traitante n'a aucune activité réelle au point que sa personnalité juridique ne se reconnaît pas comme telle et qu'elle n'est donc qu'un instrument intermédiaire au profit de l'entreprise utilisatrice, la relation entre celle-ci et les travailleurs sous-traités est considérée comme une relation de contrat de travail tacite dès le premier jour de l'opération. Les travailleurs licenciés ont été alors réintégrés au sein de la société *HMD* en tant que salariés titulaires<sup>10</sup>. Cette solution s'appelle *la thèse du contrat de travail tacite*.

Deuxièmement, c'est l'affaire *HHI*. La société *HHI* est aussi une filiale du *Hyundai Heavy Industries Group*, également dans la construction navale. Selon la même enquête citée ci-dessus, elle emploie 25 137 salariés

titulaires, et dispose, sur le chantier, de 161 entreprises sous-traitantes avec 19 800 travailleurs sous-traités. En 2003, certains de ces travailleurs tentèrent d'organiser un syndicat. Ils furent licenciés et les 5 entreprises où le mouvement avait été le plus virulent furent fermées une par une. Les 5 travailleurs licenciés portèrent plainte contre *HHI*, leur entreprise utilisatrice, pour deux raisons. L'une est que le licenciement est nul, de sorte qu'ils doivent être réintégrés à *HHI* en tant que salariés titulaires. L'autre est que la société *HHI* doit être tenue pour responsable de ces mesures anti-syndicalistes, car elle exerce une influence réelle sur les travailleurs sous-traités comme si elle était leur véritable employeur. La première plainte fut rejetée, la deuxième a été retenue par un arrêt du 25 mars 2010 de la Cour de cassation coréenne. Selon la Haute juridiction, bien qu'en principe, le responsable des mesures antisyndicales ne puisse être que l'employeur, à savoir celui qui est en relation contractuelle de travail avec les travailleurs en question, un tiers peut être également responsable lorsqu'il exerce une influence réelle et concrète sur les éléments affectant le sort des travailleurs sous-traités (licenciement ou réembauchage, rémunération, conditions de travail, etc.). Cela s'appelle *la thèse de l'influence réelle*.

Et cet arrêt *HHI* est le premier par lequel la Cour de cassation coréenne a adopté cette thèse. Cet arrêt peut sembler moindre dans son effet direct, qui n'est que celui de l'interdiction faite à *HHI* de reproduire une telle discrimination syndicale sans que les travailleurs licenciés ne soient réintégrés au sein de la société *HHI*. Mais la question n'est pas si simple. Si l'entreprise utilisatrice doit se charger d'une responsabilité d'employeur parce qu'elle exerce une influence réelle sur les travailleurs sous-traités, cela pourrait vouloir dire que, dans le système coréen, elle devrait également répondre à une demande de négociation des accords collectifs, revendiquée par un syndicat organisé par les travailleurs sous-traités qui, du point de vue patronal, ne seraient pas juridiquement ses salariés. Une telle situation pourrait s'avérer provocante dans une Corée à forte culture de syndicalisme d'entreprise.

Troisièmement et finalement, c'est l'affaire *HM*. La société *HM* est une société filiale du *Hyundai Motor Group*, dont la plus grande usine est située à Ulsan. Selon la même source gouvernementale, *HM* emploie, dans la seule usine d'Ulsan, 56 100 salariés titulaires, et dispose

<sup>10</sup> Selon la loi coréenne du 10 mai 1953 sur les conditions de travail, lorsque le licenciement est jugé sans cause juste et donc nul, le salarié licencié sera réintégré dans son poste d'origine ou équivalent avec des rémunérations non payés après le licenciement. C'est le principe, sauf que le salarié exprime explicitement sa volonté de ne pas être réintégré (depuis le 26 janvier 2007).

de 100 entreprises sous-traitantes avec 7 400 travailleurs sous-traités. Ces derniers travaillent sur les mêmes lignes de montage que les salariés titulaires de *HM* et leur travail devrait avoir la même qualité. Car, si les pneus de gauche sont montés par les travailleurs sous-traités, ceux de droite seront montés par les salariés de *HM*. Bien que ces travailleurs aient les mêmes consignes, avec les mêmes horaires de travail, leurs conditions de travail ne sont pourtant jamais égales, de même que leur rémunération. Certains travailleurs sous-traités tentèrent eux aussi de créer un syndicat. La suite est désormais une histoire banale : licenciement des syndicalistes, fermeture des entreprises visées, grèves, manifestations, occupations, accusations, dénonciations, etc. Les 4 travailleurs ainsi licenciés décidèrent de recourir à la justice pour faire reconnaître leur statut de salariés titulaires de la société *HM*. Dans un arrêt du 22 juillet 2010, la Cour de cassation coréenne a donné raison aux travailleurs en jugeant que cette opération sous forme de sous-traitance est en réalité une opération de travail temporaire. Selon elle, lorsque l'entreprise sous-traitante se dote d'une certaine entité juridique et économique, mais que c'est l'entreprise utilisatrice qui exerce l'autorité sur les travailleurs sous-traités, l'opération est considérée comme un intérim. Bien qu'elle n'entre pas dans les conditions légales, la loi du 20 février 1998 sur le travail temporaire doit donc s'appliquer, notamment l'article 6 qui prévoyait : « *Lorsque l'entreprise utilisatrice continue d'employer au-delà de deux ans le travailleur temporaire mis à sa disposition, elle est censée l'avoir embauché dès le lendemain de l'expiration de la durée de deux ans* » (effet d'embauche automatique)<sup>11</sup>. Les travailleurs sous-traités, s'ils remplissent la condition de deux ans plus un jour, seront alors considérés comme ayant été embauchés en CDI par l'entreprise utilisatrice *HM* depuis ce 731<sup>e</sup> jour. Avec les mêmes droits, légaux et conventionnels, que les salariés titulaires de *HM*. Une telle solution s'appelle *la thèse du travail temporaire illégal*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cette disposition a été modifiée par une loi du 21 décembre 2006. Actuellement, dans le même cas, l'entreprise utilisatrice n'a qu'un *devoir* d'embaucher (article 6 bis).

<sup>12</sup> En fait, c'est l'arrêt du 18 septembre 2008 de la Cour de cassation coréenne en assemblée plénière rendu dans l'affaire *Yesco* qui a adopté pour la première fois la thèse du travail temporaire illégal. Mais, c'est cet arrêt *HM* qui a provoqué un

Mais, l'affaire n'est pas encore finie. L'arrêt *HM*, à la différence des deux autres décisions antérieures, a encouragé les autres travailleurs sous-traités se trouvant dans la même situation à poursuivre leur entreprise utilisatrice afin d'obtenir le même résultat et ainsi faire requalifier l'entreprise utilisatrice comme étant juridiquement leur véritable employeur. Un peu opportuniste certes... mais bien compréhensible dans la mesure où ils sont quotidiennement exposés aux risques. C'est ainsi que l'action a été entreprise par environ 2 000 travailleurs sous-traités de *HM* ayant plus de deux ans d'ancienneté. Quant à la société *HM*, elle a saisi la Cour constitutionnelle coréenne d'une demande d'inconstitutionnalité de la disposition légale en question (*i.e.* ancien article 6 de la loi de 1998 sur le travail temporaire) parce que celle-ci contredit la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution coréenne<sup>13</sup>. Quelle qu'elle soit, la décision sera le point de départ d'un autre débat nettement plus vif, et non point une fin.

## B – Mais inachevée...

Cette trilogie jurisprudentielle n'a cependant pas été achevée. Premièrement, la thèse du contrat de travail tacite met un accent trop lourd sur la condition d'activité réelle de l'entreprise sous-traitante. Selon la jurisprudence, une telle activité sera reconnue, soit lorsque l'entreprise sous-traitante prouve qu'elle tire une part de son profit chez d'autres clients, soit lorsqu'elle prouve son autonomie dans la gestion fiscale ou salariale. Cependant, il n'est pas difficile de penser que l'entreprise utilisatrice laisse ses sous-traitantes exploiter un peu ailleurs. Et l'autonomie fiscale ou salariale ne signifie pas automatiquement une personnalité juridique autonome, lorsque l'entreprise sous-traitante n'exerce aucun pouvoir de direction sur son personnel dans l'exécution effective

---

véritable débat, *Yesco* étant une toute petite entreprise sans syndicat...

<sup>13</sup> Sur les raisons données par la société *HM* et ses critiques, cf. J. Park, « Étude juridique sur quelques sujets autour du travail sous-traité », in Soumi Eun, *op. cit.*, pp. 150-154. L'une des raisons est la suivante : « La liberté contractuelle, parmi les principes constitutionnels de l'autonomie privée, signifie la liberté de ne pas être contraint, par la loi ou l'État, à la conclusion d'un quelconque contrat non voulu ». La fameuse maxime de Montesquieu mérite ici d'être évoquée : « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ».

du travail. D'autant plus qu'une telle gestion pécuniaire peut être effectuée de manière machinale, au point que, dans la plupart des cas, le montant des salaires et des prélèvements obligatoires est déterminé, soit en amont en cas de rémunération forfaitaire, soit en aval en cas de rémunération au temps, par l'entreprise utilisatrice. C'est pourquoi cette thèse ne trouve que rarement des cas pour effectivement s'appliquer. L'arrêt *HMD* en est l'un des rares cas.

Deuxièmement, la thèse du travail temporaire illégal pose un gros problème pour les travailleurs sous-traités ayant moins de deux ans d'ancienneté. Ces derniers, bien qu'ils se trouvent dans la même situation illégale que leurs semblables ayant plus de deux ans, ne pourraient être requalifiés en salariés titulaires de l'entreprise utilisatrice, si leur relation de travail est rompue avant l'expiration de la durée de deux ans. La justice ferme les yeux devant l'illégalité pendant deux ans et laisse ainsi les entreprises utilisatrices en bénéficier sans aucune responsabilité. C'est inacceptable.

Troisièmement, la thèse de l'influence réelle consiste à détourner l'essentiel de la question, celle du lien de subordination. Si l'entreprise utilisatrice a exercé une influence réelle et concrète sur les salaires et les conditions de travail des travailleurs sous-traités, comment pourrait-on dénier l'établissement d'un lien de subordination entre ces deux parties ? La thèse s'accompagne en effet d'une telle dénégation. Il est vrai que les travailleurs sous-traités pourraient, grâce à cette solution jurisprudentielle, demander à l'entreprise utilisatrice une négociation salariale. Mais, si jamais l'entreprise utilisatrice la refuse ? Le juge lui ordonnera d'y répondre. Si elle refuse toujours ? Une sanction pécuniaire sera possible, laquelle n'est cependant pas élevée. Alors, la grève, la fermeture des entreprises sous-traitantes et le licenciement des grévistes suivraient-ils. À une éventuelle action en nullité du licenciement avec la requalification en contrat de travail chez l'entreprise utilisatrice (les entreprises sous-traitantes ayant disparues), le juge répondrait négativement, au moins en se basant sur cette thèse. Les travailleurs se trouveraient dès lors dans une situation similaire, sans issue.

Mais avant tout, dans chacune de ces affaires, les conditions de faits sont-elles vraiment différentes les unes des autres, de telle sorte que ces trois thèses jurisprudentielles soient contraintes de s'appliquer chacune de leur côté ? On en douterait...

## C – Et pourquoi ?

Notre hypothèse est que la Cour de cassation coréenne ne sait pas ou ne veut pas savoir ce qu'il en est de la notion de lien de subordination. Selon la Cour, celle-ci est définie de la manière suivante : « L'employeur est celui qui est dans un lien de subordination avec un travailleur ; à savoir celui qui noue une relation contractuelle, explicite ou tacite, de travail avec un travailleur, dans le but de lui fournir un travail, exécuté sous son pouvoir de direction et de contrôle, en contrepartie d'une rémunération »<sup>14</sup>. Ainsi le lien de subordination est-il assimilé à une relation contractuelle explicite ou tacite de travail. « Explicite ou tacite ». C'est un vocabulaire volontariste. C'est la raison pour laquelle, selon notre hypothèse, la Cour de cassation coréenne ne reconnaît l'existence d'un contrat de travail que lorsqu'un consentement se vérifie au moins tacitement, bien qu'il soit établi un lien de subordination. Et, c'est en particulier le cas de la thèse du contrat de travail tacite. Elle dénature la notion de lien de subordination comme critère du contrat de travail. Car, selon cette thèse, bien qu'il soit reconnu un lien de subordination entre entreprise utilisatrice et travailleur sous-traité, l'existence d'un contrat de travail n'y sera pas reconnu, dès lors que l'entreprise sous-traitante exploite la moindre activité dite réelle. Et ce serait l'une des raisons pour lesquelles les juges se glissent vers les deux autres thèses malgré leurs défauts non pas moins graves. C'est ainsi que l'existence d'un contrat de travail dépendra d'une relation économique entre entreprises, et non du lien de subordination. Une telle dénaturation consiste alors à négliger le principe de réalité, selon lequel l'établissement d'un lien de subordination doit être examiné dans les conditions de faits dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur, et non dans la volonté exprimée par les parties ou la dénomination qu'elles ont donné à leur convention.

<sup>14</sup> C. cor., 22 déc. 1995.

D'où vient alors ce « fétichisme volontariste »<sup>15</sup> de la Haute juridiction coréenne ? On pourrait trouver un indice dans la parole suivante, émise par un éminent juriste japonais (car la jurisprudence coréenne a été, dirait-on, beaucoup influencée par celle du Japon) : « Je suppose que la notion de lien de subordination a été écartée par la Cour suprême japonaise parce qu'elle constitue une thèse de la subordination du travail à laquelle la Cour a été toujours réticente »<sup>16</sup>. Hélas ! Est-ce alors que la Cour de cassation coréenne, qui ne peut ou ne veut accepter l'idée de travail subordonné, selon laquelle la réalité passe avant le consentement ou l'idée même de subordination jugée incompatible avec le principe d'autonomie de la volonté, a récupéré la notion de lien de subordination pour la remplacer par celle de « relation contractuelle, explicite ou tacite, de travail », notion essentiellement volontariste ? Si c'est le cas, c'est donc que notre Cour suprême n'a jamais compris le droit du travail !

L'essentiel de la notion de travail subordonné consiste dans la subordination de la volonté. Le travail humain n'est pas possédable. À la différence de la vente ou de la location d'une maison, pour lesquelles l'acheteur ou le locataire peuvent accéder à la possession du bien immobilier, celui qui achète ou loue un travail (nous, habitant dans l'empire du Marché, avons perdu la capacité de le dire autrement) – soit la force de travail d'un autre – n'est jamais susceptible de posséder cette force de travail en soi. Il est donc inévitable que celui qui souhaite profiter du travail d'autrui doive pouvoir mettre à sa disposition le corps même du travailleur. L'économie capitaliste ne pourrait exister, si l'employeur ne pouvait pas « empoigner » dans l'usine les travailleurs voulant rentrer chez eux après lui avoir vendu ou loué leurs biens prestigieux, à savoir leur travail. Or, cet empoignement n'est pas physique, mais métaphysique, du moins depuis l'abolition de l'esclavage. C'est-à-dire que la domination sur le corps du travailleur s'effectue à travers celle sur la volonté du travailleur. « Un assujettissement réel naît mécaniquement d'une relation fictive. De sorte qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à des moyens de force

pour contraindre (...) l'ouvrier au travail (...) »<sup>17</sup>, pour dire ainsi comme Foucault.

L'opposition de ces deux perspectives, celle de l'autonomie de la volonté et celle de la subordination de la volonté, part de la question suivante : « une volonté d'être subordonné peut-elle être reconnue dans l'ordre juridique moderne ? » La perspective de l'autonomie de la volonté, qui est celle de la Cour de cassation coréenne, ne pourrait être fondée, si elle n'y répondait pas par l'affirmative. Or, une telle réponse conduirait à quelque chose de similaire à « l'hommage » de la société féodale. Nous avons cru être allés loin, mais il se pourrait que nous errions toujours aux contours d'une féodalité... La perspective de la subordination de la volonté dévoile ainsi dans quelle fiction et dans quelle impasse le credo volontariste se trouve.

Comme il a été évoqué ci-dessus, le travail sous-traité est une métamorphose contemporaine de l'ancienne pratique de *mareum*. Il implique une transition de l'organisation hiérarchique du travail à celle en réseaux. Une telle transition dans la société contemporaine a déjà fait l'objet de plusieurs études<sup>18</sup>. Ce n'est cependant pas l'horizontalité des relations de contrat, mais une verticalité des relations de pouvoir, qui y règne. Cela s'appellerait « réseaux hiérarchiques » ou « horizontalité verticale ». Ces mots, qui semblent pathologiques, dévoilent ainsi une pathologie de notre société contemporaine. Il y a là un passage du travail subordonné au travail sous-traité. Et ce passage va de pair avec celui du lieu de travail à l'espace de mission. La crise de la notion d'employeur et d'entreprise s'inscrit ainsi dans une crise plus profonde de la réalité : « substitution de l'espace au lieu ».

<sup>15</sup> Kyung-Bae Cho, « L'étude des droits collectifs des travailleurs atypiques », *Revue d'études démocratiques du droit*, n° 23, 2003, p. 397.

<sup>16</sup> Junichiro Mawatari, « Le sens de l'arrêt *Asahi Broadcasting* et ses effets sur les relations collectives de travail des travailleurs portuaires » (tr. cor.), *Revue de droit du travail*, n° 6, 1996, p. 4.

<sup>17</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 204.

<sup>18</sup> Cf. Jaeyeol Lee et al., *La structure et les enjeux de la société en réseaux*, Presses universitaires de Séoul, 2007.



## II – La crise de la réalité

Le mot français « lieu » se traduit en coréen par *jangso*, et celui « espace », par *gonggan*. Le *jangso* est un mot composé par *jang* (terre ensoleillée → champ large) et *so* (lieu où se trouve une hache dans le foyer → lieu donné). C'est donc une chose concrète et visible. Le *gonggan* est un mot composé par *gong* (trou creusé par un instrument → vide) et *gan* (lune ou soleil qui filtre par la porte → entre ou milieu). C'est un milieu vide. C'est donc une chose abstraite et invisible. Si l'on le redit en français : le lieu est concret et visible, l'espace abstrait et invisible. Une telle connotation permet de saisir le sens du travail sous-traité dans une mutation contemporaine du monde du travail : substitution de la domination sur l'espace de mission à la direction du lieu de travail et celle de l'invisibilité à la visibilité.

### A – De la visibilité du lieu à l'invisibilité de l'espace

Le droit du travail moderne se fonde sur une notion spécifique de travail, à savoir celle de travail subordonné. Le travail subordonné postule un ordre intégral et hiérarchique de l'entreprise. Dans l'entreprise intégrale et hiérarchique, le pouvoir de direction de l'employeur s'exerce sur les travailleurs dans le lieu de travail, qui y constituent un collectif de travail. Le lieu (*jangso*) étant visible, l'employeur exerce son autorité d'une manière visible dans ce lieu de travail. Cette visibilité rend possible la mise en cause de la responsabilité de l'employeur. Au contraire, le travail sous-traité va de pair avec un ordre complètement différent : réseaux d'entreprises. Ces réseaux d'entreprises ne constituent plus un lieu concret de travail, mais un espace mouvant de mission, où le collectif de travail éclate. Tandis qu'il dirige le lieu dans le travail subordonné, l'employeur domine l'espace dans le travail sous-traité. L'espace (*gonggan*) est abstrait et invisible. Cette abstraction lui permet de dominer tous les parcours du travail au-delà des limites dressées par les lieux de travail. Et l'invisibilité de l'espace rend difficile, pour ne pas dire impossible, de responsabiliser le dominant.

Un exemple. La société coréenne *Kia Motors* a largement dépassé les limites en confiant la production entière d'une marque de véhicule à l'entreprise sous-

traitante *Donghee Auto*. Elle fournit à celle-ci tous les éléments nécessaires : usine, installations et équipements, composants à monter, etc., à l'exception des travailleurs. Par ailleurs, l'entreprise sous-traitante *Donghee Auto* s'est procuré ces travailleurs chez ses propres sous-traitants. Il en résulte que si les travailleurs sur les lignes de montage (environs 900) sont tous des sous-traités, seuls les cadres (150) sont des salariés de *Donghee Auto*<sup>19</sup>.

Un autre exemple. La société coréenne *Hanjin Heavy Industries & Construction (HHIC)*, filiale principale de *HHIC Holdings*, contrôle à 100% *HHIC-Hongkong*, qui elle-même contrôle à 100% *HHIC-Cyprus*. Et, *HHIC-Cyprus* contrôle à 100% *HHIC-Denmark*, laquelle contrôle à 100% *HHIC-Phil* qui gère le Chantier naval de Subic aux Philippines. L'activité réelle s'effectue dans ce dernier lieu de travail. Cependant, l'emprise de *HHIC Holdings* englobe tous les parcours depuis la Corée jusqu'aux Philippines.

L'entreprise hiérarchique serait une métamorphose en droit du travail de l'image de l'État-nation souverain. L'autorité de l'employeur correspondrait à la souveraineté de l'État. Or, l'État souverain en voie de déclin manifeste plus clairement sa visibilité tout en bâtissant frénétiquement des murs<sup>20</sup>, alors que le travail sous-traité a pour caractère l'invisibilité. Le pouvoir devient plus fort, on le sait, lorsqu'il est invisible. Là où la visibilité de la souveraineté étatique témoigne son affaiblissement, l'invisibilité de la domination dans l'espace implique le renforcement du pouvoir de l'entreprise. Ce serait l'une des raisons pour lesquelles les normes étatiques d'aujourd'hui ne répondent pas bien aux enjeux jetés par le phénomène de travail sous-traité.

Quelle est la force motrice de cette curieuse substitution de l'espace au lieu ? C'est le désir infini. L'infinité du désir va fatalement dans le sens de l'abolition de toutes les frontières limitant ce désir. Le caractère concret et visible du lieu provient de ses limites. Sans limites, sans frontières, il n'y aura pas de forme possible de la chose. Et du monde non plus. Le mot coréen « *gye* » est en ce sens très suggestif. Ce mot *gye* signifie à la fois

<sup>19</sup> C'est la raison pour laquelle celle-ci n'a pas été comptée dans l'enquête du gouvernement de 2009 citée ci-dessus.

<sup>20</sup> Cf. W. Brown, *Murs : Les murs de séparation et le déclin de la souveraineté étatique*, tr. fr., Paris, Les Prairies ordinaires, 2009.

le monde (*segye*) et la limite, la frontière (*gyeonggye*). Le *gye*, monde en tant que limite, c'est « l'écoumène » au sens d'Augustin Berque<sup>21</sup>. Il est tout à fait intéressant de voir, dans *Le modèle américain*<sup>22</sup>, un antipode de cette idée de monde en tant que limite (frontière). Selon l'auteur, c'est l'esprit de *Frontier* qui marque le modèle américain. Chez Américains, la *Frontier* n'est plus une frontière, une limite, mais c'est « l'horizon mobile » au-delà duquel il faut toujours aller plus loin. Du côté de l'Atlantique vers le *West*, vers le Pacifique, vers la Terre, vers la Lune, et enfin vers... La mondialisation, un synonyme du Marché sans limites, ne serait qu'une expression économique de cet esprit de *Frontier*. La forme d'un marché est donnée aussi par ses limites. Le marché sans limites n'est plus un marché, et n'est qu'un monstre engloutissant tout. « Sans limites formelles, dit un auteur américain, le pouvoir devient démesuré et destructeur »<sup>23</sup>. Le phénomène de travail sous-traité représente un esprit fondamentaliste qui vise à réaliser ce désir infini, en remplaçant le lieu par l'espace, le visible par l'invisible, la mesure par la démesure, etc. Cela met en danger la vie humaine.

Il n'est pas facile de se déplacer ici ou là-bas, lorsque l'on s'enracine dans un lieu. Cela serait un peu contraignant, mais assure une stabilité. L'espace, par contre, garantit un déplacement libre. Cela serait commode, mais amène une instabilité, une insécurité. Le mot coréen *bulan* (insécurité, instabilité) signifie un état non stable, et son anonyme, *anjeong* a pour sens premier de « s'installer dans un lieu ». Il est possible, en ce sens, de dire que la sécurité est une notion intime avec le lieu et la flexibilité avec l'espace. Le Travail préférerait le lieu, et le Capital, l'espace. Nous vivons aujourd'hui dans l'espace, et non dans le lieu. Avec une vie aspirant à la commodité au prix de la stabilité et de la sécurité. Notre vie est confortable plus que jamais, mais également plus instable que jamais. L'événement de *Fukushima* de mars 2011 en est l'une des illustrations les plus catastrophiques. Confucius dit ainsi : « Avec l'égalité, il n'y a pas de pauvreté ; avec la solidarité, il n'y a pas de manque ; avec la stabilité, il n'y a pas d'effondrement ».

<sup>21</sup> A. Berque, *Écoumène : Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Berlin, 2009.

<sup>22</sup> J. Vaisse, *Le modèle américain*, Paris, Armand Colin, 1999.

<sup>23</sup> W. Berry, *The Way of Ignorance*, tr. cor., Séoul, Éd. Chunggrim, 2011, p. 31.

Pour s'assurer de la pérennité de la vie humaine en général, et de la restitution du sens du travail en particulier, il est donc nécessaire de convoquer de nouveau le sens du lieu, à savoir de rendre l'invisible visible.

## B – Rendre l'invisible visible

Face au phénomène de travail sous-traité, à la substitution de l'espace de mission au lieu de travail, aux entreprises et employeurs de plus en plus invisibles, la question se pose de savoir comment rendre l'invisible visible ; dans l'optique, non seulement de faire prendre aux employeurs leurs responsabilités, et de rendre leurs capacités aux titulaires de droits, mais également pour faire du droit du travail un droit digne de ce nom, sensible aux changements du monde du travail. Les notions traditionnelles en droit du travail sont à revisiter dans cette perspective. Mais nous nous contentons ici de présenter quelques idées en construction.

Revenons à nos exemples ci-dessus : ceux de *Kia Motors* et de *HHIC Holdings*. Qui est alors le véritable employeur de ces travailleurs sous-traités ? Comment rechercher l'employeur au-delà du chef d'entreprise qui agit pour le compte d'un décideur<sup>24</sup> ? Comment reconstituer la représentation collective dans ces espaces ? Comment encadrer tous ces parcours ? L'important, c'est aller au-delà de la notion d'entreprise comme lieu de travail, pour penser une notion d'entreprise comme espace de mission. Il convient par ailleurs d'aller au-delà de la notion de subordination liée à la direction dans le lieu de travail, pour penser une notion de subordination liée à la domination sur l'espace de mission. De l'entreprise-lieu à l'entreprise-espace. Et, de la subordination-direction à la subordination-domination.

Un arrêt de la CJCE en donne un exemple d'application. En matière d'application de la directive européenne sur le transfert d'entreprise, elle décide : « La circonstance que l'entreprise cédante ne soit pas celle qui a conclu le premier contrat avec le donneur d'ordre mais

<sup>24</sup> « C'est remonter la chaîne des vassalités pour aller directement au suzerain, rompant ainsi avec la tradition du Moyen Âge » : Cf. A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, juill.-août 2010, p. 744.

seulement la sous-traitante du cocontractant est sans incidence sur la notion même de transfert conventionnel, dès lors qu'il suffit que ledit transfert s'inscrive dans le cadre de relations contractuelles même indirectes<sup>25</sup>. L'idée est ici que ces relations contractuelles directes et indirectes constituent ensemble un cadre juridique ou, selon notre langage, un espace de mission dans lequel les règles du travail doivent s'appliquer<sup>26</sup>. Cette idée permet de remonter vers le haut où se trouve le détenteur du pouvoir de domination sur cet espace.

La notion de « groupe d'entreprises » (*gieobjibdan*), telle qu'elle est définie par la loi sur la réglementation du monopole et la juste transaction, fournit également un cadre utile. Pour cette loi, le groupe d'entreprises s'entend comme « un groupe composé par les entreprises dominées *de fait* par une même personne physique<sup>27</sup> ou morale et cette personne dominante même, si elle est une personne morale » [article 2]. Et pour déterminer l'existence d'une domination de fait, elle renvoie à deux critères alternatifs : l'un économique et l'autre social (son décret d'application, article 3). Le premier concernant la situation de la possession des actions, le second est plus significatif. Celui-ci se traduit par « l'exercice de l'influence dominante sur la gestion de l'entreprise concernée », qui peut être établie par le pouvoir de nomination des responsables, l'influence dominante sur les décisions importantes telles que la restructuration ou l'investissement dans une nouvelle activité, les mobilités du personnel d'encadrement, les transactions de titres, de biens ou de services, effectuées au-delà d'une sphère normale, ou les comportements ou les signes commerciaux susceptibles de faire reconnaître une unité économique selon le bon sens. Bien que ce ne soit pas encore le cas, ces dispositions et les idées qu'elles impliquent nous semblent parfaitement mériter d'être évoquées pour s'appliquer en cas de travail sous-traité.

Enfin, l'idée de « traçabilité sociale »<sup>28</sup> constitue aussi l'un des moyens juridiques de rendre visible ces parcours invisibles dans l'espace. Il s'agit d'attacher l'esprit des choses à ceux qui les ont produites, importées et mises en circulation. La portée de la responsabilité s'étend ainsi du défaut du produit à celui de la procédure de production. On en trouve un bel exemple en droit international du commerce. En juin 2011, *Samsung* a porté plainte contre *Apple* auprès de la Commission du commerce international des États-Unis (*USITC*) pour faire interdire l'importation sur le marché américain des produits, tels que *iPod*, *iPad* et *iPhone*, fabriqués en Chine en violation, selon *Samsung*, de ses brevets liés aux technologies sans fil. Il s'agit de remettre en cause un défaut effectué dans le respect des conditions de production, et non pas un défaut des produits eux-mêmes. C'est le principe du droit de la propriété intellectuelle. Alors pourquoi pas en droit social ? Pourquoi n'est-il pas possible d'appliquer la même règle aux produits fabriqués en violation des droits fondamentaux du travail. Par exemple, on peut penser à interdire l'importation et la vente des *Galaxy Tab* fabriqués en violation de la liberté syndicale par *Samsung* lui-même ou par ses sous-traitantes.

En guise de conclusion : « Le *hau* poursuit tout détenteur » (Mauss). Et ce, jusqu'à ce qu'il « rende » ses responsabilités.

<sup>25</sup> CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco Service Industries c/ Imzilyen*.

<sup>26</sup> Nous pensons aussi à la notion d'« unité économique et sociale », développée par la jurisprudence française.

<sup>27</sup> Il faut penser aux conglomérats coréens (*jaibeol* ou *chaebol*).

<sup>28</sup> Cf. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 153 et s.