COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS

Coordinated by Andrés Camargo Rodríguez (PhD candidate- Universitat Pompeu Fabra) and Oriol Cremades Chueca (Research assistant and PhD candidate - Ramón Areces Foundation scholarship - ESADE - Ramon Llull University)

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 3/2017 of *IUSLabor* is dedicated to labor effects of corporate groups and group of companies. We have had the collaboration of internationally renowned academics and professionals from Belgium, France, Germany, Italy, Portugal, Spain, Brazil, Chile, Colombia, Uruguay and Canada.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 3/2017 de IUSLabor está dedicado los efectos laborales de los grupos de sociedades y de los grupos de empresas. Se ha contado con la participación de académicos y profesionales de prestigio de Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Portugal, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay y Canadá.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Labor effects of corporate groups.

Keywords: corporate groups, groups of companies, joint liability, contractual or commercial relationships, equal treatment principle, applicable collective bargaining agreement, redundancy, strike.

Palabras clave: grupos de sociedades, grupos de empresas, responsabilidad solidaria, relaciones contractuales o comerciales, principio de igualdad de trato, convenio colectivo aplicable, despido, huelga.

IUSLabor 3/2017, p. 1-116, ISSN 1699-2938.

Summary

1. **Labor effects of corporate groups in Belgium, by Mathias Wouters**
2. **Labor effects of corporate groups in France, by David Jonin**
3. **Labor effects of corporate groups in Germany, by Christine Windbichler**
4. **Labor effects of corporate groups in Italy, by Nicolò Rossi**
5. **Labor effects of corporate groups in Portugal, by David Carvalho Martins**
6. **Los efectos laborales de los grupos de empresas en España, por Raquel Serrano Olivares y Oriol Cremades Chueca**
7. **Los efectos laborales de los grupos de empresas en Brasil, por Carolina Lins Pereira**
8. **Los efectos laborales de los grupos de empresas en Chile, por Francisco J. Tapia Guerrero y Carmen Elena Domínguez S.**
9. **Los efectos laborales de los grupos de empresas en Colombia, por Jorge Iván Cubillos Amaya**
10. **Los efectos laborales de los grupos de empresas en Uruguay, por Mario Garmendia Arigón**
11. **Labor effects of corporate groups in Canada, by Eric Tucker and Abdalla Barqawi**

LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS IN BELGIUM

Mathias Wouters
Phd Candidate, University of Leuven

Introduction

The Belgian legal order tends to hold every individual company accountable as a separate legal entity and maintains that a corporate group has no legal personality as such. Notwithstanding power relations present between companies in a group, regulations are often not amended to take these changed circumstances into account. Specific labor law provisions concerned with corporate groups are scarce and mainly try to preserve social dialogue in more complex corporate structures. This lack of regulation prompts judges to extend existing doctrines. Most notably, the doctrine of co-employment is used to hold companies jointly liable in certain instances.

1. Is there a definition of corporate group or group of companies in your labor legal system?

Belgian labor law does not contain a general definition of corporate groups.[1] Only certain specific regulatory instruments refer to the concept of which two stand out. These illustrate that no uniformity exists.

The first reference concerns the possibility for some individual companies to ease their duty to employ a certain quota of young workers because of the total amount of young workers employed in the group.[2] To that end the King, after the necessary debate in the Council of Ministers, can determine the meaning of a 'groupe d'employeurs'. The King therefore specified that a 'groupe d'employeurs' presupposes multiple legal entities that fulfill the socio-economic conditions of 'article 14, §2 b) de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie' and thus form a technical corporate unit, i.e. 'unité

[1] PEETERS, J. "De notie 'groep' in het Belgisch (collectief) arbeidsrecht" in VANMEENEN, M. and VAN HOE, A. (eds.), *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, p. 127.
[2] Article 41 loi 24 decembre 1999 en vue de la promotion de l'emploi, *BS* 27 janvier 2000, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1999122443&table_name=loi.

technique d'exploitation'.[3] Accordingly, a corporate group for this specific purpose, includes multiple legal entities that meet two conditions. The first condition is met either if the legal entities form one economic group, are managed by one person or managed by several persons with an economic relationship; or if the legal entities are engaged in the same activity or align their activities to one another. The second condition is fulfilled if proof exists of social cohesion between the legal entities.

A second reference is made in the statute regarding employment participation in the company's capital and profits.[4] For the purpose of this law, the conditions of article 11 of the Company Code apply. As such in order to form a corporate group, several companies have to be interconnected due to the control exercised over one another or the fact that they belong to a 'consortium', i.e. companies that obey the same central management without being subsidiaries of one another or of the same parent company.

2. In your legal system, are there joint labor and Social Security liabilities between the companies of a valid corporate group?

If a company belongs to a concern of legal entities, there will in principle only exist an employee relationship between the worker and the legal entity that concluded the contract of employment.[5] Labor law does not provide any basis to hold a different legal entity in the same group liable for the contractual obligations of the company-employer. The distinct corporate personality of every legal entity in the group is respected. Accordingly, in principle each separate legal entity is responsible for compliance with labor law and its own social security obligations.

If the wages are paid by a third party, however, this third party will be deemed employer with regard to the collection and recovery of social security contributions as well as the obligations relating to the wage.[6]

---

[3] Article 8bis arrêté royal 30 mars 2000, d'exécution des articles 26, 27, alinéa 1er, 2°; 30, 39, § 1er, et § 4, alinéa 2, 40bis, alinéa 2, 41, 43, alinéa 2, et 47, § 1er, alinéa 5, de la loi du 24 décembre 1999 en vue de la promotion de l'emploi, *BS* 31 mars 2000, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2000033032&table_name=loi.

[4] Article 8, loi 22 mai 2001 relative aux régimes de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés, *BS* 6 juin 2001, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2001052233&table_name=loi.

[5] VAN PUTTEN, M. *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 694.

[6] Cour Trav. Anvers 10 decembre 1999, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-19991210-5.

3. Are there cases in which there is joint liability of the companies of a group with respect to labor and Social Security obligations of other companies of the group? That is to say, what labor consequences derive from the incorrect constitution of a corporate group or group of companies?

General rules of liability law are to be applied. Notwithstanding the prominence attributed to strict separation between different legal personalities, liability law might hold other legal entities within the group accountable in case of abuse of legal entity or excessive risks taken by one single legal entity.[7] These liability techniques are also available to employees provided that the technique's conditions are fulfilled. As such the parent company might be held accountable for example if the directors of the subsidiary are also identified as employees of the parent company, or if the parent company as a third party contributed to the breach of employment contract.[8]

4. What are the labor effects of the fact that a worker provides services for more than one company of the group? What are the labor effects of contractual or commercial relationships between companies of the group, such as loans, financing agreements or cash pooling? And transfer pricing policies? And the development of management functions by a company of the group with respect to another company?

The Employment Appeal Tribunal of Brussels clearly stated in 1998 that no single statutory provision obstructs an employee to provide the same labor for two separate employers under one contract of employment.[9] A decade earlier the same Tribunal had already ruled that both the subsidiary and parent company are an employer, if both exercise employers' prerogatives vis-à-vis the same white-collar worker. Since the employee provided the same service for both companies, the companies were jointly and severally liable to the employee.[10] The fact that two companies are associated or share a same managing director however does not suffice to establish joint and several liability.[11]

Although rather the exception, different companies can thus be bound by the same contract of employment if they are closely connected and both exercise employer's prerogatives regarding the same employee.[12] Jurisprudence then holds these employers

[7] VAN PUTTEN, M., *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 701.

[8] VAN BRUYSTEGEM, B., "De vennootschap van de multinationale onderneming", *RW* 1979-80, p. 2288.

[9] Cour Trav. Bruxelles 7 octobre 1998, *JTT* 1999, 152-153.

[10] Cour Trav. Bruxelles 11 septembre 1984, *JTT* 1986, 262.

[11] Cour. Trav. Bruxelles 24 octobre 1984, *TSR* 1985, 216.

[12] VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium*, I, Mechelen, Kluwer, 2016-17, p. 627.

either jointly and severally liable or liable *in solidum*[13] for compliance with the employer's obligations.

No fixed rules exist to determine whether the required connection is present between the different companies. Duality of employers has been established a.o. in the following cases:

- A parent company and subsidiary with shared directors and mixed management, were both engaged in drawing up, implementing and terminating the contract of employment and both companies exercised authority over the employee.[14]
- A Belgian parent company was the sole shareholder in a small foreign subsidiary, both companies pursued the same activities, had the same management, and the parent company even directed the resignation and several commands to the employee.[15]
- No factual distinction existed between two companies and both constituted a single economic management unit.[16]
- Both companies had authority over the employee and their doings led to continuous confusion over their management and activities.[17]
- Two successive subsidiaries have also been deemed jointly and severally liable to the employee because of the enormous confusion and lack of clarity about which one was the actual employer.[18]

Commercial contracts between corporations within the group, do not seem to result in labor effects. After the agreed upon termination of an employment contract with one company in the group complemented by the conclusion of an employment contract with another, the court decided that the second company's capacity as the new employer was not influenced by the fact that its employee was still enrolled in the pension scheme and on the payroll of another company in the group.[19] As the previous examples have shown, Belgian case law tends to put a lot of enfaces on the shared or joint exercise of employer's authority in order to attribute joint liability.[20] Another determining element

[13] The primary consequences of *in solidum* liability are the same as those of joint and several liability, but the secondary are not.

[14] COUR TRAV. LIÈGE 10 novembre 2005, *Soc.Kron.* 2006, 321.

[15] COUR TRAV. LIÈGE 6 juin 2006, *JTT* 2006, 373.

[16] Trib. Corr. Gand 17 mars 2008, *Soc.Kron.* 2010, 528.

[17] COUR TRAV. LIÈGE 13 septembre 2013, *JLMB* 2014, 651.

[18] COUR TRAV. LIÈGE 8 juin 1998, *JLMB* 2000, 1415.

[19] COUR TRAV. LIÈGE 19 mars 1997, *Soc.Kron.* 1998, 503.

[20] COUR TRAV. BRUXELLES 28 juin 2013, *RABG* 2014, 884, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20130628-7.

is the confusion about parties' mutual relations and their responsibilities towards different business units.[21]

With regard to the hiring out of workers, it is important to note an exception to the general rule. Belgian law in principle prohibits[22] an employer to hire out employees to a third party, if that third party makes use of the employees and exercises any kind of authority over them that would normally be exercised by the employer. One of the few exceptions[23] to this prohibition stipulates that an employer can hire out permanent employees for a limited period of time, if this occurs secondary to the ordinary activities, and only in case of approval from the head of the district of the Social Legislation Inspectorate. This approval is not needed, however, if a permanent employee maintains his original contract of employment with the employer, and is hired out exceptionally:

- "*Dans le cadre de la collaboration entre entreprises d'une même entité économique et financière;*
- *En vue de l'exécutation momentanée de tâches spécialisées requérant une qualification profesionelle particulière;*"

This exception lends itself to corporate groups and replaces the need of approval with an obligation to give notice 24 hours in advance.

5. How are working conditions of the workers hired by companies of a group of companies determined? In particular, is there a principle of equal treatment between workers of the different companies of the group?

Belgian legislation does not provide for a principle of equal treatment with the purpose of delivering equal treatment for workers of different companies in a group. In principle the fact that companies belong to the same corporate group is of no importance and companies can negotiate working conditions independently from one another. The hierarchy of norms, however, results in the priority of most collective bargaining agreements over individual employment contracts. Therefore, not only does 'la loi relative aux contrats de tavail' impose the voidness of any clause causing the restriction of employees' rights provided in that statute, as well as the voidness of any clause

[21] VAN PUTTEN, M., *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 694.

[22] Article 31 §1 loi 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimiaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, *BS* 20 août 1987, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1987072431&table_name=loi.

[23] Article 32 §1 loi 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimiaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, *BS* 20 août 1987.

aggravating the duties of employees as described in that statute. The national collective bargaining agreements will also limit the possible differences between companies' working conditions, since they take precedence. If both companies exercise the same core business, the bargaining agreements concluded at the sectoral level might furthermore impose minimum provisions.

6. Is it possible to adopt a collective bargaining agreement applicable to all companies of the group? Can collective bargaining agreements at company level also exist? In this case, what agreement will be applicable, the industry-level, the group-level or the company-level collective agreement?

Collective bargaining agreements can be concluded on different levels. First and foremost collective bargaining agreements are entered into on the national level and apply to the entire private sector. In numerical terms, most collective bargaining agreements are concluded on the sectoral level and often regulate the most essential working conditions. These have a national scope but only apply to companies with the same sector specific core business. Additionally, collective agreements can also be entered into on the regional or company level.

Pursuant to article 51 of 'la loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires', the collective bargaining agreements concluded in the 'Conseil National du Travail' come first. Sectoral level agreements negotiated in the Joint Committees come second and precede the ones entered into in subcommittees. Agreements reached outside these bodies, i.e. regional or company level, come last. Consequently, a lower standard can only deviate from a higher standard if it benefits the employee by supplementing a minimum norm or reducing a maximum norm.

An agreement reached between a representative trade union and several employers is certainly possible, but does constitute an agreement reached outside of the aforementioned bodies. The fact that employers belong to a corporate group does not change this outcome. Therefore the different companies constituting a corporate group could certainly enter into the same collective bargaining agreement but the agreement would have to be in accordance with the higher norms.

7. What are the consequences of the integration of a company into a corporate group or group of companies in the context of redundancies? In particular, to prove the grounds for the redundancy, does the regulation take into account the situation of the group or only the situation of the company in question?

The commentary added to article 6 of '*convention collective de travail n° 24 concernant la procedure d'information et de consultation des representants des travailleurs en matiere de licenciements collectifs […]*' explicitly refers to instances of collective dismissals factually issued by a company retaining control over the actual employer. In such instances, the employer is not entitled to any ground of defence because of the lack of information provided by the company that insists on the dismissals. The obligations imposed under the directive relating to collective redundancies, concerning counselling, consultation and notification as well as those under the collective bargaining agreement retain their full effect and non-compliance is sanctioned accordingly.

To ascertain whether the collective dismissal protection is warranted, Belgian provisions implementing article 1 of Directive 98/59, widen the personal scope of application. In contrast to the Directive, stating that the protection is due if conditions are met with regard to workers in one 'establishment' who have been or who will be made redundant, Belgian collective bargaining agreement n° 24 makes the protection due if conditions are met in the 'undertaking' defined as a technical corporate unit. In order for Belgian law to be interpreted in conformity with the Directive, this entails that the protection is due in both cases of the conditions being met either on the level of the 'establishment' or the level of the 'undertaking'. [24]

This Belgian concept of 'undertaking' defined as a technical corporate unit for the purposes of collective redundancies, however, makes it possible for multiple legal entities to constitute an 'undertaking'.[25] There is even a rebuttable presumption[26] with regard to the duty to set up a works council, holding that multiple legal entities constitute a technical corporate unit if its proven: "(1) *que, soit ces entités juridiques font partie d'un même groupe économique ou sont administrées par une même personne ou par des personnes ayant un lien économique entre elles, soit ces entités juridiques ont une même activité ou que leurs activités sont liées entre elles;*

[24] ENGELS, C., "Collectief ontslag en sluiting van onderneming" in HENDRICKX, F. and ENGELS, C. (eds.), *Arbeidsrecht*, III, Brugge, Die Keure, 2016, p. 335-338.

[25] Ibid. p. 337.

[26] Article 14 §2 b) loi 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, *BS* 27 septembre 1948, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1948092001&table_name=loi.

(2) et qu'il existe certains éléments indiquant une cohésion sociale entre ces entités juridiques, […]" (emphasis added).

Although this presumption is not applicable with regard to collective redundancies, it does show the type of social and economic criteria used to define a technical corporate unit. In some instances the group might therefore be deemed an 'undertaking', whereas the subsidiaries might be deemed an 'establishment', thus expanding the situations that warrant the protection provided by collective bargaining agreement n° 24.

If the amount of dismissals within a given timeframe do not meet the specific conditions to trigger collective dismissal protection, the situation of the company belonging to a group will not be taken into account in case of individual dismissals. Traditionally Belgian labor law stresses the power of the employer to make employees redundant. The protection against unjustified dismissal, i.e. 'licenciement manifestement déraisonnable', for example will hardly be applicable because it is only due if :

- The dismissal is not based on the suitability or conduct of the employee, or "*les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service*"[27]; and
- No regular, reasonable employer would pursuit the dismissal in question.

8. Who are the negotiating partners within the framework of a redundancy? Are they employers' and workers' representatives from the particular company or from the parent company?

Belgian law should abide by the ECJ's ruling *Fujitsu Siemens* concerning articles 2(1) and 2(4) of Directive 98/59, meaning that in case of a group of undertakings, the *subsidiary which has the status of employer* is obligated to hold consultations with the workers' representatives, once that subsidiary within which collective redundancies may be made, has been identified.[28] The exchange of information and consultation takes place between the employer and works council, or alternatively union delegation, or if no such delegation exists the workers or their representatives. Belgian law does not provide for an obligation to form a works council on the level of the group. Instead in case of a group of undertakings, as laid down in article 2 of 'convention collective de travail n° 9 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise […]' and article 1 of 'l'arrêté royal portant

[27] Artícle 8 convention collective de travail n° 109 concernant la motivation du licenciement, http://www.cnt-nar.be/CCT-ORIG/cct-109-(12-02-2014).pdf.

[28] ECJ 10 September 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry and Others v Fujitsu Siemens Computers Oy, C-44/08.

régelementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises', the company's works council is entitled to information concerning the policies of the group that impact the company's economic and financial situation.[29]

Under article 11 of collective bargaining agreement n° 9, the works council must be informed in due time and in advance of any other disclosure. C. ENGELS points out the difficulties that arise with regard to the European works council's information exchange and consultation rights.[30] To that end the agreement that establishes the operation of the European works council will be decisive, regardless of the national legislation that determines how to inform and consult employees, and can thus determine the procedure applied to inform and consult both councils. If decisions likely lead to substantial changes in work organization or contractual relations, like for instance redundancies, and the agreement doesn't fix the procedure, the exchange of information and consultation in the European works council and national representation body should proceed simultaneously.[31]

9. In the event of a redundancy, is there an obligation to relocate to another company of the group the employees affected by such redundancy?

Belgian law does not contain any legal provision to that effect. Such an obligation might exist, however, if it is included in an applicable collective bargaining agreement.

In addition, companies that pursue collective redundancies have to establish a job unit, i.e. 'cellule pour l'emploi' to try and get the employees, that have been made redundant, back to work.[32] The possibility to reemploy the affected employees in other companies of the group will almost certainly be one of the points discussed.

[29] PEETERS, J., "De notie 'groep' in het Belgisch (collectief) arbeidsrecht" in VANMEENEN, M. and VAN HOE, A. (eds.), *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 138.

[30] ENGELS, C., "Collectief ontslag en sluiting van onderneming" in HENDRICKX, F. and ENGELS, C. (eds.), *Arbeidsrecht*, III, Brugge, Die Keure, 2016, 355-356.

[31] Article 45 convention collective de travail n° 101 concernant l'information et la consulation des travailleurs dans les entreprises de dimension communautaire et les groups d'entreprises de dimension communautaire, http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-101.pdf.

[32] Loi 23 decembre 2005 relative au pacte de solidarité entre les générations, *BS* 30 decembre 2005, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2005122330&table_name=loi and arrêté royal 9 mars 2006 relatif à la gestion active des restructurations, *BS* 31 mars 2006, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2006030940&table_name=loi.

10. What is the effect of calling a strike in a group company? Could the other companies of the group contract with a third company to replace the services provided by the company on strike?

The Belgian legislature has refrained from regulating the right to strike. Historically the Cour de Cassation's judgement 'De Bruyne'[33] is seen as the first strong legal foundation of the right to strike in domestic law. The legislative foundation, however, has later been based on article 6 §4 of the European Social Charter, notwithstanding the uncertainty about the direct effect of the provision. The lack of domestic legal provisions concerning the right to strike, except for the prohibition[34] of workers on strike being replaced with temporary agency workers, does mean that a third party is allowed to replace the services provided by the company on strike.

References and judicial decisions

ENGELS, C., "Collectief ontslag en sluiting van onderneming" in HENDRICKX, F. and ENGELS, C. (eds.), *Arbeidsrecht,* III, Brugge, Die Keure, 2016, p. 305-363.

PEETERS, J., "De notie 'groep' in het Belgisch (collectief) arbeidsrecht" in VANMEENEN, M. and VAN HOE, A., *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, p. 127-160.

VAN PUTTEN, M., *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009.

[33] Cass. 21 decembre 1981, *Arr.Cass.* 1981, 541.

[34] Article 19 convention collective de travail n° 108 relative au travail temporaire et au travail intérimaire, http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-108.pdf.

LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS IN FRANCE

David Jonin
Attorney, Partner, Gide Loyrette Nouel Paris

Introduction

As a matter of productive, financial and tax efficiency, more and more French companies organize themselves into groups of companies. One company, the parent company, controls one or several companies, called the subsidiaries.

In 2007, there were 40.500 groups that employed more than 8 million people. Only 5% of companies depend on a group. The 94 groups with more than 10.000 employees represent 39% of the groups' workforce.

But big companies are not the only ones to adopt this group structure, small and medium sized companies also organize themselves into groups. Indeed, mora than 95% of the groups employ less than 500 employees : in this case we speak of microgroups.

With energy, the automotive industry is the sector in which the groups are the most present : more than nine employees over ten are employed by a group. Other heavy industrial sectors (goods equipment and intermediate goods), although less concentrated, are also widely dominated by groups. The weight of the big groups is also important in the consumer product industry or transport.

On the contrary, in education, health, social action, personal services, real estate and construction, groups are not widespread.

Some of the groups operating in France are controlled by foreign capital. These foreign groups employ nearly 2 million employees. Foreign group subsidiaries employ 14% of the French workforce. Among foreign group subsidiaries located in France, 68% are controlled by groups belonging to the European Union.

French law also knows the notion of an economic and social unit (in French, unité économique et sociale or UES), which may be recognized pursuant to an agreement with unions or pursuant to a court decision, between companies which, although they are distinct from a legal standpoint, have identical or complementary activities, a concentration of management and a community of workers.

The UES was created by the Court of Cassation. This notion has been forged to respond to fraudulent practices whereby an employer creates several legally separate companies with less than 50 employees, or even fewer than 11 employees, in order to escape the legal obligation to set up representation (representatives or work council)[35].

1. Is there a definition of corporate group or group of companies in your labor legal system?

A "group" is a group of companies belonging to legally distinct and independent legal entities or natural persons whose activity is controlled by a so-called parent company which, through one or more managers, holds on each of them a certain financial, management and economic power.

According to article L233-3 of the French Commercial Code[36], any person, physical or moral, is considered as controlling another when:

- It holds, directly or indirectly, a fraction of the capital giving it a majority of the voting rights in the general meetings of that company;
- It alone has the majority of the voting rights in that company in virtue of an agreement concluded with other partners or shareholders and which is not contrary to the interest of the company;
- It determines, by the voting rights at its disposal, the decisions in the general meetings of that company;

[35] *www.insee.fr, rubrique Publications et services\Collections nationales\Insee Références*

[36] Article L233-3 Labor code.

I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre:

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.-Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.-Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

- He is a partner or shareholder of this company and has the power to appoint or dismiss the majority of the members of the administrative, management or supervisory bodies of that company.

The entity is presumed to exercise this control when it disposes directly or indirectly of a fraction of the voting rights superior to 40% and that no other partner or shareholder holds directly or indirectly a fraction greater than his own.

Also, two or more entities acting together are considered to be jointly controlling another company when they determine the decisions taken at the general meeting.

The definition of control given by this article allows for the inclusion of legal review, de facto control, joint control and indirect control. The legislator also organizes a presumption of control in specified circumstances and admits that the appointment of directors may also constitute a form of control.

To this day, French law has never properly regulated groups of companies. But special legislation may, however, be appropriate considering the existence of these very numerous groups raises particular legal problems, in particular for the protection of shareholders and of creditors of both the parent company and the subsidiaries. In the absence of specific legislation, it should be noted that legal provisions and cases incorporating the notion of group tend to multiply, but using variable criteria to define this notion.

Concerning an UES, that there will be a joint representation of all employees working with the various entities composing the UES who will all be taken into account for the purposes of determining whether certain thresholds are met (i.e. threshold of 50 employees for the setting-up of a works council or for the purposes of applying certain regulations, such as mandatory profit sharing).

It is important to note that the recognition of a UES results from a variety of criteria regarding both the economic (activity, governance, business) and social situation (labor status, community of employees, similar terms and conditions, similar place of work, interchangeability of employees). This will result from a factual analysis.

The *Cour de cassation* ruled that "*an economic and social unit between several legally distinct entities is characterized primarily by the concentration of management powers within the perimeter considered and the similarity or complementarity of activities deployed by these different entities*. "[37]

[37] COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 18/07/2000, n°99-60.353.

The notion of UES must not be confused with a group. Indeed, the group corresponds to a structure of domination of a possibly very diversified whole, whereas the UES supposes companies having a stronger cohesion, with similar and complementary activities.

The Court of Cassation accepts the existence of an UES between the companies of a group "*in all the situations in which, behind the plurality of distinct juridical entities, the economic and social reality of a single company is revealed*"[38].

As the notions are different, will we focus on corporate groups in this document.

2. In your legal system, are there joint labor and Social Security liabilities between the companies of a valid corporate group? and 3. Are there cases in which there is joint liability of the companies of a group with respect to labor and Social Security obligations of other companies of the group? That is to say, what labor consequences derive from the incorrect constitution of a corporate group or group of companies?

In principle, a parent company cannot be held liable for the acts of a subsidiary company's employees, unless it has acted as their employer (for example, by directly supervising them). However, in specific cases where a French subsidiary of a foreign group is closed down, the courts can hold the foreign parent company liable for payment of severance indemnities, although this is rare.

Companies frequently use provision of service agreements for administrative, accounting, financial or legal management.

The validity of those agreements has been questioned concerning services deemed to be attributable to management functions in public limited companies (SA) and particularly in groups of companies with common managers concerning conviction of the manager for misuse of company assets.

The possibility of imputing the behavior of a subsidiary to its parent company results in the principle: "*where the subsidiary does not autonomously determine its behavior on the market, but essentially applies the instructions given by the parent company* ", the liability of the parent company may be retained[39].

38 G. COUTURIER, Labor Law Treaty, Collective Labor Relations: PUF 2001.

39 COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, 31/01/2012, Orange Caraïbe.

Indeed, practices committed by a subsidiary of a group are deemed to be committed by the group as a whole. This question of the attribution of the practices of a company to the whole group is mainly the fact of the European judge. Since Akzo II of 2009, it has been clearly stated that when a parent company and a daughter company form an economic unit, the parent company is responsible for its daughter[40].

The parent company must be able to exert decisive influence and must effectively exert that influence. A company holding all or almost all the capital of its subsidiary is presumed to exert a decisive effective influence on the behavior of its subsidiary.

Through this presumption, groups find themselves at the center of the application of competition law, since the proof is essentially based on them. This evidence is particularly important since the attribution of anticompetitive practices to parent companies, or to the group, has consequences in its relations with tax law.

The responsibility of the parent company retained, comes the moment to determine the amount of the fine. The determination of the fine is thus influenced by the existence of a group, particularly by certain fiscal constructions, based on holdings or restructurings.

To set the basic amount of the fine, the severity of the infringement (which is estimated by taking into account the value of sales or services based on the market) and its duration have to be determined.

Also, concerning mobility clauses, they cannot authorize a change of employer while authorizing the change of workplace. Such a clause is null.

In a case, the *Cour de cassation* sanctioned by nullity a mobility clause by which the employee undertook to accept any transfer to another company, even a company of the same group or the same economic unit[41].

Moreover, there is the case of fictitious legal entities, often corporations, which abuse of legal personality. It is the case when a society is fraudulently created to fictitiously divide holdings. It has no other reality, it has no activity, it is only a facade for the company head[42].

40 CJCE, 10/09/2009, Akzo Nobel NV et autres contre Commission des Communautés européennes, aff. C-97/08 P, Rec. p. I-8237

41 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 23/09/2009, n°07-44.200

42 COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, 19/03/1996, nº 94-10.838

There is also the hypothesis of the confusion of holdings. Here, the two legal entities exist, have their activity, but they behave in such a way that their holdings are intimately nested, to the point where it becomes impossible to determine what belongs to each one. This situation leads to extend the existing collective procedure to the other legal entity. The holdings of these different legal entities will be treated as one[43].

Finally, the legislator has intervened to establish a responsibility within groups of companies that limits the autonomy of legal entities in order to promote the repair of environmental damages, especially when the subsidiary can no longer deal with it. Thus, the law n° 2010-788 of July 12th, 2010, known as Grenelle II, introduced in the legislation two texts which make it possible to globalize within the group of companies the environmental obligations. If the parent company may, in accordance with the regulated agreements procedure, voluntarily assume all or part of the obligations to prevent and repair certain environmental damages (article L. 233-5-1 of the French Commercial Code[44]), the legislator also imposes on him the assumption of responsibility for certain damages.

4. What are the labor effects of the fact that a worker provides services for more than one company of the group? What are the labor effects of contractual or commercial relationships between companies of the group, such as loans, financing agreements or cash pooling? And transfer pricing policies? And the development of management functions by a company of the group with respect to another company?

Provision of service

A profitable operation not exclusively aimed at hiring out employees may be prohibited under article L.125-1 of the French Labor Code[45], which proscribes operations, which

[43] COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, 16/09/2014, nº 13-19.127

[44] *La décision par laquelle une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article L. 233-3 s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du code de l'environnement est soumise, selon la forme de la société, à la procédure mentionnée aux articles L. 223-19, L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 ou L. 227-10 du présent code.*

[45] *Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou "marchandage", est interdite.*
Les associations d'ouvriers qui n'ont pas pour objet l'exploitation des ouvriers les uns par les autres ne sont pas considérées comme marchandage.

cause employees loss or circumvent the provisions of the relevant statutes, regulations, or collective bargaining agreements.

Please find below the criteria that a court would take into consideration to determine whether a contract relates to the provision of services or not. The presence of one of the factors would not automatically lead the court to rule that the hiring out is illegal. The courts would look at the operation as a whole to determine whether it is a legitimate services agreement or whether it is merely a fraudulent operation set up to conceal illegal hiring-out.

Criteria:

- The service should be clearly defined;
- The term of the contract should not be for an excessively long period;
- The operating resources should not be supplied by the Beneficiary;
- The assigned employees should have specific technical skills that are not already available in the company using the services;
- The assigned employees should continue to report to the service provider; and
- The contract price should be a lump-sum, which does not depend on the number of assigned employees, their position or their working hours. The price should be set for the full provision of services.

The agreement of the person concerned is always necessary, regardless that these companies have the same manager. The employee dismissed by the company in which he was transferred has, in principle, no right to reinstatement in the company of origin.

Mobility

The mobility of employees within the group is commonplace. Only the company, and not the group, can have the quality of employer, each company retaining its distinct legal personality, regardless its integration into the group.

The transfer to another company implies a change of employer, even if the companies belong to the same group or to the same economic and social unit. And the change of employer, when not organized under the conditions of article L. 1224-1 of the Labor Code, constitutes a modification of the employment contract which cannot to intervene without the agreement of the employee[46].

[46] COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 05/05/2004, Bull civ V, n ° 120

The mobility of employees within a group depends on if it is a simple secondment or a transfer.

The mobility of employees within the group is not necessarily the responsibility of the employer. It can also result from an employee initiative. In order to facilitate these initiatives, the law proposes a so-called voluntary mobility scheme for employees of companies and groups of companies with at least 300 employees, which allows them to ask for a suspension of their employment contract to work in another company, with the guarantee of reintegration at the end of their mobility.

Concerning the secondment of employees between companies of the same group, it is considered as a form of labor loan. This operation must be devoid of profit. If article L. 1224-1 of the French Labor Code does not apply, secondment can be arranged. However the contract must be specific on the conditions of the secondment as a loan of personnel is prohibited by article L. 8241-1 of French the Labor Code[47], except for highly regulated manpower agencies.

A written contract between the home and the host company that lays down the terms and conditions of the secondment (duration of the secondment, identity and professional qualifications of the secondee, method of calculation of the wages, social contributions and professional expenses to be cross charged to the host company).

An amendment of the employment contract signed by the employee and the home company that defines the terms and conditions of assignment,

The secondment requires the agreement of the employee, who cannot be sanctioned, dismissed or subject to a discriminatory measure if he refused.

---

[47] *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite.*
Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :
1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;
2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;
3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1.
Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition.

The employment contract of the employee is amended (article L. 8241-2 of the French Labor Code[48]). During the secondment, the employees's contract of employment is neither broken nor suspended. The employee continues to belong to the staff of the lending company.

However, the employee shall be subject to the provisions applicable in the host company concerning working time, night work, rest and holidays, health and safety at work. The employee has access, in the user enterprise, to any service the other employees of the company may benefit under the same conditions.

At the end of its secondment, the employee returns to his job or an equivalent position.

Loans, financing agreements and cash pooling

Concerning loans and financing agreements, it is common for cash surpluses available to certain companies in a group to be available to other companies of the same group. These transactions are carried out either directly or through a "pivotal company", often the parent company, responsible for collecting and then redistributing or placing available funds. Although they are part of the banking business, these "cash pools" or "intergroup loans" are authorized by article L. 511-7, I-3 of the French Code monétaire et financier[49].

Participating loans may be granted either by financial institutions and finance companies, or by companies of a group for the benefit of other entities of the group, or by very specific operators (article L. 313-13 of the French *Code monétaire et financier*). They have the characteristic of being considered as own funds for the assessment of the financial situation of the benefiting company (article L. 313-14, paragraph 2 of the French *Code monétaire et financier*).

---

[48] *Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert :*
1° L'accord du salarié concerné ;
2° Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ;
3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail.

[49] *I. – Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :*
3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres;

Outlawed practice

The assignment of employees to another company may be deemed illegal when the operation is carried out for profit and aimed exclusively at hiring out employees (2.1) or when the operation causes employees loss or circumvents the provisions of the relevant statutes, regulations, or collective bargaining agreements (2.2).

Furthermore, the assignment of employees to another company may present a risk of co-employment between the assigning and hosting companies (2.3).

Concerning illegal hiring-out of employees, pursuant to article L.8241-1 of the French Labor Code[50], any operation that is carried out for profit and aimed exclusively at hiring out employees is generally prohibited. Only temporary work agencies may perform this kind of service.

Conversely, a company may carry out this type of operation in the absence of any profitable consideration, which, according to French case law, consists in a financial profit or a profit margin.

The illegal hiring-out of employees is a criminal offence punished by up to two years' imprisonment and/or a fine of up to €30,000 for the head of the company and/or by a maximum fine of €150,000 for the company itself.

Concerning illegal subcontracting of labor, the temporary assignment of employees may also be condemned under article L.8231-1 of the French Labor Code[51], which prohibits

---

50 *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite.*
Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :
1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;
2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;
3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1.
Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition.

51 *Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit.*

any profitable operation aimed at hiring out employees causing the latter loss or circumventing the provisions of the relevant statutes, regulations or collective bargaining agreements.

The offence is thus characterized by the following criteria:

- Profitable assignment of employees to another company.
- Damage to the assigned employee.
- Failure to apply provisions of the relevant statutes, regulations or collective bargaining agreements.

Finally, concerning the risk of co-employment, as mentioned above, in principle, the temporarily assigned employees remain subordinate to the sole assigning company. However, the hosting company may be considered a co-employer in the event where it exerts some control over the assigned employee's work or working conditions.

However, generally, an assigned employee tends to invoke the existence of co-employment after his/her dismissal. Indeed, should co-employment be recognized by the courts, co-employers would be held jointly liable for the payment of all amounts relating to the termination of the employment contract (severance pay, damages, etc.).

5. How are working conditions of the workers hired by companies of a group of companies determined? In particular, is there a principle of equal treatment between workers of the different companies of the group?

The principle of equal treatment is appreciated at the company level. When it is divided into separate establishments, a collective bargaining agreement can authorize inequalities in treatment between employees of the different establishments only if they are based on objective reasons[52]. The agreement may also provide that, within certain companies, given their characteristics, specific compensation arrangements can be determined by a company agreement[53].

Is based on objective reasons the company agreement that grants a premium to employees of an establishment only because of the constraints imposed on them, unlike employees of other establishments with a different activity[54].

[52] COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 14/11/2012, n° 11- 22.644
[53] COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 18/01/2006, n° 03-45.422
[54] COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 12/07/2006, n°05-40.98

Within a group, the principle of equality does not apply where employees claiming the benefit of a right or a benefit do not belong to the company in which that right or advantage is awarded under a collective bargaining agreement[55].

Within a UES, the principle is the same. Considering the exigence of a community of workers having the same working conditions to recognize the UES , employees are expected to be treated the same ways within the different legal entities.

6. Is it possible to adopt a collective bargaining agreement applicable to all companies of the group? Can collective bargaining agreements at company level also exist? In this case, what agreement will be applicable, the industry-level, the group-level or the company-level collective agreement?

The group collective bargaining agreement sets out its field of application, made up of all or part of the group's companies (article L. 2232-30 of the French Labor Code[56]).

According to article L. 2232-33 of the Labor Code, collective bargaining agreement at group level may cover all topics open to collective bargaining agreement. The agreement or group agreement is negotiated and concluded between (article L. 2232-31 of the French Labor Code[57]) :

- On the one hand, the employer of the parent company or one or more representatives, appointed for that purpose, of the employers of the subsidiaries concerned by the agreement ;
- On the other hand, representative unions of employees in the group or in all the subsidiaries concerned by the agreement or convention.

The group agreement may derogate from the branch agreement, including in a manner unfavorable to the employees, except matters concerning minimum wages, classifications, additional collective guarantees, professional equality between women and men and training funds.

---

55 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 11/07/2012, n°11-14.341

56 *La convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe.*

57 *La convention ou l'accord de groupe est négocié et conclu entre :*

- *D'une part, l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord ;*
- *D'autre part, les organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord.*

The stipulations of the group agreement take precedence over companies agreements having the same purpose, as long as the group agreement expressly provides for it.

All negotiations provided for by the law at the level of the company can be initiated and concluded at the level of the group under the same conditions (article L. 2232-33 of the French labor Code[58]). A group-level method of agreement may provide that all or part of the compulsory negotiations will be conducted at the group level, with the exemption for companies belonging to this group to enter into negotiations on these matters.

The problem becomes more complex when an incoming company is already covered by a collective bargaining agreement. If it is a branch collective bargaining agreement, it will continue to apply, the activity of the company being not modified by its integration. And if the group collective bargaining agreement derogates from the provisions of the branch collective bargaining agreement, these derogations are imposed on employees of the company falling within the scope of the collective bargaining agreement.

If it concerns a company collective bargaining agreement specific to the incoming company, the acquisition does not involve any transfer of an economic entity[59].

7. What are the consequences of the integration of a company into a corporate group or group of companies in the context of redundancies? In particular, to prove the grounds for the redundancy, does the regulation take into account the situation of the group or only the situation of the company in question?

The "Macron ordinance" n°2017-1387 plans that economic difficulties, technological changes or the need to safeguard the company's competitiveness are assessed at the level of this company if it does not belong to a group and, if does, at the level of its own common activity sector and to the companies of the group to which it belongs, established on the national territory.

---

58 *L'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section.*
Lorsqu'un accord sur la méthode prévu à l'article L. 2222-3-1 conclu au niveau du groupe le prévoit, l'engagement à ce niveau de l'une des négociations obligatoires prévues au chapitre II du titre IV du présent livre dispense les entreprises appartenant à ce groupe d'engager elles-mêmes cette négociation. L'accord sur la méthode définit les thèmes pour lesquels le présent article est applicable.
Les entreprises sont également dispensées d'engager une négociation obligatoire prévue au chapitre II du titre IV du présent livre lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu au niveau du groupe et remplit les conditions prévues par la loi.

59 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 22/01/2002, n°00-40.787

Since 1995, the *Cour de cassation* has appreciated the existence of economic difficulties in the sector of activity of the group to which the company belongs, whether it belongs to a group established in France or to an international group.

Regarding the situation of a group of companies, when a company of the group is in difficulty whereas the parent company is healthy, there is a natural temptation to consider that the parent company has to financially support the subsidiaries by extending the procedure to the parent company. Considering that groups of companies have an economic reality, the companies work together, there are common liquid assets.

The French *Cour de cassation* ruled in a case "Metal Europe" of April 19, 2005, that the financial and economic situation of a subsidiary must be considered independently of the situation of the group itself and of the parent company[60].

In this case, a subsidiary has economic difficulties within a healthy group, which abandons its subsidiary. The compulsory liquidation of the subsidiary is opened and the extension of procedure to the parent company is obtained.

But the French *Cour de cassation* censored the ruling of the Appeal Court, refusing the extension of procedure and creating a kind of group immunity. The idea is that in a group of companies, a common liquid assets agreement, joint activities, parent-subsidiary relationship are not enough to prove the holdings' confusion. The *Cour de cassation* has implied in its judgment that it was necessary to recognize a management liability. Therefore, in order to characterize the holdings' confusion, the financial flows between the parent company and the subsidiary must be of a faulty nature, meaning to proceed with a systematic desire to create confusion.

8. Who are the negotiating partners within the framework of a redundancy? Are they employers' and workers' representatives from the particular company or from the parent company?

Where the employer decides of a redundancy for economic and in the absence of an applicable collective bargaining agreement, he defines the criteria to determine the order of the dismissals after consulting the Social and Economic Committee (article L. 1233-5 of the French Labor Code[61]).

[60] COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, financière et économique, 19/04/2005, n°05-10.094

[61] *Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique*.

As a matter of principle, it is not possible for an employer to give a mandate to a person external to the company to proceed to the notification of a dismissal. Such a mandate can only be granted to a person belonging to the company.

Then, the Cour de cassation's position became more flexible considering that in groups of companies, the signatory of a letter of dismissal can be a person foreign to the company[62]. The Cour de cassation authorizes the dismissal of an employee of a subsidiary by a director of human resources or a deputy director of a parent company when he has been appointed.

In 2002, the Cour de cassation considered that a letter of dismissal, signed by the legal representative of one of the companies in the group employing the employee, was regular even though it did not emanate from the employer but from its mandated representative[63].

Subsequently, the Cour de cassation considered that the Director of Human Resources of the parent company hired to practice his functions within the company and its subsidiaries located in France could not be considered as a foreign person with regard to the staff of the group's subsidiaries[64].
The Cour de cassation has shown even more flexibility by no longer requiring the Director of Human Resources to be hired in order to carry out his duties within the group's subsidiaries[65].

9. In the event of a redundancy, is there an obligation to relocate to another company of the group the employees affected by such redundancy?

The "Macron ordinance" n° 2017-1387 of the 22nd of September 2017 simplified the redeployment obligation for groups of companies with operations abroad. A search for redeployment opportunities abroad would only have to be carried out if requested by an employee (article L.1233-4 of the French Labor Code[66]). Should employees want to

62 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 30/06/2015, n°13-28.146
63 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 06/03/2002, n° 00-41.388
64 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 19/01/2005, n° 02-45.675
65 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 23/09/2009, n° 07-44.200
66 *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel*.

receive offers for redeployment abroad, they must file a request and specify to their employer if they have any restrictions.

If employees do not make such a request, the employer will be entitled to limit its search for redeployment opportunities to the French territory exclusively (article L. 1233-3 of the French Labor Code[67]).

Thus, the employer no longer has to provide the employees with a questionnaire in this respect. It must simply inform them that they have the possibility to receive such offers (terms of this information will be defined by decree).

The search for internal redeployment must privilege the identification of an equivalent position : the administrative authority cannot consider that the employer has fulfilled its obligation of redeployment because it does not exist within the company an equivalent position to the one previously occupied by the employee and that serious offers of redeployment on lower-grade positions have been made, without having verified whether the company establishes the absence of equivalent position within the group to which the company belongs[68].

In the absence of any possibility to redeploy the person in an equivalent position within the company and within the group, the employer can propose a lower-position redeployment (article L. 1233-4 of the French Labor Code).

Pour l'application du présent article, le groupe est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français.
Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.
L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés, dans des conditions précisées par décret.
Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises.

67 *Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun au sien et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national.*
Pour l'application du présent article, le groupe est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français.

68 CONSEIL D'ETAT, 19/10/2011, n°344.951, Sté Pages Jaunes.

10. What is the effect of calling a strike in a group company? Could the other companies of the group contract with a third company to replace the services provided by the company on strike?

Three conditions must be met: the work stoppage must be complete, the protest must be organized in a collective and concerted manner and the demands must be of a professional nature[69].

To be legally recognized as a strike, the protest must also be organized in a concerted manner, which means a common will to stop work. The employer must be informed of the employees' demands prior to the strike, although the employees are not required to wait for the employer's refusal to satisfy their claims before going out on strike.

In the private sector, French law does not lay down any procedures to be followed by workers prior to stopping work. The interruption of work can start at any time, from the moment the employer has been informed of the workers' demands.

When employees strike in sympathy with another group of employees of the same company, generally, a sympathy strike aims to prevent lay-offs or disciplinary measures taken against other employees.

The Cour de Cassation considers that such a strike is legal since the protest is driven by a professional demand of general interest for workers of the company. In other words, a group of workers can strike in sympathy with other employees of the company, even when they themselves are not affected by the original dispute, as the dispute could have affected them.

When employees strike in sympathy with employees of another company, French case law regards such a situation as a strike so long as two conditions are met.

The first condition is that the initial protest joined by the second group of employees meets the conditions to be considered a legal strike.

The second condition is that the demands of the first group of strikers be general enough for them to be presented by employees of another firm. That means that the employer of the sympathizing workers is also able, in part, to meet these demands (for instance, when joining a strike for the renegotiation of a collective bargaining agreement).

69 COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 16/05/1989, n°85-43.359.

In application of these principles, French employees may strike in sympathy with employees of another subsidiary abroad if the claims of the foreign employees may directly or indirectly affect them.

Pursuant to articles L. 1251-9[70] and L. 1251-10[71] of the French Labor Code, employing temporary placement is expressly forbidden, notably to replace an employee on strike, for particularly dangerous work or following economic redundancies. Violations are subject to penal prosecution.

Under the French Labor Code, an employer may not replace strikers by hiring temporary workers or employees under fixed-term agreements. It would be a criminal offence.

However, on February 15, 1979, the Cour de Cassation held that an employer may replace strikers either with the company's own employees who do not take part in the strike or by relying upon the services of a subcontracting company.

In certain cases, French case law also accepted the requisition of striking employees in order to implement a so-called "minimum service". The Conseil d'État held on December 9, 2003 that such requisition may only be justified in cases of emergency

---

70 *Dans les six mois suivant un licenciement pour motif économique, il est interdit de faire appel à un salarié temporaire au titre d'un accroissement temporaire de l'activité, y compris pour l'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable, ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise utilisatrice.*

Cette interdiction porte sur les postes concernés par le licenciement dans l'établissement.

L'interdiction ne s'applique pas :

1° *Lorsque la durée du contrat de mission n'est pas susceptible de renouvellement et n'excède pas trois mois ;*

2° *Lorsque le contrat est lié à la survenance dans l'entreprise, qu'il s'agisse de celle de l'entrepreneur principal ou de celle d'un sous-traitant, d'une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en oeuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement. Cette possibilité de recrutement est subordonnée à l'information et à la consultation préalables du comité social et économique, s'il existe.*

Les dérogations prévues aux 1° et 2° n'exonèrent pas l'employeur de respecter la priorité de réembauche prévue à l'article L. 1233-45.

71 *Outre les cas prévus à l'article L. 1251-9, il est interdit de recourir au travail temporaire :*

1° Pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail ;

2° Pour effectuer certains travaux particulièrement dangereux figurant sur une liste établie par voie réglementaire, dans les conditions prévues à l'article L. 4154-1. L'autorité administrative peut exceptionnellement autoriser une dérogation à cette interdiction, dans des conditions déterminées par voie réglementaire ;

3° Pour remplacer un médecin du travail.

(notably for medical or dangerous activities) and that it should remain proportionate to the needs of public order.

The employer must nevertheless call for the intervention of the Prefect in order to requisition employees when the company's rules and regulations do not mention such possibility.

11. Other relevant matters concerning corporate groups or groups of companies

The "Macron ordinance" N°2017-1387 of the 22nd of September 2017 plans that from now on, the search for a redeployment is limited to the national territory, and the group within the redeployment must be sought corresponds to either the definition of the group committee (article L. 2331-1 of the French Labor Code[72]) when the head office of the parent company is located on the French territory, or to all companies located on the French territory in the opposite case.

The redeployment perimeter concerning incapacity is reduced in the same way as for a redundancy (limited to the national territory and the group corresponds either to the notion of group committee, or to all the companies implanted on the French territory).

---

[72] *I. - Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.*

II. - Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;

- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise;

- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

Lorsque plusieurs entreprises satisfont, à l'égard d'une même entreprise dominée, à un ou plusieurs des critères susmentionnés, celle qui peut nommer plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise dominée est considérée comme l'entreprise dominante, sans préjudice de la preuve qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante.

References and judicial decisions

See footnotes.

LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS IN GERMANY

Dr. Christine Windbichler, LL.M. (Berkeley)
Prof. of Commercial Law, Labor and Employment Law,
and Comparative Law a.D.,
Humboldt-Universität zu Berlin, Germany

Introduction

The corporate group is the normal way to conduct larger businesses. There are no official statistics but published annual reports are a strong indicator. It is even hard to find the annual accounts of an individual company (the parent) in annual financial reports; due to capital market information needs the consolidated accounts feature much more prominently. Consolidation requirements according to commercial law, Directive 2013/34/EU, and IFRS 10 - 12, however, do not involve necessarily common management with an impact on actual operations. Divisions of a consolidated group may be run like separate businesses; highly integrated groups may be run like a single enterprise. Since the group is not a legal entity only the individual members of the group can be a party to contracts or a target of legal action. German law follows an entity approach with some exceptions, especially in organizational law.

German law treats risks associated with the group structure, especially endangerment of subsidiaries, their minority shareholders, and creditors including workers, only in exceptional cases (fraud, piercing the corporate veil) with joint liability. The specific fact of belonging to a group is reflected by attribution of facts or legal consequences, mandated by law or jurisprudence. First and foremost, the law protects the subsidiary itself and therewith provides indirect protection for its creditors and minority shareholders. A particular type of contract at the level of the articles of incorporation, the Domination and Profit-and-Loss Transfer Agreement, allows the dominating company to give binding instructions to the management of the controlled company; the "price" for that privilege is the obligation to off-set all balance sheet losses of the controlled company. Without such a contract disadvantageous measures of a controlling company entail claims of the subsidiary for compensation (for stock corporations: §§ 311, 317 *Aktiengesetz, AktG*).[73] Often enough group law questions boil down to Second Directive issues (capital maintenance). In case of bankruptcy, chiefly in smaller and closely held companies, the liquidator can hold shareholders (i.e. the parent company) liable in tort if they exerted inappropriate influence that resulted in insolvency. In cases

[73] http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/index.html; convenience translation e.g. at http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-147035.pdf [accessed Dec. 7, 2017].

without appropriate dissolution claims of individual creditors against a parent company may be based on abuse or mingling of assets (piercing the corporate veil).

Workers are creditors of a special kind, so to speak stakeholders in a broader perspective. Their welfare may be defined by (high) wages including adequate return on efforts, i.e. firm-specific investment, benefits, stable employment, safety of the workplace, personal dignity, and chances for individual development and growth. The strongest protection of such interests is, aside from mandatory employment law and collective bargaining, organisational law at the shop floor, company, and group level. The German Works Constitution Act (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*)[74] gives workers' representatives information, consultation, and co-determination rights. Additionally, employees are represented in corporate supervisory boards.

Less developed are laws and jurisprudence regarding parent companies, standards for group management and the protection of the parent's shareholders, creditors, and employees against harm done by keeping ailing subsidiaries too long or incurring higher cost based on deep-pocket arguments.

1. Is there a definition of corporate group or group of companies in your labor legal system?

The German legal system has group definitions in accounting law (in compliance with Article 22 Directive 2013/34/EU), for regulated industries like banking or insurance, and in general in corporate law (§§ 15 – 19 AktG),[75] but not in labor and employment law. However, several labor and employment law statutes incorporate the company law definitions by reference. Such references mostly do not include horizontal arrangements and limit themselves to subordination groups; they make use of differentiations in the definitions of connected enterprises. The technical term "*Konzern*" requires two or more legally separate entities that are connected by control and common management.[76] Control is assumed on the basis of a majority of voting power or equity holding;[77] this assumption is rebuttable. If dependence is established, by assumption or otherwise,

[74] http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_betrvg/englisch_betrvg.pdf; the term "*Konzern*" is translated there as "combine"; in this paper the term "group" is preferred.

[75] See footnote 1; the terminology in various translations differs considerably.

[76] § 18 (1) 1 AktG: If a dominating and one or more dependent companies are joined by the uniform direction of the dominating enterprise, then they constitute a combine …

[77] § 17 (1) AktG: Dependent enterprises are legally independent enterprises on which another enterprise (dominating enterprise) is able to directly or indirectly exercise a dominating influence. (2) It is presumed that an enterprise held by a majority is dependent on the enterprise holding the majority.

common management is assumed.[78] Again, this assumption is rebuttable unless there is a Domination Agreement according to §§ 293 et seq. AktG (cf. Introduction). Due to the assumption technique there is no need to establish an "effective economic unit"; a corporate group in the technical sense of "*Konzern*" may be structured as a financial holding with subsidiaries run quite independently as profit centers.

2. In your legal system, are there joint labor and Social Security liabilities between the companies of a valid corporate group?

Falling within the group definition as such does not establish liability of one company for the debt or obligations of another. Joint liability is the exception. In the rare and very specific case of Integration of one stock corporation into another, the parent is liable for the debt of the integrated company (*Eingliederung*, § 322 AktG). This also covers obligations arising from labor and employment law and social security. Joint liability may be based case by case on contractual arrangements, e.g. for pension plans. Otherwise, there is no direct joint liability (see above: internal indemnification approach). Specific laws and jurisprudence establish justifications and remedies for disadvantageous treatment of controlled companies.

3. Are there cases in which there is joint liability of the companies of a group with respect to labor and Social Security obligations of other companies of the group? That is to say, what labor consequences derive from the incorrect constitution of a corporate group or group of companies?

The definitions of majority holding, control, and common management do not depend on the legality of the transactions or other processes establishing the group. Since the definitions do not impose joint liability the question turns on general contract and tort law including instances of piercing the corporate veil (cf. Question 4. b). Incorrect formation of or behavior in a group leads in most cases to claims of the dependent company for breach of fiduciary duty or tort against the majority shareholder.

[78] § 18 (1) 3 AktG: It is presumed that a dependent enterprise forms a combine with the dominating enterprise.

4. What are the labor effects of the fact that a worker provides services for more than one company of the group? What are the labor effects of contractual or commercial relationships between companies of the group, such as loans, financing agreements or cash pooling? And transfer pricing policies? And the development of management functions by a company of the group with respect to another company?

a) Workers can provide services for more than one company on a contractual basis. Joint employment by more than one employer is legally possible but practically rather rare. The employment contract may entitle the employer to post the employee for work with another company. German law[79] exempts such postings within a group from the application of the law on temporary agency work for up to 18 months. Whether this complies with Directive 2008/104/EC is disputed. Occasional work for another company is no problem; but group-intern agencies that serve as a single permanent employer for the whole workforce of all or several member companies are illegal under this concept. Outside of the exemption for groups and occasional posting the complete regime of temporary agency work applies including, when regulations are violated, the statutory construction of a ("contractual") employment relationship with the company that actually uses the services. Successive work for different companies of a group usually involves a change of employer. Some laws referring to continuity of employment expressly include time spent at different companies of a group.[80] Legal issues arise when the change of employer conceals an illegal chain of fixed-term contracts.

b) Contractual and financing relations between companies have no direct labor effects. Cash pooling is a common strategy to optimize liquidity and financing. Some cash pool arrangements violate capital maintenance rules with the effects provided by company law. Other negative influences are subject to compensatory measures mentioned in the introduction.

c) However, financial relations between parent and subsidiary may have an impact whenever labor and employment law refers to the economic situation of the employer, e.g. for the endowment of a social compensation plan when major changes

[79] Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG [https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/index.html; temporary employment act].

[80] E.g. § 8 (1) 2 BetrVG (footnote 2): minimum of six month continuous employment with the current employer or another employer within the group to be eligible to serve on the works council; example to the contrary: § 1 Kündigungsschutzgesetz, KSchG [http://www.gesetze-im-internet.de/kschg/index.html; convenience translation at: https://www.mayr-arbeitsrecht.de/wp-content/uploads/2016/05/Protection-Against-Unfair-Dismissal-Act.pdf], refers only to establishment and employing entity.

of an establishment have adverse effects on workers[81] or adjustment of pension benefits to inflation.[82] Case law deals with the difficult issue under which circumstances the "economic situation" of the employing company may include group related facts like the financial circumstances of the parent (cf. Question 7. b).

d) Normal management strategies want exact information on the productivity and profitability of each division, branch, or subsidiary. This mindset and tax law keep transfer pricing usually in line with market conditions. Some groups even require group companies to take part in an open bidding process for goods and services for other group companies. Such day-to-day business goes largely unnoticed. Cases of strategic or even fraudulent shifting of value from one company to another ("tunelling") get a lot more attention. The "related party transaction"-topic has been covered in German law for a long time by group law as outlined in the introduction.

The obligation of the parent to set-off any balance sheet losses in a Domination and Profit-and-Loss Transfer Agreement resolves issues of inadequate pricing. Outside of such specific agreements general laws of capital maintenance, indemnification within the group (§§ 311 et seq. AktG), liability for breach of fiduciary duties, and in tort for destroying the company etc. apply. Protecting the controlled company as indirect protection of stakeholders prevails over piercing remedies. There are no direct effects on labor law but wrongful transactions may be an indicator for a piercing-case.

e) Enterprise agreements that require the assent of the shareholders' meeting (§ 293 (1) AktG) can assign executive functions from one company to another. The possible arrangements are Domination Agreements (cf. Introduction), leases or other ways to leave the business of the company in the care of another. Only the Domination agreement conveys power to direct the management board of a company by binding instructions; if the controlled company is a closely held Ltd. (GmbH) the shareholders' meeting has the power to direct the management anyway. The role of employer stays untouched by such dominating influence; the controlled company, through its own management, still has to implement the policies as directed. Limits

[81] § 112 (5) BetrVG: … [T]he conciliation committee shall take into account the social interests of the employees concerned while taking care that its decision does not place an *unreasonable financial burden* on the company. In doing so … the conciliation committee shall be guided by the following principles, in particular: ...

3. When calculating the total amount of the social compensation plan payments, it shall take care that the *continuance of the company* or the jobs remaining after the implementation of the alterations are not jeopardized. (emphasis added)

[82] § 16 (1) BetrAVG [http://www.gesetze-im-internet.de/betravg/index.html; law on company pension schemes]: The Employer reviews and adjusts the current pension benefits every three years …; in so doing he considers the interests of the pensioner and the economic situation of the company.

to controlling powers and financial compensation of the dominated company provide indirect protection of creditors and minority shareholders. There is no joint liability. Leases or other forms to leave the business of a company to another may lead to a change of employer in the sense of Directive 2001/23/EC.

Informal assumption of management functions has no direct impact on labor. The employer cannot free itself from procedural and other obligations invoking that decisions were made by a controlling company. Liability of a "shadow director" arising from improper management leads to claims only of the controlled company itself.

5. How are working conditions of the workers hired by companies of a group of companies determined? In particular, is there a principle of equal treatment between workers of the different companies of the group?

Working conditions are determined by employment contract and collective agreements. The principle of equal treatment applies first and foremost at the establishment level, to a limited extent at the company level. As to wages, there is no general principle of equal treatment but discrimination (e.g. for age, gender, ethnic background, religion) is prohibited. There is no principle of equal treatment for workers of different companies in a group. Establishments and companies may be engaged in different areas, products, or markets and usually follow sector specific collective agreements, applicable by law or not, as benchmark. Only in particular cases, e.g. a group-wide pension-plan, equality is created and required on the contractual or collective basis of such plans.

6. Is it possible to adopt a collective bargaining agreement applicable to all companies of the group? Can collective bargaining agreements at company level also exist? In this case, what agreement will be applicable, the industry-level, the group-level or the company-level collective agreement?

Since the "group" is not a legal entity it cannot enter into a collective agreement for the "group". The group is not an association of employers[83] that can achieve collective agreements either. However, the parent or another company of the group can negotiate and form an agreement for itself and as representative of other companies. The result is a binding agreement for the negotiating company and others by proxy. If labor unions of different sectors are involved on the labor side they also can join in a multiparty contract. Whether this excludes individual agreements (of an employer or a union) depends on the wording and the construction of the multi-party agreement.

[83] § 2 (1) TVG [http://www.gesetze-im-internet.de/tvg/index.html; law on collective agreements]: Parties to a collective agreement are labor unions, individual employers, and associations of employers.

The statute does not regulate which collective agreement applies when industry-level, group-level, company-level, and establishment-level contracts coexist (*Tarifkonkurrenz*). Case law established that, in a first step, overlaps need identifying. If the collective rules refer to different matters (e.g. agreement A sets wages, agreement B sets vacation time) they apply in their respective areas. If there are overlaps the more specific contract applies, i.e. "bottom up" the establishment level prevails over the more general company level; the company level over the group level; the group level over the sector specific agreement. In case of a collision at the same level the collective agreement of the union with the largest membership prevails.[84]

7. What are the consequences of the integration of a company into a corporate group or group of companies in the context of redundancies? In particular, to prove the grounds for the redundancy, does the regulation take into account the situation of the group or only the situation of the company in question?

a) The *Kündigungsschutzgesetz, KSchG* (law against unfair dismissal)[85] protects workers on an individual basis. The waiting period for such protection is six months of continuous employment with the same company. The law has no group-wide application but the employment contract may stipulate continuity with previous employment with another company of the group. The economic situation of a company as such does not establish a valid reason for redundancy; changes in the workplace, technological or organizational, reduction of the workforce or closing of a plant must lead to the elimination of the particular job (compelling operational requirements). It makes no difference whether the management decision was made independently or upon the influence of a parent company; it is always the employer who has to implement the changes and follow procedures to dismiss the employee. Judicial review of the management decision is limited to obvious unreasonableness or arbitrariness. That a management decision benefits not the employer but another company (or the group) does not automatically constitute arbitrariness or abuse. Fair selection for redundancy refers to the establishment or the company, not the group. When the dismissed person is on a list for dismissal in a reconciliation agreement (see Question 7.b) compelling operational requirements are presumed; fair selection is subject only to limited judicial review.

b) Collective redundancies are governed by the Works Constitution Act and sections of KSchG transforming Directive 98/59/EG. Both laws apply to the employer only; they require notification and consultation. Timely notification of the works council

[84] § 4a TVG, introduced 2015 after crippling strikes called by competing unions within the same establishment or company (airline pilots, train engine drivers).
[85] Cf. footnote 8.

has to contain all relevant information concerning the projected collective redundancies and particularly the reasons for the redundancies; the employer cannot refuse information on the ground that redundancies are initiated by a controlling company which did not relay material facts.[86] The practical effect of this provision is a blockage of the implementation of redundancies due to lack of proper procedure. § 112 Works Constitution Act first encourages the employer and the works council to reach an agreement to reconcile their interests in connection with the proposed alterations (*Interessenausgleich*). The reconciliation may set a list of persons to be dismissed. With or without such reconciliation, the law mandates a social compensation plan (*Sozialplan*) - if not reached on a voluntary basis then by arbitration - between the employer and the works council. Such an agreement shall compensate adverse effects of changes on workers, mainly by severance payments. A crucial question in the group context is the endowment for severance pay (cf. Question 4. b) if the employing company could not afford full compensation. Some authors in the legal literature promote "*piercing the corporate veil for calculation purposes*" but mostly disregard the corporate law issue of how the employer obtains the necessary funds; there is no basis in the law for joint liability (cf. Question 2.). The employer's claims for payments by the parent company (cf. Introduction and Question 3.) are assets of the employer on its balance sheet and contribute to its economic standing.

And exception from the mandatory social compensation plan for employers founded up to four years ago (start-ups) does not apply to companies created in the context of a rearrangement within a corporate group.[87] For the particular case of the division of a company resulting in one company holding the assets and another company running the actual business the law mandates under certain circumstances joint liability for workers' claims based on a social compensation plan.[88] This scenario may unfold within a group context.

---

[86] § 17 (3a) KSchG (footnote 8): Information, consultation, and notification obligations apply even though the decision to dismiss workers was made by a company controlling the employer. The employer cannot invoke the fact that the Company responsible for the dismissals did not convey the necessary information.

[87] § 112 (2) BetrVG (footnote 2).

[88] § 134 Umwandlungsgesetz – UmwG [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwg/index.html; Transformation Act]: Where a legal entity divides its assets such that those parts of the assets necessary for managing a business are essentially transferred to one or several acquiring legal entities, or to one or several newly formed legal entities, and the activities pursued by this legal entity or these legal entities essentially are limited to the management of these parts of the assets (investment vehicle), while the legal entity transferring assets is allowed to use said parts of the assets to manage its business (operating company), and where essentially the same persons hold ownership interests in the legal entities involved in the division into several enterprises, the investment vehicle shall also be liable, as a joint and several debtor, for the claims of the operating company's employees that come into existence, by reason of

8. Who are the negotiating partners within the framework of a redundancy? Are they employers' and workers' representatives from the particular company or from the parent company?

Besides the mentioned § 17 KSchG (footnote 14) redundancy negotiations follow the general shop floor co-determination regime (*Betriebsverfassung*). On the workers side the works council of the affected establishment is the appropriate social partner. If the redundancy affects more than one establishment of the company the central works council (i.e. at company level) is in charge. The works council may delegate the negotiations to the central works council; the central works council may delegate its role to the group works council. Delegation does not change rights and privileges; legally it has no impact on the partner of negotiations on the employer's side but practically it is a tool to elevate negotiations to a higher management level. On the employer's side, the employing (and dismissing) company is in charge. Parties to a social compensation plan are the works council/central works council and the employer. On a voluntary basis the social compensation plan can be negotiated and formed by the group works council and the parent or other companies of the group. This is advisable when alternative employment in other companies than the employer is offered (see Question 9.). Practically, the deep pocket of a thriving parent is always taken into account.

Collective agreements may provide a general umbrella for redundancies. Additional collective action by unions to reach a collective agreement with content similar to a social compensation plan is admissible according to case law (disputed in the academic literature). The mandatory "Works Constitution" uses arbitration to resolve conflicts and prohibits strike; the unions enjoy the constitutional protection of their bargaining power including the right to strike. That explains the dynamic of the parallel regimes (cf. Question 10.).

9. In the event of a redundancy, is there an obligation to relocate to another company of the group the employees affected by such redundancy?

The employer has to offer alternative employment when available in the same establishment or at the same company but not in other companies of the group. The latter would not entail protection against dismissal but formation of a new employment

---

sections 111 through 113 of the *Company Pension Act (BetrAVG)*, in the course of five (5) years following the date on which the division into several enterprises has entered into force. This shall apply also in those cases in which the parts of the assets remain with the legal entity transferring assets and the acquiring or newly formed legal entity, or the acquiring or newly formed legal entities, are allowed to use them. – The italicized part is a mistranslation; the German original reads "*Betriebsverfassungsgesetz*", i.e. Works Constitution Act, see footnote 2.

contract. However, an obligation to offer alternative employment with another company of the group may arise from the employment contract (cf. Question 4. a) or reliable practice within the group. Employees with contracts that oblige them to work for other companies of the group may claim on that contractual basis that all possibilities for alternative employment are explored; dismissal is the last resort.

If alternative employment is offered and the worker turns the offer down without a reasonable motive, severance pay reduced or excluded. The provision in the Works Constitution Act expressly mentions the offer to work in a different company of the group.[89] Change of location of the workplace alone is not a reasonable motive to turn down the offer. Employment within another company of the group can incur challenges by the works council of the receiving company. There the employment of the transferred worker is a new hiring and has to go through proper co-determination procedures.

10. What is the effect of calling a strike in a group company? Could the other companies of the group contract with a third company to replace the services provided by the company on strike?

a) German law on collective action is almost exclusively case law. Few statutes make explicit reference to strikes. Strikes are legal only if conducted in order to reach a collective agreement (trade disputes); it follows that targets can only be employers that are (potential) parties to the agreement or members of the employers' association addressed for collective bargaining (cf. Question 6.). There are exceptions, though. A supporting strike (secondary action) is legal under the concept of proportionality when the targeted company belongs to the same group and the strike puts pressure on the parent to further resolution. These cases are quite controversial.

b) When engaging workers of a third company is subject to the law on temporary agency work the use of such workers during a strike is prohibited; the scope of the prohibition is the establishment in dispute and not the whole company. Temporary agency workers have the right to refuse work at companies currently subject to collective action. The employer has to inform the temp worker of his/her right to refuse work at the company receiving the services.[90]

[89] § 112 (5) 2 BetrVG (footnote 2).

[90] § 11 (5) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG as of 1.4.2017 (footnote 7); commentary on the changes at http://www.kallan-legal.de/en/newsletter/2017_01/article/artikel_03.php.

The exception for temporary work within a group (occasional services, worker not employed for the purpose of agency work; cf. Question 4. a) includes the exception from this clause prohibiting the engagement of temporary agency workers. Therefore replacing striking workers with employees from other companies of the group is legal. However, as a general rule, employees have an individual right to refuse strike-breaking work without breach of their employment contract. That results in dynamics of incentives and persuasion.

11. Other relevant matters concerning corporate groups or groups of companies

Joint liability is only a limited concept to address the complex issues of labor effects in corporate groups. German organizational law addresses the group in various ways, first and foremost in the realm of *Betriebsverfassung* (Works Constitution). Like the European Works Council the formation of a Group Works Council (*Konzernbetriebsrat*) depends on the initiative of works councils at company level. Large groups have such worker representations at the group level. They function as a platform for information and mediation of conflicting interests not only between employer and employees but between different workforces in different sectors and locations. In a group, workers interests are even less homogenous than within a company. The field is well developed in law, jurisprudence and literature. The rather complicated and expensive procedures for major changes and redundancies prevent employers outside of or within a group from arbitrary or short-term profit oriented decisions. On the corporate law side, employee representation on the supervisory board (two-tier system) deserves mentioning. § 5 (1) MitbestG[91] states that where a company is a parent company within a group the employees of the German group companies shall be treated as employees of the parent for the purposes of boardroom co-determination.

Not broadly addressed yet is the phenomenon that the parent or other group companies support companies within the group that are inefficient or have no long-term perspective as to their line of business (cross-subsidization). Restructuring or even closing such ailing subsidiaries meets strong resistance when the group as a whole is still doing well. If the parent or substantial parts of a group are distressed, maybe bankruptcy looming large, omission of timely changes and adjustments is regretted. Some groups navigate this minefield by selling off unproductive subsidiaries and leave the adjustments to the buyer. The group structure facilitates such strategies allowing share deals; the legal entities define predetermined breaking points.

[91] https://www.gesetze-im-internet.de/mitbestg/index.html

References:

ADDISON, J.T., *The economics of Codetermination. Lessons from the German Experience*, Palgrave Macmillan, 2009.

BRAUN/WISSKIRCHEN, *Konzernarbeitsrecht*, C.H. Beck, 2015.

DUPLESSIS/GROßFELD/LUTTERMANN/SAENGER/SANDROCK/CASPER, *German corporate governance in international and European context*, 3rd ed., Springer, 2017 (chapters 5 and 6 on boardroom co-determination).

JUNKER, A., *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, Mohr Siebeck, 1992.

WINDBICHLER, C., *Arbeitsrecht im Konzern*, C.H. Beck, 1989.

WINDBICHLER, C., "Cheers and Boos for Employee Involvement: Co-Determination as Corporate Governance Conundrum", *European Business Organization Law Review*, vol.6, issue 4, Springer, 2005, p. 507-537.

Judicial decisions:

Question 3.: BGH 16.7.2007 – II ZR 3/04 TRIHOTEL [http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2007-7-16&nr=41025&pos=4&anz=5]; case note at: ht7-trihotel/" http://ouclf.iuscomp.org/lowering-the-corporate-veil-in-germany-a-case-note-on-bgh-16-july-2007-trihotel/.

Question 5.: BAG 20.8.1986 – 4 AZR 272/85, BAGE 52, 380: no principle of equal treatment within a group; LAG Hamm 18.8.2016 – 15 Sa 392/16 ¶ 43 [ECLI:DE:LAGHAM:2016:0818.15SA392.16.00]: no principle of for employees of different employers.

Question 6.: BAG 8.11.2006 – 4 AZR 590/05 ¶ 17, NZA 2007, 576: multi-party collective agreements.

Question 7. a): BAG 20.2.2014 – 2 AZR 859/11 ¶ 45 [http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=41b905fd47199404609099bba18515be&nr=17552&pos=0&anz=1]: no group-wide application of the law against unfair dismissal but contractual extension is

possible.

b) BAG 19.7.2012 – 2 AZR 386/11 [http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=6741454dd20be28c971398eeaa94cdac&nr=16467&pos=0&anz=1]: limited review of list of redundancies in reconciliation agreement.

Question 8.: BAG 19.7.2012 – 2 AZR 386/11 [http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=6741454dd20be28c971398eeaa94cdac&nr=16467&pos=0&anz=1]: competency of the central works council to negotiate social compensation plan; BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 [http://lexetius.com/2007,2165]: right to strike for a redundancy specific collective agreement.

Question 9.: BAG 22.11.2012 – 2 AZR 673/11 ¶ 38 et seq. [https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2012-11-22&nr=16687&pos=2&anz=6]: potential obligation to offer alternative employment within the group based on contract.

Question 10.: BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 [http://lexetius.com/2007,2237]: secondary action within proportionality protected by constitutional right to strike.

LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS IN ITALY

Nicolò Rossi
PhD candidate, Catholic University of Milan

Introduction

The existence of different forms of corporate links between the companies on the Italian market is today undoubtedly more usual than in the past. According to the most recent reports published by the Italian Institute of Statistics[92], the number of corporate groups operating in the country has constantly risen over the last few years. For instance, the data show that in 2015, corporate groups increased by 3,9% with respect to the previous year, for a total of 99.273 groups, involving 223.583 undertakings and providing over 5,7 million jobs. In the same period, 18,1% of such corporations were multinational groups and, more specifically, only 10,1% were controlled by a subject resident in another state. Notwithstanding, considering both the turnover and the number of workers, multinationals are generally larger than groups entirely located in Italy.

1. Is there a definition of corporate group or group of companies in your labor legal system?

In contrast to commercial law, which provides general provisions for companies exercising management and coordination activities over others (articles 2497 et seq. of the Civil Code), Italian labor law does not provide a general definition of this phenomenon. Indeed, in this case, the different types of links existing between several undertakings are considered from time to time with different aims by very specific rules, some of which will be mentioned in the following answers.

However, alongside the traditional concept of *group* the distinct notion of *network* has recently become more widespread. The legislator has even adopted the notion of network in order to define a particular contractual relationship. Specifically, Act n.

[92] See, for the year 2015: ITALIAN INSTITUTE OF STATISTICS, *Risultati economici delle imprese. Anno 2015*, 2 November 2017, especially p. 1-2 and 5, freely available on the web site: https://www.istat.it/it/files/2017/11/Report-Risultati-economici-imprese2015.pdf?title=Risultati+economici+delle+imprese+-+02%2Fnov%2F2017+-+Testo+integrale+e+nota+metodologica.pdf . For an overview of the situation of the previous years, see: ISTAT, *Risultati economici delle imprese. Anno 2014*, 26 October 2016 (https://www.istat.it/it/files/2016/10/Report-Risultati-economici-imprese-2014.pdf?title=Risultati+economici+delle+imprese+-+26%2Fott%2F2016+-+Testo+integrale+e+nota+metodologica.pdf); ISTAT, *I gruppi di impresa in Italia. Anno 2013*, 19 November 2015 (http://www.istat.it/it/files/2015/11/Gruppi-di-impresa-in-Italia.pdf?title=Gruppi+di+impresa+in+Italia+-+19%2Fnov%2F2015+-+Testo+integrale.pdf).

33/2009 introduced the "network contract", that is the contract under which «some entrepreneurs, for the purpose of improving, individually and collectively, their innovative capacity and their competitiveness on the market, obligate themselves, in accordance with a common network program» (a) «to collaborate in the established forms and within the predetermined scopes, concerning their own business», (b) «to exchange information or services of industrial, commercial, technical or technological nature» or even (c) «to exercise jointly one or more economic activities that are part of their undertaking's object» (article 3, paragraph 4-*ter*).

2. In your legal system, are there joint labor and Social Security liabilities between the companies of a valid corporate group?

As a general rule, in the Italian legal system, the presence of a corporate group does not imply several and joint liability between its members, with regard to labor and Social Security obligations. As a matter of fact, each company is considered as a legally independent entity, with the result that (unless any other contractual relationships) it is responsible only towards its workers. This conclusion is confirmed indirectly by article 31 of Legislative Decree n. 276/2003 that allows parent company to carry out some labor and Social Security tasks for its subsidiaries and associates, but, at the same time, seems to say that the «single employer companies» are the only debtors.

Nevertheless, except for the hypothesis analysed in answer 3, things are different within some specific scopes. In fact, the legislator has recently introduced some norms that are debated in literature.

In detail, after the last legislative changes, the aforementioned article 31 has firstly recognized to employers the possibility to hire together the same worker (*joint recruitment*). More precisely, this new provision concerns both the agricultural undertakings, which are controlled by the same subject or by his relatives, and the employers belonging to a network contract, if at least 40% of them are agricultural undertakings. In these cases, a joint labor and Social Security liability between the affected employers is clearly stated by the norm.

However, the same legal text lays down a more obscure principle. Article 30, paragraph 4-*ter* of Legislative Decree n. 276/2003 provides that when workers are «hired in accordance with the rules established by a network contract» and posted within the framework of the same network, a situation of *co-employment* «is allowed». Even if this expression is not new in the Italian system, it is difficult to interpret the overall meaning of the words used by the legislator. Although some authors think that in this case firms are jointly liable for labor obligations, it is probably more correct to consider that the

network contract can otherwise regulate their relationships. That is, as clarified also in a circular of the Ministry of Labor[93]: this situation does not automatically entail a direct joint liability between the companies involved.

3. Are there cases in which there is joint liability of the companies of a group with respect to labor and Social Security obligations of other companies of the group? That is to say, what labor consequences derive from the incorrect constitution of a corporate group or group of companies?

Over the years, Italian case law has gradually mitigated the general rule of the formal independence of each group company, in order to curb some fraudulent practices. Focusing on the circumstances of single cases, courts started to overcome the strict consequences of the formal independence rule. They did so whenever it was possible to demonstrate that the legal separation between the different firms was used to evade some labor provisions. In this perspective, judges subsequently gave more importance to consistent evidences to consider incorrect the situation of a group.

Judges usually reach this conclusion when it is possible to observe:

a) A single productive and organizational structure;
b) An integration of the group members' activities and the presence of a correlative common interest;
c) A technical, administrative and financial coordination which denote a unitary direction, orienting undertakings toward a common purpose;
d) A worker providing services simultaneously and indifferently for several group companies.

As a result of the assessment of these indicators, courts have considered necessary to use the group as a reference for calculating the number of workers required to apply the protection against dismissals set forth in article 18 of the Italian Workers' Statute. Furthermore, courts have taken into account the situation of the whole group in order to prove the grounds of a collective redundancy and the lawfulness of an individual economic dismissal. Finally, courts sometimes considered that all the companies are jointly liable for labor rights of workers formally hired only by one of them.

[93] See Circular n. 35 of 29 August 2013, especially p. 7-8, available on the web site: https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Circolare_29_agosto_2013_n.35.pdf

4. What are the labor effects of the fact that a worker provides services for more than one company of the group? What are the labor effects of contractual or commercial relationships between companies of the group, such as loans, financing agreements or cash pooling? And transfer pricing policies? And the development of management functions by a company of the group with respect to another company?

The fact that a worker provides services for several companies of the same group can have labor effects, which vary depending on the circumstances.

First of all, if an employee performs activities for two or more group members in succession, the regulation provided for posted workers could be applied. As a result, the conditions stated out by Legislative Decree n. 276/2003 (article 30) for internal posting and by Legislative Decree n. 136/2016 for international ones should be respected. Otherwise, administrative sanctions can be applied and, moreover, the affected worker could also obtain an employment contract with the user company.

On the other hand, if an employee works simultaneously for several group members, Italian case law sometimes considers them as a unitary reference point (see answer 3). As explained above, judges have generally taken such decision when workers are formally hired by one company, but at the same time two or more group members assume the employer position to realize a single interest.

In the same perspective, courts sometimes give importance to commercial or contractual relationships between the companies of a group. In this regard, it should be noted that the fact that some companies conclude a contract, such as a loan or a financial agreement, does not produce any labor effects. Notwithstanding, if this type of relationships blurs the lines between corporate assets of different entities, companies' behaviour may be indicative of the intent to evade labor mandatory rules (with the consequences mentioned in answer 3).

Similarly, the existence of a cash-pooling contract, in itself, is not relevant from a labor law point of view. Only together with more significant elements, this contract could be interpreted as a proof of a centralized direction and could influence the application of labor rules.

Regarding transfer pricing policies, Italian labor courts have not traditionally paid particular attention to this matter. Even if these practices may abstractly reveal a strong integration of companies' activity, judges have not focused on it to extend workers'

protection. Correspondingly, tax regulation concerning group companies' agreements has not been generally taken into account by labor law.

On the contrary, some decisions have recently considered important to properly assess the actual type of control exercised by parent companies on their subsidiaries. Specifically, it has been stated that if the influence of a parent company exceeds the normal exercise of managerial powers over its associates, the parent company can be regarded as the real employer of associates' workers. According with this jurisprudence, this may occur when the parent company does not only carry out the direction and the coordination of the other group members, but directly manages their staff.

5. How are working conditions of the workers hired by companies of a group of companies determined? In particular, is there a principle of equal treatment between workers of the different companies of the group?

In Italy, working conditions are established in the employment contract, regardless of whether the employees work in a company that is part of a group or not. In any case, the contract shall comply with the minimum provisions established in collective bargaining agreements and in the legal regulation.

In this respect, the Italian legislation does not impose a principle of equal treatment between workers of different group companies. There is no obligation to recognize the same working conditions to workers who are employed by different members of the same group. However, nothing prevents the corporate group to adopt a collective bargaining agreement establishing the same working conditions for each group companies.

6. Is it possible to adopt a collective bargaining agreement applicable to all companies of the group? Can collective bargaining agreements at company level also exist? In this case, what agreement will be applicable, the industry-level, the group-level or the company-level collective agreement?

In the Italian legal system, it is possible to adopt a collective bargaining agreement applicable both to the corporate group and to the individual companies. Moreover, a group level agreement can, of course, coexist with several company level collective regulations.

Generally speaking, relations between agreements of a different level are often regulated by the same collective bargaining. Anyway, it should be noted that article 8 of Act n. 148/2011 enables group and company level agreements to derogate industry level

collective regulation and legal provisions. However, this prerogative can be exercised only by the most representative trade unions of a sector or zone, or by their company level representatives, provided that the majority of them approves the agreement. Furthermore, derogations can concern only some matters, indicated in the mentioned article. Nevertheless, it is striking that, among them, there is also a very general reference to the «regulation of the employment relationship».

7. What are the consequences of the integration of a company into a corporate group or group of companies in the context of redundancies? In particular, to prove the grounds for the redundancy, does the regulation take into account the situation of the group or only the situation of the company in question?

While in general the integration into a corporate group does not entail particular labor consequences, things are different when there are the specific circumstances indicated in answer 3.

As anticipated above, in this case, Italian courts have assessed the size of each single company, considering all the workers of the group. Therefore, it has been extended the scope of article 18 of the Workers' Statute, which imposed reinstatement as remedy against unfair dismissals only if the firm employs more than 15 workers. Moreover, judges have also taken into account the whole corporate group, in order to apply the collective redundancies regulation.

In this respect, it should be pointed out that, in case of collective redundancy, the eventual links between several companies has been contemplated by the legislator too. As a matter of fact, pursuant to article 4, paragraph 15-*bis* of Act n. 223/1991, subsidiaries have the obligation to consult workers' representatives even if they are controlled by a parent company which took the decision of a large-scale redundancy and held the necessary information. In this perspective, implementing European Directive's provisions, the norm makes clear that the existence of a controlling undertaking cannot justify the breach of the consultation process.

8. Who are the negotiating partners within the framework of a redundancy? Are they employers' and workers' representatives from the particular company or from the parent company?

In the Italian legislation, there is not a specific provision determining who are the negotiating partners within the framework of a collective redundancy when a company is part of a corporate group. Therefore, even in this case, the general rule stated out by article 4, paragraph 2 of Act n. 223/1991 should be applied. According to such norm,

each employer who is contemplating a large-scale redundancy shall begin consultations with workplace trade union representatives and with their productive sector associations. In the absence of these representatives, the process shall involve sector level trade unions belonging to the most representative confederation at national level.

9. In the event of a redundancy, is there an obligation to relocate to another company of the group the employees affected by such redundancy?

In the Italian legislation, there is not a general obligation to relocate to another group company workers that have been dismissed by a member of this group.

However, in the situations described in answer 3, case law has considered necessary to assess the economic situation of the whole group, in order to establish whether the employer's behaviour is correct or not. From this point of view, Italian courts sometimes judged unfair individual economic dismissals, when there was the possibility to relocate the affected workers to another group company.

10. What is the effect of calling a strike in a group company? Could the other companies of the group contract with a third company to replace the services provided by the company on strike?

Although article 40 of the Italian Constitution enables the legislator to regulate the right to strike, in Italy there is not a general legislation about it. Notwithstanding, over the years, the Italian case law has elaborated some principles, for the purpose of balancing workers' rights with the employer's economic freedom. In this perspective, in order to establish if there is a violation of the right to strike when the other group members try to replace the affected company by contracting with a third party, it is probably necessary to regard the specific circumstances of the single case. However, it should be noted that minimizing strike's effects by hiring new workers is generally considered unlawful.

References

ALVINO, I., "Contratto di rete e diritto del lavoro", in G. SANTORO PASSARELLI (ed.), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 2017, p. 1833-1854.

BIASI, M., "Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento", in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 218, 2014.

LUNARDON, F., *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Giappichelli, Torino, 1996.

MAZZOTTA, O., "Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione", in *Rivista giuridica del lavoro*, 2013, n. 1, p. 19-28.

NOGLER, L., "Gruppi di imprese e diritto del lavoro", in *Lavoro e diritto*, 1992, n. 2, p. 291-337.

RAZZOLINI, O., "Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese", in AIMO, M. – IZZI, D. (ed.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, p. 677-703.

LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS IN PORTUGAL

David Carvalho Martins
Lawyer, Guest Lecturer, University of Lisbon Faculty of Law

Introduction

In 2015, there were 1.181.406 companies[94]. Among these we can highlight that 1.180.331 were SMEs (99,9%)[95], which employ 78% of the workers[96]. In 2011, there were only 444 groups of companies with 7.323 companies; 62% were multinational corporate groups; more than 50% concentrate their activity in industry and trade[97]. In Portugal, the productive structure is largely consisted by small and medium companies and the number of corporate groups is restricted.

The main labor conflicts concerning corporate groups were related to employment contract with plurality of employers and to occasional assignment of workers without complying with the legal requirements (articles 101 and 288 et seq. of the Labor Code[98]), posting of workers to companies located abroad and liability for labor entitlements of parent companies, regardless where their headquarters are located, and their managers or directors.

1. Is there a definition of corporate group or group of companies in your labor legal system?

The Labor Law does not define the concept of corporate groups or groups of companies. Instead, the labor legal system has adopted the definition established under the Companies Code.

There is a broad definition of affiliated companies (*sociedades coligadas*) which includes the concepts of companies in a simple investment relationship (*sociedades em relação de simples participação*), companies in mutual investment relationship (*sociedades em relação de participações recíprocas*), companies in a parent-subsidiary

[94] In 1990, there was approximately 390 thousand companies. See www.pordata.pt/portugal/empresas+total-2854 (last access: 29.11.2017).

[95] See www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela (last access: 29.11.2017).

[96] See www.pordata.pt/Portugal/Pessoal+ao+servico+nas+empresas+total+e+por+dimensao-2896-246502 (last access: 29.11.2017).

[97] See "Destaque INE, 19.12.2013" about "Grupos de Empresas em Portugal, 2011", available at www.ine.pt.

[98] A Portuguese version is available at http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis (last access: 29.11.2017).

relationship (*sociedades em relação de domínio*) and companies in group relationship (*sociedades em relação de grupo*) (article 482 of the Companies Code[99]).

The first type is applicable when none of the others is and is identified when one of the companies holds a participation of 10% or more of the share capital (article 483 (1) of the Companies Code). The second type is identified when each company holds a participation of 10% or more of the share capital of the other company (article 485 (1) of the Companies Code). The third type is applicable when one of the companies – controlling or parent company – may exercise, directly or through other company or person, a controlling influence. It is assumed that there is a controlling influence when one of the companies (i) holds a majority participation, (ii) owns more than half of the voting rights or (iii) is entitled to appoint more than half of the members of the governing or auditing bodies (article 486 (1) (2) of the Companies Code). Finally, the fourth type has the following categories: (i) contract of joint control (*contrato de grupo paritário*) entered between two or more independent companies, to create a single and common management (article 492 of the Companies Code); (ii) contract of subordination, through which a company undertakes the obligation to subordinate its management to other company, despite any previous controlling power (articles 493 et. seq. of the Companies Code); (iii) company holding 100% of the share capital of other company (article 488 et. seq. of the Companies Code). The first two categories have rarely been applied.

2. In your legal system, are there joint labor and Social Security liabilities between the companies of a valid corporate group?

The employer and companies in mutual investment relationship (*sociedades em relação de participações recíprocas*), companies in a parent-subsidiary relationship (*sociedades em relação de domínio*) and companies in group relationship (*sociedades em relação de grupo*) are jointly liable to the worker for overdue labor entitlements, over three months (execution, breach and termination of the employment contract) (article 334 of the Labor Code). This regime is applicable even if the company has its headquarters abroad (Constitutional Court Ruling no. 227/2015)[100].

It could be argued that in the cases of contract of subordination and company holding 100% of the share capital of other company, the management company (*sociedade*

[99] A Portuguese version is available at http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis (last access: 29.11.2017).

[100] In some cases, the partner, the shareholder, the manger or director could be also jointly liable for labor entitlements (article 335 of the Labor Code).

diretora) is also liable for the obligations of the subordinated company (articles 491 and 501 of the Companies Code).

3. Are there cases in which there is joint liability of the companies of a group with respect to labor and Social Security obligations of other companies of the group? That is to say, what labor consequences derive from the incorrect constitution of a corporate group or group of companies?

In exceptional cases, the worker and the Social Security could apply for the lift of the corporate veil of the intermediate company, notably if there is confusion in employee workforce, mixing of assets or abuse of legal entity.

4. What are the labor effects of the fact that a worker provides services for more than one company of the group? What are the labor effects of contractual or commercial relationships between companies of the group, such as loans, financing agreements or cash pooling? And transfer pricing policies? And the development of management functions by a company of the group with respect to another company?

a) A worker providing services, on an *ad hoc* basis, either in succession or simultaneously, for several companies of the group does not generate, as a rule, joint liability regarding labor and Social Security obligations of the companies involved. However, we must consider two different cases: employment contract with a plurality of employers and occasional assignment of workers.

   It is possible to enter into an employment contract between a worker and two or more employers, if employers are companies in mutual investment relationship, companies in a parent-subsidiary relationship, companies in group relationship or have common organizational structures (e.g., three lawyers, with the same domicile, may hire an office clerk) (article 101 (1) of the Labor Code). This contract shall (i) be done in writing, (ii) contain identification, signature and domicile of the parties, (iii) mention the activity of the worker, the work place and normal working period and (iv) identify the employer who acts on behalf of the others in the execution of the employment contract (article 101 (2) of the Labor Code). The employers are jointly liable for the obligations arising from the employment contract, whose creditor is the employer or a third-party (article 101 (3) of the Labor Code). When the plurality of employers ceases to exist, the employer who acted on behalf of the others will assume the position of single employer (article 101 (4) of the Labor Code). In case of non-compliance with the requirements to enter into an employment contract with plurality of employers, the worker is free to choose one

of the (*de facto*) employers as his/her employer (article 101 (5) of the Labor Code), regardless the jointly liability and administrative penalties.

As an alternative, it is possible to enter into an occasional assignment of worker between companies in mutual investment relationship, companies in a parent-subsidiary relationship, companies in group relationship or employers with common organizational structures (article 289 (1) (b) of the Labor Code) and a worker with a permanent employment contract (article 289 (1) (a) of the Labor Code). The worker shall expressly accept the assignment (article 289 (1) (c) of the Labor Code) for a period not exceeding one year, renewable for equal periods up to a maximum duration of five years (article 289 (1) (d) of the Labor Code). This contract shall (i) be done in writing, (ii) contain identification, signature and domicile of the parties, (iii) mention the activity of the worker, (iv) refer the starting date and the duration of the assignment and (v) contain the express consent of the worker (article 290 (1) of the Labor Code). In case of non-compliance with the requirements to enter into an occasional assignment of workers, the worker is free to choose the transferee as his/her employer, under a permanent contract (article 292 (1) of the Labor Code), regardless administrative penalties. This second case is distinct from the first one because the worker will only provide services for the transferee

b) Contractual or commercial relationships between companies of a group (such as loans, financing agreements or cash pooling) do not, generally, generate labor effects. That is, the fact that two or more companies formalize a loan, or a financing agreement does not generate joint liability between them. However, when this contract is not adequately compensated or leads to mixing of assets (this is, confusion in the delimitation of the accounts of the different companies), it could lead, in certain circumstances, to the lift of the corporate veil of the intermediary company. The same may occur in the case of a cash pooling contract between two or more companies of the group or "related-party transactions".

c) Please see question 2 above about the regime applicable to companies bound by contract of subordination and to company holding 100% of the share capital of other company. In case of *de facto* managerial power, the controlling company may be deemed liable, notably due to the abuse of right.

5. How are working conditions of the workers hired by companies of a group of companies determined? In particular, is there a principle of equal treatment between workers of the different companies of the group?

There is no specific regulation on these topics. As a rule, the working conditions are defined between the formal employer and the worker, notably in the employment contract and its amendments. Therefore, the group of companies is not deemed as an employer. In this regard, the principle of equal treatment – in particular, equal pay for equal work – does not determine any change or modification of the working conditions within a group of companies. In other words, there is no obligation to recognize the same working conditions to the workers of the different companies of the group. Nevertheless, the companies are free to enter into a collective labor agreement or, regarding the working conditions not reserved to collective bargaining, to apply them as a common practice within the corporate group.

6. Is it possible to adopt a collective bargaining agreement applicable to all companies of the group? Can collective bargaining agreements at company level also exist? In this case, what agreement will be applicable, the industry-level, the group-level or the company-level collective agreement?

The Portuguese collective bargaining system is based on the affiliation principle (article 496 of the Labor Code): the collective labor agreement is applicable to the employers who have signed it or to the employers who are affiliated in the employers' association and the workers who are affiliated in the trade unions that have signed it. Besides, the Government may issue an extension ordinance to extend the scope of application of a collective labor agreement. Therefore, the companies may sign group-level and company-level collective agreement. In case of competition among these two types of collective labor agreements, the principle of specialty determine the preference of a company-level collective agreement over the group-level collective agreement.

7. What are the consequences of the integration of a company into a corporate group or group of companies in the context of redundancies? In particular, to prove the grounds for the redundancy, does the regulation take into account the situation of the group or only the situation of the company in question?

Assuming that, there is not any case of confusion in employee workforce, illegal employment contract with plurality of employers, illegal occasional assignment of workers, mixing of assets, fraud of law or abuse of legal entity, the integration of a company into a corporate group of companies does not entail any change of procedure regarding the termination of employment contracts (e.g. collective redundancies and

elimination of position due to objective reasons). In any case, the employer may offer the worker a suitable position in other company of the corporate group.

8. Who are the negotiating partners within the framework of a redundancy? Are they employers' and workers' representatives from the particular company or from the parent company?

As a rule, the employer shall deal with the work council or, in the absence thereof, with the inter-trade union committee or with the company labor committee. In the absence of all workers' representatives, the affected workers may appoint an *ad hoc* committee for the collective redundancy. In case of an elimination of position due to objective reasons, the affected worker could also participate in the negotiations. Therefore, are the employers' and workers' representatives of the company that carries out the dismissal procedures.

9. In the event of a redundancy, is there an obligation to relocate to another company of the group the employees affected by such redundancy?

No, there is not such obligation. As we have mentioned, if there are not any fraud of law or abuse of right, the corporate group is not the employer. Thus, the obligation to relocate refers only to the company that is conducting a collective redundancy or an elimination of position due to objective reasons. In any case, the employer may offer the employee a suitable position in other company group.

10. What is the effect of calling a strike in a group company? Could the other companies of the group contract with a third company to replace the services provided by the company on strike?

There is a general prohibition to replace striking workers (i) by other workers from the same company but normally allocated to other work place, (ii) by hiring employees for such purpose or (iii) by a contract for provision of services, unless in case of non-compliance of minimum services required for vital social needs or for the security and maintenance of equipment and facilities, in accordance with the principle of proportionality (article 535 (1) (2) of the Labor Code). The non-compliance is deemed as a very serious administrative offence and may lead to a criminal fine.

Seen in these terms, as a rule, the companies of a corporate group shall not intervene to minimize or to eliminate the normal effects of a strike regularly summoned and conducted.

11. Other relevant matters concerning corporate groups or groups of companies

Nothing to report.

References and judicial decisions

COUTINHO DE ABREU, J. M., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VII, Almedina, 2014.

GOMES, J., *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2007.

MENEZES LEITÃO, L., *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, 2016.

PALMA RAMALHO, M.R., *Grupos Empresariais e Societários, Incidências Laborais*, Almedina, 2008.

ROMANO MARTINEZ, Pedro (org.), *Código do Trabalho Anotado*, 11.ª ed., Almedina, 2017.

CONSTITUTIONAL COURT Ruling no. 227/2015 (available at http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150227.html, last access: 15.11.2017)

LOS EFECTOS LABORALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN ESPAÑA

Raquel Serrano Olivares
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

Oriol Cremades Chueca
Ayudante de investigación y doctorando en Derecho - Beca Fundación Ramón Areces
ESADE-Universitat Ramon Llull

Introducción

En el marco de la globalización y la búsqueda de mayores cuotas de eficiencia económica, los grupos de empresas son actores cada vez más relevantes en la economía y el mercado de trabajo españoles.

Sin embargo, resulta difícil obtener estadísticas de su presencia si son entendidos como un concepto más amplio que el de grupos de sociedades (ver pregunta 1).

Respecto a estos últimos, se puede llegar a tener una idea de su implantación en España, como forma de organización empresarial, mediante los (últimos) datos disponibles sobre el Impuesto de Sociedades[101]: en el año 2014, el número de declarantes individuales que fueron entidades pertenecientes a grupos de sociedades fue de 32.564 (un 2,2 % del número total de declarantes del mencionado impuesto - 1.449.712 -) y 4.477 fueron el número total de grupos de sociedades declarantes en el régimen de consolidación fiscal del Impuesto de Sociedades.

Asimismo, el número de filiales de empresas extranjeras en el año 2015 fueron[102] 12.338 (3.009 en el sector industrial, 4.233 en el de comercio y 5.096 en el de servicios), generadoras de 1.380.543 personas ocupadas (430.451 en el sector industrial, 362.208 en el de comercio y 587.884 en el de servicios) y una cifra total de negocio de

[101] INSPECCIÓN GENERAL DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Memoria de la Administración Tributaria. TOMO I – 2015*, Ministerio de Hacienda y Función Pública - Secretaría General Técnica Subdirección General de Información, Madrid, 2015, p. 228-229 y 238-239.

[102] Según la *Estadística de filiales de empresas extranjeras en España* (FILINT) del año 2015 del Instituto Nacional de Estadística (INE) publicada el 28 de septiembre de 2017 (Disponible en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736161127&menu=ultiDatos&idp=1254735576550; última consulta: 4 de diciembre de 2017).

448.157 millones de euros (235.022 en el sector industrial, 167.090 en el de comercio y 86.045 en el de servicios).

En el plano jurídico, la fragmentariedad y la falta de sistematicidad son las notas características del tratamiento de los grupos de empresas en el conjunto del ordenamiento español.

Con todo, no puede dejar de destacarse el relevante papel que han jugado y juegan la jurisprudencia y la doctrina judicial y académica en la delimitación jurídica de los efectos laborales de los grupos de empresas.

En líneas generales, tanto el marco normativo de referencia como la jurisprudencia y doctrina judicial sobre los efectos laborales de los grupos de empresas están caracterizadas por: a) una tendencia a asimilar conceptualmente los grupos de sociedades y los grupo de empresas[103]; b) un fuerte carácter tuitivo en pro de la defensa de los derechos de los trabajadores y c) un enfoque mayoritariamente "patologista" (los grupos de empresas tienden al fraude y ocultan su verdadero propósito y actuaciones y es función del Derecho Laboral desenmascararlos).

Respecto a las problemáticas jurídicas concretas que los grupos de empresas suscitan, históricamente la principal de ellas ha sido saber si el grupo debe ser considerado empleador cuando sus miembros mantienen estrechos vínculos económicos, comerciales y personales.

Más recientemente, también han sido destacables aquellas cuestiones focalizadas en cómo se despide en una empresa integrante de un grupo y qué efectos y obligaciones se generan ante una huelga en una empresa perteneciente a un grupo de empresas.

1. ¿Existe en su ordenamiento jurídico laboral una definición de grupo de empresas?

El legislador español no ha acuñado una definición específicamente laboral de grupo de empresas. Sólo en determinada normativa laboral muy concreta acoge una definición de grupo basada en que una empresa ejerza el control sobre otra u otras: la definición mercantil de grupo de sociedades del article 42.1 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. En este sentido, puede destacarse:

[103] Tal y como se expondrá posteriormente, el grupo de empresas es un concepto más amplio que el de los grupos de sociedades puesto que sus miembros pueden no ser sociedades y su política empresarial común se puede basar ya no sólo en el dominio/control sino también en la coordinación.

- El artículo 3.1., en sus apartados 3 y 4, de Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- El artículo 2.1, 1º b) d la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.
- La Disposición adicional 16ª, apartado 1, de la Ley 27/2011, Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.
- El artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante, Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).
- El artículo 44.10 y 51.8 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, Estatuto de los Trabajadores).

Asimismo, se puede deducir que la definición de grupo de sociedades es utilizada como equivalente a la de grupo de empresas en la Sección 2.ª (Movilidad internacional) del Título V (Internacionalización de la economía española) de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

En concreto, de conformidad con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia mercantilistas, son tres los requisitos exigidos para que se considere la existencia de un grupo de sociedades[104]: a) la existencia de diversas sociedades jurídicamente independientes); b) la existencia de una relación jerarquizada de dominación-control entre ellas; y c) la existencia en el vértice de una sociedad que controle directa o indirectamente al resto de sociedades.

Sin embargo, en sentido estricto, entendemos que los grupos de empresas constituyen un concepto más amplio que el de grupos de sociedades puesto que, conceptualmente, los primeros se caracterizan por[105]: a) entes jurídicamente independientes (pudiendo ser sociedades o no, como por ejemplo fundaciones, personas físicas, etc.) y b) dirección

[104] Vid., entre otros, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 24ª ed., Vol. I, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2017, p. 627-628 y SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 7ª ed., Vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 627-628.

[105] DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupo de empresas y despidos económicos*, 1ª ed., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 27-31.

económica unitaria (política empresarial común que puede ser ejercida por la existencia de relaciones jerárquicas - de dominio/ control - o por coordinación).
Por tanto, dada la fuerte presencia y expansión de los grupos societarios en España y la expansiva normativa de los grupos societarios (sobre todo en el ámbito mercantil y fiscal), en el plano jurídico los grupos de empresas se manifiestan o son detectados muy frecuentemente[106] en forma de grupos societarios, a pesar de no ser su única expresión.

En todo caso, sí que resulta plenamente rechazable[107] la calificación como grupo de empresas el supuesto en que una persona física se somete a las órdenes de una empresa o varias empresas. Dicha relación podrá ser calificada como relación laboral o de otra naturaleza (trabajador autónomo, funcionarial, etc.) atendiendo a, entre otros factores, los indicios de laboralidad, así como la naturaleza del nexo contractual, la tipología de la empresa y su sector de actividad.

Finalmente, pese a la falta de una definición normativa en el ámbito laboral de los grupos de empresas, la jurisprudencia ha identificado un conjunto de elementos o indicios que permite extender la responsabilidad solidaria en materia laboral y de Seguridad Social a los diferentes integrantes de un grupo de empresas (ver pregunta 4), configurándose de este modo un concepto de grupo de empresas "a efectos laborales".

2. En su ordenamiento jurídico, ¿existe responsabilidad solidaria directa respecto de responsabilidades laborales y de Seguridad Social entre las empresas de un grupo válidamente constituido?

La mera existencia de una relación de control, dominación o coordinación que permite la dirección económica unitaria entre los distintos sujetos integrantes de un grupo de empresas no determina sin más la extensión de las responsabilidades laborales y de Seguridad Social al conjunto de ellos por cuanto que éstos tienen personalidad jurídica diferenciada.

Es decir, la mera existencia de un grupo de empresas no permite extender la responsabilidad directa y solidaria en materia laboral y Seguridad Social al conjunto de empresas (miembros) del grupo[108].

[106] UBILLÚS BRACAMONTE, R. E., *Grupos de empresas en el ámbito laboral: delimitación conceptual y reestructuraciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 286-287.
[107] Ibídem., p. 101-102.
[108] Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 20 de octubre de 2015 (Rec. Cas. 172/2014 - Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández), F.D. 4º, 2 - Caso TRAGSA.

3. ¿Hay supuestos en que exista responsabilidad directa y solidaria de las empresas de un grupo respecto de las deudas laborales y de Seguridad Social de otra/s empresa/s del grupo? Es decir, ¿qué consecuencias laborales tiene la incorrecta constitución de un grupo de empresas?

Los elementos adicionales que pueden generar responsabilidad laboral y de Seguridad Social entre las entidades integrantes de un grupo[109] son la confusión de plantilla, la confusión patrimonial y el uso abusivo de la dirección unitaria en detrimento de los derechos de los trabajadores (véase la respuesta de la siguiente pregunta). Estos elementos no deben ser considerados como un listado cerrado y deberán ser ponderados en el caso concreto[110].

Si se dan alguno o algunos de estos factores adicionales[111] puede llegarse a declarar la responsabilidad solidaria en materia laboral y de Seguridad Social entre varios o todos los miembros del grupo de empresas. Ello es posible por atribución de la condición de empresario del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores al grupo de empresas[112], por entender que se está ante una pluralidad subjetiva en la posición empresarial[113] o bien porque se considera que existe un único patrimonio social.

[109] Tradicionalmente se habían tenido en cuenta siete factores para la extensión de responsabilidad (1- Funcionamiento unitario de los miembros del grupo; 2 - prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; 3 - Creación de empresas aparentes – abuso de personalidad jurídica; 4 - Confusión de plantillas; 5 - Confusión de patrimonios; 6 - Apariencia externa de unidad empresarial y 7 - Unidad de dirección). Sin embargo, a partir de la Sentencia de Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 27 de mayo de 2013 (Rec. Cas. 78/2012 - Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández), F.D. 9º - Caso ASERPAL) puede considerarse que se han reducido y se debería de agrupar la lista de dichos factores en tres grandes factores: 1) la confusión de plantilla; 2) la confusión patrimonial y 3) el uso abusivo de la dirección unitaria en detrimento de los derechos de los trabajadores (DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., op. cit., p. 92-94).

[110] Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 20 de octubre de 2015 (Rec. Cas. 172/2014 - Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández), F.D. 4º, 2. - Caso TRAGSA.

[111] Ibídem.

[112] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Sala General) de 25 de junio de 2014 (Rec. Cas. 165/2013 - Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel), F.D. 3º - Caso TELETECH.

[113] Críticamente respecto que el grupo sea considerado empresario y en realidad se está ante una pluralidad subjetiva en la posición empresarial, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., op cit., p. 38-40.

4. ¿Qué consecuencias laborales tiene el hecho que un trabajador preste servicios indistintamente para más de una empresa del grupo? ¿Qué consecuencias laborales tiene la existencia de relaciones contractuales o de colaboración entre empresas del grupo, tales como el préstamo, acuerdos de financiación o *cash pooling*? ¿Y la política de precios de transferencia? ¿Y el desarrollo de tareas de dirección por parte de una empresa del grupo respecto otra empresa?

En el caso español, algunas de las anteriores características del grupo han sido identificadas por la jurisprudencia laboral como elementos que conllevan la responsabilidad solidaria laboral y de Seguridad Social respecto de los miembros del grupo. En concreto:

A. Sobre la circulación de trabajadores[114]

La circulación de trabajadores/as dentro del grupo no se asimila automática y necesariamente en todos los casos a una situación fraudulenta de confusión de plantillas, sino que responde a la propia lógica del grupo de optimizar al máximo los recursos personales de que dispone.

Así, es preciso distinguir entre la prestación indistinta o indiferenciada de servicios para dos o más empresas del grupo que asumen *de facto* la posición de empresario a "efectos laborales", con independencia de la entidad a la que formalmente se adscribe el contrato de trabajo (confusión de plantillas), de la mera circulación o contratación sucesiva de trabajadores dentro del grupo; situación ésta última que se produce cuando algunos trabajadores pasan de una empresa a otra causando baja definitiva en la primera y alta posterior en la otra dentro del grupo.

Tampoco las cesiones temporales o puestas a disposición de trabajadores entre las empresas del grupo se asimilan automáticamente a una cesión ilegal de trabajadores, por cuanto que la jurisprudencia parte de presuponer un efectivo y objetivo interés organizativo del grupo en este tipo de prácticas que las alejan del prestamismo laboral ilícito, entendido éste como mecanismo interpositorio tendente a defraudar la aplicación de la normativa laboral tuitiva.

[114]Vid., entre otros, JURADO SEGOVIA, Á. "Grupos de empresas (preguntas 87 y 88)", en DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P. (Dir.) y GARCÍA PIÑEIRO, N.P. (Coord.), *100 preguntas laborales sobre descentralización productiva*, LA LEY - Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2011, p. 270-284 y UBILLÚS BRACAMONTE, R. E., op. cit., p. 205-315.

B. Relaciones contractuales y comerciales[115]

Por otro lado, las relaciones contractuales y/o comerciales entre empresas integrantes del mismo grupo (como, por ejemplo, préstamos, acuerdos de financiación o *cash pooling*) tampoco generan, como norma general, responsabilidad laboral y de Seguridad Social para el conjunto de sociedades que conforman el grupo.

Esto es, el hecho de que dos o más empresas de un grupo formalicen un préstamo, un acuerdo de financiación, un acuerdo de prestación de servicios (contratas de obras y servicios) o intercambios comerciales no genera la responsabilidad solidaria de estas empresas, sin perjuicio de que la existencia de saldos deudores y acreedores entre las diversas sociedades del grupo mercantil exija la aportación de documentación adicional que permita conocer la verdadera situación del grupo ante un eventual despido colectivo.

En particular, la existencia de un contrato de *cash pooling* entre dos o más empresas del grupo no conlleva *per se* la responsabilidad solidaria laboral y de Seguridad Social respecto de las empresas del grupo. Así lo ha venido a reconocer la Sala de lo Social del Tribunal Supremo[116], que ha excluido la automática asimilación de la práctica del *cash pooling* con la existencia de una situación de confusión de patrimonios sociales.

Tampoco la mera existencia de servicios comunes o el uso de determinadas estructuras productivas por las diferentes empresas del grupo determinan la existencia de confusión patrimonial.

En cuanto a los precios de transferencia, hay que señalar que históricamente los tribunales españoles no les habían prestado especial atención. Sin embargo, la proliferación de "operaciones vinculadas", con saldos deudores y acreedores entre distintas sociedades integrantes del grupo, ha llevado a los tribunales de lo social a tener cada vez más presente[117] la correcta o incorrecta aplicación de esta normativa fiscal como factor que puede determinar la responsabilidad solidaria laboral y de Seguridad Social respecto de las empresas del grupo.

---

[115] Vid., entre otros, SERRANO OLIVARES, R., "Grupos de empresas a efectos laborales: a vueltas con la necesidad de superar su entendimiento en clave patológica", *IUSLabor*, nº 2, IUSLabor, Barcelona, 2016, p. 1-24 (disponible en www.upf.edu/web/iuslabor - última consulta: 4 de diciembre de 2017).

[116] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 20 de octubre de 2015 (Rec. Cas. 172/2014 - Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández), F.D. 4º, 2 - Caso TRAGSA.

[117] Vid., BODAS MARTÍN, R., "Las causas del despido colectivo: causas económicas", en GODINO REYES, M., *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 103-107.

En términos generales, si las operaciones vinculadas (relaciones contractuales, intercambios comerciales o prestaciones de servicios) han sido realizadas a precio de mercado no existirá responsabilidad laboral y de Seguridad Social entre las empresas. Por el contrario, si las operaciones vinculadas no conllevan una compensación adecuada porque no se han realizado a precio de mercado, existirá responsabilidad solidaria laboral y de Seguridad Social respecto de las empresas que hayan realizado dichas operaciones vinculadas.

Únicamente la falta de contabilización de las operaciones intragrupo con arreglo a su valor razonable, tal y como exige la normativa fiscal/contable, podría conllevar una confusión patrimonial.

En todo caso, como principio general, la carga procesal de acreditar que el valor razonable se corresponde o no con el precio de mercado no incumbe a la empresa sino a la parte que alega la existencia de caja única o confusión patrimonial. Ahora bien, deberá tenerse en cuenta la disponibilidad probatoria y, consecuentemente, "(…) *si la parte que afirma la existencia de grupo acredita un volumen significativo de operaciones intragrupo, no le será exigible, si no es quien tiene la disponibilidad probatoria, una prueba plena de todas ellas. Y a las empresas que realizan las operaciones vinculadas o intragrupo no les será preciso acreditar minuciosamente la valoración de todas y cada una de ellas y su ajuste al principio de plena competencia, sino la aplicación consistente de dichos principios en su práctica cotidiana* (…)[118]".

C. Desarrollo de tareas de dirección por parte de una empresa del grupo respecto de otra empresa del grupo

Finalmente, la doctrina judicial y la jurisprudencia españolas han entendido que el ejercicio del poder directivo, ya sea de facto o amparándose en un contrato de servicios, de una o varias empresas del grupo respecto de otra empresa del grupo conlleva la responsabilidad solidaria entre dichas empresas[119]. En estos supuestos, se produce una "decapitación" de la dirección de una empresa miembro del grupo por parte de otra u otras empresas del grupo. Así, por ejemplo, sucedería cuando una sociedad matriz ejerce tal poder en su filial que ésta pasa a convertirse de facto en un apéndice de aquélla, en una mera división o sucursal de la primera.

[118] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social - Sección 1ª) de 14 de octubre de 2015 (sentencia núm. 165/2015 – proc. 30/2014 - Ponente: Sr. Rafael Antonio López Parada), F.D. 9º.

[119] Entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social - Sección 1ª) de 20 de enero de 2014 (sentencia núm. 7/2014 – proc. 256/2013 - Ponente: Sr. Ricardo Bodas Martín), F.D. 4º.

5. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de las distintas empresas del grupo? En concreto, ¿existe un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo?

En España, las condiciones laborales de todo trabajador –independientemente de que trabaje en una empresa que forme parte de un grupo o no– se encuentran en su contrato de trabajo, que, en todo caso, debe respetar las disposiciones mínimas establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos.

La normativa española no impone un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo. Así, no existe la obligación de reconocer a los trabajadores de las distintas empresas del grupo las mismas condiciones laborales. Sin embargo, nada impide al grupo de empresas negociar un convenio colectivo que reconozca condiciones laborales homogéneas a las distintas empresas del grupo, habida cuenta que el grupo de empresas constituye una unidad de negociación expresamente reconocida a nivel legal.

6. ¿Es posible la adopción de un convenio colectivo aplicable a todas las empresas integrantes del grupo? ¿Pueden existir, además, convenios colectivos de empresa? En este caso, ¿qué convenio resultará de aplicación prioritaria, el convenio colectivo sectorial, el del grupo de empresas o el empresarial?

En el caso español, es posible adoptar un convenio colectivo aplicable tanto al grupo de empresas como a cada una de las empresas individualmente consideradas. Esto es, es posible acordar un convenio colectivo aplicable a la empresa individual, así como un convenio colectivo aplicable a todas las empresas integrantes del grupo.

La normativa española establece que respecto de algunas materias – cuantía del salario, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, planificación anual de las vacaciones, adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional, adaptación a la empresa de las modalidades de contratación, medidas para favorecer la conciliación de la vida personal y laboral y, en su caso, aquellas otras que dispongan los acuerdos o convenios colectivos del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores – resultan de aplicación prioritaria el convenio colectivo de empresa y el del grupo de empresas respecto del convenio sectorial.

Por tanto, respecto de las mencionadas materias, resultarán de aplicación prioritaria el convenio colectivo de empresa y el convenio de grupo frente a un convenio sectorial. Entre el convenio colectivo del grupo y el de empresa tendrá prioridad aplicativa el

convenio colectivo de empresa conforme a la literalidad[120] de la norma aplicable (artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores).

7. ¿Qué consecuencias tiene la integración de una empresa en un grupo en sede de despidos colectivos? En concreto, para acreditar la concurrencia de la causa para proceder a un despido colectivo, ¿se tiene en cuenta la situación del grupo o únicamente la de la empresa en cuestión?

En el caso español, cuando la empresa que inicia el procedimiento de despido colectivo forma parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, está obligada a aportar, además de la información y documentación económica propia, las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, en su caso, debidamente auditadas, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento (artículo 4.5 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

Si el grupo no tuviera obligación de formular cuentas consolidadas, igualmente la empresa que inicia el procedimiento de despido deberá aportar, además de la información y documentación económica propias, la información económica de las demás empresas del grupo, en su caso, debidamente auditadas, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento (artículo 4.5 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

Es importante destacar que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la reciente sentencia de 19 de julio de 2017[121], declaró nulo un despido colectivo porque la empresa, integrante de un grupo de sociedades "mercantil", esto es, no "a efectos laborales" (patológico), no aportó las cuentas de las demás empresas del grupo durante el período de consultas cuando estaba obligada a ello, en virtud de lo previsto en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

[120] DEL REY GUANTER (Dir.), S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012***,** Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2016, p. 60.

[121] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 19 de julio de 2017 (Rec. Cas. 14/2017 - Ponente: Jesús Gullón Rodríguez), F.D. 4º - Caso NUASA.

El Alto Tribunal consideró que dicha documentación resultaba relevante, por cuanto que, cuando se trataba de empresas encuadradas en un grupo de sociedades, y se daban los requisitos que exigía la norma, la aportación de las cuentas de las demás empresas del grupo servían precisamente para conocer la verdadera situación de la que adoptó la decisión de despido colectivo ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores, o de relaciones económicas diversas entre ellas que tenían reflejo en las cuentas que debían aportarse y que podrían haber sido relevantes a tales efectos.

Sin embargo, no cabe confundir esta obligación de aportación de documentación económica de las demás empresas del grupo con el ámbito de apreciación de la concurrencia de la causa económica para despedir, ya que, como regla general, la situación económica que deberá analizarse para determinar la procedencia del despido colectivo es solamente la situación económica de la empresa que despide[122], salvo que nos situemos ante un grupo de empresas "a efectos laborales", en cuyo caso, la incorrecta constitución o funcionamiento del grupo provocará consecuencias adicionales[123]: esencialmente, emplear como referencia el grupo para el cómputo de los trabajadores afectados por el despido y analizar la situación económica de todo el grupo y no solamente de la concreta empresa que despide.

8. ¿Quiénes son los interlocutores en la negociación en el marco de un despido colectivo? ¿Los representantes de la empresa y de los trabajadores de la empresa concreta que procede al despido colectivo o de la empresa matriz?

En España, la normativa española sobre despidos colectivos no establece de forma expresa quiénes deben ser los interlocutores en la negociación cuando la empresa forma parte de un grupo de empresas. Por consiguiente, la doctrina científica[124] y judicial[125] ha interpretado que debe aplicarse la norma general y, por tanto, los interlocutores sociales en el marco de un despido colectivo son los representantes de la empresa y de los trabajadores de la empresa concreta que procede al despido colectivo.

[122] DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., op. cit., p. 112.

[123] Vid. UBILLÚS BRACAMONTE, R. E., op. cit., p. 325-380.

[124] DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., op. cit., p. 105-109 y GARCÍA RODRÍGUEZ, B., "La fase previa al periodo de consultas: la designación de la comisión representativa de los trabajadores", en GODINO REYES, M., Tratado de despido colectivo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 191-192.

[125] Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 27 de mayo de 2013 (Rec. Cas. 78/2012 - Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández), F.D. 9º - Caso ASERPAL.

Con todo, cuando se trata de un grupo de empresas "a efectos laborales" - ver preguntas 3 y 4 -, la conformación del banco laboral y empresarial deberá integrar a representantes de todas las empresas relevantes del grupo en el despido colectivo[126].

9. Ante un despido colectivo, ¿existe la obligación de recolocar a los trabajadores afectados por el despido en alguna otra empresa del grupo?

En el caso español no existe la mencionada obligación. Sin embargo, entre las medidas sociales de acompañamiento para evitar o reducir los despidos, la normativa española contempla la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte (artículo 8.1, letra a del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

10. ¿Qué efectos tiene la convocatoria de una huelga en una empresa integrante de un grupo? ¿Pueden las demás empresas del grupo contratar con una tercera empresa para sustituir los servicios prestados por la empresa en huelga?

En España la convocatoria de una huelga en una empresa del grupo[127] impone al resto de las empresas del grupo la obligación de no intentar minimizar o anular sus efectos. En concreto, la doctrina y jurisprudencia españolas han entendido que[128], en el caso de los grupos de empresas, atendiendo al especial vínculo existente entre las mismas, se conculca el derecho de huelga cuando se desvían clientes o se desvía la producción entre las propias empresas del grupo con el objetivo de intentar minimizar o anular los efectos de la huelga producida en una de las empresas del grupo.

En cambio, no se produce una lesión del derecho de huelga cuando las empresas clientes, no integrantes del grupo empresarial, deciden contratar los trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga[129].

---

[126] DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., op. cit., p. 105-109 y GARCÍA RODRÍGUEZ, B., op. cit., p. 191-192.

[127] Vid. RAMOS QUINTANA, M. I., op cit., p. 105-120.

[128] Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Sección 1ª) de 11 de febrero de 2015 (Rec. Cas. 95/2014 - Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga) - Caso PRISA y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Pleno) de 20 de abril de 2015 (Rec. Cas. 354/2014 - Ponente: Jesús Gullón Rodríguez), F.D. 5º - Caso COCA-COLA.

[129] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social - Sección 1ª) de 16 de noviembre de 2016 (Rec. Cas. 59/2016 - Ponente: Jesús Souto Prieto) - Caso ALTRAD. Sobre las relaciones entre la huelga y los grupos de empresas, vid. DESDENTADO BONETE, A., "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", *Revista de información laboral*, nº 2, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, BIB 2017/635.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

Adicionalmente a la bibliografía y pronunciamientos judiciales apuntados en las notas de pie de página, pueden destacarse:

BAZ RODRÍGUEZ, J., "La revisión de la construcción jurisprudencial sobre la «empresa de grupo» como unidad de empresa laboral", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 5, LA LEY - Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2017, LA LEY 5753/2017.

BAZ RODRÍGUEZ, J., "De «Aserpal» a «Tragsa». Una nueva reformulación de la doctrina jurisprudencial de la «empresa de grupo». Levantamiento del velo versus concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 18, LA LEY - Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, LA LEY 3640/2016.

BAZ RODRÍGUEZ, J., "El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo (2012-2014)", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 1, LA LEY - Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2015, LA LEY 229/2015.

MOLINA NAVARRETE, C., "Despido por causa económica y «empresa grupo»: ¿algo más que un cambio nominal?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 409, Centro de Estudios Financieros (CEF), Madrid, 2017, p. 117-126.

LOS EFECTOS LABORALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN BRASIL

Carolina Pereira Lins Mesquita[130]
Profesora e investigadora
Universidad Federal de Rio de Janeiro - UFRJ.

Introducción

Antes de adentrarse a la apreciación del tema, es necesario decir que en Brasil, la *Consolidación de las Leyes del Trabajo* - CLT (que es similar a un código del trabajo) recientemente fue alterada, en más de doscientos dispositivos, por la Ley Nº 13.467, de 13.07.2017, denominada "*la reforma laboral*". Esta Ley entró en vigor ciento veinte días después de su publicación, el 11.11.2017.

Se trata de una reforma que implicó la sustracción de diversos derechos, acarreando la precarización de las relaciones laborales y la agresión de la dignidad del que trabaja en condición de subordinación jurídica.

No se trata de una mera modificación normativa, sino de desestructuración del Derecho del Trabajo, corrosión de sus principios normativos estructurantes, en especial el de la protección, el de la norma más favorable, el del vedamiento del retroceso y el de la progresividad socio-jurídica del trabajador.

La protección del trabajador en su condición de ser humano se desvanece, mediante el retorno a una libertad contractual (individual y colectiva) que se perpetúa como instrumento de opresión del más fuerte en relación al más débil.

Fue precisamente en ese contexto de prevalencia del pensamiento neoliberal, de crisis económica y de ilegitimidad política del gobierno federal que el grupo de empresas sufrió sustancial alteración normativa, lo que dificulta concretamente su configuración, en especial con la finalidad de ampliar las posibilidades de garantía de los créditos laborales.

Se subraya que, en Brasil, antes del advenimiento de la reforma laboral, ya había previsión normativa sobre el tema, en el §2º, del artículo 2º de la CLT. Además, la jurisprudencia mayoritaria ya había consolidado el entendimiento extendiendo las posibilidades de configuración del grupo de empresas, según se verá.

[130] Doctoranda en Derecho y Sociología por la Universidad Federal Fluminense - UFF. Maestro en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais - UFMG. Asociada del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Aunque esta práctica es común, Brasil no tiene estadísticas detalladas sobre los grupos de empresas o sobre el número de trabajadores contratados por medio de grupos económicos.

1. ¿Existe en su ordenamiento jurídico laboral una definición de grupo de empresas?

Como se vio, antes del advenimiento de la llamada reforma laboral, implementada por la Ley Nº 13.467 / 2007, el ordenamiento jurídico brasileño ya poseía una previsión normativa sobre el grupo económico. Establecía §2º, artículo 2º, da CLT: "*Siempre que una o más empresas, teniendo, aunque, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, estén bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, serán, a los efectos de la relación de empleo, solidariamente responsables de la empresa principal y cada una de las subordinadas.*"

En este sentido, la doctrina conceptuaba el grupo económico como: "*la figura resultante de la vinculación jurobalhista que se forma entre dos o más entes favorecidos directa o indirectamente por el mismo contrato de trabajo, como consecuencia de existir entre esos entes lazos de dirección o coordinación a la cara de actividades industriales, comerciales, financieras, agroindustriales o de cualquier otra naturaleza económica*" (DELGADO, 2009: 378).

Entonces, para la caracterización del grupo económico se observaban tres aspectos, relativos a: a) Las formalidades para la constitución; b) Los sujetos integrantes; c) La interrelación entre las empresas.

En cuanto a las formalidades, no se exigía ninguna formalidad especial entre las empresas para la caracterización del grupo de empresas, pudiendo incluso, no existir pacto formal entre ellas.

En lo que concierne a los sujetos integrantes, en los términos de la ley, por regla general, deberían ser empresas, entendidas como entes dotados de fines económicos. Sin embargo, excepcionalmente, las asociaciones de beneficencia, cuando organizadas por empresa comercial y con carácter de institución asistencial a los empleados, podrían ser consideradas integrantes del grupo.

En lo que se refiere a la relación entre las empresas integrantes, en la literalidad del dispositivo legal, se presuponía para la configuración del grupo, "*dirección, control o administración*", es decir, una organización piramidal (vertical). Sin embargo, la

doctrina y la jurisprudencia mayoritaria entendían que bastaba una relación de coordinación entre ellas, es decir, una organización horizontal, aunque sin una empresa líder.

Con la reforma laboral (Ley Nº 13.467 / 2017), la materia sufrió alteración, disponiendo ahora el §2º, artículo 2º, de la CLT: "*Cuando una o más empresas, teniendo, aunque, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, estén bajo la dirección, control o administración de otra, o aún cuando, aun guardando cada una su autonomía, integren grupo económico, serán responsables solidariamente por las obligaciones derivadas de la relación de empleo.*"

Además, se añadió un párrafo tercero al artículo 2º, que establece: "*No caracteriza un grupo económico la mera identidad de socios, siendo necesarias, para la configuración del grupo, la demostración del interés integrado, la efectiva comunión de intereses y la actuación conjunta de las empresas de él integrantes*".

De esta manera, para la caracterización del grupo económico mantuvieron inalterados los aspectos mencionados acerca de las formalidades para la constitución, de los sujetos integrantes y de la interrelación entre las empresas, bastando por lo tanto la simple coordinación interempresarial.

No obstante, se establecieron algunos requisitos para la configuración del grupo, que son: a) interés integrado; b) efectiva comunión de intereses; y c) actuación conjunta de las empresas integrantes, no siendo suficiente para ello la identidad de socios.

2. En su ordenamiento jurídico, ¿Existe responsabilidad solidaria directa respecto de responsabilidades laborales y de seguridad social entre las empresas de un grupo válidamente constituido?

Con el concepto legal, los efectos de la configuración del grupo económico son la solidaridad pasiva, es decir, todas las empresas integrantes del grupo responden solidariamente por el pasivo laboral, aumentando la garantía del crédito laboral y de seguridad social del trabajador.

Se subraya que no es exigida para la responsabilidad solidaria que todas las empresas integrantes del grupo sean parte del proceso judicial, siempre que en la fase de ejecución la prueba del grupo económico sea sumaria.

3. ¿Hay supuestos en que exista responsabilidad solidaria de las empresas de un grupo respecto las deudas laborales y de seguridad social de otra/s empresa/s del grupo? es decir, ¿qué consecuencias laborales tiene la incorrecta constitución de un grupo de empresas?

Como se ve en el tópico de número 2, no es necesario fraude en la constitución de grupo de empresas para que haya la responsabilidad solidaria de éstas por las deudas laborales o de seguridad social. La formación de grupo económico por sí sola ya implica la responsabilidad solidaria pasiva de las empresas.

4. ¿Qué consecuencias laborales tiene el hecho que un trabajador preste servicios indistintamente para más de una empresa del grupo? ¿Qué consecuencias laborales tiene la existencia de relaciones contractuales o de colaboración entre empresas del grupo, tales como el préstamo, acuerdos de financiación o *cash pooling*? ¿Y la política de precios de transferencia? ¿Y el desarrollo de tareas de dirección por parte de una empresa del grupo respecto otra empresa?

La jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo estableció la llamada solidaridad activa, o la figura del empleador único, al prescribir en el acta 129,[131] que: "*La prestación de servicios a más de una empresa del mismo grupo económico, durante la misma jornada de trabajo, no caracteriza la coexistencia de más de un contrato de trabajo, a menos que se ajuste en contrario*."

En otros términos, si el empleado, en la misma jornada de trabajo, presta servicios a más de una empresa integrante del mismo grupo económico, será considerado sólo un contrato de trabajo, teniendo como contraprestación un único salario y considerando todas las empresas integrantes del grupo sólo un empleador.

En cuanto a los contratos de financiamiento o de pool de caja, no existe previsión normativa específica en el ordenamiento jurídico de Brasil. De todos modos, es indiferente para la configuración del grupo que alguna de las empresas sea controladora de las demás.

En cuanto a la equiparación salarial, como todas las empresas integrantes del grupo son consideradas empleadoras únicas, es posible discutir en juicio condiciones de trabajo y remuneraciones iguales para idéntica función a aquellos practicados en otra empresa integrante del grupo que no sea la empleadora directa.

[131] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula 129. Disponible en: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-129. Acceso en 19/11/2017.

5. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de las distintas empresas del grupo? en concreto, ¿existe un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo?

Como ya se ha dicho, la jurisprudencia laboral brasileña creó el concepto de empleador único, para las diversas empresas que integran el mismo grupo económico. De esta manera, por corolario lógico, las condiciones de trabajo practicadas por todas las empresas integrantes del grupo deben ser paritarias, con igualdad de condiciones entre los empleados de todas ellas, inclusive, en cuanto al estándar remuneratorio.

Esta igualdad de condiciones puede derivarse de norma legal, cláusula contractual, norma colectiva o reglamento interno de la empresa, orientada siempre por el estándar civilizatorio más elevado de condiciones de trabajo.

6. ¿Es posible la adopción de un convenio colectivo aplicable a todas las empresas integrantes del grupo? ¿Pueden existir, además, convenios colectivos de empresa? en este caso, ¿Qué convenio resultará de aplicación prioritaria, el convenio colectivo sectorial, el del grupo de empresas o el empresarial?

En el ordenamiento jurídico brasileño no hay previsión legal específica de las normas colectivas de trabajo para un grupo de empresas.

Los acuerdos colectivos de trabajo se diferencian de las convenciones colectivas de trabajo por dos aspectos, los sujetos celebrantes y el ámbito de aplicación. Mientras las convenciones colectivas son pactadas por el sindicato patronal y por el de los trabajadores y tiene la aplicación en el marco de las respectivas representaciones; el acuerdo colectivo es celebrado por el sindicato de trabajadores y una o más empresas, siendo aplicable en el marco de ésta o de ellas.

De esta forma, nada impide que un acuerdo colectivo sea celebrado entre todas las empresas integrantes del grupo o apenas una de ellas. Pero, caracterizado por el grupo, las normas colectivas más benéficas deberán aplicarse a toda universalidad de trabajadores.

7. ¿Qué consecuencias tiene la integración de una empresa en un grupo en sede de despidos colectivos? En concreto, para acreditar la concurrencia de la causa para proceder a un despido colectivo, ¿Se tiene en cuenta la situación del grupo o únicamente la de la empresa en cuestión?

En el particular, no existe previsión legal específica para las dispensas colectivas practicadas por grupo de empresas.

Tradicionalmente, para que ocurriera dispensa colectiva era imprescindible la negociación colectiva para minimizar las consecuencias de los despidos y como requisito de validez para tal, conforme a la jurisprudencia laboral, teniendo en cuenta los valores constitucionales de la dignidad humana, la valorización del trabajo, la subordinación de la propiedad a su función social y la intervención de los sindicatos en las cuestiones colectivas de trabajo. Sin embargo, con la reforma laboral, la Ley Nº 13.467 / 2017, incluyó el artículo 477-A à CLT, estableciendo que es dispensable la autorización previa de la entidad sindical profesional, textualmente: "*Las dispensas inmotivadas individuales, plúrimas o colectivas se equiparan para todos los fines, no habiendo necesidad de autorización previa de entidad sindical o de celebración de convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo para su efectuación*". [132]

8. ¿Quiénes son los interlocutores en la negociación en el marco de un despido colectivo? ¿Los representantes de la empresa y de los trabajadores de la empresa concreta que procede al despido colectivo o de la empresa matriz?

Conforme a lo citado, ante la reforma laboral implementada por la Ley Nº 13.467 / 2017, que incluyó el artículo 477-A a CLT, las dispensas colectivas o plúrimas se asimilan a las dispensas individuales.

9. Ante un despido colectivo, ¿Existe la obligación de recolocar a los trabajadores afectados por el despido en alguna otra empresa del grupo?

No hay previsión normativa específica en el ordenamiento jurídico brasileño.

[132] CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acceso en 19/11/2017.

10. ¿Qué efectos tiene la convocatoria de una huelga en una empresa integrante de un grupo? ¿Pueden las demás empresas del grupo contratar con una tercera empresa para sustituir los servicios prestados por la empresa en huelga?

En Brasil, no hay previsión normativa específica sobre el ejercicio del derecho de huelga por trabajadores que prestan servicios a grupo de empresas.

La Ley Nº 7.783, de 28/06/1989, dispone sobre el ejercicio del derecho de huelga, define las actividades esenciales, regula la atención de las necesidades inaplazables de la comunidad y da otras providencias.

En su artículo 11, La Ley de Huelga asegura la prestación de servicios indispensables para atender las necesidades improrrogables de la comunidad, entendidos como tales aquellos que pongan en peligro inminente la supervivencia, la salud o la seguridad de la población, determinando que es deber de los sindicatos, empleadores y trabajadores de acuerdo con la formación de equipos para estas atenciones. En caso de que no haya prestación de estos servicios, el poder público garantizará la prestación de estos servicios. Se considerará abusiva la huelga y el empleador podrá contratar trabajadores substitutos.

El artículo 10, de la Ley Nº 7.783 / 89, considera como servicios o actividades esenciales, los siguientes: I - tratamiento y abastecimiento de agua; producción y distribución de energía eléctrica, gas y combustibles; II - asistencia médica y hospitalaria; III - distribución y comercialización de medicamentos y alimentos; IV - funerarios; V - transporte colectivo; VI - captación y tratamiento de aguas residuales y residuos; VII - telecomunicaciones; VIII - custodia, uso y control de sustancias radiactivas, equipos y materiales nucleares; IX - procesamiento de datos relacionados con servicios esenciales; X - control de tráfico aéreo; XI - compensación bancaria.

En el caso de servicios cuya paralización resulte en perjuicio irreparable, por el deterioro irreversible de bienes, máquinas y equipamientos, así como el mantenimiento de aquellos esenciales a la reanudación de las actividades de la empresa cuando se cierra el movimiento, es obligatoria la formación de equipos de trabajadores huelguistas para cumplir con necesidades técnicas de la empresa. Si no existe la formación de este equipo, el empleador podrá contratar trabajadores sustitutos.

11. Otras cuestiones relevantes en materia de grupos de empresas

Ante la reforma laboral recién aprobada, el desafío hermenéutico será buscar la máxima eficacia de las normas constitucionales que aseguran no sólo derechos laborales, sino el

derecho al trabajo digno, así como de las normas internacionales mínimas provenientes de la Organización Internacional del Trabajo, en el sentido de máxima garantía de los créditos laborales y de seguridad social.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2005.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acceso en 19/11/2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2009.

LEI DE GREVE (Lei Nº 7.783/1989). Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm. Acceso en 19/11/2017.

MESQUITA, Carolina Pereira Lins. Teoria Geral do Direito do Trabalho: pela progressividade sociojurídica do trabalhador. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et. Al. Instituições de Direito do Trabalho*. 12ª Ed. LTr editora, 1992.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RODC 3009-12.2009.5.15.0000, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, publicado em 4.09.2009. Disponible en: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=610045&anoInt=2009&qtdAcesso=68584157

LOS EFECTOS LABORALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN CHILE

Francisco Tapia Guerrero – Carmen Elena Domínguez
Profesores Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

Desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, especialmente en las antiguas empresas públicas privatizadas por la dictadura, comenzó un profundo proceso de reestructuración empresarial marcado por la descentralización productiva, sea en su manifestación orgánica a través de la filialización o la división de empresas como de la mayor ocurrencia a la subcontratación y al suministro de trabajadores, éste último escondido bajo la escasa regulación laboral de la subcontratación o develado y sancionado como una intermediación ilegal de trabajadores.

De esta forma, la aparición de relaciones triangulares en las que el trabajador prestaba sus servicios a un tercero que no era su empleador, modificó el escenario tradicional de las relaciones laborales.

Sin embargo, la dinámica propia de las relaciones de trabajo llevó estas formas de contratación a decisión de los tribunales como a la aplicación de los principios del derecho del trabajo, especialmente cuando se ponía término a las relaciones entre las partes y se pedía la concurrencia de responsabilidades laborales respecto de las empresas demandadas.

Es así como nace la doctrina judicial de la unidad económica cuando existía una concurrencia de empleadores, que se revelaba a través de diversos indicios como la transferencia de plantillas, la utilización común de recursos, identidad en la administración de las empresas u otras, que indicaban de algún modo que el trabajador se encontraba adscrito a una doble sujeción. Las decisiones judiciales hacían la distinción entre esta figura que involucraba ante todo una concurrencia empresarial a otras en las que se producía la confusión de empleadores, como es el caso del empleador aparente o del coempleador, ligadas más bien a la figura del empleador.

No obstante, en el primer caso, se hacía necesario superar la lectura formal de la definición de empresa, que la calificaba sobre la concurrencia de la organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una

individualidad legal determinada[133]. Esto es, superar la barrera que imponía la persona jurídica como determinante de individualidades que en clave formal, constituían la línea divisoria de las empresas demandadas.

Esto fue lo que hizo la doctrina de la unidad económica previa a la Ley 20.760 de 2014, haciendo responsable a las distintas empresas involucradas en una relación laboral del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de ámbito individual, aunque seguía pendiente una respuesta respecto de las relaciones colectivas, en que de una parte los tribunales reconocían la unidad económica en el ámbito del contrato de trabajo, pero no existía respuesta respecto del ejercicio de los derechos colectivos, especialmente de afiliación sindical y la negociación colectiva. Éste fue el principal objetivo de la Ley 20.760 que establece el supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y que se incorpora al Código del Trabajo, regulando el ejercicio de los derechos colectivos además del establecimiento de responsabilidades solidarias entre todas las empresas declaradas como empleador común.

1. ¿Existe en su ordenamiento jurídico laboral una definición de grupo de empresas?

La citada Ley 20.760 modificó los artículos 3 y 507 del Código del Trabajo incorporando el concepto de un mismo empleador, cuando tratándose de dos empresas que se comportan como tal, así se les declara mediante sentencia judicial, con las responsabilidades y derechos que la propia ley establece.

Para ello, dispone que deberá considerarse la existencia de una dirección laboral común, y concurran además, otros indicios como la complementariedad de sus productos o servicios o la existencia de un controlador común, sin que por sí sola lleve a ello la participación en la propiedad. De este modo, la ley ha establecido como requisito esencial, la administración laboral común, cuestión ésta que constituyó una opción del legislador que determina en forma importante la política de derecho establecida en esa ley, aunque según se verá, la jurisprudencia judicial ha ido más allá de la definición legal.

Es así como más que tratarse de un grupo de empresas propiamente tal, esto es, de la concurrencia coordinada o subordinada de distintas empresas que lleven a estimar que se trata de una misma, es posible entender que la figura consagrada en la ley se acerca más a la de un empleador complejo, en que, dándose ciertas circunstancias que se acreditan debidamente en juicio, puede el tribunal declarar que se trata de un mismo

[133] Definición de empresa, recogida en el artículo 3 del Código del Trabajo y sólo aplicable a efectos laborales y previsionales.

empleador. Esto, porque lo determinante ha de ser para la calificación judicial, la existencia del poder de dirección al que quedan sometidos los trabajadores, antes que a los restantes indicios propios de la relación entre las empresas[134].

No es irrelevante en esta perspectiva, la introducción en la definición de empresa que el propio establece, que ésa deba encontrarse bajo la dirección de un empleador, puesto que de no darse el requisito legal de la administración laboral común, no puede entenderse que exista una administración laboral común y en consecuencia, no se trata de dos empresas que constituyen un mismo empleador. Ha sido esa la opción en la política de derecho contenida en la ley. Coloca a la empresa y al empleador en una relación de género a especie.

Distinto ha sido el caso de la doctrina judicial de unidad económica, previa a la dictación de la ley, en la que bastaba un conjunto de indicios para establecer que se trataba de un grupo de empresas con efectos laborales y previsionales. No obstante, ésta ha seguido imperando mayoritariamente en la jurisprudencia laboral.

2. En su ordenamiento jurídico, ¿existe responsabilidad solidaria directa respecto de responsabilidades laborales y de Seguridad Social entre las empresas de un grupo válidamente constituido?

La ley ha previsto expresamente la responsabilidad solidaria de las empresas que son declaradas judicialmente como un mismo empleador, respecto de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley o de los contratos, sean éstos individuales o expresión de la autonomía colectiva.

En esto la ley introduce una modificación respecto de la doctrina de la unidad económica –predominante antes de su dictación- que en sede de casación imponía la responsabilidad laboral a las condenadas "indistintamente" desde que no existía norma legal alguna que dispusiera la responsabilidad solidaria y de otra parte, que entendiéndose que eran una misma, cabía perseguirla en cualquiera de ellas.

Asimismo la ley introdujo sanciones adicionales (multas) para el caso en que el tribunal estimare que había existido un fraude a la ley a través de simulación o de subterfugio, entendiendo en este último caso que lo hay cuando se ha producido cualquier alteración de mala fe realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para

[134] Sobre esto, revisar el Dictamen de la Dirección del Trabajo n°3406/054 del 3 de Septiembre de 2014. http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-103870.html

los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos[135].

3. ¿Hay supuestos en que exista responsabilidad solidaria de las empresas de un grupo respecto las deudas laborales y de Seguridad Social de otra/s empresa/s del grupo? Es decir, ¿qué consecuencias laborales tiene la incorrecta constitución de un grupo de empresas?

El artículo 507 del Código del Trabajo considera el fraude laboral en el caso en que ha existido simulación en la contratación de trabajadores o subterfugio, que conllevan sanciones adicionales pero que en nada agrega a la declaración judicial a los efectos de las prestaciones a que puede dar origen, de modo que la distinción es irrelevante en este sentido.

4. ¿Qué consecuencias laborales tiene el hecho que un trabajador preste servicios indistintamente para más de una empresa del grupo? ¿Qué consecuencias laborales tiene la existencia de relaciones contractuales o de colaboración entre empresas del grupo, tales como el préstamo, acuerdos de financiación o *cash pooling*? ¿Y la política de precios de transferencia? ¿Y el desarrollo de tareas de dirección por parte de una empresa del grupo respecto otra empresa?

Todas las hipótesis previstas en la pregunta han sido consideradas por los tribunales de justicia chilenos como indicios para la determinación de la existencia de un empleador común (o unidad económica, entendiendo ambos conceptos aún confusos en nuestro ordenamiento jurídico), de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, no existe un estudio que haya permitido demostrar la correlación entre la identificación de alguno de dichos indicios en una causa de declaración de empleador común y la condenación adicional por incurrir en figuras de simulación o subterfugio en los términos del artículo 507 del Código del Trabajo, ambas identificadas como fraude a la ley.

A la falta de constatación es posible añadir las dudas que existen en relación a la aplicación de esta sanción: si es privativa de las causas de empleador común o le sigue siendo aplicable a otras causas en lo que se discute es una subcontratación ilegal de trabajadores; si debe ser pedida por el demandante de forma específica o puede ser declarada por el juez al constatarla en los hechos; si requiere prueba especial y específica, entre algunas cuestiones aún en discusión en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

[135] Artículo 507 del Código del Trabajo.

5. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de las distintas empresas del grupo? En concreto, ¿existe un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo?

La ley expresamente consagra el principio de igualdad salarial sobre la base del género y en lo restante, se aplica el principio de no discriminación, consagrado de una parte en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República como en el artículo segundo del Código del Trabajo, que lo refiere a distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

No existe sin embargo, una práctica que sancione la discriminación que se pueda producir entre trabajadores que prestan sus servicios para grupos de empresas o para el empleador complejo; como así tampoco existe respecto a trabajadores externos propios de figuras como la subcontratación y el suministro de personas.

Si es posible identificar una práctica que sanciona la discriminación ilegal respecto de pactos colectivos suscritos por diferentes organizaciones sindicales, tratándose de mismos beneficios que se aplican diferenciadamente a trabajadores que se encuentran en la misma posición laboral[136]. Cabe señalar en este punto que el derecho sindical y concretamente las convenciones colectivas se someten a un modelo descentralizado, de modo que no existen mayormente pactos que excedan del ámbito de la empresa, de una parte, y que existe pluralidad contractual al nivel de la empresa como unidad de contratación, de modo que es posible encontrar más de una convención colectiva en las empresas, particularmente en la gran empresa.

6. ¿Es posible la adopción de un convenio colectivo aplicable a todas las empresas integrantes del grupo? ¿Pueden existir, además, convenios colectivos de empresa? En este caso, ¿qué convenio resultará de aplicación prioritaria, el convenio colectivo sectorial, el del grupo de empresas o el empresarial?

La contratación colectiva en Chile está radicada preferentemente en la empresa como unidad de contratación, de modo que, declarada judicialmente las condenadas como un mismo empleador, la negociación se entendería de empresa.

[136] Fallo unificación, Corte Suprema Rol N°23.808-14, del 5 de agosto de 2015.

Sin perjuicio de lo anterior, la 20.760 al regular la figura del empleador común a partir de la participación de dos o más empresas de una dirección laboral común, previó ciertos efectos de esta declaración sobre los derechos colectivos.

En cuanto al derecho de sindicación, la norma indica que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes.

Por otro lado, respecto al derecho a negociar colectivamente, también se señala que los trabajadores de todas las empresas consideradas como empleador común podrán negociar colectivamente con todas las empresas como si fueran una sola, o bien, con cada una de ellas de manera separada.

De tal manera, en ambos derechos se privilegia la autonomía de las organizaciones sindicales y de los trabajadores, para elegir el mantener el ejercicio de sus derechos colectivos de forma separada con cada una de las empresas con las cuales estaban vinculadas laboralmente, o aprovechar la ficción legal declarada judicialmente, y conformar sindicatos o negociar colectivamente como si todas fueran un solo empleador.

7. ¿Qué consecuencias tiene la integración de una empresa en un grupo en sede de despidos colectivos? En concreto, para acreditar la concurrencia de la causa para proceder a un despido colectivo, ¿se tiene en cuenta la situación del grupo o únicamente la de la empresa en cuestión?

La legislación chilena no considera el instituto del despido colectivo, derogado con las leyes marcadas por la flexibilización normativa de fines de los años setenta y comienzos de los ochenta, en el siglo pasado.

8. ¿Quiénes son los interlocutores en la negociación en el marco de un despido colectivo? ¿Los representantes de la empresa y de los trabajadores de la empresa concreta que procede al despido colectivo o de la empresa matriz?

No existe el instituto del despido colectivo en la legislación chilena.

9. Ante un despido colectivo, ¿existe la obligación de recolocar a los trabajadores afectados por el despido en alguna otra empresa del grupo?

No existe el instituto del despido colectivo en la legislación chilena.

10. ¿Qué efectos tiene la convocatoria de una huelga en una empresa integrante de un grupo? ¿Pueden las demás empresas del grupo contratar con una tercera empresa para sustituir los servicios prestados por la empresa en huelga?

La reciente Ley 20.940 introdujo la prohibición de reemplazo de los trabajadores en huelga, a la vez que impuso otras limitaciones a su ejercicio a través de la determinación de los servicios mínimos en los casos que la ley establece, referidos mayormente a razones de servicios esenciales y, aún, la prohibición de huelga en los casos en los que se afecten bienes jurídicamente protegidos para la población, conforme a una determinación triministerial reclamable en sede judicial.

De este modo, en un supuesto en el que en una empresa declarada como un mismo empleador pretendiese de alguna forma reemplazar a los trabajadores en huelga, de alguna de las otras empresas con las que conforma un empleador común, incurriría en un ilícito antisindical sancionable incluso con la prohibición temporal de contratación pública. No obstante lo anterior, se requeriría reclamar conjuntamente la declaración de único empleador y la práctica desleal de la negociación colectiva, para hacer viable la sanción, no siendo suficiente a juicio de los tribunales, sentencias anteriores interpuestas en contra de las mismas empresas ya declaradas por empleador común (por el efecto relativo de las sentencias).

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

CORTE SUPREMA. Rol N°23.808-14 del 5 de agosto de 2015.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen de N°3406/054 del 3 de septiembre de 2014. Disponible en http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-103870.html

LEY 20.760. Diario Oficial el 9 de julio de 2014 (Por medio de la cual se Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador y sus efectos. Disponible en https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1063750

PALAVECINO CÁCERES, C. "Comentario de jurisprudencia: configuración del requisito de la dirección laboral común para la declaración de empleador único (segundo juzgado de letras del trabajo)", *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 7, n° 13, 2016, p.189-192.

LOS EFECTOS LABORALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN COLOMBIA

Jorge Iván Cubillos Amaya
Juez Laboral Municipal

Introducción

Actualmente en Colombia existe la figura de grupo empresarial y unidad de empresa, las cuales están reconocidas en la normatividad interna, la primera en el derecho comercial y la segunda en el derecho laboral, tienen en común que pueden constituirse como un grupo de empresas.

Se denomina grupo empresarial al conjunto de entidades (personas jurídicas y naturales) que tengan vínculo de subordinación, y unidad de propósito y dirección, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas, bajo la dirección de una matriz o controlante[137] (Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2009)[138], teniendo en cuenta la ambigüedad de la definición, se confunde usualmente con el termino unidad de empresa, sin embargo, esta última tiene como diferencias predominantes, un predominio económico de una de las personas jurídicas o naturales que conforma dicha unión, y que las actividades de los miembros deben ser similares, conexas o complementarias.

En el plano laboral, la controversia planteada, tiene connotación especial, pues tratándose de un grupo empresarial, no existe *ipso facto* responsabilidad solidaria de los miembros de la agrupación entre sí con respecto a las acreencias laborales de los trabajadores de algún integrante, solo existe responsabilidad *subsidiaria,* excepcional, cuando algún miembro del grupo entra en una situación de concordato o de liquidación obligatoria generada por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato; en cambio en la unidad de empresa, se establece por disposición legal que al tratarse de actividades similares, conexas o complementarias y existir un miembro con predominio económico, debe también existir unidad salarial y prestacional, y la solidaridad laboral podría predicarse, si se encuentra que los miembros de la unidad de empresa son beneficiarios de la obra o labor ejecutada por el trabajador.

---

[138] Para consultar la fuente http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24434.pdf

Puede existir un grupo empresarial que no sea unidad de empresa, y en este sentido, no existiría igualdad en salarios y prestaciones de los trabajadores entre los miembros del grupo, y en forma general no existirá solidaridad laboral.

1. ¿Existe en su ordenamiento jurídico laboral una definición de grupo de empresas?

No existe en forma literal la denominación de grupo de empresas, existen las figuras de grupo empresarial dentro del contexto del derecho comercial y la unidad de empresa en el contexto del derecho laboral, estas dos comparten elementos para su configuración, sin embargo, tienen fines y efectos jurídicos diferentes, aunque en algún momento puedan complementarse para efectos del derecho laboral. Las dos figuras pueden constituirse con grupos de empresas.

Para el efecto las normas en comento en forma literal las consagra así:

UNIDAD DE EMPRESA (derecho laboral)	**GRUPO EMPRESARIAL (derecho comercial o mercantil)**
Código Sustantivo de Trabajo (C.S.T. en adelante), articulo 194. *"Definición de empresa.* ***1.-** Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.* ***2.-** En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquélla predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la*	Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, articulo. 28. *"Grupo empresarial.* *Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.* *Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. (...)."*

unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del ministerio o del juez del trabajo."	

De la lectura normativa, se obtiene similitudes y diferencias, que no han sido desapercibidas por la jurisprudencia, para el efecto la Corte de Casación ha señalado que *"ambos preceptos legales refieren a una empresa principal, matriz o controlante y a otras subordinadas que son las filiales o subsidiarias. Dicha «subordinación» o «dependencia», a la luz de la norma del Código Sustantivo de Trabajo, únicamente se presenta cuando la matriz derive su control o dirección del denominado predominio económico, elemento que necesariamente debe concurrir para configurar la unidad de empresa; mientras que en lo regulado por el Código de Comercio puede surgir o depender ese control financiero y administrativo incluso sin predominio de capital o mayoría accionaria, pues lo importante para que nazca el grupo empresarial además de la subordinación es la unidad de propósito y dirección*" (Sentencia de casación laboral, 2016)

"El efecto jurídico de su declaratoria [refiriéndose a la figura de unidad de empresa], *por los senderos administrativos o judiciales, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de explotación económica pertenecientes a una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio de los trabajadores, con miras a que estos puedan obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa"* (Sentencia de Casacion Laboral, 2017)

2. En su ordenamiento jurídico, ¿existe responsabilidad solidaria directa respecto de responsabilidades laborales y de Seguridad Social entre las empresas de un grupo válidamente constituido?

La Corte Suprema de Justicia (Sentencia de casación laboral, 2016) ha respondido negativamente a este interrogante, señalando que puede existir *"unidad de empresas"*, sin que se configure solidaridad de las obligaciones entre los miembros que conforman ese grupo de empresas, pues es necesario cumplir con los parámetros señalados por la normatividad laboral frente a la responsabilidad solidaria, presupuestos que son

independientes, es decir, la solidaridad no surge como consecuencia de la declaratoria de la unidad de empresas.

Para el efecto se tiene que el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950) consagra la solidaridad de las prestaciones laborales en los artículos 34, 35, 36, y 69, en síntesis, (a) del contratista independiente con el dueño de la obra siempre que las labores sean conexas, similares o complementarias; (b) de los simples intermediarios que no declaren dicha calidad al trabajador, frente al empleador de las obligaciones respectivas; (c) en las sociedad de personas, los miembros y cada socio en relación con el objeto social, hasta el límite su responsabilidad, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión; y (d) cuando se trata de sustitución patronal el antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél.

De lo anterior se concluye que puede existir unidad de empresas, sin solidaridad de sus miembros en las prestaciones laborales, y responsabilidad solidaria entre dos o más empresas o personas, sin que exista declaratoria de unidad de empresa.

3. ¿Hay supuestos en que exista responsabilidad solidaria de las empresas de un grupo respecto las deudas laborales y de Seguridad Social de otra/s empresa/s del grupo? Es decir, ¿qué consecuencias laborales tiene la incorrecta constitución de un grupo de empresas?

Por el hecho de constituirse indebidamente la unidad de empresa, no se establece o se configura como tal la solidaridad de prestaciones laborales, de hecho, en ninguna de las figuras se consagran formas o solemnidades para su constitución, adicionales a lo indicado en las normatividades transcritas. En la primera existe una obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil bajo unos parámetros especiales, sin embargo nada se señalada, en el sentido de que su incumplimiento genere solidaridad laboral.

Evidentemente más allá de la incorrecta o correcta constitución del grupo de empresas en cualquiera de las figuras existentes en Colombia, sí se dan los presupuestos jurídicos de la solidaridad en el articulado señalado del Código Sustantivo del trabajo (en adelante CST) la misma nacerá.

4. ¿Qué consecuencias laborales tiene el hecho que un trabajador preste servicios indistintamente para más de una empresa del grupo? ¿Qué consecuencias laborales tiene la existencia de relaciones contractuales o de colaboración entre empresas del grupo, tales como el préstamo, acuerdos de financiación o *cash pooling*? ¿Y la política de precios de transferencia? ¿Y el desarrollo de tareas de dirección por parte de una empresa del grupo respecto otra empresa?

En Colombia la prestación de servicios es un elemento integrante del contrato de trabajo[139], por ello no bastaría solo con la prestación del servicio para que exista un contrato de trabajo, en todo caso cumplidos los elementos para la existencia del contrato de trabajo, éste nace a la vida jurídica independientemente de la forma en que celebre (Constituyente de la Republica de Colombia, 1991).

Es posible que una persona esté vinculada mediante un (1) contrato de trabajo con una o varias empresas al mismo tiempo, sin que interese si se trata de un grupo empresarial o unidad de empresa, solo se tendría como un contrato de trabajo con varias personas en calidad de empleador, y el litigio se podría pactar con todas las personas en el extremo demandado.

Ahora bien, puede suceder que además de la existencia de un contrato de trabajo, concurran otros contratos de ese mismo tipo o de cualquier otra naturaleza, con el mismo empleador, en este caso en virtud del artículo 25 del CST, ni el aquel, ni los otros, necesariamente pierden su naturaleza, pues de cumplirse el objeto de cada uno de esos contratos pueden perfectamente concurrir .

"la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario" (Sentencia de Casación, 2016)

En consecuencia, no se configura responsabilidad solidaria, sino que cada uno de los empleadores o contratantes deberá pagar lo que corresponde en virtud de la naturaleza de cada uno de los contratos.

En relación con la colaboración de las empresas miembros en temas económicos, se tiene que la figura de "unidad de empresa", tiene como factor diferencial frente al grupo empresarial, el requisito de predominio económico, o relación de dependencia

[139] CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO artículo 23, puede consultarse en la URL http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

económica que comprende la participación accionaria, y el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y reciproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias, y *"para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (…) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas"* (Sentencia Consejo de Estado, 1994)

Por lo anterior, el efecto laboral del control económico, es trascendental, pues permite constituir la unidad de empresa, y con ello la posibilidad de extensión de iguales beneficios laborales a todos los trabajadores de la unidad de empresa.

En relación con el régimen de precios de transferencia, acuerdos en políticas de precios, o intercambio de bienes entre las empresas, en Colombia la regulación de estos fenomenos se consolida *"con la reforma tributaria del año 2003, Ley 863, y con la Decisión Andina 578 en su artículo 7º sobre empresas asociadas o relacionadas, esta última disposición con efectos exclusivos entre empresas ubicadas en la Comunidad Andina. En el ámbito del decreto reglamentario encontramos el decreto 4349 de 2004. Finalmente, a la fecha ya se pueden encontrar varios conceptos de la DIAN sobre precios de transferencia."* (Barbosa Mariño, 2006), sin embargo, estas disposiciones, no señalan en forma directa, ninguna consecuencia de orden del derecho laboral, se podría entender, que en caso de que un acuerdo de política de precios encaminada a insolventar o llevar a la liquidación a una persona jurídica o natural miembro de la unidad de empresa, por mandado o injerencia de la matriz o controlante, se podría consolidar una responsabilidad *subsidiaria* laboral, en virtud de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, articulo 61, pero no solidaridad.

Finalmente se insiste que la subordinación o control societario de una persona jurídica o natural frente a sus subordinadas o filiales, no generan *per se* la existencia de solidaridad laboral, son otros los elementos normativos que se deben cumplir para declarase la solidaridad como ya se anotó.

5. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de las distintas empresas del grupo? En concreto, ¿existe un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo?

Precisamente la finalidad dentro del ámbito del derecho laboral es el principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas de la unidad, en virtud

del artículo 194 del CST, el cual señala que *"los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declarase la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo"*.

Por lo tanto los trabajadores que presten sus servicios en una empresa que esté sometida, controlada o subordinada a otra, con predominio económico, y, además, cumplan actividades similares, conexas o complementarias, y tengan diferenciación de trato en prestaciones laborales extralegales (convención o pacto colectivo[140]), desempeñando las mismas funciones, pueden solicitar la declaratoria de la "unidad de empresa" al Ministerio de Trabajo o al juez laboral, y con ello, obtener el derecho a que se les nivele con las mismas prestaciones laborales.

Sin embargo, de la declaratoria de unidad de empresa no nace automáticamente responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo. Para ello es necesario cumplir con los parámetro normativos independientes que configura la responsabilidad solidaria[141]

6. ¿Es posible la adopción de un convenio colectivo aplicable a todas las empresas integrantes del grupo? ¿Pueden existir, además, convenios colectivos de empresa? En este caso, ¿qué convenio resultará de aplicación prioritaria, el convenio colectivo sectorial, el del grupo de empresas o el empresarial?

Con base en la respuesta anterior, se tiene que si es posible la adopción de un convenio colectivo aplicable a las personas jurídicas y naturales integrantes de la unidad de empresa, incluso para los trabajadores no sindicalizados en virtud del principio "*trabajo igual salario igual"* (Sentencia de Unificación, 1996), para no generar tratos

[140] Por disposición jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia SU-570 del 29 de octubre de 1996, ha señalado que la política administrativa de prestaciones extralegales, sea por convención o pacto colectivo, concediendo mejores condiciones laborales a algunos trabajadores sin causas objetivas, es discriminatorio, y por ello, se acepta su extensión a los demás trabajadores que no las hayan suscrito.

[141] Para el efecto el Código Sustantivo del trabajo (Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950) consagra la solidaridad de las prestaciones laborales en los artículos 34, 35, 36, y 69. En síntesis, esta surge: (i) del contratista independiente con el dueño de la obra siempre que las labores sean conexas, similares o complementarias; (ii) de los simples intermediarios que no declaren dicha calidad al trabajador, frente al empleador de las obligaciones respectivas; (iii) en las sociedad de personas, los miembros y cada socio en relación con el objeto social, hasta el límite su responsabilidad, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión; y (iv) cuando se trata de sustitución patronal el antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél.

discriminatorios, por ello los beneficios laborales que existan en una empresa en virtud de una convención colectiva, se aplicará a todos los demás trabajadores de la unidad, ahora bien, en caso que exista un convenio colectivo general de la unidad, este debe ser más favorable al que exista en una empresa en concreto, pues no se puede desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores.

7. ¿Qué consecuencias tiene la integración de una empresa en un grupo en sede de despidos colectivos? En concreto, para acreditar la concurrencia de la causa para proceder a un despido colectivo, ¿se tiene en cuenta la situación del grupo o únicamente la de la empresa en cuestión?

En Colombia, el procedimiento para el despido colectivo se encuentra normado en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, entendido como una potestad que tiene el empleador de terminar las relaciones laborales de sus trabajadores en un numero plural, en pro de mantener la viabilidad de las empresas con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y según los términos específicos que señala la Ley [142].

En este orden de ideas, la consecuencia de la integración del grupo de empresas, se refleja en relación con el porcentaje de trabajadores despedidos, calculados frente a los empleados de la *"unidad de empresa"* para configurar un despido colectivo, en consonancia con la definición de empresa dada por el artículo 194 del CST, pues *"se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio"*

8. ¿Quiénes son los interlocutores en la negociación en el marco de un despido colectivo? ¿Los representantes de la empresa y de los trabajadores de la empresa concreta que procede al despido colectivo o de la empresa matriz?

De conformidad con el procedimiento señalado para la configuración de un despido colectivo, indicado en la respuesta anterior, no se contempla la existencia de

[142] Así, la norma señala que *"en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos e inferior a mil (1.000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1.000)*

representantes en alguna negociación frente a un despido colectivo, pues se señala que ésta es una potestad de la empresa o empleador, de forma legal, aunque injusta, y por ello hay lugar a indemnización, sin embargo, no transcurre (el despido colectivo) dentro del marco de alguna negociación.

Tratándose de trabajadores particulares, solo es necesario que el empleador solicite permiso al Ministerio de Trabajo permiso para despedir colectivamente, y enviar comunicación a los trabajadores en general. No existe procedimiento diferente cuando se habla de unidad de empresa

9. Ante un despido colectivo, ¿existe la obligación de recolocar a los trabajadores afectados por el despido en alguna otra empresa del grupo?

En la normatividad laboral colombiana, no se establece esta obligación, pues como se señaló, los despidos colectivos son legales una vez se obtiene autorización del Ministerio del Trabajo, pese a que siguen considerándose injustos, por ello se contempla en virtud del artículo 64 del CST, la obligación de pagar una indemnización por despido sin justa causa, pero no existe la obligación empresarial o la estabilidad laboral reforzada a favor de los trabajadores afectados en una empresa miembro o en todas de la unidad de empresa.

Además, que el grupo de empresas se toma como una unidad de empresa, es decir, la decisión del despido colectivo se analiza teniendo esta circunstancia.

10. ¿Qué efectos tiene la convocatoria de una huelga en una empresa integrante de un grupo? ¿Pueden las demás empresas del grupo contratar con una tercera empresa para sustituir los servicios prestados por la empresa en huelga?

Para responder es necesario señalar que en Colombia en virtud del artículo 356 del CST, existen cuatro tipos de sindicatos, a saber de (i) de empresa, (ii) de industria o por rama de actividad económica, (iii) gremiales, y (iv) de oficios varios, por ello y en consonancia con el concepto de *"unidad de empresa"*, pueden coexistir dos más sindicatos ya mencionados, de diferentes clases o de la misma[143], y los trabajadores pueden estar afiliados a uno más sindicatos[144], en este sentido en la unidad de empresa al convocarse la huelga el efecto dependerá del tipo de sindicato que la vote, quien puede agrupar empleados de una o varias empresas o personas jurídicas o naturales de dicha unidad.

[143] En la sentencia C-567/2000, se declaró inexequible la prohibición de coexistencia de sindicatos

[144] En la sentencia C-797/2000, se declaró inexequible la prohibición a ser miembro a la vez de varios sindicatos de la misma clase o actividad

Ahora bien, el artículo 449 del CST, establece de manera expresa que mientras dure la huelga *"[e]l empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos".* Esto implica que en la "unidad de empresa" tampoco se pueda reemplazar al miembro que se encuentra en conflicto colectivo, pues se estaría reemplazando las actividades o el papel del miembro del grupo, y con ello a los trabajadores huelguistas.

Hay unas excepciones que se consagran, en donde sí puede haber reemplazos, en el evento en que se busque evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias de la empresa.

Asimismo, el artículo 354 del CST, consagra la protección del derecho de asociación, indicando que es prohibido atentar con el derecho de asociación sindical, por eso, en caso tal que la huelga sea solo en una empresa miembro de la unidad, las conductas ejercidas como sustitución de empleados, o de empresas para realizar las actividades que realizaba dentro de la unidad la empresa afectada con la huelga, podría válidamente verse como actos atentatorios al derecho de asociación sindical.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

BARBOSA MARIÑO, J. D. (enero-junio de 2006). "El régimen de precios de transferencia en Colombia, un análisis de su desarrollo, del principio de plena competencia y de la vinculacion económica". Vniversitas. Bogotá (Colombia)(N° 111: 33-63), 47. Obtenido de http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14657/11825

CONSTITUYENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (20 de 07 de 1991). Constitución Politica de Colombia. Colombia.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 08 de 03 de 1994 (5933 y 5934).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación del 29 de 10 de 1996 (SU570).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 27 de 01 de 2016 (SL1715).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 11 de 05 de 2016 (SL6228).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 01 de 02 de 2017 (SL10126).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 06 de 09 de 2017 (SL13883).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. Oficio 220-042549 del 20 de 02 de 2009.
http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/29486.pdf

LOS EFECTOS LABORALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN URUGUAY

Mario Garmendia Arigón
Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho CLAEH, Punta del Este, Uruguay), Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

Introducción

En Uruguay no hay una definición normativa del concepto de los grupos de empresas o conjuntos económicos, que se aplique a la materia laboral. Sin embargo, esto no ha impedido que la noción haya sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia que, con base en el principio de "primacía de la realidad", ha elaborado la noción con bastante amplitud. En tal sentido, la situación de hecho es determinante para que el Derecho del Trabajo detecte a la figura del empleador o responsable de dar cumplimiento a las obligaciones laborales. El análisis de ese plano práctico se privilegia respecto de las formalidades y, asimismo, en relación a los acuerdos contractuales.

En esa tarea de análisis se debe prestar atención a ciertas claves, como por ejemplo, la determinación de quién está en condiciones de tomar decisiones o de influir en la dirección o marcha de un determinado emprendimiento; la investigación de quién tiene en su mano la potestad de sostener o interrumpir la continuidad de un proceso económico o productivo; la definición de quién obtiene o se beneficia de los resultados de la actividad o quién toma a su cargo el riesgo de la actividad; la verificación de quién aporta los ingredientes materiales fundamentales para que se pueda desarrollar un determinado proceso productivo, etc. Tales elementos suelen presentarse a través de indicios y no siempre se encuentran unificados, todos ellos, en una única figura. Es posible y, de hecho, bastante frecuente, que varios de ellos se dispersen entre distintos sujetos que se vinculan para realizar alguna actividad, y que cada uno de ellos tome a su cargo alguno o algunos de los aspectos antes referidos. En estos casos existirá un propósito o finalidad económica que le otorga cohesión a dicho esquema y, en tales casos, se podrá edificar la figura del conjunto económico o la del llamado "empleador complejo", concepto, este último, de más reciente aparición jurisprudencial y que apunta a tomar en cuenta ciertas modalidades de interrelación entre empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador, pero que en apariencia no mantienen vínculos entre sí, ni están subordinadas a una única dirección. La jurisprudencia uruguaya ha entendido que se configura la noción de conjunto económico en situaciones muy diversas e, incluso ha atribuido responsabilidades a sujetos que en un esquema empresarial completamente informal no

tenían a su cargo la toma de decisiones cotidianas, ni daban directivas a los trabajadores, pero que, sin embargo, tenían una participación "estratégica" fundamental en el desarrollo de la actividad, por el hecho de aportar a la misma algún ingrediente esencial para que ésta pudiera llevarse a cabo. Este "aporte" se integraba a un esquema en el que participaban otras figuras que asumían, cada una de ellas, diferentes "roles" complementarios que daban cohesión a una "entidad" a la que fue posible identificar como un "empleador complejo" y, por lo tanto responsable en materia laboral, a pesar de que no poseía la condición "formal" de empleador.

No existen registros estadísticos referidos a la cantidad de grupos de empresas que actúan en Uruguay.

1. ¿Existe en su ordenamiento jurídico laboral una definición de grupo de empresas?

En el Derecho positivo uruguayo no se encuentra una definición de "grupo de empresas" con proyección sobre la materia laboral. En cambio, sí las hay a los efectos de otras disciplinas (por ejemplo: Derecho comercial, tributario, servicios de comunicación audiovisual, etc.).

En el caso del Derecho del Trabajo, ha sido la doctrina la que se ha encargado de elaborar el concepto, el que posteriormente fue recibido por la jurisprudencia. En tal sentido, se aplica la noción de "grupo de empresas" o "conjunto económico" para referir a la situación de distintas entidades jurídicas, formalmente autónomas o independientes entre sí, pero que en los hechos operan de manera unitaria, bajo un único liderazgo o dirección, que puede expresarse por la vía de la subordinación o, inclusive, por coordinación. Constatada tal situación, se entiende que la responsabilidad de esas entidades con apariencia independiente, deviene en solidaria, de tal suerte que cualquiera de ellas responderá, por sí, por el total de la deuda laboral que se haya generado.

2. En su ordenamiento jurídico, ¿existe responsabilidad solidaria directa respecto de responsabilidades laborales y de Seguridad Social entre las empresas de un grupo válidamente constituido?

Si bien en el ordenamiento positivo uruguayo ninguna norma dispone tal cosa, la doctrina y la jurisprudencia han sido contestes en relación a la pertinencia de aplicar el concepto de solidaridad cuando se detecta la presencia de un conjunto económico. Esto significa que, más allá de cuál haya sido o sea formalmente la entidad que lo haya registrado como empleado, el trabajador podrá dirigir su reclamación contra ésta y,

asimismo, contra cualesquiera otra de las empresas que integran el grupo y, desde luego, contra todas ellas en forma conjunta.

3. ¿Hay supuestos en que exista responsabilidad solidaria de las empresas de un grupo respecto las deudas laborales y de Seguridad Social de otra/s empresa/s del grupo? Es decir, ¿qué consecuencias laborales tiene la incorrecta constitución de un grupo de empresas?

La responsabilidad solidaria aplica a todas las empresas que resulte probado que integran el grupo o conjunto económico. La doctrina y jurisprudencia laborales han entendido que, a diferencia de lo que acontece en otras disciplinas, no es necesario en la materia laboral constatar la existencia de "fraude", o sea que resulte probado que se haya empleado al grupo de empresas con la intención deliberada de violar la ley o de desfigurar los hechos. Se entiende que en el Derecho del Trabajo se impone la realidad, la apreciación de los simples hechos, despojada de toda otra exigencia o connotación.

4. ¿Qué consecuencias laborales tiene el hecho que un trabajador preste servicios indistintamente para más de una empresa del grupo? ¿Qué consecuencias laborales tiene la existencia de relaciones contractuales o de colaboración entre empresas del grupo, tales como el préstamo, acuerdos de financiación o cash pooling? ¿Y la política de precios de transferencia? ¿Y el desarrollo de tareas de dirección por parte de una empresa del grupo respecto otra empresa?

En el caso de Uruguay, la prestación de servicios, ya sea sucesiva o simultánea, por parte de un trabajador para varias empresas miembro de grupo genera como norma general, la responsabilidad solidaria laboral y de Seguridad Social respecto las empresas del grupo implicadas. Se considera claro indicio de la existencia de un grupo de empresas (y, por consiguiente, de la responsabilidad solidaria entre ellas), la situación en que, en los hechos, dos o más empresas asumen la posición empresarial y el trabajador sólo está formalmente contratado por una de ellas o cuando sucesivamente el trabajador es formalmente contratado por varias empresas del grupo, pero recibe órdenes no sólo de su empleador formal sino también de otra u otras empresas del grupo que anteriormente lo contrataron,

Las relaciones contractuales o comerciales entre empresas integrantes del grupo de empresa (como, por ejemplo, préstamos, acuerdos de financiación, complementación de negocios, actividades comunes de gestión o administración, asesoramiento unificado, etc.) resultan ser indicios que toma en cuenta la jurisprudencia a los efectos de constatar la presencia de un grupo de empresas. Esto no significa que, desde luego, el mero hecho de que existan dos o más empresas que formalicen un préstamo o acuerdo de

financiación genere la responsabilidad solidaria entre ellas, pero sí puede constituir un indicio que, junto a otros, pueda configurar un panorama integral que lleve a la convicción acerca de la existencia de un conjunto económico.

En términos similares, también se ha entendido que el ejercicio unificado o unitario del poder de dirección o poder disciplinario, ya sea de facto o amparándose en un contrato de servicios, de una o varias empresas del grupo respecto de otra empresa del grupo es otro indicio relevante de la existencia de un conjunto económico y que, por lo tanto, puede determinar la existencia de una responsabilidad solidaria entre las distintas empresas que lo integran.

5. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de las distintas empresas del grupo? En concreto, ¿existe un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo?

La jurisprudencia uruguaya ha recibido la figura del grupo de empresas o conjunto económico, principalmente con el objeto de evitar que los créditos laborales de un trabajador queden insatisfechos por razón de que, por ejemplo, la empresa con la que aquél estaba formalmente vinculado se hubiere insolventado o desaparecido. Se ha empleado la figura, por lo general, con la finalidad de ampliar la nómina de sujetos responsables, para reforzar las chances de que el trabajador consiga ver satisfecho su crédito laboral. No es usual, sin embargo, que la figura se invoque a los efectos de demandar la igualación con las condiciones de trabajo que se aplican en otras empresas integrantes del grupo. En general se considera que a cada trabajador aplican las condiciones de trabajo que ha acordado con su empleador y, naturalmente, las que le resultan aplicables por imperio de la ley o por el convenio colectivo aplicable a la empresa o sector de actividad en el que se desempeña. No obstante lo antedicho, tratándose de una figura construida a partir de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, no se puede descartar de plano que ante una situación concreta resulte de antemano descartable o proscripta la posibilidad de que se plantee algo distinto a lo antedicho.

6. ¿Es posible la adopción de un convenio colectivo aplicable a todas las empresas integrantes del grupo? ¿Pueden existir, además, convenios colectivos de empresa? En este caso, ¿qué convenio resultará de aplicación prioritaria, el convenio colectivo sectorial, el del grupo de empresas o el empresarial?

No es usual que se adopten convenios colectivos que apliquen a todas las empresas integrantes de un grupo, como no sea en aquellos casos en que todas ellas realicen una actividad económica que se encuentre integrada en un mismo sector de actividad y que,

por esta razón, a todas ellas se les apliquen las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, acuerdo o decisión cuyo ámbito de aplicación sea, precisamente, la rama de actividad abarcada. De todos modos, sin perjuicio de lo antedicho, también hay que decir que, a pesar de que no existen antecedentes al respecto, nada impediría que un grupo de empresas (incluso no siendo todas ellas parte de un mismo sector o rama de actividad) celebraran un convenio colectivo común. En este caso, dicho convenio sólo podría contener condiciones más favorables para los trabajadores que aquellas que se encontraren plasmadas en los convenios o normas legales aplicables a cada una de las empresas integrantes del grupo o, en su caso, a las ramas o sectores de actividad de las que aquellas forman parte.

Con respecto a la posibilidad de que puedan existir, además, convenios de empresa, también esto es posible. En un caso así, dichos convenios se articularían con los sectoriales o con los del grupo, tomando como criterio la regla de la norma más favorable y aplicando la denominada "teoría del conglobamento".

7. ¿Qué consecuencias tiene la integración de una empresa en un grupo en sede de despidos colectivos? En concreto, para acreditar la concurrencia de la causa para proceder a un despido colectivo, ¿se tiene en cuenta la situación del grupo o únicamente la de la empresa en cuestión?

En Uruguay no existen normas particulares referidas a lo que en otros ordenamientos se define como "despidos colectivos"

8. ¿Quiénes son los interlocutores en la negociación en el marco de un despido colectivo? ¿Los representantes de la empresa y de los trabajadores de la empresa concreta que procede al despido colectivo o de la empresa matriz?

En Uruguay no existen normas sobre "despidos colectivos". En todo caso, en materia de negociación colectiva, la definición del interlocutor sindical dependerá de la situación concreta, aunque se debe tener en cuenta que en Uruguay los sindicatos se estructuran por rama de actividad y que, además, existe una única central sindical.

9. Ante un despido colectivo, ¿existe la obligación de recolocar a los trabajadores afectados por el despido en alguna otra empresa del grupo?

Como se ha indicado antes, no existen en Uruguay disposiciones sobre los denominados "despidos colectivos". De todos modos, es habitual que cuando se plantean situaciones asimilables a dicho concepto, se reivindique por parte del sindicato actuante que los trabajadores afectados por el cese sean reubicados en otras empresas del grupo.

10. ¿Qué efectos tiene la convocatoria de una huelga en una empresa integrante de un grupo? ¿Pueden las demás empresas del grupo contratar con una tercera empresa para sustituir los servicios prestados por la empresa en huelga?

Los efectos dependerán de las características de cada caso concreto y, en especial, de los alcances que los trabajadores le adjudiquen al conflicto. Respecto de la sustitución de trabajadores en huelga, la única disposición que al respecto se consagra en el Derecho positivo uruguayo es la que prohíbe acudir a las figuras de la subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra para sustituir trabajadores en conflicto colectivo (artículo 3º de la ley nº 18.099, del 24 de enero de 2007).

Bibliografía

CASTELLO, A., *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo., 2006.

CASTELLO, A *Empresas multinacionales y Derecho laboral*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981

FERNÁNDEZ B. H., "Enfoques jurisprudenciales sobre los sujetos del Derecho del Trabajo", en *Temas Prácticos de Derecho Laboral*, tomo 2, FCU, Mdeo., 2001.

GARMENDIA, M, "Empleador, empresa y detección de sujetos responsables en materia laboral", en *Revista de Derecho del Trabajo*, La Ley Uruguay, nº 8, julio-setiembre 2015.

GAUTHIER, G., "El principio de primacía de la realidad" (Claves del Derecho del Trabajo), en *Revista de Derecho del Trabajo*, La Ley Uruguay, nº 6, enero-marzo 2015.

PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª edición actualizada, Depalma, Bs. As., 1988.

PLÁ RODRÍGUEZ, A., "Sobre el alcance de la noción de Conjunto Económico", en *Revista Judicatura*, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, noviembre 1993, Nº 36.

PLÁ REGULES, M.J., "La personería laboral del empleador", en *Revista Derecho Laboral*, tomo XIX, Nº 101, enero-marzo 1976.

Pronunciamientos jurisprudenciales

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO de 3º Turno, sentencia 205/2016

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO de 2º Turno, sentencia Nº 407, del 07.12.2005.

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO de 3º Turno, sentencia nº 82/2017

LABOR EFFECTS OF CORPORATE GROUPS IN CANADA

Eric Tucker,
Professor Osgoode Hall Law School, York University,
Distinguished Scholar in Residence, Cleveland-Marshall College of Law, Cleveland State University

Abdalla Barqawi
Third-Year Student, Osgoode Hall Law School, York University

Introduction

In Canada, the norms of capitalist legality are deeply entrenched. As a result, businesses are generally free to structure their affairs in any way that serves their interests. One of the most foundational norms is that each corporation has a distinct legal personality. Not only does this protect shareholders and directors from personal responsibility for the corporation's liabilities, but it also means that one corporation is not normally liable for the obligations of another corporation even though both corporations are owned and controlled by the same individuals.

Based on this legal framework, a common legal mechanism that businesses resort to is the creation of multiple related entities that have separate legal personalities, but serve a common business purpose or enterprise[145]. However, the norms of capitalist legality are not absolute and will be compromised in some situations in order to protect other social interests, including those of employees. So, while businesses can resort to this legal mechanism to avoid some forms of liability, Canadian law has responded to the deliberate fracturing of business enterprises by enabling employees, in certain circumstances, to bring claims for their entitlements against inter-related business entities.

Four preliminary notes are warranted before proceeding to the analysis of the specific questions at hand. First, Canadian law does not use the term "corporate group" and does not differentiate between correct or incorrect constitutions of corporate groups. However, Canadian protective labor and employment law uses the concepts of "related employer," "associated employer," or "common employer" to hold that in some circumstances, discussed in more detail below, inter-related corporations can be made jointly liable for each other's obligations. We use all of these terms interchangeably.

[145] It is impossible to provide statistical data about the prevalence of this technique because Canadian enterprises are not required to disclose or register with a governmental agency when they create multiple related entities.

Second, we have followed the structure of the questions as outlined. However, we have merged the first and second questions together to avoid repetitiveness. The way Canadian law is structured lends itself to answering these two questions concurrently and not separately.

Third, it should be noted that Canada is a federal state and, therefore, there is a federal employment law regime that covers the federal public sector and federally regulated private sector employers (about 10% of the labor force) and each province and territory has its specific employment law regime. Of course, we cannot provide a comprehensive overview of each jurisdiction in the space provided. The focus here will be on Ontario, but specific examples from the federal and other provincial regimes will be provided when appropriate. Fourth, the labor and employment law regime in each jurisdiction consists of three strands. Specifically, there are minimum employment standards legislation that set out the minimum entitlements that employees have a right to regardless of whether they are unionized or not. There are also collective bargaining regimes that govern unionized employment relationships. Finally, the common law (in Quebec, the civil law) governs all employment relationships that are outside of the collective bargaining context. Where necessary, we organize our answers in relation to each regime.

1. Is there a definition of corporate group or group of companies in your labor legal system? and 2. In your legal system, are there joint labor and Social Security liabilities between the companies of a valid corporate group?

In order to answer this question, we must consider each strand of the labor and employment law regime, as well as in regard to social security law.

Minimum Standards Legislation

Minimum standards laws cover such matters as occupational health and safety, employment discrimination and minimum terms and conditions of employment such as minimum wages, vacation entitlements and termination and severance pay. We focus on the Employment Standards Act, which addresses the latter set of entitlements[146].

Section 4(1) of the Employment Standards Act (ESA) recognizes the concept of a corporate group. Specifically, when there are multiple entities that carry on related or associated activities where the intent or effect of them doing so is to directly or indirectly defeat the intent and purpose of the ESA, they are deemed to be one

[146] SO 2000, c. 41.

employer. The determination of whether the "related and associated activities" requirement is met depends on whether "there is a functional interdependence amongst the business entities such that there is a complementary and integrated structure[147]". Some of the factors that have arisen in the case law interpreting the "related and associated activities" requirement include:

1. Common management or directing mind
2. Common financial control,
3. Common ownership,
4. The existence of a common trade name or logo,
5. The movement of employees between two or more business entities,
6. The use of the same premises or other assets by the entities,
7. The transfer of assets between them, and whether there is a common market or customers served by the two or more entities[148].

In addition to meeting the "related and associated" activities test, it is also necessary to prove that the intent or effect of the arrangement was to defeat the purposes of the ESA[149]. This requires that there have been particular interactions between the entities that go beyond common ownership and control[150]. The most common scenario in which the related employer provision will be satisfied is when a group of companies operates a single business.

If the requirements for section 4(1) of the ESA are met, section 4(5) deems all entities to be jointly and severally liable for all violations of the ESA, the associated regulations, and for the payment of any outstanding wages that arise under the ESA and the associated regulations.

Collective Bargaining

The Labor Relations Act (LRA) recognizes the concept of a related employer in the collective bargaining context. Specifically, section 1(4) of the LRA grants the Labor Relations Board (LRB) the discretion to deem multiple entities as one employer when: (1) these entities carry on associated or related activities whether simultaneously or not; and (2) there is a common control or direction between the entities. The LRB applies this section in a purposive manner, meaning it will not deem multiple entities as one

[147] Lian v Crew Group Inc., [2001] OJ No 1708 at para 48, 104 ACWS (3d) 1062.

[148] Ibid [numbering ours and citations omitted].

[149] As of the time of writing, the Ontario legislature is considering Bill 148 that would remove this requirement.

[150] Abdoulrab v Ontario (Labor Relations Board), 2009 ONCA 491, 178 ACWS (3d) 144.

employer if such deeming will weaken collective bargaining or undermine an existing collective agreement, but it will apply the section when doing so will support collective bargaining rights[151].

A declaration that a number of related employers are one employer allows a union to negotiate a collective agreement with the member of the group that has the central control of the corporate group and the agreement will be binding on all members of the group[152]. Further, a finding that a number of related employers are one employer renders a collective agreement with one employer binding on all members of the corporate group. Finally, a finding that related employers are one employer leads to the result that all of the employers are jointly and severally liable for any liabilities that arise from breaches to a collective agreement that is in force or any breaches of collective bargaining law[153].

Common Law

In Ontario, the common law recognizes a similar concept to corporate group through the related employer doctrine. The leading case on this issue is the Ontario Court of Appeal decision in Downtown Eatery (1993) Ltd. v Ontario[154]. To this extent, the Ontario Court of Appeal held that when there is a sufficient degree of common control between a number of entities, they can be treated as one employer. The determination of whether there is a sufficient degree of common control is case and context specific, but some of the factors that can be taken into consideration include "individual shareholdings, corporate shareholdings, and interlocking directorships[155]". As is the case under the ESA, the most common scenario for a successful related employer claim will be when a group of companies operates a single business. If the court is satisfied that the test has been met, employees are able to claim their common law entitlements against any related entity.

Social Security

In general, there is no obligation on employers to provide social security benefits to employees. To be sure, there are statutory schemes, such as the Employment Insurance

[151] For example, see: L.I.U.N.A., Local 1059 v John Hayman & Sons Co., [1984] OLRB Rep 822, 8 CLRBR (NS) 163; Carpenters & Allied Workers, Local 27 v Dobben Group Inc., [1996] OLRB Rep 57, 1996 CarswellOnt 4162 ["Carpenters & Allied Workers"].

[152] For example, see: Carpenters & Allied Workers, supra note 7.

[153] For example, see: Carpenters & Allied Workers, supra note 7; C.U.P.E. v Brantwood Manor Nursing Homes Ltd., 1986] OLRB Rep 9, 12 CLRBR (NS) 332.

[154] [2001] OJ No. 1879 at para 30, 105 ACWS (3d) 434 ["Downtown Eatery"].

[155] Ibid at para 30.

Act (EIA),[156] that impose an obligation on employers to deduct specific amounts from employee's wages to contribute to the insurance scheme. Employers must pay these deductions in addition to the premiums imposed on them to the Canada Revenue Agency. Under the EIA, employers are entitled to refunds in some circumstances. The concept of corporate group is relevant in this context because section 96 of the EIA allows associated employers to receive a refund payment that is applicable to one of the employers in the association. There is no provision for the government to collect unpaid premiums owed by one corporation from other corporations owned and controlled by the same individuals.

The concept of associated employers also arises under other social security insurance schemes. In Ontario, for example, the Workplace Safety and Insurance Act (WSIA) sets out varying tiers of premiums that employers have to pay.[157] If there is an association of employers, meaning there are a number of entities that operate for a joint purpose, and the employees of one of the entities perform ancillary tasks to the others and these tasks have higher premiums, all employers in the association to whom the ancillary work is performed have to pay the higher premium rate vis-à-vis these employees.[158] Understood this way, the WSIA creates joint obligations for associated employers. Section 141 of the WSIA also imposes joint liability on contractors and subcontractors, in certain industries, for the payment of premiums. Thus, when an employer hires a contractor to perform certain tasks and the contractor hires employees, the principal employer and the contractor are both liable for the reporting and payment of the premiums[159].

3. Are there cases in which there is joint liability of the companies of a group with respect to labor and Social Security obligations of other companies of the group? That is to say, what labor consequences derive from the incorrect constitution of a corporate group or group of companies?

As mentioned in the introduction, there is no concept in Canadian law of a correct or incorrect constitution of a corporate group. The only question is whether a group of associated companies is operating in such a manner as to attract joint liability for each other's employment obligations.

[156] SC 1996, c. 23.

[157] SO 1997, c. 16.

[158] For example, see: Decision No. 2124/09 (17 December 2009), online: WSIAT <http://www.wsiat.on.ca/Decisions/2009/2124%2009.pdf>.

[159] For example, see: Decision No. 2440/05 (16 February 2006), online: WSIAT <http://www.wsiat.on.ca/Decisions/2006/2440%2005.pdf>

However, even if corporations are not found to be related, commercial and corporate law may, in certain circumstances, protect employees against the consequences of certain inter- or intra-company transactions.

For example, Canadian law deals specifically with the issue of fraudulent conveyances. In Ontario, section 2 of the Fraudulent Conveyances Act deems as void any conveyance of property that is executed with the intention of defrauding creditors.[160] Thus, if employers transfer funds to any other entity or person with the intention of evading liability for the payment of entitlements to employees, the transfer of funds is deemed to be void and the employees can make a claim against the transferred funds[161].

Another example is the oppression remedy in corporate law. The oppression remedy allows creditors of a corporation, which include employees, to apply for judicial review of corporate restructuring that is oppressive or unfairly prejudicial to the interests of creditors.[162] There is no requirement to prove an intention to defraud creditors, but simply that the restructuring has the effect of being oppressive or unfairly prejudicial to creditors.[163] If such circumstances are present, courts have the authority to issue orders of rectification that would remove the oppressive or unfairly prejudicial elements of the restructuring.[164] Therefore, there are limitations on how employers can restructure their corporations – they cannot do so in a way that is oppressive or unfairly prejudicial to the entitlements of their employees.

4. What are the labor effects of the fact that a worker provides services for more than one company of the group? What are the labor effects of contractual or commercial relationships between companies of the group, such as loans, financing agreements or cash pooling? And transfer pricing policies? And the development of management functions by a company of the group with respect to another company?

In general, the factors listed in this question are relevant to the determination of whether businesses in a group will be treated as related employers. If the companies are related employers then they will be jointly liable for the labor and employment obligations of each other.

[160] RSO 1990, c F-29.

[161] For example, see: McFadden v 481782 Ontario Ltd., [1984] OJ No 3268, 26 ACWS (2d) 200.

[162] For example, Ontario Business Corporations Act, RSO 1990, c B. 16, s 248 ["OBCA"].

[163] Downtown Eatery, supra note 10 at para 56.

[164] For example, OBCA, supra note 18, s 248.

If the presence of these factors does not make them related employers then the fact that an employee simultaneously provides services for more than one employer will not create any joint liabilities. The rights and obligations of the employee are determined vis-à-vis each specific employer. Similarly, if an employee provides service successively to two different companies within the group of companies, there will be no continuity of service. The situation will be exactly the same as if the employee ended employment with one company and then started employment with a company that had not relation to the first.

5. How are working conditions of the workers hired by companies of a group of companies determined? In particular, is there a principle of equal treatment between workers of the different companies of the group?

The fact that a group of employers is considered to be one employer does not have any effect on the substantive content of employee entitlements. These are determined in the context of each employer. There is no principle of equal treatment of employees between employers in the same corporate group in Canada.

6. Is it possible to adopt a collective bargaining agreement applicable to all companies of the group? Can collective bargaining agreements at company level also exist? In this case, what agreement will be applicable, the industry-level, the group-level or the company-level collective agreement?

The starting point of Canadian labor law is that the level of bargaining is determined by the level of certification. That is to say, that under Canadian labor law, a union acquires bargaining rights by applying to the labor board to be the bargaining representative of a group of employees in a bargaining unit approved by the board. Under Canadian law, bargaining units are usually based on the enterprise, which accepts the corporate structure of the employer. Thus normally the board will identify a single corporate entity as the employer notwithstanding that the corporation is part of a larger group.

There are two ways that the level of bargaining can change. First, the parties may jointly agree to bargain at a different level than the level of certification. Thus, there is nothing to prevent the parties from agreeing voluntarily to bargain at the level of the group of companies or at the industry level. But this is rare in Canada.

The other way for the level of bargaining to change is through a related employer application under s. 1(4) of the LRA, discussed in the answer to questions 1 and 2. While it is possible for a related employer application to succeed with respect to a group of related companies, it could not succeed with respect to a group of companies who

operate at arms length from each other. Such an application could neither be used to enable employees of a company at the bottom of a supply chain to bargain with the lead firm, nor to have industry-wide bargaining imposed.

As discussed above, the LRB will not issue a section 1(4) declaration if doing so will undermine collective bargaining. For example, if an employer made an application for a related-employer declaration for the purposes of enlarging the bargaining unit at the time of certification to reduce the possibility of a union obtaining majority support, the Board would be reluctant to grant the application.

7. What are the consequences of the integration of a company into a corporate group or group of companies in the context of redundancies? In particular, to prove the grounds for the redundancy, does the regulation take into account the situation of the group or only the situation of the company in question?

For the purposes of answering this question, we are assuming a situation in which the company that is terminating employees is a related employer for the purposes of the ESA and the common law. If a group of companies are not legally related employers, then their legal relation has no legal consequences for the purposes of redundancies.

It is helpful here to consider each legal regime and the provisions it makes for redundancies. It will be recalled that the ESA establishes minimum standards for both unionized and non-unionized employees. It provides minimum notice and severance entitlements in the event of a termination of employment where there is no cause for summary dismissal without notice. With respect to termination, the amount of notice or pay in lieu of notice is determined by the length of employment. In a related-employer context, the duration of employment would be calculated from the date of hire by one of the related companies. Severance too is calculated on the basis of the duration of employment, but not all employees are entitled to severance. The ESA limits severance to employees who have been employed by the same employer for five or more years and the employer must have a payroll of more than $2.5 million. In this context, the related employer provision may help establish both the requisite seniority and the size of payroll since that will be calculated on the basis of the combined payroll of all the related employers. Finally, if an employee is terminated by a company that is a related employer, all the related employers are a single entity jointly responsible for the ESA liabilities owed to that employee.

In the common law context, notice entitlements are based on a number of factors, one of which is years of employment. Thus, a finding that employers are related may be relevant to determining the notice period. As well, related employers are jointly liable

for notice payments owed by each other and so this will improve the ability of a terminated employee to collect the notice payment that the employee is owed.

In the collective bargaining context, apart from ESA notice entitlements provided by statute, agreements may provide workers with additional protections in the context of economic lay-offs. The most common protection is that lay-offs are to be by seniority, but some agreements impose substantive restrictions on the employer's right to lay-off workers by, for example, requiring the employer to demonstrate economic exigency. In a related employer scenario, it may be necessary to consider the economic resources of all the companies that are related employers.

8. Who are the negotiating partners within the framework of a redundancy? Are they employers' and workers' representatives from the particular company or from the parent company?

The only relevant parties are the specific employer and the employee/union. The corporate group does not play any role in the context of redundancy, but are liable for the provision of entitlements if the specific company does not provide them to the employee.

9. In the event of a redundancy, is there an obligation to relocate to another company of the group the employees affected by such redundancy?

No unless the employment contract or the collective agreement specify otherwise. Minimum standards legislation do not impose such a requirement.

10. What is the effect of calling a strike in a group company? Could the other companies of the group contract with a third company to replace the services provided by the company on strike?

In Ontario, the LRA does not prohibit an employer from hiring replacement employees in the event of a strike. Therefore, there is no need for other members of the corporate group to hire replacement employees, but there is no legal prohibition them on doing so. Ontario is representative of all Canadian provinces, except British Columbia and Quebec where employers are prohibited from hiring replacement employees during a lawful strike[165]. In British Columbia, employers are also prohibited from relying on another party to employ replacement employees, meaning they cannot rely on a member

[165] Labor Relations Code, RSBC 1996, c 244, s 68 ["Labor Relations Code"]; Quebec Labor Code, c 27, s 109.1 ["Quebec Labor Code"].

of the corporate group to do so[166]. In Quebec, employers are also prohibited from utilizing the services of an employee hired by another employer, meaning it is not possible to rely on another employer in the corporate group to hire replacement employees[167]. At the federal level, employers can hire replacement employees, but cannot use such employees for the "purpose of undermining a trade union's representational capacity rather than the pursuit of legitimate bargaining objectives[168]". There is no need, therefore, for federally regulated employers to rely on other employers in the corporate group to conduct such hiring.

The other consideration is with respect to sites of lawful picketing. Under Canadian law, normally a union is limited to picketing at the site of employment and could be prevented from picketing elsewhere, including the premises of other companies that continue to do businesses with their employer. However, if those other businesses were related employers, then their sites of work presumptively would be legitimate targets. Otherwise, picketing would only be permitted against another company, including a company that was part of the same group as the struck employer, if that company had become an ally of the employer, by for example allowing struck work to be transferred and performed on its premises.

11. Other relevant matters concerning corporate groups or groups of companies

As noted in the introduction, Canadian law embraces the principle of corporate personality and does not require groups of companies to register as such or prospectively impose joint liability for labor and employment obligations. However, it does permit workers to apply to courts and tribunals to have groups of companies declared to be related employers and thereby become jointly liable for the employing corporation's employment obligations. However, the law limits the circumstances in which related employer declarations will be issued so that the fact of common ownership and control is not sufficient. As a result, applications are most likely to be successful where a group of corporations operate a single business, where one corporation exercises effective control over another, or where transactions have occurred between corporations in the group that have the intent or effect of depriving workers of their legal entitlements.

References and judicial decisions

See footnotes.

[166] Labor Relations Code, supra note 21, s 68(1)(d).
[167] Quebec Labor Code, supra note 21, s 109.1(b).
[168] Canada Labor Code, RSC 1985, c L-2, s 94(2.1).