



HAL
open science

La réception des groupes de sociétés par le droit du travail : interrogation sur la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail et la protection des salariés à l'intérieur des groupes de sociétés

Mounir Hedda

► **To cite this version:**

Mounir Hedda. La réception des groupes de sociétés par le droit du travail : interrogation sur la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail et la protection des salariés à l'intérieur des groupes de sociétés. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014. Français. NNT : 2014PA010275 . tel-01620428

HAL Id: tel-01620428

<https://theses.hal.science/tel-01620428>

Submitted on 20 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON-SORBONNE

Thèse

En vue de l'obtention du grade de docteur en droit

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 8 juillet 2014.

Par

Mounir HEDDA

Titre :

La réception des groupes de sociétés par le droit du travail : Interrogation sur la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail et la protection des salariés à l'intérieur des groupes de sociétés.

Directeur de thèse

Monsieur **Grégoire LOISEAU**

Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

JURY

Monsieur **Jean-François Cesaro**, Professeur à l'Université Paris II

Monsieur **Alexandre Fabre**, Professeur à l'Université d'Artois

Monsieur **Julien Icard**, Professeur à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis

Monsieur **Arnaud Martinon**, Professeur à l'Université Paris I

UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON-SORBONNE

Thèse

En vue de l'obtention du grade de docteur en droit

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 8 juillet 2014.

Par

Mounir HEDDA

Titre :

La réception des groupes de sociétés par le droit du travail : Interrogation sur la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail et la protection des salariés à l'intérieur des groupes de sociétés.

Directeur de thèse

Monsieur **Grégoire LOISEAU**

Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

JURY

Monsieur **Jean-François Cesaro**, Professeur à l'Université Paris II

Monsieur **Alexandre Fabre**, Professeur à l'Université d'Artois

Monsieur **Julien Icard**, Professeur à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis

Monsieur **Arnaud Martinon**, Professeur à l'Université Paris I

J'exprime ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur Grégoire Loiseau pour ses conseils et encouragements lors de l'élaboration de cette thèse sous sa direction.

À mon père, décédé tôt, à ma mère et ma sœur qui m'ont soutenu pour réaliser ce travail.

Sommaire.

Introduction.

Première Partie. La position du droit du travail à l'égard de la structuration des relations de travail à l'intérieur du groupe de sociétés.

Titre I. Une solution de principe qui écarte la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.

Chapitre I. La nature formelle de la notion d'employeur, comme obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.

Chapitre II. Les concepts fonctionnels au service de la requalification de la qualité d'employeur à l'intérieur des groupes de sociétés.

Titre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire en matière de rapports collectifs de travail.

Chapitre I. Le groupe de sociétés, niveau subsidiaire en matière de représentation collective du personnel.

Chapitre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire de négociation collective.

Deuxième Partie. La position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

Titre I. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection de l'emploi des salariés.

Chapitre I. Le groupe de sociétés, cadre d'appréciation du motif économique du licenciement.

Chapitre II. Le groupe de sociétés, cadre d'application du droit au reclassement.

Titre II. La responsabilité du groupe en matière de protection des droits des salariés faisant l'objet d'une mise à disposition temporaire.

Chapitre I. La protection des salariés dans la perspective de leur mise à disposition au sein du groupe de sociétés.

Chapitre II. La protection des salariés pendant leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés.

Conclusion.

Liste des principaux sigles et abréviations.

1. Jurisprudence sociale Lamy : **JSL.**
2. Revue de jurisprudence sociale : **RJS**
3. Actualité juridique de droit administratif : **AJDA**
4. Bulletin Joly Sociétés : **Bull Joly**
5. Recueil Dalloz Chronique : **D., chr,**
6. Recueil Dalloz jurisprudence : **D., juris ;**
7. Recueil Dalloz sommaire : **D., somm.**
8. Recueil Dalloz Actualité jurisprudentielle : **D., AJ**
9. Droit ouvrier : **Dr.ouvr.**
10. Droit social : **Dr.soc.**
11. Revue des sociétés : **Rev. soc.**
12. Gazette du Palais : **Gaz.Pal.**
13. Semaine juridique édition entreprise et affaire : **JCP.E**
14. Semaine juridique édition générale : **JCP.G**
15. Journal officiel de la République française : **JORF**
16. Revue critique de droit international privé : **RCDIP**
17. Revue de Droit du Travail : **RDT**
18. Droit et pratique du commerce international : **DPCI**
19. Semaine sociale Lamy : **SSL.**
20. Bulletin de la Cour de cassation chambre criminelle : **Cass.crim**
21. Bulletin de la Cour de cassation chambre civile : **Cass.civ**
22. Les petites affiches : **LPA**
23. Action juridique CFDT : **Action jurid.CFDT**
24. Revue des procédures collectives : **Rev.proc.coll**
25. Cahiers Sociaux du Barreau de Paris : **Cah.soc.Barreau Paris.**
26. Lexbase Hebdo édition sociale : **Lexbase Hebdo, éd S.**
27. Revue trimestrielle de droit civil : **RTD.civ**
28. Revue trimestrielle de droit commercial et économique : **RTD.com et éco.**
29. Revue de jurisprudence de droit des affaires : **RJDA**
30. Revue de droit du travail : **RDT**
31. Travail et protection sociale : **TPS**
32. Cahiers de Droit de l'Entreprise : **CDE**
33. Travail et protection sociale : **TPS**
34. Droit des sociétés- Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur : **Dr.sociétés.**
35. Traité sur le fonctionnement sur de l'Union européenne : **TFUE**
36. Cour de justice des Communautés européennes : **CJCE (appelée aujourd'hui CJUE)**
37. Commission des Communautés européenne: **Comm. CE**
38. Tribunal de première instance des Communautés européennes : **TPICE**
39. Edition formation Entreprise : **EFE.**
40. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique : **RTD com**
41. Revue de droit des sociétés : **Dr.sociétés**
42. Revue juridique de l'économie publique : **RJEP**
43. Presses universitaires d'Aix-Marseille : **PUAM**
44. Cahiers des ressources humaines : **Cahiers du DRH**
45. Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés : **AGS**

Introduction

1. L'apparition puis le développement des groupes de sociétés traduisent les changements importants qui ont affecté, depuis le début du XX^e siècle, la vie économique et la structure des entreprises¹. Les groupes de sociétés, comme généralement les autres modes de regroupements de sociétés, constituent des manifestations de l'économie capitaliste et plus particulièrement de la tendance à la concentration économique des entreprises².

Cette concentration permet aux groupes de sociétés de renforcer plus efficacement que par l'agrandissement de leur taille leur puissance économique sur les marchés. C'en est même l'objectif fondamental et la raison d'être.

En effet, si l'agrandissement de la taille des entreprises, décrit comme type primaire de la concentration³, aboutit au gigantisme de celles-ci et rend leur gouvernabilité difficile⁴, la technique de groupe, qualifiée comme type secondaire de concentration⁵, peut combiner concentration et décentralisation : les sociétés composant le groupe peuvent concentrer leurs ressources, tout en conservant leur indépendance juridique⁶. En d'autres termes, cette technique offre à une entreprise la possibilité d'atteindre ses objectifs sous le couvert de plusieurs sociétés juridiquement autonomes⁷.

2. En outre, la technique de groupe s'adapte parfaitement à la mondialisation et à l'europanisation de l'économie et de la finance, puisqu'elle permet aux grandes entreprises

¹ M. Despax, *L'entreprise et le Droit*, L.G.D.J., 1957, p. 104.

² C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD.com*, 1967, p. 1005 ; B. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. soc.*, 1973, p. 577.

³ L'agrandissement de la taille de l'entreprise est décrit par Claude Champaud comme une concentration de type primaire. Ce type de concentration « rassemble les opérations qui ont pour but d'accroître sensiblement la taille et la puissance économique des entreprises individuelles et sociales », et « conduit à un accroissement des dimensions des cellules économiques fondamentales et à la diminution de leur nombre. » C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 3.

⁴ M. Despax, *op. cit.*, p. 104.

⁵ La technique de groupe est qualifiée par Claude Champaud comme un type secondaire de concentration qui se caractérise par « la persistance des cellules économiques de base, les entreprises, et par leur intégration à des unités plus vastes, dont les organes imposent à l'ensemble une direction économique unitaire. » Les illustrations de ce type de concentration sont nombreuses : la création de filiales par les grandes entreprises, le contrôle exercé par ces entreprises sur des sociétés tierces, des conventions d'entente conclues par ces entreprises avec ses concurrentes. C. Champaud, *op. cit.*, p. 3.

⁶ M. El Hassani, *Les groupes de sociétés au Maroc*, tome I, Paris, L.G.D.J., et Casablanca, éd. Toubkal, 1988, p. 22.

⁷ J. Paillusseau, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D., Chro.*, 2003, p. 2347.

de conquérir des marchés étrangers. À travers des sociétés filiales, ces entreprises s'implantent dans plusieurs pays tout en conservant leur pouvoir unique de direction⁸.

3. Juridiquement, l'intégration de plusieurs sociétés au sein d'un groupe constitue une pratique autorisée par le droit. Une autorisation qui trouve son fondement dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie affirmé depuis le XVIII^e siècle⁹. En vertu de ce principe, les entreprises sont libres de produire et de vendre des biens et des services selon le type d'organisation qu'elles choisissent¹⁰.

Néanmoins, cette liberté économique qui permet aux sociétés de se concentrer au sein d'un même groupe soulève une difficulté juridique fondamentale. Il s'agit de savoir si le droit considère les sociétés membres d'un même groupe comme une seule et même entreprise, ou bien s'il privilégie le principe de l'autonomie de la personne morale, suivant lequel ces sociétés conservent leur indépendance les unes vis-à-vis des autres.

Les sociétés composant le groupe sont des personnes formellement distinctes, mais en fait elles sont liées par des rapports économiques et financiers et se soumettent à une direction économique unique assurée par une société appelée société dominante, ou société mère¹¹. C'est cette dernière qui possède le véritable pouvoir de direction de l'ensemble des entités composant le groupe, ce qui entraîne parfois la perte de l'autonomie, voire de la souveraineté, de ces dernières¹².

En raison du contrôle exercé par la société dominante, ces entités, dans la majorité des cas des filiales, n'ont plus la maîtrise des décisions fondamentales concernant leur fonctionnement et en particulier l'administration de leur patrimoine. L'indépendance de ces entités est influencée par l'exercice de ce contrôle, et l'intérêt social de ces sociétés se voit, comme l'observe Claude Champaud, écarté par celui du groupe¹³. Les personnes morales des

⁸ Catherine d'Hoir-Lauprêtre, *La notion de groupe de sociétés en droit français*, p. 315, thèse soutenue en 1988 à l'université Lyon-III.

⁹ C.-A. Colliard et R. Letteron, *Libertés publiques*, Dalloz, 2005, p. 271 ; M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.*, Chro, 1994, p. 31.

¹⁰ J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit*, Puf, 1999, p. 4.

¹¹ Cette société est appelée également tête du groupe.

¹² C. Champaud, *op. cit.*, p. 275.

¹³ *Ibid.*

sociétés contrôlées, comme l'affirme le même auteur, ne sont parfois que des « fantômes qui apparaissent, s'agitent et disparaissent au gré de circonstances qui leur sont extérieures¹⁴. »

4. Le contrôle économique exercé par la société dominante du groupe sur les autres soulève une difficulté pour le droit du travail. Conçu pour organiser les rapports de travail au sein de l'entreprise simple, caractérisée par son autonomie juridique et économique, le droit du travail achoppe sur l'organisation de ces rapports au niveau du groupe de sociétés. Analyser la façon dont le droit du travail perçoit le groupe de sociétés constitue l'objectif de cette étude. Notre analyse tentera donc essentiellement, comme nous l'avons dit plus haut, de comprendre si les liens économiques et financiers qu'entretiennent les sociétés membres du groupe et leur soumission à un contrôle économique unique conduisent le droit du travail à les percevoir comme une seule entreprise ou bien s'il privilégie au contraire le principe de l'autonomie de la personne morale, selon lequel ces sociétés conservent leur indépendance les unes par rapport aux autres (§III).

Il convient auparavant de déchiffrer la position du droit, en général, à l'égard de la même question : le droit affirme-t-il ou nie-t-il le principe de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe (§II). Dans une première étape, notre étude demande de comprendre la nature du groupe de sociétés (§I).

§I. Comprendre la nature du groupe de sociétés.

5. Étudier le groupe de sociétés renvoie systématiquement au droit allemand, parce que c'est le premier à avoir essayé de constituer en un système cohérent les sociétés par actions dont le groupe de sociétés constitue la partie fondamentale (I). En droit français, à l'inverse du droit allemand, la réglementation du groupe de sociétés ne repose pas sur un système juridique homogène, mais uniquement sur des solutions fonctionnelles (II).

I. En droit allemand.

6. Le droit allemand est donc le premier à avoir essayé de constituer en un système juridique cohérent les sociétés par actions dont le groupe de sociétés constitue la partie

¹⁴ *Ibid.*

fondamentale¹⁵. La législation allemande a essayé de définir la notion de groupe de sociétés (A), et de déterminer les conséquences juridiques qui résultent de l'existence de cette structure économique (B).

A. La notion de groupe de sociétés : « *Konzern* ».

7. Dans le cadre d'une loi relative aux sociétés par actions (*Aktiengesetz*), promulguée le 6 septembre 1965, le législateur allemand a consacré des règles spécifiques s'appliquant au groupe de sociétés, dénommé en allemand *Konzern*, et plus généralement aux entreprises liées¹⁶.

La volonté du législateur allemand consiste à protéger les actionnaires minoritaires, les créanciers et les salariés contre les risques de la dépendance économique de la société dominée à un groupe. Le droit commun des sociétés ne contenait pas de règles pouvant assurer cette finalité¹⁷.

Concernant la notion de groupe de sociétés (*Konzern*), un point fait difficulté, c'est l'article 18 de la loi du 6 septembre 1965, qui précise qu'un groupe existe « lorsqu'une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises contrôlées sont groupées sous la direction unique de l'entreprise dominante, ces entreprises constituent un *Konzern* ; chacune des entreprises est une entreprise du *Konzern*. Les entreprises entre lesquelles existe un accord de contrôle (*Beherrschungsvertrag*, article 291), ou dont l'une a été intégrée dans l'autre (art. 319), doivent être considérées comme des entreprises groupées sous une direction unique. Toute société contrôlée est présumée former un *Konzern* avec l'entreprise dominante. » Selon le même article, il y a groupe « lorsque des entreprises juridiquement indépendantes sont groupées sous une direction unique sans que l'une des entreprises soit contrôlées par l'autre entreprise, ces entreprises constituent également un *Konzern* ; chacune de ces entreprises est une entreprise du *Konzern*¹⁸. »

¹⁵ M. El Hassani, *op.cit*, p. 36.

¹⁶ M. Bode, *Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, p. 34, thèse soutenue le 17 juin 2009, à l'université Panthéon-Assas (Paris II) ; U. Pleger, *Les groupes de sociétés en droit comparé franco-allemand : les aspects du droit matériel et du droit international privé et les propositions d'un droit européen de groupe de sociétés*, p. 3, mémoire soutenu en septembre 2001, sous la direction de Dominique Bureau, à l'université Paris-II.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ M. El Hassani, *op.cit*, p. 36.

La notion de groupe de sociétés en droit allemand, comme il ressort de l'analyse de l'article 18 de la loi du 6 septembre 1965, se fonde sur les deux critères fondamentaux que sont *le contrôle et la direction unique*. En vertu de ces deux critères, on peut définir la notion du groupe en droit allemand comme étant un ensemble de sociétés contrôlées par une autre société ; cette dernière assurant la direction unique de l'ensemble.

8. Au sujet du *contrôle*, en vertu de l'article 17 de la loi susmentionnée, la notion juridico-économique de ce critère désigne *le pouvoir qui permet de gouverner l'entreprise dominée*¹⁹. Ce pouvoir peut émaner aussi bien des moyens de fait (contrôle financier), que des moyens de droit (les contrats entre entreprises entre elles, tel que le contrat de domination, le contrat de transfert de bénéfices, etc.)²⁰.

9. Quant au critère de *direction unique*, la doctrine le considère comme une caractéristique du groupe, définie comme « la réunion de plusieurs entreprises juridiquement autonomes sous la direction unique d'une autre entreprise²¹. » Cependant, en l'absence de précision légale sur la nature – ou le niveau – de la direction unique qui conduit à caractériser l'existence d'un groupe de sociétés, la doctrine allemande se divise en deux, une doctrine adoptant l'acception étroite de la direction unique, une autre une acception large de ce critère.

Les auteurs s'attachant à l'acception étroite de la direction unique estiment qu'il y a groupe « lorsque la direction d'un groupement de sociétés établit des programmes globaux et uniformes dans tous les domaines centraux de l'activité économique et les fait exécuter auprès des membres du groupe sans égard à leur autonomie juridique²². » En revanche, les auteurs adoptant une acception large de la direction unique considèrent que seule l'existence d'une planification au niveau financier suffit à caractériser un groupe²³.

B. Conséquences juridiques de l'existence d'un groupe de sociétés.

10. L'existence d'un groupe de sociétés signifie la présence d'un contrôle exercé par une société dominante sur une société dominée. Ce rapport de contrôle suscite deux problèmes

¹⁹ M. El Hassani, *op. cit.*, p. 36.

²⁰ *Ibid.*

²¹ M. Bode, *op. cit.*, p. 36.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

essentiels : il s'agit de s'interroger sur l'articulation des rapports entre la société dominante et la société dominée, et sur la protection des intérêts des actionnaires minoritaires et les créanciers de cette dernière.

11. Pour cerner cette question, la législation allemande distingue entre le groupe à structure contractuelle – ou groupe de droit – et le groupe de fait. Le groupe à structure contractuelle se reconnaît à l'existence d'un contrat de contrôle entre deux entreprises ; l'entreprise dominante possède le droit de donner des ordres à l'entreprise contrôlée²⁴. Ces instructions sont prises pour servir les intérêts de la société dominante et peuvent être préjudiciables à l'entreprise contrôlée. En contrepartie de ce privilège, l'entreprise dominante prend en charge les pertes de l'entreprise contrôlée²⁵.

12. Concernant la protection des actionnaires et des créanciers de la société dominée, la législation allemande prévoit des règles spécifiques visant à protéger les intérêts de ces parties. Pour les créanciers, l'article 300 de l'*Aktiengesetz* prévoit des garanties légales qui servent indirectement la protection de leurs intérêts ; il s'agit de la constitution obligatoire de réserves légales et la préservation des réserves libres dont la société dominée disposait avant de signer le pacte de domination. Cette règle tend à assurer à la société dominée des moyens de survie, lorsque le pacte de domination qui la lie avec la société dominante prend fin, ainsi qu'elle protège indirectement les droits des créanciers de la société dominée²⁶. À propos des actionnaires minoritaires, ceux-ci sont équitablement indemnisés par l'entreprise dominante lorsque celle-ci cause des préjudices à l'entreprise dominée²⁷. En outre, l'entreprise dominante doit faire aux actionnaires minoritaires une offre d'achat de leurs actions, contre une indemnisation équitable²⁸.

13. Quant au groupe de fait, il repose comme son nom l'indique sur des moyens de fait, comme la participation financière et la communauté de dirigeants ou d'administrateurs²⁹. L'entreprise dominante, contrairement à ce que nous avons vu à propos du groupe à structure contractuelle, ne peut se permettre d'obliger la société contrôlée à adopter des mesures qui

²⁴ Klaus J. Hopt, « Le droit des groupes de sociétés : expériences allemandes, perspectives européennes », *Rev. soc.*, 1987, p. 375.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ M. El Hassani, *op. cit.*, p. 40.

²⁷ Klaus J. Hopt, *op. cit.*, p. 376.

²⁸ *Ibid.*, p. 382.

²⁹ *Ibid.*, p. 39.

nui-raient à ses intérêts³⁰. Adopter de telles mesures imposerait à la société dominante de compenser les préjudices de la société contrôlée³¹.

D'un autre côté, l'entreprise contrôlée doit obligatoirement préciser annuellement les relations qu'elle entretient avec la société dominante et les autres sociétés du groupe. Cette mesure permet aux commissaires aux comptes indépendants de vérifier si la société contrôlée subit, ou non, des préjudices, du fait du contrôle qu'exerce sur elle la société dominante. Les commissaires aux comptes peuvent intervenir à la demande d'un actionnaire – privilège qui contribue indirectement à la protection des droits des actionnaires minoritaires³².

14. À leur tour, les créanciers de la société dominée sont protégés indirectement par des règles conçues en faveur de cette dernière ; ces règles ont pour objectif d'assurer des moyens de survie à la société dominée, lors de la cessation de la domination³³. En ce sens, la loi, plus précisément l'article 300, impose certaines obligations à la société dominante : constituer des réserves légales, limiter le transfert de bénéfices, prendre en charge les pertes, et constituer des sûretés en fin de contrat³⁴.

II. En droit français.

15. La doctrine, en droit français, considère le caractère fonctionnel du groupe de sociétés (A). Ce caractère fonctionnel rend malaisée la définition du groupe de sociétés par la doctrine (B) ; face à cette difficulté, on recourt uniquement pour caractériser un groupe de sociétés à des notions prévues par la loi du 24 juillet 1966 (C).

A. Une réglementation fonctionnelle du groupe de sociétés.

16. En droit français, la réglementation relative au groupe de sociétés est qualifiée d'*impressionniste*³⁵, ou de *pragmatique*³⁶. Cela révèle l'absence d'un ensemble de règles

³⁰ Klaus J. Hopt, *op. cit.*, p. 375.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ M. El Hassani, *op. cit.*, p. 41.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ P. Pétel, « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP, E*, 2007, n° 13, p. 33.

³⁶ *Ibid.*

cohérentes et précises³⁷, ou d'un statut d'ensemble³⁸, encadrant les difficultés inhérentes aux groupes de sociétés, qui ne sont réglementées que par des notions, ou des solutions, fonctionnelles dispersées dans différentes branches du droit³⁹.

Ce caractère fonctionnel est observé par Charley Hannoun qui affirme que cette réglementation a « un caractère pragmatique et correcteur »⁴⁰. L'auteur observe que l'intervention du juge et celle du législateur s'opèrent au « coup par coup », et « ne vise[nt] qu'à établir des équilibres rompus par la pratique des institutions juridiques⁴¹. »

Selon le même auteur, ce constat ne concerne pas uniquement la situation du droit des groupes de sociétés, mais reflète également la structure générale du droit contemporain⁴², lui-même diversifié en plusieurs branches (droit des transports, droit des assurances, droit de la construction, etc.), et appuyé sur des notions fonctionnelles pour réglementer les difficultés posées. Ces notions, précise Charley Hannoun, « n'ont pas de réelle unité conceptuelle. On ne peut les définir qu'en indiquant à quoi elles servent ; seule leur fonction est de nature à leur conférer une certaine unité ; elles ne sont jamais achevées⁴³. »

La conception – que nous considérons comme convaincante – que Charley Hannoun se fait du droit contemporain, et qui repose sur des notions fonctionnelles, s'appuie à son tour sur une analyse philosophique imaginée par Michel Foucault, appelée « gouvernementalité ». L'analyse de ce philosophe, qui mérite d'être rappelée, postule que l'influence de l'économie sur l'exercice de la politique a imposé de recourir à des solutions fonctionnelles, c'est-à-dire à « l'art de gouverner », comme l'appelle Michel Foucault, en vue d'ordonner les choses d'une manière juste. Suivant cette analyse, la *gouvernementalité* s'oppose à la *souveraineté*, qui correspond au respect de l'ordre établi par un souverain absolu⁴⁴.

³⁷ C. Champaud, *op.cit.*, p. 237.

³⁸ C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., 1991, p. 3.

³⁹ En s'inspirant de l'*Akiengesetz* de 1965, les propositions de loi déposées à l'initiative du même député Couste, propositions déposées en plusieurs fois sur le bureau de l'Assemblée nationale française, n'ont jamais été votées à l'unanimité. Ces propositions avaient pour objectif d'élaborer une législation d'ensemble du groupe de sociétés. En général, cette législation reposait sur deux piliers essentiels : les conditions de l'existence du groupe et la protection des actionnaires et des créanciers. C. Hannoun, *op. cit.*, 4 ; M. El Hassani, *op. cit.*, p. 48 ; M. Bode, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰ C. Hannoun, *op. cit.*, p. 8.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p. 7.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ C. Hannoun, *op. cit.*, p. 10.

B. Définition doctrinale approximative de la notion de groupe de sociétés.

17. Contrairement à la société qui est définie en droit⁴⁵, le groupe de sociétés existe en fait, mais sans être défini. L'absence d'une telle définition nous paraît logique car le législateur ne reconnaît pas le groupe comme sujet de droit. Pour remplir ce vide, la doctrine juridique a essayé de déterminer la réalité sociale que représente le groupe de sociétés, en se fondant sur les trois critères fondamentaux que sont : l'indépendance juridique des sociétés membres du groupe, l'existence des rapports économiques et financiers qui lient ces sociétés et la soumission de ces dernières à une direction économique unitaire.

Cependant, ces tentatives doctrinales restent approximatives et imparfaites, comme l'affirme Y. Guyon qui considère⁴⁶ le groupe comme « un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais soumises en fait à une unité de décision économique⁴⁷. » Cette acception a été proposée auparavant par Claude Champaud ; cet auteur est l'un des premiers à avoir étudié le phénomène de la concentration des entreprises du point de vue du droit, et qui a perçu le groupe « comme un ensemble de sociétés apparemment autonomes, mais soumises à une direction économique unitaire, assumée par une ou plusieurs d'entre elles⁴⁸. »

Les autres auteurs à s'être penchés sur la définition du groupe de sociétés se sont alignés sur la notion proposée par Claude Champaud. Dans leur ouvrage collectif, P. Bézard, L. Dabin, J.-F. Échard, B. Jadaud et A. Sayag, ont vu le groupe comme « un ensemble de sociétés ayant entre elles des liaisons financières directes ou indirectes et apparaissent notoirement comme suivant une politique économique commune ou coordonnée⁴⁹. » Dans le même sens, le groupe est regardé par Ch. Jarrsson comme « l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par

⁴⁵ Selon l'article L.1832 du Code civil, la société est « instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

⁴⁶ Y. Guyon, *Droit des affaires*, tome I, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 2003, p. 624.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ C. Champaud, *op.cit.*, p. 195.

⁴⁹ P. Bézard, L. Dabin, J.-F. Échard, B. Jadaud, A. Sayag, *Les groupes de sociétés, une politique législative*, Libraires techniques, 1975, p. 14.

des liens divers en vertu desquels l'une d'elle, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision⁵⁰. »

C. Notions contribuant à caractériser le groupe de sociétés.

18. À l'inverse de la législation allemande, la législation française ne définit pas le groupe de sociétés et ne précise pas non plus à partir de quand il apparaît. Cette législation se limite à considérer la nature des rapports qu'entretiennent les sociétés entre elles, en se fondant sur des notions énoncées dans le Code du commerce⁵¹. Il s'agit de la notion de *contrôle*, de la notion de *participation* et de la notion de *filiale*.

19. S'agissant de la notion de *contrôle*, l'article L.233-3 du Code de commerce précise les situations suivant lesquelles une société est considérée comme en contrôlant une autre. En premier lieu, « 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. » En deuxième lieu, « 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. » En troisième lieu, « lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. » Le contrôle est caractérisé également « 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. » Selon l'article précité, le contrôle est présumé « lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieur à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieur à la sienne. »

20. En ce qui concerne la notion de *participation*, l'article L.233-2 du Code de commerce prévoit qu'une société est considérée comme ayant une participation dans une autre lorsque la première possède dans la seconde une fraction du capital comprise entre 10 % et 50 %. La

⁵⁰ Ch. Jarrosson, « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, L.G.D.J., 1994, p. 53.

⁵¹ Ces notions sont issues de la loi n° 537 du 24 juillet 1966.

participation permet à la société qui achète les actions – ou les parts – d’exercer une influence sur la société dont les actions sont achetées⁵².

21. Quant à la notion de *filiale*, l’article L.233-1 du Code de commerce énonce qu’une société est considérée comme filiale d’une autre société, lorsque la seconde possède plus de la moitié du capital de la première. Ce rapport de filialisation n’affecte pas en soi l’autonomie de la filiale ; celle-ci, comme nous allons le voir, conserve son indépendance juridique et patrimoniale vis-à-vis de sa société mère.

§II. La conception du groupe de sociétés selon le droit.

22. La conception générale du droit ne considère pas le groupe de sociétés comme une seule et unique entreprise et s’attache au respect du principe de l’autonomie juridique des sociétés composant le groupe. Selon ce principe, chaque société du groupe conserve son autonomie par rapport aux autres avec toutes les conséquences juridiques qui en résultent (I).

Toutefois, la prédominance du principe de l’autonomie juridique des sociétés composant le groupe s’efface – ou au moins se neutralise – lorsque cette autonomie semble artificielle. Dans une telle situation, ce principe présente un abus que le droit doit écarter ; les sociétés membres du groupe sont dès lors perçues comme formant une seule et unique entité (II).

I. Le principe : prédominance de l’autonomie juridique des sociétés membres du groupe.

23. À la différence des sociétés qui le composent, le groupe de sociétés n’est pas reconnu par le droit français comme sujet de droit. À défaut de personnalité morale, le groupe ne possède pas « l’aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun »⁵³, et ne peut, de ce fait, exister comme entité juridique indépendante des sociétés qui le forment.

⁵² M. Bode, *op. cit.*, p. 68.

⁵³ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, 2012, p. 7.

Le fait de ne pas reconnaître le groupe comme une seule entité signifie que les sociétés qui le forment conservent leur autonomie les unes par rapport aux autres, nonobstant les rapports économiques et financiers qu'elles entretiennent, et malgré l'existence même d'une domination exercée par une société sur les autres⁵⁴. Le principe de l'autonomie juridique de la personne morale, consacré par l'article 1842 du Code civil, et le principe de la relativité des conventions, énoncé par l'article L.1165 du même Code, qui constituent les piliers de cette conception, conservent leur pleine application.

En dépit des réclamations visant à assimiler le groupe à une seule entité et, en conséquence, à considérer les sociétés qui le composent comme solidairement responsables à l'égard de leurs obligations⁵⁵, la jurisprudence se rattache parfaitement à cette orthodoxie juridique qui considère les sociétés membres du groupe comme des personnes juridiques autonomes. De ce point de vue, les sociétés membres du groupe demeurent des personnes juridiques distinctes et remplissent leurs obligations légales et contractuelles d'une manière indépendante. Ces sociétés ne sont pas automatiquement tenues de supporter *in solidum* les charges qui ne concernent qu'une seule société du groupe.

Un arrêt rendu le 26 mars 2008 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation reflète explicitement cette conception, en rejetant la responsabilité d'une société mère à l'égard d'un dommage causé à l'environnement par sa filiale⁵⁶. Dans le même esprit, la haute juridiction, dans un arrêt rendu le 12 juin 2012⁵⁷, a annulé l'analyse de la cour d'appel de Paris qui déclarait une société mère (la société Produits chimiques auxiliaires et de synthèse

⁵⁴ A. Bienvenu, *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, LexisNexis, p. 9.

⁵⁵ Réclamations venant essentiellement des organisations syndicales de salariés et les organisations défendant la protection de l'environnement.

⁵⁶ Cass. com., 26 mars 2008, ADEME c/société Elf Aquitaine, *RTD com*, 2008, p. 576, note C. Champaud et D. Danet ; *Rev. soc.*, 2008, n° 4, p. 812, note B. Rollard. Par décret du 20 octobre 1989, une décharge de déchets ménagers et industriels de classe I exploitée par une société filiale (Elipol) a été fermée définitivement en raison de gênes occasionnées aux riverains. La société Elipol a été tenue par le même décret de réhabiliter le site, et elle a en effet procédé aux deux premières phases des travaux. Dépourvue de moyens, en raison de la fermeture du site, la société Elipol a été liquidée par jugement rendu le 23 mai 2001, et elle n'a donc pas pu en achever la réhabilitation. Pour pallier cette défaillance, l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (l'ADEMÉ) a été chargée par l'État de la mission d'effectuer la troisième phase des travaux de réhabilitation. Par la suite l'ADEMÉ a poursuivi en réparation la société mère (Elf) de la société filiale liquidée (Elipol). Pour justifier cette poursuite, l'ADEMÉ soutient que « le caractère dangereux de l'activité économique assurée par une filiale doit contraindre un groupe de sociétés disposant des capacités financières à soutenir ladite filiale, lorsque celle-ci n'a pas les moyens de respecter l'obligation légale de réaliser des travaux de nature à empêcher un dommage écologique. » Confirmant le raisonnement de la cour d'appel, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté les griefs de l'ADEME écartant ainsi toute responsabilité de la société mère Elf en ces termes : « une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations, même si celle-ci était chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général. »

⁵⁷ Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-16.109, *Dr. sociétés*, 2012, n° 10, p. 18, note R. Mortier.

PCAS) solidairement responsable avec sa filiale (PCF) du paiement de commissions et de dommages et intérêts, à la suite de la rupture du contrat d'agence commerciale qui liait cette dernière à une société tierce (Markinter).

Pour justifier sa responsabilité à l'égard des condamnations prononcées à l'encontre de sa filiale, la cour d'appel a avancé que la société mère s'était immiscée dans les rapports entre la société PCF (sa filiale) et son agent commercial, et que toutes les discussions relatives à la renégociation du contrat d'agence avaient été menées par la société mère. Ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour de cassation qui, bien qu'elle ait reconnu l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale – immixtion trompeuse pour la victime puisqu'elle croyait que la société mère était aussi son cocontractant –, a nié toute responsabilité de la société mère à l'égard des condamnations prononcées à l'encontre de sa filiale. La haute juridiction s'est pleinement fondée sur les techniques juridiques classiques que sont le principe de l'autonomie de la personne morale et celui de la relativité des conventions.

II. L'exception : effacement du principe de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe.

24. Exceptionnellement, le groupe est perçu par le droit comme une seule entité lorsque l'autonomie juridique des sociétés qui le composent n'est pas réelle. On observe le cas dans plusieurs branches du droit, dont le droit de la concurrence (A), le droit des procédures collectives (B), le droit fiscal (C), et le droit comptable (D).

A. Droit de la concurrence.

25. Protéger le bon fonctionnement du marché et son efficacité économique constitue la raison d'être du droit de la concurrence⁵⁸. Ses règles sont conçues essentiellement pour atteindre deux objectifs : protéger la structure du marché, c'est-à-dire le nombre d'opérateurs, contre les pratiques anticoncurrentielles⁵⁹, et protéger les concurrents contre les agissements

⁵⁸ L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français*, LawLex, 2012, p. 9.

⁵⁹ L. Nicolas-Vullierme, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2011, p.5.

préjudiciables – ou actes de concurrence déloyale – adoptés par des entreprises concurrentes sur le marché⁶⁰.

26. Lorsqu'il s'agit de la façon de concevoir le groupe de sociétés en droit de la concurrence, la première question qui vient à l'esprit est de savoir si les sociétés membres du groupe sont perçues par cette branche du droit comme formant une seule et unique entreprise, ou si le principe de l'indépendance juridique de chacune de ces sociétés conserve sa pleine application.

Poser correctement la question, en particulier dans le cadre du droit des ententes, composante fondamentale du droit de la concurrence, permet de la résoudre. Il convient de rappeler tout d'abord que les règles qui régissent le droit des ententes, appelées aussi « lois de police économique⁶¹ », prohibent et sanctionnent les pratiques des entreprises visant à empêcher, fausser ou restreindre le jeu de la concurrence sur le marché⁶². L'interdiction de ces pratiques anticoncurrentielles est explicitement consacrée par l'article L.420 du Code du commerce⁶³.

La façon dont le droit des ententes conçoit le groupe de sociétés suppose de poser les deux questions suivantes : d'un côté, les conventions conclues entre des sociétés membres du même groupe entrent-elles dans le champ d'application de l'article L.420-1 du Code du commerce ? Autrement dit, ces sociétés peuvent-elles conclure en toute impunité des accords qui, s'ils étaient conclus avec des tiers, seraient prohibés par l'article précité ? D'un autre côté, les pratiques anticoncurrentielles commises par une société du groupe – dans la majorité

⁶⁰ L.Vogel, *op. cit.*, p. 9.

⁶¹ M.-C. Boutard, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel Amsellem, J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, p. 2.

⁶² En revanche, les ententes qui renforcent la concurrence et qui contribuent au progrès économique ne sont pas interdites. L.Vogel, *op. cit.*, p. 939.

⁶³ L'article L.420-1 du Code de commerce prévoit que : « sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes express ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1- Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2- Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4- Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

des cas une filiale – peuvent-elles être imputées à une autre société du groupe – dans la majorité des cas une société mère ?

27. Pour encadrer ces deux questions, le droit de la concurrence assimile les sociétés membres du groupe en cause à une entreprise unique, lorsque leur autonomie, tant financière que du point de vue de leur comportement sur le marché, n'est pas réelle. Dans une telle situation, le groupe de sociétés est exclu du champ d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles (1), et les pratiques d'une société du groupe, souvent une filiale, peuvent être imputées à une autre société du même groupe – souvent une société mère (2).

1. Exclusion du groupe du champ d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles lorsque l'autonomie juridique des sociétés qui le composent n'est pas réelle.

28. Il y a entente prohibée, comme l'affirme Louis Vogel⁶⁴, lorsqu' « une restriction de concurrence constatée sur le marché peut être rattachée à une collusion mise en œuvre par plusieurs entreprises⁶⁵. » Les ententes prohibées⁶⁶ par le droit des ententes sont seulement celles qui faussent la concurrence entre les acteurs économiques et nuisent aux droits des consommateurs⁶⁷. A l'inverse, ne sont pas interdites les ententes qui renforcent la concurrence et contribuent au progrès économique⁶⁸.

29. Une entente anticoncurrentielle ne peut être reprochée qu'à des entités économiques indépendantes qui disposent d'une autonomie de comportement sur le marché⁶⁹. Cette condition d'autonomie nous conduit à nous interroger sur le cas de sociétés appartenant au même groupe qui sont juridiquement distinctes, mais économiquement liées et soumises à une unité de décision économique : les formes de concertation passées sur le marché entre ces sociétés constituent-elles des ententes interdites au sens de l'article L.420-1 du Code de commerce ?

⁶⁴ L. Vogel, *op. cit.*, p. 939.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Les ententes prohibées peuvent prendre plusieurs formes : des accords entre entreprises, décisions d'association d'entreprises, etc. L. Vogel, *op. cit.*, p. 948.

⁶⁷ Laurence Nicolas-Vullierme, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2011, p. 167.

⁶⁸ L. Vogel, *op. cit.*, p. 939.

⁶⁹ L. Voge, *op. cit.*, p. 957.

Pour trancher cette question, le Conseil de la concurrence, aujourd'hui appelé Autorité de la concurrence, s'appuie sur le degré d'autonomie les unes par rapport aux autres des sociétés du groupe concernées. Lorsqu'il est établi que l'autonomie d'une société du groupe – souvent une filiale – n'est pas réelle à l'égard d'une autre société de celui-ci – souvent une société mère –, le Conseil de la concurrence considère ces deux sociétés comme ne formant qu'une seule entreprise, et par conséquent ne qualifie pas leurs accords de marché comme des ententes interdites au sens de l'article L.420-1 du Code de commerce⁷⁰.

Le Conseil de la concurrence a adopté cette solution de principe à plusieurs reprises. Dans une décision rendue le 7 novembre 2002⁷¹, le Conseil de la concurrence précise que : « l'accord entre une société et sa filiale qui ne dispose pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et qui forme une unité économique avec sa société mère n'entre pas dans le champ d'application de l'article L.420-1 du Code de commerce. »

Le Conseil de la concurrence a confirmé ce raisonnement dans son rapport de 2006, en énonçant qu'« aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui importe étant l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale [...]. Ainsi, aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence. L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sein du droit de la concurrence ; les accords

⁷⁰ L'article L.420-1 du Code de commerce prévoit que : « sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes express ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 5- Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 6- Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 7- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 8- Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

⁷¹ Cons. con., 7 novembre 2002, Déc. n° 02-D-67.

internes à un groupe entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome⁷². »

30. Au niveau européen, la Commission et la jurisprudence européenne s'alignent sur le même raisonnement qu'a adopté l'Autorité de la concurrence en refusant d'appliquer le l'article 101 TFUE⁷³ aux accords conclus entre des sociétés appartenant au même groupe lorsque celles-ci ne sont pas réellement autonomes les unes par rapport aux autres. Pour la Commission européenne, les accords – ou toute forme d'association – passés sur le marché entre des sociétés relevant du même groupe ne constituent pas des pratiques anticoncurrentielles lorsque leur autonomie n'est pas réelle⁷⁴.

La jurisprudence européenne, à son tour, affirme, depuis l'arrêt Viho⁷⁵, l'immunité des accords internes à un groupe au regard des dispositions du droit des pratiques

⁷² Extrait du rapport annuel du Conseil de la concurrence 2006 : *Étude thématique : la preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, pp. 77 et s, cité par F. Chaput, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Dr. sociétés*, janvier 2010, p. 11.

⁷³ L'article 101 TFUE (ex 81 CE) déclare « incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées [...] qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur [...] ».

⁷⁴ Décision Comm. CE n° 70-332 du 30 juin 1970, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité C.E.E. – actuellement 101 TFUE – (IV/24055-Kodac), <http://eur-lex.europa.eu>. La société Kodak-Pathé à Paris, agissant au nom des sociétés Kodak établies dans le marché commun, a demandé à la Commission qu'il n'y a pas lieu pour elle d'intervenir en vertu de l'article 85 paragraphe 1 du traité (actuel article 101 TFUE), à l'égard des « conditions générales applicables aux ventes de produits et services Kodak en Europe ». La Commission a donné raison à cette demande, ces conditions de vente identiques aux sociétés Kodak en Europe ne constituaient pas une entente anticoncurrentielle susceptible de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, tant que ces sociétés étaient économiquement liées, sans leur autonomie réelle, les unes par rapport aux autres. La Commission a clairement établi ce constat en affirmant que les sociétés filiales Kodak étaient dans « la dépendance exclusive et complète de leur société mère, et que cette société [exerçait] effectivement son pouvoir de contrôle en leur adressant des instructions précises, il leur est impossible de se comporter d'une manière indépendante les unes vis-à-vis des autres dans les domaines réglés par la société mère. »

⁷⁵ TPICE, 12 janvier 1995, n° T-102/92, Viho et sur pourvoi, CJUE, 24 octobre 1996, n° C-73/95, <http://eur-lex.europa.eu>. La société Viho, une société de droit néerlandais qui commercialise des articles de bureau, a déposé une plainte à l'encontre de la société de droit anglais Parker qui fabrique une large gamme de stylos et d'autres articles similaires qu'elle vend dans toute l'Europe par l'intermédiaire de filiales ou de distributeurs indépendants, plainte dans laquelle elle faisait valoir que la politique de distribution adoptée par Parker, consistant à obliger ses filiales à limiter la distribution des produits Parker à des territoires impartis, constituait une infraction à l'article 85 du traité CEE (actuel article 101 TFUE). En réponse à la communication des griefs que lui a adressée la Commission, la société Parker a précisé que, à l'intérieur du groupe Parker, les demandes de livraison émanant de clients locaux étaient renvoyées aux filiales locales, mieux placées pour répondre à de telles demandes ; c'est ainsi que la société Viho, après avoir demandé à être livrée par la filiale allemande de Parker, aurait été renvoyée par cette dernière à la filiale néerlandaise de Parker. Pour la société Viho, le système de distribution mis en œuvre par Parker et qui consistait essentiellement à contraindre les acheteurs à s'approvisionner exclusivement auprès de la filiale du lieu de leur établissement constituait une infraction à l'article 85 du traité CEE. La Commission a rejeté la plainte déposée par la société Viho, en considérant que l'article 85 du traité CEE était inapplicable à l'encontre du système de distribution adopté par Parker, au motif que les filiales de Parker étaient totalement dépendantes et qu'elles ne jouissaient d'aucune autonomie réelle. La Commission précise que « les filiales forment avec la société mère une unité économique dans laquelle les

anticoncurrentielles, à partir du moment où les sociétés du groupe mises en cause ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché.

2. Responsabilité de la société mère à l'égard des agissements anticoncurrentiels commis par sa filiale lorsque l'autonomie juridique de celle-ci dans le marché n'est pas réelle.

31. La société mère du groupe est considérée comme responsable des agissements anticoncurrentiels commis par sa filiale à partir du moment où cette dernière ne jouit d'aucune autonomie réelle. Dans une telle situation, la société mère et sa filiale sont perçues par le droit de la concurrence comme une unité économique unique au sein de laquelle la filiale ne dispose d'aucune autonomie dans la fixation de son comportement dans le marché⁷⁶.

32. L'Autorité de la concurrence française⁷⁷ et la jurisprudence européenne⁷⁸ ont imputé, à plusieurs reprises, des pratiques anticoncurrentielles à la société mère lorsqu'elles ont établi que l'autonomie de la filiale ayant commis ces actes n'était pas effective⁷⁹. Pour la jurisprudence européenne, le contrôle capitalistique exercé par la société mère sur sa filiale, qui se manifeste par la détention par la première de la totalité ou la quasi-totalité du capital de la seconde, constitue un indice majeur que cette dernière est dépendante de sa société mère et qu'elle est dépourvue d'autonomie réelle dans la détermination de ses agissements anticoncurrentiels sur le marché⁸⁰.

filiales ne peuvent déterminer de manière autonome leur comportement sur le marché. » Ce raisonnement a été confirmé par le TPICE et la CJCE en écartant l'application de l'article 85 du traité à l'égard du système de distribution mis en œuvre par Parker, au motif que les filiales du groupe Parker constituaient avec la société mère une entité économique unique.

⁷⁶ V. Pironon, « Actualité du droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 2011, n° 199, p. 4 ; F. Chaput, *op.cit.*, p. 12.

⁷⁷ Décision Cons. conc. n° 96-D-44 du 18 juin 1996.

⁷⁸ Décision Comm. CE n° 94-610 du 13 juillet 1994.

⁷⁹ Décision Cons. conc. n° 96-D-44 du 18 juin 1996.

⁸⁰ CJUE, 10 septembre 2009, n° C-97/08. Dans cette affaire, la Commission a considéré la société mère du groupe Akzo Nobel comme solidairement responsable de ces filiales à l'occasion d'une entente anticoncurrentielle commise par ces dernières. Ces filiales ont participé à des accords portant sur la fixation des prix et le partage des marchés ainsi qu'à des actions concertées contre les concurrents dans le secteur du chlorure de choline dans l'espace économique européen. Selon la Commission, la société mère détenait la totalité du capital de ses filiales, ce qui la mettait en mesure d'exercer une influence déterminante sur leur comportement. Le TPICE a conforté cette solution adoptée par la Commission en concluant que la société mère Akzo Nobel constituait bien avec ses filiales une seule entreprise. La CJUE s'est aligné, à son tour, sur ce raisonnement, en jugeant que « lorsqu'une société mère détient 100 % du capital de sa filiale, il existe une présomption irréfragable selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. »

Pour ce qui est de l’Autorité de la concurrence française, le fait que la société mère détienne à 100 % le capital de sa filiale ne signifie pas systématiquement que cette dernière est dépourvue d’autonomie dans la détermination de son comportement sur le marché. Selon cette institution, le contrôle capitalistique doit être renforcé par des indices supplémentaires pour qu’un acte anticoncurrentiel, commis par une filiale, soit imputé à la société mère⁸¹.

B. Droit des procédures collectives.

33. Dépourvu de personnalité morale, le groupe de sociétés, en tant qu’entité distincte des personnes qui le composent, ne peut faire l’objet d’une procédure collective unique de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. Ces procédures, comme le précisent les articles L.620-2, L.631-1 et L.640-2 du Code de commerce, ne peuvent être ouvertes qu’à l’encontre d’une personne morale de droit privé⁸².

L’obstacle de la personnalité morale empêche également d’étendre une procédure collective, ouverte initialement à l’égard d’une société en difficulté – ou société débitrice – à une ou plusieurs autres sociétés du groupe. Les sociétés composant le groupe constituent des personnes juridiques distinctes les unes des autres, et de ce fait le périmètre de la procédure collective ne peut dépasser les limites de la société en difficulté⁸³. Les autres sociétés du groupe *in bonis* conservent leur indépendance et restent à l’abri de toute poursuite, nonobstant les rapports économiques et financiers qu’elles entretiennent avec la société en difficulté.

34. Néanmoins, ce raisonnement s’efface lorsque l’autonomie juridique des sociétés du groupe *in bonis* n’est pas réelle à l’égard de la société en difficulté qui fait l’objet de l’ouverture initiale de la procédure collective. Dans une telle situation, les sociétés membres

⁸¹ Dans une décision rendue le 31 mars 2003, le Conseil de la concurrence avait imputé un comportement anticoncurrentiel, une position dominante dans le marché, uniquement à l’encontre de deux sociétés (Néopost et Satas) bien qu’elles fussent des filiales à 100 % du groupe Néopost. Décision Cons. Conc. n° 03-D-17, 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute.

⁸² Les sociétés commerciales, les sociétés civiles, les syndicats, les associations et d’autres personnes, constituent des personnes morales de droit privé qui peuvent bénéficier de l’ouverture de procédures collectives. S’agissant de personnes physiques, les procédures collectives étaient réservées aux commerçants jusqu’à la loi du 25 janvier 1985. Par la suite, ces procédures collectives ont été étendues progressivement à l’ensemble des débiteurs exerçant une activité professionnelle à titre indépendant ; aux artisans par la loi du 25 janvier 1985, aux agriculteurs par la loi du 30 décembre 1988 et enfin aux professions libérales par la loi du 26 juillet 2005. A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2011, p. 95.

⁸³ H. Tissandier, « L’incidence de l’appartenance d’une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *JSL*, 2009, n° 262, p. 4 ; Q. Urban, « Intérêts des salariés et procédures collectives dans des entreprises à structures complexes », in *Les salariés et la défaillance de l’entreprise*, Dalloz, 2007, p. 67.

du groupe *in bonis* – l'ensemble de ces sociétés ou uniquement une partie d'entre elles – sont considérées comme formant une seule et unique entreprise avec la société débitrice.

L'article L.621-2 du Code de commerce offre aux parties intéressées – créanciers, salariés, etc. – le droit de solliciter d'étendre la procédure collective, ouverte à l'encontre de la société débitrice, aux autres sociétés du groupe, dans deux cas : 1° lorsqu'elles démontrent le caractère fictif de la société débitrice – souvent une société filiale – à l'égard des autres sociétés du groupe – souvent une société mère ; 2° lorsqu'elles établissent l'existence d'une confusion des patrimoines entre la société en difficulté et les sociétés du groupe *in bonis*.

C. Droit fiscal.

35. Le régime d'intégration fiscale illustre l'effacement du principe de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe. Conçu afin de gérer d'une manière optimale la charge fiscale des groupes en matière d'impôt sur les sociétés⁸⁴ et en vue de renforcer la compétitivité de ces structures économiques⁸⁵, ce régime considère la société mère et ses filiales comme formant une seule entité intégrée lorsque la quasi-totalité du capital de ces dernières est détenu par la première.

La société mère, suivant les articles 223 A et suivants du Code général des impôts⁸⁶, est considérée comme seule redevable de l'impôt sur les sociétés, sur la base de l'ensemble des résultats du groupe formé par elle et ses filiales⁸⁷. Une telle technique permet d'éviter le problème du cumul d'imposition dans le groupe de sociétés⁸⁸.

36. La mise en œuvre du régime d'intégration fiscale exige la réunion de certaines conditions concernant la société mère et ses filiales. Au sujet de la société mère, l'article 223 A du Code général des impôts précise que cette société doit être tête du groupe, et donc ne pas être, elle-même, détenue à 95 % au moins par une société soumise à l'impôt sur les

⁸⁴ P. Fumenier, *Le régime fiscal des groupes de sociétés*, EFE, 2010, p. 1.

⁸⁵ P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2013, p. 351.

⁸⁶ Cet article est issu de la loi du 1^{er} janvier 1988.

⁸⁷ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, 2012, p. 209.

⁸⁸ Le régime d'intégration fiscale permet d'éviter la soumission du bénéfice initial réalisé par une filiale à l'impôt sur les sociétés en plusieurs fois : chaque fois redistribué, ce bénéfice se soumet à l'impôt sur les sociétés. P. Serlooten, *op. cit.*, p. 350.

sociétés. Pour la doctrine⁸⁹, une lecture *a contrario* de cette règle laisse présager qu'une société peut se constituer tête de groupe lorsqu'elle est détenue à plus de 95 % par une autre société mère étrangère, ou par une société soumise à l'IR.

Concernant les filiales intégrées, trois conditions doivent être remplies pour que le régime d'intégration fiscale puisse s'appliquer. Premièrement, la doctrine considère, en vertu du texte précité, que ces sociétés doivent être soit des filiales soumises à l'impôt sur les sociétés français, soit des établissements stables français de sociétés étrangères⁹⁰. Deuxièmement, le capital de ces filiales doit être détenu par la société mère à 95 %. Et troisièmement, ces sociétés doivent donner leur accord, concrétisé par la conclusion avec la société mère d'une convention d'intégration fiscale.

D. Droit comptable.

37. La technique comptable des *comptes consolidés* constitue une autre illustration de l'effacement du principe de l'autonomie juridique de chacune des sociétés du groupe⁹¹. Il s'agit de considérer les comptes de ces sociétés d'une manière combinée comme si elles formaient une seule entité comptable. Intégrée dans la loi de 1966 par la loi du 3 janvier 1985⁹², la technique des comptes consolidés permet aux personnes intéressées (associés, salariés, tiers, etc.) d'avoir des données satisfaisantes sur la situation financière et économique de l'ensemble du groupe⁹³.

38. Concernant leur périmètre, l'article L.233-16, I du Code de commerce rend l'établissement de ces comptes consolidés obligatoire⁹⁴ dès lors qu'une société dominante

⁸⁹ D. Gutmann, *op. cit.*, p. 214 ; P. Serlooten, *op. cit.*, p. 351.

⁹⁰ D. Gutmann, *op. cit.*, p. 215.

⁹¹ Les comptes consolidés ne se substituent pas, il le faut le souligner, aux comptes individuels, qui doivent être établis au niveau de chacune des sociétés du groupe auxquels ils s'y ajoutent. L.-N. Pontier, *Les groupes de sociétés*, Ellipses 1998, p. 60.

⁹² La loi n° 85-11 du 3 janvier 1985, relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques, constitue l'application de la directive européenne concernant les comptes consolidés, adoptée le 13 juin 1983 par le Conseil des Communautés européennes. P. Feuillet, « La consolidation des comptes (la loi n° 85-11 du 3 janvier 1985) », *Rev. soc.*, 1985, p. 599.

⁹³ P. Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 2012, p. 885 ; P. Lombart, « Le groupe d'entreprises à la recherche d'une personnalité », *RJEP*, 2009, n° 666, p. 2.

P. Feuillet, *op. cit.*, p. 599.

⁹⁴ S'abstenir d'établir des comptes consolidés peut entraîner la condamnation des dirigeants du groupe (L.247-1, II Code de commerce).

exerce un contrôle sur les autres sociétés du groupe, ou exerce sur elles une influence notable⁹⁵.

À l'image des comptes sociaux, les comptes consolidés comprennent le bilan, le compte de résultats consolidés et une annexe⁹⁶. Pour ce faire, les sociétés incluses dans le périmètre de la consolidation doivent parvenir à la société consolidante les informations nécessaires à l'établissement des comptes consolidés⁹⁷.

Les comptes consolidés doivent être réguliers et sincères, et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation⁹⁸. À défaut, c'est-à-dire en cas de présentation de comptes infidèles et mensongers, les dirigeants du groupe encourent une condamnation pour escroquerie, voire pour délit de fausse information, lorsque les sociétés mises en cause sont des sociétés cotées (L.465-2 du Code monétaire et financier)⁹⁹.

§III. Groupe de sociétés et droit du travail.

39. Avant de préciser la finalité de l'étude (II), il importe au préalable de situer le problème (I).

I. Présentation du problème.

40. Le droit du travail représente la branche du droit qui a été le plus affectée par l'apparition et le développement des groupes de sociétés. Conçu à l'origine pour encadrer les

⁹⁵ Les deux notions de *contrôle* et d'*influence notable*, deux critères qui conduisent à l'établissement des comptes consolidés, sont précisées par l'article L.233-16 du Code de commerce. Concernant la notion de *contrôle*, l'article précité distingue entre deux types de contrôle : *le contrôle exclusif* et *le contrôle conjoint*. Le contrôle exclusif résulte soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre société, soit de la désignation pendant deux exercices successifs de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance, soit du droit d'exercer une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires. Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord. Quant à *l'influence notable*, l'article L.233-16 du Code de commerce précise qu'elle apparaît « lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ».

⁹⁶ L.233-20 Code de commerce.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ L.233-21 Code de commerce.

⁹⁹ M. Cozian ; A. Viandier ; F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 2012, p. 788.

rapports de travail au sein d'une entreprise simple, c'est-à-dire constituée d'une seule unité de direction et de travail, et caractérisée par son autonomie juridique et économique, le droit du travail rencontre, aujourd'hui, des difficultés à organiser ces rapports au niveau de l'entreprise *en réseau*¹⁰⁰, dont le groupe de sociétés constitue le modèle le plus utilisé¹⁰¹.

41. L'origine de ces difficultés provient, il faut le rappeler, du fait que la société employeur¹⁰² se soumet à une domination exercée par une société dite *société mère*, ou *société dominante* du groupe. Cette société mère assure le fonctionnement et le contrôle de la société employeur et exerce sur elle une domination qui remet en cause son autonomie juridique¹⁰³. Dans le cadre de ce rapport de domination, l'autonomie juridique de la société employeur devient, dans la majorité des cas, fictive.

42. Ce rapport de domination perturbe l'application du droit du travail et rend la mise en œuvre de ses règles difficile. Le droit du travail se trouve devant une difficulté fondamentale qui consiste à déterminer la société cible de ces règles : ces règles s'adressent-elles uniquement à la société avec laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail, ou impliquent-elles également les autres sociétés du groupe et notamment la société mère ?

En relation avec cette interrogation, l'idée d'assimiler le groupe de sociétés à une seule entreprise est souvent invoquée : le droit du travail se comporte-t-il avec la société employeur et les autres sociétés du groupe comme si elles formaient une seule et unique entreprise, ou le droit s'en tient-il au principe de l'autonomie juridique de la personne morale, suivant lequel la société employeur serait l'unique interlocuteur des salariés intéressés et le seul responsable de l'application des dispositions du droit du travail ?

La perturbation du droit du travail que provoque ce rapport de domination, déstabilise, de façon patente, l'organisation des rapports de travail au sein du groupe, et affecte, évidemment, la protection des droits des salariés. Or, l'organisation des rapports de travail et

¹⁰⁰ Concernant le terme de *réseau* ou d'*entreprise à structure complexe*, voir « Les sous-traitants, les franchisés et d'autres formes d'organisation d'entreprise », A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, L.G.D.J., 2002, p. 10.

¹⁰¹ E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, L.G.D.J., 2008, p. 6.

¹⁰² La société employeur est souvent une société filiale.

¹⁰³ L'utilisation de l'expression *entreprise dominante* dans plusieurs textes du Code du travail témoigne que le législateur lui-même reconnaît que la société mère – ou *dominante* – détient le pouvoir sur les autres sociétés filiales – ou *dominées*.

la protection des droits des salariés constituent, il faut le souligner, les raisons d'être fondamentales du droit du travail.

43. À ce premier titre, il convient de préciser qu'au niveau d'une entreprise simple, organiser les rapports de travail ne pose pas, en principe, de difficultés. L'identification de l'employeur – question que l'on peut considérer comme relevant du droit du travail individuel – n'est pas évoquée, puisqu'une unique entreprise détient la qualité d'employeur et en assume les conséquences.

Le plan collectif, lui non plus, ne suscite pas, de manière générale, de difficultés : en matière de représentation collective, les institutions représentatives du personnel de l'entreprise assument la représentation et la défense des droits des salariés ; les normes sociales relatives aux rapports de travail et aux garanties sociales sont élaborées par les acteurs sociaux de l'entreprise¹⁰⁴, suivant les mécanismes d'harmonisation des sources du droit du travail français¹⁰⁵.

44. En revanche, au niveau du groupe de sociétés, l'organisation des rapports de travail présente des difficultés. Si la qualification de l'employeur n'en pose pas au niveau d'une

¹⁰⁴ Le chef – ou les dirigeants – d'entreprise du côté patronal, et les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise du côté salarial.

¹⁰⁵ L'accord d'entreprise s'articule avec les autres sources du droit du travail suivant deux mécanismes : le principe de faveur – appelé aussi principe de l'ordre public social – et le principe de la supplétivité de l'accord de niveau supérieur. Principe classique pour le droit du travail, le principe de faveur, qui est consacré légalement par l'article L.2251 du Code du travail, empêche, en principe, que les règles imposées par les lois et les règlements soient écartées par les normes d'origine conventionnelle lorsque celles-ci accordent aux salariés des droits moins favorables. On peut toutefois constater que le cercle de la dérogation aux normes d'origine étatique par celles d'origine conventionnelle, même dans un sens défavorable aux salariés, s'est élargi au cours des dernières années. Dans ce cadre, la loi du 4 mai 2004 (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004) et celle du 18 janvier 2005 (Loi n° 2005-32) permettent aux négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise de déroger, même dans un sens défavorable aux salariés, aux lois et aux règlements, dans certaines matières relatives essentiellement à la durée du travail (L.3122-34 et L.3131-2 du Code du travail), aux salaires (L.3121-22 du Code du travail) et à l'emploi précaire (L.1251-14 et L.1243-9 du Code du travail). Au sujet du principe de la supplétivité de l'accord de niveau supérieur, ce principe, énoncé par la loi du 4 mai 2004, permet aux conventions et accords collectifs de niveau inférieur de déroger aux accords de niveau supérieur, même dans un sens moins favorable aux salariés, à condition toutefois que cette dérogation ne soit pas interdite par ces derniers. Suivant ce principe, les négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise peuvent, au vu de l'article L.2253-3 du Code du travail, créer des normes sociales qui garantissent des droits moins avantageux aux salariés que celles fixées par les accords collectifs couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. P. Rodière, « Négociation collective : la branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi Fillon sur le dialogue social », *SSL*, 2003, n° 1148, p. 4 ; M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, p. 550.

entreprise unique, même découpée en plusieurs établissements¹⁰⁶, cette qualification peut devenir compliquée au sein d'un groupe de sociétés.

45. Au sein d'un groupe, en effet, les juges rencontrent des difficultés à qualifier l'employeur et donc à identifier le débiteur des différentes obligations légales, conventionnelles et contractuelles¹⁰⁷. La dispersion du pouvoir exercé sur les salariés entre deux sociétés du groupe constitue la source de cette difficulté, puisque ces salariés se soumettent, d'un côté, au pouvoir de direction et de contrôle effectué par leur employeur contractuel (une société filiale) et, d'un autre côté, à une tutelle réelle, même si elle est indirecte, assurée par la société mère du groupe. Cette dernière exerce une domination économique et sociale sur l'employeur contractuel de ces salariés, et donc une autorité de fait sur ces derniers.

En raison de cette domination, l'autonomie et la souveraineté de la société filiale sont remises en cause, ce qui pose la question de l'identification du véritable employeur des salariés au sein du groupe de sociétés : la qualité d'employeur doit-elle être accordée à la société à laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail et au profit de laquelle ils assurent leurs prestations de travail (l'employeur contractuel), ou bien cette qualité doit-elle être reconnue à la société mère, en tant qu'elle constitue le véritable décideur au sein du groupe, et donc en sa qualité d'employeur de fait ?

La solution qui consiste à attribuer la qualité d'employeur à la seule société cocontractante des salariés n'est assurément pas logique dans le cas où la gestion économique, financière et sociale de cette société est assurée réellement par sa société mère. Dans une telle situation, l'autonomie juridique de l'employeur contractuel n'est qu'apparente ; cet employeur n'occupe dans le groupe, comme l'observe le professeur Jean Savatier, « qu'une place

¹⁰⁶ En l'absence d'une définition légale ou réglementaire de l'établissement, celui-ci est défini par la doctrine comme un « organigramme matériellement séparé de l'entreprise mais dépendant d'elle, au sein duquel des salariés mettent en œuvre certains moyens matériels en vue d'une fin technique », N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. 102. L'établissement est également présenté « comme un centre d'activité distinct au plan géographique, doté de moyens matériels et composé de salariés travaillant sous une direction unique pour la réalisation de buts techniques », I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, L.G.D.J., 1996, p. 17. Pour des raisons économiques et techniques, les entreprises créent des entités de production ou de service dotés d'une certaine autonomie de fait, mais sans qu'ils soient juridiquement indépendants. Ces établissements composant l'entreprise, qui peuvent être des succursales, des agences, des dépôts, des chantiers, des usines..., ne constituent pas des personnes juridiques autonomes, et donc des employeurs distincts. La qualité d'employeur est accordée uniquement à la personne physique ou morale propriétaire de l'entreprise qui exploite ces établissements. I. Desbarats, *op.cit.*, p.1, 2 et 6.

¹⁰⁷ E. Peskine, *op.cit.*, p. 7.

souvent secondaire et parfois insignifiante¹⁰⁸. » Lui accorder la qualité d'employeur exclusif semble un raisonnement incohérent.

Ne se fixer systématiquement que sur les liens juridiques classiques, ceux relatifs au contrat, à l'autonomie juridique de la personne morale et au rapport de subordination, ne permet pas d'identifier le véritable employeur au sein d'un groupe de sociétés : comment peut-on accepter d'attribuer la qualité d'employeur à la seule société cocontractante (employeur de droit) qui exerce sur les salariés un contrôle matériel, alors qu'elle ne détient pas le vrai pouvoir sur eux ? La société qui possède réellement ce pouvoir – souvent la société mère – ne mérite-t-elle pas à son tour de se voir accorder la qualité d'employeur des salariés concernés ?

La question qui se pose est de savoir si les solutions jurisprudentielles tranchant cette question adoptent une analyse formelle, suivant laquelle la société cocontractante est considérée comme employeur unique des salariés, ou bien si elles se réfèrent à une analyse de fond qui élargit la qualité d'employeur aux autres sociétés du groupe et notamment à la société mère en sa qualité d'employeur de fait ?

46. Sur le plan des rapports collectifs de travail, on peut faire une observation du même ordre : l'appartenance de ces sociétés à un groupe remet-elle en cause leur indépendance au niveau des relations collectives de travail ? Plus précisément, les régimes collectifs propres à ces sociétés se substituent-ils au régime collectif spécifique au groupe dont elles relèvent ?

Ces sociétés possèdent, il faut le rappeler, des régimes collectifs spécifiques, essentiellement en matière de représentation collective du personnel et en matière de négociation collective ; et le groupe auquel elles sont rattachées dispose à son tour, en tant qu'entité, d'un régime collectif distinct de ces sociétés. Il faut signaler que le groupe de sociétés est reconnu depuis longtemps par le droit du travail comme cadre d'exercice de droits collectifs : la mise en place du comité de groupe, en tant qu'il constitue une institution représentative du personnel propre au groupe de sociétés, est permise depuis les lois Auroux

¹⁰⁸ J. Savatier, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

de 1982¹⁰⁹, et les négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés ont explicitement l'autorisation, depuis la loi du 4 mai 2004¹¹⁰, de produire des normes sociales relatives aux conditions d'emploi et de travail, ainsi qu'aux garanties sociales.

L'existence d'un régime collectif propre au groupe et de régimes collectifs spécifiques aux sociétés qui le composent suscite une difficulté d'articulation entre ces régimes. La question essentielle qui se pose alors est de savoir comment cette articulation est réglementée par le droit du travail : le régime collectif propre au groupe remplace-t-il les régimes collectifs applicables aux sociétés qui le composent, ou bien ce régime revêt-il uniquement un simple caractère subsidiaire à l'égard de ces régimes ?

En matière de représentation collective du personnel, le comité de groupe, conçu pour représenter les intérêts des salariés des sociétés membres du groupe, devient-il l'instance représentative de base de ces salariés, ou bien cette place reste-t-elle réservée aux comités d'entreprise mis en place au sein de ces sociétés ?

La même question se pose en matière de négociation collective, à propos de la difficulté à faire coexister les normes sociales négociées et conclues au sein du groupe et celles produites par les sociétés qui le composent : ces dernières conservent-elles leur existence ou le cèdent-elles devant les normes créées au niveau du groupe ? Et dans le cas où les règles sociales décidées au niveau de chaque société membre du groupe conserveraient leur existence, la question se pose de la valeur de celles-ci dans la hiérarchie des normes, par rapport à celles conçues au niveau du groupe : les normes décidées au niveau du groupe ont-elles une valeur supérieure ou seulement une valeur complémentaire à l'égard des normes décidées au niveau des sociétés qui le composent ?

47. Nous estimons qu'il est nécessaire d'analyser la position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés au niveau du groupe. Partant du constat que concevoir le groupe comme une seule et unique entreprise reste une solution insatisfaisante, et qu'il serait par conséquent difficile de reconnaître la qualité d'employeur à toutes les sociétés qui le

¹⁰⁹ Plus précisément par la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (JORF du 29 octobre 1982).

¹¹⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983).

composent, la question qui se pose est de savoir si le groupe constitue au moins un cadre protecteur pour les droits des salariés des sociétés qui le composent.

48. Cette interrogation vise essentiellement la protection de l'emploi des salariés menacés de licenciement économique. On ne peut procéder à un tel licenciement, comme le stipule l'article L.1233-3 du Code du travail, sans établir l'existence d'une cause économique réelle et sérieuse rendant impossible la conservation de l'emploi du salarié concerné.

Naturellement, les juges apprécient le caractère réel et sérieux de la cause économique invoquée par l'employeur pour justifier le licenciement du salarié intéressé ; cependant, cette appréciation suscite une difficulté lorsque l'employeur fait partie d'un groupe de sociétés. Dans un tel cas, les juges examinent-ils le motif économique exclusivement au niveau de la société employeur qui licencie, ou bien élargissent-ils le périmètre de cette appréciation au groupe auquel est rattachée cette société ? Et si c'est le groupe de sociétés qui est pris en considération dans l'appréciation de la cause économique, une autre question se pose sur le niveau de cette appréciation : la réalité du motif économique du licenciement est-il examiné au niveau de l'ensemble du groupe, ou uniquement au niveau d'une fraction de celui-ci ?

49. Dans le même esprit, l'employeur est tenu de reclasser le salarié dont le licenciement est envisagé, c'est-à-dire de lui rechercher un autre emploi, avant de procéder à son licenciement. L'employeur doit préciser si le licenciement envisagé du salarié est de nature économique ou s'il l'est en raison de son inaptitude physique. À l'instar de la question précédemment posée relative à l'implication du groupe de sociétés dans l'appréciation du caractère réel et sérieux de la cause économique invoquée pour justifier le licenciement, une nouvelle interrogation se pose relative à la prise en considération du groupe dans la mise en œuvre de l'obligation de reclassement : les recherches tendant à retrouver un emploi au salarié exposé à un licenciement doivent être effectuées uniquement au sein de la société employeur qui procède au licenciement, ou ces recherches s'étendent-elles aux autres sociétés du groupe auquel cette société appartient ?

50. Avant même d'analyser la protection de l'emploi des salariés au niveau du groupe, il convient au préalable de s'interroger sur la protection de leurs droits lorsqu'ils font l'objet d'une mise à disposition à l'intérieur du groupe. Pratique courante utilisée par les groupes de

sociétés¹¹¹, la mise à disposition soulève une difficulté portant sur la détermination de l'entreprise qui assume la protection des droits des salariés, droits individuels et collectifs, pendant cette période : est-ce l'entreprise d'origine avec laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail (société mère)¹¹², ou bien l'entreprise utilisatrice – ou entreprise d'accueil – (société filiale)¹¹³ sous la subordination et au profit de laquelle ils travaillent ?

51. Au niveau individuel, par exemple, lorsqu'un accident du travail survient au salarié à l'occasion de l'exécution de sa prestation de travail pour le compte de l'entreprise utilisatrice, se pose la question de savoir si c'est cette dernière qui assume la réparation du dommage causé à ce salarié ou bien son entreprise d'origine ?

52. Dans le même sens, la question relative à la prise en considération des périodes de travail effectuées au service des sociétés appartenant au même groupe est souvent évoquée. Cette question est primordiale pour les salariés, car leurs droits (retraite, assurance chômage, etc.) se déterminent en fonction de leur ancienneté, et donc une interrogation logique se pose à savoir si les périodes de mise à disposition effectuées à l'intérieur du groupe sont prises en compte pour le calcul de cette ancienneté ?

53. Au niveau collectif, les salariés en tant que communauté bénéficiaire, comme on le sait, de l'exercice de certains droits collectifs : la participation aux institutions représentatives du personnel, aux conflits collectifs de travail et le bénéfice des droits garantis par la convention collective. Concernant les salariés mis temporairement par leur entreprise d'origine (société mère) à la disposition d'une entreprise utilisatrice (société filiale), se pose une difficulté relative à l'identification de la communauté de travail à laquelle ces salariés se rattachent et exercent leurs droits collectifs : est-ce à la communauté de travail de leur entreprise d'origine, ou à celle de leur entreprise utilisatrice ?

¹¹¹ Pour les groupes de sociétés, la mise à disposition des salariés demeure un mode de gestion du personnel indispensable. Cette forme de mobilité présente un intérêt économique considérable pour les entreprises composant cette structure économique, dans la mesure où elle leur permet d'économiser le coût de la main-d'œuvre, notamment en période de crise économique. En effet, la mise à disposition dispense ces entreprises des coûts sociaux : coûts liés à l'embauche des salariés (dépenses relatives au recrutement des salariés et à leur adaptation dans l'entreprise), à leur usage (le coût d'usage est composé de toutes les charges légales et conventionnelles imposées à l'entreprise, telles que salaires, congés payés, primes, participation, formation professionnelle) et aux indemnités relatives à leur sortie (le coût de la sortie concerne les dépenses relatives à la procédure de licenciement et aux indemnités de départ). O. Fardoux, *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, thèse soutenue à l'université de Lille-II, 1997, n° 24, p. 28.

¹¹² Dans cette étude la société mère sera considérée comme étant l'entreprise d'origine des salariés.

¹¹³ La société filiale sera considérée comme l'entreprise utilisatrice de la force de travail des salariés.

II. Finalité et structuration de l'étude.

54. L'économie de marché mondialisée impose aux entreprises de recourir à la technique de groupes, afin de répondre essentiellement aux impératifs de compétitivité. Cependant, ce recours perturbe, comme nous l'avons souligné, la structuration du droit du travail bâtie initialement sur le modèle de l'entreprise intégrée, et menace, en conséquence, la protection des droits des salariés.

55. Déchiffrer la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail au sein d'un groupe de sociétés constituera le premier objectif de cette étude. La domination exercée par la société tête du groupe – ou société dominante – sur les autres sociétés, dites dominées, occasionne une ambiguïté et une difficulté pour le droit du travail relatives à la façon de considérer ces sociétés les unes par rapport aux autres : sont-elles perçues par le droit du travail comme formant une seule et unique entreprise, ou bien chacune d'elles conserve-t-elle son indépendance vis-à-vis des autres ?

En d'autres termes, l'intérêt économique collectif du groupe, caractérisé par les rapports économiques et financiers qui lient les sociétés qui le composent et par leur organisation sous le contrôle d'une seule société, conduirait-il le droit du travail à assimiler ces sociétés à une seule entité économique et sociale, ou bien le droit ignore-t-il cette réalité et s'attache-t-il pleinement au principe de l'autonomie de la personne morale, suivant lequel les sociétés membres du groupe conservent leur indépendance les unes par rapport aux autres ?

56. Nous estimons que l'analyse de la qualification d'employeur et l'articulation des rapports collectifs de travail au sein du groupe de sociétés nous permettra de clarifier la position du droit du travail à l'égard de cette interrogation. La reconnaissance de la qualité d'employeur à l'ensemble des sociétés du groupe et non à la seule société cocontractante des salariés, et la substitution aux régimes collectifs spécifiques aux sociétés membres du groupe le régime collectif propre à ce dernier, sont deux facteurs qui nous conduisent à conclure que le droit du travail considère le groupe comme une seule entreprise réellement intégrée, même si elle est officiellement divisée en plusieurs sociétés. Dans une telle situation, on peut dire que le droit du travail ne se fonde pas sur le principe de l'autonomie de la personne morale pour structurer les rapports de travail au niveau du groupe de sociétés (Première partie).

57. Le deuxième objectif de cette étude tentera de clarifier la position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés à l'intérieur du groupe de sociétés. Nous pensons qu'en l'état actuel du droit du travail, et pour toutes les branches juridiques, le fait de percevoir le groupe comme une seule entité reste juridiquement difficile à soutenir, parce cela implique de s'écarter de principes fondamentaux sur lesquels le droit s'est construit, en particulier le principe de l'autonomie de la personne morale et celui de la relativité des conventions.

Cependant, cette orthodoxie juridique ne doit absolument pas ignorer la réalité économique du groupe. Les sociétés qui composent cette structure sont liées, comme nous l'avons rappelé, par des rapports économiques et financiers et sont organisées sous une direction unique. Partant de cette donnée, nous considérons que ces sociétés doivent contribuer à la protection de l'emploi des salariés du groupe lorsque cet emploi est menacé. Envisager le groupe au moins comme un cadre de protection pour les droits des salariés, constituerait une solution de rechange à sa perception comme une seule entreprise ; ce qui reste, comme nous l'avons montré, juridiquement inconcevable. L'analyse aura pour objectif de démontrer comment la réalité du groupe de sociétés est prise en considération pour protéger les droits des salariés (Deuxième partie).

Première partie. La position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail à l'intérieur du groupe de sociétés.

Deuxième partie. La position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés à l'intérieur du groupe de sociétés.

Première Partie. La position du droit du travail à l'égard de la structuration des relations de travail à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

58. La structuration des rapports de travail est une question fondamentale pour la mise en application du droit du travail. Cette structuration se base essentiellement sur deux piliers : l'identification de l'employeur au niveau individuel, et l'encadrement des relations liant un employeur – ou des employeurs – et des salariés en tant que collectivité de travail au niveau collectif.

59. Au niveau du groupe de sociétés, l'organisation des rapports de travail suscite des difficultés en raison de la position exercée par la société dominante du groupe sur les autres sociétés composant celui-ci. Cette domination nous conduit à nous demander si une telle organisation revient à considérer le groupe de sociétés comme une seule et unique entreprise, ou si elle préserve le principe de l'autonomie des sociétés formant le groupe.

Considérer le groupe de sociétés comme une seule entreprise conduirait à dénier à ces diverses sociétés leur indépendance juridique et sociale, avec toutes les conséquences qui en résultent. La qualité d'employeur serait attribuée à toutes les sociétés du groupe, notamment à la société dominante, et non à la seule société cocontractante des salariés. Et si l'on adopte cette façon de voir, les sociétés du groupe doivent en outre se soumettre au même régime collectif : les institutions représentatives du personnel propres au groupe et les normes sociales négociées et conclues par les acteurs sociaux à ce niveau doivent alors se substituer à celles conçues au sein de chaque société du groupe.

60. Cependant, l'analyse de la position du droit du travail français – tel qu'il résulte de la loi et de la jurisprudence – sur ce point, nous amène à affirmer que le droit ne considère pas le groupe de sociétés comme une seule et unique entreprise, mais qu'il reconnaît au contraire l'indépendance juridique et sociale, les unes par rapport aux autres, des sociétés composant le groupe. La façon de reconnaître la qualité d'employeur au sein du groupe de sociétés est significative, puisque la jurisprudence sociale adopte une solution de principe qui n'accorde la qualité d'employeur qu'à la société avec laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail et écarte cette qualité aux autres sociétés du groupe (Titre I). On retrouve également cette

conception au niveau des relations collectives, car les sociétés composant le groupe conservent leur autonomie en matière de représentation collective du personnel, comme en matière de négociation collective. Le comité de groupe, en tant qu'il constitue une institution représentative du personnel spécifique au groupe, et les accords collectifs du groupe de sociétés revêtent seulement un caractère subsidiaire (Titre II).

Titre I. Une solution de principe qui écarte la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.

Titre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire en matière de rapports collectifs de travail.

Titre I. Une solution de principe qui écarte la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.

61. En droit du travail, la notion d'employeur est une notion clef et identifier celui-ci est une nécessité fondamentale pour que le droit puisse s'appliquer¹¹⁴. Le fait d'être le débiteur des obligations légales¹¹⁵ et contractuelles¹¹⁶ détermine la qualité¹¹⁷ d'employeur. C'est, en général, autour de sa personne que se construisent et s'articulent les relations de travail.¹¹⁸

62. Lorsqu'il s'agit de groupes de sociétés, déterminer un employeur donné au sein de celles-ci suscite une double difficulté en raison de la nature formelle¹¹⁹ de la qualité d'employeur. D'une part, la qualité d'employeur ne peut être attribuée qu'à une personne ayant la personnalité morale. Or, un groupe de sociétés, s'il a une réalité économique indéniable, n'a pas, en tant que tel, de personnalité morale ; n'étant donc pas sujet de droit, un groupe de sociétés ne peut en soi assumer la qualité d'employeur. Celle-ci, d'autre part, ne peut être reconnue qu'à la seule société ayant passé contrat avec les salariés, sans qu'il soit possible de l'étendre aux autres sociétés composant le groupe auquel elle est rattachée (Chapitre I).

63. Néanmoins, la mise en œuvre, de manière absolue et systématique, de cette conception formelle de l'employeur est susceptible de léser les intérêts des salariés intéressés. En effet, d'un côté, l'incapacité des salariés de poursuivre le groupe en raison de l'absence, faute de personnalité morale de la qualité d'employeur, ne permet pas la protection de leurs droits. Le groupe de sociétés existe bien en tant que structure économique homogène et lui nier la qualité d'employeur, par défaut de personnalité morale, semble une analyse anormale.

D'un autre côté, l'attribution de la qualité d'employeur uniquement à la société contractante (souvent une société filiale) ne permet pas, dans la majorité des cas, d'identifier le véritable employeur ni, par conséquent, de déterminer le vrai débiteur des salariés à

¹¹⁴ I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, p. 1.

¹¹⁵ À titre d'exemple, le paiement des salaires, la sécurité au travail, le reclassement, l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, etc.

¹¹⁶ À titre d'exemple le paiement d'une indemnité contractuelle de licenciement.

¹¹⁷ P.-Yves Verkindt, « L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés », p. 48, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999.

¹¹⁸ A. Lyon-Caen et J. de Maillard, « la mise à disposition de personnel », *Dr. soc.*, 1981, p. 333.

¹¹⁹ Ou officielle.

l'intérieur du groupe de sociétés (souvent une société mère). En effet, dans le cadre de cette structure économique, les salariés sont soumis à l'autorité de deux employeurs : un employeur de droit (ou employeur contractuel)¹²⁰ qui exerce sur eux une subordination directe¹²¹, et un employeur de fait (société mère) qui assure réellement leur gestion au niveau social, et qui exerce, sur l'employeur de droit, un contrôle économique.

64. Pour corriger cette distorsion, la jurisprudence sociale se réfère à deux notions fonctionnelles pour requalifier la qualité d'employeur à l'intérieur des groupes de sociétés, à savoir la notion de *co-employeur* et la notion d'*entreprise*. Pour identifier l'employeur, l'application de ces deux notions n'en appelle pas uniquement au contrat de travail mais demande d'analyser réellement la nature des rapports qu'entretient l'employeur de droit (société filiale) avec les autres sociétés du groupe, et notamment avec la société mère.

Suivant cette analyse, les juges peuvent, en utilisant la notion d'*entreprise*, considérer que la société cocontractante des salariés (l'employeur de droit) et les autres sociétés du groupe dont relève cette société forment une seule entreprise, et qu'elles ont donc toutes la qualité d'employeur à l'égard des salariés intéressés. Mais les juges, en recourant à la notion de *co-employeur*, peuvent aussi reconnaître une ou plusieurs sociétés du groupe comme co-employeur des salariés d'une société¹²² dudit groupe, lorsqu'ils constatent la perte de l'autonomie de cette dernière au profit de la première société (Chapitre II).

Chapitre I. La nature formelle de la notion d'employeur, comme obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur aux groupes de sociétés.

Chapitre II. Les concepts fonctionnels au service de la requalification de la qualité d'employeur à l'intérieur des groupes de sociétés.

¹²⁰ Une société filiale.

¹²¹ C'est cet employeur qui assure le paiement des salaires, encadre le travail, etc.

¹²² Dans la majorité des cas une société filiale.

Chapitre I. La nature formelle de la notion d'employeur, comme obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.

65. Selon la nature formelle de la notion d'employeur, ce dernier possède deux qualités : l'employeur est une personne juridique ; l'employeur est une partie contractante au contrat de travail. Ces deux qualités constituent des obstacles structurels à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés (Section I). Les solutions jurisprudentielles s'attachent toujours, en principe, à cette conception formelle de la notion de l'employeur (Section II).

Section I. Les obstacles structurels à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés.

66. Les obstacles structurels qui empêchent de reconnaître la qualité d'employeur à un groupe de sociétés peuvent être déduits de la définition classique de l'employeur.¹²³ Selon cette définition, l'employeur est caractérisé par deux qualités. Premièrement, l'employeur est considéré comme une personne juridique, physique ou morale. Deuxièmement, l'employeur est perçu comme partie contractante au contrat de travail. Ces deux qualités constituent des obstacles structurels à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés.

En effet, si la nature de la personnalité juridique de l'employeur empêche de reconnaître la qualité d'employeur à un groupe de sociétés en tant qu'entité économique indépendante (§I), la nature contractuelle de l'employeur forme un obstacle à l'extension de cette qualité aux autres entreprises composant le groupe auquel est rattachée l'entreprise cocontractante des salariés (§II).

¹²³ L'employeur, selon Bernard Teyssié, « est nécessairement une personne physique ou morale, investie, en tant que telle, des prérogatives et des charges nées du contrat de travail ». B. Teyssié « L'interlocuteur des salariés » *Dr. soc.*, 1982, p. 42. Pour Saïd Bennani, la qualité de l'employeur est reconnue à « Toute personne juridique, physique ou morale, qui a la capacité de conclure un contrat de travail, qui possède des droits et qui assume des obligations découlant de cette qualité ». S. Bennani, *Droit du travail au Maroc à la lumière du Code du travail : les relations individuelles de travail*, (ouvrage en arabe), éd. Najah el Jadida 2007, p. 481.

§I. La nature de la personnalité juridique de l'employeur comme obstacle à l'attribution de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés.

67. La nature même de la personnalité juridique de l'employeur constitue un obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de société en tant qu'entité indépendante.¹²⁴ La qualité d'employeur ne peut être attribuée qu'à une personne juridique physique ou morale. Or, un groupe de sociétés n'est pas un sujet de droit et ne peut, de ce fait, se voir attribuer cette qualité (II). L'importance de la personnalité morale suppose d'être abordée dans un premier temps (I).

I. L'importance de la personnalité morale.

68. Il convient de déterminer la notion de personnalité morale (A) et son acquisition (B).

A. La notion de la personnalité morale.

69. Le droit ne reconnaît pas la personnalité juridique uniquement aux êtres humains, mais également à certains groupements de personnes et de biens, qui sont érigés en personnes « autonomes et distinctes ». ¹²⁵ Ces groupements sont des personnes morales¹²⁶ qui se voient attribuer la personnalité juridique, distincte de celle des personnes physiques qui les composent. Ces groupements sont ainsi reconnus à l'instar des personnes physiques au sens biologique.¹²⁷

Cette conception juridique qui reconnaît la personnalité juridique à ces groupements, estime que ces derniers méritent d'être reconnus comme « sujets de droit », par ce qu'ils « ont vocation à une activité autonome, distincte de celle des personnes qui les composent ». ¹²⁸ Cette conception considère également que ces groupements possèdent une « âme collective

¹²⁴ Certaines législations démontrent le caractère personnel de la notion d'employeur, tel que l'article 6, al. 2 du Code du travail marocain qui prévoit qu' : « est considérée comme employeur, toute personne physique ou morale, privée ou publique [...] ».

¹²⁵ J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, Armand Colin, 1984, p. 182.

¹²⁶ Il y a deux types de personnes morales : les personnes morales de droit public (l'État, les collectivités locales et les établissements publics), et les personnes morales de droit privé (les sociétés commerciales, les sociétés civiles, les associations, les syndicats...).

¹²⁷ B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, 2006, p. 22.

¹²⁸ J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 187.

orientée vers un but », comme le décrit Josserand,¹²⁹ et qu'ils veillent à la réalisation d'un « intérêt humain ».¹³⁰

70. L'effet essentiel de la personnalité morale est de rendre, d'une part, ces groupements « sujets de droit », c'est-à-dire de les rendre capables d'acquérir des droits subjectifs – devenir propriétaire, créancier, etc.¹³¹ – et de les rendre responsables civilement et pénalement,¹³² indépendamment des personnes physiques qui les composent.¹³³ D'autre part, cette reconnaissance permet à ces groupements d'obtenir un état juridique autonome, de telle sorte qu'une société commerciale, par exemple, puisse acquérir une capacité juridique, une identité propre, une domiciliation (siège social), une nationalité, et un patrimoine social distincts des associés qui la composent.¹³⁴

71. La *personnification* et l'*identification* de ces groupements présentent également un intérêt considérable pour les partenaires de ces derniers. Ainsi, les créanciers et les salariés, notamment, peuvent faire valoir leurs droits directement contre ce groupement qui possède un patrimoine et une personnalité juridique distincts de celle de ses membres.¹³⁵

B. L'acquisition de la personnalité morale.

¹²⁹ Josserand voit que : « bien que les personnes morales ne soient pas des êtres en chair et en os, il s'en dégage une âme collective, une *volonté générale* qui est orientée vers un but ». Cité par B. Dondero, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁰ B. Dondero estime que : « C'est nécessairement un intérêt humain que l'on décide d'élever au rang de sujet autonome, c'est-à-dire l'intérêt d'une ou plusieurs personnes, considérées au regard d'une activité ou d'une finalité déterminée ». B. Dondero, *op. cit.*, 20.

¹³¹ G. Chiron, *La personnalité morale des sociétés depuis le XIX siècle en France, en Allemagne et en Angleterre*, p. 114, thèse soutenue le 15 novembre 2008 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) ; J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 181.

¹³² La responsabilité pénale des personnes morales est clairement affirmée par l'article 121-2 du Code pénal qui dispose que : « les personnes morales, à l'exception de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». La responsabilité pénale de la personne morale reste possible dans le domaine économique ou technique. À titre d'exemple, la fabrication non-conforme, les techniques de commercialisation interdites, la pollution par fabrication hors normes, la publicité mensongère, etc.). En revanche, cette responsabilité est inconcevable dans certains cas où la personne morale est incapable de les commettre, comme les violences, les homicides, les agressions, les atteintes contre les biens. M. Laure-Rassat, *Droit pénal général*, ellipses 2006, p. 471.

¹³³ Alain Supiot écrit que la reconnaissance de la personnalité morale permet aux sociétés de « disposer de leur patrimoine, de prêter des services, de s'associer et même de se subordonner à d'autres personnes par les techniques de groupe de sociétés ». A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1994, p. 16 et s, cité par A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et code de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, L.G.D.J., 2002, p. 32.

¹³⁴ P. Merle, *Droit commerciale, Sociétés commerciales*, Dalloz, 2010, p. 108 ; B. Dondero, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁵ B. Dondero, *op. cit.*, p. 22.

72. Sur la question concernant l'acquisition de la personnalité morale, deux thèses s'opposent : la théorie classique de la fiction, et la théorie de la réalité. La thèse de la fiction part du principe que seuls les êtres humains peuvent être sujets de droit. Cependant, l'existence de groupements qui veillent à la réalisation d'intérêts collectifs, distincts de ceux de leurs membres, a conduit le législateur à pouvoir accorder artificiellement la personnalité juridique¹³⁶ auxdits groupements.

Les partisans de cette théorie insistent sur l'idée que la personne morale n'est qu'un être fictif qui ne peut exister que si elle est reconnue par le législateur, qui possède une compétence exclusive dans ce domaine.¹³⁷ À titre d'exemple, le législateur conditionne l'octroi de la personnalité morale aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique, au respect d'une formalité obligatoire, à savoir l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.¹³⁸

À l'opposé de la théorie de la fiction, la théorie de la réalité estime qu'il faut reconnaître la personnalité morale aux groupements qui existent dans la réalité, indépendamment de l'intervention du législateur.¹³⁹ Les tenants de cette théorie considèrent ces groupements comme des réalités sociales qui se sont constituées pour défendre un intérêt collectif distinct de celui de leurs membres, et qui doivent de ce fait être reconnus comme des personnes juridiques.¹⁴⁰

Cette théorie a été utilisée par la jurisprudence de la Cour de cassation pour reconnaître la personnalité morale aux comités d'établissement, en énonçant : « que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés... ».¹⁴¹ Également, la reconnaissance de la personnalité juridique au comité de groupe a été fondée sur cette conception, puisque la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « les comités de groupes sont dotés

¹³⁶ B. Dondero, *op. cit.*, p. 32, J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 187.

¹³⁷ J.-L. Aubert, considère que : « Son caractère fictif, et irrespectueux de la réalité des choses, et en particulier de l'unicité de la personne humaine, impose que le législateur en ait la maîtrise : lui seul peut accorder la personnalité, comme il le juge ». J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 187.

¹³⁸ P. Merle, *op. cit.*, p. 110.

¹³⁹ P. Merle, *op.cit.*, p. 109.

¹⁴⁰ J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 187.

¹⁴¹ Civ. 2^e., 28 janvier 1954, n°54-07081.

d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice. »¹⁴²

II. Le groupe de sociétés : un groupement sans personnalité juridique.

73. P. Pétel considère qu'« aucun principe général ne vient contrarier l'autonomie des personnes morales appartenant à un groupe et reconnaître en celui-ci une entité juridique originale. »¹⁴³ Cette formulation affirme, d'un côté, que le groupe de sociétés n'est pas un sujet de droit possédant une personnalité juridique distincte de celle des sociétés qui le composent (A). D'un autre côté, elle réaffirme l'attachement du droit au principe de l'autonomie juridique de ces sociétés (B).

A. Refus de la personnalité morale à un groupe de sociétés.

74. D'une manière paradoxale, un groupe de sociétés n'est pas considéré par le législateur comme un sujet de droit, alors qu'il constitue en fait une réalité sociale. Seulement, à l'opposé de certains groupements auxquels la personnalité morale n'est pas reconnue expressément par le législateur,¹⁴⁴ ce dernier ne précise pas d'une manière explicite cette méconnaissance concernant le cas d'un groupe de sociétés.

Le refus d'appliquer la personnalité morale à un groupe de sociétés est en revanche affirmé par la jurisprudence. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu arrêter : « Un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité juridique et de la capacité de contracter, l'une des conditions essentielles pour la validité de la convention d'ouverture de compte courant fait défaut. »¹⁴⁵ Dans cet arrêt, la haute juridiction précise que le groupe de

¹⁴² Cass. soc., 23 janvier 1990, *Dr. soc.*, 1990, p. 326, note J. Savatier.

¹⁴³ P. Pétel, « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP, E*, 2007, n° 13, p. 33.

¹⁴⁴ À titre d'exemple, pour la société en participation, l'article 1871 du Code civil précise explicitement que cette société : « n'est pas une personne morale ». Également, le législateur dénie expressément la personnalité juridique pour le fonds commun de placement (l'article L.214-20, al.1^{er} du Code monétaire et financier), et pour le fonds commun de créances (L. 214-43, al. 3, Code monétaire et financier). Cité par B. Dondero, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁵ Cass. com., 2 avril 1996, Grandjean, *ès qual. c/ Caisse fédérale Crédit mutuel et a.* [arrêt n° 721 P], *JCP, G*, 1997, n° 11, p. 124, note J.-P. Chazal. Cinq personnes juridiques : trois sociétés, un GIE et une personne physique composant le groupe Robert ont été déclarés en redressement judiciaire. L'administrateur judiciaire désigné dans chacune des procédures a demandé au crédit mutuel l'ouverture d'un compte unique au nom « du redressement judiciaire du groupe Robert ». Après le prononcé de la liquidation judiciaire de ces cinq personnes, la banque avait demandé le remboursement au liquidateur des avances de trésorerie qu'elle avait consenties par

sociétés n'est pas un sujet de droit et ne possède, de ce fait, pas la capacité juridique de conclure des conventions, dont celle d'ouverture de compte en banque, alors que l'article 1108 du Code civil l'exige.

75. Ce refus empêche le groupe de sociétés d'exister juridiquement, indépendamment des entités qui le composent, de telle sorte qu'il ne peut ni contracter, ni être créancier et débiteur, ni tenter une action en justice, etc. À cet égard, la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé qu'« un groupe de sociétés ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation. »¹⁴⁶

Au niveau social, le refus de personnalité juridique à un groupe de sociétés l'empêche d'être reconnu comme employeur. Selon la définition classique de l'employeur, ce dernier est « nécessairement une personne physique ou morale »¹⁴⁷ ayant la capacité juridique, comme les autres sujets de droit, de conclure des contrats, d'être justiciable, créancier et débiteur, etc. Or, un groupe de sociétés, faute de personnalité morale, ne peut pas exister comme personne juridique, indépendante des sociétés qui le composent, et ne peut donc pas se voir attribuer la qualité d'employeur. Un groupe de sociétés ne peut pas être partie au contrat de travail, parce qu'il n'a pas la capacité juridique de conclure un tel contrat.

Pour les salariés intéressés, tenter une action en justice contre un groupe de sociétés reste juridiquement inconcevable parce que ce dernier n'a pas la qualité de justiciable. En cas de litige impliquant un groupe de sociétés, les salariés ne peuvent faire valoir leurs droits qu'à l'encontre des sociétés avec lesquelles ils sont liés par un contrat de travail.

l'intermédiaire de ce compte, en vertu de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. Le liquidateur a refusé de rembourser la banque au motif que le groupe Robert n'avait pas une personnalité morale qui lui permettait d'ouvrir un compte bancaire. La Cour d'appel a donné raison à la demande de la banque en avançant que, d'une part, le compte a été ouvert sur demande d'un mandataire de justice, « ce qui engendre a priori des relations de confiance », et que d'autre part, « même en l'absence d'une décision ordonnant la confusion des patrimoines de ces sociétés, il apparaît clair qu'elles ont fonctionné en société de fait, de telle sorte que chacune des sociétés composant le groupe Robert est solidairement tenue au paiement de la créance du Crédit mutuel ». La Cour de cassation a annulé la solution adoptée par la cour d'appel en décidant que l'administrateur n'avait pas la capacité à ouvrir un compte au nom du groupe Robert. Elle a par conséquent considéré que cette convention de compte était nulle en vertu de l'article 1108 du Code civil.

¹⁴⁶ Cass. com., 15 novembre 2011, FD, n° 10-21.701, *Rev.soc.*, 2012, n° 1, p. 37, en bref par S. Prévost.

¹⁴⁷ B. Teysié, *op.cit.*, 1982, p. 42.

B. La prééminence de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe.

76. L'autonomie juridique des entreprises n'est pas remise en cause du fait de leur appartenance à un groupe de sociétés. Ces entreprises demeurent des personnes morales juridiquement autonomes les unes par rapport aux autres. En d'autres termes, ces entreprises conservent la qualité de tiers les unes pour les autres.

Cette autonomie juridique se traduit essentiellement par l'indépendance patrimoniale de chaque entreprise du groupe.¹⁴⁸ En effet, chaque entreprise possède un patrimoine distinct et ne peut répondre des engagements des autres entreprises relevant du même groupe. Ainsi, une société mère n'est pas, en principe, responsable des dettes de ses filiales et n'est pas obligée de les soutenir en toute circonstance.¹⁴⁹ Inversement, la société mère ne peut disposer des patrimoines de ses filiales.

Au niveau social, cette séparation des patrimoines se répercute négativement sur les salariés d'une société faisant partie d'un groupe, puisque ces salariés ne peuvent obtenir d'une autre société du groupe l'exécution de droits dont société employeur est débitrice (salaries, primes, et diverses indemnités).¹⁵⁰ En principe, chaque entreprise du groupe est autonome juridiquement, patrimonielement et socialement.

§II. La nature contractuelle de la notion d'employeur comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés composant un groupe de sociétés.

¹⁴⁸ M. Cozian ; A. Viandier ; F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 2000, n° 240.

¹⁴⁹ Le principe de l'autonomie des sociétés composant le groupe a été affirmé par plusieurs arrêtes. À ce propos, un arrêt rendu le 26 mars 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé cette solution. En l'occurrence, par un pourvoi, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a poursuivi en réparation la société mère Elf Aquitaine pour les dommages causés à l'environnement – exploitation intensive d'une décharge de déchets ménagers et industriels – par la société filiale Elipol. La haute juridiction a jugé que c'était « à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations, même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général ». Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11619. Dans le même esprit, la chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que : « Les sociétés exerçant leur activité au sein d'un groupe demeurent des personnes morales juridiquement distinctes ; les clients qui ont traité avec l'une des sociétés n'ont aucun lien avec les autres sociétés du groupe, même si ces dernières interviennent dans l'exécution du contrat à la demande de la première ». Cass. com., 18 octobre 1994, SNC Alma Atlantique c/ SNC Alma Intervention, *RJDA* 12/94, n° 1298.

¹⁵⁰ A. Sobczak, *op. cit.*, p. 50.

77. Si la nature même de la personnalité juridique de l'employeur constitue un obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés dans son ensemble, la nature contractuelle de cette qualité ne permet pas son extension aux autres sociétés composant le groupe. Une analyse dite *travailleuse* de la relation individuelle de travail (I) et une analyse dite *civiliste* de cette relation (II), attribuent la qualité d'employeur à la seule société cocontractante des salariés.

I.L'analyse travailleuse de la relation de travail comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés composant un groupe.

78. L'analyse *travailleuse* part du caractère contractuel de la relation individuelle de travail¹⁵¹ pour dénier l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés qui composent le groupe.¹⁵² Selon cette analyse, la qualité d'employeur est reconnue uniquement à la personne partie au contrat de travail ayant le droit de disposer de l'activité de son salarié cocontractant moyennant une rémunération.¹⁵³

L'analyse *travailleuse* considère, d'une part, que le contrat de travail forme un obstacle formel à cette extension, dans la mesure où la qualité d'employeur n'est reconnue qu'à la

¹⁵¹ Le professeur Gérard Couturier estime dans ce cadre que : « Les relations individuelles de travail sont des relations contractuelles, elles procèdent du contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié ». G. Couturier, *Droit du travail : les relations individuelles de travail*, PUF 1996, p. 91.

¹⁵² Toutefois, la nature contractuelle de la relation individuelle n'est pas absolue, car elle reste encadrée par la notion d'*ordre public social*. Au niveau du fond, les parties au contrat de travail (employeur et salarié) sont libres d'aménager leurs rapports de travail, à condition qu'ils ne transgressent pas certaines dispositions impérativement fixées par des textes légaux et réglementaires (règles statutaires). La notion d'*ordre public social* qui résume cette conception permet aux parties au contrat de travail de déroger aux dispositions légales et réglementaires impératives, uniquement dans un sens plus avantageux pour le salarié. Le licenciement constitue une illustration de cette conception, puisque le législateur a clairement précisé le caractère nul de la clause de renonciation aux règles légales applicables en cas de licenciement (art. L.1231- 4 du Code du travail). En d'autres termes, l'employeur et le salarié ne peuvent prévoir dans le contrat de travail des dispositions contractuelles moins favorables que celles prévues par les textes légaux ou réglementaires. Le même raisonnement s'applique concernant l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail. Les dispositions convenues entre les parties dans le contrat de travail ne peuvent déroger à celles prévues par la convention collective, sauf si elles garantissent au salarié des droits plus favorables. G.- H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Tome I, *Contrat de travail*, Dalloz, 1968, p. 24 ; A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, 2004, p. 37 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 2010, p. 322 ; C. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 804 ; S. Le Gac-Pech, « La figure contractuelle en droit du travail », *D.*, 2005, chronique, p. 2250.

¹⁵² Comme l'affirme le professeur Gérard Couturier : « Les relations individuelles de travail sont des relations contractuelles, elles procèdent du contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié ». G. Couturier, *op.cit.*, p. 91.

¹⁵³ I. Vacarie, *op.cit.*, p. 1.

société cocontractante mentionnée dans le contrat (A). D'autre part, cette analyse considère le critère de la subordination juridique qui structure le contrat de travail comme un obstacle substantiel à cette extension. Selon ce critère, en effet, la qualité d'employeur n'est accordée qu'à la personne qui exerce ce rapport de subordination sur les salariés (B).

A. L'obstacle formel relatif au contrat de travail.

79. Le contrat de travail a pour fonction d'encadrer les rapports de travail entre les parties.¹⁵⁴ Ce n'est cependant pas la seule fonction du contrat de travail,¹⁵⁵ car ce dernier permet également de déterminer préalablement les parties contractantes que sont l'employeur et le salarié.

Identifier les deux parties cocontractantes¹⁵⁶ découle de la conclusion du contrat de travail.¹⁵⁷ Concernant le salarié qui s'engage à fournir une prestation, le contrat de travail l'identifie au niveau personnel¹⁵⁸ et professionnel¹⁵⁹. Le contrat de travail constitue également la source essentielle à laquelle il faut se référer pour identifier l'employeur contractant du salarié.¹⁶⁰ Si l'employeur est une personne physique exerçant elle-même les prérogatives patronales, le contrat de travail fait apparaître les informations personnelles et professionnelles concernant cette personne.¹⁶¹ De même, si l'employeur est une personne morale (société, syndicat, association, etc.), le contrat de travail mentionne les données essentielles relatives à cette personne.¹⁶²

80. Concernant la place d'un groupe de sociétés dans le contrat de travail, la question est de savoir si ce contrat doit identifier les sociétés composant le groupe auquel est rattaché l'employeur contractant. Plus précisément, lors de la conclusion du contrat de travail, la société cocontractante du salarié doit-elle identifier les sociétés du groupe dont elle relève ?

¹⁵⁴ G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, p. 22 ; G. Couturier, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁵ Encadrement qui respecte la notion d'*ordre public social*, caractéristique du droit du travail français.

¹⁵⁶ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 691.

¹⁵⁷ G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁸ Le contrat de travail fait apparaître son nom ; son prénom ; son numéro de sécurité sociale, etc.

¹⁵⁹ L'identification professionnelle porte sur le poste occupé par le salarié et les attributions qui en découlent ; sur le montant de la rémunération ; la durée du travail hebdomadaire, etc.

¹⁶⁰ N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. 46.

¹⁶¹ Appartiennent à cette catégorie d'employeur : les employeurs de personnel domestique, les employeurs exerçant une profession libérale, les petits commerçants, etc.

¹⁶² À titre d'exemple, si l'employeur est une société commerciale, le contrat de travail précise le statut juridique de cette société (SARL par exemple), son représentant, le numéro SIRET et NAF, etc.

Une réponse affirmative pourrait conduire à dire que la qualité d'employeur pourrait être reconnue – ou étendue – à ces sociétés, et non à la seule société contractante du salarié.

En réponse à cette interrogation, le Code du travail français ne prévoit aucune disposition imposant d'identifier, dans le contrat de travail ou dans les actes qui l'accompagnent, les sociétés du groupe auquel appartient la société contractante. À l'occasion, par exemple, de la déclaration préalable d'embauche effectuée par l'employeur,¹⁶³ l'article R.1221-1 du Code du travail¹⁶⁴ exige uniquement l'identification personnelle de ce dernier,¹⁶⁵ sans imposer d'identifier les sociétés composant le groupe auquel appartient l'employeur.

Dans le même esprit, la directive européenne du 14 octobre 1991¹⁶⁶ précise que le contrat de travail doit déterminer uniquement l'identité des parties contractantes que sont le salarié et l'employeur, et ne prévoit aucune disposition obligeant les parties, et notamment l'employeur, à mentionner des informations concernant les sociétés du groupe dont il relève.¹⁶⁷ L'ignorance de l'identité des sociétés du groupe dans le contrat de travail signifie que ces sociétés conservent les unes à l'égard des autres la qualité de tiers. Plus précisément, cette absence confirme que ces sociétés n'ont pas, les unes à l'égard des salariés des autres, la qualité d'employeur.

81. Toutefois, nous estimons qu'identifier dans le contrat de travail les sociétés constitutives d'un groupe, et particulièrement la société mère, constituerait à l'heure actuelle une mesure utile. Une telle identification permettrait aux salariés et aux juges d'avoir une idée de la famille économique à laquelle appartient la société employeur. C'est la société mère, dans la majorité des cas, en sa qualité de centre de décision du groupe¹⁶⁸, qui contrôle

¹⁶³ Créée par la loi du 31 décembre 1991, cette déclaration impose aux employeurs de déclarer préalablement toute embauche. Elle constitue l'un des mécanismes du dispositif mis en place en vue de la lutte contre le travail clandestin. La déclaration préalable d'embauche permet aux services de contrôle de connaître avec exactitude la date d'embauche des salariés. M. Bancarel, « La lutte contre le travail clandestin et la généralisation de la déclaration préalable à l'embauche », *Dr. soc.*, 1994, p. 534.

¹⁶⁴ Article issu du décret n° 93-755 du 29 mars 1993 relatif à la déclaration préalable à l'embauche.

¹⁶⁵ Selon cet article, l'employeur doit mentionner dans la déclaration préalable d'embauche son nom et prénom s'il est une personne physique, ou sa dénomination sociale s'il est une personne morale.

¹⁶⁶ Directive du Conseil n° 91-533 du 14 octobre 1991, (JOCE du 18 octobre 1991) relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

¹⁶⁷ Art. 2 de la directive.

¹⁶⁸ G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD. civ.*, 1974, p. 234.

économiquement la société employeur et qui assure réellement la gestion sociale des salariés de cette dernière.

Bien qu'elle ne soit pas partie au contrat de travail, c'est la société mère du groupe qui exerce le vrai pouvoir économique et social sur les salariés intéressés et non la société cocontractante de ces derniers, car cette dernière n'occupe en réalité qu'une place « secondaire »¹⁶⁹, voire « insignifiante ».¹⁷⁰

B. L'obstacle substantiel relatif au critère de la subordination juridique.

82. En l'absence d'une définition légale du contrat de travail, les juristes considèrent la subordination juridique comme l'élément essentiel de ce contrat¹⁷¹ et comme le critère permettant de distinguer des autres contrats ayant pour objet une prestation de services.¹⁷²

La notion de subordination juridique signifie que le salarié se trouve, lorsqu'il travaille, en état de dépendance juridique à l'égard de son employeur.¹⁷³ La chambre sociale de la Cour de cassation caractérise cette dépendance, depuis l'arrêt Bardou rendu le 6 juillet 1931,¹⁷⁴ comme l'exécution d'un travail par le salarié sous la direction, la surveillance et l'autorité de l'employeur contractant.

Ces données établissant l'existence d'un lien de subordination, et par conséquent la présence d'un rapport de travail salarié, ont été précisées par la Cour de cassation dans l'arrêt Société générale, rendu le 15 novembre 1996.¹⁷⁵ Dans cet arrêt, la haute juridiction a établi que le lien de subordination est « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. »

¹⁶⁹ J. Savatier, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ La doctrine définit qu'il y a contrat de travail lorsque « une personne physique s'engage à travailler sous la subordination d'une autre, moyennant rémunération ». A. Supiot, *Le Droit du travail*, PUF 2004, p. 69.

¹⁷² Au critère de la subordination juridique s'ajoutent deux autres critères pour qualifier un rapport de droit privé comme un rapport de travail salarié, à savoir : la prestation de travail réalisée par le salarié et la rémunération assurée par l'employeur moyennant cette prestation.

¹⁷³ G. Couturier, *op.cit.*, p. 102.

¹⁷⁴ J. Péliissier ; G. Auzero ; E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 235.

¹⁷⁵ Cass. soc., 15 novembre 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux.

La subordination juridique n'établit pas seulement l'existence d'un rapport de travail salarié. Il constitue également un critère identifiant la personne ayant la qualité d'employeur.¹⁷⁶ En principe, l'employeur reste « celui sous l'autorité duquel le salarié est placé et pour le compte duquel le travail est exécuté. »¹⁷⁷

La personne à laquelle le salarié est juridiquement subordonné est qualifiée d'employeur à l'égard de ce dernier. Ainsi, l'employeur est la personne qui exerce une autorité sur le salarié, qui détient le pouvoir de diriger et de contrôler son travail, et qui lui donne des ordres auxquels il doit obéir.¹⁷⁸ Également, l'employeur assure l'exécution des obligations patronales, comme le paiement des salaires.

83. Suivant cette analyse, au niveau du groupe de sociétés, la société ayant la qualité d'employeur est celle détenant les pouvoirs susmentionnés à l'égard du salarié. Les autres sociétés composant le groupe auquel appartient cette société ne sont liées par aucun rapport de subordination avec ce salarié et ne peuvent de ce fait se voir conférer la qualité d'employeur.

II. L'analyse civiliste de la relation de travail comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés d'un groupe.

84. Une analyse *civiliste* de la relation de travail conduit également à pouvoir dénier la qualité d'employeur aux autres sociétés composant le groupe auquel est rattachée la société employeur. En effet, la soumission du contrat de travail, qui représente juridiquement la relation de travail, aux principes de droit commun des contrats,¹⁷⁹ fait obstacle à l'extension de cette qualité à ces sociétés. L'obstacle tiré de la théorie de l'autonomie de la volonté (A), et l'obstacle relatif au principe de l'effet relatif du contrat (B), justifient cette conception.

A. L'obstacle relatif à la théorie de l'autonomie de la volonté.

¹⁷⁶ G. H. Camerlynck, *op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁷ M. Henry, « Circulation et reclassement des salariés dans les groupes de sociétés : incidences sur les relations individuelles de travail », *Cah.soc.* Barreau Paris, 1996, n° 83, p. 263.

¹⁷⁸ G. Couturier, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁹ P. Lokiec, *Droit du travail*, tome I, *les relations individuelles de travail*, PUF, 2011, p. 54.

85. Notion philosophique influencée par le libéralisme individuel, à l'origine, la théorie de l'autonomie de la volonté considère l'homme comme un être raisonnable et libre, et doué d'une volonté autonome. Cette théorie estime que ladite volonté « est dotée d'un pouvoir autonome de créer du droit, d'engendrer à elle seule des effets de droit. »¹⁸⁰

La théorie de l'autonomie de la volonté constitue le fondement du principe de la force obligatoire du contrat, consacré par le fameux article 1134, al. 1 du Code civil,¹⁸¹ qui oblige les parties contractantes à respecter et à exécuter les obligations qu'elles ont décidées.¹⁸² Les obligations portées dans le contrat deviennent des lois pour les parties contractantes et pour le juge.¹⁸³ Toutefois, la force obligatoire du contrat n'est pas absolue, puisqu'elle peut être délimitée par l'ordre public et les bonnes mœurs, et également par le juge qui peut en supprimer les stipulations contractuelles abusives.¹⁸⁴

L'application du principe de l'autonomie de la volonté et celui de la force obligatoire du contrat qui en découle sur le rapport de travail écarte l'extension de la qualité d'employeur au groupe de sociétés. Car, le rapport de travail se crée par l'accord de volonté des parties contractantes que sont la société contractante et le salarié. Or, la volonté de ce dernier ne s'est pas croisée avec celle des autres sociétés du groupe dont relève cette société. En effet, ces sociétés n'ont pas exprimé leur consentement pour se lier contractuellement avec le salarié et ne peuvent par conséquent pas se voir accorder la qualité d'employeur à son égard.

B. L'obstacle relatif au principe de l'effet relatif du contrat.

86. L'article 1165 du Code civil dispose que « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » Explicitement, l'idée fondamentale qui ressort de ce principe, qui complète et explicite le principe de la force obligatoire du contrat,¹⁸⁵ c'est que les obligations et les droits contenus dans le contrat ne concernent que les parties contractantes à ce

¹⁸⁰ J.-L. Aubert et F. Collard-Dutilleul, *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, 2010, p. 24.

¹⁸¹ L'article 1134 du Code civil dispose que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

¹⁸² P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 2003, p. 366.

¹⁸³ A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 2010, p. 20.

¹⁸⁴ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 367.

¹⁸⁵ A. Bénabent, *op. cit.*, p. 187

contrat.¹⁸⁶ Implicitement, ce principe impose que les effets obligatoires résultant de la conclusion du contrat ne s'étendent pas aux tiers.¹⁸⁷ Ces derniers ne sont ni créanciers ni débiteurs à l'encontre des obligations contractuelles conçues par les parties contractantes.¹⁸⁸

87. Au même titre que la théorie de l'autonomie de la volonté, l'application du principe de l'effet relatif des conventions écarte l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés du groupe. En effet, les obligations et les droits prévus dans ce contrat ne concernent que les parties contractantes que sont l'employeur et le salarié.¹⁸⁹ Ces deux parties contractantes sont seules tenues réciproquement à un certain nombre d'obligations légales et contractuelles.¹⁹⁰

L'appartenance de l'employeur à un groupe de sociétés ne change rien, car celui-ci reste seul débiteur à l'égard de son salarié contractant, tandis que les autres sociétés du groupe sont considérées comme des tiers vis-à-vis du salarié. Le salarié, pour sa part, ne peut faire valoir ses droits qu'à l'encontre de son entreprise contractante et non à celle des autres entreprises du groupe auquel elle appartient. Ainsi, il ne peut intenter d'action en justice pour demander le respect de ses droits que contre son employeur.

Section II. Les illustrations jurisprudentielles méconnaissant la qualité d'employeur aux entreprises composant un groupe de sociétés.

88. En s'appuyant sur les obstacles précédemment étudiés, des solutions jurisprudentielles se déduisent que la qualité d'employeur n'est accordée qu'à l'entreprise cocontractante des salariés et non aux autres entreprises composant le groupe auquel appartient cette entreprise.

Ces solutions jurisprudentielles retiennent, d'une part, l'entreprise cocontractante comme l'unique partie débitrice à l'encontre des obligations légales imposées par le droit du travail au profit des salariés (§I), et, d'autre part, elles regardent cette entreprise également

¹⁸⁶ « Seules les personnes qui ont conclu le contrat peuvent être obligées de l'exécuter ou sont autorisées à en réclamer le bénéfice ». M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2010, p. 504.

¹⁸⁷ « Les actes conclus par les uns ne peuvent ni nuire ni profiter aux autres », B. Fages, *Droit des obligations*, L.G.D.G., 2011, p. 221.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 222.

¹⁸⁹ « Le contrat de travail constitue donc une convention synallagmatique, avec interdépendance des obligations réciproques des deux parties qui se servent réciproquement de cause ». P. Durand, T.II, n° 124 ; A. Brun et Galland, II, 36, cité par G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁰ F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, L.G.D.J., 2009, p. 463.

comme l'unique partie créancière à l'égard de ces salariés (§II). Les autres entreprises composant le groupe dont relève l'entreprise contractante ne sont ni parties débitrices, ni parties créancières à l'égard des salariés de l'entreprise.

§I. L'entreprise cocontractante constitue l'unique partie débitrice à l'égard des obligations légales imposées par le droit du travail au profit des salariés.

89. La CJUE affirme que l'obligation d'informer et de consulter les représentants des salariés, imposée par la directive 98/59 concernant les licenciements économiques collectifs, pèse uniquement sur l'entreprise cocontractante des salariés (I). Dans le même esprit, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que l'entreprise cocontractante est seule tenue d'assurer la réintégration des salariés dont le licenciement est annulé, et non les autres entreprises du groupe auquel elle est rattachée cette entreprise (II) ; la Cour considère également que cette entreprise constitue le responsable unique à l'égard du droit à la priorité de réembauche (III).

I. L'entreprise cocontractante constitue l'unique partie débitrice à l'égard de l'obligation relative à l'information et la consultation des représentants des salariés prévue par la directive 98/59 concernant les licenciements économiques collectifs : l'arrêt Akavan.

90. Dans l'arrêt Akavan, rendu le 10 septembre 2009, la CJUE a été amenée à déterminer la notion d'employeur dans le cadre de licenciements économiques ayant eu lieu à l'intérieur d'un groupe de sociétés.¹⁹¹ Plus précisément, la CJUE était appelée à répondre à deux questions essentielles :

¹⁹¹ CJUE, 10 septembre 2009, Akavan Etityisalojen Keskusliitto AEK c/ Fujitsu Siemens Computers Oy, aff. C-44/08, *RJS*, 12/09, p. 786, note F. Kessler. Dans cette affaire (affaire Akavan), une société mère néerlandaise exerçant son activité dans le domaine de l'informatique, avait adopté un projet visant la cessation de l'activité de sa filiale finlandaise. Le projet a été concrétisé par une décision prise par le conseil d'administration de la filiale finlandaise, avec des licenciements économiques pour conséquence. Ces licenciements ont été contestés par le syndicat agissant pour le compte de certains salariés, pour violation de la loi finlandaise relative à l'information et la consultation des représentants du personnel. Cette demande a été rejetée par les juges de première instance et ceux d'appel. La Cour de cassation finlandaise a souhaité prendre l'avis de la CJCE, essentiellement sur deux questions : premièrement, sur le moment de la consultation et, deuxièmement, sur le titulaire de l'obligation de l'information et la consultation des représentants des salariés.

1° Qui assure l'obligation de l'information et la consultation des représentants des salariés prévue par la directive 98/59 concernant les licenciements collectifs, lorsque ceux-ci sont envisagés par un employeur appartenant à un groupe de sociétés ?

2° La qualité d'employeur peut-elle être étendue aux autres entreprises composant le groupe de sociétés auquel appartient l'employeur cocontractant ?

91. Concernant la première question, il faut rappeler tout d'abord que les articles 2 et 3 de la directive 98/59 relative aux licenciements collectifs¹⁹² obligent l'employeur à respecter certaines mesures lorsqu'il envisage des licenciements économiques. Si l'article 2 de la directive met à la charge de l'employeur l'obligation de consulter les représentants des salariés en temps utile, afin d'aboutir à un accord, l'article 3 l'oblige l'employeur à communiquer en temps utile aux représentants toutes les informations concernant les licenciements envisagés, comme le motif du projet de licenciement, le nombre et la catégorie des salariés touchés, etc.¹⁹³ Le point essentiel sur lequel insistent ces dispositions, c'est que l'employeur est tenu d'effectuer ces mesures avant de prendre la décision de licencier.

92. Toutefois, lorsque les licenciements économiques envisagés sont conçus par une société mère qui contrôle la société employeur (société filiale), une question relative à l'identification du titulaire de l'obligation d'information et de consultation des représentants des salariés se pose : est-ce la société filiale avec laquelle les salariés sont liés par des contrats de travail, ou est-ce la société mère de cette société filiale ?

La CJUE, dans l'arrêt Akavan, a clairement désigné l'employeur contractuel comme responsable unique de ces obligations, en jugeant que « le seul destinataire des obligations en matière d'information, de consultation et de notification est l'employeur, c'est-à-dire une personne physique ou morale qui se trouve dans une relation de travail avec les travailleurs susceptibles d'être licenciés. » (point 57)

¹⁹² La directive 98/59 du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JOUE, n° L 225, 12 août 1998, p.16.

¹⁹³ L'information et la consultation des représentants des salariés ont pour objectif, comme le précise l'article 2 §2 de la directive 98/59 : « d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences, par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés ».

La CJUE a précisé que l'obligation d'informer et de consulter les représentants des salariés pèse uniquement sur l'employeur contractuel (la société filiale), même si la décision de licencier émane de la société mère du groupe auquel appartient l'employeur. Cette solution a été expressément précisée par la CJUE en énonçant qu'« indépendamment du fait que des licenciements collectifs sont envisagés ou projetés à la suite d'une décision de l'entreprise qui emploie les travailleurs concernés ou d'une décision de sa société mère, c'est toujours la première qui est obligée, en tant qu'employeur, d'engager les consultations avec les représentants de ses travailleurs. » (point 62)

La CJCE a considéré la société filiale comme employeur unique qui devait supporter seule les conséquences du non-respect de l'obligation d'informer et de consulter les représentants des salariés frappés par les licenciements,¹⁹⁴ précisant que cette société ne pouvait justifier la transgression de ces obligations (ou le retard à effectuer ces obligations) par l'absence de communication avec la société mère qui avait pris la décision de licencier.¹⁹⁵

93. Quant à la deuxième question, la société mère d'un groupe peut-elle être reconnue comme employeur des salariés de sa société filiale ? La CJUE a clairement dénié cette possibilité en affirmant qu'« une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur. » (point 58) Pour préciser ce point, la CJUE a énoncé que l'employeur est « la personne physique ou morale qui se trouve dans une relation de travail avec les travailleurs susceptibles d'être licenciés. » (point 57) En l'espèce, c'est la société filiale qui détenait seule la qualité d'employeur vis-à-vis des salariés car c'était elle qui était liée avec ces derniers par un rapport de travail.

94. Il est remarquable que la CJUE, dans son analyse, n'a pas pris en considération les liens économiques ou structurels liant la société filiale et la société mère, pour attribuer à cette dernière la qualité d'employeur.¹⁹⁶ La CJUE a refusé de reconnaître la qualité d'employeur à la société mère, même si cette dernière exerçait un contrôle économique et prenait des décisions contraignantes à l'égard de la société filiale.

¹⁹⁴ CJCE 10 sept 2009, Akavan Etityisalojen Keskusliitto AEK c/ Fujitsu Siemens Computers Oy, aff, C-44/08, *JCP, S*, 2009, n° 44, 1493, note, E. Jeansen.

¹⁹⁵ Art 2§4, al 2 de la directive 98/59.

¹⁹⁶ S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, 2010, p. 450.

II. La délimitation du champ d'application du droit à la réintégration uniquement dans l'entreprise cocontractante des salariés.

95. La réintégration constitue une sanction possible en cas de licenciements injustifiés,¹⁹⁷ ou jugés sans cause réelle et sérieuse.¹⁹⁸ Le législateur, à l'article L.1235-3 du Code du travail, accorde au juge la faculté de proposer la réintégration du salarié intéressé, lorsqu'il constate que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse,¹⁹⁹ à condition que ce salarié possède deux ans d'ancienneté et travaille dans une entreprise occupant au moins onze salariés.²⁰⁰

Surtout, la Cour de cassation affirme que la nullité du licenciement offre au salarié le droit d'être réintégré, s'il le demande, au sein de son entreprise, dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent.²⁰¹ La réintégration remet les parties intéressées dans l'état où elles étaient avant le licenciement, en entraînant la poursuite du contrat de travail du salarié.²⁰²

96. Toutefois, lorsqu'il s'avère que sa mise en œuvre est impossible, la réintégration du salarié peut être écartée bien qu'elle soit demandée par ce dernier. Cette possibilité a été précisée par le Conseil constitutionnel qui a énoncé qu'il appartient au juge d'ordonner la réintégration, « sauf si cette réintégration est devenue impossible ; qu'à titre d'illustration d'une telle impossibilité, le législateur a mentionné certains exemples tels que la fermeture de

¹⁹⁷ S. Koleck-Desautel, « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Lexbase Hebdo*, éd. S, n° 68, du jeudi 24 avril 2003.

¹⁹⁸ La réintégration accomplit une autre fonction consistant à permettre à certains salariés se trouvant dans des situations précisées par le législateur de conserver leur emploi. À titre d'exemple, le cas d'annulation d'une autorisation administrative de licencier un représentant du personnel (art L.2422-1 du Code du travail), le cas du licenciement d'un salarié gréviste n'ayant pas commis de faute lourde (art. L.2511-1 du Code du travail), le cas relatif au retour du travailleur du service national (art. L.3142-71 du Code du travail). La réintégration s'applique également au salarié apte revenant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Ce salarié retrouve son emploi ou un emploi similaire avec une rémunération équivalente (art.L.1226-8 du Code du travail). F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, L.G.D.J, 2000, p. 17 ; B. Desjardins, « La réintégration », *Dr. soc.*, 1992, p. 766.

¹⁹⁹ L'article L.1235-3 Code du travail dispose que « si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ».

²⁰⁰ Ces deux critères sont énoncés par l'article L.1235-5 du Code du travail.

²⁰¹ L'obligation par l'employeur de réintégrer le salarié dont le licenciement est jugé nul a été clairement décidée par la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 avril 2003, en affirmant que : « lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent ». Cass. soc., 30 avril 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 827, note B. Gauriau.

²⁰² G. Couturier, « L'impossibilité de réintégrer : Sur l'article 77-V de la loi de programmation pour la cohésion sociale », *Dr. soc.*, 2005, p. 404.

l'établissement ou du site, ou l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié. »²⁰³ En s'alignant sur le raisonnement du Conseil constitutionnel, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré la cessation définitive de l'activité de la société comme un obstacle matériel à la réintégration des salariés intéressés.²⁰⁴

97. En ce qui concerne le champ d'application de l'obligation de réintégration, l'appartenance de l'entreprise employeur qui licencie à un groupe de sociétés nous conduit à nous interroger sur la prise en considération de cette structure économique dans la mise en œuvre de cette obligation : l'obligation de réintégration cible-t-elle uniquement l'entreprise qui licencie, ou s'étend-t-elle aux autres entreprises composant le groupe auquel appartient cette entreprise ?

Les solutions jurisprudentielles qui se prononcent sur cette question affirment que le champ d'application de l'obligation ne s'étend pas aux autres entreprises du groupe auquel appartient la société employeur qui licencie. À ce propos, dans l'arrêt Wolber, la Cour de cassation, en cautionnant le raisonnement de la cour d'appel, a considéré l'entreprise employeur (Wolber) comme l'unique partie débitrice de l'obligation de réintégrer les salariés dont le licenciement est arrêté, et non les autres entreprises composant le groupe (Michelin) auquel appartient cette entreprise.²⁰⁵

Dans cet arrêt, la haute juridiction n'a pas précisé clairement si le groupe Michelin, auquel appartient l'entreprise employeur Wolber, pouvait constituer ou non un cadre d'application de l'obligation de réintégration, parce qu'elle a estimé que les salariés dont le licenciement économique était annulé ne demandaient leur réintégration que dans leur emploi antérieur au sein de leur entreprise employeur et non dans des emplois équivalents disponibles dans les autres sociétés du groupe Michelin.²⁰⁶

La mise à l'écart de l'obligation de réintégration des autres sociétés du groupe a en revanche été expressément précisée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 15 février 2006.²⁰⁷ Dans cet arrêt, la haute juridiction a décidé sans équivoque

²⁰³ C. cons., 13 janvier 2005, n° 2004-509, DC.

²⁰⁴ Cass. soc., 15 juin 2005, *D.*, 2005, IR, p. 1960.

²⁰⁵ Cass. soc., 15 juin 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 847, note G. Couturier.

²⁰⁶ *Ibid.*.

²⁰⁷ Cass. soc., 15 février 2006, *JCP, G*, 2006, II, 10068, note D. Corrignan-Carsin.

« qu'après annulation d'un licenciement pour nullité du plan social, aujourd'hui plan de sauvegarde de l'emploi, l'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur. » Cette solution a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 9 juillet 2008, qui énonce : « L'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur. »²⁰⁸

98. Toutefois, il faut souligner que la haute juridiction permet d'élargir le périmètre de l'obligation de réintégration aux entreprises formant avec l'entreprise employeur une unité économique et sociale (UES).²⁰⁹ La Cour de cassation justifie cet élargissement par le fait que ces entreprises, quoique juridiquement autonomes, constituent en réalité une seule entreprise. En revanche, pour la Cour de cassation, le groupe de sociétés, à la différence de l'UES, ne constitue pas une seule entreprise, au moins à l'égard de l'obligation de réintégration, et donc les sociétés qui le composent ne sont pas tenues à concourir à la mise en œuvre de cette obligation avec la société employeur. Cette dernière est l'unique responsable à l'égard de la réintégration du salarié – ou des salariés – dont le licenciement est annulé.

99. La délimitation du périmètre de l'obligation de réintégration des salariés dont le licenciement est annulé, uniquement à l'entreprise cocontractante sans l'élargissement de ce périmètre aux autres entreprises du groupe, démontre encore que ces dernières ne possèdent pas la qualité d'employeur à l'égard de ces salariés. L'entreprise cocontractante de ces salariés constitue l'unique employeur à leur égard et assure seule de ce fait leur réintégration.

²⁰⁸ Cass. soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-41.845, *D.*, 2008, juris, p.2149, note L. Perrin.

²⁰⁹ Cass. soc., 16 octobre 2001, *Bull. civ.*, V, n° 324. Il s'agit d'un litige liant le salarié Lestapis contre le mandataire de la société africaine et autre. Le salarié Lestapis – partie requérante – occupait le poste de directeur de la publication puis de rédacteur en chef de la société SAPEF assumait également simultanément les fonctions de délégué du personnel et de conseiller du salarié. Suite aux litiges relatifs essentiellement à sa rémunération, son contrat a été rompu. Cette rupture a été refusée par la cour d'appel de Paris qui a estimé que le statut protecteur du salarié avait été violé et avait ordonné par conséquent sa réintégration dans son emploi. Mais, en raison de la liquidation judiciaire de la société SAPEF, la réintégration ne pouvait avoir lieu. Le salarié a engagé une nouvelle action pour obtenir sa réintégration dans l'une des sociétés du groupe, mais cette demande a été refusée par la cour d'appel de Paris. La chambre sociale de la Cour de cassation a par contre décidé que le groupe de sociétés pouvait constituer un cadre d'application de la réintégration, en précisant que « lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physique constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas, en particulier lorsqu'une unité économique et sociale reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé, s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe ».

III. La délimitation du champ d'application du droit à la priorité de réembauche uniquement à l'entreprise cocontractante des salariés.

100. L'article L.1233-45 du Code du travail accorde au salarié licencié pour motif économique le droit d'être réembauché d'une manière prioritaire au sein de son ancienne entreprise employeur.²¹⁰ Cet article prévoit que le salarié intéressé doit manifester sa volonté pour se prévaloir de ce droit, durant un délai d'un an à compter de la date de la rupture de son contrat. Le droit de réembauche est reconnu à tout salarié, quels que soient son ancienneté, l'effectif de l'entreprise et la nature du licenciement économique.

Lorsque le salarié exprime sa volonté d'exercer son droit à la priorité de réembauche,²¹¹ L.1233-45 du Code du travail précise que l'employeur est tenu de l'informer, ainsi que les représentants du personnel, « de tout emploi disponible et compatible avec sa qualification. »²¹² À défaut, l'employeur sera condamné à dédommager le salarié en question pour violation des règles relatives à la priorité de réembauche.²¹³

101. Concernant le cadre dans lequel s'exerce le droit à la priorité de réembauche, et si l'entreprise dispose de plusieurs établissements, l'appréciation du respect de ce droit ne pose guère de difficultés, dans la mesure où cette appréciation s'étend à l'ensemble des établissements et non au seul établissement dont dépend le salarié. Celui-ci ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte de celle des autres établissements de l'entreprise et, de ce fait, l'employeur est tenu de rechercher tout emploi disponible et compatible avec les compétences du salarié intéressé, non seulement en son sein mais également dans les autres établissements. L'établissement auquel le salarié était affecté constitue avec les autres établissements une seule entreprise et au niveau social un seul employeur.

²¹⁰ Conçu par la loi n° 89-549 du 2 août 1989, le droit à la priorité de réembauche trouve son origine dans l'accord national interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969 (modifié par l'accord du 20 octobre 1986).

²¹¹ Le droit à la priorité de réembauche fait partie des droits facultatifs dont le bénéfice exige que le salarié exprime sa volonté d'en user. Le salarié doit présenter à son employeur une demande dans laquelle il manifeste son désir de se prévaloir de son droit à la priorité de réembauche. D. Corrigan-Carsin, *op. cit.*, p. 644.

²¹² Avant même cette étape, l'employeur est tenu de mentionner, dans la lettre de licenciement pour motif économique, non seulement les motifs économiques allégués à l'appui dudit licenciement, mais également du droit à la priorité de réembauche dont le salarié intéressé peut se prévaloir. À défaut, la procédure de licenciement pourrait être considérée comme irrégulière. *Ibid.*.

²¹³ D. Corrigan-Carsin, « Priorité de réembauchage », *RJS*, 10/94, p. 643.

102. En revanche, lorsque l'entreprise qui licencie appartient à un groupe, la question se pose de savoir si le droit à la priorité de réembauche s'apprécie uniquement au niveau de l'entreprise qui licencie ou s'il s'étend aux autres entreprises composant le groupe auquel l'entreprise est rattachée ? La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 janvier 2008, a délimité le périmètre de l'exercice de ce droit uniquement à l'entreprise qui licencie le salarié et en écarte les autres entreprises du groupe.²¹⁴

Cette jurisprudence de la Cour de cassation, affirmant que le droit à la priorité de réembauche ne peut s'appliquer qu'au niveau de l'entreprise employeur et non dans le cadre du groupe dont elle relève, constitue une autre illustration du refus de reconnaître la qualité d'employeur aux autres entreprises composant le groupe. Ces entreprises restent des tiers vis-à-vis du salarié intéressé, ce dernier ne pouvant invoquer son droit à la priorité de réembauche qu'à l'égard de l'entreprise employeur ayant prononcé son licenciement.

§II. L'entreprise cocontractante constitue l'unique partie créancière à l'égard des obligations contractuelles engageant les salariés : l'exemple de la clause de non-concurrence.

103. La clause de non-concurrence fait partie des clauses contractuelles destinées à produire leur effet lors de la rupture du contrat de travail. En effet, le salarié s'engage, en vertu de cette clause, à ne pas exercer d'activité concurrentielle pour le compte d'entreprises concurrentes, après la rupture du contrat de travail avec son employeur.²¹⁵ En d'autres termes, le salarié s'engage à rester dans une certaine mesure fidèle à son employeur après son départ de l'entreprise.

²¹⁴ Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-43879. Il s'agit d'une salariée, licenciée le 4 avril 2003, par la Caisse centrale du Crédit mutuel (CCCM), pour motif économique. Cette salariée avait été engagée en qualité de comptable dactylo et promue par la suite au poste de « responsable du département *back-office* ». La cour d'appel a condamné la CCCM au paiement de sommes pour non respect de la priorité de réembauche, lorsqu'elle a constaté que cette dernière n'avait pas informé la salariée de l'existence d'une proposition au poste de responsable des opérations sur titre, pour lequel le Crédit mutuel a fait paraître une proposition d'emploi sur internet, et n'a pas donné suite à sa candidature du 16 juin 2004. La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel en précisant que le poste était à pourvoir au sein du Crédit mutuel Titres, entité distincte de la société employeur CCCM. La haute juridiction a affirmé que la priorité de réembauche ne pouvait s'exercer à l'égard du Crédit mutuel Titres.

²¹⁵ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *op.cit.*, p. 209, A. Mazaud, *op.cit.*, p. 313.

104. Concernant la validité de la clause de non-concurrence, les premières décisions de la jurisprudence tranchant cette question considéraient l'insertion de la clause de non-concurrence dans le contrat de travail comme licite, en principe, tant qu'elle ne portait pas atteinte au principe fondamental de la liberté du travail. Cette solution initiale a été explicitement exprimée par la haute juridiction, dans un arrêt, rendu le 8 mai 1967, qui indique qu'une « clause de non-concurrence est en principe licite et ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé. »²¹⁶

Néanmoins, pour des raisons sociales et économiques, cette conception initiale fut critiquée. Au niveau social, l'élargissement des limites de la licéité de la clause de non-concurrence ne permettait pas au salarié intéressé de trouver un emploi, notamment en période de crise, tandis qu'au niveau économique, cet élargissement privait le pays de la compétence de ses cadres dans les domaines où ces derniers étaient spécialisés.²¹⁷

Pour contenir ces critiques et pour mieux assurer la protection des intérêts des salariés, une nouvelle conception fut adoptée par la jurisprudence subordonnant la licéité de la clause de non-concurrence à la réunion de quatre conditions relatives aux intérêts légitimes de l'entreprise : limitation dans le temps, imitation géographique, condition relative à l'activité professionnelle et exigence d'une contrepartie pécuniaire. Ces conditions ont été déclinées par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 10 juillet 2002.²¹⁸

105. D'un autre côté, une interrogation se pose concernant le cadre de l'application de la clause de non-concurrence, lorsque celle-ci est stipulée par une entreprise employeur faisant partie d'un groupe de sociétés : lors de la rupture du contrat de travail, le salarié intéressé sera-t-il obligé de ne pas exercer son activité professionnelle au sein des entreprises concurrentes de son ancienne entreprise employeur, et elles seules, ou bien cette obligation

²¹⁶ Cass. soc., 8 mai 1967, *Bull. civ.*, IV, n° 373.

²¹⁷ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 210.

²¹⁸ Cass. soc., 10 juillet 2002, *D.*, 2002, juris, p. 2491, note d'Yves Serra. Selon cette nouvelle conception, la licéité de la clause de non-concurrence exige premièrement que celle-ci soit indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Cette condition oblige les juges du fond, avant de se prononcer sur la licéité de la clause, à vérifier si cette dernière est justifiée par une nécessaire protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Deuxièmement, la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps et l'espace. Troisièmement, cette clause ne doit pas empêcher le salarié intéressé à exercer l'activité qui est lui propre. Et quatrièmement, la clause de non-concurrence doit comporter une obligation pour l'employeur de verser au salarié intéressé une contrepartie financière.

s'étend elle aussi aux entreprises concurrentes de toutes les autres sociétés composant le groupe ?

Une réponse obligeant le salarié que cette clause concerne à ne pas exercer son activité uniquement au profit des entreprises concurrentes de son ancien employeur confirmerait la conception attribuant exclusivement la qualité d'employeur à l'entreprise contractante. En effet, les solutions jurisprudentielles conçues par la chambre sociale de la Cour de cassation relatives à cette question ont écarté les autres entreprises composant le groupe du champ d'application de la clause de non-concurrence, en précisant que le salarié intéressé n'a pas le droit d'exercer son activité professionnelle uniquement au profit des entreprises concurrentes à son ancienne entreprise contractante.

Cette solution a été affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 22 mai 1995, qui dispose que « lorsqu'un salarié ne contracte qu'avec une société d'un groupe, la clause de non-concurrence ne peut concerner que cette société. »²¹⁹ L'arrêt de la Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel de Toulouse qui avait considéré que la clause de non-concurrence avait été violée par un salarié qui, après avoir démissionné de la société dite Fimédias, avait travaillé au service de la société dite Cool 4, dont les activités concurrençaient la société dite Graphimédias qui relevait du même groupe dont faisait partie son ancienne société employeur, Fimédias.²²⁰

Contrairement au raisonnement de la cour d'appel qui avait retenu que la clause de non-concurrence jouait pour toutes les sociétés du groupe auquel appartenait la société Fimédias, la chambre sociale de la Cour de cassation, en se fondant sur le principe de la force obligatoire des contrats exprimé par l'article 1134 du Code civil et de celui de l'effet relatif des contrats énoncé par l'article 1165 du même Code, a censuré ce raisonnement en décidant que seule la société Fimédias pouvait se prévaloir de la clause de non-concurrence mais non les autres sociétés du groupe dont elle relevait.

²¹⁹ Cass. soc., 22 mai 1995, n° 2243 PB, Magnaval c/ SA Fimédias, *RJS* 7/95, n° 778 ; *JCP*, E, 1995, II, n° 746, note K. Adom.

²²⁰ Dans le cas d'espèce, la clause de non-concurrence, insérée dans le contrat de travail liant la société Fimédias et le salarié (M. Magnaval), interdisait à ce dernier de travailler au profit de toute entreprise ayant pour activité l'édition publicitaire, le marketing direct et leurs annexes intervenant dans la grande distribution. Après sa démission de la société Fimédias, ce salarié s'est mis au service d'une société Cool 4, qui concurrençait les activités de la société Graphimédias qui appartenait au même groupe dont faisait partie son ancienne société employeur Fimédias. Cette dernière a saisi la juridiction prud'homale pour violation de la clause de non-concurrence.

106. La délimitation du champ d'application de la clause de non-concurrence uniquement à l'entreprise contractante du salarié constitue donc une autre illustration du refus de reconnaître la qualité d'employeur aux autres entreprises du groupe auquel est rattachée l'entreprise cocontractante. Ensemble, ces illustrations montrent bien que la jurisprudence sociale n'accorde la qualité d'employeur qu'à l'entreprise contractante des salariés. Pour la Cour de cassation, les autres entreprises composant le groupe dont relève l'entreprise contractante conservent la qualité de tiers à l'égard des salariés.

Chapitre II. Les notions fonctionnelles au service de la requalification de la qualité d'employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

107. La référence aux mécanismes juridiques formels liés à l'autonomie de la personne morale et au contrat de travail ne permet pas toujours, ni d'identifier le véritable employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés, ni la juste qualification de la notion d'employeur au sein de ces structures économiques. On le constate essentiellement lorsqu'il apparaît que c'est une autre société du groupe (souvent la société mère) qui détient l'autorité effective sur les salariés et non l'employeur contractuel de ces derniers (souvent une société filiale).²²¹

108. Pour requalifier la notion d'employeur au sein d'un groupe de sociétés, de telle sorte que cette qualité ne soit pas reconnue qu'à l'entreprise contractante des salariés, mais également à l'entreprise qui détient le véritable pouvoir sur lesdits salariés, la jurisprudence utilise deux notions fonctionnelles à savoir : la notion de *coemployeur* (Section I) et la notion d'*entreprise* (Section II).

Ces deux notions fonctionnelles permettent une juste requalification de la notion d'employeur à l'intérieur des groupes de sociétés, et contribuent de ce fait au respect de l'ordre – raison d'être du droit en général et du droit du travail en particulier.²²² Ces deux notions contribuent également à l'adaptation du droit aux faits ou aux réalités nouvelles.²²³

²²¹ Isabelle Vacarie décrit cette situation en observant que « les groupes de sociétés sont le plus souvent coiffés par une *holding* dont l'objet consiste à prendre des participations dans d'autres entreprises en vue de diriger et contrôler leur activité. Cette *holding*, généralement une société anonyme, joue le rôle de société mère. Concentrant toutes les participations au capital des filiales, elle détient le pouvoir de décision pour l'ensemble du groupe. Cette puissance l'amène à doubler son activité financière d'une activité de direction économique du groupe ; elle en devient le centre de décision ultime [...] La mainmise de la société mère sur les conseils d'administration de ses filiales cantonne ceux-ci dans un rôle secondaire : ce ne sont plus des organes de direction mais des organes d'exécution lorsqu'ils ne sont pas purement fictifs. Ils sont éclipsés par la direction fonctionnelle du groupe ». I. Vacarie, *op. cit.*, p. 4.

²²² « Tout ordre social est exposé à des contestations, à des infractions et à des antagonismes, en raison de la diversité des intentions et des relations entre les hommes. Le droit est une activité au service de l'ordre, non pour lui-même, mais d'un ordre considéré comme chose juste ». J. Freund, « Michel Villey et le renouveau de la philosophie du droit », p.6, *Archives de philosophie du droit*, tome 37, *Droit et économie*, Sirey, 1992.

²²³ Le professeur Charley Hannoun observe que le fonctionnalisme constitue une spécificité essentielle qui caractérise le droit des groupes de sociétés. Pour cet auteur, le droit des groupes est un droit composé par des notions fonctionnelles – ou à caractère fonctionnel – qui « n'ont pas de réelle unité conceptuelle », mais elles ont pour fonction la réalisation d'un objectif déterminé. Selon cet auteur, le législateur et le juge utilisent les notions fonctionnelles pour « conférer à la réglementation des groupes un caractère pragmatique et correcteur ». C. Hannoun, *Le Droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., 1991, p. 7 et 8.

Section I. La notion de coemployeur, une solution fonctionnelle permettant d'étendre la qualité d'employeur dans un groupe de sociétés.

109. La notion de coemploi constitue une technique juridique qui permet de rendre une société du groupe (souvent la société mère) coemployeur et, en conséquence, débitrice des salariés d'une autre société du groupe (souvent une filiale). L'utilité de cette technique se fait sentir essentiellement lorsque les salariés sont licenciés pour motif économique, à la suite de la cessation d'activités de leur employeur contractuel. Les salariés peuvent mettre à la charge d'une autre société du groupe qui n'est pas liée avec eux par un contrat de travail les obligations attachées à la qualité d'employeur.

Ainsi conçue, la technique du coemploi remplit une fonction de justice sociale, dans la mesure où elle ne vise pas à la reconnaissance d'un employeur additionnel, comme l'observe Grégoire Loiseau, mais à « voir exister un débiteur mis dans l'obligation d'indemniser la perte d'emploi de travailleurs avec lesquels il n'a pas contracté²²⁴. » La raison d'être de cette technique tient principalement à trouver pour les salariés un débiteur solvable autre que la personne morale avec laquelle ces derniers sont liés par des contrats de travail²²⁵.

Cette technique juridique permet également d'amener les sociétés mères des groupes à prendre leurs responsabilités devant la destruction des emplois qu'elles causent en sacrifiant leurs filiales peu rentables²²⁶. Ces sociétés mères qui sont à l'origine, pour des raisons économiques, de la liquidation judiciaire de leurs filiales doivent assumer, en vertu de cette technique, le paiement des indemnités des salariés de ces dernières devenues insolvables.

110. Le coemploi constitue, certes, une menace pour les groupes de sociétés²²⁷, plus particulièrement pour les sociétés dominantes, car celui-ci les conduit à honorer les dettes sociales impayées par leurs filiales insolvables²²⁸. Le fait de recourir à la notion de coemploi s'écarte de l'orthodoxie juridique, en ce qu'il pose le principe de l'autonomie juridique de la personne morale et de la relativité des conventions, et justifie de dépasser la notion classique

²²⁴ G. Loiseau, « Les débordements du coemploi », *Cah. soc.*, Barreau Paris, 2013, n° 253, p. 208.

²²⁵ J.-F. Cesaro, « Le coemploi », *RJS*, 1/13, p. 5 ; G. Auzero, « Les effets avérés et à venir du coemploi », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 24.

²²⁶ G. Loiseau, « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP*, S, 2011, n° 47, p. 10

²²⁷ P.-H. Antonmattéi, « Groupes de sociétés : la menace du coemploi se confirme ! », *SSL*, n° 1484, p. 12.

²²⁸ G. Loiseau, *op.cit.*, p. 208.

d'employeur, notion qui suppose que chaque société du groupe est considérée comme employeur uniquement à l'égard des salariés avec lesquels elle est liée par un contrat de travail.

111. Théorie en construction, le coemploi impose d'analyser deux points fondamentaux. En premier lieu, il importe de l'identifier en posant la question suivante : dans quelle mesure une société du groupe (souvent la société mère) peut-elle être qualifiée de coemployeur des salariés d'une autre société du même groupe (souvent la société filiale) ? (§I). En deuxième lieu, l'étude exige d'en tirer les conséquences : quels sont les effets qui résultent d'un coemploi caractérisé ? (§II).

§I. L'identification du coemploi au sein du groupe de sociétés.

112. Caractériser une situation de coemploi à l'intérieur d'un groupe de sociétés engendre des effets importants à l'encontre de la société déclarée coemployeur ; cette dernière sera obligée, comme nous l'avons signalé, d'assumer les obligations attachées à la qualité d'employeur à l'égard des salariés d'une autre société du groupe. D'où la nécessité de savoir dans quelle mesure une société faisant partie d'un groupe peut être qualifiée de coemployeur des salariés d'une autre société du même groupe ?

Sur ce point, la jurisprudence sociale a connu une évolution. Dans le cadre de la conception classique, les juges se basaient sur le critère juridique de la subordination : une situation de coemploi est caractérisée lorsqu'on peut établir un rapport de subordination réel entre les salariés concernés et la société mise en cause en qualité de coemployeur (I). Aujourd'hui, les juges se fondent sur un critère économique dit de la *triple confusion* – d'intérêts, d'activité et de direction – entre l'employeur de droit des salariés (souvent une filiale) et la société mise en cause en qualité de coemployeur (souvent la société mère) (II).

I. Une conception classique du coemploi fondée sur le critère juridique de la subordination : nécessité d'établir un lien de subordination entre les salariés et la société mise en cause en qualité de coemployeur.

113. Dans le cadre de sa conception classique, la jurisprudence sociale s'est appuyée sur le critère de la subordination pour établir une situation de coemploi à l'intérieur d'un groupe de sociétés. Suivant cette conception, une société du groupe, souvent la société mère, peut être déclarée coemployeur des salariés d'une autre société du même groupe, souvent la société filiale, lorsque l'existence d'un rapport de subordination entre le salarié intéressé et la société mère est établie. Ce rapport est la condition nécessaire pour qu'une situation du coemploi au sein d'un groupe de sociétés soit caractérisée.

C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 13 mai 1969 a reconnu qu'une société mère italienne était coemployeur d'un salarié d'une filiale française²²⁹. Dans cette affaire, la haute juridiction a observé que le salarié était soumis aux instructions de la société mère italienne pour une partie de son activité commerciale, et relevé que ce salarié fournissait à la société mère des comptes rendus de son activité.

Dans le même esprit, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 10 avril 1975, a déclaré une société mère suisse coemployeur d'un salarié d'une filiale française, après avoir constaté que cette société mère était intervenue dans le recrutement de ce salarié et dans l'encadrement de son travail²³⁰. La même solution a été retenue par la haute juridiction à l'égard d'une société mère au motif que la décision de licencier une salariée avait été prise par le responsable du personnel de la société mère.²³¹

114. À ce critère fondamental de subordination s'ajoute un critère de nature économique, à savoir un lien économique caractérisé entre la société mère et sa filiale. La jurisprudence sociale se réfère aux rapports économiques liant la filiale et sa société mère pour reconnaître cette dernière comme coemployeur des salariés de la première. Cette jurisprudence a établi qu'il y avait, entre la société mère et sa filiale, identité des dirigeants, identité des sièges sociaux et des locaux, identité ou complémentarité des activités, communauté d'intérêts, de services communs, autorité et contrôle de la société mère sur sa filiale, etc.

115. Au niveau de la procédure, reconnaître la qualité de coemployeur à la société mère pose deux questions essentielles :

²²⁹ Cass. soc., 13 mai 1969, *Bull. civ.*, V, n° 315.

²³⁰ Cass. soc., 10 avril 1975, *Bull. civ.*, V, n° 188.

²³¹ Cass. soc., 22 septembre 1993, n° 15710.

1° Qui peut agir en justice pour demander cette reconnaissance ?

2° Quelle est la juridiction compétente pour trancher le litige relatif à cette reconnaissance ?

116. Au sujet de la première question, l'action en reconnaissance de la qualité de coemployeur ne peut être exercée que par le salarié intéressé. Concernant la capacité des institutions représentatives du personnel d'exercer cette action, il importe de distinguer entre le syndicat, instance représentative hors de l'entreprise, et le comité d'entreprise installé dans l'entreprise.

Le syndicat ne peut saisir le juge pour demander une telle reconnaissance au profit d'un ou de plusieurs salariés, car il n'a pas qualité pour demander l'octroi de droits et d'avantages de nature individuelle pour des salariés. La reconnaissance de la qualité de coemployeur concerne des droits individuels de certains salariés, et non les intérêts collectifs de la profession dont le syndicat assure la défense.

Les syndicats peuvent, comme le prévoit l'article L.2132-3 du Code du travail, agir en justice, à la condition qu'il s'agisse de faits « portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. » Or, l'action tendant à reconnaître une société comme coemployeur ne concernant pas les intérêts collectifs de la profession dont le syndicat assume la représentation, mais les intérêts personnels d'un ou plusieurs salariés, elle est attachée à la personne de celui qui se prétend créancier. Ce dernier peut seul exercer cette action.

Cette précision a été énoncée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 23 janvier 2008 qui affirme que « la reconnaissance d'un contrat de travail étant un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié, un syndicat n'est pas recevable à introduire une telle action²³². » Dans cette affaire, la haute juridiction a annulé l'arrêt de la cour d'appel déclarant que le syndicat CFDT du groupe Air France avait qualité à agir pour faire reconnaître la société Amadeus France SNC comme coemployeur des salariés de la société Amadeus SA.

²³² Cass. soc., 23 janvier 2008, *RJS* 3/08, n° 304.

En revanche, le comité d'entreprise semble avoir qualité à exercer une telle action. Un arrêt rendu le 22 août 2012 par le tribunal de grande instance de Lons-le-Saunier²³³ a accepté l'action en justice du comité d'entreprise d'une société filiale visant à déclarer coemployeur la société mère et demandant sa participation au plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par la filiale dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire.

117. Quant à la juridiction compétente pour statuer sur le litige relatif à la reconnaissance de la qualité de coemployeur, il faut souligner l'absence d'une disposition juridique qui donnerait une réponse précise à cette question. Toutefois, l'article R.1412-1 du Code du travail offre au salarié intéressé plusieurs choix pour pouvoir engager une action en reconnaissance de qualité de coemployeur à l'encontre d'une société mère, ou à l'encontre d'une autre société du groupe.

Le salarié intéressé peut, en vertu de l'article R.1412-1 du Code du travail, engager une telle action devant le Conseil de prud'hommes du siège de la société mère. Un tel choix nous semble logique. Mais, ce salarié peut aussi, selon cet article, assigner cette société devant le Conseil de prud'hommes du lieu de conclusion du contrat de travail, ou celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où le travail est effectué, ou encore celui où est situé son domicile.

II. Une nouvelle conception du coemploi fondée sur le critère économique de la triple confusion : nécessité de caractériser une confusion « d'intérêts, d'activité et de direction » entre la société employeur et la société mise en cause en qualité de coemployeur.

118. Cette nouvelle conception jurisprudentielle restreint le cercle de la notion de coemploi à l'intérieur du groupe de sociétés. Caractériser une situation de coemploi n'exige plus d'établir un lien de subordination entre une société du groupe, souvent la société mère, et les salariés d'une autre société du même groupe, souvent la filiale, mais de constater une triple confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – entre ces deux sociétés.

²³³ TGI, Lons-le-Saunier, 22 août 2012, n° 12/01079.

Aujourd'hui, la chambre sociale de la Cour de cassation trace les limites de la notion de coemploi au niveau du groupe de sociétés en fonction du critère de la triple confusion, d'intérêts, d'activités et de direction. Constaté que ces critères sont réunis caractérise la situation de coemploi (A). En revanche, l'existence de simples liens capitalistiques ne peut suffire à établir une telle situation (B).

A. La constatation de la triple confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – : un critère qui caractérise une situation de coemploi au sein du groupe de sociétés.

119. L'adoption de cette nouvelle conception du coemploi, fondée sur le critère économique de la triple confusion, remonte aux années 2000. Dans un arrêt rendu le 8 novembre 2006, la Cour de cassation s'est appuyée sur ce critère pour déclarer une société mère coemployeur et responsable, *in solidum*, avec sa filiale, du paiement des droits des salariés de cette dernière (paiement de salaires, des heures supplémentaires et des indemnités de congés payés)²³⁴. Pour la Cour de cassation, ces deux sociétés « formaient un ensemble uni par la confusion de leurs intérêts, de leurs dirigeants, de leurs activités et de leurs moyens d'exploitation. »

Selon cette conception, constater la triple confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – suffit à caractériser une situation de coemploi au sein d'un groupe de sociétés sans considération du critère juridique de la subordination. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 28 septembre 2011 avait clairement précisé cette solution en énonçant que : « La confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre une société mère et sa filiale, fait de la première le coemployeur des salariés de la seconde, sans qu'il y ait lieu d'établir un lien de subordination entre la société mère et les salariés de sa filiale²³⁵. »

²³⁴ Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 2525 F-D, Sté La Financière sport et loisir Gesclub c/Mary et a, *RJS*, 2007, n° 2. Le syndicat mixte d'aménagement du lac de Madine a délégué à la société La Financière sport et loisir (Gesclub) la gestion et l'exploitation d'une base de loisirs et de tourisme. Par la suite, cette mission a été confiée à une filiale (Callisto) créée à cette fin. Le syndicat a décidé de résilier le contrat d'affermage et a refusé de poursuivre les contrats de travail du personnel affecté sur cette base de loisirs. Ces salariés ont saisi le juge prud'homale pour obtenir leurs droits (dommages et intérêts et créances salariales, etc.). Les juges du fond et la Cour de cassation ont considéré la société mère (Gesclub) comme coemployeur des salariés de sa filiale (Callisto) et par conséquent responsable au paiement de leurs droits.

²³⁵ Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278, *LPA*, 2012, n° 25, p. 5, note J. Couard.

Suspendre le critère juridique de subordination au profit du critère économique de la triple confusion traduit la volonté de la Cour de cassation de prendre en compte les rapports qu'entretiennent les filiales avec leur société mère pour identifier le responsable débiteur des salariés au sein des groupes de sociétés²³⁶. Négligée auparavant, l'analyse des rapports existant entre les sociétés en cause constitue aujourd'hui, pour les juges, le mécanisme idéal pour caractériser, ou nier, une situation de coemploi au niveau des groupes de sociétés. À l'inverse, le critère juridique de la subordination semble inefficace pour assurer cette finalité.

120. Cette nouvelle jurisprudence de la notion du coemploi, bâtie sur le critère économique de la triple confusion, contribue à promouvoir l'éthique des affaires²³⁷, dans la mesure où elle permet de sanctionner les pratiques frauduleuses des sociétés mères qui s'immiscent abusivement dans les affaires de leurs filiales et provoquent leur liquidation lorsqu'elles deviennent insuffisamment rentables²³⁸. En effet, cette évolution permet de lutter contre les manœuvres des groupes de sociétés qui instrumentalisent les procédures collectives pour échapper à l'application du droit du travail et plus particulièrement du droit du licenciement pour motif économique²³⁹. À cet égard, le fait de reconnaître la qualité de coemployeur à la société mère du groupe prend un sens punitif²⁴⁰, ou relève un abus manifeste de personnalité morale²⁴¹.

121. Pour la doctrine²⁴², le critère économique de la triple confusion établit l'existence d'une immixtion anormale de la société mère dans l'administration et la gestion de la société filiale, à tel point que cette dernière n'est plus autonome. Constater la triple confusion démontre que le rapport qu'entretiennent les deux sociétés en cause dépasse l'état de simples liens capitalistiques au profit d'un état de subordination totale : l'employeur contractuel (la société filiale) se trouve réellement en état de subordination vis-à-vis de la société mère. Cette dernière assume indirectement la gestion²⁴³ des salariés de sa filiale et détient l'autorité

²³⁶ P.-H. d'Ornano, « L'employeur subordonné », *JCP*, S, 2011, n° 47, p. 14.

²³⁷ Note J. Couard, *op.cit.*, p. 10.

²³⁸ G. Loiseau, *op.cit.*, p. 10 ; C. Guillon, D. Janin, « Le coemploi : les moyens de riposte », *JCP*, S, 2013, n° 46, 32 ; P. Morvan, « L'identification du coemployeur », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 17.

²³⁹ C. Parès, « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail », *SSL* (supplément) 2011, n° 1508, p. 113.

²⁴⁰ Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22964, *Bull. Joly*, février 2012, n° 2, p. 171, note G. Loiseau.

²⁴¹ G. Auzero, *op. cit.*, p. 24.

²⁴² G. Loiseau, *op.cit.*, p. 10 ; E. Peskine, « La responsabilisation des sociétés mères », *Dr. ouv.*, 2013, n° 776, p. 159 ; P. Bailly, « Le coemploi : une situation exceptionnelle », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 29.

²⁴³ P. Morvan, *op.cit.*, p. 17.

effective²⁴⁴ sur eux. Dans ces conditions, la société mère mérite d'être qualifiée de coemployeur des salariés de sa filiale.

122. L'affaire *Aspocomp* est un bel exemple à l'appui de cette conception. La Cour de cassation a validé le raisonnement de la cour d'appel, de même que le premier jugement des prud'hommes, qui condamnait la société mère d'un groupe finlandais (la société *Aspocomp* OYJ), en qualité de coemployeur, à payer des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux salariés de sa filiale française (la société *Aspocomp* SAS)²⁴⁵. Pour adopter une telle solution, la Cour de cassation s'est appuyée sur le critère de la triple confusion, en affirmant que la salariée plaignante « avait accompli son travail sous la direction et au profit des sociétés *Aspocomp* et *Aspocomp* groupe OYJ, dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondus²⁴⁶. »

Dans l'affaire *Métaleurop*, qui fut l'occasion de confirmer cette position²⁴⁷, la Cour de cassation a approuvé l'arrêt déclarant une société mère (la société *Métaleurop* SA) coemployeur des salariés de sa filiale (la société *Métaleurop* Nord)²⁴⁸. En vertu de cette déclaration, la société mère a été considérée comme débitrice à l'égard de ces salariés d'une

²⁴⁴ Isabelle Vacarie décrit cette situation en observant que « les groupes de sociétés sont le plus souvent coiffés par une *holding* dont l'objet consiste à prendre des participations dans d'autres entreprises en vue de diriger et contrôler leur activité. Cette *holding*, généralement une société anonyme, joue le rôle de société mère. Concentrant toutes les participations au capital des filiales, elle détient le pouvoir de décision pour l'ensemble du groupe. Cette puissance l'amène à doubler son activité financière d'une activité de direction économique du groupe ; elle en devient le centre de décision ultime [...]. La mainmise de la société mère sur les conseils d'administration de ses filiales cantonne ceux-ci dans un rôle secondaire : ce ne sont plus des organes de direction mais des organes d'exécution lorsqu'ils ne sont pas purement fictifs. Ils sont éclipsés par la direction fonctionnelle du groupe ». I. Vacarie, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁵ Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42570, *JCP*, S, 2010, p. 15, note P. Morvan. La société *Aspocomp* SAS, filiale à 99 % du groupe finlandais *Aspocomp*, a été mise en liquidation judiciaire suite à la fermeture de l'usine qu'elle exploitait à Évreux. Contestant le bien fondé de leur licenciement, certains salariés ont dirigé des demandes contre la société *Aspocomp* SAS (employeur contractuel) et la société *Aspocomp* groupe OYJ. Cette dernière a été considérée par la Cour de cassation comme coemployeur des salariés de sa filiale.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278, *LPA*, 2012, n° 25, p. 5, note J. Couard ; *Bull. Joly*, janvier 2012, p. 59, note N. Moreli.

²⁴⁸ Suite à une opération de restructuration décidée au profit du groupe par une société mère (la société *Métaleurop* SA devenue la société *Recylex*), une unité de production et de commercialisation de métaux non ferreux exploitée par une société filiale (la société *Métaleurop* Nord) a été reconvertie en une unité de recyclage de métaux non ferreux. En raison de cette reconversion, la société filiale (la société *Métaleurop* Nord) a été mise en redressement puis en liquidation judiciaire, et en conséquence ses salariés ont été licenciés pour motif économique. Par la suite, quatre cent soixante-dix salariés ont engagé des procédures prud'homales contre les sociétés *Métaleurop* Nord et la société *Métaleurop* pour obtenir réparation d'un préjudice lié à la perte d'une chance de conserver leur emploi, et dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la cour d'appel, a décidé que « la société *Métaleurop* était coemployeur du personnel de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la société *Métaleurop* Nord à l'égard de la société mère. »

indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et de manquement à l'obligation de reclassement.

Pour justifier sa décision, la Cour de cassation a également relevé l'existence d'une confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – entre la société mère (société *Métaleurop SA*) et l'employeur contractuel (la société *Métaleurop Nord*), de telle sorte que l'autonomie de cette dernière était devenue sans existence réelle. La société filiale se trouvait dans un état de subordination totale vis-à-vis de la société mère, tant au niveau économique qu'au niveau social.

Sur le plan économique, la Cour de cassation a observé que la société mère contrôlait les décisions stratégiques de la filiale (la décision de restructurer la filiale et de tenir sa trésorerie), qu'il y avait entre les deux sociétés des dirigeants communs et que la société mère s'était directement chargée de négocier un moratoire à la place et pour le compte de sa filiale. Au niveau social, la société mère assurait le recrutement des cadres de la filiale et la gestion de leur carrière ; ces cadres étaient placés sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de la société mère à laquelle ils devaient rendre compte régulièrement de leur gestion. La société mère décidait en outre unilatéralement de l'attribution de primes aux cadres de direction de sa filiale. Pour les juges de cassation, ce faisceau d'indices démontrait la dépendance de la société filiale à l'égard de la société mère et justifiait de considérer cette dernière comme coemployeur des salariés de la première.

Dans le même esprit, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 novembre 2011²⁴⁹, s'est appuyée sur le critère économique de la triple confusion pour condamner une société mère allemande coemployeur des salariés de sa filiale française mise en liquidation judiciaire. Dans cette affaire, les salariés licenciés de la filiale française (MIC) ont contesté la rupture de leur contrat de travail et demandé le paiement d'indemnités à la fois à leur entreprise contractuelle (MIC) et à la société mère allemande du groupe *Jungheinrich*, en tant que coemployeur.

Sur le fond, la Cour de cassation devait se prononcer sur la reconnaissance ou non de la qualité de coemployeur à la société mère *Jungheinrich AG* : Cette dernière était-elle ou non

²⁴⁹ Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22964, *Bull. Joly*, février 2012, n° 2, p. 168, note G. Loiseau ; *JSL*, 2012, n° 314, p. 10, note M. Hautefort.

coemployeur des salariés de sa société filiale située en France (MIC) ? Après avoir analysé la nature du rapport liant la société MIC et la société mère *Jungheinrich AG*, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel, qui considérait cette dernière société comme coemployeur des salariés de la société MIC.

La haute juridiction a constaté que la société *Jungheinrich AG* détenait la quasi-totalité du capital de la société *MIC*, intervenait dans sa direction et dictait ses choix stratégiques. La haute juridiction a également relevé que les décisions engageant la société *MIC* et l'emploi de ses salariés ont été prises par la société *Jungheinrich*, et elle a établi que les deux sociétés constituaient « un ensemble uni par la confusion de leurs intérêts, de leurs dirigeants et de leurs moyens d'exploitation, dès lors elles sont toutes deux co-employeur du salarié. »

La Cour de cassation n'a pas donné raison à l'analyse de la société *Jungheinrich AG*, qui récusait la qualité de coemployeur, en avançant qu'elle n'avait jamais ni recruté, ni payé, ni dirigé les salariés de la société *MIC*, et elle n'avait jamais eu avec eux aucun contact direct. Cette société a essayé de s'exonérer de cette qualité en se fondant sur le raisonnement classique qui considère l'employeur comme un partenaire contractuel du salarié, ce dernier « accomplissant à son profit, dans un rapport de subordination, une prestation moyennant le paiement d'un salaire²⁵⁰. »

123. Cette conception restrictive de la notion d'employeur retenue par la société *Jungheinrich* a été rejetée par la Cour de cassation qui a précisé qu'« est également employeur une société dont les intérêts, les activités et la direction sont confondus avec ceux de l'employeur de droit, signataire du contrat de travail et exerçant au quotidien un pouvoir de direction sur le salarié. » Cette notion élargie d'employeur qu'a adoptée la Cour de cassation s'appuie sur l'interprétation que la CJCE a donnée de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui avait défini l'employeur comme « la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération²⁵¹. »

²⁵⁰ Note G. Loiseau, *op. cit.*, p. 169.

²⁵¹ Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, *JCP*, S, 2007, 1618, note Ph. Coursier ; *RDT*, 2007, p. 543, note F. Jault-Sezeke.

Nous considérons la notion d'employeur, telle qu'adoptée par la Cour de cassation dans l'affaire *Jungheinrich*, comme convaincante, dans la mesure où elle contribue à émanciper la qualité d'employeur de la tutelle de la théorie juridique classique qui reconnaît cette qualité uniquement à la personne (société filiale) qui recrute, paye, dirige, et entretient une relation directe avec les salariés. Cette évolution permet d'étendre la qualité d'employeur à une personne (société mère) qui n'est pas liée officiellement aux salariés par contrat de travail, mais qui exerce sur eux un pouvoir réel, sur le plan économique comme sur le plan social.

Cette évolution nous paraît logique en outre car elle adapte le droit aux faits. Démontrer une confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – entre la société mère et la filiale, suppose que cette dernière perd réellement son autonomie au profit de la première. Établir cette confusion montre que la société filiale et ses salariés sont, en fait, subordonnés à la société mère. Dans ces conditions, la société mère mérite d'être qualifiée de coemployeur des salariés de sa filiale et ne peut alors, comme le décrit P. Bailly, « se cacher derrière un voile de la personnalité morale qu'il a ignoré pour se soustraire aux conséquences sociales de ses initiatives²⁵². »

124. La jurisprudence de la Cour de cassation se montre fermement attachée à cette conception. Caractériser le critère économique de la triple confusion constitue toujours la condition essentielle pour que la qualité de coemployeur soit reconnue à une société du groupe avec laquelle les salariés ne sont pas liés par contrat de travail. Cette qualité, comme l'affirme la Cour de Cassation, « suppose une véritable confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre deux sociétés, qui ne sauraient caractériser la simple existence de liens capitalistiques, l'identité de dirigeants ou d'action commerciales communes²⁵³. » Dans cet arrêt, la Cour régulatrice a approuvé la solution de la cour d'appel qui reconnaissait une société mère comme coemployeur des salariés de sa filiale lorsqu'elle eut constaté que cette dernière « était en réalité une société de façade. » Les indices caractéristiques étaient les suivants : la société mère, déclarée coemployeur, contrôlait entièrement la société filiale (l'employeur contractuel), finançait ses activités, assurait ponctuellement le versement des salaires et charges sociales, encaissait le règlement de ses factures, etc.

²⁵² P. Bailly, *op.cit.*, p. 30.

²⁵³ Cass. soc., 13 février 2013, n° 11-26866.

Dans une affaire semblable à l'arrêt du 13 février 2013, la Cour de cassation a adopté la même position dans un autre arrêt, rendu le 15 février 2012²⁵⁴, qui approuvait l'arrêt d'une cour d'appel qualifiant une société mère de coemployeur des salariés de sa filiale lorsqu'elle eut constaté que cette dernière était devenue un simple établissement vis-à-vis de la première société : la société mère exerçait son autorité sur la gestion de la filiale, elle lui donnait des ordres et instructions, et assurait la gestion de son personnel.

Dans le même sens, les juges de cassation ont établi, dans un arrêt en date du 20 février 2013²⁵⁵, l'existence d'une confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – entre une filiale et sa société mère, et ont considéré, en conséquence, cette dernière comme coemployeur des salariés de la première. Ces juges se sont basés sur les mêmes indices, à peu près, que les arrêts précédents pour qualifier la société mère de coemployeur : la filiale était détenue à 100 % par sa société mère, les deux sociétés avaient des dirigeants communs, une même clientèle, les mêmes fournisseurs et le plan de relance de la filiale avait été conçu et assumé par la société mère.

125. On remarque que la Cour régulatrice a récemment restreint le cercle de la notion de coemploi au groupe de sociétés. Les juges de cassation se basent toujours sur le critère économique de la triple confusion pour caractériser un lien de coemploi entre les salariés d'une filiale et la société mère, mais de manière plus exigeante qu'auparavant.

L'arrêt du 25 septembre 2013²⁵⁶ a été l'occasion pour la Cour de cassation d'affirmer cette restriction de la notion de coemploi. La Cour a considéré, contrairement au raisonnement des juges du fond, les éléments suivants insuffisants pour établir une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre la société filiale et la société mère et pour qualifier, en conséquence, cette dernière comme coemployeur des salariés de la première : la soumission des organes de direction de la filiale au pouvoir du cadre dirigeant désigné au sein de celle-ci par la société mère ; cette dernière ne présentait pas de plan de continuation pour la filiale en estimant que celle-ci n'était pas viable en l'état ; la société mère avait donnée des consignes aux filiales afin qu'elles communiquent les postes éventuellement ouvertes au reclassement

²⁵⁴ Cass. soc., 15 février 2012, n° 10-13.897.

²⁵⁵ Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-19.305.

²⁵⁶ Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-14353.

des salariés licenciés ; lors d'une grève au sein de la filiale, la société mère avait demandé qu'on établisse des constats.

La Cour de cassation a adopté la même position dans l'affaire *Sodimedical*, dans un arrêt du 18 décembre 2013²⁵⁷, en refusant de qualifier une société mère (la société *Lohmann & Rauscher* France) de coemployeur des salariés de sa filiale (la société *Sodimedical*), en vertu des rapports capitalistiques liant ces deux sociétés (la filiale était filiale à 100 % de la société mère), et de leurs rapports commerciaux (la société mère se chargeait de distribuer et de commercialiser les produits de la filiale – du matériel médical –, traitait toute la comptabilité de sa filiale, dont elle était de surcroît le client unique). Pour les juges de cassation, ces éléments étaient insuffisants pour établir que la société mère s'était « immiscée directement dans la gestion et la direction du personnel de la société *Sodimedical* », et pour caractériser, en conséquence, un lien de coemploi entre les salariés de la filiale et la société mère.

126. À travers ses arrêts rendus dernièrement, la Cour de cassation affirme que la technique du coemploi reste une solution exceptionnelle dont la mise en œuvre exige que la société filiale perde totalement son autonomie dans la gestion de ses affaires économique et sociales. L'existence de rapports financiers, économiques et techniques entre la filiale et la société mère ne peut suffire à établir une immixtion anormale de cette dernière dans la gestion et la direction de la première, et ne peut donc suffire à caractériser une situation de coemploi.

Cette conception restrictive de la notion de coemploi est clairement illustrée par un arrêt rendu le 5 février 2014²⁵⁸, dans lequel la Cour de cassation requiert, pour établir un lien de coemploi, non seulement de démontrer une immixtion anormale de la société mère dans la gestion de la filiale, mais également d'établir que la première a participé aux procédures qui ont conduit à la cessation d'activité de la seconde.

B. L'existence de simples liens capitalistiques et économiques ne peut suffire à caractériser une situation de coemploi au sein d'un groupe de sociétés.

²⁵⁷ Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-25686, *Lexbase Hebdo*, éd. S, janvier 2014, n° 555, note S. Tournaux.

²⁵⁸ Cass. soc., 5 février 2014, n° 12-29703.

127. La notion de coemploi au sein du groupe ne représente, faut-il le préciser, qu'une solution exceptionnelle²⁵⁹. Le professeur Grégoire Loiseau fait observer que la Cour de cassation ne la retient « que dans des situations de perte totale d'indépendance, lorsque la société mère prive sa filiale de son autonomie en s'immisçant dans son fonctionnement et la gestion de son personnel²⁶⁰. » La filiale perd son autonomie, en particulier au niveau social lorsqu'elle n'assume pas réellement et souverainement la gestion sociale de ses salariés. Pour caractériser cette perte d'autonomie, le même auteur estime qu'« il faut que la société mère se soit emparée de la gestion de sa filiale, et en particulier de la gestion de son personnel, la privant de son autonomie pour l'exploiter dans son intérêt propre avant, au besoin, de la sacrifier en imposant la cessation d'activité²⁶¹. »

Cela signifie que la seule appartenance à un groupe de sociétés n'affecte pas en soi la qualité d'employeur²⁶² : celle-ci est attribuée à la société avec laquelle les salariés sont liés par un contrat individuel de travail. En principe, les sociétés mères ne sont pas coemployeurs des salariés de leurs filiales. Ce principe s'applique même en présence d'une communauté d'intérêts et une interdépendance des organes de direction entre les sociétés mères et leurs filiales, celles-ci se voient seules attribuer la qualité d'employeur tant qu'elles conservent, comme l'affirme la Cour de cassation, leur indépendance de gestion vis-à-vis de leurs salariés et leurs clients²⁶³.

²⁵⁹ P. Bailly, *op.cit.*, p. 28.

²⁶⁰ Note G. Loiseau, *op. cit.*, p. 170.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² G. Loiseau, *op. cit.*, p. 9.

²⁶³ Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41.294, *RJS*, 10/08, n° 955. Dans cette affaire, les juges du fond (cour d'appel de Lyon) ont refusé de reconnaître la qualité de coemployeur, invoquée par les salariés intéressés, à deux autres sociétés du groupe, malgré leur communauté d'intérêts économiques et l'interdépendance de leurs organes de direction avec la société employeur. Les salariés de la société Aérolyon soutenaient, après leur licenciement, que les sociétés Nouvelles Frontières et Corsair, appartenant au même groupe, devaient supporter les conséquences de la rupture de leur contrat de travail en tant que coemployeurs. Les juges du fond, dans un arrêt rendu le 18 décembre 2006, ont remarqué l'existence d'une certaine communauté d'intérêts et d'une interdépendance des organes de direction entre les sociétés du groupe, mais, en revanche, ils ont constaté également que la société employeur (Aérolyon) disposait d'une autonomie dans la gestion de son personnel et l'organisation de ses activités aériennes, et que ses salariés n'étaient pas soumis à la direction et au contrôle des autres sociétés du groupe. Les juges de cassation ont précisé que « même s'ils ont relevé l'existence d'une communauté d'intérêts économiques et d'une interdépendance des organes de direction entre une société et sa filiale, les juges du fond ont pu décider qu'il n'existait pas entre elles de confusion d'intérêts, d'activités et de direction, et qu'elles n'avaient donc pas la qualité de co-employeur, dès lors qu'ils ont, par ailleurs, constaté que la première société disposait d'une clientèle propre et d'une autonomie de gestion à l'égard de son personnel et de l'organisation de son activité, et que ses salariés n'étaient pas soumis à la direction et au contrôle de la seconde. »

128. L'existence même du contrôle d'une société mère sur sa filiale ne peut suffire à caractériser une situation de coemploi²⁶⁴. Cette analyse est explicitement précisée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 janvier 2011: « Le simple fait pour la société *holding* d'un groupe international de sociétés de posséder la presque totalité du capital des sociétés du groupe soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'autres sociétés appartenant elles aussi au même groupe, d'exercer sur celles-ci et leur activité un certain contrôle lié à sa qualité d'actionnaire majoritaire et de prendre, toujours en sa qualité de principal actionnaire et de société dominante du groupe, des décisions qui, relatives à la stratégie du groupe dans son ensemble, sont susceptibles de produire certaines conséquences sur les contrats de travail conclus par sa filiale, ne saurait être en soi de nature à lui conférer la qualité d'employeur des salariés de cette dernière²⁶⁵. » Sur ce point, la jurisprudence communautaire confirme ce raisonnement, puisque la CJCE, dans l'arrêt *Akavan* précédemment analysé, a précisé qu'« une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle prend des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur²⁶⁶. »

129. Cette conception s'applique même si des sociétés qui relèvent du même groupe forment une unité économique et sociale (UES). L'UES, affirme la Cour de cassation, ne peut avoir la qualité d'employeur à l'égard des salariés des entités qui la composent²⁶⁷. La haute juridiction affirme également que les sociétés regroupées en UES n'ont pas la qualité de coemployeur des salariés les unes des autres. La Chambre sociale a explicitement précisé dans un arrêt rendu le 10 juillet 2007 que « le salarié d'une entreprise, ferait-elle partie d'un groupe, ne peut diriger une demande salariale que contre son employeur²⁶⁸. » Selon cet arrêt,

²⁶⁴ Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42570. Dans l'affaire *Aspocomp*, la Cour de cassation précise que « Ni le contrôle d'une société sur sa filiale, exercé dans le respect des droits et obligations attachés au contrat de société et des prérogatives des organes sociaux, ni son refus de continuer à financer l'activité déficitaire de sa filiale, ni un accord donné ponctuellement à un engagement financier de la filiale, ni l'identité de la personne physique dirigeante dès lors que celle-ci prend soin de préciser dans chaque cas en quelle qualité elle agit, ne peuvent caractériser une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, et permettre de tenir comme employeur la société mère au lieu et place de la filiale ou conjointement avec elle. »

²⁶⁵ Cass. soc., 30 janvier 2011, n° 10-22964.

²⁶⁶ CJCE, 10 septembre 2009, C-44/08, *op. cit.*

²⁶⁷ Cass. soc., 16 décembre 2008, *Dr. soc.*, 2009, p. 500, note J. Savatier. Dans ce cadre, la Cour de cassation a affirmé qu'un accord ne pouvait faire d'une UES l'employeur des salariés des entités qui forment cette dernière. La Cour de cassation a précisé que la reconnaissance de l'UES « a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à la même collectivité de travail, en permettant à cette fin la représentation de leurs intérêts communs ; qu'il en résulte que si la reconnaissance d'une UES permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent. »

²⁶⁸ Cass. soc., 10 juillet 2007, *JCP, S*, 2007, n° 38, p. 28, note G.-B. Jouvan. Deux salariés de la société Otor Godard ont été mis au service de deux sociétés appartenant au même groupe, à savoir la société Presto formes et la société Laser activités. Ces deux sociétés formaient, en vertu d'un accord collectif, une UES avec deux autres sociétés : la société Rota formes et la société Gravure 95. La société Laser activités a été mise en liquidation

l'existence d'une UES n'a aucun effet sur la qualification de l'employeur, dans la mesure où les salariés d'une entreprise qui fait partie d'une UES ne peuvent diligenter d'actions en indemnisation à l'encontre des autres entreprises de cette UES, en tant que coemployeurs.

130. En 1974, déjà, le professeur Savatier soulignait l'importance du principe de la pluralité et de l'indépendance des entreprises faisant partie d'un groupe²⁶⁹. Une société appartenant à un groupe est une personne juridique autonome tant qu'elle conserve son indépendance à l'égard de ce groupe. Pour cet auteur, « la prise de contrôle d'une entreprise industrielle par un groupe financier qui en possède ou en anime d'autres ne conduit pas à contester la pluralité des entreprises tant qu'il n'y a pas absorption²⁷⁰. »

131. Ce principe considérant les sociétés membres du groupe comme des employeurs autonomes a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Celle-ci a précisé qu'un « salarié d'une entreprise, ferait-il partie d'un groupe, ne peut diriger son action que contre son employeur²⁷¹. » Elle a également énoncé que les conditions d'effectifs et le nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) s'apprécient uniquement au niveau de l'entreprise employeur, sans considérer que celle-ci appartienne à un groupe²⁷².

En relation avec l'obligation de reclassement et d'établir un PSE, les juges de cassation ont affirmé, à travers l'affaire *Flodor*²⁷³, que les entreprises du groupe Unichips établies à l'étranger n'étaient pas débitrices conjointes de l'obligation de reclassement avec l'employeur français (SA Péronne industrie). L'affaire *Flodor* fut l'occasion pour la haute

judiciaire et les deux salariés ont été licenciés pour motif économique. Ces salariés ont dirigé une action indemnitaire contre la société Presto formes et la société Laser activités. La chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé la solution de la cour d'appel qui retenait que la société Presto formes et la société Laser activités n'étaient pas coemployeurs à l'égard de ces deux salariés. Suivant la haute juridiction, ces salariés ne pouvaient diriger une action en indemnisation qu'à l'encontre de leur employeur contractuel.

²⁶⁹ J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 531.

²⁷⁰ *Ibid.*.

²⁷¹ Cass. soc., 10 juillet 2007, *RDT*, 2007, p. 584, note Ph. Waquet.

²⁷² Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-69485.

²⁷³ Cass. soc., 13 janvier 2010, n° 08-15.776. P. Morvan, « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP, S*, octobre 2009, n° 44, p. 13 ; P. Morvan, « À propos des licenciements pour motif économique dans les groupes internationaux de sociétés », *JCP, G*, nov. 2009, n° 49, p. 519 ; Cass. soc., 13 janvier 2010, San Carlo Gruppo Alimentaire SPA *c/ Ancelin et a*, *Dr. ouv.*, avril 2010, n° 741, p. 214, note G. Loiseau ; G. Auzero, « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés », *SSL*, 12 octobre 2009, n° 1416, p. 6 ; J.-M. Albiol, « Licenciement pour motif économique, reclassement des salariés : les sociétés étrangères d'un groupe y sont-elles tenues ? », *JCP, S*, n° 42, 13 octobre 2009, p. 25.

juridiction de rappeler que l'appartenance d'une société au même groupe que celui de la société employeur, ne la rend pas, du fait de cette seule appartenance, codébitrice de l'obligation de reclassement des salariés de la société employeur.

Dans le même sens, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt rendu le 23 septembre 2009²⁷⁴, nulle une clause de mobilité qui prévoyait qu'un salarié acceptait à l'avance de mettre sa force de travail au service d'un autre employeur, même si ce dernier appartenait au même groupe que son employeur d'origine.

§II. Les effets du coemploi.

132. Le fait que le coemploi, au sein d'un groupe de sociétés, est caractérisé a des effets principaux et secondaires²⁷⁵. Au sujet des effets principaux, le coemploi fait naître une situation d'emploi triangulaire qui affecte, d'une part, les rapports entre coemployeurs (I), et, d'autre part, les rapports entre ces derniers et les salariés (II). Quant aux effets secondaires, identifier une situation de coemploi nous conduit à nous interroger sur la capacité des *tiers* à obliger la société déclarée coemployeur à exécuter les obligations incombant à l'employeur de droit (III).

I. Les rapports entre coemployeurs.

133. En principe, les sociétés membres du groupe conservent, comme nous l'avons souligné, leur autonomie juridique et demeurent, en conséquence, des employeurs distincts les uns des autres. Selon ce principe, ces sociétés assument les obligations imposées par le Code du travail uniquement à l'égard des salariés avec lesquels elles sont liées par des contrats individuels de travail.

À titre d'exemple, l'obligation de reclassement et celle d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi n'incombent qu'à l'employeur contractuel des salariés et ne pèsent pas sur les autres sociétés du groupe, qui demeurent des parties *tierces*. En vertu du principe de l'autonomie des personnes morales, une société mère, précise la Cour de cassation, « demeure

²⁷⁴ Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 07-44200, M. X c/ Sté Renault Réagroupe, note de B. Saintournes, *LPA*, 2010, n° 45, p. 9.

²⁷⁵ G. Loiseau, « L'identification des effets du coemploi », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 21.

une entité juridiquement distincte à l'encontre de laquelle les créanciers de ses filiales ou des sociétés qui sont sous son contrôle, ne peuvent prétendre disposer d'un droit de créance²⁷⁶. »

134. Néanmoins, ce principe s'efface en cas d'identification d'une situation de coemploi. Cette situation impose à la société déclarée coemployeur, bien qu'elle ne soit pas partenaire contractuel des salariés intéressés, d'assumer avec la société employeur (l'employeur contractuel) les obligations liées à la qualité d'employeur. La société déclarée coemployeur, en sa qualité d'employeur de fait, supporte, à côté de l'employeur contractuel, en sa qualité d'employeur de droit, les conséquences d'un licenciement économique, notamment au regard de l'obligation de reclassement et celle d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

Identifier une situation de coemploi ne signifie pas, faut-il le préciser, que la société qualifiée de coemployeur se substitue à l'employeur contractuel, mais cette société s'ajoute, en sa qualité de débiteur, dans un rapport d'emploi préexistant²⁷⁷. Autrement dit, une telle situation ne conduit pas à traiter l'employeur contractuel comme une personne morale fictive²⁷⁸. Les deux coemployeurs assument les obligations attachées à la qualité d'employeur.

La Cour de cassation l'énonce clairement, en particulier dans l'arrêt *Aspocomp*²⁷⁹, où elle confirme l'arrêt de la cour d'appel qui qualifiait la société mère finlandaise (*Aspocomp* Groupe OYJ) de coemployeur des salariés de sa filiale française (*Aspocomp* SAS) mise en liquidation judiciaire, et précise que cette société mère « ne démontrait pas avoir procédé à une recherche sérieuse de reclassement ni avoir envisagé toutes les solutions alternatives aux licenciements économiques. » La Cour adopte la même position dans l'arrêt *Métaleurop* rendu le 28 septembre 2011²⁸⁰ qui décide que « le licenciement économique prononcé par l'un des coemployeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences notamment au regard de l'obligation de reclassement. »

135. Ces obligations incombant aux deux coemployeurs ne dérivent pas, précise un auteur²⁸¹, « de contrats de travail distincts qui lieraient séparément chacun des coemployeurs

²⁷⁶ Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22964, *op. cit.*

²⁷⁷ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁸ P. Morvan, « L'identification du coemployeur », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 19.

²⁷⁹ Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42570, *op. cit.*

²⁸⁰ Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278, *op. cit.*

²⁸¹ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 22.

aux salariés communs. » La société qualifiée de coemployeur, souvent la société mère, et la société employeur, souvent la filiale, sont considérées comme liées au salarié par un contrat de travail unique, et la rupture de celui-ci par l'une est réputé prononcée par l'autre. Ce point a été explicitement énoncé par la Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} juin 2004²⁸², qui retient que « lorsqu'un salarié est lié à des coemployeurs par un contrat de travail unique, le licenciement prononcé par l'un d'eux, qui met fin au contrat de travail, est réputé prononcé par tous. » Cela signifie que le salarié intéressé ne peut avancer que son contrat n'a pas été rompu au motif que le coemployeur n'a pas procédé, à son tour, à son licenciement²⁸³.

136. Au sujet de la mise en œuvre des obligations pesant sur les coemployeurs, essentiellement l'obligation de reclassement et celle d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, une question se pose sur la façon dont s'élaborent ces obligations : les coemployeurs les mettent-ils en place d'une manière autonome l'un par rapport à l'autre, ou bien le font-ils de manière conjointe et solidaire ?

Sur ce point, dans un arrêt rendu le 22 juin 2011²⁸⁴, la Cour de cassation a décidé que « La cour d'appel, qui n'a pas constaté l'existence d'une irrégularité dans le déroulement de la procédure consultative des représentants du personnel de la société BSA, a relevé, sans se contredire, que le plan de sauvegarde de l'emploi avait été établi dans le seul cadre de cette société alors qu'il devait être mis en place par chacun des coemployeurs. »

Il ressort de cet arrêt que les obligations pesant sur les coemployeurs, en l'espèce l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, doivent être mises en œuvre de façon autonome : chacun des coemployeurs doit les exécuter indépendamment de l'autre. La position de la Cour de cassation s'accorde avec l'analyse du professeur Loiseau qui considère que les obligations incombant à l'employeur sont par nature indivisibles et donc qu'« il n'existe pas une unique obligation conjointe entre les coemployeurs, telle l'obligation de reclassement qu'ils exécuteraient conjointement. Chacun est tenu en propre des obligations liées à la condition d'employeur et est redevable de leur inexécution²⁸⁵. »

²⁸² Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47165.

²⁸³ P. Morvan, « Le licenciement des salariés d'une filiale (action *Aspocomp*) », *JCP*, S, 2010, n° 41, p. 19 ; G. Auzero, « Les effets avérés et à venir du coemploi », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 25.

²⁸⁴ Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69021.

²⁸⁵ G. Loiseau, « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP*, S, 2011, n° 47, p. 11 ; G. Loiseau, « L'identification des effets du coemploi », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 22.

137. Dans le même esprit, les obligations pesant sur les coemployeurs ne sont pas non plus de nature solidaire puisque leur respect par l'un n'en dispense pas l'autre²⁸⁶. Cette position s'aligne avec l'article 1202 du Code civil qui dispose que la solidarité ne se présume pas. Néanmoins, la dette de réparation peut seule être acquittée solidairement par les coemployeurs par l'effet d'une condamnation judiciaire *in solidum*²⁸⁷. En définitive, les coemployeurs demeurent comme, l'affirme Grégoire Loiseau²⁸⁸ « chacun débiteur des obligations que la loi attache à la qualité d'employeur et comptable, à l'égard des salariés, des conséquences de leur inexécution. »

II. Les rapports avec les salariés.

138. La technique du coemploi remplit une fonction protectrice pour les salariés, dans la mesure où elle leur permet de trouver un débiteur solvable (souvent la société mère) pour assumer le paiement de leurs droits impayés par leur employeur contractuel, souvent insolvable (dans la majorité des cas une société filiale). Cette technique offre, comme l'observe un auteur²⁸⁹ « une issue de secours appréciable pour des salariés confrontés à la perte de leur emploi et à l'insolvabilité de leur employeur déclaré consécutivement parfois à des manœuvres discutables de la société mère. »

Les salariés trouvent ainsi un autre débiteur pour assurer le recouvrement de leurs créances, impayées par leur employeur de droit, en difficulté économique. Il s'agit principalement de faire supporter par ce nouveau débiteur, la société déclarée coemployeur, le paiement des dettes et des indemnités dues aux salariés et résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Indépendamment de toute faute, la société reconnue comme coemployeur assure le paiement des créances que l'employeur de droit n'est pas en état d'honorer²⁹⁰. Cette société, précise la Cour de cassation²⁹¹, indemnise les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, même si la qualité de coemployeur n'a été reconnue qu'après licenciement. À ce titre, une

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ G. Auzero, *op. cit.*, p. 26.

²⁹⁰ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 22 et 23.

²⁹¹ Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278.

société mère déclarée coemployeur a été condamnée à payer des dettes indemnitaires et des dommages et intérêts aux salariés, du fait de son manquement à l'obligation de les reclasser²⁹². Ce manquement a causé aux salariés la perte d'une chance de conserver leur emploi. Dans le même esprit, une société mère qualifiée de coemployeur a été considérée comme débitrice de dommages et intérêts, en raison d'irrégularités affectant le plan de sauvegarde de l'emploi et d'indemnités de chômage²⁹³. Pour éviter ce coût financier, les sociétés mères, déclarées coemployeurs, ont intérêt à respecter les obligations imposées par le Code du travail visant essentiellement à trouver des emplois aux salariés de leurs filiales avant leur licenciement.

139. Mais au-delà de cette finalité du coemploi, on se demande si la société qui est reconnue coemployeur doit supporter d'autres charges que le respect des droits relatifs aux dettes indemnitaires consécutives au licenciement sans cause réelle et sérieuse des salariés ? À titre d'exemple, la société déclarée judiciairement coemployeur doit-elle respecter, au profit des salariés, les obligations contractuelles pesant sur leur employeur de droit ? Cette société est-elle, en outre, tenue de faire bénéficier les salariés des dispositions de la convention collective dont elle relève ? Ces interrogations portent sur la délimitation des effets du coemploi : l'identification d'une situation de coemploi conduit-elle la société déclarée coemployeur à assumer l'ensemble des obligations incombant à l'employeur de droit, y compris celles de nature contractuelle ?

Ces interrogations ne sont pas encadrées, il faut le souligner, par un régime juridique précis. La chambre sociale de la Cour de cassation ne donne pas de précisions mais, malgré ce laconisme, on peut dire que la Cour perçoit la société qualifiée de coemployeur comme débitrice uniquement des dettes indemnitaires consécutives à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans ses arrêts relevant l'existence d'une situation de coemploi, la Cour de cassation a considéré la société qualifiée de coemployeur comme débitrice responsable uniquement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans étendre le périmètre de cette responsabilité aux autres matières du droit du travail. Les juges de cassation n'ont pas énoncé que la société reconnue comme coemployeur doit prendre en charge les obligations

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69021. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a affirmé que la régularité du plan de sauvegarde de l'emploi devait s'apprécier au niveau non seulement du périmètre de l'employeur de droit, mais également au niveau du périmètre de la société déclarée coemployeur.

contractuelles incombant à l'employeur de droit²⁹⁴, et n'ont pas non plus affirmé que cette société était tenue de faire bénéficier les salariés de sa filiale des dispositions de la convention collective dont elle relève.

140. L'analyse de la doctrine s'aligne avec la position prise par la Cour de cassation. Les effets du coemploi ne doivent pas dépasser le stade du règlement des créances indemnitaires résultant de l'inexécution d'obligations légales en cas de licenciement pour motif économique²⁹⁵. Assimiler en l'espèce la société déclarée coemployeur (l'employeur de fait) à la société déclarée employeur (l'employeur de droit) est justifié et notamment lorsqu'il est établi que la première a organisé la suppression d'emplois dans la deuxième, mise en liquidation judiciaire²⁹⁶.

En revanche, dans les autres matières du droit du travail la société reconnue coemployeur demeure une partie *tierce* à l'égard des salariés de l'employeur de droit. Ladite société n'est pas débitrice vis-à-vis des salariés des obligations contractuelles pesant sur leur employeur de droit ; ce dernier demeure en ce domaine le seul débiteur²⁹⁷. Dans le même sens, l'accord de branche applicable au niveau de l'employeur de droit ne peut être remplacé par celui qui s'applique dans la société déclarée coemployeur²⁹⁸. En définitive, l'identification d'une situation de coemploi ne peut conduire à assimiler les salariés de l'employeur de droit à ceux de l'employeur de fait²⁹⁹.

III. Les rapports avec les tiers.

141. L'analyse des effets du coemploi dans les rapports avec les *tiers* nous amène à nous interroger essentiellement sur la capacité de l'AGS³⁰⁰ à intenter une action contre la société

²⁹⁴ Pour les juges du fond, la responsabilité de la société qualifiée de coemployeur en matière d'obligations contractuelles est admise. Dans un arrêt rendu le 29 mars 2013 par la cour d'appel de Douai (n° 11/04058), une société reconnue coemployeur a été condamnée solidairement à payer à un salarié qui avait démissionné une somme ayant été abusivement prélevée sur son salaire à titre de sanction pécuniaire.

²⁹⁵ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 23.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ G. Auzero, *op. cit.*, p. 27.

²⁹⁹ P. Morvan, « L'identification du coemployeur », *JCP*, S, 2013, n° 46, p. 20.

³⁰⁰ L'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés.

déclarée coemployeur, pour réclamer le remboursement des sommes versées aux salariés de la société primo-employeur (l'employeur de droit) dans le cadre d'une procédure collective³⁰¹.

Si cette action est concevable en théorie, son fondement juridique n'en fait pas moins difficulté³⁰². La doctrine se réfère essentiellement à deux actions : l'action subrogatoire et l'action en répétition de l'indu. Au sujet de l'action subrogatoire, l'AGS ne peut tenter une action en remboursement contre la société reconnue coemployeur sur la base de cette action. D'un côté, l'AGS ne figure pas parmi les cas de subrogation légale au sens de l'article L.1251 du Code civil et, de l'autre, l'article L.3253-16 du Code du travail envisage la subrogation dans des cas particuliers qui « ne correspondent pas au paiement des indemnités auquel le coemployeur pourrait être condamné³⁰³. »

Quant à l'action en répétition de l'indu, prévue par l'article 1235 du Code civil, cette dernière suscite une controverse doctrinale. Un auteur, G. Auzero³⁰⁴, estime que l'AGS, au vu de cette action, est en droit de se retourner contre la société déclarée coemployeur pour demander la restitution des sommes versées aux salariés de l'employeur de droit. L'AGS, le *solvens*, peut agir directement « en remboursement contre le coemployeur, véritable débiteur des salariés de la filiale³⁰⁵. » Un autre auteur, G. Loiseau³⁰⁶, adopte une position différente : l'action en répétition de l'indu ne peut être intentée par l'AGS pour obliger la société déclarée coemployeur à rembourser des sommes versées aux salariés de l'employeur de droit. L'obligation de restituer ces sommes à l'AGS pèse sur les salariés, l'*accipiens*, et non sur la société coemployeur, en application de l'article 1276 du Code civil.

142. En revanche, tenter une action en responsabilité civile délictuelle à l'encontre de la société coemployeur semble envisageable pour demander la restitution des sommes versées aux salariés de l'employeur de droit³⁰⁷. Ici, l'AGS, suivant les règles en vigueur, doit respecter les conditions requises pour la mise en œuvre de cette responsabilité et, notamment, établir qu'elle a subi un préjudice, du fait du paiement desdites sommes aux salariés de

³⁰¹ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 23.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 23.

³⁰⁴ G. Auzero, *op. cit.*, p. 26.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 23.

³⁰⁷ *Ibid.*

l'employeur de droit, par la faute de la société reconnue comme coemployeur ; celle-ci, en sa qualité d'employeur de fait, aurait dû assumer ce paiement³⁰⁸.

Section II. La notion d'entreprise, autre solution fonctionnelle permettant la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés.

143. La notion d'*entreprise* constitue une autre solution fonctionnelle pouvant conduire à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés. Cette notion permet la recomposition de la notion d'employeur, écartelée au sein du groupe de sociétés en raison de la pluralité des personnes morales qui composent cette structure économique, et elle contribue de ce fait à la protection des salariés intéressés par cette recomposition (§I). La mise en œuvre de cette solution reste une possibilité ouverte aux juges pour reconnaître le groupe comme employeur, notamment en matière de procédures collectives (§II).

§I. La fonction de la notion d'entreprise.

144. La notion d'*entreprise* permet d'attribuer la qualité d'employeur aux différentes sociétés composant un groupe, ou au moins certaines d'entre elles, à l'égard des salariés intéressés³⁰⁹, et donc le dépassement des obstacles structurels empêchant l'attribution de cette qualité au groupe de sociétés.

D'une part, considérer que toutes les sociétés qui composent un groupe constituent une entreprise unique permet de corriger l'inadéquation du principe de l'autonomie juridique de la personne morale, qui forme le premier obstacle structurel à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés (I). D'autre part, cette considération permet également de corriger l'inadéquation du principe contractuel, deuxième obstacle structurel à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés. Ce principe contractuel, comme nous l'avons traité précédemment, commande que la qualité d'employeur ne peut être accordée qu'à la société cocontractante des salariés et non aux autres sociétés composant le groupe auquel appartient cette société (II).

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ I. Vacarie, *L'employeur*, éd. Sirey, 1979, p. 114.

I. La notion d'entreprise permet de corriger l'inadéquation du principe de l'autonomie juridique de la personne morale.

145. Le principe de l'autonomie juridique de la personne morale ne traduit pas toujours l'indépendance réelle de certaines personnes qui, bien qu'elles soient juridiquement autonomes, se trouvent en fait sous le contrôle réel d'autres personnes. Ce constat concerne le groupe de sociétés, car les sociétés filiales qui composent cette structure économique, même si elles sont juridiquement autonomes, sont en fait contrôlées économiquement par la société mère du groupe et fonctionnent selon ses directives.³¹⁰

En effet, parce qu'elle détient la majorité de leur capital, la société mère profite des bénéfices réalisées par ses filiales, exerce un contrôle sur les décisions prises au sein des organes sociaux de ses sociétés filiales (conseil d'administration, assemblée générale des actionnaires), désigne les dirigeants de ces sociétés, etc.³¹¹

Les sociétés filiales ne possèdent aucune autonomie effective à l'égard de la société mère du groupe, et une application systématique et absolue du principe de l'autonomie juridique de la personne morale peut excessive dans la mesure où cette autonomie n'est en réalité qu'une autonomie d'apparence.

Le caractère excessif du principe de l'autonomie juridique de la personne morale se manifeste davantage dans les cas où ce principe est utilisé par la société mère comme un moyen pour échapper à certaines responsabilités juridiques.³¹² À titre d'illustration, une société mère crée une filiale uniquement pour se prévaloir des bénéfices qu'elle réalise, sans en supporter les dettes. Les créanciers de cette société filiale ne peuvent se retourner que contre cette dernière pour réclamer leurs droits sans pouvoir cibler la société mère.

Au niveau social, une société mère crée une filiale pour se débarrasser de la qualité d'employeur avec toutes les conséquences juridiques qui en résultent. En effet, les salariés de cette filiale ne peuvent poursuivre la société mère du groupe pour réclamer leurs droits, en

³¹⁰ N. El Fadel Raad, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, p. 218, thèse soutenue le 4 juillet 1990, Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris (Paris II).

³¹¹ J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit*, PUF, 1999, p. 32.

³¹² M. Despax, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1957, p. 122.

raison de l'autonomie juridique de chacune de ces sociétés. Ces salariés ne peuvent faire valoir leurs droits qu'à l'égard de la société filiale en sa qualité d'employeur de droit.

Une telle application du principe de l'autonomie juridique de la personne morale peut nuire aux droits des salariés car, ces derniers, en cas de litige, ne peuvent se retourner pour défendre leurs droits que contre leur employeur formel qui est la société filiale, alors que c'est la société mère qui devrait pouvoir être poursuivie e qualité de véritable employeur.

146. Certains auteurs ont observé cette distorsion entre l'indépendance juridique de la société filiale et son dépendance économique à l'égard de sa société mère, et ont plaidé pour l'inapplication du principe de l'autonomie juridique de la personne morale dans tous les cas où il y a un abus de ce principe. En se sens, le doyen P. Chauveau considère qu'il y a abus de la personnalité morale dans tous les cas où « la fiction de la personnalité morale arrête le cours normal et le jeu régulier d'une disposition législative. »³¹³

Dans ce cadre, la notion d'*entreprise* peut jouer un rôle de correcteur en cas d'utilisation abusive du principe de l'autonomie juridique de la personne morale. Ce concept dépasse l'écran juridique interposé entre la société mère et la société filiale, en considérant ces deux sociétés comme une seule entreprise.³¹⁴ Cette considération permet de « rétablir la réalité dissimulée par l'indépendance juridique des sociétés liées. »³¹⁵ J. Savatier considère dans ce sens que : « malgré la pluralité de sociétés et donc de personnes juridiques, il y a en réalité une entreprise unique. »³¹⁶

147. La référence à la notion d'*entreprise* entraîne des conséquences considérables sur la qualification de l'employeur au sein du groupe de sociétés, puisque cette référence peut

³¹³ P. Chauveau, « Des abus de la notion de personnalité morale dans les sociétés », *Revue générale de droit commercial*, 1938, p. 397 et s, cité par N. El Fadel Raad, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, p. 19, thèse soutenue le 4 juillet 1990, Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris (Paris II).

³¹⁴ M. Despax estime que : « l'écran juridique que l'on a voulu interposer entre la société mère et sa filiale ne suffit plus à dissimuler que, par leurs activités complémentaires, ces deux sociétés ne forment qu'un ensemble économique, et cette situation de fait doit logiquement entraîner des conséquences de droit ». M. Despax, *op.cit.*, p. 107.

³¹⁵ I. Vacarie, *op. cit.*, p.115. J. Henri-Robert affirme dans ce cadre que : « les entités effectivement dotées du pouvoir de décision ne sont plus, dans la pratique contemporaine des affaires, les sociétés habillées par la personnalité juridique, mais plutôt les groupes de sociétés ». J. Henri-Robert, *Droit pénal général*, PUF, 2005, p. 376.

³¹⁶ Cass. soc., 24 mars 1969, entreprise Netter c/ Maurice Martin ; Cass. soc., 13 mai 1969, société Ignis-Italie c/ Lewin, *Dr. soc.*, 1969, p. 514, obs. J. Savatier.

permettre aux juges d'attribuer la qualité d'employeur conjointement à la société mère en sa qualité d'employeur réel et à la société filiale en tant qu'employeur de droit.³¹⁷ Cette solution s'impose lorsque les juges constatent que ces sociétés forment en fait une seule et même entreprise.

Considérer qu'un groupe de sociétés ne forme qu'une seule entreprise nie donc les séparations juridiques créées entre ces sociétés, et permet en conséquence aux juges de recomposer l'unité de l'employeur dispersée au sein de cette structure économique.³¹⁸ Une telle unité peut être recomposée au vu de l'article 12, al. 2, du Code de procédure civile qui prévoit que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées. »³¹⁹

II. La notion d'entreprise permet la correction de l'inadéquation du principe contractuel accordant la qualité d'employeur uniquement à la société cocontractante.

148. La construction du droit du travail contemporain se fonde sur la notion d'*entreprise* pour encadrer les rapports de travail collectifs et individuels. Au niveau collectif, l'entreprise constitue le cadre dans lequel les institutions représentatives du personnel doivent être mises en œuvre, le cadre privilégié de la négociation collective, de l'exercice du droit de grève, etc.³²⁰

Également, au niveau individuel, en se rendant compte de l'insuffisance – ou de l'incapacité – du droit contractuel à résoudre les problèmes relatifs aux rapports individuels de travail, le droit du travail contemporain se réfère au concept d'*entreprise* pour encadrer ces rapports.³²¹

149. La conséquence essentielle qui résulte de cette référence, c'est que les salariés entretiennent des relations avec l'entreprise et non avec la personne physique ou morale avec

³¹⁷ Et même aux autres sociétés du groupe.

³¹⁸ A. Supiot, *op. cit.*, p. 627.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ A. Supiot, *op. cit.*, p. 624.

³²¹ A. Brun, « *Le lien d'entreprise* », *JCP.*, 1962, p. 1719.

lesquelles ils sont liés par des contrats de travail.³²² Le personnel de l'entreprise se rattache plus à cette dernière qu'aux employeurs successifs.³²³ La notion d'*entreprise* permet de reconsidérer la qualité d'employeur, attribuée à l'entreprise dans laquelle les salariés travaillent et non à leur partenaire contractuel avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent.

150. D'un côté, la référence au concept d'*entreprise* met à la charge des salariés des obligations à l'égard de l'entreprise à laquelle ils sont rattachés et non à leur partenaire contractuel. À titre d'exemple, les salariés sont tenus d'une obligation de loyauté, non vis-à-vis de leur partenaire contractuel, mais à l'égard de l'entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation affirme en sens que le salarié est : « tenu de s'abstenir de tout acte qui pourrait nuire à l'entreprise à laquelle il appartient. »³²⁴

D'un autre côté, la notion – ou le lien – d'*entreprise* assure une protection aux salariés que le lien contractuel ne parviendrait pas à lui seul à réaliser.³²⁵ À titre d'illustration, le fameux article L.1224-1 Code du travail³²⁶ impose le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise ou de modification dans la situation juridique de l'employeur.³²⁷

Cet article, qui trouve ses origines dans la loi du 19 juillet 1928, affirme que les contrats de travail des salariés continuent à produire leurs effets lorsque l'employeur cocontractant cède son entreprise.³²⁸ La personne qui reprend l'entreprise devient juridiquement le nouvel employeur de ces salariés, même s'il n'a conclu aucun contrat avec ces derniers.³²⁹ Par ce texte, le législateur déroge au principe de la relativité des conventions posé par l'article 1165

³²² Trib. civ. Seine, 7^e ch., 9 février 1959, Dlle Condat c/ Sté « Nuit et jour » et « La Nouvelle République de Bordeaux et du Sud-Ouest », J.C.P., 1959, II, 11006, note P. Allemandou ; A. Mazaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 2010, p. 332.

³²³ F. Gaudu, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.*, 1987, 414, cité par A. Mazaud, *op. cit.*, p. 517.

³²⁴ Cass. soc., 28 mars 1953, D., 1953, p. 370.

³²⁵ A. Brun, *op. cit.*, p.1719.

³²⁶ L'article L.1224-1 (anc. L.122-12-2) du Code du travail prévoit que : « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

³²⁷ Ce principe a été par la suite adopté par le droit communautaire à travers la directive de 1977. Directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas du transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Cette directive a été modifiée par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998 et remplacée par la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

³²⁸ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 333.

³²⁹ *Ibid.*.

du Code civil, en faisant du cessionnaire une partie au contrat individuel de travail alors qu'il ne l'a pas conclu³³⁰

Le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprises se justifie par une considération sociale qui consiste à protéger l'emploi des salariés chaque fois qu'un transfert d'entreprise se produit.³³¹ Depuis l'arrêt Schmidt, la jurisprudence de la CJCE pose un critère essentiel pour mettre en œuvre ce principe, à savoir que l'entité économique qui fait l'objet du transfert conserve son identité³³² et qu'il y ait donc poursuite de l'activité de l'entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé cette exigence en considérant que l'article L.1224-1 du Code du travail s'applique « à tout transfert d'une entité économique, conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise. »³³³

151. Au niveau du groupe de sociétés, nous estimons que le mécanisme de l'article L.1224-1 du Code du travail, qui repose sur la notion d'*entreprise*, peut constituer un paradigme permettant de reconstruire la notion d'employeur au sein de cette structure économique. En effet, les sociétés composant le groupe – notamment la société mère – peuvent se voir attribuer la qualité d'employeur à l'égard des salariés d'une filiale, bien qu'aucun lien contractuel ne lie ces derniers avec ces sociétés.

Reconsidérer la notion d'employeur en le fondant sur la notion d'entreprise assure une protection aux salariés parce qu'elle accorde la qualité d'employeur aux autres sociétés du groupe et non à la seule société avec laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail. Une telle analyse permet de dépasser le principe contractuel qui attribue la qualité d'employeur à la seule société cocontractante des salariés. Suivant cette conception, ces derniers deviennent des salariés du groupe de sociétés, en tant qu'il constitue réellement une seule entreprise, et non des salariés de la seule société avec laquelle ils sont liés officiellement par un contrat de travail.

152. Nous pensons que cette reconstruction de la notion d'employeur qui se base sur la notion d'*entreprise* mérite d'être soutenue car, dans un groupe de sociétés, la société partie au

³³⁰ A. Cœuret, B. Gauriau, M. Miné, *Droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 279.

³³¹ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *op. cit.*, p.333.

³³² CJCE, 14 avril 1994, C-392-92, *D.*, somm, 1994, p. 301, note I. Vacarie.

³³³ Cass. soc., ass. plén., 16 mars 1990, *D.*, 1990, p. 306, note A. Lyon-Caen.

contrat de travail n'est pas forcément le véritable employeur, ou au moins l'employeur unique des salariés. Dans la majorité des cas, l'employeur réel est la société mère du groupe, en tant qu'elle se trouve à la tête de cette structure, qu'elle prend les décisions stratégiques en matière économique et sociale et qu'elle exerce un contrôle effectif sur les sociétés filiales. Ces dernières, comme l'a constaté le doyen Jean Savatier, n'occupent en fait qu'une place « souvent secondaire, et parfois insignifiante. »³³⁴

Nous considérons que cette conception assure la protection des droits des salariés car il leur permet d'élargir le périmètre de la notion d'employeur avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. Les salariés intéressés peuvent, grâce à cet élargissement, cibler l'ensemble des sociétés du groupe, ou au moins certaines d'entre elles, et non leur seul partenaire contractuel (société filiale), pour faire valoir leurs droits.

D'un autre côté, nous estimons que la notion d'*entreprise* offre aux juges la possibilité d'adapter le droit aux réalités économiques. En effet, les juges, lorsqu'ils traitent un litige opposant un salarié à une société faisant partie d'un groupe de sociétés, ne délimitent pas le périmètre de la responsabilité dans un cadre restrictif impliquant uniquement la société cocontractante, en tant qu'elle constitue l'employeur formel dudit salarié, mais veillent à identifier le véritable employeur qui est souvent la société mère du groupe.

§II. L'utilisation de la notion d'entreprise.

153. Dans deux jugements, les juges du tribunal civil de la Seine se sont servis de la notion d'*entreprise* pour reconnaître la qualité d'employeur à un groupe de sociétés (§I). Cependant, l'utilisation de cette notion d'*entreprise* est essentiellement concevable en droit des procédures collectives, puisque les salariés peuvent, en se fondant sur cette notion, demander de soumettre deux sociétés – ou plusieurs sociétés – appartenant au même groupe, à une procédure collective unique (II).

³³⁴ J. Savatier, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

I. L'utilisation de la notion d'entreprise dans les deux jugements rendus par le tribunal civil de la Seine : les jugements du 15 novembre 1957 et du 9 février 1959.

154. La notion d'*entreprise* permet de personnifier le groupe de société, de telle sorte que ce dernier puisse être considéré comme un sujet de droit capable d'exister juridiquement. Cette personnification fait du groupe de sociétés un employeur débiteur à l'égard des salariés intéressés qui, pour réclamer leurs droits, peuvent cibler non seulement leur partenaire contractuel (une société filiale), mais toutes les sociétés composant le groupe, ou au moins certaines d'entre elles et notamment la société mère.

Le tribunal civil de la Seine a adopté cette conception dans un jugement rendu le 15 novembre 1957, en condamnant une société (société de l'application des brevets Cotal) à payer à monsieur Monier ses salaires et congés impayés, par son employeur cocontractant mis en faillite (société SOGEM qui gère et exploite ces brevets).³³⁵

Bien que la société de l'application des brevets ne fût pas l'employeur cocontractant du salarié, le tribunal l'avait obligé à payer à ce dernier les sommes dues lorsqu'il a constaté que cette société constituait en fait avec la société SOGEM (société employeur du salarié) une seule entreprise. Le tribunal a établi l'existence d'une confusion entre ces deux sociétés : l'existence d'un siège social commun entre elles, des lignes téléphoniques et une adresse télégraphique identique, l'interchangeabilité du personnel entre ces deux sociétés, etc. Dans cette affaire, le tribunal de la Seine a précisé que : « la confusion des êtres moraux n'oblige plus les créanciers à limiter leurs poursuites à un seul patrimoine, mais les autorise au contraire à exercer leur droit de gage sur les différents patrimoines sociaux. »

155. Dans le même esprit, dans un jugement rendu le 9 février 1959, le même tribunal civil de la Seine s'est référé au concept d'*entreprise* pour condamner conjointement non seulement la société mère cocontractante d'une salariée (la société mère Nuit et Jour) mais également la société filiale qu'elle contrôlait (la Nouvelle République de Bordeaux) pour le paiement à

³³⁵ Trib. civ. Seine, 7^e ch., 15 novembre 1957, Société d'application des Brevets Cotal c/ Monier, *JCP*, 1958, jurisp, 1420.

cette salariée de l'ensemble de ses droits impayés consécutifs à son licenciement : les salaires, le préavis, les congés payés, l'indemnité de licenciement.³³⁶

Pour adopter ce jugement, le tribunal avait précisé que la salariée était au service de l'entreprise divisée entre une société mère (la société Nuit et Jour) et une société filiale (la Nouvelle République de Bordeaux), et non au seul service de l'employeur cocontractant (la société Nuit et Jour).

Au même titre que le premier jugement, le tribunal de la Seine avait assimilé le groupe constitué par ces deux sociétés à une seule entreprise lorsqu'il a remarqué l'existence d'un siège social ou d'agence commun entre ces deux sociétés, de lignes téléphoniques et d'adresses télégraphiques communes, d'un usage commun des différents papiers à lettre commerciaux, etc. En conséquence, le tribunal a jugé que la salariée intéressée avait le droit « d'assigner soit la société mère, soit l'ensemble des sociétés, soit la société mère et plusieurs filiales, pour pouvoir exercer les voies d'exécution sur les patrimoines sociaux indistincts de ces différentes personnes morales composant l'entreprise. »

156. Établir que le groupe constitue une seule et unique entreprise conduit les juges à reconnaître toutes les sociétés qui le forment comme des employeurs conjoints à l'égard des salariés intéressés. Ces sociétés deviennent solidairement responsables du paiement des salaires et des indemnités de licenciement, sans accorder d'importance au fait que celui-ci a été annoncé par une seule de ces sociétés.³³⁷

II. L'utilisation de la notion d'entreprise en droit des procédures collectives.

157. Le droit des procédures collectives permet, en s'appuyant sur la notion d'entreprise, de soumettre deux ou plusieurs personnes, juridiquement distinctes, à une procédure collective

³³⁶ Trib. civ. Seine, 7^e ch., 9 février 1959, Dlle Condat c/ Sté Nuit et jour et La Nouvelle République de Bordeaux et du Sud-Ouest, *JCP.*, 1959, II, 11006, note P. Allemandou. La salariée Condat a été engagée par la société Nuit et Jour en qualité de rédactrice spécialisée dans les rubriques féminines. En plus de cette fonction, la salariée a été par la suite accréditée comme chef de rubrique vis-à-vis de maisons de couture et de la chambre syndicale pour le compte de la société filiale Nouvelle République. Cette nouvelle fonction avait conduit la salariée à demander des augmentations de salaire auprès de la société Nuit et Jour. En refusant cette demande, la société Nuit et Jour a licencié la salariée pour faute lourde. Le tribunal de la Seine a donné raison à la salariée qui avait ciblé conjointement la société mère Nuit et Jour et la société Nouvelle République de Bordeaux pour réclamer l'ensemble de ses droits relatifs à son licenciement.

³³⁷ I. Vacarie, *op. cit.*, p. 122.

unique. Par cette autorisation, ce droit assure un « rôle de maintien de l'ordre »,³³⁸ lorsqu'il constate que ces personnes forment en fait une seule entreprise.

158. Pour les salariés plus précisément, cette autorisation leur permet de demander d'étendre le périmètre d'une procédure collective, ouverte initialement à l'encontre de leur société employeur en difficulté, à une autre société – voire à plusieurs sociétés - appartenant au groupe auquel est rattachée cette société employeur en difficulté. Les salariés intéressés soutiennent que leur société employeur en difficulté forme en réalité avec cette société une seule entreprise.

L'extension de la procédure collective fondée sur la notion d'entreprise offre aux salariés intéressés la possibilité d'élargir le périmètre de la qualité d'employeur à une société – ou plusieurs – du groupe dont relève leur société employeur en difficulté (B), et permet de dépasser les obstacles structurels qui empêchent l'ouverture d'une procédure collective unique à l'égard d'un groupe de sociétés (A).

A. Les obstacles structurels empêchant l'ouverture d'une procédure collective unique à l'égard d'un groupe de sociétés.

159. Le droit des procédures collectives interdit, en principe, l'ouverture d'une procédure collective unique à l'égard d'un groupe de sociétés. Deux raisons sont à l'origine de cette interdiction : premièrement, le droit des procédures collectives ne reconnaît pas le groupe de sociétés comme débiteur (1) et deuxièmement, ce droit s'attache au principe de l'unicité de la procédure collective (2).

1. Le déni de la qualité de débiteur à un groupe de sociétés en droit des procédures collectives.

160. Le droit des procédures collectives ne reconnaît pas le groupe de sociétés comme un débiteur ayant la qualité de faire l'objet d'une procédure collective de sauvegarde, de

³³⁸ M. Jeantin et P. Le Cannu, *op.cit.*, p. 162.

redressement et de liquidation judiciaires. Ce droit affirme que ces procédures ne peuvent être ouvertes qu'à l'égard d'une personne morale de droit privé.³³⁹

L'article L.620-2 du Code du commerce précise qu'une procédure de sauvegarde ne peut être ouverte qu'au bénéfice de toute personne morale de droit privé. Cette condition est reproduite par l'article L.631-1 du Code du commerce pour le redressement judiciaire et l'article L.640-2 du même Code pour la liquidation judiciaire. Deux critères doivent être réunis pour qu'un groupement défaillant soit soumis à une procédure collective : d'une part, il faut qu'il soit une personne morale et, d'autre part, il faut qu'il relève du droit privé.³⁴⁰

Dans ce cadre, les procédures collectives s'appliquent aux sociétés commerciales (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, sociétés par actions simplifiées), aux sociétés civiles et aux sociétés coopératives, aux groupements d'intérêt économique, aux associations, aux syndicats professionnels, aux clubs sportifs, aux comités d'entreprise, etc.³⁴¹

L'application de ces critères conduit à exclure les groupes de sociétés du champ d'application du droit des procédures collectives. Le groupe de sociétés est un groupement dépourvu de personnalité morale qui, de ce fait, ne peut faire l'objet d'une procédure collective de sauvegarde, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation.

2. L'attachement du droit des procédures collectives au principe de l'unicité de la procédure collective.

³³⁹ Concernant les personnes physiques, jusqu'à la loi du 25 janvier 1985, les procédures collectives étaient réservées aux commerçants. Par la suite, ces procédures collectives ont été étendues progressivement à l'ensemble des débiteurs exerçant une activité professionnelle à titre indépendant ; aux artisans, par la loi du 25 janvier 1985 ; aux agriculteurs, par la loi du 30 décembre 1988 et enfin aux professions libérales, par la loi du 26 juillet 2005. A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2011, p. 95.

³⁴⁰ Cette affirmation exclut implicitement les personnes morales de droit public (État, régions, départements et communes, établissements publics administratifs ou à caractère industriel et commercial) du champ d'application du droit des procédures collectives. Cette exclusion s'explique par deux raisons essentielles : premièrement, selon la division du droit français, les personnes morales de droit public sont exclusivement soumises au droit public et elles ne peuvent être gouvernées par le droit privé auquel appartient le droit des procédures collectives. Deuxièmement, le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public s'oppose à la saisie collective des biens du débiteur par la procédure collective. D. Demeyere, *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, p.96, thèse de doctorat soutenue le 14 décembre 2005 à l'université Paris X Nanterre.

³⁴¹ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2011, p. 219.

161. Le principe de l'unicité de la procédure collective constitue un autre obstacle structurel à l'ouverture d'une procédure collective unique à l'égard d'un groupe de sociétés. Ce principe signifie que la procédure collective ne peut être ouverte qu'à l'égard de l'entreprise employeur en difficulté (une société filiale par exemple) sans que cette procédure soit étendue aux autres entreprises composant le groupe auquel appartient l'entreprise en difficulté.³⁴²

L'appartenance d'une entreprise employeur en difficulté à un groupe de sociétés n'a pas d'influence sur le périmètre de l'ouverture et le déroulement d'une procédure collective, puisque ce périmètre ne peut dépasser les limites de l'entreprise en difficulté. Les autres entreprises du groupe *in bonis* restent indemnes de toute procédure.³⁴³

Juridiquement, l'ouverture d'une procédure collective unique à l'égard de ensemble des sociétés composant le groupe est impossible, malgré l'imbrication constatée au niveau économique et sociale entre ces sociétés. Lorsque plusieurs sociétés du groupe se trouvent en difficulté, chaque société est soumise individuellement à une procédure collective ouverte au lieu de son siège social statutaire³⁴⁴.

En vertu du principe de l'unicité, les conditions d'ouverture d'une procédure collective ne prennent en considération que la situation économique et financière de l'entreprise en difficulté, sans examiner les capacités du groupe dont relève cette entreprise. Cette solution a été affirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans deux arrêts du 26 juin 2007, qui admettent l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde au profit d'une société filiale débitrice appartenant à un groupe prospère³⁴⁵.

La haute juridiction a précisé dans ces deux arrêts que, pour ouvrir une procédure de sauvegarde d'une filiale, « il est indifférent de savoir quelle sera la position que prendra la

³⁴² H.Tissandier, « L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *JSL*, 2009, n° 262, p.4 ; Q. Urban, « Intérêts des salariés et procédures collectives dans des entreprises à structures complexes », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Dalloz, 2007, p. 67.

³⁴³ J.-J. Daigre, « Le redressement judiciaire des groupes de sociétés », *LPA*, 19 février 1988, n° 22, p. 18.

³⁴⁴ R.600-1 du Code du commerce.

³⁴⁵ Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-17820, Sfac Crédit c/ Schlumberger et n° 06-17821, Sté Euler Hermès Sfac c/ Sté Photo Services, *D.*, *AJ*, 2007, n° 27, p. 1864 ; Corinne Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, p. 226. Dans ces deux arrêts, la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé le jugement de la cour d'appel de Colmar (premier arrêt) et de la cour d'appel de Versailles (deuxième arrêt) admettant l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde au bénéfice d'une filiale débitrice appartenant à un groupe de société prospère. La haute juridiction a rejeté les pourvois formés par les créanciers de ces deux filiales débitrices qui s'opposaient à une telle ouverture, en avançant que les groupes de sociétés auxquels appartiennent ces deux filiales étaient économiquement prospères.

société mère dans le cadre de la période d'observation et l'éventuelle élaboration d'un plan de sauvegarde et que la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient. »

B. L'extension de la procédure collective : un élargissement artificiel de la qualité d'employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

162. L'utilisation de la notion d'entreprise conduit à étendre le périmètre d'une procédure collective, ouverte initialement à l'encontre d'une personne débitrice, à une ou plusieurs autres personnes.³⁴⁶ Au niveau du groupe de sociétés, cette extension permet de soumettre deux ou plusieurs sociétés juridiquement distinctes à une procédure collective unique de sauvegarde, de redressement et de liquidation.

163. Pour les salariés plus particulièrement, le prononcé de l'extension d'une procédure collective entraîne l'élargissement artificiel de la qualité d'employeur à une autre société du groupe avec toutes les conséquences qui en résultent (2). Toutefois, le droit des procédures collectives précise que les salariés intéressés – et les autres parties concernées – ne peuvent se fonder sur la notion d'entreprise d'une manière absolue pour demander l'extension d'une procédure collective. En effet, l'article L.621-2 du Code du commerce prévoit que cette possibilité ne peut être réalisée que dans deux cas précis (1).

1. Les cas de l'extension de la procédure collective.

164. Les salariés – et toutes les parties intéressées – ne peuvent solliciter l'extension d'une procédure collective à l'égard d'une autre société du groupe (le plus souvent la société mère) en invoquant de manière générale que cette société constitue avec leur société employeur (société filiale) en difficulté une seule entreprise.

Au vu de l'article L.621-2 du Code du commerce, il leur faut établir que la société employeur débitrice n'est qu'un être fictif à l'égard de la société (société mère) pour laquelle l'extension est demandée (a). Les salariés peuvent également, en vertu de l'article précité,

³⁴⁶ P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2006, p. 64.

solliciter une telle extension en établissant l'existence d'une confusion des patrimoines entre les deux sociétés (b).

a. Demande d'extension sur le fondement du caractère fictif.

165. L'imbrication entre deux sociétés, telle que l'une est fictive par rapport à l'autre permet l'ouverture d'une seule procédure collective à l'égard de ces sociétés. Au sens de la loi de 1966,³⁴⁷ cette possibilité est offerte sans que les sociétés intéressées appartiennent nécessairement au même groupe de sociétés.

On déduit le caractère fictif d'une personne morale (société filiale par exemple) par l'absence d'un élément indispensable à l'existence d'une société, comme l'*affectio societatis*. L'absence de cet élément, décrit comme « psychologique »,³⁴⁸ signifie que les associés n'ont pas la volonté de donner à la société une existence véritable.³⁴⁹ La société fictive n'est, en fait, qu'une façade, une apparence de société qui ne possède pas d'existence réelle. Cette société est créée uniquement pour servir les intérêts d'une autre société, considérée comme le maître du jeu.³⁵⁰

Le caractère fictif de la personne morale se manifeste essentiellement dans les groupes de sociétés. En effet, une filiale est créée sans existence autonome et réelle par rapport à la société mère. Les tribunaux, lorsqu'ils établissent le caractère fictif de la personne morale (société filiale), en déduisent qu'elle forme avec l'autre société une seule et même entreprise ce qui permet de les soumettre à une seule procédure collective.³⁵¹

166. Dans un arrêt rendu le 15 janvier 1991, la Chambre sociale de la Cour de cassation a par exemple admis l'extension à une société anonyme (SA) de la liquidation judiciaire déjà ouverte à l'égard d'une société à responsabilité limitée (SARL).³⁵² La haute juridiction a estimé que la SA et la SARL ne constituaient qu'une seule personne morale après avoir relevé que cette dernière « n'était en réalité qu'une fiction et ne constituait qu'une façade » de la SA.

³⁴⁷ J.-J. Daigre, « Le redressement judiciaire des groupes de sociétés », *LPA*, 19 février 1988, n° 22, p. 18.

³⁴⁸ Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2011, p. 241.

³⁴⁹ P. Roussel Galle, H. Bourbouloux, G. Couturier, « Le groupe de sociétés en procédure collective », *PA*, 22 avril 2010, n° 80, p. 56.

³⁵⁰ *Ibid.*.

³⁵¹ Corinne Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, p. 242.

³⁵² Cass. com., 15 janvier 1991, *D.*, 1991, sommaires commentés, p. 240.

La Cour de cassation a établi que la création de la SARL n'avait pour objet que de permettre à la société anonyme de continuer à poursuivre ses intérêts propres, c'est-à-dire l'exploitation du fonds de commerce dont elle était propriétaire.

b. La demande d'extension fondée sur la confusion des patrimoines.

167. L'article L.621-2 du Code du commerce³⁵³ autorise la soumission de deux ou plusieurs personnes juridiquement distinctes à une seule procédure collective si leurs patrimoines sont confondus. Avant même qu'elle soit consacrée légalement par la loi du 26 juillet 2005, la jurisprudence admettait l'extension à une autre personne d'une procédure collective ouverte à l'égard d'une personne débitrice lorsqu'il s'avérait que leurs patrimoines étaient confondus³⁵⁴

Toutefois, caractériser la notion de confusion des patrimoines reste une opération difficile. De manière générale, les tribunaux établissent l'existence de la confusion des patrimoines entre deux – ou plusieurs – personnes lorsqu'ils constatent l'existence d'un mélange des éléments d'actif et des éléments de passif entre eux, ce qui fait que rattacher ces éléments à l'un ou l'autre des patrimoines devient difficile.³⁵⁵

De même, le fait de constater des relations financières anormales révèle l'existence d'une confusion des patrimoines entre deux ou plusieurs personnes et conduit les tribunaux à accepter la demande de l'extension. Concernant un groupe de sociétés, la Cour de cassation précise que la confusion des patrimoines exige que soient prouvés des flux financiers anormaux entre les sociétés du groupe.³⁵⁶

Dans ce sens, les juges établissent le caractère anormal des flux financiers, lorsqu'ils constatent qu'une société omet de verser ce qu'elle doit à une autre société, sans réaction de cette dernière,³⁵⁷ ou lorsqu'il y a détournement systématique de la trésorerie de la filiale,³⁵⁸ ou par le fait de valider les actifs d'un des membres au profit des autres,³⁵⁹ ou en cas de paiement

³⁵³ Issu de la loi dite *loi de sauvegarde*, n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

³⁵⁴ La Cour de cassation a admis l'extension d'une procédure collective sur le fondement de la confusion des patrimoines depuis un arrêt rendu le 29 juin 1908, L. Jourdan, *op. cit.*, p. 106.

³⁵⁵ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultés*, LexisNexis, 2011, p. 119.

³⁵⁶ Cass. com., 11 mai 1993, *Rev. proc.*, coll. 1994, p. 372, obs. J.-M. Calendini.

³⁵⁷ Cass. com., 7 janvier 2003, *Bull. Joly*, 2003, p. 405, note F.-X. Lucas.

³⁵⁸ CA Versailles, 4 avril 1991, *Bull. Joly*, 1991, p. 614, note P. Le Cannu.

³⁵⁹ Cass. com., 17 juillet 2001, n° 00-12396.

de sommes indues par un membre du groupe, à la place de l'une des autres sociétés du groupe³⁶⁰, ou encore par la mise à disposition de son personnel sans contrepartie,³⁶¹ etc.

La Cour de cassation contrôle de manière rigoureuse le caractère anormal des relations financières entre les sociétés d'un même groupe. L'affaire Métaleurop en constitue à cet égard une illustration puisque la haute juridiction, contrairement à la cour d'appel de Douai, a dénié l'existence d'une confusion de patrimoine entre la société débitrice (SAS Métaleurop Nord) et sa société mère (SA Métaleurop). Elle a, en conséquence, refusé l'extension à la deuxième société de la procédure collective de liquidation, ouverte initialement à l'égard de la première société.³⁶² La Cour de cassation a précisé que, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère, ne caractérisent pas nécessairement l'existence de relations financières anormales. Pour autant, dans la même affaire, la Cour de cassation a admis la qualité de coemployeur de la société mère.

168. Il faut souligner que les salariés d'une société employeur en difficulté n'ont pas qualité pour réclamer eux-mêmes l'extension de la procédure à une autre société du groupe (société mère) auquel est rattachée la leur. L'article L.621-2 alinéa 2 du Code du commerce, issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008,³⁶³ n'accorde le droit d'agir en extension, sur le fondement du caractère fictif et de la confusion des patrimoines, qu'à l'administrateur judiciaire, au mandataire judiciaire ou au ministère public.

Les salariés, à travers leurs institutions représentatives, ne peuvent agir en extension que d'une manière indirecte, en exprimant aux personnes habilitées à exercer ce droit (le liquidateur, par exemple) leur volonté d'étendre la procédure collective à une autre personne. Ainsi, les salariés doivent manifester au liquidateur judiciaire de leur société employeur en

³⁶⁰ Cass. com., 27 octobre 1998, n° 96-16429.

³⁶¹ Cass. com., 6 juin 2000, n° 98-11819.

³⁶² Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10094. Dans cette affaire, la cour d'appel de Douai, par un arrêt rendu le 16 décembre 2004, a autorisé l'extension de la liquidation judiciaire de la société (SAS Métaleurop Nord) à la société mère (SA Métaleurop) en se fondant sur la confusion des patrimoines entre ces deux sociétés. La cour d'appel de Douai a considéré que la société SAS Métaleurop Nord se trouvait dans une situation de dépendance décisionnelle et financière à l'égard de la société mère (SA Métaleurop). Elle a également relevé l'existence, entre ces deux sociétés, de conventions de gestion, de trésorerie et de change, des échanges de personnel, et des avances de fonds consenties par la société mère au profit de sa filiale. Corinne Saint-Alary-Houin, « la liquidation judiciaire de Métaleurop et l'organisation des groupes de sociétés », *Bull. Jolly*, 2005, p. 692 ; B. Rolland, « Métaleurop : l'extension de procédure entre fictivité et confusion des patrimoines », *JCP*, E, 19/5/2005, 796 ; P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis Litec, 2010, p. 716.

³⁶³ L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

liquidation (société filiale) leur volonté de demander l'extension de cette liquidation à une autre société du groupe (société mère).

2. Les effets de l'extension de la procédure sur la qualité d'employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

169. La société mère³⁶⁴ – ou plusieurs sociétés composant le groupe – frappée par l'extension et la société filiale débitrice, à l'encontre de laquelle l'ouverture de la procédure collective initiale a été décidée, sont considérées comme constituant un sujet de droit unique, avec toutes les conséquences juridiques qui en résultent.

Au niveau de la procédure, le prononcé de l'extension conduit à ne retenir qu'une seule date pour la cessation de paiements, celle qui est arrêtée à l'égard du débiteur principal en difficulté (société filiale) et qui a fait l'objet de l'ouverture initiale de la procédure collective. Ainsi, la société frappée – ou les sociétés frappées – par l'extension se soumet avec le débiteur principal aux organes de procédure unique : un seul juge commissaire, un seul représentant des créanciers, etc.³⁶⁵

Au niveau du fond, l'extension conduit essentiellement à la reconstitution d'un patrimoine commun artificiellement décomposé³⁶⁶. L'extension permet de rassembler l'actif de la société débitrice (société filiale) et l'actif – ou les actifs – de la société faisant l'objet de l'extension (société mère)³⁶⁷. Du fait de ce rassemblement, une masse commune d'actif est créée au bénéfice des créanciers de la société débitrice pour l'obtention de leurs créances³⁶⁸.

170. Pour les salariés plus précisément, l'extension du périmètre de la procédure collective à une autre société du groupe (société mère) – ou à plusieurs autres sociétés – engendre pour

³⁶⁴ L'extension d'une procédure collective de redressement ou de liquidation à une autre société (société mère par exemple) peut être décidée sans que la condition de la cessation des paiements de cette société soit établie. C'est-à-dire qu'une extension est opérée contre cette société même s'elle est *in bonis*. Cette extension permet le dépassement de la condition de la cessation de paiements exigée par les articles L. 631-1 (redressement judiciaire) et L.640-1-1(liquidation judiciaire) du Code du commerce. Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-10930, *Bull. civ.*, IV, n° 289.

³⁶⁵ L. Jourdan, *Les procédures d'extension de redressement et liquidation judiciaires*, thèse de doctorat en droit soutenue le 23 juin 1994, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, p. 323.

³⁶⁶ Corinne Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, p.247.

³⁶⁷ L'extension conduit d'un autre côté à la création d'un seul passif.

³⁶⁸ P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly, *op. cit.*, p. 64.

ceux-ci des conséquences considérables dont la plus importante est l'accroissement de leurs chances d'obtenir leurs droits impayés en raison des difficultés économiques de leur société employeur (société filiale) : salaires, primes, divers indemnités, etc.

L'extension permet d'élargir le périmètre de la notion d'employeur à une ou plusieurs autres sociétés du groupe. Cette société (société mère) devient effectivement un employeur débiteur à l'égard des salariés de la société débitrice, bien qu'elle n'ait conclu aucun contrat de travail avec ces salariés.

171. Nous considérons cette conception, qui permet d'étendre le périmètre de la procédure collective aux autres sociétés du groupe, comme une solution juridique logique, dans la mesure où elle ouvre sur une adaptation du droit aux réalités économiques. En effet, les difficultés économiques et financières d'une société filiale peuvent être dues à une mauvaise gestion assurée dans les faits par la société mère. À titre d'exemple, les décisions de gestion décidées par la société mère peuvent s'effectuer au détriment des intérêts de la société filiale³⁶⁹.

L'extension du périmètre de la procédure collective permet de considérer la société débitrice (société filiale) et la société *in bonis* faisant l'objet de l'extension (société mère) comme une seule entreprise, et au niveau social comme un seul employeur.

Pour conclure l'étude de ce point, nous considérons que l'attachement des salariés au groupe de sociétés en tant qu'il constitue une seule entreprise peut contribuer à restructurer les relations individuelles de travail à l'intérieur du groupe, et plus précisément à résoudre les problèmes liés à la reconnaissance de la qualité d'employeur à cette structure économique.

La solution qui consiste à assimiler un groupe de sociétés à une seule entreprise peut constituer un recours par rapport à la notion de *co-employeur*, dont la mise en œuvre reste difficile. En effet, pour mettre en œuvre ladite notion de *co-employeur*, la jurisprudence exige que la perte totale, au niveau économique et social, de l'autonomie de l'employeur de droit (société filiale), au profit d'une autre société du groupe (dans la majorité des cas la société mère), soit caractérisée. Sans cette caractérisation, la qualité de *co-employeur* ne peut être

³⁶⁹ H. Tissandier, *op.cit.*, p. 4.

attribuée à cette dernière société, et les salariés intéressés ne peuvent faire valoir leurs droits qu'à l'encontre de leur employeur de droit (société filiale).

Dés lors, le recours à la notion d'*entreprise* peut aider à dépasser cette difficulté en permettant aux salariés intéressés de poursuivre une ou de plusieurs sociétés du groupe, non du fait de sa qualité de co-employeur, mais parce qu'elle forme avec leur employeur de droit une entreprise unique. À cet égard, nous estimons que la construction d'un régime juridique s'inspirant de l'article L.1224-1 du Code du travail reste une solution réalisable pour contenir la difficulté liée à la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.

Conclusion du Titre I.

172. Le fait qu'une société appartienne à un groupe de plusieurs sociétés n'affecte pas en soi sa qualité d'employeur ; celle-ci n'est, en principe, accordée qu'à la société avec laquelle les salariés sont liés par un contrat de travail. C'est la conclusion principale que l'on peut tirer de l'étude de la jurisprudence relative à la qualification de l'employeur dans le cadre d'un groupe de sociétés.

En effet, comme nous l'avons remarqué, la façon dont la jurisprudence tranche cette question conduit à reconnaître que seule la société cocontractante des salariés assume les obligations légales attachées à la qualité d'employeur imposées par le Code du travail : information et consultation des représentants des salariés avant de procéder à des licenciements économiques, réintégration de salariés dont le licenciement est injustifié et réembauche de salariés licenciés pour motif économique. En contrepartie, cette société, toujours selon la jurisprudence, est la seule partie qui se prévaut des engagements contractuels signés par les salariés (clause de non concurrence, par exemple).

Les juges peuvent exceptionnellement élargir le périmètre de la notion d'employeur aux autres sociétés du groupe, et notamment à la société dominante lorsqu'ils établissent que cette dernière détient le véritable pouvoir sur les salariés de la société de droit (souvent une société filiale). Plus précisément, les juges considèrent qu'il s'agit d'une situation de *co-emploi*, lorsqu'ils établissent qu'il y a perte d'autonomie économique et sociale de la part de la société de droit, au profit de la société dominante du groupe. Dans ces conditions, la société filiale (qui recrute et dirige les salariés) et la société dominante du groupe se voient attribuer toutes les deux la qualité d'employeur.

Titre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire en matière de rapports collectifs de travail.

173. La reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre dans lequel s'exercent des droits collectifs ne constitue plus une question ambiguë. Les négociateurs sociaux au niveau du groupe ont le droit de mettre en place une institution représentative du personnel propre au groupe, institution qui a pour mission de représenter les salariés des sociétés qui composent ; ces négociateurs sont, également, autorisés à produire des normes sociales spécifiques pour encadrer leurs rapports (salaires, durée du travail, formation professionnelle, etc.).

174. Néanmoins, cette reconnaissance ne conduit pas à assimiler le groupe de sociétés à une seule et unique entreprise, et ne met pas fin à l'indépendance sociale des entreprises qui le composent. Ce constat est fait en matière de représentation collective et en matière de négociation collective.

En matière de représentation collective, ce sont les institutions représentatives du personnel installées au sein des entreprises qui continuent à assurer la représentation des salariés, et non le comité de groupe, mis en place en sa qualité d'institution représentative du personnel propre au groupe, qui n'assume à ce niveau qu'un rôle subsidiaire (Chapitre I). En matière de négociation collective, il est à remarquer que les normes produites au niveau du groupe revêtent un caractère subsidiaire, en tant qu'elles ne peuvent pas déroger, dans un sens défavorable aux intérêts des salariés, à celles élaborées par les autres sources du droit du travail (Chapitre II).

Chapitre I. Le groupe de sociétés, niveau subsidiaire en matière de représentation collective.

Chapitre II. Le groupe de sociétés, niveau subsidiaire en matière de négociation collective.

Chapitre I. Le groupe de sociétés, niveau subsidiaire en matière de représentation collective du personnel.

175. Le droit de la représentation collective du personnel a pris en considération le groupe de sociétés à partir de l'adoption des lois Auroux en 1982³⁷⁰. Ces lois prescrivent de mettre en place un comité de groupe, en tant qu'institution représentative du personnel propre au groupe, pour assurer la représentation des salariés employés par des entités intégrées au sein de cette structure économique³⁷¹.

176. Toutefois, l'évaluation de la place qu'occupe le comité de groupe nous conduit à affirmer que cette instance n'assume qu'un rôle subsidiaire par rapport aux institutions représentatives du personnel installées au sein de chaque société du groupe. Deux constatations traduisent le caractère subsidiaire du comité de groupe. D'un côté, au niveau organique, la mise en place du comité de groupe n'affecte en rien l'existence et l'autonomie des institutions représentatives instaurées au niveau de chaque société du groupe (Section I). D'un autre côté, de par sa nature, le comité de groupe demeure un simple organe d'information dont la mission essentielle consiste à faire circuler les informations qu'il reçoit de l'entreprise dominante du groupe et qui sont destinées aux comités d'entreprise des sociétés comprises dans le périmètre de celui-ci (Section II).

Section I. Indépendance des institutions représentatives du personnel installées à l'intérieur du groupe par rapport au comité de groupe.

177. La présence d'un groupe de sociétés suppose la coexistence en son sein de plusieurs institutions représentatives du personnel. La mise en place du comité de groupe, en tant qu'il constitue une institution représentative spécifique au groupe de sociétés, (§II), n'affecte en rien l'existence et l'indépendance des autres institutions représentatives du personnel déjà installées à l'intérieur du groupe (§I).

³⁷⁰ La loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JORF du 29 octobre 1982, Légifrance.

³⁷¹ L.23331-1 du Code du travail.

§I. Maintien des institutions représentatives du personnel établies dans le périmètre du groupe de sociétés.

178. L'ensemble des institutions représentatives du personnel établies dans le périmètre du groupe de sociétés conservent leur existence et leur autonomie. Il s'agit des institutions représentatives des salariés mises en place au sein de chaque entreprise du groupe (I) et celles qui sont instaurées au sein d'une unité économique et sociale (UES) constituée entre des entreprises juridiquement indépendantes (II).

I. Maintien des institutions représentatives du personnel établies au sein de chaque entreprise du groupe.

179. L'appartenance d'une société à un groupe de sociétés n'a aucune influence sur son organisation interne en matière de représentation du personnel puisque les institutions représentatives des salariés installées au sein de cette société conservent leur existence³⁷². Cette appartenance ne remet pas en cause la survie des deux types de représentation du personnel que sont la représentation élue par les salariés de l'entreprise (A) et celle désignée par les syndicats représentatifs au sein de cette entreprise (B).

A. Maintien des institutions représentatives élues par les salariés de l'entreprise.

180. Une société appartenant au groupe peut être une entreprise à établissement unique, constituée d'une seule entité de travail³⁷³. Dans ce cas, la représentation du personnel au sein de cette entreprise ne pose pas, en principe, de difficultés puisque cette représentation se fait, soit par les délégués du personnel, soit par le comité d'entreprise (1). Cependant, lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements distincts, l'architecture de la représentation change car, en plus du comité d'établissement qui doit être mis en place au niveau de chaque établissement, un comité central d'entreprise commun à ces établissements doit également

³⁷² F.-F. Héry, « La représentation collective dans les groupes de sociétés », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Panthéon-Assas, 1999, p.129.

³⁷³ Ou ne comportant qu'un seul établissement. Les activités et le personnel de cet établissement sont réunis sur un même lieu de travail.

être instauré (2).

1. Les institutions représentatives élues dans le cadre de l'entreprise à établissement unique.

181. La représentation du personnel au sein de l'entreprise simple se fait au moyen de deux institutions, à savoir les délégués du personnel et le comité d'entreprise. L'effectif des salariés de l'entreprise constitue l'élément décisif qui détermine le type d'institution qui doit être instauré dans l'entreprise. Lorsque l'entreprise compte au moins 11 salariés, ceux-ci doivent élire des délégués du personnel (a) ; alors qu'un comité d'entreprise doit être instauré dans l'entreprise lorsque l'effectif de cette dernière atteint 50 salariés (b).

a. Les délégués du personnel.

182. La mise en place des délégués du personnel s'impose à partir du moment où sont employés onze salariés dans l'entreprise³⁷⁴. Le nombre des délégués du personnel qui doit être élu au sein de l'entreprise est variable selon l'effectif de cette dernière, puisqu'il est fixé à un titulaire et un suppléant pour un effectif de onze à vingt-cinq salariés, et s'accroît jusqu'à neuf titulaires et neuf suppléants lorsque la circonscription électorale comporte 750 à 999 salariés³⁷⁵.

Élus pour une durée de quatre ans³⁷⁶, les délégués du personnel ont pour mission principale de porter au chef de l'entreprise, ou à ses représentants, toutes les réclamations individuelles et collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et aux autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que les conventions et les accords applicables dans l'entreprise³⁷⁷.

Les délégués du personnel assurent également une fonction consultative auprès du chef d'entreprise dans plusieurs domaines prévus par la loi. À titre d'exemple, le chef d'entreprise

³⁷⁴ Ce seuil d'effectif doit être, comme le précise l'article L.2312-2 du Code du travail, atteint « pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. » Cependant, l'article L.2312-4 du Code du travail permet, exceptionnellement, l'institution de délégués du personnel par un accord collectif, même dans les établissements employant moins de 11 salariés.

³⁷⁵ R.2314-1 du Code du travail. Selon cet article, à partir de mille salariés, doivent s'ajouter un délégué titulaire et un suppléant par tranche supplémentaire de 250 salariés.

³⁷⁶ L.2314-26 du Code du travail.

³⁷⁷ L.2313-1 du Code du travail.

demande l'avis des délégués sur tout ce qui concerne les propositions de reclassement qu'il est tenu de faire au profit d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle³⁷⁸.

La défense des droits des personnes et des libertés individuelles des salariés au sein de l'entreprise constitue une autre fonction des délégués du personnel³⁷⁹. Ces derniers peuvent en effet, au vu des articles L.2313-2 et L.1121-1 du Code du travail, saisir l'employeur lorsqu'ils constatent des atteintes illicites aux droits des personnes, à la santé physique et mentale et aux libertés individuelles³⁸⁰. L'intervention des délégués auprès de l'employeur vise à obliger ce dernier à prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des salariés contre ces atteintes.

b. Le comité d'entreprise.

183. Instituée par l'ordonnance du 22 février 1945³⁸¹, le comité d'entreprise constitue une autre instance représentative élue par le personnel de l'entreprise. La mise en place de cette instance est obligatoire dans toutes les entreprises employant au moins cinquante salariés, pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois dernières années³⁸².

La création du comité d'entreprise est une obligation d'ordre public ; cela signifie que l'employeur ne peut pas se dispenser de mettre en place cette instance, en arguant que les salariés de l'entreprise exprimeraient cette volonté³⁸³. À cet égard, pour garantir la mise en œuvre du comité d'entreprise, le législateur prévoit, selon les dispositions de l'article L.2328-1 du Code du travail, des sanctions à l'égard de toute personne qui entraverait soit la constitution de cette institution, soit la libre désignation de ses membres, soit encore son fonctionnement³⁸⁴.

À l'opposé du *Betriebsrat* allemand qui se compose uniquement d'élus du personnel et du comité belge qui se caractérise par la parité (moitié représentants de la direction, moitié

³⁷⁸ L.1226-10 du Code du travail.

³⁷⁹ J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2013, p. 1176.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945, JORF du 23 février 1945, p.954.

³⁸² L.2322-1 et L.2322-2 du Code du travail.

³⁸³ M. Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 2009, p. 63.

³⁸⁴ Cet article prévoit un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 €.

représentants élus du personnel), le comité d'entreprise français est une institution tripartite³⁸⁵. Il se compose du chef d'entreprise³⁸⁶, d'une délégation élue du personnel³⁸⁷ et de représentants syndicaux³⁸⁸.

184. La mise en place du comité d'entreprise a pour objectif de défendre les intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion, à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production³⁸⁹. En matière économique, le comité d'entreprise reste, il convient de le souligner, un organe de coopération informé et consulté sur la gestion de l'entreprise, mais sans qu'il puisse influencer sur les décisions adoptées par la direction³⁹⁰.

2. Les institutions représentatives élues dans le cadre de l'entreprise à établissements multiples.

185. Il se peut qu'une société faisant partie d'un groupe – société filiale par exemple – soit divisée, pour des raisons économiques et techniques, en plusieurs établissements³⁹¹. Dans ce cas, le législateur essaye d'adapter le droit de la représentation du personnel à cette réalité en imposant, selon l'article L.2327-1 du Code du travail, d'instaurer des comités dans chacun de ces établissements (a) et, au second degré, un comité central d'entreprise commun à ces derniers (b).

a. Les comités d'établissement.

³⁸⁵ J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *Doit du travail*, Dalloz, 2013, p. 1189.

³⁸⁶ Le chef d'entreprise est membre de droit de cette institution et celui qui la préside. Même si il n'est pas prévu explicitement par la loi, le chef d'entreprise peut être représenté par son adjoint, ou par un salarié cadre. M. Cohen, *op. cit.*, p. 116.

³⁸⁷ Le nombre des élus du personnel au sein du comité d'entreprise est variable en fonction de l'effectif de l'entreprise. De trois titulaires et trois suppléants pour les entreprises de 50 à 74 salariés, à quinze titulaires et quinze suppléants pour les entreprises de 10 000 salariés. R.2324-1 du Code du travail.

³⁸⁸ Les représentants syndicaux sont des membres non élus au sein du comité d'entreprise. Ils représentent les syndicats représentatifs au sein de l'entreprise. Dans les entreprises de moins de 300 salariés, c'est le délégué syndical qui assure la représentation de son syndicat au sein du comité d'entreprise (L.2143-22 du Code du travail). Alors que dans les entreprises de 300 salariés et plus, les syndicats ayant des élus au comité d'entreprise ont le droit – un droit facultatif – de nommer un représentant distinct de ces élus au sein de ce comité (L.2324-2 du Code du travail).

³⁸⁹ L.2323-1 du Code du travail.

³⁹⁰ J. Savatier, « Les délibérations du comité d'entreprise ». *Dr. soc.*, 1983, p. 395.

³⁹¹ Ces entreprises peuvent revêtir la forme d'une succursale, agence, dépôt, usine, etc. I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1996, p. 2.

186. Pour le législateur, le découpage de l'entreprise en plusieurs établissements ne doit pas empêcher de mettre en place les institutions représentatives du personnel dans chacun de ces établissements. À ce niveau, la présence des représentants des salariés contribue à l'adaptation du droit de la représentation du personnel aux modes de production de plus en plus décentralisés³⁹² et permet une meilleure représentation des salariés³⁹³.

Même si les établissements composant l'entreprise ne possèdent pas la personnalité juridique, le législateur oblige à mettre en place des comités au niveau de ces établissements dès lors qu'ils emploient au moins 50 salariés³⁹⁴. Le législateur exige seulement que chaque établissement soit distinct, ce qui nous conduit à nous interroger sur ce critère : que faut-il entendre par *établissement distinct* ?

187. Le législateur ne détermine pas la signification de l'établissement ayant un caractère « distinct » ; toutefois, la doctrine le considère « comme un centre d'activité distinct au plan géographique, doté de moyens matériels et composé de salariés travaillant sous une direction unique pour la réalisation de buts techniques³⁹⁵. »

En l'absence d'une définition légale de l'établissement distinct, le législateur délègue cette possibilité, selon l'article L.2327-7 du Code du travail, à la volonté de l'employeur et des organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise concernée. Suivant l'article précité, ces deux parties ont le droit de fixer le nombre d'établissements distincts et la répartition des sièges entre ces établissements.

À défaut d'accord collectif au niveau de l'entreprise, c'est la jurisprudence qui se charge de dire si un établissement a ou non un caractère « distinct », et donc si cet établissement doit accueillir, ou non, une instance représentative des salariés. Dans ce cadre, il faut signaler l'évolution de la jurisprudence, qui est passée d'une conception fonctionnelle à une conception unitaire de l'établissement distinct.

³⁹² Y. Chalaron, « À propos de l'établissement », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Péliissier*, Dalloz, 2001, p. 153.

³⁹³ I. Desbarats, *op. cit.*, p. 233.

³⁹⁴ Ce seuil de 50 salariés, exigé pour la mise en place d'un comité d'établissement, n'est pas énoncé d'une manière explicite, mais ressort du renvoi prévu par les articles L.2327-17 et L.2327-19 du Code du travail. Ces deux articles précisent que les règles gouvernant la composition et le fonctionnement des comités d'entreprise s'appliquent aux comités d'établissement.

³⁹⁵ I. Desbarats, *op.cit.*, p. 17.

Initialement, la notion d'établissement distinct était fonctionnelle et relative, puisque la notion retenue par la jurisprudence pour la mise en place des délégués syndicaux n'était pas nécessairement la même que celle arrêtée pour la mise en place d'un comité d'établissement³⁹⁶. Cette conception fonctionnelle de la notion d'établissement distinct a été remplacée par une conception unitaire qui considère que « la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre³⁹⁷. » Ce tournant jurisprudentiel a été confirmé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 mai 2011 qui énonce que « sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement³⁹⁸. »

188. Les articles L.2327-17 et L.2327-15 du Code du travail disposent que la composition et les attributions du comité d'établissement sont identiques à celles du comité d'entreprise. Concernant la composition du comité d'établissement, cette institution comprend le chef d'établissement, des représentants du personnel et des représentants syndicaux.

Quant aux attributions des comités d'établissement, l'article L.2327-15 du Code du travail précise que ces comités ont « les mêmes attributions que les comités d'entreprise dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements. » Cependant, en matière économique, ces comités ne possèdent pas certaines compétences qui restent réservées au comité central d'entreprise, telles que l'examen des comptes de l'entreprise, la désignation de délégués auprès du conseil d'administration ou du conseil de surveillance³⁹⁹.

b. Le comité central d'entreprise.

189. Le législateur impose la constitution d'un comité central d'entreprise à partir du moment où une entreprise comporte au moins deux établissements distincts dotés de comités distincts⁴⁰⁰. Il semble essentiel de s'interroger sur la raison d'être de cette institution : pourquoi le législateur impose-t-il la création d'un comité central d'entreprise ?

³⁹⁶ I. Desbarats, « L'entreprise à établissements multiples en droit du travail », *op. cit.*, préface de Michel Despax ; M. Cohen, *op. cit.*, p. 132.

³⁹⁷ Cass. soc., 10 novembre 2010, n° 09-60451 ; G. Borenfreund, « la notion d'établissement distinct à la croisée des chemins », *RDT*, 2011, p. 24.

³⁹⁸ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60383.

³⁹⁹ I. Desbarats, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁰⁰ L.2327-1 du Code du travail.

Il faut rappeler que les comités d'établissement permettent de représenter les intérêts des salariés, au niveau où ces derniers exécutent matériellement leur prestation de travail : succursales, usines, dépôts, etc. À travers ces comités, les représentants des salariés peuvent dialoguer directement avec la direction pour défendre les droits des salariés de l'établissement.

Toutefois, les comités d'établissements ne garantissent pas la réalisation de l'objectif constitutionnel qui veille à l'implication des salariés dans la gestion de l'entreprise⁴⁰¹. En effet, ces institutions ne permettent pas d'assurer un dialogue avec les véritables décideurs au niveau de l'entreprise, et donc une participation effective à la gestion de cette dernière⁴⁰².

Pour atteindre cet objectif, le législateur a imposé la mise en place du comité central d'entreprise afin qu'il assure une représentation cohérente et efficace de tous les salariés de l'entreprise affectés à plusieurs établissements. Cette institution contribue à centraliser la représentation des salariés et permet de prendre en compte les intérêts de ces derniers dans les décisions importantes qui touchent à la marche économique et financière de l'entreprise⁴⁰³.

190. Concernant sa composition, identiquement au comité d'entreprise, le comité central d'entreprise se caractérise par une composition tripartite : le chef d'entreprise – ou son représentant –, les élus du personnel⁴⁰⁴ et les représentants des organisations syndicales⁴⁰⁵.

B. Maintien des représentants syndicaux désignés par les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise.

191. Les représentants syndicaux nommés par les syndicats représentatifs au sein de l'entreprise⁴⁰⁶ poursuivent à leur tour leur existence bien que l'entreprise fasse partie d'un

⁴⁰¹ I. Desbarats, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁰² I. Desbarats, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁰³ L.2327-2 du Code du travail.

⁴⁰⁴ Les élus du personnel ne sont pas désignés directement par les salariés de l'entreprise, mais par les membres des comités d'établissement (L.2327-3 du Code du travail).

⁴⁰⁵ Selon l'article L.2327-6 du Code du travail, chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise a le droit de désigner un représentant au comité central d'entreprise.

⁴⁰⁶ Les deux articles L.2121-1 et L.2122-1 du Code du travail, issus de la loi du n° 2008-789 du 20 août 2008, fixent les critères établissant la représentativité des syndicats au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Ces syndicats, selon le premier article, doivent satisfaire aux sept critères cumulatifs que sont : le respect des valeurs

groupe de sociétés. Il en va de même, à cet égard, des sections syndicales instaurées par les syndicats au sein de l'entreprise qui maintiennent, elles aussi, leur existence. Ces sections ont pour objet, comme le prévoit l'article L.2142-1 du Code du travail, de représenter les intérêts matériels et moraux de leurs membres⁴⁰⁷.

192. De même, les délégués syndicaux, nommés par les syndicats représentatifs⁴⁰⁸, continuent à accomplir leur mission dans l'entreprise. Ceux-ci, dans une entreprise comptant au moins 50 salariés pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois dernières années⁴⁰⁹, ont pour fonction, selon l'article L.2143-3 du Code du travail, de représenter leur syndicat auprès de l'employeur. L'imprécision de cette fonction a amené la doctrine⁴¹⁰ à dire que les délégués syndicaux disposent d'une « compétence générale » tant que la loi ne définit pas exactement leurs attributions⁴¹¹.

193. Lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements, le législateur accorde aux syndicats représentatifs au sein de ces derniers le droit de désigner des délégués syndicaux⁴¹². Ce droit suppose que les établissements concernés emploient au moins 50 salariés, et qu'ils soient distincts. En plus de désigner des délégués syndicaux d'établissement, la loi permet aux syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise de nommer des délégués syndicaux centraux d'entreprise⁴¹³.

républicaines ; l'indépendance ; la transparence financière ; une ancienneté minimale de deux ans ; l'influence et les effectifs d'adhérents et les cotisations. Et ils doivent également, au vu du second article, obtenir « au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. »

⁴⁰⁷ Trois remarques essentielles concernant les sections syndicales doivent être précisées. Premièrement, les sections syndicales ne possèdent pas la personnalité morale et ne peuvent donc pas agir comme sujet de droit. Deuxièmement, elles peuvent être instaurées dans une entreprise même de moins de 50 salariés. Troisièmement, le droit d'instituer une section syndicale est accordé aux syndicats possédant « plusieurs adhérents » dans l'entreprise concernée. Le législateur ne détermine aucun effectif minimal d'adhérents.

⁴⁰⁸ L.2143-3, al.1 du Code du travail.

⁴⁰⁹ L.2143-3 du Code du travail.

⁴¹⁰ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 1267.

⁴¹¹ Cette compétence générale permet aux délégués syndicaux d'assurer plusieurs fonctions : la représentation et la défense des syndiqués et de l'ensemble des salariés, la présentation des réclamations et revendications relatives aux intérêts collectifs des salariés, la négociation avec la direction essentiellement sur les salaires et la durée du travail, etc. *Ibid.*

⁴¹² L.2143-3 du Code du travail.

⁴¹³ L.2143-5 du Code du travail. Cet article distingue entre le cas où l'entreprise emploie « au moins deux mille salariés », et celui où cette dernière compte « moins de deux mille salariés ». Suivant le premier cas, la désignation des délégués syndicaux est accordée aux syndicats ayant « recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quelque soit le nombre de votants, en additionnant les suffrages de l'ensemble des établissements compris dans ces entreprises. » Dans le deuxième cas, les syndicats représentatifs dans l'entreprise peuvent nommer l'un de leurs délégués syndicaux d'établissement en vue d'exercer également les fonctions de délégués syndical central d'entreprise.

Désigner les délégués syndicaux centraux d'entreprise se justifie, selon le législateur de 1982, par la volonté d'adapter les structures syndicales à celles de l'entreprise⁴¹⁴. Par cette désignation, les syndicats se voient dotés d'un interlocuteur syndical au plus haut niveau de l'entreprise, et donc d'une représentation auprès de la direction générale de celle-ci⁴¹⁵. En outre, les délégués syndicaux contribuent à coordonner l'action syndicale dans l'ensemble des établissements de l'entreprise⁴¹⁶.

II. Maintien des institutions représentatives des salariés mises en place au sein de l'unité économique et sociale (UES).

194. La reconnaissance d'une *unité économique et sociale* (UES) conduit à mettre en place des institutions représentatives des salariés qui lui sont propres (B). La spécificité de l'UES nous conduit, dans un premier temps, à la déterminer (A).

A. Détermination de l'une unité économique et sociale (UES).

195. Déterminer ce qu'est une UES exige d'en appréhender la notion (1) et d'en étudier la mise en œuvre (2).

1. La notion d'unité économique et sociale (UES) : une notion fonctionnelle conçue pour garantir l'application du droit du travail au sein d'une entreprise éclatée.

196. Création jurisprudentielle, l'*unité économique et sociale* (UES) a été conçue depuis les années soixante pour faire échec à la fraude patronale qui découpait l'entreprise en plusieurs entités en vue d'échapper de la mise en place des institutions représentatives du personnel⁴¹⁷. Ces manœuvres frauduleuses divisaient artificiellement l'entreprise en plusieurs sociétés, afin que chacune d'elles se maintienne en deçà du seuil d'effectifs qui rend obligatoire

⁴¹⁴ I. Desbarats, *op. cit.*, p. 420.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Cass. soc., 16 décembre 2008, *D.*, 2009, Juris, p. 987, note F. Petit.

l'instauration d'un comité d'entreprise⁴¹⁸.

L'UES se présente ainsi comme une notion fonctionnelle qui contribue à recomposer l'entreprise découpée fictivement en plusieurs sociétés, et permettre de ce fait d'appliquer les dispositions légales relatives à la représentation du personnel. Les salariés de ces sociétés, dans ce cadre, forment une seule collectivité de travail et ont donc le droit d'instituer des instances représentatives communes.

L'utilité de l'UES a conduit à sa consécration légale par la loi Auroux du 28 octobre 1982⁴¹⁹. L'article L.2322-4 du Code du travail, issu de cette loi, dispose que : « lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire. »

197. Créée initialement pour garantir la mise en place des institutions représentatives du personnel au sein d'une entreprise divisée en plusieurs sociétés, l'UES a été utilisée par la suite pour assurer d'autres fonctions. En effet, le législateur considère l'UES comme un cadre pour l'application des dispositions relatives à la participation obligatoire aux résultats de l'entreprise⁴²⁰, un périmètre pour apprécier la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁴²¹, et également un cadre pour l'instauration d'un service de santé commun⁴²². À son tour, la chambre sociale de la Cour de cassation considère l'UES comme un périmètre de réintégration d'un représentant du personnel illégalement licencié⁴²³.

198. Seulement, il faut préciser que si l'UES constitue un cadre où certains droits, essentiellement de nature collective, s'exercent au profit des salariés, cette structure ne possède pas une personnalité morale distincte des entités qui la forment. L'UES ne peut contracter, ester en justice, et ne peut être un employeur des salariés des entités qui la

⁴¹⁸ Cass. soc., 8 juin 1972, *JCP*, 1973, I, 17316. Dans cet arrêt, La Cour de cassation confirme l'analyse des juges du fond qui ont bien constaté l'existence d'une unité économique et sociale entre deux sociétés juridiquement autonomes, et ont donc jugé obligatoire d'instaurer un comité d'entreprise commun à ces deux sociétés. Les juges ont établi que « le président-directeur général avait réparti fictivement le personnel de ces deux sociétés de manière à laisser à chacune d'elles un effectif inférieur à 50 salariés et éluder ainsi les prescriptions de l'ordonnance du 22 février 1945. »

⁴¹⁹ Loi n° 82.915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives.

⁴²⁰ R.3322-2 du Code du travail.

⁴²¹ L.1235-10 du Code du travail.

⁴²² D.4622-12 du Code du travail.

⁴²³ Cass. soc., 16 octobre 2001, *Bull. civ.*, V, n° 324.

composent⁴²⁴.

2. Mise en œuvre de l'unité économique et sociale (UES).

199. L'étude de la mise en œuvre de l'UES commande d'envisager les voies de sa reconnaissance (b), après avoir analysé les critères exigés à cet effet (a).

a. Les critères exigés pour la reconnaissance de l'unité économique et sociale (UES).

200. L'article L.2322-4 du Code du travail considère l'instauration d'un comité d'entreprise commun au sein d'une UES comme une mesure obligatoire, mais sans en définir les critères d'existence. Cela nous conduit à nous interroger sur les critères exigés pour qu'une UES soit reconnue.

Selon la jurisprudence tranchant cette question, la reconnaissance d'une UES est conditionnée par l'établissement d'une unité de nature économique et d'une unité de nature sociale entre les sociétés en cause. Concernant l'unité économique, deux éléments font présumer l'existence de cette unité, à savoir : la concentration des pouvoirs de direction⁴²⁵ et la complémentarité des activités entre les sociétés concernées⁴²⁶.

Quant à l'unité sociale, les juges supposent l'existence de cette unité lorsqu'ils constatent que les salariés des sociétés concernées forment « une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts⁴²⁷. » Pour les juges, un statut social semblable, voire identique, entre ces salariés et la permutabilité de ces derniers au sein de ces sociétés constituent des éléments qui établissent, avec d'autres éléments, l'existence d'une unité sociale⁴²⁸.

201. D'un autre côté, une question essentielle se pose concernant les entités pouvant

⁴²⁴ Cass. soc., 16 décembre 2008, *Dr.soc.*, 2009, p. 500, note J. Savatier, *op.cit.*

⁴²⁵ Pour les juges, « l'identité » ou « l'unicité » de direction des sociétés en cause, fait présumer l'existence d'une concentration des pouvoirs de direction entre ces dernières. À titre d'exemple, les juges vérifient la composition des conseils d'administration (Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 87-60021).

⁴²⁶ La jurisprudence n'exige pas que les activités des sociétés concernées soit similaires, mais seulement qu'elles soient complémentaires. À titre d'illustration, la jurisprudence a établi l'existence d'une complémentarité des activités entre une société de transport de marchandises et une société de transports publics et de location de véhicules (Cass. soc., 29 mai 2002, n° 01-60627).

⁴²⁷ Cass. soc., 15 novembre 1988, n° 87-601145.

⁴²⁸ *Ibid.*

constituer une UES : une UES se forme-t-elle nécessairement dans des sociétés commerciales ? La Cour de cassation affirme que l'UES est un ensemble de « personnes juridiquement distinctes⁴²⁹ » ; une telle précision signifie donc que l'UES ne se compose pas obligatoirement de sociétés commerciales, mais de toutes les personnes juridiques, physiques et morales, incluses dans le périmètre de cette structure.

En revanche, ces personnes physiques et morales doivent répondre, comme le précise la doctrine⁴³⁰, aux critères économiques et sociaux exigés pour la reconnaissance d'une UES. Ainsi, une UES peut inclure des sociétés commerciales, qu'elles soient sociétés mères ou filiales et quel que soit leur nombre⁴³¹, et elle peut être constituée par une association ou des associations et des sociétés.

b. Les voies de la reconnaissance de l'unité économique et sociale (UES).

202. Suivant l'article L.2322-4 du Code du travail, l'UES est reconnue soit par une convention collective, soit par une décision de justice. Dans le premier cas, l'article précité énonce que l'UES peut être reconnue par une « convention » sans qu'il détermine la nature de celle-ci : la convention indiquée dans l'article L.2322-4 du Code du travail s'assimile-t-elle à une convention régie par le droit des conventions collectives, ou à un accord électoral ?

La Cour de cassation, par un arrêt rendu le 23 juin 1988, a assimilé la convention de reconnaissance de l'UES à un accord de type électoral parce que l'objet de cette reconnaissance est d'instaurer un comité d'entreprise commun⁴³². Dans cette convention, les parties concernées déclarent l'existence de l'UES et fixent sa composition et son périmètre. Une question portant sur l'identification des négociateurs ayant la qualité de conclure une telle convention se pose cependant : la conclusion de la convention de reconnaissance de l'UES nécessite-t-elle la participation de toutes les organisations syndicales présentes au sein de cette structure (participation à l'unanimité), ou uniquement les organisations syndicales représentatives, suivant les dispositions prévues dans les articles L.2314-3-1 et 2324-4-1 du Code du travail ?

Auparavant, la Cour de cassation exigeait l'unanimité des organisations syndicales

⁴²⁹ Cass. soc., 30 mai 2001, n° 99-60535.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ Cass. soc., 22 novembre 2000, n° 99-60454.

⁴³² Cass. soc., 31 mars 2009, *Bull. civ.*, V, n° 96.

représentatives et des représentants des sociétés comprises dans le périmètre de l'UES⁴³³. Une telle exigence semble cependant abandonnée après l'élaboration de loi du 20 août 2008. À la lumière des deux articles L.2314-1 et 23244-4-1 du Code du travail, issus de cette loi, la convention de reconnaissance de l'UES requiert seulement, à l'égal de tous les accords électoraux, la participation des syndicats représentatifs dans les sociétés comprises dans l'UES. Du côté patronal, la participation des représentants mandatés des sociétés concernées nous semble une condition logique qui doit être respectée.

Dans le deuxième cas, l'UES peut être reconnue par une décision de justice. Cette hypothèse s'impose lorsque la reconnaissance de l'UES par un accord collectif est impossible. Les points de vue des parties concernées s'opposent à l'égard de l'existence de l'UES, et donc le tribunal d'instance, qui est le tribunal compétent, intervient pour reconnaître, ou non, cette existence⁴³⁴.

B. Les institutions représentatives du personnel au sein de l'unité économique et sociale (UES).

203. La reconnaissance de l'UES, soit par voie conventionnelle ou par décision judiciaire, impose, comme l'affirme la Cour de cassation, de mettre en place les institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées⁴³⁵. À cet égard, le comité d'entreprise commun à toutes les personnes morales constitutives de l'UES est la première instance représentative du personnel à devoir être instaurée ; c'est même à l'origine la raison d'être de l'UES. Désigner les délégués syndicaux centraux de l'UES est également une possibilité offerte aux syndicats représentatifs à ce niveau.

204. Concernant l'instauration d'un comité d'entreprise commun, les comités d'entreprise qui sont déjà en place au niveau de chaque entreprise deviennent, en général, des comités d'établissement, qui désignent à leur tour des délégués à un comité central d'entreprise de l'UES⁴³⁶. Ce comité siège alors au sein de la société dominante de l'UES.

⁴³³ Cass. soc., 23 juin 1988, *Bull. civ.*, V, n° 392.

⁴³⁴ Toutefois, le tribunal d'instance n'intervient que lorsqu'il est expressément saisi d'une demande de reconnaissance de l'UES. Les parties qui peuvent solliciter le tribunal d'instance pour la reconnaissance de l'UES sont : une ou plusieurs organisations syndicales ; un ou plusieurs comités d'entreprise ; un ou plusieurs chefs d'entreprise, un ou plusieurs salariés d'une ou de plusieurs sociétés concernées. Le demandeur démontre dans une liste les diverses personnes morales qui forment, selon lui, une UES. M. Cohen, *op. cit.*, p. 85.

⁴³⁵ Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60935.

⁴³⁶ M. Cohen, *op. cit.*, p. 90.

En principe, lorsque l'UES est reconnue par accord, c'est cet accord qui détermine les modalités relatives à la mise en place d'un comité central d'entreprise au sein de l'UES. Cependant, pour la doctrine, les comités centraux d'entreprise installés dans les sociétés comprises dans le périmètre de l'UES doivent disparaître au profit du comité central d'entreprise unique pour l'UES⁴³⁷.

205. Au sujet des fonctions qu'assure le comité central d'entreprise de l'UES, la loi ne se prononce pas sur cette question, mais, nous estimons que cette institution, vu son caractère central, assure le même rôle que le comité central d'entreprise, qui consiste essentiellement à défendre les droits et les intérêts des salariés auprès des décideurs de l'UES.

206. À propos de la représentation syndicale au sein de l'UES, il faut préciser que la désignation des délégués syndicaux centraux spécifiques à l'UES ne constitue pas une obligation légale. Toutefois, au vu de l'article L. 2141-10 du Code du travail, les syndicats représentatifs à ce niveau peuvent, en vertu d'un accord reconnaissant l'UES, se voir accorder ce droit. En effet, cet accord peut prévoir que les syndicats représentatifs ont le droit – ou la faculté – de désigner des délégués syndicaux communs à plusieurs entreprises constituant une UES.

Toutes les modalités relatives à la désignation de ces délégués sont, en principe, déterminées par l'accord de reconnaissance de l'UES : les syndicats représentatifs au sein des entreprises formant l'UES, le nombre des délégués syndicaux réservé à chaque syndicat, etc.

207. En ce qui concerne les fonctions des délégués syndicaux centraux de l'UES, nous considérons qu'ils représentent de manière essentielle leurs syndicats auprès de la direction générale de l'UES, et assurent la coordination de l'action syndicale au niveau des entreprises formant l'UES. Dans ce cadre, nous pensons que leur mise en place conduit, à l'instar des représentants nommés au sein du comité central d'entreprise de l'UES, à la disparition des délégués syndicaux centraux d'entreprise désignés au niveau des entreprises divisées en plusieurs établissements.

⁴³⁷ *Ibid.*

§II. La mise en place du comité de groupe.

208. Si le législateur définit le champ d'application du comité de groupe (I), les parties intéressées, par le biais d'un accord, jouent un rôle important dans la mise en place de cette institution représentative du personnel (II). D'un autre côté, le comité de groupe est souvent confondu avec le comité d'entreprise de l'UES, et une difficulté se pose quant à la coexistence de ces deux institutions représentatives du personnel (III).

I. La détermination du champ d'application du comité de groupe.

209. Le législateur précise, au vu de l'article L.2331-1 du Code du travail, que l'existence d'une situation de contrôle ou de domination exercée par une entreprise – entreprise dominante – sur d'autres entreprises – entreprises dominées – exige la mise en place du comité de groupe commun à ces entreprises (A). En revanche, la situation de la filiale commune, dont le capital est partagé entre deux sociétés, pose une difficulté liée à l'identification de l'entreprise dominante de cette société (B).

A. Le contrôle exercé par une entreprise sur d'autres entreprises, un critère pour la mise en place du comité de groupe.

210. Suivant l'article L.2331-1 du Code du travail, l'existence d'une domination exercée par une entreprise appelée *entreprise dominante*, située en territoire français, sur des entreprises nommées *entreprises contrôlées*, ou *dominées*, commande la mise en place d'un comité de groupe. Le législateur, comme on le constate, se base sur le critère de *domination* pour mettre en place le comité de groupe, ce qui nous conduit naturellement à nous interroger sur les situations de domination exigeant l'instauration de cette institution représentative.

L'article L.2331-1 du Code du travail a déterminé les situations de domination qui appellent l'instauration d'un comité de groupe. Une telle détermination permet d'éviter tout conflit pouvant opposer les parties intéressées à la mise en place de cette institution représentative. À cet égard, l'article précité impose la création du comité de groupe lorsqu'une entreprise dominante exerce un contrôle sur une autre entreprise, dans les conditions définies par l'article L.233-1, aux I et II de l'article 233-3 et l'article L.233-16 du

Code de commerce⁴³⁸.

Créer un comité de groupe, selon l'article L.2331-1, II du Code du travail, est également obligatoire lorsqu'une entreprise exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital et lorsque la permanence et l'importance des relations entre ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique. En outre, le législateur suppose l'existence d'une influence dominante lorsqu'une entreprise peut nommer directement ou indirectement plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise et lorsqu'elle dispose de la majorité du capital souscrit d'une entreprise.

211. Précisons que la mise en place du comité de groupe est uniquement conditionnée par l'existence d'un contrôle ou d'une domination exercée par une entreprise sur d'autres entreprises. Le législateur n'impose aucun seuil d'effectif pour instaurer un comité de groupe⁴³⁹. À l'opposé du comité d'entreprise dont la mise en place exige l'existence d'au moins 50 salariés, le comité de groupe peut être instauré quel que soit le nombre de salariés employés par les entreprises formant le groupe. De plus, le comité de groupe doit être constitué même si aucun comité d'entreprise n'existe au sein des entreprises concernées, que ce soit l'entreprise dominante ou les entreprises dominées⁴⁴⁰.

B. Identification de l'entreprise dominante de la filiale commune à deux sociétés.

212. Pour des raisons économiques, des sociétés concurrentes ou complémentaires créent

⁴³⁸ Ces articles sont issus, essentiellement, de la loi n° 66-573 du 24 juillet 1966. Pour l'article L.233-1 du Code de commerce, il y a contrôle « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société. » La seconde société est considérée, selon cet article, comme une filiale. Concernant l'article L.233-3 I du Code de commerce, le contrôle d'une société sur une autre est caractérisé dans les cas suivants : lorsque la première « détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales » de la seconde, et « 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 », également « lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société », et encore « 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. » Quant à l'article L.233-3 II du Code de commerce, le contrôle est présumé lorsqu'une société « dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieur à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. »

⁴³⁹ L.2331-6 du Code du travail.

⁴⁴⁰ M. Cohen, *op.cit*, p. 172.

une filiale commune pour le développement de leur activité⁴⁴¹. Cette société est une filiale commune, parce que son capital est partagé entre deux sociétés : 50 % du capital est détenu directement ou indirectement par une société, et 50 % est détenu par une autre société⁴⁴². La filiale commune est donc dominée par deux sociétés, et une difficulté se pose pour identifier l'entreprise dominante de cette société filiale, avec laquelle un comité de groupe commun doit être instauré.

Avant la loi du 12 novembre 1996, la jurisprudence sociale ne donnait pas de solution précise pour identifier l'entreprise dominante de la filiale commune. On peut même dire, sur cette question, que la Cour de cassation a adopté une position négative, en décidant, en particulier, qu'« une filiale commune, dont le capital est partagé entre deux sociétés ou groupes de sociétés qui la gèrent sur un plan de stricte égalité n'appartient à aucun groupe⁴⁴³. »

Par la suite, la loi du 12 novembre 1996 a modifié l'article L.2331-1, II du Code du travail, en précisant que « 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. »

II. Le rôle principal des parties intéressées dans la mise en place du comité de groupe.

213. Les éléments essentiels relatifs au comité de groupe sont déterminés par un accord conclu entre les parties intéressées⁴⁴⁴ (B). Cependant, nous nous interrogeons, au préalable, sur les parties ayant le droit de participer à la conclusion de cet accord (A).

A. Les parties intéressées ayant le droit de conclure l'accord relatif à la mise en place du comité de groupe.

⁴⁴¹ J. Paillusseau, « La filiale commune et les groupes de sociétés », in *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, Librairie Technique, 1975, p. 30.

⁴⁴² M. Cohen, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁴³ Cass. soc., 9 février 1994, *RJS*, 1994, n° 278.

⁴⁴⁴ À défaut d'accord, cette fonction, selon l'article L.2333-5 du Code du travail, peut être assurée par une décision de justice.

214. L'article L.2333-5 du Code du travail affirme que la configuration du groupe, c'est-à-dire les entreprises qui le composent, est définie par les parties intéressées, mais sans déterminer quelles sont ces parties⁴⁴⁵. Cette imprécision légale a suscité une controverse doctrinale sur la question. Pour certains auteurs⁴⁴⁶, en effet, les parties intéressées sont les sociétés concernées, les comités d'entreprise installés au sein de celles-ci et les organisations syndicales représentatives dans lesdites sociétés. Alors que, pour d'autres⁴⁴⁷, ces parties sont uniquement les sociétés concernées – employeurs – et une ou plusieurs organisations syndicales de salariés, représentatives des sociétés du groupe. Les comités d'entreprise, selon ce point de vue doctrinal, ne sont pas des parties intéressées.

215. Du côté patronal, nous pensons qu'identifier les parties intéressées ne pose guère de difficulté, car toutes les sociétés du groupe concernées par la mise en place du comité de groupe sont des parties intéressées. À cet égard, nous estimons que l'entreprise dominante du groupe et les entreprises dominées, au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail, constituent des parties intéressées et ont donc qualité à participer à la conclusion de l'accord relatif à la mise en place du comité de groupe. En pratique, c'est l'entreprise dominante, en sa qualité de tête du groupe, qui se charge d'inviter les représentants des entreprises dominées à conclure cet accord.

216. Du côté des salariés, nous considérons que les représentants du personnel de l'entreprise dominante et ceux des entreprises dominées, en vertu de l'article L.12331-1 du Code du travail, ont tous le droit de participer à la conclusion de l'accord concernant la mise en place du comité de groupe. Les salariés de ces entreprises sont des parties concernées par la création de cette institution représentative, et leur participation, à travers leurs représentants, nous paraît une mesure logique.

Toutefois, la difficulté qui se pose porte sur l'identification des représentants du personnel habilités à accomplir cette mission. La conclusion de l'accord relatif à la mise en

⁴⁴⁵ En revanche, en matière de convention collective, il est remarquable que le législateur, comme nous allons le voir, identifie les parties ayant la qualité – ou le droit – de négocier et de conclure une convention ou un accord collectif de groupe. En effet, du côté patronal, l'article L.2232-31 du Code du travail énonce que ce droit peut être exercé soit par « l'employeur de l'entreprise dominante », soit par « un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord. » Du côté salarial, l'article L.2232-31 du Code du travail accorde ce droit aux « 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. »

⁴⁴⁶ B. Teyssié, *Droit du travail, relations collectives*, Lexis Nexis, 2012, p. 372.

⁴⁴⁷ M. Cohen, *op. cit.*, p. 176.

place du comité de groupe implique-t-elle la participation, comme parties intéressées qui doivent être invitées à la conclusion dudit accord, des représentants des comités d'entreprise des entreprises concernées (entreprise dominante et entreprises dominées), ou bien les représentants mandatés par les organisations syndicales représentatives, ou bien encore les deux types de représentants⁴⁴⁸ ?

En l'absence d'une solution précise rendue par la Cour de cassation, le tribunal de grande instance de Paris, dans un arrêt rendu le 5 février 1985, a énoncé que « la négociation préalable à la mise en place de l'organisme nouveau – le comité de groupe – devait intéresser à la fois les comités d'entreprise ou d'établissement existant dans les 18 sociétés en cause et les organisations syndicales représentatives⁴⁴⁹. »

Selon cette décision, les salariés représentants des organisations syndicales des entreprises concernées et ceux des comités d'entreprise présents au sein de celles-ci sont tous des parties intéressées ayant le droit de participer à la négociation et la conclusion de l'accord relatif à la mise en place du comité de groupe. Concernant la participation des organisations syndicales, nous estimons, à l'image de la doctrine⁴⁵⁰, que ces dernières doivent être représentatives dans les entreprises concernées par la mise en place du comité de groupe.

B. Détermination des éléments essentiels de l'accord relatif au comité de groupe.

217. L'accord conclu par les parties intéressées joue un rôle primordial dans la mise en place du comité de groupe. Par cet accord, les parties déclarent la naissance d'une institution représentative du personnel située au sommet du groupe et déterminent les piliers essentiels de son fonctionnement.

Mais, avant de déterminer ces piliers, il convient de signaler que la loi ne précise pas la

⁴⁴⁸ Cette difficulté, il faut le signaler, ne se pose pas en matière de négociation collective, puisque le législateur précise explicitement, dans l'article L.2232-31 du Code du travail, que le droit de négocier et de conclure des conventions et des accords collectifs au niveau du groupe est uniquement exercé par les organisations syndicales « représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord. » Les représentants du personnel élus (délégués du personnel et membres du comité d'entreprise) n'ont pas la qualité de négociateur et de conclure des accords collectifs de groupe.

⁴⁴⁹ TGI, Paris, 5 février 1985, p. 143, cité par D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, p. 155, Thèse soutenue le 2 juillet 1999, Université Panthéon Assas (Paris II).

⁴⁵⁰ M. Cohen, *op. cit.*, p. 183.

partie ayant la qualité de réunir, pour la première fois, les parties intéressées pour négocier et conclure l'accord portant sur la mise en place du comité de groupe. En l'absence d'une précision légale, cette initiative, selon la doctrine⁴⁵¹, peut être prise par les dirigeants de l'une des entreprises concernées, par un comité d'entreprise présent au sein de celles-ci et aussi par une organisation syndicale occupant des sièges dans l'une de ces entreprises.

218. La fixation du périmètre du comité de groupe constitue le premier élément qui doit être défini par les parties intéressées à l'accord. Cette fixation s'opère selon les directives de l'article L.2331-1 du Code du travail, c'est-à-dire que les parties intéressées doivent intégrer obligatoirement l'entreprise dominante et toutes les entreprises dominées dans le périmètre du comité de groupe. Si une entreprise intéressée se trouve exclue du périmètre du comité de groupe, le comité d'entreprise de cette entreprise peut demander ultérieurement, comme le prévoit l'article L.2331-2 du Code du travail, son inclusion dans le groupe ainsi constitué⁴⁵².

219. Les parties intéressées déterminent également dans l'accord la composition du comité de groupe. S'agissant de la représentation patronale, les parties ne font qu'officialiser les dispositions impératives prévues par l'article L.2333-1 du Code du travail. Ce texte précise que le comité de groupe est composé du chef de l'entreprise dominante, assisté de deux personnes de son choix⁴⁵³.

Quant à la représentation du personnel, le législateur impose, aux termes de l'article précité, la présence des représentants de salariés au sein du comité de groupe et fixe leur nombre à trente membres au plus⁴⁵⁴. Il est remarquable que la loi ne précise pas le nombre exact des représentants du personnel qui doivent siéger au comité de groupe, mais fixe simplement un plafond à ne pas dépasser. Cela signifie que le législateur laisse aux parties intéressées elles-mêmes le loisir de fixer ce nombre dans l'accord. Dans l'esprit du législateur, ce point est lié aux spécificités des groupes de sociétés ; ce sont donc les parties concernées qui doivent le définir.

Naturellement, une question évidente se pose à propos des parties qui ont le droit de désigner les représentants du personnel au comité de groupe. L'article L.2333-2 du Code du

⁴⁵¹ B. Teyssié, « Variations sur le groupe en droit du travail », *JCP S*, 2013, n° 7, p. 17.

⁴⁵² Cette demande, suivant l'article susmentionné, est adressée au chef de l'entreprise dominante.

⁴⁵³ Le chef de l'entreprise dominante, il faut le préciser, préside le comité de groupe (L.2334-1 du Code du travail).

⁴⁵⁴ D.2332-2 du Code du travail.

travail affirme que ce droit est exercé par les organisations syndicales, qui choisissent, en principe tous les quatre ans⁴⁵⁵, parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement, les membres qui siégeront au comité de groupe. Ce droit, comme le précise l'article susmentionné, est accordé, en principe, aux organisations syndicales ayant des élus aux comités d'entreprise ou d'établissement au niveau des entreprises concernées par la mise en place du comité de groupe⁴⁵⁶.

220. Techniquement, la répartition des sièges entre les organisations syndicales se fait en deux étapes. Dans une première étape, les parties intéressées répartissent dans l'accord le nombre total des sièges au comité de groupe entre les élus des différents collèges électoraux, proportionnellement à l'importance numérique de chaque collègue⁴⁵⁷. Par la suite, les sièges affectés à chaque collège sont partagés entre les organisations syndicales, proportionnellement au nombre d'élus qu'elles ont obtenus dans ces collèges⁴⁵⁸.

III. Coexistence du comité de groupe et du comité d'entreprise de l'unité économique et sociale (UES).

221. Souvent confondus, le comité de groupe et le comité d'entreprise de l'UES constituent cependant des institutions représentatives du personnel différentes. L'analyse du champ d'application propre à chaque institution confirme cette différence. Le comité de groupe est formé, comme nous l'avons vu, entre une entreprise dominante et des entreprises dominées (L.2331-1 du Code du travail), alors que la mise en place du comité d'entreprise de l'UES suppose, seulement, l'établissement d'une unité économique et sociale entre les sociétés concernées. Dès lors, l'existence d'une domination, telle qu'elle résulte de l'article L.2331-1 du Code du travail, doit conduire les parties intéressées à instaurer un comité de groupe. En revanche, la seule caractérisation d'une unité économique et sociale suppose la mise en place d'un comité d'entreprise commun de l'UES.

⁴⁵⁵ L'article L.2333-3 du Code du travail permet, par voie conventionnelle, de réduire cette durée.

⁴⁵⁶ Cependant, ces organisations syndicales perdent ce privilège lorsque, comme le précise l'article L.2333-4 du Code du travail : « Pour l'ensemble des entreprises faisant partie du groupe, la moitié au moins des élus d'un ou plusieurs collèges ont été présentés sur des listes autres que syndicales. » Dans ce cas, ce sont ces élus qui siégeront au comité de groupe. Dans ce cas, selon l'article L.2333-4 du Code du travail, c'est l'autorité administrative dans le ressort duquel se trouve le siège de la société dominante qui répartit les sièges entre les élus du ou des collèges en cause.

⁴⁵⁷ L.2333-4 du Code du travail.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

222. En outre, si le comité de groupe se compose de sociétés aux activités diverses, le comité d'entreprise commun au sein d'une UES est formé par des sociétés aux activités semblables ou complémentaires⁴⁵⁹. Le positionnement qu'occupe chaque institution dans la hiérarchie des institutions représentatives du personnel constitue un autre critère de distinction puisque le comité de groupe se situe au sommet de l'étage et donc au dessus du comité d'entreprise de l'UES. Cela signifie qu'un groupe doté d'un comité de groupe peut comprendre une ou plusieurs unités économiques et sociales, alors que l'inverse n'est pas possible⁴⁶⁰.

Selon cette analyse, le comité de groupe et le comité d'entreprise de l'UES sont deux institutions représentatives du personnel distinctes et leur coexistence est concevable. Certaines sociétés, liées par des rapports économiques et sociaux solides, peuvent former une UES donnant lieu à la création d'un comité d'entreprise commun, même si elles sont déjà intégrées, avec d'autres sociétés, au sein d'un groupe doté d'un comité de groupe. La Cour de cassation a clairement affirmé cette idée, dans l'arrêt rendu le 30 mai 2001, en énonçant que « l'existence d'un comité de groupe n'exclut pas la mise en place d'un comité d'entreprise de l'unité économique et sociale formée par certaines sociétés de ce groupe⁴⁶¹. » Ces sociétés, comme l'observe la doctrine⁴⁶², ont intérêt à constituer un comité d'entreprise de l'UES ayant des attributions consultatives et des moyens supérieurs par rapport à ceux réservés au comité de groupe.

Cependant, la jurisprudence de la haute juridiction précise que le comité de groupe et le comité d'entreprise de l'UES ne peuvent pas coexister lorsqu'ils se constituent dans un périmètre identique. Autrement dit, les sociétés qui forment l'UES donnant lieu à la mise en place d'un comité d'entreprise commun ne peuvent elles-mêmes instaurer un comité de groupe⁴⁶³. Dans ce cas, les salariés de ces sociétés ont intérêt à reconnaître une UES donnant

⁴⁵⁹ M. Cohen, *op.cit.*, p. 179.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Cass. soc., 30 mai 2001, *RJS*, 2001, n° 1032. L'union syndicale CGT du 17^e arrondissement a saisi le tribunal d'instance d'une demande en reconnaissance d'une unité économique et sociale entre la société Hôtel Concorde et la SNC des restaurants du Palais des Congrès. Le tribunal d'instance a reconnu l'existence d'une UES et ordonné la mise en place d'un comité d'entreprise commun entre ces sociétés. Contrairement au jugement du tribunal d'instance, la cour d'appel a considéré que la notion de groupe doté d'un comité était incompatible avec l'unité économique et sociale, en estimant « qu'une unité économique et sociale ne pouvait être reconnue entre deux sociétés appartenant à un groupe au sein duquel un comité de groupe avait été institué. » Ce raisonnement de la cour d'appel a été désapprouvé par la haute juridiction, qui a jugé qu'un comité d'entreprise d'une UES constituée par les deux sociétés Hôtel Concorde et la SNC des restaurants du Palais des Congrès pouvait coexister avec un comité de groupe constitué par plusieurs sociétés.

⁴⁶² M. Cohen, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁶³ Cass. soc., 25 janvier 2006, *Dr. soc.*, 2006, p. 468, observation J. Savatier.

lieu à la création d'un comité d'entreprise commun et à constituer par la suite un comité de groupe avec les salariés d'autres sociétés non comprises dans l'UES⁴⁶⁴.

Section II. Rôle faible du comité de groupe.

223. Les pouvoirs alloués au comité de groupe restent faibles (§II) et ne traduisent pas, en général, les objectifs recherchés par la mise en œuvre de cette institution représentative du personnel (§I).

§I. Les objectifs recherchés par la mise en œuvre du comité de groupe.

224. Le comité de groupe a été conçu pour atteindre deux objectifs essentiels, à savoir le positionnement des salariés dans les lieux où s'exerce le pouvoir économique (I) et l'adaptation du droit de la représentation du personnel à la réalité économique que représente le groupe de sociétés (II).

I. Positionnement des salariés dans les lieux où s'exerce le véritable pouvoir économique : la recommandation du rapport de la commission Sudreau relatif à la réforme de l'entreprise.

225. La création des institutions représentatives du personnel spécifiques aux groupes de sociétés avait pour objectif la présence des salariés, à travers leurs représentants, dans les lieux où s'exerce le pouvoir économique dans le système capitaliste. Le groupe de sociétés, et plus précisément la société dominante de ce groupe, constitue le siège du pouvoir économique où sont prises les décisions décisives et stratégiques concernant les sociétés dominées qui le composent. Il fallait donc admettre à ce niveau les représentants des salariés de ces sociétés pour qu'ils expriment leurs points de vue⁴⁶⁵.

En effet, les mesures capitales relatives à la politique d'investissement, aux restructurations et à l'emploi sont décidées par la société dominante du groupe et non par les

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ G. Couturier, « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », in *Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés*, PUAM, 1993, p. 49.

sociétés employeurs, qui n'occupent dans ces domaines qu'une place secondaire⁴⁶⁶. Ce constat a été clairement énoncé dans le rapport du comité présidé par Pierre Sudreau relatif à la réforme de l'entreprise, qui remarque que le fonctionnement des sociétés rattachées aux groupes de sociétés dépend des orientations desdits groupes⁴⁶⁷.

Dans le même esprit, ce rapport a constaté que les comités d'entreprise établis au sein des sociétés appartenant au groupe ne pouvaient pas dialoguer avec le vrai détenteur du pouvoir au sein de cette structure économique. Et il a, de ce fait, jugé que la création d'institutions représentatives du personnel, capables d'assurer une mission de dialogue à ce niveau, était nécessaire⁴⁶⁸.

226. Le rapport de la commission Sudreau a recommandé l'instauration d'un comité de groupe qui permette à ses membres d'obtenir des informations relatives à la marche générale du groupe et des sociétés qui le composent, ainsi que donner leur avis sur l'organisation et le fonctionnement du groupe⁴⁶⁹. À travers ce comité, les salariés peuvent négocier et exprimer directement leurs préoccupations aux véritables détenteurs du pouvoir, et peuvent engager en ce sens des actions collectives⁴⁷⁰.

Cette recommandation exprimée dans le rapport de la commission Sudreau, et souhaitée également par les organisations syndicales, a été prise en compte par les lois Auroux de 1982, et plus précisément par la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel qui crée le comité de groupe⁴⁷¹. Quoique de manière insuffisante, la volonté d'impliquer le comité dans le fonctionnement économique et social du groupe a été prise en considération par la loi du 28 octobre 1982, dans la mesure où l'article 38 de cette loi a reconnu qu'il était nécessaire d'informer le comité de groupe dans un certain nombre de domaines⁴⁷². Les dispositions prévues initialement par l'article 38 de la loi

⁴⁶⁶ J. Savatier, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

⁴⁶⁷ *La réforme de l'entreprise*, rapport du comité présidé par Pierre Sudreau, Documentation française, 1975, p. 92.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 93.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁴⁷⁰ M. Cohen, « La personnalité civile du comité de groupe », *Dr. soc.*, 1983, p. 670.

⁴⁷¹ La loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JORF du 29 octobre 1982.

⁴⁷² L'article 38 de la loi du 28 octobre 1982 prévoit que : « le comité de groupe reçoit des informations sur l'activité, la situation financière et l'évolution de l'emploi dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent. Il reçoit communication, lorsqu'il existait, des comptes et du bilan consolidés ainsi que du rapport du commissaire aux comptes correspondant. Il est informé dans les domaines indiqués ci-dessus des perspectives économiques du groupe pour l'année à venir. »

du 28 octobre 1982 sont maintenues dans l'actuel article L.2332-1 du Code du travail.

II. L'adaptation du droit de la représentation collective du personnel aux nouvelles structures économiques.

227. L'adaptation du droit de la représentation du personnel aux groupes de sociétés constitue une autre raison d'instaurer des institutions représentatives des salariés spécifiques à cette structure économique. L'économie capitaliste s'exerce au moyen des groupes de sociétés, et le droit du travail, plus particulièrement le droit de la représentation du personnel, doit s'adapter à cette réalité. Cette adaptation permet d'atteindre plusieurs objectifs dont deux nous paraissent essentiels.

228. Premièrement, instaurer des institutions spécifiques aux groupes de sociétés rend effectif le principe de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, tel qu'énoncé par le préambule de la Constitution de 1946, et réclamé par les salariés avant même cette consécration constitutionnelle.

Cette instauration constitue, également, une concrétisation de l'idée de la *démocratie économique dans l'entreprise* et celle de la *citoyenneté dans l'entreprise* ; cette double ambition est la raison d'être du droit de la représentation collective du personnel. Elle ne doit pas s'appliquer uniquement au niveau de l'entreprise classique, mais également trouver une application au niveau des nouvelles formes d'organisation économique.

Dans ce cadre, nous estimons que le comité de groupe et le comité d'entreprise européen ont été conçus pour servir cet objectif. Concernant le comité de groupe, cette institution a été créée par la loi du 28 octobre 1982 pour adapter le droit de la représentation du personnel aux groupes de sociétés opérant au niveau national. Cette adaptation part du constat que les salariés employés par des sociétés appartenant au même groupe forment en réalité une collectivité de travail unique, et la présence d'une institution représentative qui défend les intérêts de cette collectivité d'une manière homogène paraît logique.

Dans le même esprit, le comité d'entreprise européen fut institué par la directive européenne du 22 septembre 1994 pour garantir la représentation des salariés au sein des

groupes de dimension communautaire⁴⁷³. Le législateur européen a créé cette institution lorsqu'il a constaté que les législations des États membres relatives à la représentation du personnel n'étaient pas adaptées aux entreprises et aux groupes de dimension communautaire, et ne pouvaient donc pas assurer aux travailleurs une information et une consultation correcte⁴⁷⁴.

229. Deuxièmement, instaurer des institutions représentatives du personnel spécifiques aux groupes de sociétés contribue à reconstituer la collectivité de travail, éclatée du fait de l'autonomie juridique des sociétés qui composent ces structures économiques. Cette instauration constitue une réaction contre les manœuvres, parfois frauduleuses, du détenteur du pouvoir réel au niveau du groupe de sociétés qui veille à affaiblir les possibilités d'expression de la collectivité de travail en divisant l'entreprise en plusieurs sociétés⁴⁷⁵. Un tel affaiblissement risque de « rendre inopérant le droit des travailleurs à la représentation collective⁴⁷⁶ ».

§II. De faibles pouvoirs alloués au comité de groupe.

230. À partir de sa création⁴⁷⁷, le comité de groupe devient une personne juridique⁴⁷⁸, avec pour rôle principal de représenter et de défendre les intérêts des salariés des entreprises comprises dans son champ d'application. Il convient dès lors, tout naturellement, de se demander si le comité de groupe joue un rôle influent ou si celui-ci est modeste.

⁴⁷³ La loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 a transposé la directive européenne 94/45 du Conseil du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure, dans les entreprises de dimensions communautaires et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, en vue d'informer et de consulter les travailleurs. Cette directive a été abrogée et remplacée, avec effet au 6 juin 2011, par la directive n° 2009/38/CE du 6 mai 2009.

⁴⁷⁴ Cette idée, qui constitue la raison d'être de la création du comité d'entreprise européen, a été clairement exprimée dans le préambule de la directive européenne qui énonce que : « pour assurer que les travailleurs des entreprises ou des groupes d'entreprises opérant dans plusieurs États membres soient correctement informés et consultés, il faut instituer un comité d'entreprise européen. »

⁴⁷⁵ A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002, p. 73.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁷⁷ L'article L.2334-3 du Code du travail oblige l'entreprise dominante à réunir pour la première fois le comité de groupe après sa création au plus tard dans les six mois qui suivent sa création.

⁴⁷⁸ Au sujet de la personnalité juridique du comité de groupe, il convient de signaler que la loi ne se prononce pas sur cette question, mais c'est la jurisprudence, à travers un arrêt rendu le 10 juin 1986 par la cour d'appel de Paris, qui en a reconnu la qualité à cette institution représentative du personnel, en énonçant que « les comités de groupe ont une possibilité d'expression collective en vue de la défense des intérêts dont ils ont la charge et qui possèdent donc la personnalité civile. ». CA, Paris, 10 juin 1986, JCPE, 1986, II, 20678, note B. Teyssié et A. Viandier.

L'analyse des pouvoirs accordés au comité de groupe nous conduit à affirmer que ce rôle reste seulement subsidiaire. Le comité de groupe ne possède pas de véritables moyens (I), sa mission consiste essentiellement à faire circuler les informations qu'il reçoit de l'entreprise dominante, telles que transmises aux comités d'entreprise du groupe (II) ; en particulier, le comité de groupe ne se substitue pas aux comités d'entreprise mis en place au sein des sociétés membres du groupe (III).

I. Un fonctionnement dépourvu de véritables moyens.

231. L'analyse des dispositions relatives au fonctionnement du comité de groupe montre que cette institution ne possède pas de véritables moyens pour assurer une bonne représentation des salariés. Le fonctionnement de cette institution sous la domination de l'entreprise dominante et le rythme de ses réunions confirment cette constatation.

Concernant la première observation, le comité de groupe est présidé par le chef de l'entreprise dominante, ou son représentant⁴⁷⁹, qui dispose seul de l'initiative de le convoquer⁴⁸⁰. Le chef de l'entreprise dominante arrête, avec le secrétaire du comité⁴⁸¹, l'ordre du jour de la réunion. Il faut relever que les membres du comité de groupe désignés par les organisations syndicales n'ont pas le droit de demander la réunion du comité de groupe. Quant au rythme des réunions, les réunions du comité de groupe sont peu nombreuses par rapport aux autres institutions représentatives du personnel : au moins *une fois par an*, sur convocation de son président⁴⁸². Le comité d'entreprise se réunit au moins *une fois par mois* lorsque l'entreprise emploie au moins cent cinquante salariés, et au moins *une fois tous les deux mois* lorsqu'elle emploie moins de cent cinquante salariés⁴⁸³. Le comité central d'entreprise se réunit, lui, au moins *une fois tous les six mois*⁴⁸⁴.

II. Le comité de groupe, simple organe d'information.

⁴⁷⁹ L.2334-1 du Code du travail.

⁴⁸⁰ L.2334-2 du Code du travail.

⁴⁸¹ Le secrétaire du comité de groupe est, suivant l'article L2334-1, al. 2 et R.2333-1 du Code du travail, désigné parmi les représentants du personnel au sein du comité, à la majorité des voix.

⁴⁸² L.2334-2 du Code du travail.

⁴⁸³ L.2327-13 du Code du travail.

⁴⁸⁴ L.2327-13 du Code du travail.

232. Le comité de groupe, comme l'observe le professeur Gérard Couturier⁴⁸⁵, n'est qu'une « structure d'information et non une structure de décision », dans la mesure où sa mission essentielle consiste à faire parvenir aux comités d'entreprise du groupe des informations économiques concernant le groupe en tant qu'entité et les entreprises qui le composent.

Il s'agit, selon l'article L.2332-1 du Code du travail, des informations portant sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles, ainsi que les actions de prévention envisagées en considération de ces prévisions. Suivant ce texte, les comptes consolidés, lorsqu'ils existent, sont communiqués au comité de groupe.

La communication de ces comptes et la présentation des résultats de l'ensemble constitué par la société dominante du groupe et les sociétés qu'elle contrôle, permettent au comité de groupe d'avoir une vue d'ensemble de la situation financière du groupe⁴⁸⁶. Le comité de groupe est informé également, comme le précise l'article L.2332-2 du Code du travail, par l'entreprise dominante lorsque celle-ci fait l'objet d'une offre publique d'acquisition.

La mission confiée au comité de groupe traduit la conception du législateur de 1982 qui a perçu cette institution représentative comme un simple vecteur d'information destiné à « assurer à l'ensemble des comités une information économique complète et cohérente⁴⁸⁷. » On peut dire que le comité de groupe ne constitue qu'une institution intermédiaire qui fait circuler les informations qu'il reçoit du centre de décision que constitue l'entreprise dominante, dans l'ensemble des comités d'entreprise entrant dans son périmètre⁴⁸⁸.

Cette fonction limitée à la réception et à la circulation de l'information fait, comme l'affirme le professeur Bernard Teyssié, du comité de groupe « plus un organe de réflexion que d'action »⁴⁸⁹. Une lecture des textes encadrant les moyens dont dispose le comité de

⁴⁸⁵ G. Couturier, « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », p. 57, in *Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés*, PUAM 1993.

⁴⁸⁶ M. Cohen, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ B. Teyssié, *Droit du travail, relations collectives*, Lexis Nexis, 2012, p. 376.

groupe confirme cette constatation, puisque la loi n'exige pas qu'il soit consulté⁴⁹⁰ et ne lui accorde pas le droit d'exercer le vote sur projet⁴⁹¹. Dans ces conditions, le comité de groupe ne peut être décrit comme « un super comité central d'entreprise⁴⁹². »

III. Le comité de groupe ne se substitue pas aux comités d'entreprise mis en place au sein des sociétés membres du groupe.

233. En considérant le comité de groupe comme un simple organe d'information, le législateur affirme, tacitement, que cette institution représentative ne joue qu'un rôle subsidiaire, qui consiste essentiellement, comme nous l'avons constaté, à diffuser aux comités d'entreprise du groupe les informations qu'il reçoit de l'entreprise dominante.

Cela signifie que le comité de groupe ne se substitue pas aux comités d'entreprise – ou aux comités centraux d'entreprise – établis au sein des sociétés du groupe. Mettre en place un comité de groupe n'empiète pas sur le rôle accordé à ces comités. Ces comités continuent, de façon exclusive, à représenter les salariés des entreprises au sein desquels ils sont installés, et les prérogatives et les moyens qui leur sont dévolues par la loi ne sont ni supprimés ni restreints par l'existence du comité de groupe⁴⁹³.

234. L'articulation entre les attributions du comité de groupe et celles des comités d'entreprise ne pose pas de difficultés, car la présence du comité de groupe n'affecte en rien le rôle des comités d'entreprise. À titre d'exemple, les comités d'entreprise constituent les seules parties qui doivent être informées et consultées, comme le prévoit le Code du travail, sur la situation économique et sociale de l'entreprise. Le droit communautaire s'aligne sur cette conception du droit français, en imposant, suivant les articles 2 et 3 de la directive 98/59, l'information et la consultation des représentants du personnel mis en place au niveau de l'entreprise qui pratique des licenciements économiques, bien que celle-ci fasse partie d'un groupe de sociétés⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Même si en pratique, comme l'observe Maurice Cohen, des accords de groupe prévoient d'obliger les dirigeants de l'entreprise dominante à consulter le comité de groupe. M. Cohen, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁹¹ F.-F. Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 2009, p. 349.

G. Couturier, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁹² Circulaire ministérielle du 28 juin 1984, *Liaisons sociales*, 1984, n° 5504.

⁴⁹³ P.-Y. Verkindt, « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 779.

⁴⁹⁴ CJCE, 10 septembre 2009, Akavan Etityisalojen Keskusliitto AEK c/ Fujitsu Siemens Computers Oy, aff. C-44/08, *RJS*, 12/09, p. 786, note F. Kessler, *op. cit.*

Chapitre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire de négociation collective.

235. La convention collective de travail se définit comme « un accord conclu entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés, en vue de fixer en commun les conditions d'emploi et de travail ainsi que les garanties sociales⁴⁹⁵. »

Depuis la loi du 13 juillet 1971, cette possibilité de négocier et de conclure une convention ou un accord collectif est un droit – et non pas seulement une liberté conventionnelle – qui permet aux acteurs sociaux de fixer eux même les normes applicables à leurs rapports, qu'ils soient de nature individuelle ou collective⁴⁹⁶. L'article L.2221-1 du Code du travail issu de la loi précitée⁴⁹⁷ consacre expressément ce droit, qui permet aux négociateurs sociaux de déterminer en commun toutes les règles relatives aux conditions de travail et aux garanties sociales (durée du travail, salaires, assurance chômage, formation professionnelle, etc.)⁴⁹⁸.

236. Concernant le groupe de sociétés, la loi, certes, admet que des normes sociales soient élaborées à ce niveau (Section I). Cependant, on peut dire que ces normes n'ont qu'une valeur subsidiaire dans la hiérarchie des normes, dans la mesure où elles ne peuvent pas déroger, dans un sens défavorable aux salariés, à celles créées par les autres sources du droit du travail. En d'autres termes, les négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés ont une autonomie limitée dans la création des normes sociales (Section II).

⁴⁹⁵ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2013, p. 1282.

⁴⁹⁶ Avant la loi du 13 juillet 1979, la négociation collective était vue seulement comme une liberté conventionnelle qui permettait à un employeur ou à un groupement d'employeurs et aux syndicats représentatifs des salariés de conclure des conventions collectives (loi du 23 juin 1936). M.-L. Morin, *Le droit à la négociation collective, principe général du droit*, L.G.D.J., 1994, p.11 ; B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 2011, p. 540.

⁴⁹⁷ Issu de la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971, l'article L.2221-1 du Code du travail constitue une consécration législative de ce qui est énoncé dans l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises ». M.-L. Morin, *op.cit*, p. 1.

⁴⁹⁸ Cette détermination collective des normes sociales constitue l'un des aspects essentiels de la négociation collective. Dans ce sens, le professeur Gérard Lyon-Caen considère que l'« un des aspects majeurs de la négociation collective réside dans cette idée de partage de décision, décision infléchie dans le sens du vouloir de l'autre, c'est-à-dire des salariés, là où, au point de départ, régnait sans partage le pouvoir du capital ». G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p. 350.

Section I. La reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre de négociation collective.

237. La possibilité de négocier et de conclure des conventions et des accords collectifs au niveau du groupe de sociétés ne pose pas de difficultés depuis l'adoption de la loi du 4 mai 2004⁴⁹⁹, puisque cette loi a clairement autorisé les négociateurs sociaux représentatifs à ce niveau à produire leurs propres normes sociales (§ I). Dans le même sens, les modalités relatives au déroulement de la conclusion des accords de groupe ont été précisées par des dispositions juridiques (§ II).

§I. La licéité de la convention ou l'accord collectif de groupe de sociétés.

238. Depuis longtemps, les partenaires sociaux négocient et concluent des conventions et des accords collectifs au niveau interprofessionnel⁵⁰⁰, au niveau de la branche⁵⁰¹, ainsi qu'au niveau de l'entreprise⁵⁰². Cependant, au niveau du groupe de sociétés, cette possibilité n'a été reconnue que par la loi du 4 mai 2004 (II). Avant l'adoption de cette loi, la licéité de conclure des conventions et des accords de groupe était ambiguë (I).

⁴⁹⁹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983).

⁵⁰⁰ Les conventions et les accords collectifs interprofessionnels, comme l'indique leur nom, visent l'ensemble des branches économiques et des entreprises situées sur le territoire national. Ils ont pour fonction l'association des acteurs sociaux – organisations syndicales représentatives des salariés et organisations patronales représentatives à ce niveau – à côté du législateur, dans la définition et la mise en œuvre des politiques publiques dans le domaine social. Cette association permet aux acteurs sociaux représentatifs au niveau interprofessionnel de créer de nouveaux droits au profit des salariés (ex : assurance chômage), ou, au moins, d'accompagner une réforme législative (loi négociée). Ce type de négociation assure également un rôle d'orientation de la négociation de branche à travers le mécanisme d'accord-cadre. A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 62 ; J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *op.cit.*, p. 1279 ; M.-L. Morin, *op.cit.*, p. 323.

⁵⁰¹ Le droit français de la négociation collective privilégia pendant longtemps la conclusion de conventions et d'accords collectifs au niveau de la branche d'activité (métallurgie, chimie, etc.). Les organisations syndicales représentatives des salariés et les organisations patronales représentatives au niveau de la branche peuvent fixer des règles relatives aux conditions de travail et aux garanties sociales applicables aux entreprises relevant de cette branche. Selon J. Pélissier, G. Auzero et É. Dockès, les conventions et les accords conclus à ce niveau jouent un rôle de « police sociale de la concurrence », puisqu'ils soumettent les entreprises appartenant à la même branche économique aux mêmes conditions sociales. Autrement dit, les conventions et les accords conclus à ce niveau tendent, comme le précise Marie-Laure Morin, à poser « les règles de bases de la profession pour organiser le marché du travail des entreprises qui exercent une activité économique semblable ou similaire. » M.-L. Morin, *op. cit.*, p. 14 ; J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 1278.

⁵⁰² Qualifiée de principe fondamental du droit du travail par le Conseil d'État (CE, 21 juillet 1970), la négociation d'entreprise permet, comme le rappelle le professeur Bernard Teyssié, « le traitement des problèmes concrets de rémunération, de congés, de conditions de travail auxquels sont confrontés les partenaires sociaux. » Les conventions et les accords d'entreprise se conçoivent, comme le montre Marie-Laure Morin, en fonction des objectifs de l'entreprise. B. Teyssié, *op.cit.*, p. 575 ; M.-L. Morin, *op. cit.*, p. 14.

I. Une reconnaissance ambiguë avant la loi du 4 mai 2004.

239. Avant la loi du 4 mai 2004⁵⁰³, deux conceptions s'opposaient à propos de la légalité de la conclusion des conventions et des accords collectifs au niveau du groupe de sociétés. Pour une partie de la doctrine, « l'accord de groupe n'existe pas en droit »⁵⁰⁴, tant que le Code du travail n'autorise pas la conclusion d'un accord à ce niveau. Les tenants de cette conception affirmaient que le législateur n'avait pas prévu l'exercice du droit à la négociation au niveau du groupe de sociétés, contrairement aux autres niveaux de négociation (essentiellement la branche et l'entreprise). Cette conception se référait aux solutions jurisprudentielles qui refusaient l'application d'une convention collective unique pour l'ensemble des sociétés composant le groupe et considéraient que chacune des sociétés le constituant continuait à relever de la convention collective correspondant à son activité⁵⁰⁵.

Cependant, pour une autre partie de la doctrine, conclure des conventions et des accords de groupe n'était pas interdit par le Code du travail, même si ce dernier n'avait pas explicitement considéré le groupe comme une collectivité possible de négociation⁵⁰⁶. Certains auteurs défendant cette conception ont rangé les accords de groupe parmi les accords « atypiques » étrangers aux textes en vigueur, tout en estimant qu'un accord global de groupe pouvait être conclu tant que cet accord respectait les dispositions minimales des conventions de branche applicables à chacune des entreprises composant ce groupe et tant qu'il accordait aux salariés de ces entreprises des droits plus favorables⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983).

⁵⁰⁴ J.-E. Ray, *op.cit.*, p. 69.

⁵⁰⁵ Cass. soc., 7 novembre 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 289, obs. J. Savatier. Suite à son licenciement par son employeur contractuel (SARL Agence générale Charles-Heidsieck de Paris), une secrétaire de direction a demandé l'obtention de diverses sommes en vertu des dispositions de la convention collective nationale des Vins et Spiritueux applicables au personnel de la société (Charles-Heidsieck de Reims). La salariée intéressée faisait valoir que son employeur (SARL Agence générale Charles-Heidsieck) était la filiale de la société Charles-Heidsieck de Reims et, de ce fait, elle a considéré que la convention collective applicable au personnel de la seconde de ces sociétés l'était également au personnel de la première. La cour d'appel a donné raison à la salariée en estimant que « lorsqu'une société filiale se trouvait économiquement complémentaire de la maison mère, toutes deux devaient être considérées comme une entreprise unique pour l'application des lois sociales. » La chambre sociale de la Cour de cassation a refusé le point de vue adopté par la cour d'appel en considérant « Qu'en décidant qu'une société filiale devait être soumise à la même convention collective que la société mère, alors qu'elle avait une personnalité juridique, un siège social et un objet distincts, qu'elle n'avait pas été partie à la convention collective et n'était pas membre d'une organisation signataire de celle-ci, la cour d'appel viole les dispositions des articles 31 e et 31i du livre I^{er} du Code du travail et 1165 du Code civil ».

⁵⁰⁶ M.-L. Morin, *op.cit.*, p. 298 ; M.-A. Rotschild-Souriac, *op.cit.*, p. 492.

⁵⁰⁷ C. Freyria, « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.*, 1988, p. 48.

240. Ces auteurs se sont fondés sur l'article L.2231-1 du Code du travail qui permet à un groupement d'employeurs de conclure des conventions et des accords collectifs. Une telle permission autorisait plusieurs formes de regroupements, dont les groupes de sociétés, à conclure des conventions et des accords collectifs⁵⁰⁸.

Ces auteurs se sont également appuyés sur l'article L.3322-7 du Code du travail qui autorisait clairement, et autorise toujours, la conclusion d'accords de participation au niveau du groupe de sociétés. Ils en appelaient enfin à certaines solutions jurisprudentielles qui validaient les accords collectifs conclus à ce niveau, et en particulier les accords qui modifient la composition des comités de groupe, comme la répartition des sièges à pourvoir entre les organisations syndicales⁵⁰⁹.

241. En pratique, il n'était d'ailleurs pas rare de négocier et conclure des conventions et des accords collectifs au niveau du groupe, en particulier dans des matières comme la mise en place d'un statut commun à l'ensemble du personnel du groupe, relatif à la retraite et la prévoyance ; la formation professionnelle ; l'aménagement du temps du travail ; le fonctionnement des institutions représentatives du personnel ; la création d'instances syndicales de groupe ; l'édiction de règles destinées à favoriser la mobilité entre les sociétés du groupe.

Pour lever l'ambiguïté relative à la légalité des conventions et des accords collectifs conclus au niveau d'un groupe de sociétés, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé, dans l'arrêt Axa rendu le 30 avril 2003, la validité d'un tel accord, en lui donnant la qualité d'accord collectif au sens de l'article L.2231-1 du Code du travail (anc. L.132-2 du Code du travail)⁵¹⁰. Cet arrêt a conduit le législateur à valider la négociation collective au niveau du groupe de sociétés.

⁵⁰⁸ M.-L. Morin, *op. cit.*, p. 299 ; G. Vachet, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », p. 106, *in Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Panthéon-Assas, 1999.

⁵⁰⁹ Cass. soc., 16 avril 1986, *Bull. civ.*, V, n° 134.

⁵¹⁰ Cass. soc., 30 avril 2003, CGT Force ouvrière et autre c/Sté Axa France assurance et autres, *RJS* 7/03, n° 916. Plusieurs entreprises du groupe Axa ont conclu le 28 avril 1998 avec des organisations représentatives un accord instituant une représentation syndicale de groupe à laquelle il donnait compétence pour négocier sur des thèmes communs à ces entreprises. La fédération des employés et cadres CGT-FO, organisation syndicale non signataire de l'accord qui avait été exclue des négociations de groupe au motif que sa délégation n'était pas constituée conformément aux dispositions de l'accord, a contesté la validité de l'accord devant les tribunaux. Le tribunal de grande instance puis la cour d'appel de Paris ont rejeté les demandes du syndicat, en considérant l'accord de groupe conclu comme un véritable accord collectif, au sens de l'article L.132-2 (actuellement L.2231-1) du Code du travail. En s'alignant sur la solution adoptée par les tribunaux inférieurs, la chambre sociale de la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi de la fédération des employés et cadres CGT-FO en admettant la licéité de l'accord collectif du groupe.

II. Une reconnaissance confirmée par la loi du 4 mai 2004.

242. La loi du 4 mai 2004⁵¹¹ a reconnu explicitement le groupe de sociétés comme niveau de négociation collective. Cette reconnaissance autorise expressément les parties intéressées à conclure des conventions et des accords collectifs de groupe en se fondant sur des textes juridiques spéciaux qui consacrent légalement cette reconnaissance⁵¹², et non sur des solutions générales (art. L.2231-1 du Code du travail et arrêt Axa) qui permettaient auparavant la négociation collective à ce niveau mais sans grande sécurité⁵¹³.

Cette reconnaissance légale permet aux groupes de sociétés de mettre en œuvre une politique sociale unique applicable aux entreprises qui les composent⁵¹⁴. Une telle politique contribue à la recomposition de la communauté de travail, dispersée entre plusieurs entreprises juridiquement autonomes, mais économiquement liées.

En effet, les groupes de sociétés, par le biais des conventions et des accords collectifs, peuvent unifier les conditions de travail du personnel des différentes sociétés qui les forment (aménagement de la durée du travail, salaires, formation professionnelle, mobilité, hygiène et sécurité, etc). Les groupes de sociétés peuvent également, à travers ces conventions et accords, faire bénéficier les salariés des sociétés qui les composent des mêmes garanties sociales (un régime de prévoyance, par exemple)⁵¹⁵. D'une manière générale, les groupes de sociétés peuvent traiter, en vertu de l'article L.2221-1 du Code du travail, tous les thèmes relatifs à l'emploi, au travail et aux garanties sociales⁵¹⁶.

§II. Le déroulement de la négociation et la conclusion de la convention ou l'accord collectif du groupe de sociétés.

243. L'étude du déroulement de la négociation et de la conclusion des conventions et accords collectifs de groupe exige, d'une part, d'identifier les parties ayant qualité à négocier

⁵¹¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983).

⁵¹² Les actuels articles L.2230-30 à L.2232-35 du Code du travail encadrent légalement les conventions et les accords collectifs de groupe.

⁵¹³ P.-H. Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 601.

⁵¹⁴ P.-H. Antonmattei, « L'accord de groupe », *Dr. soc.*, 2008, p. 57.

⁵¹⁵ G. Vachet, *op.cit.*, p.106.

⁵¹⁶ B. Teyssié, « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 648.

et à conclure ces accords (I), et, d'autre part, de déterminer le champ d'application de ceux-ci (II).

I. Les parties à la négociation et la conclusion de la convention ou l'accord collectif de groupe de sociétés.

244. La nature complexe du groupe composé de plusieurs sociétés nous conduit à nous interroger sur les parties habilitées à négocier et à conclure des conventions et des accords collectifs de groupe, du côté patronal (A), comme du côté salarial (B).

A. Le négociateur patronal.

245. L'article L.2232-31 du Code du travail précise que la convention ou l'accord collectif de groupe est négocié par « 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. » Selon ce texte, deux possibilités sont ouvertes pour la négociation et la conclusion de la convention ou de l'accord collectif de groupe : cette négociation est conduite soit uniquement par l'entreprise dominante du groupe, soit par la participation de toutes les entreprises du groupe concernées, à travers leurs représentants.

246. Dans le premier cas, l'entreprise dominante du groupe, toujours selon l'article L.2232-31 du Code du travail, peut assumer seule cette négociation sans la présence et l'intervention des représentants des entreprises du groupe comprises dans le champ d'application de l'accord. L'entreprise dominante peut négocier l'accord collectif et parvenir à sa conclusion sans recevoir de mandat exprès de ces entreprises⁵¹⁷.

Ce privilège accordé à l'entreprise dominante du groupe s'explique par le fait que le législateur considère cette entreprise comme le mandataire légal de l'ensemble des entreprises du groupe, et l'habilite de ce fait à négocier et à conclure des conventions et des accords collectifs au nom de ces entreprises⁵¹⁸.

⁵¹⁷ P.-H. Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 602.

⁵¹⁸ Le circulaire du 22 septembre 2004 (fiche n° 5 : JO, 31 octobre 2004, p. 18480) précise que : « Quel que soit le périmètre de l'accord, l'employeur de l'entreprise dominante ou son représentant, a vocation à représenter

Concrètement, l'entreprise dominante du groupe mène la négociation et la conclusion de la convention ou de l'accord collectif de groupe, soit à travers sa direction ou son représentant, soit par l'intermédiaire d'un mandataire librement choisi par elle. Ce mandataire peut même être choisi par l'entreprise dominante en dehors du cercle des entreprises membres du groupe.

Cependant, si la capacité de l'entreprise dominante du groupe à négocier et à conclure des conventions et des accords collectifs engageant toutes les entreprises du groupe – ou une fraction de celui-ci – peut paraître acceptable lorsque l'entreprise dominante fait partie du périmètre de ces accords, une difficulté se pose lorsque cette entreprise conduit la négociation et la conclusion de ces accords sans entrer elle-même dans le périmètre de ces derniers. L'article L.2232-31 du Code du travail ne donne pas de précisions sur ce point, mais nous partageons l'idée de la doctrine qui considère cette situation comme inopportune⁵¹⁹. En effet, comment accepter que l'entreprise dominante du groupe soit exclue du périmètre de l'accord collectif négocié, conclu et signé par elle, et que l'application de cet accord porte uniquement sur des parties non signataires (sociétés filiales) ?

À ce sujet, il faut signaler que ce privilège accordé à l'entreprise dominante par la loi du 4 mai 2004 ne l'était pas auparavant. La jurisprudence sociale antérieure considérait comme sans effet un accord de groupe conclu entre l'entreprise dominante et les syndicats représentatifs au sein de cette entreprise, s'appliquant aux autres entreprises du groupe, tant que celles-ci n'étaient pas parties signataires de cet accord⁵²⁰. Selon cette jurisprudence, lesdites entreprises étaient des personnes juridiquement autonomes et ne pouvaient donc être assujetties aux accords de groupe que si elles l'avaient personnellement signé ou si elles avaient donné mandat à l'entreprise dominante de négocier en leur nom.

Nous considérons cette solution jurisprudentielle comme juste, dans la mesure où elle accorde à chaque entreprise concernée, et à non l'entreprise dominante seulement, le droit de s'associer à la négociation et à la conclusion de l'accord collectif de groupe. Les spécificités économiques et sociales des entreprises du groupe exigent que ces dernières soient présentes dans les différentes étapes de la négociation et de la conclusion de la convention ou de l'accord de groupe.

l'ensemble des employeurs des entreprises concernées, sans qu'il ait nécessairement à justifier d'un mandat exprès des employeurs des entreprises comprises dans le périmètre concerné. »

⁵¹⁹ J.-F. Cesaro, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr.soc.*, 2010, p. 782.

⁵²⁰ Cass. soc., 23 janvier 2002, *RJS*, 4/02, n° 454.

247. Quant au deuxième cas, l'article L.2232-31 du Code du travail confie également la négociation et la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de groupe à « un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ d'application de la convention ou de l'accord. » Cette deuxième possibilité permet à certaines entreprises du groupe de conclure un accord collectif, ce qui nous conduit à dire que la participation de toutes les entreprises du groupe dans la recherche d'un accord n'est pas exigée par le législateur.

Même en l'absence de l'entreprise dominante du groupe, deux ou plusieurs entreprises filiales de cette structure économique peuvent, en concertation avec les organisations syndicales représentatives, créer des normes sociales applicables à leurs salariés. Il nous semble que le législateur part du principe que, puisque certaines entreprises du groupe exercent des activités économiques semblables, elles ont le droit de conclure des conventions et des accords collectifs.

L'article précité précise que les représentants des entreprises concernées doivent être mandatés, c'est-à-dire que le mandat doit être exprès et viser la négociation en question⁵²¹. Concernant la détermination du nombre des représentants des entreprises participant à la négociation et à la conclusion de la convention ou de l'accord collectif, la doctrine estime que c'est l'entreprise dominante, en tant qu'elle constitue le mandataire légal de l'ensemble des entreprises du groupe, qui se charge d'en fixer le nombre⁵²².

B. Le négociateur salarial.

248. Du côté salarial, une question se pose concernant la partie qui peut négocier des conventions et des accords de groupe au nom des salariés. Pour y répondre, l'article L.2232-31 du Code du travail indique que la convention ou l'accord collectif de groupe doit être négocié et conclu par « 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. ».

⁵²¹ B. Teyssié, *Droit du travail : relations collectives*, Litec, 2011, p. 659.

⁵²² *Ibid.*

D'après cet article, la partie pouvant représenter les salariés dans la négociation et la conclusion de la convention ou de l'accord collectif de groupe doit posséder deux qualités. Premièrement, le droit de négocier et de conclure des conventions et des accords de groupe appartient d'une manière exclusive aux organisations syndicales. À l'inverse des accords collectifs d'entreprise, qui peuvent être négociés et conclus par les représentants élus du personnel ou les salariés mandatés, ces derniers n'ont pas la capacité à négocier et à conclure des conventions et des accords collectifs de groupe⁵²³.

Deuxièmement, les organisations syndicales doivent être représentatives au niveau du groupe ou, à défaut, dans le périmètre d'application de la convention ou de l'accord. Lorsque la convention ou l'accord collectif ne s'applique pas à l'ensemble du groupe mais seulement à un segment de celui-ci, seules les organisations syndicales représentatives au niveau de ce segment participent à la négociation et la conclusion de l'accord⁵²⁴. Cela signifie qu'un syndicat représentatif au niveau du groupe, mais non dans le périmètre concerné par la convention ou l'accord, ne peut pas participer à la négociation et à la conclusion de celui-ci⁵²⁵.

Toutes les organisations syndicales représentatives, au sein du groupe ou dans le périmètre d'application de la convention ou de l'accord collectif, doivent être invitées à participer à la négociation et à la conclusion de cet accord. À défaut, l'accord collectif conclu serait nul⁵²⁶.

249. Cette condition de représentativité, il faut le rappeler, constitue une règle de principe pour le droit français de la négociation collective puisque, quel que soit le niveau de cette dernière (interprofessionnel, branche et entreprise), seules les organisations syndicales représentatives ont le droit de participer à la négociation et la conclusion des conventions et des accords collectifs⁵²⁷. La négociation collective au niveau du groupe s'inscrit dans cette logique ; mais comment alors apprécier la représentativité des organisations syndicales au sein du groupe ou dans les entreprises concernées par la convention ou l'accord collectif ?

⁵²³ B. Teyssié, *op. cit.*, p. 579 et 660.

⁵²⁴ J.-F. Cesaro, *op. cit.*, p.782.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ Nous estimons que l'abstention d'une organisation syndicale représentative à s'asseoir autour de la table de négociation n'empêche pas les parties intéressées à conclure l'accord de groupe.

⁵²⁷ Un arrêt rendu le 17 septembre 2003 par la chambre sociale de la Cour de cassation confirme ce principe en affirmant qu'« Un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation ». Cass. soc., 17 septembre 2003, *RJS* 11/03, n° 1297.

Suivant l'article L.2232-34 du Code du travail, issu de la loi du 20 août 2008, la capacité à représenter est reconnue seulement aux organisations syndicales « ayant recueilli, dans les entreprises comprises dans le périmètre de cet accord, au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires des comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants⁵²⁸. » Selon cet article, la représentativité des organisations syndicales au sein du groupe résulte de l'audience électorale : seules les organisations syndicales qui obtiennent, dans les entreprises concernées par la convention ou l'accord, au moins 30 % des votes exprimés lors de l'élection des représentants du personnel ont le droit de participer et de signer des conventions et des accords collectifs de groupe.

L'article L.2232-34 du Code du travail traduit la conception générale de la loi du 20 août 2008, qui part du principe qu'un syndicat comptant peu de salariés en sa faveur ne peut ni les représenter, ni parler en leur nom. Un tel syndicat n'a pas qualité à s'exprimer au nom d'une collectivité de salariés et à prendre des engagements pour le compte de celle-ci⁵²⁹. La représentativité, selon la loi du 20 août 2008, ne peut être accordée qu'aux organisations syndicales qui obtiennent des résultats significatifs aux élections professionnelles.

Inspirée de la position commune signée le 9 avril 2008⁵³⁰, la loi du 20 août 2008 a voulu légitimer la représentativité des syndicats et crédibiliser les conventions et les accords collectifs signés par eux⁵³¹. Cette loi voulait dépasser les inconvénients de l'ancienne conception qui accordait aux organisations syndicales sans légitimité réelle dans l'entreprise le droit de conclure des conventions et des accords collectifs, du simple fait qu'elles étaient affiliées aux cinq confédérations représentatives sur le plan national et interprofessionnel, à savoir : CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC et CFE-CGC⁵³².

⁵²⁸ Bien que des organisations syndicales appartiennent à une même confédération syndicale – la CGT à titre d'exemple –, la doctrine considère que ces organisations peuvent participer à la négociation et à la conclusion de la convention ou de l'accord de groupe, à partir du moment où elles ont obtenu au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires des comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel. B. Teyssié, *op. cit.*, p. 660.

⁵²⁹ G. Bélier et H.-J. Legrand, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, Liaisons, 2009, p. 15 ; J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *op.cit.*, p. 1012.

⁵³⁰ Cette position commune a été signée par les deux confédérations syndicales, la CGT et la CFDT, et par les deux organisations patronales, le MEDEF et la CGPME. *Ibid.*

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² L'ancien article L.2122-1 du Code du travail affirmait que l'affiliation d'un syndicat à l'une de ces cinq confédérations était considérée comme une présomption « irréfragable » de la représentativité de ce syndicat dans l'entreprise. Les autres syndicats non affiliés à ces confédérations devaient prouver leur représentativité dans l'entreprise.

250. Aujourd'hui, dans le cadre de la loi du 20 août 2008, un syndicat ne peut plus fonder sa représentativité sur son appartenance à l'une des cinq confédérations syndicales citées ci-dessus, mais ce syndicat, qu'il soit confédéré ou indépendant, doit prouver périodiquement sa représentativité à l'occasion des élections professionnelles⁵³³.

La représentativité syndicale dans le groupe s'aligne sur cette conception, puisqu'elle n'est reconnue qu'aux organisations syndicales qui obtiennent dans les entreprises concernées par la convention ou l'accord collectif au moins 30 % des votes exprimés lors des élections professionnelles. Nous considérons cette nouvelle conception comme logique dans la mesure où elle reconnaît que ne sont représentatifs que les syndicats qui obtiennent de bons résultats aux élections professionnelles et permet de corriger de ce fait l'incohérence qui caractérisait auparavant cette question⁵³⁴.

251. Pour remplir la mission de négocier et de conclure une convention ou un accord, les organisations syndicales représentatives désignent des coordinateurs syndicaux choisis parmi les délégués syndicaux du groupe⁵³⁵. Lorsque la convention ou l'accord de groupe ne cible qu'une fraction de celui-ci, les coordinateurs syndicaux sont choisis parmi les délégués syndicaux désignés dans les entreprises appartenant à cette fraction. Les organisations syndicales représentatives présentes dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux⁵³⁶ peuvent mandater à cet effet des délégués du personnel⁵³⁷.

252. Toutefois, sa signature par les organisations syndicales représentatives n'entraîne pas systématiquement la validité de la convention ou de l'accord de groupe car cette validité exige également qu'aucune autre organisation syndicale non signataire ne s'oppose à cet accord.

L'article L.2232-34 du Code du travail, issu de la loi du 20 août 2008, ne donne le droit de s'opposer à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord collectif qu'aux

⁵³³ G. Bélier et H.-J. Legrand, *op. cit.*, p. 18.

⁵³⁴ Auparavant, les organisations syndicales affiliées aux cinq confédérations représentatives au niveau national et interprofessionnel étaient seules habilitées à participer à la négociation et la conclusion des conventions et accords collectifs de groupe. Cette solution était incohérente, dans la mesure où elle permettait à des syndicats de participer à la conclusion et à la signature d'accords collectifs de groupe, sans qu'ils aient réellement une présence réelle dans les groupes. TGI de Nanterre, 8 juin 2007, *SSL*, 9 juillet 2007, n° 1315.

⁵³⁵ L.2232-32 du Code du travail.

⁵³⁶ Entreprises employant moins de 50 salariés.

⁵³⁷ B. Teyssié, « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 646.

organisations syndicales ayant recueilli, dans le périmètre visé par cette convention ou cet accord, la majorité des suffrages exprimés aux mêmes élections professionnelles⁵³⁸.

Autour de cette question, l'absence de dispositions spécifiques encadrant l'usage de ce droit au niveau du groupe conduit à appliquer les règles du droit commun des conventions collectives. Selon le droit commun, l'opposition⁵³⁹ des organisations syndicales non signataires aux organisations syndicales signataires doit être exprimée par écrit et motivée⁵⁴⁰. Motiver l'opposition suppose que les syndicats intéressés précisent les points de désaccord contenus dans la convention ou l'accord collectif⁵⁴¹.

D'un autre côté, les textes encadrant le droit d'opposition ne précisent pas si les organisations syndicales concernées doivent exercer ce droit d'une manière collective ou si chacune d'entre elles peut l'exercer indistinctement. Certes, user de son droit d'opposition d'une façon collective et concertée de la part des organisations syndicales non signataires donne à ce droit plus de crédibilité. La chambre sociale de la Cour de cassation affirme toutefois que ces organisations syndicales peuvent exprimer leur opposition à l'égard de la convention ou de l'accord collectif de groupe même d'une manière individuelle⁵⁴².

253. Faire usage du droit d'opposition à une convention ou à un accord de groupe a pour effet, comme pour tout contrat collectif, de considérer cette convention ou cet accord comme non écrit⁵⁴³, et dépourvu par conséquent d'effet juridique⁵⁴⁴. Nous tenons pour raisonnable cet effet, tant que la majorité des salariés s'oppose à la mise en œuvre de la convention ou à l'accord de groupe en cause.

II. Le champ d'application de la convention ou de l'accord collectif de groupe.

⁵³⁸ L'article précité précise que l'opposition doit être faite dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de l'accord.

⁵³⁹ L'article L.2232-34 du Code du travail affirme que ce droit d'opposition s'exerce dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de l'accord.

⁵⁴⁰ L.2231-8 du Code du travail.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² Cass. soc., 13 octobre 2010, *RJS*, 12/10, n° 946.

⁵⁴³ Comme l'affirme l'article L.2231-9 du Code du travail.

⁵⁴⁴ B. Teyssié, *op. cit.*, p. 588.

254. Une interrogation essentielle se pose concernant le champ de la convention ou de l'accord collectif de groupe : le législateur se réfère-t-il sur ce point à l'article L.2331-1 du Code du travail, ou adopte-t-il une solution autonome ? Il faut rappeler que l'article L.2331-1 du Code du travail impose l'instauration d'un comité de groupe, au sein du groupe formé par une entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle, suivant les conditions définies aux articles L.233-1, L.233-3 et au II de l'article L.233-16 du Code de commerce.

L'analyse de l'article L.2331-1 du Code du travail laisse entendre que l'accord instituant le comité de groupe exige obligatoirement la présence de l'entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle. À défaut, cet accord serait considéré comme nul. Se référer à cet article conduirait au même résultat quant à la négociation d'une convention ou d'un accord collectif au niveau du groupe : une convention ou un accord collectif de groupe ne peut être négocié et conclu qu'entre une entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle. Autrement dit, l'entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle devraient toutes participer à la négociation et la signature de la convention ou de l'accord de groupe, sous peine de nullité de l'accord.

255. Toutefois, cette référence à la notion de groupe, au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail, a été écartée en matière de convention et d'accord collectif puisque l'article L.2232-30 du Code du travail n'impose pas qu'une convention ou un accord de groupe soit négocié et signé par l'entreprise dominante du groupe et les entreprises qu'elle contrôle. L'article précité affirme au contraire que cette convention, ou cet accord, fixe lui-même son champ d'application, champ pouvant être constitué de toutes les sociétés du groupe ou seulement de certaines d'entre elles.

Les négociateurs sont donc libres de définir le champ d'application de la convention ou de l'accord collectif de groupe. La jurisprudence sociale reconnaît cette liberté accordée aux négociateurs⁵⁴⁵. Dans ce cadre, l'entreprise dominante du groupe peut être exclue du champ d'application de la convention ou de l'accord.

256. En pratique, délimiter le champ d'application de la convention ou de l'accord de groupe se fait suivant une méthode simple, qui consiste à déterminer directement les

⁵⁴⁵ CA, Paris, 31 janvier 2001, *RJS*, 6/01, n° 771.

entreprises relevant de la convention ou de l'accord de groupe⁵⁴⁶. Cette délimitation s'opère également par d'autres méthodes, à l'instar d'un accord de groupe qui prévoit de s'appliquer dans toutes les filiales détenues à plus de 50 % par la société dominante.

Cependant, cette délimitation n'est pas toujours une opération facile. Une difficulté se présente en effet lorsqu'une société – et a fortiori plusieurs – intègre le groupe après la conclusion de la convention ou de l'accord de groupe : cet accord s'applique-t-il automatiquement à cette nouvelle société ? En l'absence d'une disposition traitant cette question, nous estimons que deux réponses peuvent être apportées.

Premièrement, nous considérons que cette question ne pose pas de difficultés lorsque la convention ou l'accord de groupe s'applique à l'ensemble des sociétés composant le groupe. Dans ce cas, nous pensons que l'intégration au groupe d'une nouvelle société signifie qu'elle en devient membre et qu'elle a donc le droit, à l'instar des autres sociétés du groupe, de se prévaloir de la politique sociale applicable au groupe.

Deuxièmement, la convention ou l'accord de groupe s'applique à la société en cause lorsque celle-ci remplit une condition exigée par la convention ou l'accord : à titre d'exemple, l'accord prévoit d'être applicable à toutes les sociétés détenues à plus de 50 % par la société dominante, ou bien la convention ou l'accord vise toutes les sociétés appartenant à une activité économique déterminée dont la société en cause fait partie.

257. En dehors de ces deux situations, nous estimons que l'intégration de la société – ou de sociétés – intéressée au champ d'application de la convention ou de l'accord de groupe doit être soumise à la négociation entre les dirigeants de ladite société et les dirigeants des autres sociétés signataires de cette convention ou cet accord.

⁵⁴⁶ À titre d'exemple, l'article 1 de l'accord Sodexo du 21 décembre 2007, relatif à la représentation du personnel, prévoit que « le présent accord est applicable aux entités juridiques suivantes... » J.-F. Cesaro, *op. cit.*, p. 781.

Section II. Autonomie limitée de création de normes sociales pour les négociateurs sociaux au niveau du groupe.

258. Reconnaître le groupe comme niveau de négociation collective suscite une concurrence entre les normes sociales élaborées au niveau du groupe et celles produites par les autres sources du droit du travail. Une question logique se pose quant à la coexistence de ces normes : comment s'articulent-elles ? Autrement dit, les normes sociales négociées et conclues au niveau du groupe peuvent-elles primer sur celles qui sont définies par les autres sources du droit du travail⁵⁴⁷ ?

259. Avant de situer la place des normes sociales décidées au niveau du groupe de sociétés dans la hiérarchie des sources du droit du travail, il convient de souligner que l'on résout, à la lumière du droit actuel de la négociation collective, les difficultés liées à l'articulation entre des normes sociales concurrentes suivant deux mécanismes : le mécanisme appelé *principe de l'ordre public social*, qui encadre l'articulation entre les normes sociales d'origine étatique et celles d'origine conventionnelle, et le mécanisme de *supplétivité de l'accord de niveau supérieur*, institué par la loi du 4 mai 2004, qui régit la coexistence entre les différentes normes sociales d'origine conventionnelle.

Selon le premier mécanisme, dit *principe de l'ordre public social*⁵⁴⁸, les normes sociales imposées par les lois et les règlements ne peuvent être, en principe, écartées par celles d'origine conventionnelle que lorsque ces dernières garantissent des droits plus favorables aux salariés⁵⁴⁹. Quant au mécanisme de *supplétivité de l'accord de niveau supérieur*, les normes sociales produites par les accords collectifs de niveau inférieur peuvent, en principe, déroger à celles de niveau supérieur, même dans un sens moins favorable aux salariés. La mise en œuvre de cette dérogation nécessite seulement que l'accord de niveau supérieur ne comporte

⁵⁴⁷ L'intérêt de ces questions se manifeste essentiellement lorsque les accords conclus au niveau du groupe portent sur des thèmes déjà traités par les autres sources du droit du travail.

⁵⁴⁸ Appelé aussi *principe de faveur* ou *principe de l'application de la disposition la plus favorable*. F. Petit, « L'ordre public dérogatoire », *RJS*, 5/07, p. 391.

⁵⁴⁹ On constate que, dans les dernières années, le cercle de la dérogation aux normes d'origine étatique par celles d'origine conventionnelle, même dans un sens défavorable aux salariés, connaît un élargissement. À titre d'illustration, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 et la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 permettent aux négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise de déroger, même dans un sens défavorable aux salariés, aux lois et aux règlements dans certains domaines relatifs essentiellement à la durée du travail, aux salaires et à l'emploi précaire.

pas de clause interdisant que des accords de niveau inférieur dérogent aux normes fixées par l'accord de niveau supérieur⁵⁵⁰.

260. Au sujet de la position des normes sociales créées au niveau du groupe de sociétés dans la hiérarchie des sources du droit du travail, il convient de remarquer que le législateur, d'un côté, ne permet pas à ces normes de déroger aux lois et règlements et, d'un autre côté, les prive de la disposition permettant à un accord de niveau inférieur de déroger aux normes d'un accord de niveau supérieur, même dans un sens défavorable aux salariés.

Suivant ce positionnement, les négociateurs sociaux au niveau du groupe n'ont la faculté, en application du principe de l'ordre public social, de déroger aux lois et règlements que lorsqu'ils accordent des droits plus favorables aux salariés (§I). D'autre part, ces négociateurs, selon le même principe, peuvent élaborer des normes dérogeant à celles d'origine conventionnelle, mais seulement dans les cas où ils octroient des droits plus avantageux aux salariés (§II).

§I. Incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger aux normes sociales d'origine légale ou réglementaire dans un sens défavorable aux salariés.

261. En vertu du principe de l'ordre public social, les normes sociales conçues au niveau du groupe de sociétés peuvent déroger aux dispositions légales et réglementaires, lorsque cette dérogation garantit aux salariés des droits plus favorables (I). À l'inverse, si les conventions et les accords de groupe doivent accorder aux salariés des droits moins favorables, aucune dérogation aux textes de loi ou aux règlements n'est acceptée (II).

⁵⁵⁰ Cette nouvelle conception apportée par la loi du 4 mai 2004 considère que les accords collectifs sont autonomes les uns par rapport aux autres, ce qui fait qu'un accord de niveau inférieur peut déroger à un accord de niveau supérieur sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les dispositions prévues par le premier accord sont plus ou sont moins favorables aux salariés. Les articles L.2252-1 et L.2253-3 du Code du travail constituent des illustrations de ce mouvement. Le premier article permet à une convention de branche ou à un accord professionnel ou interprofessionnel de comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Le deuxième article offre à l'accord d'entreprise la possibilité de déroger, en principe, à une convention de branche et à des accords professionnels ou interprofessionnels, même dans un sens défavorable aux salariés. J.-M. Mir, « L'Articulation des niveaux de négociation », *LPA*, 14 mai 2004, n° 97, p. 54 ; P. Rodière, « Négociation collective : la branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi Fillon sur le dialogue social », *SSL*, 2003, n° 1148, p.4 ; M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, p. 550.

I. Une dérogation admise lorsque les salariés se voient accorder des droits plus favorables par les conventions et les accords de groupe de sociétés.

262. En droit du travail français, les sources étatiques (lois et règlements) et les sources conventionnelles (conventions et accords collectifs) sont toutes les deux habilitées à créer des normes pour encadrer les rapports de travail. Concernant les sources étatiques, cette habilitation se fonde sur l'article 34 de la Constitution qui accorde au législateur le droit de déterminer les principes généraux du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité sociale.

Quant aux sources conventionnelles, c'est l'article L.2221-1 du Code du travail⁵⁵¹, en s'appuyant sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution, qui institue cette habilitation, en conférant explicitement aux partenaires sociaux le droit de définir les normes applicables à leurs relations de travail⁵⁵². Les partenaires sociaux peuvent, en vertu de cette autorisation, produire des normes – ou des règles – pour encadrer les conditions de travail et les garanties sociales (durée du travail, salaires, retraite, indemnisation du chômage, formation professionnelle, etc.). Cette autorisation permet aux acteurs sociaux d'exercer un pouvoir dans un domaine qui était auparavant le monopole du législateur⁵⁵³.

Toutefois, l'autorisation accordée aux partenaires sociaux de créer des normes sociales soulève une difficulté de coexistence entre les normes créées par ces derniers et les normes posées par les lois et les règlements. Une telle difficulté nous amène à nous interroger sur l'articulation entre ces deux sources du droit du travail. En d'autres termes, les normes sociales conçues par les partenaires sociaux peuvent-elles primer sur celles posées par le législateur ?

Les conventions et les accords de groupe sont concernés par ces questions, puisqu'ils constituent des normes sociales conventionnelles. La même question se pose donc concernant leur articulation avec les normes d'origine étatique : comment ces normes coexistent-elles avec celles d'origine étatique ?

⁵⁵¹ Article issu de la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971.

⁵⁵² M.-L. Morin, *op.cit.*, p. 1.

⁵⁵³ G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 73.

263. L'articulation entre les normes conventionnelles et les normes d'origine étatique se conçoit en vertu du principe de l'ordre public social. Ce principe permet de ne pas appliquer les règles énoncées par les lois et les règlements, au profit de celles prévues par les conventions et les accords collectifs, lorsque ces derniers offrent aux salariés des droits plus favorables⁵⁵⁴.

Consacré légalement par l'article L.2251-1 du Code du travail⁵⁵⁵, le principe de l'ordre public social admet la primauté des normes conventionnelles sur celles énoncées par les lois et les règlements lorsqu'elles assurent des droits plus avantageux aux salariés⁵⁵⁶. Selon cette conception, les normes conventionnelles peuvent déroger aux normes d'origine étatique, tant qu'elles contribuent à l'amélioration et la promotion des droits sociaux des salariés⁵⁵⁷. Les dispositions législatives et réglementaires ne constituent donc que des normes minimales susceptibles d'être écartées par les conventions et les accords collectifs lorsque ceux-ci garantissent des droits plus intéressants aux salariés⁵⁵⁸.

264. Néanmoins, le principe de l'ordre public social ne s'applique pas d'une façon systématique car certaines normes sociales d'origine étatique s'imposent de manière absolue, et ne permettant donc pas que des conventions et des accords collectifs y dérogent. Autrement dit, ces normes d'origine étatique ne peuvent pas être écartées par des normes conventionnelles, même si ces dernières accordent des droits plus avantageux aux salariés⁵⁵⁹.

Cette incapacité des conventions et des accords collectifs à déroger à certains textes d'origine étatique est explicitement consacrée par le deuxième alinéa de l'article L.2251-1 du Code du travail⁵⁶⁰, texte pris à son tour en application de l'article 6 du Code civil⁵⁶¹. Par conséquent, quelles sont les dispositions en droit du travail ayant un caractère d'ordre public absolu ?

⁵⁵⁴ L'apparition de l'ordre public social trouve son origine dans la loi du 24 juin 1936, mais, en doctrine, cette apparition ne date que de la fin des années 1950. F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001.

⁵⁵⁵ Cet article précise qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. »

⁵⁵⁶ F. Petit, *op. cit.*, p. 391 ; M.-L. Morin, *op.cit.*, p. 236.

⁵⁵⁷ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op.cit.*, p. 1299.

⁵⁵⁸ G. Borenfreund et M.-A. Souriac, *op.cit.*, p. 73.

⁵⁵⁹ F. Petit, *op. cit.*, p. 391.

⁵⁶⁰ Le deuxième alinéa de l'article L.2251-1 du Code du travail énonce clairement qu'une convention et un accord collectif ne peuvent « déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. »

⁵⁶¹ L'article 6 du Code du civil prévoit qu'« on peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public. »

Faute d'autres sources, le Conseil d'État, dans un avis rendu le 22 mars 1973, a essayé de préciser les thèmes ayant un caractère d'ordre public absolu en droit du travail⁵⁶². Dans cet avis, la haute juridiction administrative considère que les textes d'origine étatique s'appliquent de manière absolue lorsqu'ils « débordent le domaine du droit du travail. » En ce sens, elle a jugé nulles les clauses d'indexation des salaires, prévues par une convention ou un accord collectif, sur un indice général extérieur à la relation de travail (ex : le SMIC ou les prix)⁵⁶³.

Le Conseil d'État a également accordé un caractère d'ordre public absolu aux règles intéressant « des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels. » Le Conseil d'État a précisé qu'une convention ou un accord collectif ne pouvait pas modifier la compétence des agents publics et des juridictions, et ne pouvait pas non plus, en application du principe de légalité des infractions et des peines, créer de nouvelles incriminations pénales⁵⁶⁴.

265. Le rapport entre les normes sociales élaborées au niveau du groupe de sociétés et celles d'origine étatique est régi suivant les principes susmentionnés, à savoir le principe de *l'ordre public social* et le principe de *l'ordre public absolu*. Les conventions et les accords de groupe peuvent, en vertu de l'article L.2251-1 du Code du travail, déroger aux textes étatiques lorsqu'ils garantissent des droits plus favorables aux salariés. En revanche, cette dérogation n'est pas admise, même si ces conventions et accords octroient des droits plus avantageux aux salariés, lorsque les normes d'origine étatique ont un caractère d'ordre public absolu.

II. Une dérogation exclue lorsque les salariés se voient accorder des droits moins favorables par les conventions et les accords de groupe.

266. La dérogation dans un sens moins favorable aux salariés « tend à évincer le principe de faveur en diminuant ou en remettant en cause les avantages des salariés⁵⁶⁵. » Cette technique permet à une convention ou à un accord collectif de diminuer les droits des salariés garantis

⁵⁶² J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 1300.

⁵⁶³ L'article L.3231-3 du Code du travail prévoit clairement cette interdiction.

⁵⁶⁴ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 1300.

⁵⁶⁵ P. Morvan, « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004, de la théorie des flaques d'eau », p. 40, in *Le nouveau droit de la négociation collective (la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, Panthéon-Assas 2004.

par les textes étatiques⁵⁶⁶, et à un accord collectif de niveau inférieur d'amoindrir les intérêts des salariés protégés par un accord de niveau supérieur. Dans ce cas, la dérogation ne permet pas d'améliorer les conditions des salariés⁵⁶⁷.

267. Admis depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982 et la loi du 13 novembre 1982⁵⁶⁸, le champ des accords dérogatoires aux textes étatiques, dans un sens défavorable aux salariés, se voit élargir avec l'adoption de la loi du 4 mai 2004. Sans remettre en cause l'existence du principe de l'ordre public social, l'article 43 de cette loi permet aux conventions et accords collectifs d'entreprise et d'établissement de fixer les modalités d'application d'une norme légale ou d'y déroger.

Cette possibilité, réservée auparavant aux conventions et accords de branche, part du constat que les conventions et accords d'entreprise constituent des « contrats de proximité »⁵⁶⁹ ; à ce niveau, les négociateurs sociaux ont donc la liberté d'élaborer des normes sociales qui s'adaptent à la réalité de l'entreprise. Le facteur lié à la compétitivité de l'entreprise constitue à son tour une raison essentielle qui permet aux négociateurs sociaux, au niveau de l'entreprise, de diminuer les droits des salariés, droits pourtant garantis par les règles d'origine étatique⁵⁷⁰.

Dans le cadre de la loi du 4 mai 2004, les négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise peuvent élaborer des règles, dans certains domaines, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si ces dernières garantissent des droits plus ou moins favorables aux salariés, par rapport à celles posées par les textes étatiques. Ces domaines concernent essentiellement les salaires, la durée du travail et l'emploi précaire⁵⁷¹.

Au sujet des salaires, la loi du 4 mai 2004 a permis, par exemple, aux négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise de fixer le taux de majoration de salaire que comporte l'exécution d'heures supplémentaires⁵⁷². À propos de la durée du travail, les partenaires

⁵⁶⁶ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 1303.

⁵⁶⁷ F. Bocquillon, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : Les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.*, 2005, chr., p. 803.

⁵⁶⁸ F. Petit, *op. cit.*, p. 391.

⁵⁶⁹ Rapp. J.-P. Anciaux, rapport Ass. nat., n° 1273, décembre 2003, p. 178.

⁵⁷⁰ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 1303.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 1359.

⁵⁷² L.3121-22 du Code du travail.

sociaux de l'entreprise peuvent augmenter la durée quotidienne ou hebdomadaire de travail du travailleur de nuit⁵⁷³, diminuer la durée de repos quotidien⁵⁷⁴, etc.

Quant à la dérogation en matière d'emploi précaire, la fixation de la période d'essai incluse dans le contrat de travail temporaire constitue une illustration de ce mouvement, puisque les négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise peuvent librement déterminer cette période⁵⁷⁵. Les accords d'entreprise peuvent encore, au vu de l'article L.1243-9 du Code du travail, réduire le montant de l'indemnité de précarité d'emploi à verser au titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée, à hauteur de 6 % de la rémunération totale brute⁵⁷⁶.

268. Concernant les conventions et les accords conclus au niveau du groupe de sociétés, la question se pose de savoir si ces accords peuvent, à l'instar des accords d'entreprise, déroger, dans un sens défavorable aux salariés, aux règles d'origine étatique relatives aux salaires, à la durée du travail et à l'emploi précaire. À cet égard, l'article L.2232-33 du Code du travail constitue une source d'ambiguïté, puisqu'il énonce que l'accord de groupe produit les mêmes effets que l'accord d'entreprise ; ce qui nous conduit à nous demander si cela signifie que le premier accord peut créer des normes sociales, à l'instar du second accord qui accorde des droits moins avantageux aux salariés, par rapport aux règles imposées par les lois et règlements.

269. Nous considérons, suivant la doctrine traitant cette question⁵⁷⁷, qu'en l'absence d'une autorisation explicite des textes juridiques, les négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés ne peuvent pas transgresser les dispositions du Code du travail dans un sens défavorable aux salariés. En effet, la dérogation dans ce sens exige l'existence d'une permission explicitement posée par une disposition juridique, alors que l'on constate que les textes juridiques acceptant cette dérogation ignorent les accords collectifs de groupe et visent seulement les accords de branche, d'entreprise et d'établissement.

⁵⁷³ L.3122-34 du Code du travail.

⁵⁷⁴ L.3131-2 du Code du travail.

⁵⁷⁵ L.1251-14 du Code du travail. À propos de cette question, les lois et les règlements deviennent des règles supplétives à l'égard des règles énoncées par les accords d'entreprise. En effet, l'intervention du législateur devient supplétive, car cette intervention ne trouve application qu'à défaut d'accord collectif conclu au niveau de l'entreprise.

⁵⁷⁶ Au lieu de 10 % fixé par l'article L.1243-8 du Code du travail. Cette possibilité est accordée aux négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise, à partir du moment où des contreparties sont offertes aux salariés concernés, notamment « sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle. »

⁵⁷⁷ B. Teyssié, *op. cit.*, p. 671.

À titre d'illustration, l'article L.1243-9 du Code du travail ne permet pas aux négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de fixer le montant de l'indemnité de fin de contrat de travail à durée déterminée, à hauteur de 6 %, au lieu de 10 %, de la rémunération totale brute versée au salarié concerné. Cette possibilité, en vertu de l'article précité, n'est accordée qu'aux négociateurs sociaux au niveau de la branche, de l'entreprise et l'établissement.

Dés lors, nous estimons qu'en l'absence d'une autorisation clairement exprimée par un texte juridique, les négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés ne peuvent s'appuyer sur l'article L.2232-33 du Code du travail pour adopter, à l'égal des accords d'entreprise, des normes dérogeant dans un sens défavorable aux salariés à celles décidées par le législateur ou l'État.

270. Exceptionnellement, la dérogation aux normes sociales d'origine étatique permise aux accords de groupe concerne les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, lorsque l'employeur décide de licencier pour motif économique au moins dix salariés, sur une même période de trente jours. L'article L1233-21 du Code du travail⁵⁷⁸ accorde explicitement aux négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés la faculté, à l'égal des négociateurs sociaux au niveau de la branche et de l'entreprise, de déterminer ces modalités.

En cette matière, les accords de groupe se présentent comme des accords de méthode⁵⁷⁹, puisqu'ils se chargent eux même de régler la procédure relative à l'information et à la consultation du comité d'entreprise dans les licenciements collectifs. À titre d'exemple, les négociateurs sociaux au niveau du groupe peuvent fixer un nombre de réunions des comités d'entreprise – comités d'entreprise installés à l'intérieur du groupe – différent de celui prévu par la loi⁵⁸⁰.

§II. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger dans un sens défavorable aux salariés aux normes sociales d'origine conventionnelle.

⁵⁷⁸ Cet article est issu de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005.

⁵⁷⁹ F. Petit, *op. cit.*, p. 392.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 393.

271. Les accords collectifs de groupe se trouvent exclus de la logique dérogatoire, instituée par la loi du 4 mai 2004, qui permet, en principe, aux accords collectifs de niveau inférieur de déroger à ceux de niveau supérieur, même dans un sens défavorable aux salariés. Le législateur interdit aux accords de groupe de créer des règles sociales accordant des droits moins avantageux que ceux garantis par les accords de branche (I), et ne leur donne pas non plus la faculté de produire des normes moins favorables que celles qui sont fixées par les accords d'entreprise (II).

I. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger aux normes sociales conçues au niveau de la branche.

272. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de déroger, dans un sens défavorable aux salariés, aux normes sociales produites au niveau de la branche est explicitement énoncée par l'article L.2232-35 du Code du travail. Ce texte prévoit qu'une convention ou un accord de groupe « ne peut comporter de dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe. »

Pour qu'une dérogation soit admise dans ce sens, l'article précité exige l'existence d'une autorisation expressément mentionnée par l'accord de branche ou l'accord professionnel. Sans cette autorisation, un accord de groupe ne peut prévoir de clauses différentes et moins favorables aux salariés que celles prévues par l'accord de branche.

En revanche, en application du principe de l'ordre public social, un accord de groupe peut toujours comporter des dispositions garantissant des droits plus favorables aux salariés. La circulaire du 22 septembre 2004⁵⁸¹ énonce clairement cette possibilité en affirmant qu'un accord de groupe « peut comporter des dispositions plus favorables que celles des accords de branche dont relèvent les entreprises comprises dans le périmètre de l'accord. »

273. Cette disposition qui régit le rapport entre accords de groupe et accords de branche est différente, faut-il le préciser, de celle qui lie accords de groupe et accords de branche aux

⁵⁸¹ Circulaire du 22 septembre 2004, fiche n° 5 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF, n° 255 du 31 octobre 2004, p. 18472).

accords d'entreprise. En effet, l'article L.2253-3 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 4 mai 2004, permet aux accords d'entreprise ou aux accords d'établissement de comporter, en tout ou en partie, des dispositions moins favorables aux salariés que celles fixées par les accords collectifs couvrant un champ territorial ou professionnel plus large⁵⁸².

L'émancipation des accords d'entreprise⁵⁸³, prévue par la loi du 4 mai 2004⁵⁸⁴, s'inscrit dans le cadre d'une nouvelle logique qui traite les conventions et les accords collectifs de niveau différent comme des accords juridiquement égaux, ce qui fait qu'« aucune convention ne saurait avoir à l'égard d'aucune autre une supériorité intrinsèque analogue à l'ordre public de la loi⁵⁸⁵. » Les accords de branche deviennent ainsi, en principe⁵⁸⁶, des règles supplétives à celles conçues au niveau de l'entreprise⁵⁸⁷.

274. On constate toutefois que les accords de groupe demeurent exclus de cette nouvelle disposition, car le législateur n'accorde pas aux négociateurs sociaux de ce niveau la faculté de déroger aux accords de branche. La question se pose alors en ces termes : pourquoi le législateur exclut-il les accords de groupe, à rebours des accords d'entreprise, de cette possibilité de dérogation ?

Les accords de groupe, à l'égal des autres accords collectifs, sont des contrats juridiquement autonomes et les négociateurs sociaux de ces accords jouissent de liberté contractuelle ; de ce fait, leur incapacité à déroger aux accords de branche nous paraît en

⁵⁸² Avant l'élaboration de la loi du 4 mai 2004, les dispositions contenues dans les accords d'entreprise, en vertu de l'ancien article L.132-23 du Code du travail, ne pouvaient pas déroger dans un sens défavorable aux salariés à celles énoncées par les accords de branche. En confirmant ce principe, la jurisprudence sociale retenait que les accords d'entreprise ne pouvaient pas comporter de clauses moins favorables aux salariés que celles contenues dans les accords de branche, ces derniers constituaient en quelque sorte des normes plancher. Les négociateurs sociaux au niveau de l'entreprise avaient seulement la possibilité d'élaborer des normes sociales plus favorables aux salariés par rapport à celles prévues dans les accords de branche. C.A. de Paris, 1^{ère} ch., 24 septembre 2003, cité par J.-M. Mir, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁸³ P. Rodière, *op. cit.*, n° 1148, p. 4.

⁵⁸⁴ Cette possibilité de dérogation permise aux accords d'entreprise à l'égard des accords de niveau supérieur se soumet à une double limitation. D'une part, les conventions et les accords collectifs de niveau supérieur peuvent, selon l'article L.2253-3 du Code du travail, inclure une clause excluant la possibilité que ces derniers soient abrogés par des accords d'entreprise. D'autre part, suivant le même article, la possibilité de dérogation est exclue dans quatre matières : les salaires minimum ; les classifications ; les garanties collectives en matière de prévoyance et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

⁵⁸⁵ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, 1989, p. 243, cité par G. Bélier et H.-J. Legrand, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, p. 209.

⁵⁸⁶ Cette dérogation n'est pas permise, au vu de l'article L.2253-3 du Code du travail, dans certaines matières : salaires minimum, classification, protection complémentaire et mutualisation des fonds recueillis au titre de la formation professionnelle.

⁵⁸⁷ La même logique régit le rapport entre les accords de branche et les accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, puisque l'article L.2252-1 du Code du travail permet aux premiers accords de comporter des dispositions moins favorables que celles des seconds.

contradiction avec la logique, en vigueur depuis la loi du 4 mai 2004, de l'indépendance et de la supplétivité des accords collectifs, les uns à l'égard des autres.

L'exposé des motifs du projet de la loi du 4 mai 2004 énonce, sans beaucoup de précisions, que l'interdiction faite aux accords de groupe de déroger aux accords de branche est justifiée par la volonté d'éviter de précariser la couverture conventionnelle des salariés et de fragiliser les relations sociales dans les groupes de sociétés⁵⁸⁸.

275. Nous pensons que la crainte du législateur qu'une telle possibilité soit instrumentalisée par les sociétés dominantes des groupes pour réduire les droits des salariés garantis par les accords de branche, constitue la raison de cette exclusion. Cela risquerait de donner le loisir aux sociétés dominantes des groupes, au nom de l'harmonisation de la politique sociale et de la compétitivité du groupe, d'adopter des normes sociales garantissant des droits moins favorables aux salariés que celles fixées par les accords de branche⁵⁸⁹.

Pour éviter une telle manœuvre susceptible d'affaiblir les droits des salariés au sein du groupe de sociétés, le législateur a estimé nécessaire, nous semble-t-il, d'encadrer l'articulation entre les accords collectifs de branche et ceux du groupe, en vertu du principe de faveur et non en vertu de celui de la supplétivité de l'accord supérieur. De la sorte, les normes sociales édictées dans les accords de branche se présentent comme des règles impératives, et non supplétives, à l'encontre de règles décidées au niveau du groupe de sociétés.

II. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés à déroger aux normes sociales conçues au niveau de l'entreprise.

276. Contrairement au caractère explicite de la proscription faite aux accords de groupe de déroger aux accords de branche dans un sens défavorable aux salariés, le législateur reste silencieux sur les rapports qu'entretiennent les accords de groupe avec les accords d'entreprise. Ce silence nous conduit à nous interroger sur la combinaison des accords de groupe avec les accords d'entreprise et sur la capacité des premiers à primer sur les seconds.

⁵⁸⁸ P. Rodière, *op. cit.*, n° 1148, p.10.

⁵⁸⁹ À l'inverse, le législateur accorde, nous semble-t-il, aux accords d'entreprise la faculté de déroger aux accords de branche, même dans un sens défavorable aux salariés, parce qu'il part du constat qu'une telle dérogation ne servira que les intérêts de l'entreprise et non ceux d'une autre entreprise.

Nous soutenons, de ce point de vue, la position de la doctrine qui estime qu'en l'absence d'une autorisation juridique explicite, les accords de groupe ne peuvent se permettre de porter atteinte aux droits des salariés d'entreprise⁵⁹⁰. Lorsque les accords de groupe portent sur des domaines déjà traités par les accords d'entreprise, les dispositions prévues dans les premiers accords doivent garantir des droits plus favorables aux salariés que ceux fixés par les seconds accords.

Cette primauté des accords d'entreprise sur ceux de groupe est clairement formulée par la circulaire du 22 septembre 2004, qui précise que « lorsque l'accord de groupe porte sur des domaines déjà traités par des accords d'entreprise, les clauses de l'accord de groupe ne peuvent prévaloir sur les stipulations des accords d'entreprise antérieures ayant le même objet que si elles sont plus favorables aux salariés⁵⁹¹. »

⁵⁹⁰ H. Tissandier, « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *SSL*, 2004, n° 1183, p. 62.

⁵⁹¹ Circulaire du 22 septembre 2004, fiche n° 5, point 3.

Conclusion du Titre II.

277. Les droits collectifs dont la création est autorisée au niveau du groupe de sociétés ont un simple caractère subsidiaire : c'est la conclusion essentielle à laquelle on peut aboutir après analyse de la façon dont le groupe de sociétés est considéré par le droit collectif du travail. Le comité de groupe, conçu pour représenter les salariés des sociétés composant le groupe, n'est pas « un super comité central d'entreprise »⁵⁹², mais consiste uniquement, comme nous l'avons remarqué, en un organe d'information qui a pour objet de communiquer des informations économiques aux comités d'entreprise installés au sein des sociétés composant le groupe. Le comité d'entreprise, ou le comité central d'entreprise, mis en place au sein de chaque entreprise du groupe demeure l'organe représentatif de base des intérêts des salariés.

278. Dans le même esprit, les normes sociales élaborées au niveau du groupe de sociétés ne constituent pas des sources de base pour le droit du travail, mais uniquement des règles subsidiaires – ou complémentaires – qui s'appliquent lorsqu'elles accordent aux salariés des droits plus favorables que ceux garantis par les autres sources du droit du travail. C'est la conclusion essentielle que l'on peut tirer de l'analyse de la coexistence de ces normes avec les autres sources du droit du travail.

En effet, pour le législateur, les règles sociales décidées au niveau du groupe de sociétés se situent au dernier niveau de la hiérarchie des normes, et ne peuvent pas attenter aux droits des salariés fixés par des règles d'origine étatique (lois et règlements) ni par celles d'origine conventionnelle (normes décidées au niveau de la branche et au niveau de l'entreprise).

Cette articulation se conçoit en vertu du *principe classique de faveur* et s'oppose donc, comme nous l'avons remarqué, au nouveau principe de la *supplétivité* de l'accord supérieur, établi par la loi du 4 mai 2004, qui considère tous les accords collectifs comme des accords égaux et autonomes les uns à l'égard des autres.

⁵⁹² G. Couturier, *op. cit.*, p. 58.

Conclusion de la première partie.

279. Pour le droit du travail, le groupe de sociétés ne constitue pas une seule et unique entreprise, et les sociétés qui le composent conservent donc leur autonomie les unes par rapport aux autres. La question-clé de la qualification de l'employeur au niveau du groupe de sociétés est très révélatrice, puisqu'en principe la qualité d'employeur est uniquement reconnue à la société liée aux salariés par des contrats de travail, alors que les autres sociétés du groupe, notamment la société dominante, restent des parties tierces vis-à-vis des salariés.

Une telle conception jurisprudentielle témoigne de l'attachement des juges à l'analyse formelle de la notion d'employeur – analyse fondée sur le contrat de travail – et à l'indépendance juridique de la personne morale pour identifier l'employeur à l'intérieur du groupe de sociétés.

280. L'indépendance des sociétés composant le groupe, et donc la non assimilation de celui-ci à une entreprise unique, se vérifie également au niveau des rapports collectifs de travail. Comme nous l'avons constaté, l'appartenance de ces sociétés à un groupe ne remet en cause ni leur autonomie en matière de représentation collective du personnel, ni en matière de négociation collective : la représentation des salariés demeure assurée principalement par les institutions *ad hoc*, et les normes sociales négociées et conclues au sein de celles-ci – accords collectifs d'entreprise – ont une valeur supérieure, dans la hiérarchie des normes, à celles adoptées au niveau du groupe.

281. Le groupe de sociétés reste un acteur subsidiaire, du fait que les institutions et les règles qui lui sont spécifiques – comité de groupe et règles sociales créées par les négociateurs sociaux au niveau du groupe – ne peuvent pas se substituer à celles particulières aux sociétés qui le composent. En définitive, on peut dire que l'objectif du législateur vise à adapter le cadre juridique du groupe de sociétés au droit du travail, essentiellement le droit du travail collectif, sans toutefois affecter l'indépendance des sociétés qui le composent.

Deuxième Partie. La position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

282. La position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés à l'intérieur d'un groupe de sociétés peut être qualifiée de pragmatique. Partant du principe qu'il est difficile de reconnaître la qualité d'employeur à un groupe de sociétés, le droit du travail essaye, au moins, de faire de cette structure économique un cadre protecteur pour les droits des salariés des sociétés qui le composent. Sans toutefois le reconnaître comme employeur, le droit du travail considère le groupe de sociétés comme une « entité où pourront s'exercer des droits »⁵⁹³ au profit de ses salariés.

283. Cette conception s'applique essentiellement à responsabiliser le groupe en matière de protection de l'emploi. D'une part, le droit du travail oblige la société employeur à reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé non seulement en son sein, mais également à l'intérieur du groupe auquel elle est rattachée. D'autre part, le droit du travail considère le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise employeur comme un cadre d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique. Les juges n'apprécient pas le caractère réel et sérieux de la cause économique au niveau de l'entreprise employeur qui licencie, mais au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient cette entreprise (Titre I).

284. La responsabilité du groupe est également engagée pendant que les salariés sont mis temporairement à la disposition des sociétés qui le composent. Pendant cette période, le statut des salariés se trouve déstabilisé et une question se pose portant sur la protection des droits de ces salariés, droits individuels et collectifs, attachés à ce statut ? Pour y répondre, le droit du travail prévoit de protéger les droits des salariés dans toutes les étapes de leur mise à disposition : avant son début d'exécution, au cours de celle-ci et à l'issue de la période de mise à disposition (Titre II).

⁵⁹³ M.-A. Moreau, « Le salarié déstabilisé », p. 15, in *Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.

Titre I. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection de l'emploi des salariés.

Titre II. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection des droits des salariés faisant l'objet d'une mise à disposition temporaire.

Titre I. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection de l'emploi des salariés.

285. Le droit du travail réagit de façon pragmatique à l'égard du groupe de sociétés, en particulier au niveau de la protection de l'emploi. En effet, le droit du travail essaye de se servir de l'existence d'un groupe de sociétés pour protéger l'emploi des salariés des sociétés qui le composent. En d'autres termes, le droit veille à ce que cette structure économique soit au service de la protection de l'emploi de ses salariés, et non la cause de la perte de l'emploi.

286. À cet égard, la responsabilité du groupe de sociétés à propos de l'obligation de reclasser les salariés en constitue l'illustration la plus importante. Le droit du travail impose en effet à l'entreprise employeur, avant de licencier tout salarié, de chercher à le reclasser en son sein, voire à l'intérieur du groupe auquel cette entreprise est rattachée. Les recherches de reclassement doivent être effectuées à l'intérieur du groupe pour trouver un emploi au salarié concerné, que ce dernier soit licencié à cause d'une inaptitude physique, soit pour une raison économique (Chapitre II).

287. En matière de licenciement économique, on peut également recourir au groupe pour protéger l'emploi des salariés des sociétés qui le composent. Le droit du travail oblige en effet les juges à analyser le caractère réel et sérieux de la cause invoquée par l'entreprise employeur à l'appui d'un licenciement dans le secteur d'activité du groupe dont relève cette entreprise. Si l'entreprise employeur invoque des difficultés économiques pour justifier un ou plusieurs licenciements, celle-ci doit démontrer, sous le contrôle des juges, que les autres entreprises du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient connaissent elles aussi les mêmes difficultés. Un tel contrôle contribue à protéger l'emploi des salariés dans la mesure où les juges peuvent juger le licenciement dépourvu de cause économique lorsqu'ils constatent que les autres entreprises du secteur d'activité ne rencontrent pas les difficultés économiques invoquées par l'entreprise employeur (Chapitre I).

Chapitre I. Le groupe de sociétés, cadre d'appréciation du motif économique du licenciement.

Chapitre II. Le groupe de sociétés, cadre d'application du droit au reclassement.

Chapitre I. Le groupe de sociétés, cadre d'appréciation du motif économique du licenciement.

288. L'appréciation du motif économique du licenciement au niveau d'un groupe de sociétés et non au niveau de l'entreprise employeur est devenue une réalité depuis le début des années 1980. Par un arrêt rendu le 18 janvier 1980, le Conseil d'État a été le premier à élargir le périmètre d'appréciation du motif économique du licenciement au groupe de sociétés⁵⁹⁴. La chambre sociale de la Cour de cassation s'est alignée par la suite sur cette position, dans un arrêt rendu le 20 février 1991⁵⁹⁵.

Plus précisément, aujourd'hui, les juges examinent le caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement, au niveau du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise employeur (Section II). L'importance de la notion de motif économique exige dans une première étape que nous le qualifions (Section I).

Section I. La notion de motif économique du licenciement.

289. La notion de *motif économique* pose des difficultés en raison du caractère « flou »⁵⁹⁶ de la définition légale du licenciement économique donnée par l'article L.1233-3 du Code du travail, qui ne permet pas de déterminer la signification précise de cette notion⁵⁹⁷. Que faut-il entendre par l'expression *motif économique* ?

Pour appréhender cette notion, nous adoptons l'analyse du professeur Pélissier qui, en se fondant sur l'article L.1233-3 du Code du travail, l'a divisée en deux parties : un motif économique *qualificatif* et un motif économique *justificatif*⁵⁹⁸. Selon cette analyse, le motif économique *qualificatif* permet de qualifier et ranger le licenciement dans la catégorie du

⁵⁹⁴ CE., 18 janvier 1980, *D.*, 1980, juris, p. 259, note A. Lyon-Caen. Cet arrêt fera l'objet d'un développement ultérieur.

⁵⁹⁵ Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n° 86. Cet arrêt fera également l'objet d'un développement ultérieur.

⁵⁹⁶ J. Pélissier, « La cause économique du licenciement », *RJS*, 8-9/92, p. 527.

⁵⁹⁷ L'article L.1233-3 du Code du travail, issu de la loi 2 août 1989, prévoit : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

⁵⁹⁸ J. Pélissier, *op.cit.*, p. 527.

« licenciement pour motif économique » (§I), tandis que le motif économique *justificatif* permet de déterminer si le licenciement est justifié (§II).

§I. La qualification du licenciement pour motif économique.

290. Cette qualification permet de ranger le licenciement dans la catégorie des *licenciements pour motif économique* et de lui appliquer le régime juridique y afférant⁵⁹⁹. En effet, certaines dispositions juridiques ne s'appliquent qu'aux licenciements pour motif économique, comme la consultation des représentants du personnel, l'obligation de proposer un congé de reclassement aux salariés, l'élaboration d'un plan de sauvegarde d'emploi, la priorité de réembauche, l'information de l'administration, etc.⁶⁰⁰

291. Néanmoins, quel est le critère qui permet d'attribuer la qualité d'*économique* à un licenciement ? Le législateur précise ce critère dans la première partie de la définition du licenciement économique énoncée par l'article L.1233-3 du Code du travail, qui oppose le licenciement économique au licenciement pour motif personnel⁶⁰¹. Pour qu'un licenciement soit *économique*, son motif ne doit pas être propre à la personne du salarié, comme le serait un motif disciplinaire, des absences répétées, l'âge, ou encore l'inaptitude physique ou professionnelle⁶⁰², mais lui être extérieur.

292. Concernant la détermination de la nature économique d'un licenciement, en principe, cette détermination ne pose pas des difficultés lorsque le motif économique invoqué à l'appui du licenciement ne présente pas de liens avec une cause de nature personnelle. Ainsi, l'employeur précise, dans la lettre du licenciement, le motif économique (difficultés économiques, réorganisation de l'entreprise, etc.) qui l'oblige à supprimer l'emploi⁶⁰³. Les juges peuvent requalifier le licenciement économique en licenciement pour motif personnel s'ils constatent que le motif réel du licenciement est lié à la personne du salarié⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ J.-P. Laborde, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.*, 1992, p. 774.

⁶⁰¹ Le législateur prévoit que : « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié [...] ».

⁶⁰² J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 493.

⁶⁰³ Suivant l'article L.1232-6 (anc. L.122-14-2) du Code du travail, l'employeur est tenu de mentionner dans la lettre de licenciement le motif économique qui le conduit à licencier le salarié.

⁶⁰⁴ P. Waquet, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.*, 2000, p. 168.

293. Toutefois, qualifier le licenciement apparaît comme une opération difficile lorsque l'employeur invoque, pour justifier le licenciement, une cause de nature économique et une autre inhérente à la personne du salarié. Dans cette hypothèse le licenciement serait-il qualifié d'*économique* ou de *personnel* ?

À titre d'exemple, le licenciement d'un salarié en raison de son incapacité professionnelle à accomplir les nouvelles tâches relatives à l'achat d'un nouveau matériel par l'entreprise en vue de réorganiser son fonctionnement prendra-t-il une nature économique (réorganisation de l'entreprise) ou une nature personnelle (l'inaptitude professionnelle du salarié) ?⁶⁰⁵

Les solutions jurisprudentielles traitant cette question retiennent la cause première et déterminante comme cause du licenciement. Les juges recherchent la véritable cause à l'origine du licenciement. À ce propos, dans un arrêt rendu le 15 octobre 1992, la chambre sociale de la Cour de cassation a qualifié un licenciement d'économique lorsqu'elle a remarqué que la salariée licenciée n'avait pas pu s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à son emploi, à la suite de l'informatisation de l'entreprise⁶⁰⁶.

Dans cette affaire, la haute juridiction a classé le licenciement de la salariée dans la catégorie du licenciement économique lorsqu'elle a constaté que le motif économique (l'informatisation de l'entreprise conçue pour la réorganisation de celle-ci) a été la véritable cause du licenciement et non l'inaptitude professionnelle de cette salariée (l'inadaptation professionnelle au poste réorganisé à la suite de l'informatisation de l'entreprise). La haute juridiction a considéré que le motif économique était décisif pour le prononcé du licenciement et non la cause personnelle qui n'était qu'une cause secondaire.

§ II. La légitimité du licenciement pour motif économique.

294. Après l'étape de la qualification du licenciement économique, les juges examinent la légitimité de ce dernier. En principe, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une

⁶⁰⁵ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op.cité*, p. 497.

⁶⁰⁶ Cass. soc., 15 octobre 1992, *CSBP*, 1992, p. 271.

manière unilatérale et automatique sans qu'une cause réelle et sérieuse soit établie⁶⁰⁷. Au même titre que les autres contrats, le contrat de travail légalement formé est considéré comme une loi pour ses parties cocontractantes et il ne peut être rompu ou modifié que par le consentement mutuel de ces parties ou pour les causes que la loi autorise⁶⁰⁸.

Procéder à un licenciement pour motif économique ne peut pas déroger à ce principe puisque l'employeur ne peut recourir à ce type de licenciement sans établir l'existence d'une cause économique réelle et sérieuse l'obligeant à rompre la relation contractuelle qui le lie au salarié. L'employeur est tenu de justifier l'existence du motif qui rend impossible la conservation de l'emploi du salarié⁶⁰⁹.

295. Pour les juges, le contrôle du caractère réel et sérieux du motif économique constitue le point central du droit du licenciement économique⁶¹⁰. Cependant, la question qui se pose est de savoir sur quels éléments porte ce contrôle. En d'autres termes, quels sont les éléments constitutifs du motif économique qui font qu'un licenciement est légitime ?

La jurisprudence sociale et la doctrine considèrent, en se référant à l'article 1233-3 du Code du travail, que le motif économique se compose de deux éléments liés l'un à l'autre : l'existence d'une situation économique et un effet sur l'emploi (la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci ou une modification du contrat du travail) consécutif à cette situation.

296. La chambre sociale de la Cour de cassation a conçu un système de contrôle qui impose aux juges du fond d'examiner les deux éléments susmentionnés, à savoir le contrôle du caractère réel et sérieux de la situation économique invoquée par l'employeur (I), et le

⁶⁰⁷ Ce principe est une traduction de l'article 1134 du Code civil qui prévoit que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour une cause que la loi autorise ».

⁶⁰⁸ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2011, p. 371 ; Y. Chany, « Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique de la procédure de sauvegarde », *Dr. ouv.*, mai 2008, p. 239.

⁶⁰⁹ À défaut, c'est-à-dire en l'absence d'une telle cause, le licenciement sera qualifié d'« injustifié » ou d'irrégulier » ce qui offrira par conséquent la voie à l'application des sanctions prévues par la loi. S. Koleck-Desautel, « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Lexbase Hebdo*, édition sociale, n° 68 du jeudi 24 avril 2003 ; J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *op.cit.*, p. 468.

⁶¹⁰ J. Pélessier, *op.cit.*, p. 530.

contrôle du caractère réel et sérieux du lien causal entre cette situation économique et l'effet sur l'emploi (II)⁶¹¹.

I. Le contrôle du caractère réel et sérieux de la situation économique invoquée par l'employeur.

297. Deux situations économiques expressément énoncées par l'article L.1233-3 Code du travail peuvent justifier un licenciement économique. Il s'agit des difficultés économiques et des mutations technologiques. Néanmoins, l'utilisation par le législateur de l'adverbe « notamment » dans cet article a conduit la jurisprudence à élargir le cadre des situations qualifiables de situations économiques justifiant la suppression de l'emploi, la transformation de l'emploi, ou la modification du contrat.

Aujourd'hui, les situations économiques pouvant justifier la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat, se divisent en deux groupes : les situations économiques expressément énoncées par le législateur (A), et les situations économiques conçues par la jurisprudence (B).

A. Les situations économiques énoncées explicitement par le législateur.

298. Les situations économiques notifiées par le législateur sont les difficultés économiques (1) et les mutations technologiques (2).

1. Les difficultés économiques.

299. Il est remarquable que l'expression « difficultés économiques » énoncée dans l'article L.1233-3 du Code du travail est utilisée d'une manière générale et sans précision. Cette imprécision pose un problème de qualification aux juges qui se trouvent devant la question

⁶¹¹ J. Pélissier, *op.cit.*, p. 530. Pour P. Waquet, l'impossibilité du reclassement constitue un troisième élément qui s'ajoute aux deux autres. Cet auteur estime que : « la cause économique du licenciement n'est caractérisée que par la réunion de trois conditions : une situation économique, un effet sur l'emploi et un reclassement impossible ». P. Waquet, *op.cit.*, p. 170.

suivante : chaque difficulté économique rencontrée par l'entreprise pourrait-elle être invoquée par l'employeur pour justifier le licenciement ?

300. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans le cadre de sa mission interprétative du droit, a condamné dès le départ « le licenciement d'économie » conçu essentiellement pour améliorer les bénéfices, et l'a considéré comme un licenciement ne reposant pas sur une cause économique⁶¹². La distinction entre les licenciements réalisés par l'entreprise en vue de sauvegarder son activité et ceux procédés seulement pour la réalisation de profits plus importants constituait le critère en vertu duquel les juges ont distingué entre les difficultés économiques justifiant le licenciement et celles qui ne le justifient pas⁶¹³.

La haute juridiction exerce un contrôle rigoureux sur la nature sérieuse des difficultés économiques justifiant le licenciement. Ce contrôle l'a conduit à estimer que la baisse du chiffre d'affaires ne peut pas constituer en principe une difficulté économique suffisante justifiant le licenciement⁶¹⁴. Elle a également annulé un arrêt rendu par la cour d'appel considérant que la baisse des bénéfices constituait un motif légitime de licenciement. Elle a estimé que « ni la réalisation d'un chiffre d'affaire moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisées pendant la même période ne suffisaient à caractériser la réalité des difficultés économiques. »⁶¹⁵ Dans le même sens, la Cour de cassation n'a pas considéré les difficultés technico-environnementales comme des difficultés économiques légitimant les licenciements⁶¹⁶.

⁶¹² Cass. soc., 24 avril 1990, *Bull. civ.*, V, n° 182. La société agricole marnaise d'exploitation (SAME), avait licencié M. Henri Trapo, qui occupait le poste de comptable financier à mi-temps, au motif qu'il coûtait trop cher. La juridiction prud'homale avait jugé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, et avait condamné la société à payer au salarié des dommages et intérêts. La cour d'appel avait adopté le même raisonnement que la juridiction prud'homale, en jugeant que le motif invoqué par la société ne constituait pas un motif licite de licenciement, au vu des profits considérables réalisés par la société. Dans le même sens la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel en estimant que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique.

⁶¹³ P. Waquet, *op.cit.*, p.170.

⁶¹⁴ Cass. Soc., 12 déc1991, *RJS* 2/92, n° 134. Contrairement au jugement de la cour d'appel, la Cour de cassation avait estimé que, la baisse du chiffre d'affaire ne suffisait pas en principe à justifier le licenciement.

⁶¹⁵ Cass. soc., , 6 juillet 1998, *Bull. civ.*, V, n° 369. Il s'agit d'un licenciement décidé par la société SMAF contre le salarié M. Morel qui occupait le poste de comptable. La cour d'appel avait donné raison à la société SMAF en jugeant que la baisse des bénéfices constituait une difficulté économique justifiant le licenciement. La Cour de cassation a considéré au contraire que ni la baisse du chiffre d'affaire, ni la baisse des bénéfices ne pouvaient suffire à justifier le licenciement.

⁶¹⁶ Cass. soc., 7 juillet 1998, *Bull. civ.*, V, n° 369. Pour des raisons technico-environnementales relatives essentiellement à l'urbanisme et à l'approvisionnement en eau, la société Schweppes France, filiale du groupe Cadbury-Schweppes, ne pouvait pas réaliser un projet industriel – la production de la marque Oasis – dans l'usine de Montigny-le-Bretonneux, suite au refus de la municipalité. Cette position de la municipalité avait conduit la société Schweppes France à fermer l'usine de Montigny et par conséquent à licencier des salariés pour

301. En revanche, plusieurs situations ont été reconnues comme des difficultés économiques justifiant le licenciement. À ce propos, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la perte par l'employeur de son unique client constituait une difficulté économique légitimant la suppression du poste du salarié⁶¹⁷. Elle a considéré, en outre, le surendettement bancaire de la société, accompagné d'une baisse de son chiffre d'affaires, comme une difficulté économique permettant la suppression de l'emploi⁶¹⁸.

2. Les mutations technologiques.

302. L'article L.1233-3 du Code du travail prévoit explicitement que les mutations technologiques peuvent constituer une cause économique de suppression ; de transformation de celle-ci ; ou de modification du contrat de travail, même en l'absence de difficultés économiques. Cependant, le salarié refuse souvent d'accepter une transformation de l'emploi ou une modification du contrat du travail à la suite de l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise.

303. La Cour de cassation a confirmé à plusieurs reprises cette position législative. Elle estime que « *l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail.* »⁶¹⁹ Elle a également confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui jugeait comme économique le licenciement de la salariée à la suite de l'évolution de la société qui exigeait de transformer l'emploi de la secrétaire dactylographe en un emploi de

motif économique. En confirmant le jugement de la cour d'appel, la Cour de cassation a estimé que les licenciements décidés ne reposaient pas sur un motif économique en l'absence de toute difficulté économique rencontrée par la société Schweppes France.

⁶¹⁷ Cass. soc., 19 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 1064, p. 727. La Cour de cassation a approuvé le jugement de la cour d'appel décidant que la perte de l'unique client de la société Force Majeure 7 constituait une difficulté économique justifiant le licenciement de la salariée Bizzari.

⁶¹⁸ Cass. soc., 30 sept 1997, *D.*, 1997, IR. 223. La Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel considérant que le surendettement bancaire constant de la société (quatre millions de francs) et la baisse de son chiffre d'affaires constituaient des difficultés économiques justifiant le licenciement.

⁶¹⁹ Cass. soc., 2 juin 1993, *Bull. civ.*, V, n° 155. L'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise a causé le licenciement de la salariée qui ne pouvait s'adapter à sa nouvelle fonction d'« agent de contrôle », alors qu'elle occupait auparavant la fonction d'« agent de fabrication ». La cour d'appel a jugé que le licenciement décidé était dépourvu de cause réelle et sérieuse, au motif que l'entreprise ne connaissait pas de difficultés économiques. La Cour de cassation a estimé au contraire que l'introduction de nouvelles technologies suffisait à justifier la suppression de l'emploi, bien que l'entreprise ne connût pas de difficultés économiques.

secrétaire de direction chargée notamment de la rédaction de devis et du suivi financier des chantiers⁶²⁰.

Dans le même esprit, la Cour de cassation a considéré la mise en œuvre d'un nouveau logiciel informatique comme une mutation technologique légitimant le licenciement de la salariée⁶²¹. Pour la haute juridiction, l'introduction d'une technologie informatique nouvelle pouvait constituer une cause économique de licenciement, alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée⁶²².

304. Cependant, le licenciement économique fondé sur une mutation technologique ne peut être justifié, comme le précise l'article L.1233-4 du Code du travail, que si l'employeur satisfait à son obligation de formation et d'adaptation. L'article L.6321-1 du Code du travail qui explicite cette obligation précise que l'employeur est tenu d'adapter les salariés aux évolutions de leur emploi et de les maintenir dans la capacité à occuper des emplois.

Dés lors, un licenciement décidé à l'égard d'un salarié en raison de son incapacité à s'adapter aux mutations technologiques de l'entreprise pourrait être dépourvu de cause économique s'il s'avère que l'employeur n'a pas effectué les efforts nécessaires pour la formation et l'adaptation dudit salarié à l'évolution de son emploi.

B. Les situations économiques retenues par la chambre sociale de la Cour de cassation.

305. L'adverbe « notamment » employé par le législateur dans l'article L.1233-3 Code du travail a permis à la chambre sociale de la Cour de cassation de considérer certaines situations économiques – autres que les difficultés économiques et les mutations technologiques - comme des situations légitimant la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat du travail. Dans ce cadre, les juges de la Cour de cassation considèrent la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité (1), et la

⁶²⁰ Cass. soc., 9 juillet 1997, *Bull. civ.*, V, n° 262.

⁶²¹ Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43033, inédit.

⁶²² Cass. soc., 9 octobre 2002, n° 00-44069, inédit.

cessation de l'activité de celle-ci (2), comme des situations économiques justifiant le licenciement.

1. La réorganisation de l'entreprise.

306. Les contraintes imposées par l'économie de marché obligent les entreprises à se réorganiser – ou se restructurer – continuellement. La réorganisation de l'entreprise dans ce contexte demeure un moyen de gestion utilisé même en l'absence de difficultés économiques ou financières⁶²³.

307. Sur le plan social, la chambre sociale de la Cour de cassation considère la réorganisation de l'entreprise comme une cause économique permettant à l'employeur de supprimer ou de transformer un emploi, ou de modifier le contrat du travail, en dehors de toute difficulté économique et de toute mutation technologique. Néanmoins, une difficulté se pose concernant les opérations de réorganisation qui peuvent justifier la rupture du contrat de travail ou la modification de celui-ci.

Pour répondre à cette question, la haute juridiction a adopté deux critères. Au début, la Cour de cassation considérait que toute opération de réorganisation décidée dans « l'intérêt de l'entreprise » justifiait la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci ou la modification du contrat de travail. À ce propos, la haute juridiction a donné raison à la cour d'appel de Versailles qui a reconnu le caractère économique d'un licenciement opéré à la suite d'une réorganisation de l'entreprise⁶²⁴. Dans le même esprit, elle a considéré que la modification d'un élément du contrat du travail, imposée à la suite d'une réorganisation de l'entreprise et refusée par le salarié, constituait un licenciement économique⁶²⁵.

⁶²³ A. Degremont, « Le contexte économique des restructurations en Europe : la restructuration permanente », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg 2004, p. 9.

⁶²⁴ Cass. soc., 1 avril 1992, *Bull. civ.*, n° 223. La société Renvall avait proposé à l'ensemble des représentants de commerce dont madame Madrelle une modification de leur contrat portant essentiellement sur leur rémunération. En refusant cette modification, la salariée Madrelle avait été considérée comme démissionnaire. Elle a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir des dommages et intérêts, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel de Versailles a adopté une position contraire à celle que souhaitait la salariée, en jugeant que la modification du contrat ait été décidée en vue d'assurer un bon fonctionnement de l'entreprise. La Cour de cassation a confirmé ce raisonnement de la cour d'appel.

⁶²⁵ Cass. soc., 8 juin 1994, *Bull. civ.*, V, n° 193. À la suite de difficultés financières, l'employeur était contraint d'affecter M. Grimaldi à un autre poste de travail et avec de nouvelles conditions de rémunérations. La saisine par le salarié du conseil de prud'hommes pour contester sa nouvelle situation de travail avait conduit

308. Par la suite, il s'est avéré que la notion de l'intérêt de l'entreprise ne constituait pas un critère de contrôle efficace, capable de déterminer d'une manière précise les opérations de réorganisation qui pouvaient légitimer la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, et la modification du contrat de travail⁶²⁶. En effet, les employeurs, en se fondant sur le caractère vague de cette notion, peuvent avancer que les opérations de réorganisation qu'ils effectuent et qui sont accompagnées de licenciements, ont pour objectif l'intérêt de l'entreprise⁶²⁷.

L'inefficacité du critère de l'intérêt de l'entreprise, en raison de sa nature vague, a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à adopter le critère de « sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » considéré comme plus précis. La haute juridiction voit que la réorganisation de l'entreprise ne peut justifier la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat de travail, que si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de celle-ci⁶²⁸. En ce sens, la Cour de cassation a énoncé que les modifications des horaires de travail ne pouvaient constituer une cause économique que si elles étaient indispensables au maintien de la compétitivité de l'entreprise⁶²⁹.

309. La jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation autorise toujours les entreprises, même si elles ne connaissent pas de difficultés économiques, à procéder à des licenciements économiques ou à modifier les contrats de travail lorsque la sauvegarde de leur compétitivité est menacée. Cependant, en contrepartie de cette

l'employeur à le licencier. Le salarié avait formé des demandes en dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel a reconnu la qualité économique de ce licenciement, en jugeant que la modification des nouvelles conditions de rémunérations avait été décidée pour pouvoir maintenir l'équilibre financier de l'entreprise. La même solution a été adoptée par la Cour de cassation, qui a estimé que la modification avait été imposée par la réorganisation de l'entreprise.

⁶²⁶ M. Henry, « La notion de motif économique », *Dr. soc.*, 1995, p. 557.

⁶²⁷ A. Philbert, « Le droit prétorien du licenciement économique », *Dr. soc.*, 1998, p. 37.

⁶²⁸ P. Bailly, « L'actualisation jurisprudentielle des restructurations », *SSL*, 2007, n° 1326, p.6.

⁶²⁹ Cass. soc., 2 octobre 1997, pourvoi n° 94-45.274, *JSL*, 1997, n° 1, p. 7, note de M. C-Haller. Afin de satisfaire les exigences des clients et dans le souci d'un meilleur rendement, la société Deslandes et Thurier a modifié les horaires de travail des salariés affectés au service de l'administration. En refusant cette modification, la salariée M. Chambon a été licenciée pour motif économique. La cour d'appel d'Orléans n'a pas jugé son licenciement comme économique parce que les modifications des horaires « n'étaient pas indispensables au maintien de la compétitivité de l'entreprise ». Bien que la société Deslandes et Thurier ait essayé d'interpréter l'adverbe « notamment » en sa faveur, en prétendant que la réorganisation de l'entreprise lui imposait de supprimer l'emploi, de transformer celle-ci, ou de modifier les clauses contractuelles, la Cour de cassation n'a pas accueilli son recours en confirmant le raisonnement de la cour d'appel.

autorisation, la haute juridiction précise que ces entreprises doivent prouver que la sauvegarde de leur compétitivité est réellement menacée⁶³⁰.

À travers cette restriction, la Cour de cassation s'assure que les licenciements ou les modifications des contrats de travail décidés par les entreprises répondent effectivement au souci de la sauvegarde de leur compétitivité et qu'elles ne visent pas à réduire le coût du travail et, en général, à augmenter les profits.

À ce propos, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier jugeant que la diminution de la marge salariale n'était pas une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise⁶³¹. En revanche, la Cour de cassation a considéré le projet de réorganisation du secteur commercial opéré par la société Les Pages Jaunes et qui entraînait la modification des contrats de travail, comme nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de cette société⁶³².

2. La cessation d'activité de l'entreprise.

310. La cessation d'activité de l'entreprise n'est pas citée par l'article L.1233-3 du Code du travail comme une situation pouvant justifier un licenciement économique. Toutefois, l'accroissement des cessations d'activité a amené la jurisprudence à les retenir parmi les faits pouvant légitimer les licenciements économiques.

Cette jurisprudence remonte à l'arrêt Brinon, rendu le 31 mai 1956, et dans lequel la chambre sociale a précisé clairement que l'employeur peut procéder à des licenciements économiques lorsque ce dernier cesse d'exploiter son entreprise⁶³³. La liberté d'entreprendre

⁶³⁰ P. Lokiec, *Droit du travail, Tome I : Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011, p. 259 ; M. Henry, *op. cit.*, p. 557.

⁶³¹ Cass. soc., 9 décembre 2003, *Dr. soc.*, 2004, p. 210, note Ph. Waquet.

⁶³² Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-46201, publié au Bulletin. Afin de sauvegarder sa compétitivité la société Les Pages Jaunes a modifié les contrats de travail de 930 conseillers commerciaux à la suite d'un projet de réorganisation de son secteur commercial. Certains salariés ont contesté le caractère réel et sérieux de leur licenciement, après avoir refusé la modification de leur contrat de travail, portant essentiellement sur leur condition de rémunération. La cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, n'a pas donné raison aux salariés en considérant que la modification de leur contrat de travail était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de leur employeur (la société les Pages Jaunes), et ont légitimé leur licenciement.

⁶³³ Cass. soc., 31 mai 1956, *Bull. civ.*, V, n° 499. Le salarié Brinon a intenté une action en justice contre son employeur qui avait fait faillite. Les juges du fond ont donné raison au salarié et ont reconnu son droit aux dommages et intérêts. La Cour de cassation n'a pas accepté cette solution en considérant que : « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seule juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation

justifie cette position jurisprudentielle, puisqu'elle permet « aux agents économiques non seulement d'entreprendre une activité économique mais aussi d'y mettre fin. »⁶³⁴.

311. L'employeur peut donc licencier son personnel lorsqu'il cesse son activité, sans établir d'autres causes pour justifier ce licenciement⁶³⁵. En d'autres termes, l'employeur n'est pas tenu d'établir que la cessation de l'activité de son entreprise est due à des difficultés économiques, des mutations technologiques, ou à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise⁶³⁶.

Cette conception adoptée dans l'arrêt Brinon, considérant la cessation d'activité de l'entreprise comme cause légitime de licenciement, a été redéfinie par la Cour de cassation. En effet, depuis le début des années 2000, la Cour de cassation refuse de qualifier une cessation d'activité comme cause licite de licenciement lorsque cette cessation est due à une faute ou à une légèreté blâmable de l'employeur⁶³⁷, et lorsqu'elle procède d'une fraude⁶³⁸.

Également, dans le cadre de cette redéfinition, la haute juridiction retient qu'une cessation totale de l'activité seule peut justifier le licenciement économique. Elle a précisé que : « *seule une cessation complète de l'activité de l'employeur ne peut constituer en elle-même une cause économique de licenciement, quand elle n'est pas due à une faute ou à une légèreté économique blâmable qu'en cas de difficultés économiques, de mutation technologique ou de réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.* »⁶³⁹.

et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de l'emploi ».

⁶³⁴ Cass. soc., 18 janvier 2011, *SSL* (supplément), 2011, n° 1504, p. 27, note P. Bailly.

⁶³⁵ P. Bailly, « Actualités des licenciements économiques », *SSL*, 2011, n° 1504, p. 6.

⁶³⁶ Cass. soc., 18 janvier 2011, *SSL* (supplément), 2011, n° 1504, p. 30, note P. Bailly.

⁶³⁷ La Cour de cassation précise, dans un arrêt rendu le 16 janvier 2001 que : « la cessation d'activité de l'entreprise quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue un motif économique de licenciement ». Cass. soc., 16 janvier 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 413, note de J. Savatier. Le salarié M. Morvan qui travaillait comme garçon de café dans un restaurant détenu par la société Le royal Printemps a été licencié pour motif économique. Le licenciement a été décidé en raison du non-renouvellement du bail commercial consenti par le propriétaire des locaux à la société, ce qui a entraîné la cessation de son activité. La Cour de cassation a confirmé le jugement de la cour d'appel qui reconnaissait le caractère économique du licenciement, au motif que d'une part, la cessation de l'activité de l'entreprise n'était pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, et d'autre part, que l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article L.1233-2 du Code du travail n'étant pas limitative.

⁶³⁸ Cass. soc., 28 février 2006, *Bull. civ.*, V, n° 89.

⁶³⁹ Cass. soc., 10 octobre 2006, *RJS* 12/2006, n° 1250.

II. Le contrôle du caractère réel et sérieux du lien causal entre la situation économique invoquée et l'effet sur l'emploi.

312. L'existence d'une situation économique difficile alléguée par l'employeur (difficultés économiques, mutation technologique, réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, et cessation d'activité de celle-ci) ne peut justifier, à elle seule, l'effet sur l'emploi (la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat de travail).

313. L'employeur est également tenu de prouver, sous le contrôle des juges du fond, l'existence d'un lien causal entre cette situation économique et l'effet sur l'emploi. À titre d'exemple, l'employeur établit que c'est la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité qui l'a obligé à recourir à des licenciements, ou à des modifications affectant des éléments essentiels de certains contrats de travail.

Le contrôle exercé par les juges du fond du caractère réel et sérieux de ce lien causal permet de fixer des limites au pouvoir de direction de l'employeur⁶⁴⁰. Ce dernier ne peut se permettre de supprimer ou transformer un emploi, ni de modifier un contrat de travail, sans établir que ces modifications sont exigées par un fait de nature économique, comme la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité.

314. Ce contrôle permet aux juges de s'assurer que la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat de travail ne résultent pas d'un détournement de pouvoir ou d'une légèreté blâmable de l'employeur⁶⁴¹. À ce propos, la chambre sociale de la Cour de cassation a qualifié le licenciement d'un salarié comme sans cause réelle et sérieuse lorsqu'elle a remarqué que les difficultés économiques invoquées par l'employeur existaient déjà au moment où ce salarié avait été embauché⁶⁴². Dans le même esprit, la haute juridiction a nié le caractère réel et sérieux du licenciement résultant de la

⁶⁴⁰ J. Péliissier, *op. cit.*, p. 532.

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² Cass. soc., 26 février 1992, *RJS*, 4/92, n° 422. La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé : « Fait preuve de légèreté blâmable l'employeur embauchant un salarié en vertu d'un contrat d'adaptation assorti d'une formation de douze mois, dès lors qu'il connaissait la situation obérée de son entreprise au moment de cet engagement. Le licenciement économique de l'intéressé prononcé dans ces conditions est sans cause réelle et sérieuse ».

suppression de l'emploi du fait de la proposition faite par l'employeur au salarié de rester à son service jusqu'à une date postérieure à l'engagement de sa procédure de licenciement⁶⁴³.

En outre, la Cour de cassation n'accorde pas la qualité d'économique à un licenciement décidé suite aux difficultés économiques causées par l'employeur. En ce sens, elle a considéré comme sans cause économique le licenciement opéré par un employeur qui s'est laissé dépouiller par complaisance d'une partie importante de son patrimoine, fait qui a contribué à la situation ayant rendu nécessaire le licenciement⁶⁴⁴. Le licenciement perd également son caractère économique lorsque l'employeur embauche un salarié pour occuper l'emploi d'un salarié licencié. La Cour de cassation a jugé le licenciement d'une salariée sans cause économique, au motif que peu après son licenciement l'employeur avait embauché une autre salariée pour occuper un poste similaire⁶⁴⁵.

Section II. La reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre d'appréciation des difficultés économiques.

315. Aujourd'hui, le groupe de sociétés est le véritable cadre d'examen de la situation économique justifiant le licenciement économique. Les juges sont tenus d'apprécier le caractère réel et sérieux de cette situation dans le cadre du groupe et non dans le cadre de la société qui opère le licenciement économique.

Néanmoins, cette nouvelle conception a connu une redéfinition par la chambre sociale de la Cour de cassation. Si, à l'origine, l'appréciation des difficultés économiques s'opérait au

⁶⁴³ Cass. soc., 17 mars 1998, *Bull. civ.*, V, n° 145. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait jugé le licenciement de M. Maouchi sans cause réelle et sérieuse, au motif que la société Astor lui avait demandé de rester à son travail jusqu'à une date postérieure à l'engagement de sa procédure de licenciement. En effet, la société avait demandé au salarié de rester jusqu'au 14 juillet 1993, alors que la procédure avait été engagée le 23 février 1993. Cette sollicitation a amené la cour d'appel à juger que la société reconnaissant qu'elle pouvait garder le salarié à son service à la date du licenciement et même après le terme du préavis, les difficultés économiques alléguées n'imposaient pas la suppression de l'emploi.

⁶⁴⁴ Cass. soc., 9 octobre 1991, *RJS*, 11/91, n° 1194.

⁶⁴⁵ Cass. soc., 22 février 1995, *Bull. civ.*, V, n° 67. La salariée M. Lafleur qui travaillait dans la clinique du château du Garches comme femme de chambre a été licenciée pour motif économique. La Cour de cassation a confirmé le jugement de la cour d'appel jugeant ce licenciement sans cause réelle et sérieuse, dans la mesure où la société RTM avait recruté une salariée pour occuper le même poste que M. Lafleur peu après son licenciement.

niveau de l'ensemble des sociétés composant le groupe (§I), cette appréciation s'effectue actuellement au niveau du secteur d'activité du groupe dont relève la société employeur (§II).

§I. L'appréciation des difficultés économiques dans l'ensemble des sociétés composant un groupe.

316. Le Conseil d'État a été le premier à juger que l'appréciation du caractère réel et sérieux du licenciement devait s'opérer au niveau du groupe de sociétés et non au niveau de la société employeur⁶⁴⁶. Par un arrêt rendu le 18 janvier 1980, la haute juridiction administrative a décidé que la décision de l'administration n'examinant pas la réalité des motifs invoqués pour justifier les licenciements dans l'ensemble des sociétés du même groupe était entachée d'une erreur de droit⁶⁴⁷.

Depuis cette date, l'autorité administrative et les tribunaux administratifs sont tenus, lorsqu'ils apprécient la réalité du motif économique du licenciement d'un salarié protégé, de vérifier la situation économique alléguée pour la justification du licenciement dans l'ensemble des sociétés du groupe⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ En droit français, le licenciement du salarié protégé (les représentants des travailleurs : le délégué du personnel, le membre du comité d'entreprise, le délégué syndical, le membre du CHSCT, etc.) nécessite l'obtention par l'employeur d'une autorisation administrative soumise au contrôle du juge administratif. Ce régime exceptionnel a pour objectif la protection du salarié contre tout licenciement décidé par l'employeur et qui est en rapport avec les fonctions représentatives du salarié. H. Rose et Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, *Economica*, 2011, p. 1 et 2.

⁶⁴⁷ CE., 18 janvier 1980, *D.*, 1980, p. 259, note A. Lyon-Caen ; P. Dondoux, « la notion d'entreprise et le droit des licenciements pour cause économique », *Dr. soc.*, 1980, p. 322. Cette affaire avait opposé le ministre du Travail à la fédération des cadres de la chimie et des industries annexes, Mme Fournier et M. Courtial. Dans son arrêt, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé, à la demande de la fédération des cadres de la chimie et des industries annexes, Mme Fournier et M. Courtial, l'autorisation du directeur du travail et de la main-d'œuvre du Puy-de-Dôme de licencier pour cause économique 21 salariés de deux entreprises ayant un comité d'entreprise en commun (la société Ferlux (chimie) SA et la société Ferlux labo. La demande du ministre du travail, par voie de recours tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif, n'aboutit à rien. Puisque, le Conseil d'État a rejeté ce recours en décidant que sa décision avait été fondée exclusivement sur « la situation des deux sociétés alors qu'il existe d'autres sociétés dans le même groupe », à savoir la société Biophysic médical et la société Thérapeutique et application, dite Thea. Faute de n'avoir pas pris en considération la situation de l'ensemble des sociétés incluses dans le groupe Ferlux, le Conseil d'État a considéré que la décision du ministre du travail avait été entachée d'une erreur de droit qui entraînait l'annulation de sa décision.

⁶⁴⁸ Conseil d'État, 26 avril 1985, *AJDA*, 1985, jurisprudence, p. 455. La société Dragage du Nord et d'autres sociétés ayant leur siège social en France étaient affiliées au groupe H. A. M. (*Hollandsche Aaneming Maatschappij BV*). À la suite de difficultés économiques, la société Dragage avait sollicité une autorisation administrative pour pouvoir licencier M. Rarchaert pour motif économique. Cette demande a été initialement rejetée par l'inspecteur du travail et par la suite acceptée par le ministre du travail. La décision de ce dernier avait ensuite été annulée par le tribunal administratif. Le Conseil d'État a annulé ce jugement après avoir constaté que les sociétés du groupe H. A. M. situées en France rencontraient réellement des difficultés économiques. Le

317. Concernant la conception de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'égard de la prise en considération du groupe dans l'appréciation des difficultés économiques, il faut rappeler que, jusqu'au début des années 1990, la haute juridiction limitait l'analyse du licenciement pour motif économique aux parties au contrat, à savoir le salarié et la société qui l'a embauché. Un arrêt rendu le 22 novembre 1978 illustre bien cette tendance puisque la Cour de cassation avait énoncé que le caractère réel et sérieux du licenciement ne pouvait s'apprécier que « dans les rapports de l'employeur et du salarié. »⁶⁴⁹

L'attachement de la Cour de cassation au principe de l'autonomie de la personne morale et au principe de la relativité des conventions justifiait cette conception restrictive écartant le groupe du cadre d'appréciation des difficultés économiques invoquées pour la justification du licenciement⁶⁵⁰. Suivant cette conception initiale, le champ d'application de l'appréciation du licenciement économique ne pouvait être étendu aux autres sociétés composant le groupe.

318. La Cour de cassation n'a reconnu le groupe de sociétés comme cadre d'appréciation des difficultés économiques qu'au début des années 1990. Dans un arrêt rendu le 20 février 1991, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « la réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée. »⁶⁵¹ Depuis ce moment, le

Conseil d'État n'a en revanche pas pris en considération la situation des sociétés de ce groupe situées à l'étranger.

⁶⁴⁹ Cass. soc., 22 novembre 1978, *Bull. civ.*, V, 1978, n° 785, p. 592. Société Sablières du Pont de Gagnac/Hamadi. La Société Sablière du Pont de Gagnac avait licencié le salarié Hamadi conducteur d'engins, en raison d'un ralentissement de son activité. La cour d'appel a jugé que, puisque les sociétés du groupe, à savoir la société Malet, la société Béton-Chantiers et la société Sablières du Pont de Gagnac, constituaient « un ensemble social et économique assimilable à une seule entreprise », le salarié Hamadi aurait pu être reclassé dans la société Malet. La cour d'appel avait relevé que celle-ci avait demandé tout au long de la procédure de licenciement des chauffeurs de poids lourds sur camions-benne, travail que Hamadi pouvait accomplir. La Cour de cassation a cassé et annulé le raisonnement de la cour d'appel, en estimant d'une part, que le bien fondé du licenciement économique « ne [pouvait] s'apprécier que dans les rapports de l'employeur et du salarié », et d'autre part, que le reclassement du salarié intéressé ne [pouvait] être appliqué que dans le cadre de la société qui l'a embauché.

⁶⁵⁰ Q. Urban, « Le licenciement pour motif économique et le groupe », *Dr. soc.*, 1993, p. 272.

⁶⁵¹ Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n° 86. Le salarié Daunas était employé par la société Orlandini propriétaire de la station-service Le Carburiche. Cette station-service avait été louée à la société Total qui l'avait elle-même sous-louée à la société SNC Phocedis et Cie. Cette dernière avait embauché le salarié Daunas en qualité de manager-cadre détaché à la gestion de la station-service Le Carburiche. Par la suite, la société SNC Phocedis et Cie a renoncé à la sous-location dont elle était titulaire et a licencié le salarié Daunas. Ce dernier a alors demandé des dommages et intérêts au motif que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse. Pour débouter le salarié de sa demande, la cour d'appel a jugé qu'aucun document n'établissait que la société Phocedis aurait pu reclasser l'intéressé parmi son personnel. La Cour de cassation a constaté que la cour d'appel n'avait pas recherché si le salarié avait pu être reclassé dans l'une des sociétés du groupe auquel appartient la société SNC Phocedis. Pour cette raison, elle a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel en jugeant que « la

groupe devient le véritable cadre d'examen de la nature effective des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique.

319. Apprécier les difficultés économiques au niveau d'un groupe de sociétés signifie que les difficultés économiques alléguées par l'entreprise employeur ne peuvent justifier, à elles seules, la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat de travail. Pour pouvoir légitimer le licenciement, l'entreprise employeur doit établir, sous le contrôle des juges du fond, que les autres sociétés du groupe auquel elle est rattachée connaissent elles aussi des difficultés économiques.

320. Cette prise en considération du groupe dans le traitement du bien fondé des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement nous amène à nous interroger sur les considérations qui ont conduit le Conseil d'État (arrêt du 18 janvier 1980) et la chambre sociale de la Cour de cassation (arrêt du 20 février 1991) à adopter cette position. En effet, pourquoi les deux hautes juridictions se sont-elles référées au groupe pour examiner le caractère effectif des difficultés économiques alléguées à l'appui d'un licenciement ?

Nous estimons que le Conseil d'État et la chambre sociale de la Cour de cassation sont partis du postulat que l'appréciation des difficultés économiques dans le cadre du groupe contribuait à la protection de l'emploi. Car, comparer la situation économique des autres entreprises composant le groupe avec celle de l'entreprise employeur qui licencie permet d'examiner le caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées par cette dernière. Une telle comparaison permet aux juges de contester le bien fondé du licenciement décidé et de le juger sans cause économique lorsqu'ils constatent que l'entreprise employeur ne démontre pas que les autres sociétés du groupe dont elle relève rencontrent elles aussi des difficultés économiques. Le Conseil d'État et la chambre sociale de la Cour de cassation voulaient affirmer, à travers les deux arrêts susmentionnés, qu'il est inadmissible d'attribuer la qualité d'*économique* à un ou des licenciements décidés par une société qui invoque des difficultés économiques sans que ces dernières soient caractérisées à l'égard des autres sociétés composant le groupe.

réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée ».

Certes, prendre en considération le groupe pour analyser le bien fondé du motif économique présente des garanties aux salariés concernés par les licenciements, dans la mesure où ceux-ci peuvent être annulés chaque fois que les juges constatent que les difficultés économiques alléguées par l'entreprise employeur n'existent pas au niveau des autres sociétés composant le groupe.

321. Néanmoins, il s'est avéré que traiter du caractère effectif des difficultés économiques dans l'ensemble des sociétés du groupe pouvait être une opération difficile en raison de la grandeur et de la diversité des activités économiques de ladite structure économique. C'est pour cette raison que tant la chambre sociale de la Cour de cassation que le Conseil d'État se sont référés au concept du secteur d'activité du groupe, considéré comme plus restreint et plus efficace pour appréhender le caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées pour justifier le licenciement.

§II. La notion de secteur d'activité : une redéfinition de la jurisprudence pour apprécier le caractère effectif de la cause justifiant le licenciement économique.

322. La difficulté à apprécier la nature effective de la cause – essentiellement les difficultés économiques et la réorganisation de l'entreprise – invoquée pour justifier un licenciement économique dans l'ensemble des sociétés composant un groupe a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à adopter une nouvelle notion, le *secteur d'activité*.

Depuis cette évolution de la jurisprudence, le *secteur d'activité* du groupe dont relève l'entreprise qui licencie constitue le cadre d'appréciation du caractère réel et sérieux de la cause alléguée pour la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat du travail (I). Cette notion a été retenue pour que l'élément de cause soit examiné d'une manière rationnelle et objective. Cependant, faute d'une définition précise, les juges rencontrent des difficultés à déterminer la notion de *secteur d'activité* (II).

I. L'adoption de la notion de secteur d'activité.

323. La notion de *secteur d'activité*, qui a été affirmée par deux arrêts du 5 avril 1995 (A), prend en considération toutes les entreprises du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise qui licencie, même celles situées à l'étranger, pour apprécier le caractère effectif de l'élément causal invoqué pour justifier le licenciement (B).

A. Affirmation de la notion de secteur d'activité : l'apport des arrêts du 5 avril 1995.

324. Deux solutions essentielles ont été exprimées par les deux arrêts du 5 avril 1995 rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation⁶⁵². Premièrement, le *secteur d'activité* devient le cadre d'appréciation du caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique (1). Deuxièmement, la réorganisation d'une entreprise, conçue pour sauvegarder la compétitivité du *secteur d'activité* du groupe auquel elle appartient peut justifier les licenciements économiques (2).

1. Le secteur d'activité, périmètre d'appréciation du caractère effectif des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique.

325. La question de droit posée dans le deuxième arrêt du 5 avril 1995⁶⁵³ était de savoir si les difficultés économiques rencontrées par une entreprise pouvaient justifier des licenciements économiques, alors que le groupe auquel appartenait cette entreprise était prospère. Pour répondre à cette question, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé clairement que « les difficultés économiques [devaient] être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée. »⁶⁵⁴

⁶⁵² Société Thomson Tubes et Displays c/ Steenhoute et autres, et sociétés T. R. W. REPA c/ Mabon et autres. *Bull. civ.*, V, n° 123, 5 avril 1995.

⁶⁵³ Cass. soc., 5 avril 1995, *Bull. civ.*, V, 1995, n° 123. Société TRW REPA c/ Mme Mabon et autres.

⁶⁵⁴ À la suite de difficultés économiques, la société TRW REPA avait proposé au personnel de réduire leur salaire et de renoncer à certaines primes et avantages institués par des usages. Les salariés qui ont refusé ces modifications ont été licenciés. La cour d'appel d'Angers a dénié tout caractère économique à ces licenciements, au motif que le groupe auquel appartenait la société TRW REPA était économiquement prospère. Elle a également ajouté que la baisse de rémunération sollicitée et les licenciements corrélatifs étaient des décisions prises au niveau du groupe et ne correspondaient pas à la société TRW REPA. La chambre sociale de la Cour de cassation a annulé ce raisonnement de la cour d'appel, en jugeant que les difficultés économiques devaient être appréciées au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartenait la société TRW REPA.

326. Apprécier les difficultés économiques au niveau du *secteur d'activité* du groupe dont relève l'entreprise qui licencie devient un principe de raisonnement pour la haute juridiction judiciaire depuis de l'arrêt du 5 avril 1995. Dans cet esprit, la Cour de cassation a réaffirmé dans un arrêt que « les difficultés invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise. »⁶⁵⁵

Cette évolution retient que les difficultés économiques invoquées par une entreprise pour justifier un ou des licenciements ne doivent pas être examinées dans l'ensemble du groupe, mais dans le cadre du *secteur d'activité* du groupe dont relève cette entreprise. En d'autres termes, les difficultés rencontrées par une entreprise ne peuvent justifier un ou des licenciements économiques que s'il est établi que le secteur d'activité du groupe auquel appartient cette entreprise connaît les mêmes difficultés⁶⁵⁶.

327. Toutefois, et d'une manière inverse, les juges peuvent rencontrer une difficulté de qualification lorsque l'entreprise qui licencie ne connaît pas de difficultés économiques alors que le *secteur d'activité* du groupe dont elle relève en connaît. La question qui se pose dans ce cas est de savoir si les juges peuvent qualifier un licenciement d'économique lorsqu'ils constatent que l'entreprise qui le décide obtient des résultats bénéficiaires alors que le secteur d'activité du groupe dont elle relève connaît de réelles difficultés économiques. Cette difficulté peut conduire les juges à suivre trois voies : soit ils privilégient le niveau de l'entreprise qui licencie, soit celui du secteur d'activité, soit ils prennent en considération les deux niveaux pour apprécier le caractère effectif des difficultés économiques.

⁶⁵⁵ Cass. 12 juin 2001, *Bull. civ.*, V, n° 214, société Sprague France c/ Beauvais et autres. La société Sprague France filiale de la société Vishay Intertechnology dont le siège se situe aux États-Unis. Cette société dont l'activité portait sur la production et la commercialisation de condensateurs au tantale, ou d'anodes, a licencié pour motif économique 225 salariés. Elle a justifié le recours à ces licenciements par la baisse importante des prix de vente. Néanmoins, le caractère réel et sérieux de ces licenciements a été contesté par plusieurs salariés. La cour d'appel a jugé que ces licenciements n'avaient pas de cause économique réelle et sérieuse, en estimant « qu'il n'était pas établi, tant au niveau du secteur des composants électroniques dont relève la société Sprague France, qu'à celui plus réduit des seuls condensateurs au tantale, que des difficultés économiques affectaient le groupe Vishay, dont la situation financière était au contraire excellente ». Ce raisonnement a été approuvé par la Cour de cassation, qui a jugé que les difficultés économiques devaient être examinées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartenait la société Sprague France.

⁶⁵⁶ K. Adom, « Problématiques des nouvelles orientations sur le licenciement économique dans les groupes de sociétés », *LPA*, 1995, n° 105, p. 11 ; J.-Yves Frouin, « Notion de secteur d'activité et obligation de reclassement en matière de licenciement économique », *RDT*, mai 2009, p. 307.

Dans un arrêt rendu le 28 novembre 2007, la Cour de cassation a préféré le niveau du secteur d'activité puisque, après avoir rappelé que les difficultés économiques s'appréciaient « au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise qui licencie », elle a affirmé sans ambiguïté que la cour d'appel « n'avait pas à rechercher si les résultats de la société étaient bénéficiaires. »⁶⁵⁷

328. Cette solution nous paraît injustifiée car nous estimons contestable de reconnaître le caractère économique d'un licenciement décidé par une entreprise en bonne santé économique et financière au motif que le secteur d'activité auquel est rattachée cette entreprise rencontre des difficultés économiques. Une telle solution peut encourager les entreprises à procéder à des licenciements, ou au moins à des modifications affectant les éléments essentiels des contrats de travail, même si elles engrangent des résultats bénéficiaires.

Nous pensons que l'appréciation du caractère effectif des difficultés économiques, au niveau du secteur d'activité, doit être écartée à partir du moment où les juges constatent que l'entreprise employeur concernée par le ou les licenciements enregistre des résultats bénéficiaires. L'entreprise employeur ne rencontre pas, dans ce cas, de difficultés économiques nécessitant la suppression de l'emploi – ou au moins la modification des contrats de travail –, et nous considérons que le fait de se référer aux difficultés économiques présentes au niveau du secteur d'activité pour justifier cette suppression comme injuste pour les salariés.

⁶⁵⁷ Cass. soc., 28 novembre 2007, *JPC, E*, 8 mai 2008, n° 19, p. 47S, note Béal et A. Ferreira. Un licenciement collectif pour motif économique a été procédé par la société Ensival-Moret France. Pour cette société, des difficultés économiques rencontrées par la filiale belge justifiaient le recours à ce licenciement. La société Française a établi que la filiale belge a retiré le droit qu'elle lui avait accordé d'utiliser ses plans et modèles pour la production de pompes industrielles et de pièces. Cette décision lui a causé la suppression d'une de ses activités, et lui a obligé par conséquent de réaliser un licenciement collectif. Les salariés licenciés ont contesté le caractère sérieux de ce licenciement en affirmant que la société Ensival-Moret France ne connaissait pas des difficultés économiques, bien au contraire, ses résultats étaient bénéficiaires. Le Conseil de prud'homme de Tours a donné raison aux salariés en jugeant que les difficultés économiques susceptibles de justifier le licenciement économique doivent exister à deux niveaux : celui de la société qui licencie et celui du secteur d'activité du groupe auquel appartient cette société. Ce jugement a été rejeté par la cour d'appel d'Orléans qui après avoir rappelé que les difficultés économiques doivent être examinées au niveau du secteur d'activité du groupe dont relève la société qui licencie, elle a constaté que le secteur d'activité du groupe auquel appartient la société Ensival-Moret France connaissait de graves difficultés, notamment la filiale belge, et par conséquent elle a jugé que le licenciement collectif était bien économique. Le raisonnement de la cour d'appel a été approuvé par la Cour de cassation qui a affirmé que l'existence de difficultés économiques au niveau du secteur d'activité justifiait le licenciement bien que la société qui licencie réalise de résultats bénéficiaires.

329. Les arrêts récents rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation s'attachent toujours au périmètre du secteur d'activité pour examiner le caractère réel et sérieux des difficultés économiques. À ce propos, dans un arrêt rendu le 26 juin 2012, la Cour de cassation a cassé un arrêt rendu par la cour d'appel de Poitiers qui ne s'intéressait qu'aux difficultés économiques de la société employeur, appartenant au département pièces de carrosserie, sans prendre en considération la situation économique du secteur d'activité automobile auquel appartenait cette société⁶⁵⁸.

S'alignant sur la position de la Cour de cassation, le Conseil d'État a adopté à son tour le secteur d'activité comme nouveau périmètre d'appréciation du caractère effectif des difficultés économiques alléguées à l'appui d'un licenciement économique. L'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation du licenciement du salarié protégé est tenue, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de respecter ce nouveau périmètre lorsqu'elle examine le caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées pour un licenciement.

Des arrêts rendus par la haute juridiction administrative reprennent clairement cette conception. Ainsi, il a été arrêté, le 8 juillet 2002, que : « pour apprécier la réalité des motifs économiques allégués à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé présentée par une société qui fait partie d'un groupe, l'autorité administrative ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de l'entreprise demanderesse, mais est tenue, dans le cas où la société intéressée relève d'un groupe dont la société mère a son siège à l'étranger, de faire porter son examen sur la situation économique de l'ensemble des sociétés du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité que la société en cause. »⁶⁵⁹

Cette solution a été confirmée par le Conseil d'État dans un autre arrêt rendu le 16 décembre 2009 en utilisant la même formulation : « Pour apprécier la réalité des motifs

⁶⁵⁸ Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13736, publié au Bulletin. Un salarié a été licencié par la société Hutchinson au sein du département pièces de carrosserie implanté sur le site d'Ingrandes-sur-Vienne. La cour d'appel de Poitiers a reconnu la qualité économique de ce licenciement. Elle a considéré que le département pièces de carrosserie, investi par le seul site d'Ingrandes-sur-Vienne, constituait un secteur d'activité spécifique, au niveau duquel doivent être appréciées les difficultés économiques. La cour d'appel a relevé que la société Hutchinson, spécialisée dans la carrosserie automobile, était un secteur d'activité autonome au seul motif qu'il poursuivait « sa logique propre, son développement, ses contraintes ». La Cour de Cassation a annulé cette analyse en précisant que la spécialisation de l'établissement ne suffisait pas à l'exclusion du secteur d'activité « automobile » du groupe auquel la société Hutchinson appartient.

⁶⁵⁹ CE, 8 juillet 2002, n° 226471, F. C, « Cadre d'appréciation du motif économique-groupe international », *SSL*, 7 octobre 2002, n° 1092, p.11.

économiques alléguées à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé présentée par une société qui fait partie d'un groupe, l'autorité administrative ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de l'entreprise demanderesse, mais est tenue, dans le cas où la société mère a son siège à l'étranger, de faire porter son examen sur la situation économique dans l'ensemble des sociétés du groupe intervenant dans le même secteur d'activité que la société en cause. »⁶⁶⁰

2. La sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité du groupe, une cause économique justifiant le licenciement.

330. La chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu qu'en l'absence de difficultés économiques ou de mutations technologiques, une réorganisation opérée par une entreprise pour sauvegarder sa compétitivité pouvait justifier de recourir à des licenciements économiques.⁶⁶¹ Néanmoins, ces licenciements peuvent-ils être autorisés, lorsque la réorganisation est décidée non pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise employeur qui licencie mais pour celle du groupe auquel appartient cette entreprise ?

La chambre sociale de la Cour de cassation a choisi le concept de secteur d'activité pour répondre à cette interrogation. Ainsi, la réorganisation d'une entreprise peut justifier la suppression de l'emploi, la transformation de celui-ci, ou la modification du contrat du travail, lorsqu'elle est décidée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. Selon cette orientation jurisprudentielle, des licenciements peuvent être qualifiés d'*économiques* lorsqu'ils sont effectués par une entreprise pour sauvegarder, non seulement sa compétitivité⁶⁶², mais également celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁶⁶³.

331. La haute juridiction a consacré initialement cette solution jurisprudentielle dans l'arrêt rendu le 5 avril 1995, en décidant que « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur

⁶⁶⁰ CE, 16 décembre 2009, n° 315401, Inédit au recueil Lebon.

⁶⁶¹ Cass. soc., 2 octobre 1997, note de M. C-Haller, *op. cit.*, p. 10

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ J. Grangé, « une modalité de l'externalisation : la délocalisation », *PA*, 1998, n° 147, p. 17

d'activité. »⁶⁶⁴ Dans cet esprit, cette solution a été confirmée par plusieurs arrêts, dont celui rendu le 11 janvier 2006 par la Cour de cassation, qui arrêta : « La réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. »⁶⁶⁵

Pour que le licenciement décidé puisse être qualifié d'économique, la haute juridiction exige l'existence d'une menace réelle sur l'activité du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise qui licencie. En ce sens, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt rendu le 12 avril 2012, que les juges du fond étaient tenus de vérifier si le secteur d'activité du groupe subissait une menace réelle sur sa compétitivité, rendant nécessaire des suppressions d'emploi, ou une modification des contrats de travail⁶⁶⁶.

332. En s'inscrivant dans la même ligne, la jurisprudence administrative retient que la réorganisation d'une entreprise destinée à sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel l'entreprise est rattachée, constitue une cause économique pour licencier des salariés protégés. Cependant, cette jurisprudence précise que l'autorité administrative compétente pour autoriser ce licenciement est tenue de faire porter son examen sur la situation économique de l'ensemble des sociétés du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité que la société en cause. Un tel examen permet à l'autorité administrative de s'assurer que

⁶⁶⁴ Cass. soc., 5 avril 1995, société Thomson Tubes et Displays c/ M. Steenhoute et autres, *Bull. civ.*, V, n° 123, *RJS*, 1995, n° 497 ; J. Savatier, note « Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.*, n° 7/8, 1993, p. 646. Pour sauvegarder sa compétitivité, la société Thomson Tubes et displays qui appartient au groupe Thomson, et qui se consacre à l'étude, la fabrication et la commercialisation de tubes-images, avait fermé l'établissement de Lyon, dont une partie des activités a été rattachée à l'établissement de Genlis en France, tandis que l'autre a été transférée au Brésil. À la suite de cette décision, prise conformément aux directives du groupe Thomson, des licenciements ont été décidés à l'égard des salariés qui refusaient leur mutation à l'établissement de Genlis. La cour d'appel avait jugé que les licenciements décidés ne reposaient pas sur une cause réelle et sérieuse, et à ce titre elle a alloué aux salariés licenciés des dommages et intérêts. Pour justifier cette décision, elle a considéré que, d'une part, la réorganisation qui a causé les licenciements a été adoptée dans l'intérêt du groupe Thomson et non dans l'intérêt de la société Thomson Tubes et displays. D'autre part, en constatant que l'activité de l'établissement de Lyon est loin d'avoir cessé, elle a relevé que les emplois des salariés licenciés n'ont pas été supprimés mais transférés vers le site de Genlis et de Bello Horizonte au Brésil. La Cour de cassation, contrairement au raisonnement de la cour d'appel, a qualifié ces licenciements d'économiques. La haute juridiction a estimé que les emplois avaient été bien supprimés et non transférés, en considérant que l'exercice de l'activité sur d'autres sites, notamment à l'étranger s'effectuait dans un milieu différent.

⁶⁶⁵ Cass. soc., 11 janvier 2006, *D.*, 2006, n° 15, p. 1013, note J. Pélissier.

⁶⁶⁶ Cass. soc., 12 avril 2012, n° 11-10471. Dans cette affaire, la Cour de cassation a annulé un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris qui qualifiait des licenciements d'économiques sans avoir vérifié si le secteur d'activité (assurance) du groupe dont relevait la société employeur (Generali proximité assurances GPA) subissait une menace sur sa compétitivité.

cette autorisation est bien nécessaire pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont relève la société employeur (demanderesse de l'autorisation).

À ce propos, dans un arrêt rendu le 17 octobre 2011, la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré comme illégale une décision de l'inspectrice du travail autorisant, à la demande de la société Nestlé France, la fermeture d'un établissement (spécialisé dans la production de café et de chocolat) et le licenciement de salariés, dont des salariés protégés, sans établir l'existence d'une menace sérieuse sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel appartient cet établissement⁶⁶⁷.

B. L'élargissement du périmètre du secteur d'activité aux entreprises situées à l'étranger.

333. L'attitude consistant à limiter l'appréciation de la cause alléguée à l'appui d'un licenciement économique au niveau national est écartée. Aujourd'hui, les juges prennent en considération toutes les entreprises du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise qui licencie, y compris celles qui sont établies à l'étranger, pour examiner le caractère réel et sérieux du motif de licenciement.

Cette prise en considération des entreprises situées à l'étranger dans le périmètre du secteur d'activité a été affirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation et par le Conseil d'État. En ce qui concerne la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 23 juin 2009, a jugé que : « la spécialisation d'une entreprise dans le groupe ou son implantation dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe, ne suffit pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité, au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques. »⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Cour administrative d'appel de Marseille, 17 octobre 2011, *PA*, 24 janvier 2012, n° 17, p. 13, conclusions du rapporteur public.

⁶⁶⁸ Cass. soc., 23 juin 2009, *JCP, E*, 19 novembre 2009, n° 47, p. 47, note A-B. Voloir et F. Aknin. Le salarié M. Jarry qui travaillait en tant que directeur chargé des matières plastiques et caoutchouc a été licencié pour motif économique par la société Calcic spécialités. Cette société qui exerçait son activité dans la distribution des produits chimiques sur le territoire français, appartenait à un groupe européen. Qualifiant le licenciement d'économique, la cour d'appel avait limité l'appréciation des difficultés économiques au niveau de la société Calcic, sans prendre en considération les autres entreprises du groupe situées dans huit pays européens. Pour justifier cette décision, la cour d'appel a relevé que les entreprises étrangères ne relevaient pas du même secteur d'activité que le groupe auquel appartenait la société Calcic, en raison de leur présence en dehors du territoire français. En cassant ce jugement, la Cour de cassation a décidé que l'appréciation des difficultés économiques

334. Impliquer des entreprises situées à l'étranger dans le périmètre du secteur d'activité met deux obligations à la charge de l'entreprise employeur qui veut justifier la suppression de l'emploi, la transformation de celle-ci, ou la modification du contrat du travail. Premièrement, cette entreprise doit identifier les entreprises situées sur le territoire français et celles qui sont situées à l'étranger et qui appartiennent au même secteur d'activité que le groupe auquel elle appartient. Deuxièmement, elle doit établir au moyen de preuves concrètes qu'elle rencontre des difficultés économiques, au même titre que les autres entreprises. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'entreprise employeur ne satisfaisait pas à ces deux exigences, le licenciement économique décidé serait dépourvu de cause économique.

Dans cet esprit, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 4 mars 2009, a approuvé le raisonnement de la cour d'appel considérant des licenciements comme dépourvus de cause réelle et sérieuse, au motif que la société employeur avait prétendu qu'elle rencontrait des difficultés économiques au même titre que les sociétés du même secteur situées sur le territoire français, mais sans présenter d'informations sur la situation économique et financière des sociétés du même secteur installées à l'étranger⁶⁶⁹.

335. Concernant la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité, la jurisprudence sociale permet à une entreprise de procéder à des licenciements économiques pour sauvegarder sa compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁶⁷⁰. Toutefois, lorsque cette entreprise appartient à un groupe de dimension internationale, la question qui se pose est de savoir quel est le niveau géographique auquel les juges apprécient le caractère sérieux de la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité allégué : est-ce au niveau national ou international ?

devait prendre en compte toutes les entreprises du secteur d'activité du groupe dont relevait la société Calcic, même celles établies à l'étranger.

⁶⁶⁹ Cass. soc., 4 mars 2009, *RJS*, 5/2009, n° 418. En raison de difficultés économiques, la société Bosni a licencié plusieurs salariés. Cette société, qui appartenait au groupe Wolseley, exerçait son activité dans le domaine du négoce de bois et de matériaux de construction. Selon la cour d'appel, ces licenciements ne reposaient pas sur une cause économique, parce qu'elle a constaté que la société Bosni avait délimité l'appréciation des difficultés économiques invoquées pour la justification desdits licenciements aux sociétés situées sur le territoire français, sans avoir pris en considération la situation économique des sociétés du même secteur établies à l'étranger. En effet, la cour d'appel a remarqué que la société Bosni n'avait pas présenté d'éléments sur la situation économique et financière du secteur de négoce de bois et matériaux de construction qui connaissait une progression avec d'importantes filiales aux États-Unis et en Angleterre. Le raisonnement adopté par la cour d'appel a été confirmé par la Cour de cassation.

⁶⁷⁰ Cass. soc., 11 janvier 2006, *D.*, 2006, n° 15, p. 1013, note J. Péliissier, *op.cit.*

Dans un arrêt rendu le 10 décembre 2003, la haute juridiction a précisé que l'appréciation du caractère réel et sérieux de la sauvegarde de la compétitivité devait se faire au niveau du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise qui licencie, sans limite géographique⁶⁷¹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé la position de la cour d'appel qui refusait de reconnaître le caractère économique des licenciements décidés par l'employeur (la société Bostitch Simax), au motif que ce dernier « ne justifiait pas que la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel il appartenait était menacée. »⁶⁷² La haute juridiction a constaté que l'entreprise employeur (Bostitch Simax) s'était limitée au seul secteur d'activité européen pour justifier les licenciements décidés, alors qu'elle aurait dû présenter des informations sur la situation de l'ensemble du secteur d'activité du groupe dont elle relève⁶⁷³.

La solution exprimée par cet arrêt met, pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, une obligation de présenter des données précises sur la situation de l'ensemble des entreprises composant ce secteur, y compris celles situées à l'étranger, à la charge de l'entreprise qui envisage de procéder à des licenciements économiques.

336. Le conseil d'État a aligné sa position sur celle prise par la chambre sociale de la Cour de cassation concernant l'élargissement du périmètre du secteur d'activité aux entreprises situées à l'étranger. La haute juridiction administrative affirme que l'ensemble des sociétés du secteur d'activité du groupe dont relève la société employeur, y compris celles installées à l'étranger, doivent être prises en considération pour apprécier le caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées pour la suppression de l'emploi d'un salarié protégé, la transformation de celui-ci, ou la modification de son contrat du travail.

Cette position a été prise par le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 8 juillet 2002, qui estime que : « pour apprécier la réalité des motifs économiques allégués à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé présentée par une société qui fait partie d'un groupe, l'autorité administrative ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de l'entreprise demanderesse mais est tenue, dans le cas où la société intéressée relève d'un groupe dont la société mère a son siège à l'étranger, de faire porter son examen

⁶⁷¹ Cass. soc., 10 décembre 2003, Sté Bostitch Simax Groupe Stanley Tools c/Breinlen, *RJS* 2/2004, n° 187.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*

sur la situation économique de l'ensemble des sociétés du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité que la société en cause, sans qu'il y ait lieu de borner cet examen à celles d'entre elles qui ont leur siège social en France ni aux établissements de ce groupe situés en France. »⁶⁷⁴

Par cette décision, le Conseil d'État oblige explicitement l'administration, les tribunaux et les cours administratives à examiner les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique, décidé à l'égard d'un salarié protégé, dans le cadre des sociétés du secteur d'activité du groupe rationnel dont relève la société employeur, mêmes celles qui sont installées à l'étranger.

II. Le secteur d'activité, cadre ambigu pour apprécier le caractère effectif de l'élément causal invoqué à l'appui d'un licenciement économique.

337. La notion de secteur d'activité a été établie par la chambre sociale de la Cour de cassation pour appréhender le caractère réel et sérieux de l'élément causal – les difficultés économiques de l'entreprise et la sauvegarde de sa compétitivité – allégué à l'appui d'un licenciement économique, d'une manière rationnelle et efficace.

338. Décrite comme *pragmatique*⁶⁷⁵, cette notion a été adoptée pour *objectiver*⁶⁷⁶ l'appréciation du caractère réel et sérieux de l'élément causal allégué par l'entreprise

⁶⁷⁴ Conseil d'État, 8 juillet 2002, *JSL*, 2002, n° 111, p. 7, note de M-C. Haller. La société SA FMC Food Machinery qui appartient à un groupe dont la société mère a son siège aux États-Unis, fabrique et commercialise des machines agricoles à Quimper, en France. Cette société avait demandé à l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier huit salariés protégés. La demande a été refusée au motif que la réalité du motif économique n'était pas établie. L'inspecteur a relevé que les difficultés économiques invoquées relatives à la récession du chiffre d'affaires et à des pertes financières engendrées au cours des années 1993 et 1994, étaient contestées par le rapport du cabinet d'expertise comptable rédigé à la demande du comité d'entreprise. La demande de la société tendant à l'annulation de la décision de l'inspecteur du travail a été rejetée par le tribunal administratif de Rennes, qui a réaffirmé que la réalité du motif économique n'était pas établie. La cour administrative d'appel de Nantes a annulé le jugement du tribunal administratif, parce qu'il avait rejeté les conclusions avancées par la société FMC, selon lesquelles l'inspecteur du travail n'avait pas apprécié la réalité des difficultés économiques dans l'ensemble de la division du groupe produisant les machines agricoles. La requête formée par les salariés devant le Conseil d'État en annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel n'aboutit à rien. La haute juridiction administrative a estimé que l'arrêt de la cour administrative d'appel n'avait pas été entaché d'erreur de droit, puisqu'elle avait bien constaté que l'inspecteur du travail aurait dû examiner les difficultés économiques dans l'ensemble des sociétés du secteur d'activité du groupe dont relève la société SA FMC, y compris celles situées à l'étranger, notamment l'établissement situé en Grande-Bretagne.

⁶⁷⁵ G. Couturier, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », p. 84, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 1999.

employeur, pour justifier les licenciements économiques. Contrairement au périmètre de l'entreprise qui licencie et celui du groupe entier, la notion de secteur d'activité permet aux juges, selon la conception de la Cour de cassation, d'examiner d'une manière objective la situation économique invoquée par l'entreprise employeur.

Pour la haute juridiction, l'adoption de ce concept contribue à la protection de l'emploi contre les licenciements décidés d'une manière abusive. Les juges, lorsqu'ils traitent du caractère effectif des difficultés économiques invoquées par l'entreprise qui licencie, comparent en effet la situation économique de cette entreprise avec les autres entreprises du secteur d'activité du propre groupe auquel elle est rattachée. S'ils constatent que le secteur d'activité dont relève l'entreprise concernée par les licenciements est en expansion, ou à tout le moins dans une situation normale, les juges peuvent considérer ces licenciements comme dépourvus de cause économique. Les difficultés économiques pourraient être dues, dans ce cas, à une mauvaise gestion ou à l'adoption de mauvaises stratégies par les dirigeants⁶⁷⁷.

339. En pratique, l'entreprise qui fait partie d'un groupe de sociétés et qui envisage de procéder à des licenciements économiques doit, d'une part, déterminer les entreprises du secteur d'activité du groupe dont elle relève et, d'autre part, établir par des preuves tangibles qu'elle connaît des difficultés économiques et financières au même titre que ces entreprises. Dans le cas contraire, les licenciements décidés seraient dépourvus de cause réelle et sérieuse avec toutes les conséquences juridiques qui en résulteraient.

340 Toutefois, le secteur d'activité reste une notion incertaine. En effet, que faut-il entendre par la notion de *secteur d'activité* ? Pour l'Institut national de la Statistique et des Études économiques (l'INSEE), le secteur d'activité « regroupe des entreprises de fabrication, de commerce ou de service qui ont la même activité principale (au regard de la nomenclature d'activité économique considérée). L'activité d'un secteur n'est donc pas tout à fait homogène et comprend des productions ou services secondaires qui relèveraient d'autres items de la nomenclature que celui du secteur considéré. »⁶⁷⁸ La particularité essentielle qui caractérise

⁶⁷⁶ A-B. Voloir, F. Akinin, « Notion de secteur d'activité du groupe dans lequel doivent être appréciées les difficultés économiques », *JCP, E.*, 2009, n° 47, p.47.

⁶⁷⁷ Cass. soc., 4 mars 2009, *JCP, G.*, 2009, n° 18, p. 33, note P.-Y. Verkindt.

⁶⁷⁸ www.insee.fr : définitions et méthodes.

le secteur d'activité, selon cette définition, c'est qu'il regroupe des entreprises qui ne produisent pas des produits homogènes, mais qui ont la même activité principale⁶⁷⁹.

Concernant la Cour de cassation, il est remarquable que cette juridiction s'attache à la notion de secteur d'activité, sans en donner une définition précise. Dans un arrêt rendu le 4 mars 2009, la haute juridiction s'est référée à la définition donnée par l'INSEE, en estimant que : « le secteur d'activité d'un groupe servant de cadre d'appréciation des difficultés économiques ne regroupe que les entreprises du groupe qui ont la même activité dominante et interviennent sur le même marché. »⁶⁸⁰

Dans un autre arrêt, rendu le 10 février 2010, la haute juridiction se reposait sur un faisceau d'indices pour rattacher l'entreprise employeur (la société Valaubrac) au secteur d'activité de l'ameublement : la nature des produits, une clientèle commune et le mode de distribution des produits en cause⁶⁸¹. Dans cette affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé le raisonnement de la cour d'appel jugeant sans cause économique les licenciements décidés par ladite société Valaubrac, sans que cette dernière fournisse des informations sur la situation économique du secteur d'activité de l'ameublement.

Faute d'une définition précise, les limites et les traits de la notion de secteur d'activité ne peuvent être appréhendés que par les juges du fond. En effet, même si l'entreprise qui licencie peut avancer qu'elle appartient à un secteur d'activité déterminé, ce sont les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, qui détiennent le pouvoir de circonscrire les limites du secteur d'activité dans lequel les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique doivent être examinées. Ainsi, la haute juridiction a refusé de dissocier l'activité de soudure par résistance des pièces mécaniques pour le secteur automobile spécifique à l'entreprise, de l'activité des pinces à souder⁶⁸².

⁶⁷⁹ Contrairement à la notion de branche d'activité qui, selon l'INSEE, « regroupe des unités de production homogènes, c'est-à-dire qui fabriquent des produits (ou rendent des services) qui appartiennent au même item de la nomenclature d'activité économique considérée ». www.insee.fr : définitions et méthodes.

⁶⁸⁰ Cass. soc., 4 mars 2009, *Bull. civ.*, V, n° 57.

⁶⁸¹ Cass. soc., 10 février 2010, *RJS*, 4/10, n° 321.

⁶⁸² Cass. soc., 8 juillet 2008, *RJS*, 10/2008, n° 966.

Chapitre II. Le groupe de sociétés, cadre d'application du droit au reclassement.

341. Le droit au reclassement⁶⁸³ – ou l'obligation de reclassement – a pour objectif la sauvegarde de l'emploi d'un salarié menacé par un licenciement. L'employeur est tenu, en vertu de cette obligation, de prendre toutes les mesures nécessaires pour trouver un autre emploi au salarié dont le licenciement est envisagé⁶⁸⁴.

342. Toutefois, la notion de reclassement en droit du travail reste « protéiforme »⁶⁸⁵, en raison de la diversité des situations qu'elle recouvre. En plus des deux situations les plus connues et qui feront l'objet de cette étude, à savoir celle des salariés qui souffrent d'une inaptitude physique d'origine professionnelle⁶⁸⁶ ou extra-professionnelle⁶⁸⁷ et des salariés licenciés pour un motif économique⁶⁸⁸, le reclassement vise des salariés qui se trouvent dans des situations très différentes, énoncées dans le Code du travail⁶⁸⁹.

Le reclassement se différencie de certaines notions connues en droit du travail. Il se distingue de la réintégration qui a pour but, soit de corriger un licenciement injustifié⁶⁹⁰, soit de conserver l'emploi de certains salariés se trouvant dans des circonstances précises⁶⁹¹. Il se

⁶⁸³ Pour les salariés, le reclassement est vu comme un droit, tandis qu'il constitue une obligation pour l'employeur.

⁶⁸⁴ Le professeur Alain Supiot voit que le reclassement se concrétise par des mécanismes à usage interne qui « permettent de sauvegarder le contrat de travail d'un salarié en modifiant son affectation dans l'entreprise », et également par des mécanismes à usage externe « qui visent à sauvegarder l'emploi du salarié sur le marché du travail en lui permettant de conclure un nouveau contrat avec une autre entreprise ou de se mettre à son compte ». Préface A. Supiot, F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, L.G.D.J., éd. 2000.

⁶⁸⁵ F. Héas, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁸⁶ Article L.1226-10 du Code du travail.

⁶⁸⁷ Article L. 1226-2 du Code du travail.

⁶⁸⁸ L.1233-4 du Code du travail.

⁶⁸⁹ À titre d'exemple, les salariés involontairement privés d'emploi percevant un revenu de remplacement (article L. 5421-1 du Code du travail).

⁶⁹⁰ La réintégration prend la forme d'une sanction qui s'applique aux licenciements injustifiés (art. L.1235-3 du Code du travail). S. Koleck-Desautel, « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Lexbase Hebdo*, éd. S, n° 68 du jeudi 24 avril 2003.

⁶⁹¹ À titre d'exemple, en cas d'annulation d'une autorisation administrative de licencier un représentant du personnel (art L.2422-1 du Code travail), en cas de licenciement d'un salarié gréviste n'ayant pas commis de faute lourde (art. L.2511-1 du Code travail). La réintégration assure également la sauvegarde de l'emploi des salariés se trouvant dans des situations précisées par le législateur, telle que le retour du travailleur du service national (art. L.3142-71 du Code du travail). La réintégration s'applique également au salarié apte qui revient d'un accident du travail ou de maladie professionnelle. Ce salarié retrouve son emploi ou un emploi similaire avec une rémunération équivalente (art. L.1226-8 du Code travail). À l'inverse, la réintégration ne s'applique pas à un salarié déclaré inapte à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail ; c'est le reclassement qui s'applique à son encontre en vertu de l'article L.1226-10 du Code du travail. Dans cet article, le législateur

distingue également de la priorité de réembauche⁶⁹², et de l'obligation de réentraînement au travail et de la rééducation professionnelle⁶⁹³.

343. Concernant le cadre d'application du droit au reclassement, le groupe de sociétés constitue aujourd'hui le périmètre dans lequel ce droit doit s'appliquer. À la différence de la conception initiale méconnaissant le groupe (Section I), les recherches de reclassement dans le cadre de cette nouvelle conception doivent être effectuées au niveau du groupe et non au seul niveau de l'entreprise employeur qui a embauché le salarié intéressé (Section II).

Section I. La conception initiale : la méconnaissance du groupe de sociétés comme cadre du droit au reclassement.

344. Dans le cadre de la conception initiale, il était inconcevable de reconnaître le groupe comme cadre d'application du droit au reclassement. L'analyse du rapport juridique liant l'employeur et le salarié suivant les principes du droit des obligations conduisait les juges à circonscrire le droit au reclassement dans l'entreprise employeur qui a embauché le salarié. Selon cette conception, les entreprises composant le groupe auquel appartient l'entreprise employeur n'étaient pas obligées de trouver un autre emploi aux salariés déclarés inaptés physiquement (§ I) et aux salariés licenciés pour motif économique (§ II).

§I. La situation relative à l'inaptitude physique.

oblige l'employeur à reclasser le salarié inapte dans « un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé. » F. Héas, *op. cit.*, p. 17 ; B. Desjardins, « La réintégration », *Dr. soc.*, 1992, p. 766.

⁶⁹² Le droit à la priorité de réembauche énoncé dans l'article L.1233-45 du Code du travail, est un droit reconnu au salarié licencié pour motif économique, quelque soit son ancienneté, l'ampleur du licenciement et l'effectif de l'entreprise. C'est un droit de nature facultatif ; car, ainsi que le prévoit l'article L.1233-45 du Code du travail, c'est le salarié qui doit le solliciter pendant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat. En revanche, l'employeur est tenu de mentionner dans la lettre de licenciement, en plus des motifs économiques allégués pour la justification du licenciement, le droit du salarié intéressé à la priorité de réembauche. D. C-Carsin, « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *RJS*, 1994, p. 643.

⁶⁹³ Le législateur prévoit, dans les articles L.5213-5 et R.5213-22 du Code du travail, que dans les établissements ou groupes d'établissements de plus de cinq mille salariés, les chefs d'entreprise doivent assurer le réentraînement au travail et la rééducation professionnelle des malades et blessés. Le réentraînement et la rééducation professionnelle constituent des mécanismes qui permettent le maintien de l'emploi du salarié ayant interrompu son activité professionnelle, à la suite d'une maladie ou à un accident pendant une courte durée, de retrouver son poste de travail antérieur ou d'accéder à un autre poste de travail.

345. Au sens juridique, l'inaptitude physique c'est : « l'inaptitude pour raison de santé constatée par le médecin du travail, soit à l'occasion d'une visite périodique de surveillance d'un salarié en cours d'exécution du contrat de travail, soit à l'occasion de l'examen de reprise à l'issue des périodes de suspension de son contrat de travail après un arrêt de travail pour maladie ou accident. »⁶⁹⁴ Malgré l'inaptitude physique du salarié, l'employeur est tenu de rechercher son reclassement avant de procéder à son licenciement. Cependant, le périmètre du reclassement ne pouvait pas dépasser les limites de l'entreprise employeur. Le groupe de sociétés ne constituait pas un cadre de reclassement, que soit pour les salariés déclarés inaptes en raison d'une inaptitude d'origine professionnelle (I), ou pour les salariés déclarés inaptes en raison d'une inaptitude non professionnelle (II).

I. Les salariés victimes d'une inaptitude physique d'origine professionnelle.

346. L'inaptitude physique professionnelle résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne peut, en vertu de l'article L. L.1132-1 du Code du travail, constituer une cause de licenciement du salarié. Néanmoins, l'incapacité physique d'origine professionnelle du salarié peut justifier le licenciement du salarié lorsque les conditions suivantes sont réunies : le respect de la constatation de l'inaptitude physique par le médecin du travail⁶⁹⁵, l'existence d'une inaptitude physique justifiant le licenciement, l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour les salariés protégés, l'avis des délégués du personnel⁶⁹⁶, l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale et l'impossibilité d'assurer le reclassement du salarié⁶⁹⁷.

347. Lorsqu'ils examinent le bien fondé du licenciement décidé en raison d'une inaptitude physique, les juges vérifient que l'employeur a respecté ses obligations. S'ils constatent que

⁶⁹⁴ J.-Yves Frouin, « Inaptitude et perte d'emploi », *Dr. ouv.*, mars 2006, p. 110.

⁶⁹⁵ Le médecin du travail bénéficie d'une compétence exclusive par rapport aux autres médecins (médecin traitant ; médecin conseil de la Sécurité sociale ; médecin expert) pour décider de l'aptitude ou l'inaptitude physique du salarié. Dans l'arrêt Lafkhi, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que : « Quels que soient les avis médicaux contraires, celui du médecin du travail constatant l'inaptitude du travailleur à son emploi s'impose à l'employeur [...] ». Cass. soc., 4 décembre 1985, Lafkhi c/ SARL Pioli, *Dr. soc.*, 1986, p.788.

⁶⁹⁶ Art. L.1226-10 du Code du travail.

⁶⁹⁷ H. Rose ; Y. Struillou, *op. cit.*, p. 247.

l'employeur a licencié le salarié sans respecter toutes les obligations requises, les juges considéreront le licenciement comme dépourvu de cause réelle et sérieuse⁶⁹⁸.

348. Concernant l'obligation de reclassement, depuis la loi du 7 janvier 1981⁶⁹⁹, l'employeur ne peut licencier le salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle sans justifier qu'il a accompli tous les efforts nécessaires à son reclassement. Par cette loi, le législateur a pris en considération les risques encourus par le salarié lors de l'exécution de sa prestation de travail en obligeant son employeur à lui retrouver un autre poste lorsqu'il se trouve en état d'inaptitude physique professionnelle⁷⁰⁰.

L'article L.1226-10 du Code du travail prévoit clairement cette obligation. Suivant les dispositions de cet article, l'employeur est tenu, en vertu des conclusions écrites du médecin du travail, de proposer au salarié, victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle, un autre emploi lorsqu'il est assuré que ce salarié est inapte physiquement à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment.

L'avis du médecin du travail affirmant l'incapacité du salarié d'effectuer ses fonctions ne donne pas le droit automatiquement à son employeur de le licencier. Avant cette étape, l'employeur est tenu d'accomplir tous les efforts possibles pour protéger l'emploi du salarié inapte. Dans ce sens, les propositions présentées par l'employeur doivent être précises, consistantes et appropriées à la capacité physique et morale du salarié intéressé.

Dans le cas contraire, le législateur oblige l'employeur à justifier que le reclassement du salarié inapte était impossible, « soit de l'impossibilité où il se trouve de proposer un emploi [...], soit du refus par le salarié. »⁷⁰¹ Cette impossibilité doit être exprimée par écrit et préalable au licenciement⁷⁰². Le licenciement envisagé sera dépourvu de cause réelle et sérieuse, soit lorsque l'employeur transgresse les conditions requises pour le reclassement du salarié intéressé, soit lorsqu'il prétend que ce reclassement était impossible sans que cette impossibilité soit établie.

⁶⁹⁸ F. Debeve, *L'obligation de reclassement et ses conséquences dans le cadre d'une inaptitude médicale*, p. 88. Mémoire pour l'obtention du Master 2 professionnel Droit de la santé en milieu de travail, année universitaire 2005-2006, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille II.

⁶⁹⁹ Loi n° 81-3 du 7 janvier 1981.

⁷⁰⁰ F. Debeve, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁰¹ Art. L.1226-10-4 du Code du travail.

⁷⁰² Cass. soc., 21 janvier 1988, *Bull. civ.*, V, n° 57.

349. Néanmoins, le cadre du reclassement ne pouvait pas dépasser les limites de l'entreprise employeur. En d'autres termes, l'employeur n'était pas obligé de rechercher un autre emploi au salarié inapte à l'intérieur du groupe auquel il appartenait. Cette première façon de penser a clairement été exposée lors des débats à l'Assemblée nationale, à l'occasion desquels il a été dit que les recherches du reclassement du salarié intéressé ne pouvaient s'opérer que dans « la société où l'accident s'était produit. »⁷⁰³

Les juges ont affirmé eux aussi ce point de vue. Dans un arrêt rendu le 31 mai 1991, la cour d'appel de Versailles, bien qu'elle ait constaté que la société employeur d'un salarié victime d'un accident du travail appartenait à un groupe, a jugé que « l'obligation de rechercher une possibilité de reclassement du salarié devenu inapte à occuper son emploi à la suite d'un accident du travail ne s'impose qu'à son employeur. Elle ne saurait être étendue à d'autres sociétés appartenant au même groupe avec lesquelles l'intéressé n'avait aucun lien contractuel. »⁷⁰⁴

II. Les salariés victimes d'une inaptitude physique d'origine non professionnelle.

350. Au même titre que l'inaptitude physique d'origine professionnelle, l'employeur ne peut licencier un salarié en raison de son inaptitude physique extra-professionnelle⁷⁰⁵. L'état de santé physique et mentale, le *handicap*, la résistance physique, l'âge⁷⁰⁶ ne peuvent en principe pas, selon l'article L.1132-1 du Code du travail, légitimer la résiliation du contrat du salarié intéressé.

351. Néanmoins, contrairement à l'inaptitude d'origine professionnelle, si l'employeur établit que le fonctionnement de l'entreprise est perturbé en raison de l'incapacité temporaire

⁷⁰³ Débats de l'Assemblée nationale, J.O., 26 novembre 1980, p. 4393.

⁷⁰⁴ CA Versailles 31 mai 1991, Vergnol c/ SA Spirit, *RJS*, 10/91, n° 1079, p. 567. M. Vergnol a été embauché par la société SA Spirit en qualité de directeur régional itinérant. À la suite d'un accident du travail, il a été déclaré inapte aux déplacements en véhicule. Le médecin du travail a sollicité son reclassement à un poste sédentaire. La société SA Spirit a indiqué pour sa part que le reclassement de l'intéressé en son sein était impossible. La cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement accordant au licenciement du M. Vergnol la qualité d'économique, en considérant que le reclassement de l'intéressé ne pouvait être tenté que dans les limites de la société employeur, SA Spirit, et non dans le cadre du groupe Setton auquel appartenait ladite société.

⁷⁰⁵ L'inaptitude physique extraprofessionnelle est appelée aussi inaptitude de droit commun.

⁷⁰⁶ Exemples non limitatifs, donnés par l'article L.4624-1 du Code du travail.

du salarié d'accomplir ses fonctions, le licenciement du salarié et son remplacement définitif par un autre salarié est possible⁷⁰⁷.

À l'exception de la condition relative à l'avis des délégués du personnel⁷⁰⁸, le licenciement d'un salarié victime d'une inaptitude d'origine extra-professionnelle exige les mêmes conditions que pour le licenciement du salarié victime d'une inaptitude d'origine professionnelle.

352. Pour l'obligation du reclassement, la situation relative à l'inaptitude physique non professionnelle ne se différencie pas de celle de l'inaptitude physique professionnelle. Le salarié qui est devenu inapte à accomplir son travail en raison de la survenance d'un événement non professionnel peut, au regard des propositions du médecin du travail, se prévaloir du droit au reclassement.

En effet, suivant les deux articles L.4624-1 et L.1226-2 du Code du travail, l'employeur est tenu de reclasser le salarié victime d'une inaptitude extra-professionnelle en lui présentant des propositions appropriées à son état physique et moral. Au même titre que l'inaptitude physique d'origine professionnelle, les propositions présentées par l'employeur doivent être appropriées à la nouvelle capacité physique et morale du salarié intéressé⁷⁰⁹ et précises⁷¹⁰. Cependant, selon l'ancienne conception et au même titre que l'inaptitude

⁷⁰⁷ Cass. soc., 13 mars 2001, *Bull. civ.*, V, n° 84, Mme Herbaut c/ Société Adressonord. La Cour de cassation arrête : « Si l'article L.122-45 du Code du travail (actuellement L.1132-1), qui fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même Code, ne s'oppose pas à son licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ». La haute juridiction a affirmé à travers cet arrêt que l'employeur pouvait licencier un salarié lorsque trois conditions étaient réunies : l'absence du salarié d'une manière répétitive ou prolongée, le fonctionnement normal de l'entreprise se trouve perturbé en raison de cette absence, et la nécessité pour l'employeur de remplacer le salarié définitivement.

⁷⁰⁸ Cette condition n'est requise que pour le licenciement du salarié inapte en raison d'une inaptitude professionnelle.

⁷⁰⁹ Cass. soc., 8 juillet 1992, Capasso c/ Sté Sablière du Grésivaudan, *RJS*, 1992, n° 973. Dans cet arrêt infirmatif, la chambre sociale de la Cour de cassation affirme qu' : « Une cour d'appel ne saurait débouter de ses demandes un salarié devenu inapte à reprendre son poste à la suite d'un accident de droit commun au motif que, dans ce cas, l'employeur n'a aucune obligation de reclassement. En effet, l'employeur est tenu de prendre en considération la recommandation du médecin du travail proposant un changement de poste pour le salarié et doit, dès lors, rechercher si l'intéressé peut être affecté dans l'entreprise à un poste adapté à ses conditions physiques ».

⁷¹⁰ Cass. soc., 6 février 2001, société Autocars Martinken c/ M. Bindler, *Bull. civ.*, V, n° 40. Dans un arrêt confirmatif, la chambre sociale de la Cour de cassation arrête : « A pu décider que l'employeur avait manqué à son obligation de reclassement, la cour d'appel qui a constaté que l'intéressé avait adressé à un salarié déclaré

d'origine professionnelle, le périmètre des recherches du reclassement ne pouvait s'étendre au-delà de l'entreprise employeur.

§ II. La situation relative au licenciement pour motif économique.

353. Le reclassement des salariés confrontés aux licenciements économiques dans un groupe des sociétés était initialement impossible. Si les juges de l'ordre administratif et judiciaire jugeaient que l'employeur ne pouvait licencier le salarié pour motif économique qu'après avoir tenté son reclassement dans un autre emploi, ils ont délimité en revanche le périmètre de ce droit uniquement au sein de l'entreprise employeur.

354. Pour la jurisprudence de l'ordre administratif, les solutions adoptées dans l'affaire Abellan constituent une illustration de ce point de vue. Le commissaire du gouvernement⁷¹¹ avait affirmé la nécessité pour l'employeur de rechercher le reclassement du salarié intéressé, avant son licenciement, en exprimant que : « l'exigence d'un reclassement, sauf impossibilité matérielle, découle en effet de l'idée que seule une situation économique particulièrement délicate autorise le licenciement d'un représentant du personnel ; il ne suffit donc pas de constater que le poste a été supprimé, il faut encore être sûr qu'aucun autre emploi n'existe. »⁷¹²

Cependant, il a délimité le périmètre de recherche de son reclassement à l'entreprise employeur. Le commissaire du gouvernement a estimé, lorsqu'il donnait ces observations sur

inapte par le médecin du travail une proposition imprécise de reclassement, ne lui avait finalement offert qu'un emploi à temps très partiel et ne lui avait donné aucune indication sur la structure de son effectif, la nature des postes existant dans l'entreprise, ainsi que sur les possibilités de mutations ou de transformations de postes de travail. »

⁷¹¹ Le commissaire du gouvernement appelé aujourd'hui *Rapporteur public* est un magistrat qui intervient dans les juridictions administratives (tribunal administratif, cour administrative d'appel, Conseil d'État). En vertu de l'article L.7 du Code de justice administrative, le rapporteur public « expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ».

⁷¹² Alexandre Abellan a été embauché par la société l'Épargne pour travailler comme manutentionnaire. Membre du bureau du syndicat C.G.T. du commerce de Toulouse, M. Abellan était aussi secrétaire de la section syndicale U.G.I.C.T.-C.G.T. de la société l'Épargne à Toulouse. En 1972, la direction a décidé de le licencier en raison d'une réorganisation de l'entreprise. Le comité d'établissement, l'inspecteur du travail et le ministre du travail refusent successivement l'autorisation de licenciement. Cependant, le tribunal administratif a donné raison à la société l'Épargne, en annulant le refus d'autorisation de l'administration. Le Conseil d'État a annulé le jugement du tribunal administratif, parce que le projet du licenciement était en rapport avec l'exercice du mandat de M. Abellan. M. Cohen, « Les nouvelles obligations de l'administration en cas de licenciement de délégués pour motif économique », *Dr. ouv.*, 1977, p. 215.

le licenciement de M. Abellan, que les recherches de reclassement en dehors de l'entreprise employeur ne pouvaient être entreprises qu'en cas de disparition de cette dernière⁷¹³.

Le même raisonnement a été affirmé par le Conseil d'État, qui a décidé que l'inspecteur du travail devait tenir compte des possibilités de reclassement de M. Abellan au sein seulement de l'entreprise employeur. La haute juridiction administrative a décidé que : « Dans le cas où la demande de licenciement est fondée sur un motif de caractère économique, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès du pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié, en tenant compte notamment de la nécessité des réductions envisagées d'effectifs et de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise. »⁷¹⁴

355. Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation défendaient initialement, eux aussi, cette conception restrictive délimitant le cadre du reclassement au sein de l'entreprise employeur du salarié. Dans un arrêt de cassation, rendu le 22 novembre 1978, la haute juridiction judiciaire n'a pas adopté la même solution que la cour d'appel jugeant que le salarié licencié, en raison d'un ralentissement de l'activité de son entreprise employeur, aurait pu être reclassé dans une autre société du groupe⁷¹⁵.

Contrairement à la position de la cour d'appel, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que le reclassement du salarié intéressé ne pouvait s'opérer dans une autre société du groupe bien qu'il y eût travaillé. À travers cet arrêt, les juges de la haute juridiction judiciaire ont donc considéré que l'entreprise employeur qui licenciait ne pouvait pas imposer

⁷¹³ Le commissaire du gouvernement a considéré que : « Si l'entreprise disparaît en tant qu'unité de production, le reclassement en son sein ne peut être envisagé et vous ne sauriez, nous semble-t-il, l'exiger de ladite entreprise, car c'est en réalité à l'administration de le faire, qu'elle trouve à l'extérieur des possibilités de reclassement. » M. Cohen, *op. cit.*, p. 215.

⁷¹⁴ CE, 18 février 1977, n° 95354.

⁷¹⁵ Cass. soc., 22 novembre 1978, société Sablières du Pont de Gagnac c/ Hamadi, *Bull. civ.*, V, 1978, n° 785, p. 592. Le salarié Hamadi qui travaillait comme conducteur d'engins a été licencié par la société Sablières du Pont de Gagnac, en raison d'un ralentissement de son activité. L'arrêt de la cour d'appel a considéré que les sociétés du groupe, la société Malet, la société Béton-Chantiers et la société employeur Sablières du Pont de Gagnac constituaient « un ensemble sociale et économique assimilable à une seule entreprise ». Cette constatation l'a conduit à juger que le salarié Hamadi aurait pu être reclassé dans la société Malet, qui tout au long de la procédure de licenciement, avait demandé des chauffeurs de poids lourds sur camions-benne, travail que Hamadi pouvait l'accomplir. La Cour de cassation a cassé et annulé le raisonnement de la cour d'appel. Elle a constaté que les sociétés du groupe n'avaient entre elles ni « des activités confondues, ni que la communauté d'intérêts existant entre elle ait placé le personnel des unes sous la subordination des autres », et elle a estimé que les mutations dont le salarié faisait l'objet n'étaient pas « autoritaires » ; car, c'est le salarié lui-même et à sa propre demande qui a quitté sa société pour une autre société du groupe.

l'obligation de reclassement à une autre entreprise au motif qu'elles appartenaient au même groupe.

Section II. La nouvelle conception : la reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre du droit au reclassement.

356. À la différence de l'ancienne conception, les juges examinent aujourd'hui le caractère réel et sérieux du droit au reclassement dans le cadre du groupe et non uniquement au niveau de l'entreprise employeur avec laquelle le salarié est lié par un contrat de travail. En écartant les deux obstacles liés à la relativité des contrats et à l'autonomie juridique, cette nouvelle conception permet le reclassement à l'intérieur du groupe des salariés licenciés à cause d'une inaptitude physique (§ I), et des salariés licenciés pour motif économique (§ II), favorisant la possibilité de retrouver un autre emploi.

§ I. La situation relative à l'inaptitude physique.

357. La nouvelle conception juridique considère le groupe comme le niveau cadre dans lequel les recherches de reclassement doivent être effectuées au profit du salarié inapte physiquement. Cette nouvelle conception ne distingue pas entre les salariés victimes d'une inaptitude d'origine physique professionnelle (I) et les salariés victimes d'une inaptitude d'origine non professionnelle (II).

I. La situation relative à l'inaptitude physique d'origine professionnelle.

358. La prise en compte du groupe dans le périmètre du reclassement a été adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation et les tribunaux inférieurs depuis le début des années 1990. Depuis cette date, les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, examinent le caractère réel et sérieux des mesures prises par l'employeur en vue de reclasser le salarié victime d'un accident ou une maladie professionnelle à l'intérieur du groupe et non dans le seul cadre de l'entreprise employeur avec laquelle le salarié est lié par un contrat de travail.

À ce propos, la cour d'appel de Poitiers a jugé que : « le reclassement d'un salarié victime d'un accident du travail ne doit pas être limité aux seuls emplois que l'employeur est lui-même susceptible d'offrir dès lors que la société est filiale d'un groupe industriel dans lequel les problèmes de personnel et les relations sociales sont abordés globalement. »⁷¹⁶ Pour adopter cette solution, la cour d'appel se fondait sur l'existence « d'une étroite communauté d'intérêts, de gestion, de programme social et une concordance des instances de décision »⁷¹⁷ entre la société employeur et les autres sociétés du groupe auquel appartient cette société.

La responsabilité du groupe en matière de reclassement du salarié inapte physiquement a été clairement énoncée par la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 24 octobre 1995, en décidant que : « la recherche des possibilités de reclassement du salarié victime d'un accident du travail, déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment au sens de l'article L. L.1226-10 Code du travail doit s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. »⁷¹⁸

359. Les recherches de reclassement pesant sur l'entreprise employeur doivent commencer après l'avis du médecin du travail affirmant qu'il est impossible au salarié de reprendre l'emploi qu'il occupait antérieurement, en raison de son inaptitude physique. L'entreprise employeur doit tenter le reclassement du salarié intéressé en son sein, dans un premier temps, et, dans un second temps, au sein de l'une des autres entreprises du groupe auquel cette entreprise appartient.

Le reclassement à l'intérieur du groupe se justifie lorsque l'entreprise employeur envoie des demandes aux entreprises du groupe dans lesquelles elle sollicite le reclassement du salarié intéressé. À défaut, tout licenciement décidé sans le respect de ces mesures sera sans cause réelle et sérieuse.

⁷¹⁶ CA Poitiers, ch.soc, 26 février 1992, Pellae c/ Sté Française des transports pétroliers, *RJS* 4/92, n° 418.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Cass. soc., 24 octobre 1995, Société Décolletage plastique c/ M. Jadault, *Bull. civ.*, V, n° 283. La Cour de cassation a confirmé le raisonnement de la cour d'appel d'avoir constaté que l'employeur n'établissait pas l'impossibilité de reclassement de M. Jadaul dans le cadre des trois sociétés appartenant au groupe dont relève la société employeur (Société Décolletage plastique).

Ces mesures incombant à l'entreprise employeur ont été précisées par un arrêt rendu le 15 février 2011, dans lequel la haute juridiction a approuvé le raisonnement d'une cour d'appel qui avait jugé justifié le licenciement d'un salarié déclaré inapte en raison d'un accident du travail. La cour d'appel a estimé que toutes les actions obligatoires requises par les dispositions des articles L.1226-10 à 12 du Code du travail avaient été respectées. Pour l'obligation de reclassement, la cour d'appel avec l'aval de la Cour de cassation, a constaté que la société employeur (COMAP) avait bien recherché sans résultat le reclassement de l'intéressé en son sein et à l'intérieur du groupe auquel elle appartenait⁷¹⁹.

360. Concernant le licenciement pour inaptitude physique d'origine professionnelle d'un salarié protégé, il faut signaler que ce licenciement ne peut être opéré sans que l'employeur ait obtenu une autorisation administrative. Obtenir cette autorisation exige que soient remplies plusieurs conditions examinées par l'inspecteur du travail ou le ministre, sous le contrôle du juge, à savoir : le respect de la constatation de l'inaptitude physique par le médecin du travail, l'existence d'une inaptitude physique justifiant le licenciement, l'avis des délégués du personnel, l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale, et l'impossibilité d'assurer le reclassement du salarié⁷²⁰.

Pour cette dernière obligation, le Conseil d'État affirme sans équivoque que le groupe de sociétés constitue le cadre du reclassement pour les salariés déclarés inaptes en raison d'une inaptitude d'origine professionnelle. Dans un arrêt rendu le 9 décembre 1998, le Conseil d'État a jugé que la recherche de reclassement ne devait pas être limitée au seul secteur de la production où le salarié protégé était employé, mais s'étendre à l'ensemble des secteurs d'activité de l'établissement⁷²¹.

L'employeur doit établir qu'il a accompli tous les efforts nécessaires pour reclasser le salarié à l'intérieur du groupe. C'est ainsi que le Conseil d'État a décidé : « Qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que, dans la mesure où il n'existait pas de vacance de poste

⁷¹⁹ Cass. soc., 15 février 2011, n° 09-73041. En effet, au niveau de l'entreprise employeur (la société Comap), le médecin du travail a remarqué « qu'il n'y avait pas lieu de prévoir un reclassement au sein de la Société COMAP ». Quant au niveau du groupe, la cour d'appel a constaté que la Société Comap avait adressé des demandes aux autres sociétés du groupe (CLESSES INDUSTRIE ; SOVEG ; COMAP S.A CHECY ; COMAP S.A LYON ; COMAP ABBEVILLE ; COMAP ARREST, RIME et METALIS) leur demandant le reclassement du salarié, mais ces dernières ont apporté des réponses négatives quant aux postes de reclassement possibles.

⁷²⁰ H. Rose ; Y. Struillou, *op. cit.*, p. 247.

⁷²¹ CE, le 9 décembre 1998, *RJS*, 1999, n° 389.

d'employé de bureau dans l'établissement qui employait M. X, la société ait formulé des propositions de reclassement dans les autres succursales du groupe. »⁷²² Dans le même sens, le Conseil d'État a confirmé le jugement de la cour d'appel, lorsqu'il a constaté que cette dernière a bien examiné que l'employeur avait respecté son obligation de reclassement à l'intérieur du groupe auquel il appartient⁷²³.

361. Les arrêts récents rendus par le Conseil d'État confirment cette conception jurisprudentielle qui considère le groupe comme cadre du reclassement du salarié victime d'une inaptitude physique d'origine professionnelle. Dans un arrêt rendu le 7 avril 2011, la haute juridiction administrative a précisé que : « [...] Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par l'inaptitude physique, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant au ministre, de rechercher sous le contrôle du juge, si cette inaptitude est telle qu'elle justifie le licenciement envisagé ; qu'en la circonstance l'avis du médecin du travail auquel il incombe de se prononcer sur l'aptitude du salarié à reprendre de l'emploi qu'il occupait précédemment ou à exercer d'autres tâches existantes, déclare le salarié protégé inapte à tout emploi dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur, qui connaît les possibilités d'aménagement de l'entreprise et peut solliciter le groupe auquel, le cas échéant, celle-ci appartient, de rechercher toute possibilité de reclassement dans l'entreprise ou au sein du groupe, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations des postes de travail ou aménagement du temps de travail. »⁷²⁴

II. La situation relative à l'inaptitude physique d'origine extraprofessionnelle.

362. Au même titre que l'inaptitude physique d'origine professionnelle, la Cour de cassation considère aujourd'hui que le respect de l'obligation de reclassement du salarié victime d'une inaptitude d'origine extra-professionnelle, telle qu'elle ressort des articles L.1226-2 et L.4624-1 du Code du travail s'apprécie à l'intérieur du groupe.

⁷²² CE, 6 avril 1998, n° 163965.

⁷²³ CE, 4 juillet 2005, *Dr. ouv.*, janvier 2006, n° 690, p. 49. M. Boyer, un salarié protégé, a été victime d'un accident du travail. La cour d'appel de Nancy a estimé que la société Renault Automobiles France (l'entreprise employeur) a bien respecté l'obligation de reclassement lorsqu'elle a recherché sans résultat de trouver à M. Boyer un emploi de bureau compatible avec ses capacités physiques dans son établissement de Laxou et dans les autres établissements et les sociétés du groupe.

⁷²⁴ CE, 7 avril 2011, n° 334211.

L'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, en conséquence d'un accident ou d'une maladie non professionnelle, n'exonère pas l'employeur de lui rechercher un autre poste adapté à sa nouvelle situation physique et morale, soit en son sein, soit à l'intérieur du groupe dont il relève.

363. L'implication du groupe dans le périmètre de recherche de reclassement du salarié déclaré inapte en raison d'une maladie non professionnelle a été instituée par l'arrêt Richard. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a affirmé que l'émission par le médecin du travail d'un avis assurant l'impossibilité du reclassement du salarié intéressé dans l'entreprise employeur, ne dispensait pas cette dernière de lui rechercher un travail adapté à ses nouvelles capacités, à l'intérieur du groupe auquel elle appartient.

La haute juridiction a clairement décidé dans cet arrêt que : « la recherche des possibilités de reclassement du salarié déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment en raison d'une maladie doit s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la mutation de tout ou partie du personnel. »⁷²⁵

364. Bien que l'inaptitude soit d'origine non professionnelle, la jurisprudence sociale oblige l'employeur à élargir le périmètre du reclassement aux autres entreprises du groupe auquel il appartient. Une telle conception s'explique, à notre sens, par la volonté de la Cour de cassation d'assurer la sauvegarde de l'emploi des salariés devenant inaptes à accomplir leurs travaux en raison d'une inaptitude extra-professionnelle.

La sauvegarde de l'emploi est considérée comme un droit pour ces salariés, et l'employeur de ces derniers doit, en se fondant sur les conclusions du médecin du travail, effectuer tous les efforts nécessaires pour leur trouver des emplois compatibles avec leurs nouvelles capacités. À cet égard, le groupe contribue à la réalisation de cet objectif puisqu'il

⁷²⁵ Cass. soc., 19 mai 1998, M. Richard c/société Turboméca, *Bull. civ.*, V, n° 264. Le salarié Richard a été déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre son poste de travail, mais apte à une activité locale en position strictement assise. Son employeur (la société Turboméca) a engagé à son encontre une procédure de licenciement en raison de cette inaptitude. Le salarié a estimé que cette mesure était abusive et donc a demandé l'annulation de son licenciement. La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré le licenciement du salarié comme légitime, sans rechercher s'il n'y avait pas possibilité de reclassement dans le groupe auquel appartenait la société Turboméca.

offre au salarié déclaré inapte une possibilité de trouver un autre emploi au sein d'une autre entreprise du groupe compatible avec son état de santé.

365. La solution adoptée dans l'arrêt Richard a été confirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt Castanet. En reprenant la même expression que celle utilisée dans l'arrêt Richard, la Cour de cassation a décidé que les recherches de reclassement du salarié déclaré inapte en raison d'une maladie non professionnelle devaient être effectuées « à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. »⁷²⁶

Dans le même esprit, la Cour de cassation a considéré des associations regroupées dans une fédération comme un groupe dans lequel les recherches de reclassement de la salariée déclarée inapte devaient être faites. Elle arrête ainsi qu' : « une cour d'appel peut décider, par une appréciation souveraine, que plusieurs associations, regroupées dans une fédération, ont des activités de même nature au sein desquelles la permutation de tout ou partie du personnel est possible et forment en conséquence un groupe au sein duquel doit être recherché le reclassement du salarié inapte. »⁷²⁷

En réaffirmant que les recherches de reclassement du salarié victime d'une inaptitude d'origine non professionnelle s'opèrent à l'intérieur du groupe, la jurisprudence récente de la haute juridiction précise que ces recherches ne doivent pas être limitées aux entreprises du groupe situées dans un périmètre régional précis. Selon la Cour de cassation, même si le salarié intéressé exprime sa volonté d'être reclassé dans une entreprise située dans un périmètre régional déterminé, son entreprise employeur est tenu de rechercher son reclassement sur l'ensemble du territoire national parmi les entreprises du groupe dont elle relève⁷²⁸.

⁷²⁶ Cass. soc. 16 juin 1998, Société Paragerm c/ M.Castanet, *Bull. civ.*, V, n° 322.

⁷²⁷ Cass. soc., 6 janvier 2010, Association Apajh 95 c/Marchand, *RJS*, 3/10, n° 253.

⁷²⁸ Cass. soc., 16 novembre 2011, *RJS*, 1/2012, n° 26, p. 37. Dans cette affaire, un salarié est déclaré inapte par le médecin du travail pour accomplir son travail comme conducteur d'engins, et a donc été licencié par son employeur (société Eurovia Centre Loire). Ce salarié a souhaité son reclassement au sein d'une entreprise du groupe Vinci située dans le département de l'Eure-et-Loir. En confirmant le raisonnement de la cour d'appel, la Cour de cassation a considéré comme insuffisante la recherche de reclassement limitée aux sociétés du groupe Vinci situées dans le département de l'Eure-et-Loir. La haute juridiction précise que : « quelle que soit la position prise par le salarié, la recherche de reclassement doit s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel

§ II. La situation relative au licenciement économique.

366. L'article L.1233-4 du Code du travail inclut expressément le groupe de sociétés dans le périmètre de recherche du reclassement des salariés licenciés pour motif économique⁷²⁹. Tout licenciement pour motif économique décidé par l'employeur sans qu'il respecte cette obligation sera sans cause réelle et sérieuse. Cette mesure doit être respectée quelle que soit la situation dans laquelle se trouve son entreprise ; soit dans une situation ordinaire (I), soit soumise à une procédure collective (II).

I.L'entreprise dans une situation ordinaire.

367. Les recherches de reclassement du salarié dont le licenciement économique est envisagé doivent cibler les entreprises du groupe situées en France (A), et celles situées à l'étranger (B).

A. Le reclassement au niveau national.

368. Que ce soit un licenciement économique de nature individuel (1), ou collectif (2), le groupe de sociétés constitue le cadre où les recherches de reclassement doivent être effectuées.

1. Le reclassement dans le cadre du licenciement économique individuel.

369. Le Conseil d'État et la chambre sociale de la Cour de cassation affirment sans ambiguïté que l'employeur est tenu, avant le licenciement économique du salarié, de rechercher son reclassement non seulement dans les limites de son entreprise, mais également à l'intérieur du groupe dont il relève.

appartient l'employeur, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ».

⁷²⁹ La directive européenne 98/59/CE du 20 juillet 1998, modifiant les directives 92/56 du 24 juin 1992 et 75/129 du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs, impose le reclassement des salariés licenciés pour motif économique. Elle dispose dans l'article 2-2 al. 1, que les consultations des représentants des travailleurs portent « sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés ».

370. Le Conseil d'État a été le premier à élargir le périmètre du reclassement aux autres entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise employeur. Cette prise en considération du groupe a été ouverte par un arrêt rendu le 18 janvier 1980 suivant lequel le Conseil d'État a décidé que les perspectives de reclassement concernaient l'ensemble des sociétés composant le groupe et non la seule société qui a embauché le salarié dont le licenciement est décidé.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État affirme que l'autorité administrative ne peut autoriser le licenciement économique d'un salarié protégé sans examiner la possibilité de son reclassement dans l'ensemble des sociétés composant le groupe dont relève la société employeur. Toute décision prise par l'autorité administrative, en toute méconnaissance de cette mesure, serait « entachée d'une erreur de droit. »⁷³⁰

À l'exception d'un arrêt rendu le 5 juin 1991⁷³¹, la majorité des arrêts a confirmé la jurisprudence du Conseil d'État de 1980. Dans cet esprit, la haute juridiction administrative a qualifié une décision du ministre des affaires sociales et de l'emploi « d'entachée d'une erreur de droit », parce qu'elle a apprécié le respect de l'obligation de reclassement au seul sein de la société employeur⁷³².

371. Les arrêts rendus dernièrement ne font qu'affirmer la nécessité pour l'administration d'apprécier les efforts accomplis par l'employeur pour le reclassement du salarié protégé à l'intérieur du groupe auquel il appartient. Dans un arrêt rendu le 12 janvier 2011, le Conseil

⁷³⁰ CE 18 janvier 1980, *Ministre du Travail c/ Fédération des cadres de la chimie et des industries annexes*. D., 1980, p. 259, note de A. Lyon-Caen. Par une décision, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé, à la demande, d'une part, de la fédération des cadres de la chimie et des industries annexes-C.G.C. et, d'autre part, de Mme Fournier et de M. Courtial, l'autorisation du directeur du travail et de la main-d'œuvre du Puy-de-Dôme de licencier pour cause économique 21 salariés pour le compte des sociétés Ferlux et Ferlux-Labo. Le ministre du travail par voie de recours a demandé l'annulation du jugement du tribunal administratif. Le Conseil d'État a rejeté le recours du ministre du travail en estimant que : « le ministre s'est fondé exclusivement sur la situation des deux sociétés Ferlux et Ferlux-Labo, alors qu'il existait notamment d'autres sociétés dans le même groupe, que faute d'avoir tenu compte de la situation de l'ensemble de celles-ci, le ministre a entaché sa décision d'une erreur de droit. »

⁷³¹ CE, 5 juin 1991, n° 90379. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a considéré que l'administration n'était pas tenue d'examiner la possibilité du reclassement de la salariée dans les autres sociétés du groupe.

⁷³² CE 11 juillet 1991, n° 85035. Le Conseil d'État arrête : « Considérant que la Compagnie française de Textile, filiale du groupe Bata-France, a repris par contrat de location gérance, la société anonyme Marbot, autre filiale dudit groupe ; que pour autoriser le licenciement pour motif économique de Madame Parade, Messieurs Ridouin, Gady, Siriex et Coudert, le 17 janvier 1986, le ministre des Affaires sociales et de l'Emploi s'est borné à examiner les possibilités de reclassement desdits salariés uniquement au sein de la société Marbot et non dans l'ensemble des établissements du groupe Bata dont elle faisait partie ; qu'ainsi ladite décision est entachée d'une erreur de droit. »

d'État a confirmé que le groupe constituait le cadre où les recherches de reclassement devaient être effectuées⁷³³.

Dans le même esprit, il a énoncé que pour que l'obligation de reclassement soit justifiée, l'entreprise employeur était tenue, non seulement de démontrer l'impossibilité de reclasser le salarié en son sein, mais également d'établir cette impossibilité à l'intérieur du groupe auquel elle appartient⁷³⁴.

372. Concernant la mise en œuvre de l'obligation de reclassement, la haute juridiction administrative retient que les recherches de reclassement doivent cibler dans un premier temps l'entreprise employeur du salarié intéressé. L'obligation de reclassement ne sera pas satisfaite s'il s'avère que les propositions de reclassement présentées par l'employeur ont visé préalablement les autres entreprises du groupe⁷³⁵. Les tribunaux administratifs insistent, eux aussi, sur le respect de cette mesure. Dans une décision rendue le 17 octobre 1994, le tribunal administratif d'Amiens a affirmé que le reclassement du salarié protégé devait s'opérer par priorité au sein de l'entreprise employeur⁷³⁶.

373. Le droit des salariés au reclassement à l'intérieur du groupe a été reconnu également par la chambre sociale de la Cour de cassation, au début des années 1990. Dans un arrêt rendu

⁷³³ CE 12 janvier 2011, *RJS*, 4/2011, n° 351. Le Conseil d'État arrête : « Pour apprécier si l'employeur a satisfait à l'obligation de reclassement qui lui incombe avant de procéder au licenciement économique d'un salarié protégé, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, dans l'hypothèse où il n'existe pas d'emploi équivalent au sein de l'entreprise, de vérifier si cette dernière a cherché à reclasser le salarié sur des emplois équivalents au sein du groupe auquel elle appartient ».

⁷³⁴ Le Conseil d'État arrête : « L'employeur ne saurait, pour établir que l'obligation à sa charge a été remplie au sein du groupe, se borner à faire état des seules mesures d'ordre général mises en œuvre pour favoriser le reclassement de ses salariés au sein du groupe. L'affirmation selon laquelle l'ensemble des sociétés du groupe connaissait alors des difficultés rendant impossible le reclassement du salarié sur un emploi équivalent au sein de ce groupe n'est pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé ». *Ibid.*

⁷³⁵ CE, 24 février 1988, n° 57757. Le Conseil d'État arrête : « l'employeur n'a pas en réalité recherché s'il était possible de proposer à MM .Levy, Causset et Callis, dans l'entreprise, des emplois équivalents à ceux qui se trouvaient supprimés et qui leur auraient permis de continuer à assumer leurs fonctions représentatives ».

⁷³⁶ Tribunal administratif d'Amiens, décision du 17 octobre 1994, *Dr. ouv.*, avril 1995, p. 192, note de P. Rennes. La société Causse Walon a demandé l'autorisation de procéder au licenciement collectif de salariés, parmi lesquels figurant M. Thorel, qui travaillait comme chauffeur poids-lourd et délégué syndical, représentant syndical et délégué suppléant du personnel. Par décision en date du 24 février 1993, l'inspecteur du travail a refusé l'autorisation de licencier M. Thorel. Sur recours hiérarchique formé par la société Causse Walon, le ministre de l'équipement, des transports et du tourisme a annulé la décision de l'inspecteur du travail, et a autorisé le licenciement de M. Thorel, aux motifs que la dégradation des résultats depuis 1992 rendait inévitable une réduction des effectifs et justifiait le licenciement de M. Thorel. Pour justifier cette décision, le ministre s'était fondé sur le fait que M. Thorel a bénéficié de huit offres de reclassement au sein du groupe et qu'il les a refusées. Le tribunal administratif d'Amiens a censuré la décision du ministre, jugeant que la société Causse Walon, bien qu'elle ait présenté à M. Thorel des offres de reclassement au sein du groupe, n'a pas satisfait à son obligation de reclassement l'obligeant à rechercher des possibilités d'emploi par priorité en son sein.

le 20 février 1991, la Cour de cassation arrête que : « la réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée. »⁷³⁷ Cet arrêt a clairement précisé qu'une entreprise ne pouvait licencier un salarié pour motif économique sans réaliser préalablement des recherches visant à son reclassement en son sein et à l'intérieur du groupe auquel elle est rattachée⁷³⁸.

Les solutions jurisprudentielles rendues par la suite se sont alignées sur la position exprimée par la haute juridiction dans l'arrêt du 20 février 1991. Dans ce sens, la Cour de cassation a arrêté, dans un arrêt rendu le 15 mai 1991 que : « la réalité des motifs économiques du licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié [devaient] s'apprécier dans le cadre du groupe ainsi constitué. »⁷³⁹

Dans le même esprit, la reconnaissance du groupe comme cadre d'application de l'obligation de reclassement a été confirmée par l'arrêt Chevalier du 25 juin 1992. En utilisant, à peu de chose près, la même formulation que celle employée dans les deux premiers arrêts, la Cour de cassation a arrêté : « La réalité du motif économique d'un licenciement et la recherche des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné. »⁷⁴⁰.

374. Cependant, et contrairement aux arrêts susmentionnés qui ont inclus d'une manière générale l'ensemble des entreprises du groupe dans le périmètre des recherches de reclassement, la haute juridiction a précisé ce périmètre dans l'arrêt Chevalier, en ciblant uniquement que les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent de trouver

⁷³⁷ Cass. soc., 20 février 1991, Daunas c/ SARL Phocedis, *Bull. civ.*, V, n° 86.

⁷³⁸ L'obligation de chercher à reclasser le salarié intéressé à l'intérieur du groupe de sociétés, avant son licenciement, a été explicitement énoncée par la haute juridiction qui affirme : « La cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si le salarié ne pouvait être reclassé au sein du groupe auquel la société qui l'employait appartenait, a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ». *Ibid.*

⁷³⁹ Cass. soc., 15 mai 1991, Gangler contre société Novatome et autre, *D.*, 1992, sommaires commentés, p. 293, note de A. Lyon-Caen. Contrairement au raisonnement de la cour d'appel, la haute juridiction dans cet arrêt a estimé que la société mère était bien partie au litige, quoi qu'elle n'eût pas été directement partie au contrat de travail avec le salarié intéressé, et que par conséquent cette société devait être prise en compte dans le périmètre des recherches du reclassement dudit salarié. Pour adopter cette position, la Cour de cassation a relevé l'existence d'une étroite imbrication entre la société mère et la société employeur : la spécialisation des deux sociétés dans les applications industrielles de l'énergie nucléaire, la détention d'une fraction importante du capital de la société filiale par la société mère, et la répartition des tâches de la société filiale par la société mère.

⁷⁴⁰ Cass. soc., 25 juin 1992, M. Chevalier c/ société Phocedis, *Bull. civ.*, V, n° 420.

un emploi au salarié intéressé⁷⁴¹. Cette précision est réaffirmée par les arrêts – dont celui du 4 mars 2009⁷⁴² – qui ont été rendus ultérieurement.

375. D'un autre côté, la Cour de cassation affirme que le reclassement du salarié intéressé ne peut être effectué que dans le cadre d'un groupe de sociétés. La seule détention d'une partie du capital d'une société par une autre ne signifie pas qu'elles constituent un groupe et que par conséquent la permutation du personnel peut s'opérer entre elles. La haute juridiction oblige les juges du fond, lorsqu'ils examinent le respect de l'obligation de reclassement, de caractériser préalablement l'existence du groupe⁷⁴³.

2. Le reclassement dans le cadre d'un licenciement économique collectif.

376. Lorsque le licenciement économique est de nature collective, le législateur impose l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (a). Cependant, l'élaboration de ce plan nous conduit à nous interroger sur son articulation avec l'obligation individuelle de reclassement (b).

a. L'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

377. Dans les licenciements collectifs, le législateur impose l'élaboration d'un *plan de sauvegarde de l'emploi* (PSE). Comme le prévoit l'article L.1233-61 du Code du travail, l'élaboration de ce plan est obligatoire dans toute entreprise employant au moins 50 salariés et qui envisage de licencier au moins 10 salariés sur 30 jours.

Le juge, lorsqu'il constate que le licenciement est décidé sans respecter le PSE, peut, en vertu de l'article L.1235-11 du Code du travail, « ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de

⁷⁴¹ La Cour de cassation a clairement précisé, dans l'arrêt Chevalier, que les recherches de reclassement doivent être effectuées : « [...] parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». *Ibid.*

⁷⁴² La haute juridiction arrête : « L'employeur est tenu avant tout licenciement économique, d'une part, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettant d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, d'autre part, de proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure ». Cass. soc., 4 mars 2009, Sté PMB c/ Blanchard et a, *JCP, S*, 2009, n° 18, p. 33, note P.-Yves Verkindt.

⁷⁴³ Cass. soc., 10 février 2009, *RDT*, n° 6, juin 2009, p. 377, note Y. Chagny.

ce dernier. ». Imaginé par les partenaires sociaux et instauré par la loi du 2 août 1989, le plan social, renommé *plan de sauvegarde de l'emploi* par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, a pour objectif, comme l'énonce le texte précité, d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre⁷⁴⁴.

378. Au niveau de la forme, le PSE est un acte juridique unilatéral de l'employeur⁷⁴⁵. Ce dernier doit le présenter aux représentants du personnel en début de procédure pour qu'ils donnent leurs propositions⁷⁴⁶. L'employeur est également tenu de le présenter à l'administration du travail⁷⁴⁷.

379. Au niveau du contenu, les dispositions du plan visent deux objectifs essentiels : le premier a pour but d'éviter les licenciements ou au moins d'en réduire le nombre. Le second vise le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité⁷⁴⁸. Les dispositions contenues dans le PSE peuvent être cumulées avec celles conçues par un accord collectif, si ce dernier prévoit des mesures plus favorables aux salariés⁷⁴⁹.

b. L'articulation entre l'obligation d'établir le PSE et l'obligation de reclassement.

380. Une question se pose à savoir comment l'obligation d'établir un PSE, lorsque les conditions requises de cette élaboration sont réunies, peut-elle s'articuler avec l'obligation de reclassement individuel ? En d'autres termes, l'élaboration dudit plan exigée par l'article L.1233-61 du Code du travail exonère-t-elle l'employeur de respecter l'obligation de reclassement imposée par l'article L.1233-4 du Code du travail ? La réponse est incontestablement négative puisque, que ce soit au niveau légal ou jurisprudentiel, la nécessité pour l'employeur de respecter l'obligation de reclassement individuel est affirmée bien qu'un PSE ait été établi par lui.

⁷⁴⁴ J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz 2010, p. 587 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien 2010, p. 500.

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ Art. L.1233-31 du Code du travail. S'il n'y a pas de représentants du personnel, le plan est affiché sur les lieux de travail (art. L.1233-49 du Code du travail).

⁷⁴⁷ Art. L.1233-48 du Code du travail.

⁷⁴⁸ J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *op.cité*, p. 589 ; A. Mazeaud, *op.cité*, p. 505.

⁷⁴⁹ Cass. soc., 26 janvier 2000, M. Giardina c/ société Total raffinage, *RJS*, 3/2000, n° 267 ; Cass. soc., 23 juin 1999, Mauvais et autres c/ société Total raffinage distribution, *RJS*, 1999, n° 1045.

381. Au niveau légal, pour éviter toute ambiguïté portant sur la combinaison entre l'obligation d'établir un PSE et l'obligation de reclassement, et afin de préciser que l'élaboration du PSE ne peut dispenser l'employeur de respecter l'obligation de reclassement, le législateur, dans l'article L.1233-61-2 du Code du travail⁷⁵⁰, définit comment ces deux obligations peuvent s'articuler.

Le législateur prévoit que le PSE « intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité. » Cette disposition signifie que le plan de reclassement prend place à l'intérieur du PSE, autrement dit, le plan de reclassement constitue un sous-ensemble du PSE⁷⁵¹. Dans le cadre du plan de reclassement, l'employeur est tenu de préciser les actions et les mesures qu'il envisage d'accomplir pour faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne peut être évité.

382. Concernant l'implication du groupe de sociétés, si au niveau de la forme les conditions d'effectifs et le nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un PSE s'apprécient au niveau de l'entreprise employeur⁷⁵², le législateur affirme expressément qu'au niveau du fond : « la validité du PSE est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe. »⁷⁵³.

Cela signifie que lesdites actions et mesures contenues dans le PSE, qui visent au reclassement des salariés dont le licenciement est envisagé, doivent être situées au niveau du groupe. L'entreprise employeur doit définir comment elle envisage de trouver des postes dans

⁷⁵⁰ Cette disposition est issue de la loi du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, JO, 30 janvier 1993, p. 1576.

⁷⁵¹ G. Couturier, « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993 », *Dr. soc.*, mars 1993, p. 220.

⁷⁵² La Cour de cassation a affirmé une solution de principe exprimée dans plusieurs arrêts selon laquelle les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient uniquement au niveau de l'entreprise employeur, sans prendre en considération le fait que celle-ci fait partie d'un groupe. Un arrêt rendu le 28 janvier 2009 illustre cette tendance, suivant laquelle la Cour de cassation affirme : « L'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan ». Cass. soc., 28 janvier 2009, *Dr. ouv.*, 2009, p. 313. Cependant, par exception, la Cour de cassation a décidé « qu'il en [allait] autrement, dans le cadre d'une unité économique et sociale, la décision de licencier [ayant] été prise au niveau de cette UES ». La Cour de cassation a confirmé le jugement de la cour d'appel, en estimant que : « la cour d'appel qui a constaté que les projets de licenciements économiques soumis au comité d'entreprise de l'UES, avaient été décidés au niveau de la direction commune aux sociétés composant l'unité économique et sociale, en a exactement déduit que les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi devaient être vérifiées dans l'ensemble de l'UES ». Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-69485.

⁷⁵³ L.1235-10-2 du Code travail.

les autres entreprises composant le groupe, notamment celles dont l'activité et l'organisation permettent la permutation de tout ou partie des salariés dont le licenciement est décidé.

L'employeur est tenu, en vertu de l'article L.1235-10 du Code du travail, de présenter aux représentants des salariés le plan de reclassement intégré dans le PSE. S'il manquait à cette obligation, la procédure de licenciement serait nulle. Cette mesure obligatoire, qui complète l'article L.1233-61-2 du Code du travail, ne peut qu'affirmer la nécessité faite à l'employeur de respecter le reclassement des salariés dans le cadre du PSE.

Le juge⁷⁵⁴ contrôle avec beaucoup d'attention les mesures contenues dans le PSE notamment celles relatives au reclassement. Il vérifie si ces mesures sont suffisamment précises et concrètes. À ce propos, la Cour de cassation a jugé que : « le plan social en ce qui concernait le reclassement interne des salariés ne comportait aucune indication sur le nombre et la nature des emplois qui pouvaient leur être proposés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. »⁷⁵⁵

Dans le même esprit, la Cour de cassation a affirmé que : « le plan social, lequel précisait que des reclassement pouvaient être envisagés au sein du groupe, ne comportait cependant aucune indication sur le nombre, la nature et la localisation des emplois qui pouvaient être offerts aux salariés dans onze des sociétés composant le groupe, où la recherche d'emploi n'a pas été conduite et dont il n'est rien dit quant à l'activité, l'organisation et le lieu d'exploitation. »⁷⁵⁶

383. Au niveau jurisprudentiel, la Cour de cassation et le Conseil d'État confirment que l'obligation d'établir un PSE et l'obligation de reclassement sont deux obligations légales distinctes qui doivent être séparées et respectées toutes les deux par l'employeur. La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé cette distinction, dans plusieurs arrêts dont celui

⁷⁵⁴ Le juge civil (tribunal de grande instance, la juridiction en référé en cas d'action collective, et le conseil de prud'hommes, en cas d'action individuelle) est le juge naturel qui vérifie la validité des plans sociaux et reçoit les actions de contestation relatives aux plans. H. Rose et Y. Struillou, *op. cit.*, p. 842.

⁷⁵⁵ Cass. soc., 17.mai 1995, Comité central d'entreprise de la société Everite c/ société Everite, *Bull. civ.*, V, n° 159.

⁷⁵⁶ Cass. soc., 18.novembre 1998, Sté Kayserberg c/Syndicat Filpac CGT d'Alsace et comité d'établissement, *RJS*, 1999, n° 30.

rendu le 30 novembre 1994, en stipulant : « L'employeur qui se contente d'orienter un salarié, compris dans licenciement collectif, vers l'antenne emploi mise en place par l'entreprise en application d'un plan social, alors qu'il ne tente rien pour lui permettre de retrouver un poste au sein du groupe, ne satisfait pas à son obligation de reclassement. En conséquence, le comportement de l'employeur ouvre le droit, pour le salarié, à des dommages et intérêts pour violation de l'obligation de reclassement. »⁷⁵⁷

La même solution a été affirmée par la haute juridiction judiciaire dans un arrêt rendu le 16 décembre 1998, qui affirme : « Avant tout licenciement pour motif économique, l'employeur doit rechercher et proposer aux salariés les postes disponibles, même lorsqu'un plan social a été établi. Une cour d'appel ne peut se contenter de constater qu'une cellule d'emploi destinée au reclassement des salariés a été mise en place sans vérifier si l'employeur a mis en œuvre les possibilités de reclassement prévues ou non par le plan social »⁷⁵⁸

La Cour de cassation affirme que l'employeur est tenu de respecter les engagements pris dans le plan de reclassement intégré dans le PSE, visant au reclassement des salariés dont le licenciement est décidé. Dans le cas inverse, l'employeur manque à l'obligation de reclassement, et les licenciements décidés seront par conséquent dépourvus de cause réelle et sérieuse⁷⁵⁹.

384. Au même titre que la Cour de cassation, le Conseil d'État considère à son tour que l'élaboration d'un PSE par l'employeur ne peut l'exonérer de respecter son obligation de reclassement au profit du salarié protégé. L'autorité administrative, sous le contrôle des juges administratifs, ne peut autoriser le licenciement d'un salarié protégé que si elle a constaté que l'employeur a bien tenté sans résultat de trouver audit salarié un emploi équivalent, en son sien et au niveau du groupe auquel elle appartient.

⁷⁵⁷ Cass. soc., 30 novembre 1994, *RPDS*, 1995, n° 599, p. 79.

⁷⁵⁸ Cass. soc., 16 décembre 1998, *SSL*, 1999, n° 915, p. 14.

⁷⁵⁹ La Cour de cassation arrête : « Le plan intégré au plan social en application de l'art. L.321-4-1 (actuellement L.1233-61-2 du Code du travail) a pour objet, dans les licenciements collectifs de plus de dix salariés sur une période de trente jours, d'assurer l'obligation de reclassement de l'employeur ; en ne respectant pas les engagements pris dans ce plan, l'employeur manque nécessairement à l'obligation de reclassement et le licenciement du salarié, victime de ce manquement, se trouve de ce fait dépourvu de cause réelle et sérieuse. » Cass. soc., 6 juin 2000, *Sté Ronéo c/ CFDT de la métallurgie des Deux-Sèvres*, *D.* 2000, IR, p. 182.

La haute juridiction administrative affirme que l'autorité administrative et les juges du fond doivent premièrement vérifier, en application de l'article L.1233-61-2 du Code du travail, que l'employeur intègre au PSE le plan visant le reclassement du ou des salariés protégés, et deuxièmement examiner le caractère sérieux des mesures tendant au reclassement du salarié intéressé au sein de l'entreprise employeur et au niveau du groupe auquel elle appartient.

À ce titre, dans un arrêt rendu le 24 février 1988, le Conseil d'État, bien qu'il ait constaté que l'entreprise employeur avait présenté un plan social, selon lequel elle devait s'efforcer de chercher à muter les salariés protégés intéressés, soit à l'intérieur du groupe, soit à l'intérieur de l'entreprise, a jugé que : « l'employeur n'[avait] pas en réalité recherché s'il était possible de proposer dans l'entreprise à MM X..., Y... et Z... des emplois équivalents à ce qui se trouvaient supprimés et qui leur auraient permis de continuer à assurer leurs fonctions représentatives. »⁷⁶⁰

Dans le même sens, la haute juridiction administrative, dans un arrêt rendu le 20 mars 1996, affirme : « La société se borne à soutenir que, dans le cadre du plan social qui accompagne son projet de restructuration, elle a recensé et diffusé auprès de l'ensemble des membres du personnel qui faisaient l'objet de mesures de licenciement économique, les informations sur les emplois offerts tant par elle-même que par les autres sociétés du groupe ; toutefois, les actions qu'elle a ainsi menées ne la dispensaient pas de procéder à un examen particulier de la situation de M. D... ; qu'ainsi, elle n'établit pas qu'elle aurait été dans l'impossibilité d'assurer le reclassement de M. X..., eu égard à sa qualification, au sein du groupe auquel elle appartient. »⁷⁶¹

B. Le reclassement au niveau international.

385. Il est aujourd'hui acquis que les possibilités de reclassement en matière de licenciement économique doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel⁷⁶². Toutefois, une question se pose à

⁷⁶⁰ CE, 24 février 1988, n° 57757.

⁷⁶¹ CE, 20 mars 1996, n° 1528551.

⁷⁶² Cass. soc., 25 juin 1992, M. Chevalier c/ Société Phocédis, *Bull. civ.*, V, 420.

propos de l'implication des entreprises du groupe situées à l'étranger dans le périmètre du reclassement : pour que l'obligation du reclassement soit satisfaite, l'entreprise employeur doit-elle étendre le périmètre de recherche du reclassement aux entreprises du groupe auquel elle appartient, y compris celles situées à l'étranger ?

386. Aujourd'hui, la loi du 18 mai 2010 implique sans équivoque les entreprises du groupe situées à l'étranger dans le périmètre du reclassement (2). Avant la promulgation de cette loi, la position prépondérante de la jurisprudence prenait en considération les entreprises établies à l'étranger dans ledit périmètre (1).

1. La position jurisprudentielle avant la loi du 18 mai 2010.

387. Avant la loi du 18 mai 2010, la tendance dominante de la jurisprudence de la Cour de cassation impliquait les entreprises du groupe situées à l'étranger dans le champ d'application des recherches du reclassement. Dans un arrêt rendu le 7 octobre 1998, la haute juridiction décide qu'« Une cour d'appel retient à bon droit que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers. »⁷⁶³

En vertu de cet arrêt, l'employeur était tenu, avant le licenciement économique du salarié, de rechercher le reclassement de ce dernier dans les entreprises du groupe, y compris celles établies à l'étranger. La Cour de cassation a mis seulement deux conditions pour que l'implication des entreprises étrangères soit opérationnelle.

La première condition, au même titre que les entreprises du groupe situées sur le territoire national, c'est que l'activité de ces entreprises situées à l'étranger, leur organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer le reclassement du salarié intéressé. Quant à la deuxième condition, la Cour de cassation a exigé que la législation du travail applicable dans les pays où sont établies ces entreprises permette l'emploi de salariés étrangers.

⁷⁶³ Cass. soc., 7 octobre 1998, Sté Landis et Gyr Building Control c/ Bellanger, *RJS* 11/98, n° 1352.

388. Suivant le même raisonnement adopté dans l'arrêt du 7 octobre 1998, la haute juridiction judiciaire a confirmé, dans un arrêt du 4 décembre 2007, la nécessité de prendre en considération les entreprises du groupe situées à l'étranger dans le périmètre de recherche du reclassement, tant que les deux conditions requises mentionnées dans l'arrêt précédent étaient réunies. Elle arrête que : « Les possibilités de reclassement doivent s'apprécier à la date où les licenciements sont envisagés et être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, sauf à l'employeur de démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers n'en permet pas le reclassement. »⁷⁶⁴

L'originalité de cet arrêt par rapport à l'arrêt du 7 octobre 1998, c'est qu'il a affirmé que l'employeur devait prouver l'impossibilité de reclasser le salarié, non seulement dans les entreprises du groupe situées sur le territoire national, mais également dans les entreprises situées à l'étranger.

En l'espèce, la cour d'appel a qualifié le licenciement de la salariée intéressée (ingénieur en informatique) comme économique après avoir relevé le caractère contraignant de la législation suisse en matière d'emploi de salariés étrangers. Ce jugement de la cour d'appel a été cassé par la Cour de cassation, parce qu'il n'a pas précisé « en quoi la législation helvétique était de nature à empêcher le reclassement de la salariée. »⁷⁶⁵

389. À l'origine, le Conseil d'État refusait d'étendre le périmètre du reclassement aux entreprises du groupe situées à l'étranger. Contrairement à l'appréciation des difficultés économiques alléguées pour la justification d'un licenciement économique⁷⁶⁶, la haute juridiction administrative limitait le cadre de l'obligation du reclassement du salarié protégé « aux sociétés du groupe ayant leur siège en France et dans les établissements de ce groupe situés sur le sol national. »⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ Cass. soc., 4 décembre 2007, FS-P+B, Geoffroy c/ CGEA de Nancy et a, *JCP, S*, 2008, n° 13, p. 26, note P.-Y. Verkindt.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ Le Conseil d'État a pris en considération l'ensemble des sociétés du secteur d'activité du groupe y compris celles établies à l'étranger pour l'appréciation des difficultés économiques alléguées pour le licenciement du salarié protégé. CE, 8 juillet 2002, *JSL*, 2002, n° 111, p. 7, note de M.-C. Haller, *op. cit.*

⁷⁶⁷ CE, 22. mai 1995, n° 157.427.

Cette conception restrictive du cadre du reclassement a évolué au profit d'une nouvelle conception qui implique les entreprises du groupe établies à l'étranger dans ce cadre. Cette évolution a été formulée dans un arrêt, rendu le 4 février 2004, dans lequel le Conseil d'État a affirmé : « Considérant que pour apprécier les possibilités de reclassement, l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique par une société appartenant à un groupe, ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de la société où se trouve l'emploi du salarié protégé concerné par le licenciement ; qu'elle est tenue, dans le cas où cette dernière relève d'un groupe, et pour ceux des salariés qui ont manifesté à sa demande leur intérêt de principe pour un reclassement à l'étranger, de faire porter son examen sur les possibilités de reclassement pouvant exister dans les sociétés du groupe, y compris celles ayant leur siège à l'étranger. »⁷⁶⁸

À travers cet arrêt, deux points ont été clairement définis par le Conseil d'État. Premièrement, l'autorité administrative contrôlée par les juges est tenue, avant d'autoriser le licenciement économique d'un salarié protégé, de vérifier que l'employeur prend en compte les entreprises du groupe situées à l'étranger dans les recherches visant au reclassement de ce salarié.

Deuxièmement, le Conseil d'État estime que cette mesure n'est obligatoire que pour les salariés protégés qui ont manifesté leur volonté d'un reclassement à l'étranger. Dès lors, l'employeur est tenu de demander au salarié s'il est intéressé par un reclassement hors du territoire national. Une réponse négative du salarié peut seule exonérer l'employeur d'inclure les entreprises étrangères dans le périmètre du reclassement.

2. La position légale conçue par loi du 18 mai 2010.

390. Prendre en compte les entreprises du groupe situées à l'étranger, dans le périmètre du reclassement, demeure une obligation légale affirmée clairement depuis la promulgation de la loi du 18 mai 2010⁷⁶⁹ (a). Pour que cette obligation soit encadrée, cette loi a conçu des dispositions relatives à sa mise en œuvre (b).

⁷⁶⁸ CE, 4 février 2004, n° 255956, Sté Ownes CORNING FIBERGLASS France c/ M.X.

⁷⁶⁹ La loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 (JORF n° 0114 du 19 mai 2010, p. 9209) visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement.

a. L'affirmation de l'internationalisation du reclassement.

391. Aujourd'hui, prendre en considération les entreprises étrangères du groupe dans le périmètre de l'obligation de reclassement est expressément reconnu par le législateur. Ce dernier, prévoit dans l'article L.1233-4-1 du Code du travail⁷⁷⁰ que : « lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause... »

Ce texte est de nature impérative, puisque tout licenciement économique sera dépourvu de cause réelle et sérieuse si les juges constatent que l'obligation de rechercher le reclassement du salarié intéressé dans les entreprises situées à l'étranger n'est pas respectée par l'employeur.

À cet égard, une question se pose sur l'articulation entre l'article L.1233-4-1 et l'article L.1233-4 du Code du travail : le premier article écarte-t-il l'application du deuxième lors d'un reclassement international ? Autrement dit, le premier texte cible-t-il le reclassement international, tandis que le deuxième, à portée générale, vise uniquement le reclassement national ?

392. Il nous semble que l'objectif du législateur à travers l'article L.1233-4-1 du Code du travail n'est pas l'élimination de l'article L.1233-4 Code du travail, mais la simple affirmation que l'employeur est également tenu de rechercher le reclassement du salarié dans les entreprises situées à l'étranger. Une telle affirmation vise à ne pas laisser l'implication des entreprises situées à l'étranger dans le périmètre de reclassement au pouvoir discrétionnaire des juges.

Le législateur part du postulat que la majorité des groupes possèdent des sociétés situées à l'étranger, et donc ces dernières doivent être prises, au même titre que les sociétés établies en France, dans le périmètre du reclassement. Dès lors, nous estimons que l'article L.1233-4-1 du Code du travail n'écarte pas l'article L.1233-4, mais le complète.

⁷⁷⁰ Cet article unique est créé par la loi du 18 mai 2010.

393. Toutefois, si le législateur, dans l'article L.1233-4-1 du Code du travail, à travers l'expression « hors du territoire national » a montré que les offres de reclassement présentées par l'employeur au salarié intéressé pouvaient viser toutes les entreprises du groupe situées à l'étranger sans distinction de pays⁷⁷¹, il n'a pas précisé en revanche la nature des entreprises susceptibles de proposer un emploi au salarié. En effet, l'expression « dans chacune des implantations en cause » paraît vague en ce qu'elle ne précise pas si les offres de reclassement proposées par l'employeur doivent cibler toutes les entreprises établies à l'étranger, ou uniquement celles pouvant réellement accueillir le salarié dont le licenciement est envisagé.

394. En ce qui concerne le contenu du reclassement à l'étranger, on se demande si l'employeur est tenu de proposer au salarié intéressé des offres de reclassement suivant les directives de l'article L.1233-4, alinéa 2 du Code du travail ?⁷⁷² En effet, l'emploi proposé par l'employeur au salarié hors du territoire national doit-il être de la même catégorie ou au moins équivalent pour une rémunération équivalente par rapport à celui qu'il occupait en France ?

L'article L.1233-4, alinéa 2 du Code du travail ne donne aucune précision sur cette question, mais sa portée générale laisse présager que l'emploi équivalent pour une rémunération équivalente doit être recherché en France comme à l'étranger. Toutefois, si l'appréciation de l'équivalence de l'emploi ne pose pas beaucoup de problème à l'étranger⁷⁷³, l'appréciation de la rémunération équivalente peut en poser⁷⁷⁴. En général, l'appréciation de

⁷⁷¹ À titre d'exemple, une offre de reclassement pour un salarié français peut viser une entreprise située en Allemagne comme une entreprise établie au Maroc.

⁷⁷² L'article L.1233-4, alinéa 2 du Code du travail dispose que : « Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent [...] ». La loi du 18 mai 2010 a complété cet article par l'expression « assortie d'une rémunération équivalente ». Un emploi d'une catégorie inférieure peut être recherché pour le salarié intéressé, si l'employeur ne peut lui trouver un emploi équivalent. Le législateur dispose dans cet article qu' : « à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure. » Il faut noter que les offres de reclassement étaient souvent jugées décevantes. Certes, l'employeur est tenu légalement de proposer au salarié intéressé un emploi de même catégorie ou équivalent à celui qu'il occupait précédemment, mais, en réalité, les offres qu'il proposait étaient insatisfaisantes, parce qu'elles étaient soumises à son pouvoir discrétionnaire. Pour corriger cette lacune, l'employeur, dans le cadre de la loi du 18 mai 2010, demeure obligé de présenter au salarié intéressé un emploi équivalent « assorti d'une rémunération équivalente ». C'est pour cette raison que la loi du 18 mai 2010 est présentée comme une loi « visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement. »

⁷⁷³ À titre d'exemple, un ingénieur cadre en informatique licencié en France, doit être reclassé dans un emploi où il conserve son statut de cadre en informatique, soit dans un pays à niveau semblable à la France, comme l'Espagne, soit dans un pays où le niveau est inférieur à la France, comme le Maroc.

⁷⁷⁴ La différence de niveau de vie entre les pays peut engendrer un problème d'appréciation de l'équivalence de la rémunération. En effet, si le salarié licencié en France touche à titre d'exemple 1500 €, la rémunération de son emploi en Espagne ou en Allemagne ne peut être inférieure à cette somme, car le niveau de vie de ces deux pays

l'emploi équivalent et de la rémunération équivalente sont des questions de fait qui restent soumises au pouvoir discrétionnaire des juges⁷⁷⁵.

b. La mise en œuvre de l'internationalisation du reclassement.

395. L'affirmation qu'il est obligatoire pour l'employeur de chercher à reclasser le salarié y compris au sein des entreprises situées à l'étranger n'aura aucun sens si elle n'est pas accompagnée par des dispositions de procédure précisant sa mise en œuvre. Dans ce cadre, le législateur précise à l'article 1234-4-1, alinéa 2 du Code du travail que le salarié possède un « délai de six jours ouvrables à compter de la proposition de l'employeur » pour déclarer qu'il est ou non intéressé par des offres de reclassement à l'étranger.

Si le salarié ne donne aucune réponse, cela signifie qu'il refuse son reclassement hors du territoire national. Dans ce cas, l'employeur sera exonéré de l'obligation d'envoyer au salarié les offres possibles de son reclassement à l'étranger. En revanche, si le salarié exprime sa volonté de recevoir des offres de reclassement hors du territoire national, l'employeur, en vertu de l'alinéa 3 de l'article précité, sera obligé d'envoyer lesdites offres audit salarié. Si aucune offre n'existe, l'employeur est tenu d'en informer le salarié.

396. Au niveau de la forme, si l'article L.1233-4 du Code du travail, qui a une portée générale, prévoit bien que les offres de reclassements doivent être écrites et précises, l'article L.1233-4-1 du Code du travail, qui cible les reclassements hors du territoire national, réaffirme la nécessité de respecter cette mesure. Les juges peuvent arrêter lorsqu'ils constatent que les offres de reclassement à l'étranger n'étaient ni écrites ni précises que l'obligation de reclassement n'a pas été respectée par l'employeur et que par conséquent le licenciement du salarié intéressé n'est pas justifié.

II. L'entreprise soumise à une procédure collective.

est semblable à celui de la France. En revanche, dans un autre pays où le niveau de vie est moins cher comme le Maroc cela peut poser un problème. Ledit salarié doit-il toucher 1500 €, même au Maroc ?

⁷⁷⁵ En effet, les juges prennent en considération des données réelles, comme le salaire perçu en France par le salarié licencié, le salaire perçu à l'étranger pour un emploi équivalent, le niveau de vie à l'étranger.

397. Dans le cadre des procédures collectives, des licenciements pour motif économique peuvent être autorisés afin d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et le maintien de l'emploi⁷⁷⁶. Ces licenciements sont soumis à un régime juridique spécial, conçu par le droit des procédures collectives qui déroge au droit commun du licenciement, régi par le Code du travail⁷⁷⁷.

398. Néanmoins, en contrepartie de cette autorisation, l'entreprise employeur est tenue de rechercher au préalable le reclassement des salariés exposés aux licenciements économiques. La soumission de cette entreprise à une procédure collective ne l'exonère pas de respecter l'obligation de reclassement, car le législateur ne distingue pas entre une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective et l'entreprise *in bonis* pour l'application de ladite obligation⁷⁷⁸.

399. Au niveau du champ d'application, l'obligation de reclassement doit s'opérer dans l'entreprise employeur soumise à la procédure collective et à l'intérieur du groupe auquel elle est rattachée. Le groupe constitue un espace économique⁷⁷⁹ idéal pour reclasser les salariés intéressés, en raison de la difficulté – voire de l'impossibilité – de les reclasser dans l'entreprise employeur où ils font l'objet d'une procédure collective. Les recherches de reclassement des salariés intéressés doivent cibler les entreprises composant le groupe, soit celles établies sur le territoire français (A), soit celles situées à l'étranger (B).

⁷⁷⁶ Cependant, ces licenciements économiques exigent l'obtention d'une autorisation, dans la mesure où ils ne peuvent être effectués d'une manière automatique. En effet, l'ouverture d'une procédure collective ne peut constituer en elle-même une cause de licenciement économique et en général une cause de rupture des contrats. L'ouverture d'une procédure collective ne constitue pas un cas de force majeure pouvant légitimer la rupture du contrat de travail. Dans ce cadre, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt infirmatif, a décidé que : « la liquidation judiciaire, quand bien même elle entraîne la disparition de l'entreprise, ne constitue pas un cas de force majeure au sens de l'article L.122-3-8 (actuellement L.1243-1) du Code du travail ». Cass. soc., 20 octobre 1993, *Bull. civ.*, V, n° 240. Dans le même sens, Y. Chagny, en se fondant sur l'article 1134 du Code civil, estime que : « les conventions légalement formées qui tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Rien ne peut entraîner de manière automatique, inéluctable et inévitable, sans que la loi le prévoit et l'organise, la disparition, l'évanouissement, la révocation des contrats. Appliqué aux procédures collectives, le principe signifie que la sauvegarde, pas plus d'ailleurs que le redressement ou la liquidation judiciaires, ne met fin par elle-même aux contrats passés par le débiteur ». Y. Chagny, « Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique de la procédure de sauvegarde », *Dr. ouv.*, mai 2008, p. 239.

⁷⁷⁷ Y. Chagny, « Aperçu général de la place des salariés dans les procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Dalloz, 2007, p. 5.

⁷⁷⁸ A. Boyer, « Contenu et financement du PSE et nouvelles mesures d'accompagnement », *PA*, 22 avril 2010, n° 80, p. 12.

⁷⁷⁹ Cass. soc., 13 janvier 2010, San Carlo Rupp Alimentaire SPA c/ Ancelin et a, n° 08-15.776, *Dr.ouv.*, 2010, n° 741, p. 214, note de G. Loiseau.

A. Le reclassement au niveau national.

400. L'application de l'obligation de reclassement à l'intérieur du groupe doit être respectée, quelle que soit la nature de la procédure collective, à savoir une procédure de sauvegarde (1), de redressement (2) ou de liquidation (3).

1. Le groupe cadre d'application de l'obligation de reclassement dans la procédure de sauvegarde.

401. La procédure de sauvegarde a été instituée par la loi du 26 juillet 2005⁷⁸⁰. L'article 620-1 du Code de commerce prévoit que la création de cette procédure a pour objectif « la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. » Inspirée du droit américain, la procédure de sauvegarde a été qualifiée de « redressement judiciaire anticipé »⁷⁸¹, car elle s'adresse au débiteur qui se trouve en difficulté mais qui n'est pas encore en état de cessation de paiement⁷⁸².

402. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le législateur autorise le débiteur à procéder à des licenciements économiques, bien qu'il ne soit pas en état de cessation de paiement. Par cette autorisation, le législateur estime que ces licenciements contribuent avec d'autres mécanismes⁷⁸³ à la survie de l'entreprise.

Néanmoins, la lecture de l'article L.626-2, al. 3 du Code de commerce laisse entendre que la possibilité donnée au débiteur de procéder à des licenciements économiques n'est

⁷⁸⁰ La loi dite *loi de sauvegarde*, n° 2005-845, du 26 juillet 2005.

⁷⁸¹ R. Vatinet, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP, S.*, n° 15, 4 octobre 2005, p. 11.

⁷⁸² La cessation de paiement constitue le critère déterminant qui distingue la procédure de sauvegarde de celle de redressement. Selon l'article L.631-1 du Code de commerce, le débiteur est en état de cessation de paiement, lorsqu'il se trouve « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». L'ordonnance du 18 décembre 2008 portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté a complété cet article en précisant que : « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation de paiement. » En vertu de cet article, trois éléments doivent être réunis pour qu'un débiteur soit en état de cessation de paiement : un passif exigible, un actif disponible et l'impossibilité pour le débiteur d'établir une situation saine et durable entre l'actif disponible et le passif exigible. M. Jeantion et P. Le Cannu, *op. cit.*, p. 178.

⁷⁸³ Tels que la modification du capital qui, selon l'article L.626-3 du Code de commerce, peut être proposée dans le projet de plan de sauvegarde.

envisageable que dans le cadre du plan de sauvegarde homologué par le tribunal. En revanche, sa capacité à licencier avant cette étape – c'est-à-dire dans la période d'observation – reste incertaine.

403. En effet, le législateur ne détermine pas les conditions dans lesquelles les licenciements économiques peuvent être décidés durant cette période. Ce silence du législateur, décrit comme volontaire,⁷⁸⁴ a des répercussions sur l'obligation de reclassement. Dès lors, il nous paraît essentiel de distinguer entre le régime juridique applicable aux licenciements effectués pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde (a), et celui qui est applicable dans le cadre du plan de sauvegarde homologué par le tribunal (b).

a. Le reclassement des salariés au cours de la période d'observation de la procédure de sauvegarde.

404. Durant la période d'observation de la procédure de sauvegarde⁷⁸⁵, le débiteur continue d'assurer la gestion de son entreprise⁷⁸⁶. En principe, le débiteur conserve ses pouvoirs, sauf ceux dévolus dans certains cas par la loi et le tribunal à l'administrateur judiciaire. Pendant cette période, le tribunal désigne dans certaines conditions un ou plusieurs administrateurs,⁷⁸⁷ en vue de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Y. Chagny, « Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique de la procédure de sauvegarde », *Dr. ouv.*, mai 2008, p. 238, *op.cit.*

⁷⁸⁵ Cette période suit l'ouverture par jugement d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Elle est d'une durée maximale de six mois, qui peut être renouvelée une fois par décision motivée, à la demande de l'administrateur (art. L.621-3 du Code de commerce) La période d'observation a pour objectif de permettre au juge et aux mandataires de justice d'évaluer la situation de l'entreprise, afin de prendre la solution la mieux adaptée à cette situation. Elle prend fin par quatre jugements : le premier jugement met un terme à la procédure de sauvegarde lorsque le tribunal constate la fin des difficultés, le deuxième arrête ou rejette le plan de sauvegarde, le troisième convertit la sauvegarde en redressement judiciaire, et enfin le dernier jugement prononce la liquidation judiciaire. M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, p. 214 et 560.

⁷⁸⁶ L'article L.622-1-I du Code de commerce prévoit sans équivoque que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. »

⁷⁸⁷ La nomination de l'administrateur judiciaire est obligatoire dans la procédure de sauvegarde ou la procédure de redressement. Cette nomination reste facultative dans la procédure de sauvegarde lorsque celle-ci est ouverte au bénéfice d'une personne dont le nombre de salariés et inférieure à vingt et dont le chiffre d'affaires hors taxes est inférieure de 3 000 000 € (art. L.621-4, alinéa 4 et R.621-11 du Code de commerce). La mission de l'administrateur judiciaire soit se limite à une simple surveillance de la gestion de l'activité du débiteur, soit en arrive jusqu'à une substitution complète de la personne du débiteur. P. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, 2009, p. 70.

⁷⁸⁸ Article L.622-1-II du Code de commerce.

405. Concernant les licenciements économiques, deux questions précises se posent : d'une part, le débiteur peut-il recourir aux licenciements économiques ? D'autre part, si la réponse est affirmative, le régime juridique régissant ces licenciements est-il soumis au droit spécial du licenciement, qui ressortit au droit des procédures collectives, ou au droit commun du licenciement économique, régi par le Code du travail ?

406. En ce qui concerne la première question, il ressort de l'analyse de l'article L.3253-8 du Code du travail que le recours aux licenciements économiques reste possible. Cet article énonce que l'AGS⁷⁸⁹ couvre le paiement des créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde⁷⁹⁰. Une interprétation *a contrario* de cet article conduit à affirmer que le débiteur peut procéder à des licenciements économiques pendant cette période⁷⁹¹. Le débiteur qui conserve la qualité d'employeur procède à ces licenciements, en vertu des dispositions juridiques du droit commun des licenciements pour motif économique.

407. Quant à la deuxième question, la doctrine affirme que l'absence de dispositions juridiques spéciales dans le droit des procédures collectives réglementant les licenciements économiques décidés dans la période d'observation de la procédure de sauvegarde⁷⁹², impose le recours au droit commun du licenciement pour motif économique⁷⁹³.

Cette absence s'explique par la crainte du législateur que les employeurs recourent à la procédure de sauvegarde pour justifier les licenciements économiques⁷⁹⁴. Par conséquent, les licenciements économiques effectués au cours de cette période ne sont soumis à aucune

⁷⁸⁹ AGS est l'abréviation d'*Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés*. C'est un organisme patronal, créé en février 1974 en application de la loi du 27 décembre 1973. Cet organisme garantit, en cas de redressement, de liquidation judiciaire de l'entreprise, ou sous certaines conditions, en procédure de sauvegarde, le paiement de toute ou partie des créances en exécution du contrat du travail (salaires, préavis, indemnités de rupture, etc.) conformément aux conditions fixés par le Code du travail.

⁷⁹⁰ L'AGS couvre aussi, en vertu de l'article L.3253-8 du Code du travail, les créances résultant de la rupture de contrats de travail dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde.

⁷⁹¹ Y.Chagny, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁹² Notamment l'article L.621-3 du Code de commerce qui ne prévoit rien quant aux conditions suivant lesquelles les licenciements décidés dans la période d'observation de la procédure de sauvegarde doivent être traités.

⁷⁹³ Y. Chagny, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁹⁴ P. Petel, *op. cit.*, p. 135.

autorisation préalable du juge-commissaire⁷⁹⁵, et c'est le juge des relations de travail qui continue à contrôler d'une façon exclusive ces licenciements⁷⁹⁶.

408. Soumettre les licenciements économiques, effectués durant la période d'observation de la procédure de sauvegarde, au droit commun du licenciement économique engendre des effets sur le contrôle de l'obligation de reclassement. En effet, c'est le juge des relations de travail et non le juge-commissaire qui contrôle le caractère sérieux de cette obligation légale. Le juge des relations de travail, lorsque l'entreprise débitrice relève d'un groupe, vérifie que les recherches de reclassement des salariés dont le licenciement est envisagé ont été bien faites dans le cadre du groupe.

b. Le reclassement des salariés dans le cadre du plan de sauvegarde.

409. Le plan de sauvegarde est un acte judiciaire arrêté par le tribunal⁷⁹⁷ qui met fin à la période d'observation. Il est le principal mécanisme permettant de réaliser les objectifs de la procédure de sauvegarde déterminés par l'article L.620-1 du Code de commerce⁷⁹⁸. Concernant l'obligation de reclassement, la réalisation de cette obligation passe par deux étapes : une première étape antérieure à l'approbation du plan (i) et une deuxième postérieure à cette approbation (ii).

i. Avant l'approbation du plan de sauvegarde.

410. Avant que le tribunal approuve le plan de sauvegarde, le débiteur employeur est tenu de détailler, dans le projet de plan de sauvegarde, comment il garantira le reclassement des salariés dont le licenciement ne peut être évité. L'article L.626-2 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que le projet de plan de sauvegarde élaboré par le débiteur avec le concours de l'administrateur, « définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. » Le terme *définir* signifie que le

⁷⁹⁵ Organe central dans les procédures collectives, le juge-commissaire est un juge du tribunal de la procédure, désigné obligatoirement par le jugement d'ouverture (art. L.621-4, alinéa 1 du Code de commerce). Selon l'article L.621-9 du Code de commerce, « le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. »

⁷⁹⁶ S. Vernac, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », *in* « La représentation et la défense des intérêts des salariés dans les procédures collectives », Dalloz, 2007, p. 131 ; Y. Chany, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁹⁷ S. Vernac, *ibid.*, p. 132.

⁷⁹⁸ M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, p. 593.

débiteur est obligé de déterminer en détail, dans le projet de plan de sauvegarde, toutes les actions qui seront adoptées pour reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé.

411. Lorsque le débiteur est une entreprise qui appartient à un groupe de sociétés, il est tenu de délimiter préalablement et clairement dans le projet de plan de sauvegarde le périmètre de reclassement. Il précise par la suite comment il envisage rechercher le reclassement des salariés, d'abord, au niveau de l'entreprise en difficulté soumise à la procédure de sauvegarde, puis à l'intérieur du groupe auquel elle appartient, essentiellement parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel.

412. Les représentants des salariés⁷⁹⁹ ont le droit d'examiner et de contester les dispositions contenues dans le projet de plan de sauvegarde relatives à l'obligation de reclassement, avant que le tribunal approuve ou rejette ledit plan de sauvegarde⁸⁰⁰. Ceux-ci doivent être entendus en effet par le tribunal, avant que ce dernier décide l'approbation ou le rejet du projet de plan de sauvegarde⁸⁰¹. Cela constitue pour eux l'occasion d'attirer l'attention du tribunal sur l'éventuelle insuffisance des mesures prévues dans le projet de plan, en particulier celles relatives au reclassement des salariés intéressés.

À titre d'exemple, les représentants des salariés peuvent estimer que le projet de plan n'a pas inclus d'entreprises dans le périmètre de reclassement, alors que ces entreprises appartiennent au même groupe que celui dont relève l'entreprise en difficulté, et qui pourraient éventuellement offrir des emplois aux salariés touchés par les licenciements.

413. L'hypothèse que le tribunal rejette le projet de plan de sauvegarde reste possible, si les juges constatent que le débiteur n'a pas respecté l'obligation de reclassement. Le tribunal peut constater que le projet ne définit pas, comme le prévoit l'article L.626-2, alinéa 2 du Code de commerce, « les actions à entreprendre » pour le reclassement des salariés intéressés.

⁷⁹⁹ Le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ou le représentant des salariés.

⁸⁰⁰ En vertu des articles L.626-8 du Code de commerce et les articles L.2323-15 et L.2323-6 du Code du travail, les représentants du personnel ont le droit d'être informés et consultés sur les mesures de reclassement que le débiteur souhaite proposer dans le projet de plan de sauvegarde.

⁸⁰¹ Art. L.626-9 du Code de commerce.

ii. Après l'homologation du plan de sauvegarde par le tribunal.

414. Après l'adoption du plan de sauvegarde, deux questions essentielles relatives à l'obligation de reclassement se posent : la première question demande si les juges des relations de travail peuvent examiner ou non le respect de l'obligation de reclassement ; la seconde question porte sur l'exécution de cette obligation.

Concernant la première question, contrairement au contrôle des licenciements économiques⁸⁰², le contrôle du respect de l'obligation de reclassement – et le plan de sauvegarde de l'emploi lorsque le licenciement est de nature collective – est une question ambiguë. Car le législateur n'a pas précisé si le juge des relations de travail pouvait ou non exercer un contrôle sur cette obligation après l'homologation du projet du plan de sauvegarde par le tribunal de commerce. Autrement dit, le juge des relations de travail peut-il juger que l'obligation de reclassement n'a pas été respectée, bien qu'elle ait été adoptée par le tribunal de commerce ? L'absence d'une disposition spéciale réglementant cette question nous conduit à dire que le législateur a tacitement accordé ce contrôle à la juridiction prud'homale, en tant qu'elle constitue la juridiction naturelle et compétente dans le contentieux de l'emploi.

Quant à l'exécution de l'obligation de reclassement, l'approbation du plan ne conduit pas à l'exécution immédiate de l'obligation de reclassement, car, avant cette étape les représentants des salariés peuvent contester ces mesures à travers l'exercice du droit de recours en appel ou de pourvoi en cassation⁸⁰³.

415. Après la clôture du droit de recours, l'entreprise en difficulté s'engage à exécuter les mesures concernant l'obligation de reclassement, sous le contrôle du commissaire à l'exécution du plan⁸⁰⁴. En ce sens, lorsqu'elle appartient à un groupe de sociétés, l'entreprise en difficulté est tenue d'adresser une lettre aux dirigeants des entreprises qui composent ce

⁸⁰² Lorsque les licenciements économiques sont autorisés par le tribunal de la procédure collective et que les voies de recours sont épuisées, le motif économique de ces licenciements ne peut être contesté devant le juge des relations de travail. Y. Chagny, *op. cit.*, p. 241; S. Vernac, *op. cit.*, p. 133.

⁸⁰³ Ce droit de recours prévu par l'article L.661-1-6 du Code de commerce est accordé aussi au débiteur, à l'administrateur, au mandataire judiciaire, au ministère public et au créancier ayant formé une contestation en application de l'article L.626-34-1 du Code de commerce.

⁸⁰⁴ Le commissaire à l'exécution du plan est, en vertu de l'article L.626-25 du Code de commerce, désigné par le tribunal afin de veiller à l'exécution du plan. Il est nommé pendant la durée du plan, qui ne peut excéder dix ans (art. L.626-12 du Code de commerce).

groupe, en leur fournissant une liste nominative des salariés touchés par le licenciement et leur demandant leur reclassement.

2. Le groupe de sociétés, cadre d'application de l'obligation de reclassement dans la procédure de redressement.

416. Conçue par la loi du 25 janvier 1985⁸⁰⁵, la procédure de redressement judiciaire a pour objectif, comme le prévoit l'article L.631-1-2 du Code de commerce, de « permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. »⁸⁰⁶ La procédure de redressement veille à la réalisation des mêmes objectifs que la procédure de sauvegarde, à ceci près que la première procédure cible le débiteur en état de cessation de paiements mais dont la situation lui permet de poursuivre l'exploitation de l'entreprise⁸⁰⁷.

417. Au même titre que pour la procédure de sauvegarde, le recours aux licenciements pour motif économique est autorisé dans le cadre de la procédure de redressement en raison de la situation économique difficile dans laquelle se trouve l'entreprise faisant l'objet de cette procédure⁸⁰⁸. Toutefois, en contrepartie de cette autorisation, l'entreprise débitrice est tenue de respecter l'obligation qui lui est faite de reclasser les salariés dont le licenciement est décidé.

418. Le contrôle du respect de l'obligation de reclassement dans la procédure de redressement reste soumis à la juridiction prud'homale. En effet, bien que les licenciements économiques soient autorisés par le juge-commissaire dans la période d'observation (a), ou dans le cadre du plan de redressement arrêté par le tribunal de commerce (b), la juridiction prud'homale conserve le droit d'examiner le caractère réel et sérieux de l'obligation de reclassement.

⁸⁰⁵ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et la liquidation judiciaires des entreprises.

⁸⁰⁶ Contrairement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, le débiteur ne détient pas un droit exclusif pour demander l'ouverture de la procédure de redressement, car l'article L.631-5 du Code de commerce accorde ce droit au créancier et au ministère public, ainsi qu'au tribunal qui peut se saisir d'office.

⁸⁰⁷ M. Jeantion et P. Le Cannu, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁰⁸ C.- Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2009, p. 669.

a. L'obligation de reclassement au cours de la période d'observation de la procédure de redressement.

419. Au cours de la période d'observation de la procédure de redressement⁸⁰⁹, l'administrateur, après consultation des représentants du personnel⁸¹⁰ et information à l'autorité administrative compétente⁸¹¹, peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à des licenciements économiques⁸¹². Lorsque le licenciement économique vise un représentant du personnel, l'administrateur judiciaire doit préalablement obtenir une autorisation administrative⁸¹³.

Le juge-commissaire n'accorde cette autorisation, sous forme d'ordonnance, que lorsqu'il constate que ces licenciements présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable⁸¹⁴. De même, cette autorisation n'est accordée que lorsque le juge-commissaire s'est assuré que le reclassement des salariés intéressés était impossible. Ainsi, l'administrateur judiciaire doit justifier qu'il a accompli avec « diligence »⁸¹⁵ tous les efforts possibles, sans résultat, pour trouver un emploi aux salariés intéressés dans l'entreprise mise en redressement et à l'intérieur du groupe auquel elle appartient.

⁸⁰⁹ La durée de la période d'observation de la procédure de redressement est la même que celle de la procédure de sauvegarde. L'article L.631-7 du Code de commerce prévoit que l'article L.621-3 du Code de commerce est applicable à la période d'observation du redressement judiciaire.

⁸¹⁰ Cette consultation des représentants du personnel, à savoir le comité d'entreprise, les délégués du personnel, ou à défaut le représentant des salariés, est prévue par l'article L.631-17, alinéa 2 du Code de commerce et l'article L.1358-58 du Code du travail.

⁸¹¹ Cette information doit être donnée par l'administrateur avant de procéder aux licenciements économiques (L.631-17, alinéa 2 du Code de commerce et L.1233-60 Code du travail).

⁸¹² Art. L.631-17 du Code de commerce.

⁸¹³ L'article L. 2411-8 du Code du travail, qui subordonne le licenciement d'un représentant du personnel à une autorisation administrative, reste applicable même après l'ouverture d'une procédure collective. En ce sens, la Cour de cassation a confirmé que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire n'exonérerait pas l'administrateur de l'obligation de demander l'autorisation administrative pour le licenciement d'un salarié protégé. La méconnaissance par l'administrateur – ou le débiteur – du statut de protégé, offre au salarié droit à réintégration. S'il la refuse, il a le droit d'obtenir des indemnités. Cass. soc., 5 mai 1995, *Bull. civ.*, V, n° 127. Également, le Conseil d'État confirme cette position adoptée par la Cour de cassation. Dans une décision rendue le 30 octobre 1995, la haute juridiction administrative a affirmé que l'administrateur judiciaire devait obligatoirement demander à l'autorité administrative compétente l'autorisation de licencier le salarié protégé. C.E., 30 octobre/5 mai 1995, *RJS*, 2/96, n° 138.

⁸¹⁴ L.631-17 du Code de commerce.

⁸¹⁵ Comme le prévoit l'article L.631-17, alinéa 2 du Code de commerce. Ce texte énonce que : « préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur consulte le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel [...]. Il joint, à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés ».

Ainsi, l'administrateur doit prouver, en vertu de l'article L.1233-4 du Code du travail, qu'il a essayé, sans résultat, de trouver un emploi aux salariés concernés, relevant de la même catégorie, ou équivalent, voire inférieure à l'emploi qu'ils occupent, dans l'entreprise mise en redressement et à l'intérieur du groupe dont elle relève⁸¹⁶.

420. Si le juge-commissaire accorde cette autorisation⁸¹⁷, celle-ci doit indiquer le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé, ainsi que les activités et les catégories professionnelles en question⁸¹⁸. Toutefois, une interrogation relative au régime du contentieux des licenciements prononcés au cours de la période d'observation de la procédure de redressement se pose.

Plus précisément, il s'agit de savoir si l'autorisation de licenciement donnée par le juge-commissaire peut être annulée par le juge des relations de travail ? En d'autres termes, le salarié dont le juge-commissaire a autorisé le licenciement peut-il saisir la juridiction prud'homale pour contester cette autorisation ?

Pour répondre à cette question, la jurisprudence distingue entre le fait de constater le motif économique des licenciements autorisés par le juge-commissaire et le fait de contester l'obligation de reclassement. Concernant la contestation du motif économique, il a été clairement décidé que l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements économiques, ne pouvait être contestée par le juge prud'homale, lorsqu'elle devient définitive.

En ce sens, la Cour de cassation a confirmé un arrêt prononcé en cour d'appel, au motif que celle-ci : « [...] a justement déduit que l'ordonnance n'ayant pas été frappée de recours par le salarié, il était irrecevable à contester le motif économique du licenciement, lequel se trouvait définitivement acquis ; que les moyens ne sont pas fondés. »⁸¹⁹

⁸¹⁶ P. Bailly, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.*, recueil novembre-décembre 2008, p. 3628.

⁸¹⁷ En revanche, le juge-commissaire peut refuser d'accorder l'autorisation de licenciement, s'il constate que l'administrateur n'a pas satisfait à l'obligation de reclassement.

⁸¹⁸ R.631-26 du Code de commerce.

⁸¹⁹ Cass. soc., 5 mars 1997, Legros c/ SARL Scoop et autre, *D.*, juris, 1997, p. 522, note, P. Bailly.

Dans un autre arrêt, rendu le 3 mars 1998, la Cour de cassation confirme la jurisprudence précédente en jugeant que lorsqu'elle devient définitive, l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements acquiert *l'autorité de la chose jugée*, ce qui fait que les salariés ne peuvent contester le motif économique desdits licenciements devant la juridiction prud'homale⁸²⁰. Toutefois, au vu de l'article L.661-5 et R.621-21 du Code de commerce, cette contestation reste ouverte par la voie d'un recours juridictionnel porté devant le tribunal de la procédure dans les dix jours de la notification⁸²¹.

421. Quant au contrôle de l'obligation de reclassement, et contrairement à ce qui a été décidé pour le motif économique du licenciement, la jurisprudence retient que le contrôle du respect de cette obligation relève de la compétence du juge prud'homal. Ce dernier a le droit d'annuler l'ordonnance rendue par le juge-commissaire autorisant des licenciements pour motif économique, lorsqu'il constate que l'obligation de reclassement n'a pas été respectée. Cette possibilité donne aux salariés, dont l'autorisation de licenciement a été accordée par le juge-commissaire, le droit de contester devant la juridiction prud'homale le manquement à l'obligation de reclassement commise par l'administrateur de l'entreprise en redressement.

Dans ce cadre, dans un arrêt rendu le 3 octobre 1989, la haute juridiction estime que « le conseil de prud'hommes demeure compétent pour statuer, dans le cadre de cette ordonnance tel qu'il est délimité par l'article 63 du décret susvisé – décret du 87 décembre 1985 – et au regard de la situation individuelle des salariés licenciés, sur les demandes formées par ces derniers contre leur employeur. »⁸²² Dans le même esprit, la haute juridiction arrête que : « L'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire, qui autorise des licenciements pour motif économique présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, ne s'étend pas à la situation individuelle des salariés au regard de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur et qui relève de la compétence du juge prud'homal. »⁸²³

⁸²⁰ Cass. soc., 3 mars 1998, *Sté Imprimerie Durand et autre c/ Bouilly et autres*, *Dr. soc.*, 1998, p. 508, note de R. Vatinet.

⁸²¹ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Litec, 2010, p. 688.

⁸²² Cass. soc., 3 octobre 1989, *Sté Soverini Frères et Cie et autre c/ M. Arnould et autres*, *Bull. civ.*, V, 1989, n° 559.

⁸²³ Cass. soc., 21 février 2006, *Rev. proc. coll.*, 2006, n° 3, p. 283.

422. Soumettre l'obligation de reclassement au contrôle du juge prud'homal protège l'emploi des salariés contre toute décision adoptée par le tribunal de commerce, incompétent dans le contentieux de l'emploi. En effet, la juridiction prud'homale, en tant que juge naturel des relations de travail, reste l'autorité judiciaire capable d'examiner les droits des salariés, et en particulier le droit au reclassement dans les meilleures conditions⁸²⁴.

b. Le reclassement des salariés dans le cadre du plan de redressement.

423. À l'instar du plan de sauvegarde, le plan de redressement arrêté par le tribunal peut prévoir des licenciements pour motif économique, lorsqu'il constate que ces licenciements sont nécessaires à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. Le plan ne peut être arrêté qu'après information et consultation des représentants des salariés et de l'autorité administrative compétente⁸²⁵.

D'une manière générale, l'obligation de reclassement, dans le cadre du plan de redressement, est soumise aux mêmes dispositions que celles applicables au plan de sauvegarde. La différence principale qui distingue les deux procédures, c'est que le projet de plan de redressement est élaboré par l'administrateur avec le seul concours du débiteur⁸²⁶, contrairement au projet du plan de sauvegarde qui est élaboré par le débiteur avec le concours de l'administrateur⁸²⁷.

424. Dans le projet du plan de redressement, l'administrateur est tenu de préciser qu'il traite « avec diligence » les actions envisagées pour reclasser les salariés dont le licenciement ne peut être évité⁸²⁸. Il doit dévoiler toutes les actions envisagées pour les reclasser dans les entreprises composant le groupe dont relève l'entreprise en redressement judiciaire⁸²⁹. Sur cette ligne, le législateur ne précise pas la date où les recherches de reclassement dans le cadre du groupe doivent être effectuées. Dès lors, se pose la question de savoir si ces recherches doivent être effectuées avant que le tribunal approuve le projet du plan ou après.

⁸²⁴ P. Morvan, *op. cit.*, p. 683 ; P. Pétel, *op. cit.*, p. 62.

⁸²⁵ L.631-19-II du Code de commerce.

⁸²⁶ L.631-19-II du Code de commerce.

⁸²⁷ L.626-2-1 du Code de commerce.

⁸²⁸ L'application de l'article L.626-2-4 du Code de commerce concerne à la fois le plan de sauvegarde et le plan de redressement.

⁸²⁹ P. Bailly, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Palais*, recueil novembre-décembre 2008, p. 3628.

L'étude de l'article L.631-19-II du Code de commerce nous conduit à dire que l'administrateur doit commencer les recherches de reclassement avant que le tribunal approuve le projet du plan du redressement. Le législateur prévoit dans l'article précité que le plan doit préciser que les licenciements économiques doivent intervenir sur simple notification de l'administrateur dans le délai d'un mois après le jugement arrêtant le plan de redressement⁸³⁰.

Si l'administrateur ne devait commencer les recherches de reclassement qu'après l'approbation du plan, la brièveté du délai d'un mois ne lui permettrait pas de trouver un emploi aux salariés dont le licenciement a été autorisé. Dès lors, lors de la préparation du projet de plan, l'administrateur doit adresser une lettre aux dirigeants des entreprises composant le groupe en les sollicitant de trouver un emploi aux salariés dont le licenciement est envisagé.

425. Concernant le contrôle du respect de l'obligation de reclassement, à l'instar de la période d'observation, le motif économique des licenciements ne peut être contesté par les salariés devant le juge des relations de travail après l'autorisation accordée par le tribunal de la procédure collective. Le jugement arrêtant le plan de redressement fait présumer qu'il existe réellement des difficultés économiques justifiant la rupture des contrats de travail. Toutefois, le caractère sérieux de l'obligation de reclassement peut toujours être contesté individuellement par les salariés devant le juge des relations de travail⁸³¹.

3. Le groupe de sociétés, cadre d'application de l'obligation de reclassement dans la procédure de liquidation judiciaire.

426. La liquidation judiciaire⁸³² reste la solution applicable à l'égard des entreprises irredressables. Cette procédure s'adresse, selon l'article L.640-1-1 du Code de commerce, au débiteur en cessation de paiement « dont le redressement est manifestement impossible. »⁸³³

⁸³⁰ L.631-19-II du Code de commerce.

⁸³¹ P. Bailly, *op. cit.*, p. 3629.

⁸³² Comme la procédure de redressement, la liquidation judiciaire est régie par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et la liquidation judiciaire des entreprises.

⁸³³ L'article L.640-1 du Code de commerce dispose qu'« il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L.640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. »

Certes, mettre fin à l'activité de l'entreprise irredressable constitue la voie habituelle de la liquidation judiciaire, mais cette dernière, en vertu de l'article L.640-1-2 du Code de commerce, peut se faire également par une cession globale ou séparée des droits et des biens du débiteur⁸³⁴.

Le caractère essentiel de cette procédure, c'est le fait qu'une fois qu'elle est ouverte par un jugement⁸³⁵, le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens⁸³⁶. Cette fonction est accordée au liquidateur⁸³⁷ qui représente et prend la place du débiteur. Le liquidateur exerce les droits et les actions touchant le patrimoine du débiteur, pendant toute la durée de la liquidation judiciaire⁸³⁸.

427. Au niveau social, la situation irredressable de l'entreprise conduit nécessairement à procéder à des licenciements économiques. Au vu de l'article L. L.641-4 du Code de commerce, le liquidateur procède à ces licenciements en application de la décision prononçant la liquidation judiciaire⁸³⁹. Cependant, la situation difficile de l'entreprise n'exonère pas le liquidateur de faire des efforts pour éviter les licenciements ou au moins d'en limiter le nombre.

En ce sens, le liquidateur est tenu, avant de notifier les licenciements⁸⁴⁰, de chercher à reclasser les salariés dont le licenciement est prononcé et d'établir un plan de sauvegarde

⁸³⁴ La réalisation de la liquidation judiciaire par une cession globale ou séparée des biens et des droits du débiteur a été l'une des restructurations fondamentales apportées par la réforme de 2005. M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, p. 135.

⁸³⁵ L'ouverture de la liquidation judiciaire est faite par jugement, au cours d'une période d'observation de sauvegarde ou de redressement (art. 622-10 Code de commerce), ou d'une manière directe et immédiate sans passer par cette période (art. L.641-1-I du Code de commerce). Dans ce deuxième cas, pour pouvoir prononcer la liquidation, le tribunal doit s'assurer que le redressement du débiteur est manifestement impossible. En ce sens, l'article R.640-1 du Code de commerce exige que : « les éléments de nature à établir que le redressement est manifestement impossible doivent être joints à la demande du débiteur, à l'assignation d'un créancier, à la requête du ministère public, à la note du président du tribunal en cas de saisine d'office ou au rapport du juge commis par le tribunal ». C.- Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, p. 677.

⁸³⁶ L.641-9-I du Code de commerce.

⁸³⁷ Le liquidateur est nommé dans le jugement ouvrant la liquidation judiciaire (L.641-1-II Code commerce).

⁸³⁸ M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, p.225 ; P. Petel, *op. cit.*, p. 151 ; C.- Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, p. 683.

⁸³⁹ Ce texte précise que : « ces licenciements sont soumis aux dispositions des articles L.1233-58 et L.1233-60 du Code du travail ».

⁸⁴⁰ Les dispositions applicables à la procédure de redressement sont les mêmes que celles applicables à la liquidation judiciaire. En effet, avant la notification des licenciements, le liquidateur est tenu, en vertu de l'article L.641-4, dernier alinéa du Code de commerce, de réunir et de consulter le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel, ou le représentant des salariés. Il est également tenu, suivant l'article L.1233-60 du Code du travail, d'informer l'autorité administrative. L'obtention de l'autorisation administrative est une mesure obligatoire qui s'ajoute aux mesures susmentionnées lorsque le licenciement envisagé vise un salarié protégé.

d'emploi lorsque ses conditions sont réunies⁸⁴¹. En raison de la situation difficile dans laquelle se trouve l'entreprise mise en liquidation, le groupe de sociétés auquel appartient cette entreprise reste le cadre idéal pour le reclassement des salariés intéressés.

À ce propos, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que des licenciements économiques étaient sans cause réelle et sérieuse, parce qu'elle a constaté que le liquidateur n'avait effectué « aucune recherche sérieuse et individualisée de reclassement » à l'intérieur du groupe, et qu'il n'avait pas démontré les difficultés économiques qui empêchaient les entreprises composant ce groupe de reclasser les salariés dont le licenciement était prononcé⁸⁴².

428. Le caractère réel et sérieux des recherches de reclassement à l'intérieur du groupe est contrôlé par le juge des relations de travail. D'un côté, ce dernier examine si le liquidateur a bien envoyé, avant les licenciements, une lettre aux dirigeants des entreprises composant le groupe, pour leur demander de reclasser les salariés intéressés. Pour abonder dans ce sens, la Cour de cassation a considéré un licenciement économique comme dépourvu de cause réelle et sérieuse, parce que le liquidateur « n'avait procédé antérieurement au licenciement à aucune recherche de reclassement. »⁸⁴³

Toutefois, dans cet arrêt la haute juridiction a seulement affirmé d'une manière générale que les recherches de reclassement devaient être effectuées avant les licenciements,

⁸⁴¹ Sur le fondement de l'article L.3253-8 du Code du travail, les licenciements doivent être notifiés dans un délai de quinze jours pour les salariés ordinaires, alors que ce délai est porté à trente jours pour les représentants des salariés, *salariés protégés*.

⁸⁴² Cass. soc., 31 mars 2009, Martin c/ AGS CGEA de Lille, *RJS*, 6/2009, n° 511. La société Compagnie du développement textile (CDT), dépendant du groupe VEV, a été placée en redressement judiciaire le 24 septembre 2002. À la suite d'une autorisation donnée par le juge-commissaire, cent cinquante-cinq salariés ont été licenciés. Cette société a été ensuite mise en liquidation judiciaire, avec pour conséquence le licenciement du reste du personnel. Les salariés licenciés ont saisi le juge prud'homal pour obtenir l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi et leur réintégration. Ils ont sollicité également des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel jugeant ces licenciements sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel a constaté que, d'une part, le liquidateur n'a accompli « aucune recherche sérieuse et individualisée de reclassement », et d'autre part, il n'a pas établi que les entreprises composant le groupe connaissaient des difficultés économiques qui les empêchaient de reclasser les salariés licenciés.

⁸⁴³ Cass. soc., 10 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n° 203. À la suite de la mise en liquidation judiciaire de la société Eurage, laquelle fait partie du groupe Gagneraux, le salarié M. Petit a été licencié ainsi que l'ensemble du personnel. La cour d'appel a jugé ce licenciement sans cause réelle et sérieuse parce qu'elle a constaté que le liquidateur n'avait effectué antérieurement au licenciement aucune recherche de reclassement au profit du M. Petit. La Cour de cassation a confirmé le jugement de la cour d'appel, bien que le liquidateur ait avancé qu'il lui était matériellement impossible de rechercher le reclassement dans le délai du quinze jours à partir du prononcé de la liquidation.

sans préciser si ces recherches devaient être entreprises avant ou après la notification des licenciements. Le bref délai, suivant lequel les licenciements économiques doivent être effectifs à partir du prononcé de la liquidation,⁸⁴⁴ ne permet pas au liquidateur d'effectuer les recherches de reclassement dans les meilleures conditions. Dès lors, pour que les recherches effectuées par le liquidateur soient sérieuses, nous considérons que ces recherches doivent être faites avant la notification des licenciements.

D'un autre côté, le juge des relations de travail examine le contenu des lettres adressées par le liquidateur aux dirigeants des entreprises du groupe. La qualification professionnelle des salariés dont le licenciement est décidé et les caractéristiques des emplois qu'ils occupaient sont des éléments essentiels qui doivent être mentionnés dans ces lettres. Faute de quoi, le liquidateur manquerait à l'obligation de reclassement, et par conséquent les licenciements économiques décidés seront jugés sans cause réelle et sérieuse. Cette mesure a été clarifiée par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation⁸⁴⁵.

B. Le reclassement au niveau international.

429. L'intensification ces dernières années de la liquidation d'entreprises appartenant à des groupes internationaux suscite des interrogations relatives à la responsabilité de ces derniers à l'égard de l'obligation de reclassement, et à l'égard du PSE lorsque les licenciements économiques sont de nature collective. Plus précisément, on se demande si les entreprises étrangères appartenant à ces groupes sont prises en considération dans le périmètre de reclassement.

430. Théoriquement, selon l'article L.1233-4-1 du Code du travail, les recherches de reclassement doivent s'étendre aux entreprises du groupe situées à l'étranger (1). Cependant, malgré cette disposition légale, les juges rencontrent en pratique des difficultés pour obliger ces entreprises à reclasser les salariés (2).

⁸⁴⁴ En vertu de l'article L.3253-8 du Code du travail, ce délai est de quinze jours pour les salariés ordinaires, tandis qu'il est porté à trente jours pour les représentants du personnel.

⁸⁴⁵ Cass. soc., 13 janvier 2010, Bayle c/Rihn, *RJS* 3/10, n° 248. La Cour de cassation explique qu' : « une cour d'appel a exactement décidé que l'obligation de reclassement n'avait pas été satisfaite après avoir constaté que la recherche des possibilités de reclassement par le commissaire à l'exécution du plan et le liquidateur judiciaire n'avait consisté qu'en l'envoi d'une lettre type aux sociétés du groupe, sans que soient précisées les caractéristiques des emplois occupés par les salariés, ni leur qualification. »

1. Une implication théoriquement possible des entreprises du groupe situées à l'étranger.

431. Nous considérons que le texte L.1233-4-1 du Code du travail (issu de la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010), qui implique clairement les entreprises du groupe situées à l'étranger dans le périmètre de reclassement, ne s'applique pas uniquement lorsque l'entreprise employeur se trouve dans une situation ordinaire, mais également lorsque cette dernière est soumise à une procédure collective⁸⁴⁶. En vertu de cet article, l'employeur⁸⁴⁷, l'administrateur⁸⁴⁸ ou le liquidateur⁸⁴⁹, sont tenus de demander, préalablement au licenciement du ou des salariés touchés, s'ils acceptent de recevoir des offres de reclassement hors du territoire français.

Si le salarié intéressé accepte d'être reclassé en dehors du territoire français, l'employeur, l'administrateur et le liquidateur seront, en vertu de l'article L.1233-4 du Code du travail, obligés de chercher à le reclasser dans l'une des entreprises étrangères du groupe. Les dispositions communes relatives au reclassement seront applicables, notamment concernant l'emploi proposé au salarié intéressé qui doit être de même catégorie ou d'une catégorie au moins équivalente, pour une rémunération équivalente à celle qu'il occupait en France.

432. Lorsque le licenciement est de nature collective, les personnes susmentionnées doivent élaborer un PSE (en vertu de l'article L.1233-61 du Code du travail), qui prenne en compte (comme le précise l'article L.1235-10 du Code du travail) les possibilités qu'offrent les entreprises du groupe dont relève l'entreprise soumise à une procédure collective, y compris celles qui sont situées à l'étranger.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans l'impossibilité de trouver un emploi au salarié intéressé, l'employeur, l'administrateur et le liquidateur doivent prouver qu'ils ont déployés

⁸⁴⁶ Bien que la lecture littérale du texte laisse présager que les offres de reclassement à l'étranger ne doivent être effectuées que lorsque l'entreprise-employeur se trouve en situation « ordinaire ». Le législateur n'oblige que l'employeur d'effectuer ces recherches, sans citer l'administrateur judiciaire ni le liquidateur. En effet, ce texte prévoit que : « *L'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause...* ».

⁸⁴⁷ Dans le cadre de la procédure judiciaire de sauvegarde.

⁸⁴⁸ Dans le cadre de la procédure judiciaire de redressement.

⁸⁴⁹ Dans le cadre de la procédure judiciaire de liquidation.

tous les efforts possibles, même s'ils ne sont pas parvenus à reclasser ce salarié. Ainsi, dans le cadre de la période d'observation de la procédure de redressement, l'administrateur, pour obtenir l'autorisation du licenciement du juge-commissaire, doit établir qu'il a tenté, même sans résultat, de reclasser le salarié dont le licenciement ne peut être évité, dans les entreprises du groupe situées à l'étranger.

Le même raisonnement doit être adopté dans le cadre de la procédure de liquidation. Il incombe au liquidateur judiciaire de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure de liquidation de trouver un emploi à tout salarié menacé de licenciement à l'intérieur du groupe dont relève cette entreprise. Et lorsque ce groupe comprend des entreprises situées à l'étranger, le liquidateur doit obligatoirement élargir les recherches de reclassement à ces entreprises.

433. Faute de quoi, l'obligation de reclassement ne sera pas respectée et les licenciements économiques décidés seront dépourvus de cause réelle et sérieuse. Cette solution a été affirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 31 mars 2009, selon lequel : « Le liquidateur aurait dû procéder à une recherche individualisée de reclassement pour chacun des cent quatre-vingt-onze salariés concernés auprès de chacune des sociétés du groupe, implantées non seulement en France mais aussi en Allemagne, Grande-Bretagne, Espagne, Belgique, Suisse, Benelux, Italie, Pologne, Tunisie, Maroc, Canada et États-Unis d'Amérique. »⁸⁵⁰

La haute juridiction a affirmé également à travers cet arrêt, qu'en cas de difficulté à reclasser les salariés dans les entreprises du groupe, le liquidateur doit prouver que ces entreprises, en France comme à l'étranger, connaissent des difficultés économiques qui les empêchent à trouver un emploi à ces salariés.

2. Une implication difficile en pratique, illustrée par l'affaire Flodor.

434. Les entreprises du groupe situées à l'étranger sont-elles juridiquement débitrices conjointes de l'obligation de reclassement avec l'employeur français ? Les juges ont essayé de répondre à cette question à travers l'affaire Flodor⁸⁵¹. À cette occasion, deux positions ont été

⁸⁵⁰ Cass. soc., 31 mars 2009, Martin c/ AGS CGEA de Lille, *RJS* 6/9, n° 511.

⁸⁵¹ La société Flodor industrie devenue SA Péronne industrie – qui fabriquait des chips et des croûtons – filiale française du groupe italien Unichips, a déposé le bilan le 30 septembre 2004, et sa liquidation judiciaire

adoptées : l'une, extensive, adoptée par les juges du fond, considérait les entreprises du groupe établies à l'étranger des débitrices conjointes, en vertu de l'article 1382 du Code civil, de l'obligation de reclassement avec l'employeur français (a), l'autre, restrictive, retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation estimait, au contraire, que seule l'entreprise employeur était débitrice de cette obligation (b).

a. La conception extensive des juges du fond : les entreprises du groupe situées à l'étranger sont débitrices conjointes de l'obligation de reclassement avec l'employeur français.

435. À travers l'affaire *Flodor*, les juges du fond ont eu une conception extensive du problème de la position des sociétés du groupe établies à l'étranger, face à l'obligation de reclassement. Deux solutions essentielles ont été dégagées : premièrement, ces sociétés comme ont été qualifiées de *codébitrices*, c'est-à-dire de *débitrices conjointes* de l'obligation de reclassement – et de PSE –, découlant du droit français, à l'égard des salariés de l'employeur français en liquidation judiciaire ; deuxièmement, la qualification de ces sociétés comme personnes fautives, pour responsabilité civile délictuelle, lorsqu'elles manquent à

prononcée le 22 février 2005. Cette liquidation a causé le licenciement de 178 salariés. En statuant en référé, la cour d'appel d'Amiens (le 27 septembre 2005) a annulé le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) élaboré par le liquidateur de la société Péronne industrie, en raison de l'insuffisance des mesures de reclassement prévues, au regard notamment des postes disponibles dans les autres entreprises du groupe à l'étranger. La cour d'appel de Paris (10 avril 2008) a jugé, en se fondant sur l'article L.1235-10, al. 2 du Code du travail, que les entreprises du groupe Unichips situées à l'étranger (deux sociétés de droit italien : société Unichips finanziaria SPA et société San-Carlo gruppo alimentare SPA et une société de droit néerlandais, Unichips International BV) étaient tenus de mobiliser leurs moyens pour contribuer au reclassement des salariés de la filiale française sur demande du liquidateur, bien que ces entreprises n'aient avec la France aucun autre rattachement que celui de leur appartenance au même groupe. Ce point de vue a été confirmé par le tribunal de grande instance de Péronne (18 août 2009) qui, en approuvant les réclamations des salariés intéressés, a considéré que les trois entreprises du groupe Unichips étaient, en vertu de l'article 1382 du Code civil, fautives puisqu'elles n'ont pas mobilisé leurs moyens pour proposer un reclassement aux salariés de la filiale française en difficulté. Par conséquent, le tribunal de Péronne a condamné ces entreprises étrangères à verser aux salariés licenciés des dommages et intérêts, en raison de la perte de leur chance d'être reclassés dans l'une d'elles. Ce raisonnement n'a pas été approuvé par la chambre sociale de la Cour de cassation (13 janvier 2010) qui a annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris (10 avril 2008), en décidant que les entreprises du groupe Unichips établies à l'étranger, n'étaient pas débitrices conjointes de l'obligation de reclassement avec l'employeur français (SA Péronne industrie). La haute juridiction a affirmé essentiellement que l'appartenance d'une société au même groupe que celui de la société employeur, ne la rend pas, du fait de cette seule appartenance, codébitrice de l'obligation de reclassement à l'égard des salariés de la société employeur. P. Morvan, « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP, S*, octobre 2009, n° 44, p. 13 ; P. Morvan, « À propos des licenciements pour motif économique dans les groupes internationaux de sociétés », *JCP, G*, nov. 2009, n° 49, p. 519 ; Cass. soc., 13 janvier 2010, San Carlo Gruppo Alimentaire SPA c/ Ancelin et a, *Dr.ouv.*, avril 2010, n° 741, p. 214, note G. Loiseau ; G. Auzero, « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés », *SSL*, 12 octobre 2009, n° 1416, p. 6 ; J.-M. Albiol, « Licenciement pour motif économique, reclassement des salariés : les sociétés étrangères d'un groupe y sont-elles tenues ? », *JCP, S*, n° 42, 13 octobre 2009, p. 25.

cette obligation, parce qu'elles font perdre aux salariés le droit d'être reclassés dans l'une d'elles⁸⁵².

En l'occurrence, les juges du fond (la cour d'appel d'Amiens, la cour d'appel de Paris et le tribunal de grande instance de Péronne) ont unanimement considéré les entreprises du groupe *Unichips* situées en dehors du territoire français – deux sociétés de droit italien (société *Unichips finanziaria SPA* et société *San-Carlo gruppo alimentare SPA*) et une société de droit néerlandais (*Unichips International BV*) – comme codébitrices de l'obligation de reclassement prévue par le droit français à l'égard des salariés de l'employeur français en liquidation judiciaire (la filiale française SA Péronne industrie).

Les juges du fond ont annulé le PSE élaboré par le liquidateur de la SA Péronne industrie, au motif que les moyens financiers de ces sociétés n'ont pas été mobilisés, comme le prévoit l'article L.1235-10, alinéa 2 du Code du travail, pour reclasser les salariés licenciés de la filiale SA Péronne industrie. Les juges du fond ont également estimé que le manquement de ces sociétés aux dispositions de l'article précité a porté préjudice aux salariés intéressés, à savoir la perte d'une chance de trouver un emploi dans l'une d'entre elles.

Initialement adoptée par la cour d'appel de Paris,⁸⁵³ puis confirmée par le tribunal de grande instance de Péronne, cette solution a, d'une part, annulé le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par le liquidateur judiciaire de la société Péronne industrie en raison de l'insuffisance des mesures de reclassement prévues au regard notamment des postes disponibles dans les entreprises du groupe *Unichips International* établies à l'étranger⁸⁵⁴ et a

⁸⁵² Cette solution prise par les juges français et qui tendait à rendre les entreprises situées à l'étranger responsables en vertu des dispositions de la responsabilité délictuelle lorsqu'elles ne mobilisent pas leurs moyens pour le reclassement des salariés de la filiale française en liquidation judiciaire, avait pour objectif de rendre la poursuite des dites entreprises juridiquement possible en vertu du règlement CE n° 44/2001. En effet, l'article 5 de ce règlement prévoit, qu'en matière délictuelle ou quasi délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite en justice dans un autre Etat membre devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. J.-M. Albiol, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁵³ La cour d'appel de Paris (10 avril 2008) a jugé que : « Chacune des sociétés du groupe, même établie à l'étranger, apparaît ainsi comme tenue de mobiliser ses moyens et ses propres possibilités de reclassement sur demande du liquidateur, peu important qu'elle n'ait avec la France aucun autre rattachement que celui de son appartenance au même groupe [...] la sanction de la non fourniture des moyens adéquats et de l'absence de réponse aux exigences légales a, à l'évidence, causé aux salariés qui ont ainsi dû être licenciés, un préjudice qui ne peut être évalué pour chacun d'eux à une somme inférieure à 34 000 €. » Cité par P. Morvan, « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP, S*, octobre 2009, n° 44, p. 14.

⁸⁵⁴ Jugement du tribunal de grande instance de Péronne, le 18 août 2009, Ancelin et a. c/ San Carlo Gruppo Alimentaire SPA, *Unichips International BV*, *Unichips Finanzaria SPA*, n° 07/00856, cité par G. Auzero, *op. cit.*, p. 10. Le tribunal de grande instance de Péronne énonce : « Attendu que l'alinéa 2 de l'article L.1235-10 du

affirmé, d'autre part, que le manquement à l'obligation de reclassement découlant du droit du travail français commis par les entreprises du groupe situées à l'étranger, rendait ces dernières fautives, en vertu des dispositions de la responsabilité civile délictuelle.

Pour le tribunal de Péronne, le manquement commis par ces entreprises étrangères à mobiliser leurs moyens financiers pour tenter de reclasser les salariés de la filiale française a causé un préjudice à ces derniers, qui auraient pu conserver leur emploi dans l'une d'entre elles, et les a par conséquent condamnées à verser aux salariés des dommages et intérêts.

436. Nous estimons que cette analyse *civiliste* adoptée par les juges du fond présente, certes, des intérêts mais qu'elle manque de cohérence juridique. En effet, le fait de considérer que les sociétés du groupe sont juridiquement fautives, en vertu de l'article 1382 du Code civil, parce qu'elles n'ont pas mobilisé leurs moyens pour reclasser les salariés licenciés par une filiale en difficulté, avait pour but la réalisation de deux objectifs.

D'une part, les juges du fond ont voulu accorder aux salariés intéressés un mécanisme juridique, en l'occurrence l'article 1382 du Code civil, pour qu'ils puissent mettre juridiquement devant leurs responsabilités les sociétés du groupe à l'égard de leur reclassement. Les salariés licenciés par leur société employeur en difficulté peuvent toujours se prévaloir de l'application de cet article, pour obliger les autres sociétés du groupe à leur trouver un emploi.

D'autre part, il nous semble que cette conception *civiliste* a été retenue par les juges du fond pour constituer une alternative à la notion de *co-employeur*, dont la mise en œuvre reste difficile. En effet, il faut rappeler que cette notion suppose que la perte d'autonomie de la société employeur au profit des autres sociétés du groupe – essentiellement la société Méré –

Code du travail apprécie la validité du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens d'un groupe de sociétés pour éviter ou réduire les licenciements rendus inéluctables dans l'une des sociétés du groupe, le législateur a nécessairement fait peser sur les sociétés valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens en soutien au plan social de la société en difficulté. [...] Dès lors, considérer que l'article précité n'impose qu'au seul chef de l'entreprise en difficulté une obligation de moyen tendant à requérir l'assistance des autres sociétés du groupe, laquelle serait soumise au bon vouloir de ces dernières sociétés, reviendrait à priver de toute effectivité cette disposition légale dont la rédaction et l'économie générale illustrent clairement la volonté du législateur de rendre les sociétés du groupe solidaires du plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'une d'entre elles. »

soit caractérisée⁸⁵⁵. En l'absence d'une perte d'autonomie caractérisée, établir la responsabilité des sociétés composant le groupe à l'égard de l'obligation de reclassement et du PSE serait difficile. Dans ce cas, ces sociétés seront tenues, selon l'article L.1235-10 du Code du travail, à la seule mobilisation des moyens pour reclasser les salariés en cause, mais sans garantie de résultat.

En partant de ce constat, les juges du fond ont essayé, à travers l'arrêt *Flodor*, de réengager la responsabilité des autres sociétés du groupe à l'égard de l'obligation de reclassement, en se basant sur l'article 1382 du Code civil, et non sur la notion de co-employeur. En vertu de l'article précité, ces sociétés sont fautives à partir du moment où elles ne mobilisent pas leurs moyens pour reclasser les salariés licenciés par une société employeur en difficulté. En d'autres termes, les juges du fond avaient la volonté de mettre l'article 1382 du Code civil au service de l'application des articles L.1233-4-1, L.1233-4 et L.1235-10, al. 2 du Code du travail, conçus pour sauvegarder l'emploi des salariés dont le licenciement est envisagé.

437. Toutefois, cette analyse *civiliste* a été rejetée par la Cour de cassation. La haute juridiction a considéré, nous semble-t-il, cette conception – selon laquelle les sociétés du groupe ont causé des dommages aux salariés lorsqu'elles n'ont pas tenté de les reclasser – comme non convaincante en termes de raisonnement, voire incohérente au niveau de sa construction juridique.

b. La conception restrictive de la chambre sociale de la Cour de cassation : Les entreprises du groupe établies à l'étranger ne sont pas codébitrices de l'obligation de reclassement avec l'employeur français.

438. L'arrêt *Flodor* a constitué une occasion pour la chambre sociale de la Cour de cassation de préciser sa position concernant le statut juridique des sociétés étrangères composant un groupe, à l'égard de l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement

⁸⁵⁵Cass. soc., 18 janvier 2011, SSL (supplément), 2011, n° 1504, p. 27, note P. Bailly, *op. cit.* ; Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22964, *Bull. Joly*, février 2012, n° 2, p. 168, note G. Loiseau, *op. cit.* ; *JSL*, 2012, n° 314, p. 10, note M. Hautefort *op. cit.* ; Cass. soc., 28 septembre 2011, *LPA*, 2011, n° 250, p. 17, note A.-L. Zabel, *op. cit.*

est décidé par une société employeur située en France : ces sociétés sont-elles ou non des personnes codébitrices, avec la société employeur française, à l'égard de l'obligation de reclassement ?

439. À l'opposé au raisonnement des juges du fond, la Cour de cassation a adopté une conception restrictive – ou stricte –, estimant que l'obligation de reclassement et l'établissement d'un PSE ne pèse que sur la société employeur⁸⁵⁶. En ce qui concerne la responsabilité des sociétés étrangères du groupe à l'égard de l'obligation de reclassement, la haute juridiction a précisé que ces dernières ne sont pas des personnes codébitrices à l'encontre de cette obligation du simple fait de leur appartenance au groupe dont relève la société employeur.

Cette conception a été clairement énoncée par la Cour de cassation, en décidant que : « L'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi. »⁸⁵⁷

Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'est basée sur une analyse juridique classique pour affirmer ces solutions. La haute juridiction est partie du principe que la société employeur, en l'occurrence la société SA Péronne Industrie, était seule partie cocontractante des salariés en cause et détenait le pouvoir de direction ; cette société était donc seule débitrice à l'égard de l'obligation individuelle de reclassement et envers l'établissement du PSE.

À l'inverse, les autres sociétés du groupe, selon la position de la Cour de cassation, ne sont pas liées par des contrats de travail avec ces salariés et ne sont donc juridiquement pas des personnes codébitrices de leur reclassement. Pour la haute juridiction, l'appartenance de ces sociétés au même groupe que la société employeur n'entraîne aucun effet juridique sur leur situation à l'égard de l'obligation de reclassement : ces sociétés ne sont pas des parties codébitrices à l'égard de cette obligation du seul fait de l'appartenance au groupe.

⁸⁵⁶ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

Selon la haute juridiction, c'est l'employeur qui prend l'initiative de licencier les salariés et c'est à lui d'assumer leur reclassement. Concernant l'implication des entreprises composant le groupe, ces entreprises doivent uniquement, à l'initiative de l'entreprise employeur, concourir au reclassement des salariés intéressés en faisant leur possible pour leur trouver un emploi.

L'employeur – ou l'administrateur et le liquidateur – ne peut forcer les entreprises du groupe dont il relève à reclasser ses salariés, et à mobiliser leurs moyens financiers au service du PSE élaboré par lui⁸⁵⁸. L'employeur ne peut se fonder sur le texte L.1235-10, al. 2 du Code du travail pour rendre ces entreprises codébitrices de l'obligation de reclassement.

440. Nous considérons comme injustifié ce raisonnement restrictif qui ignore la responsabilité des autres entreprises du groupe à l'égard de l'obligation de reclassement et la mise en œuvre du PSE. D'un côté, la Cour de cassation a appliqué d'une manière stricte l'article L.1233-61 du Code du travail, en toute méconnaissance de l'article L.1235-10 du même Code. Certes, le législateur, suivant l'article L.1233-61 du Code du travail, met à la charge de l'employeur l'obligation d'établir et de mettre en œuvre le PSE, mais cette mise œuvre doit, comme le précise l'article L.1235-10 du Code du travail, prendre en considération les moyens du groupe. En effet, selon le dernier article, la validité du PSE doit être appréciée au regard des moyens du groupe. Les deux articles précités doivent être mis en œuvre conjointement pour tenter de reclasser les salariés intéressés, or, la haute juridiction a écarté cette mise en œuvre combinée, en faveur d'une application étroite de l'article L.1233-61 du Code du travail.

D'un autre côté, la Cour de cassation a appliqué de manière littérale les principes juridiques classiques pour écarter la responsabilité des sociétés du groupe de toute responsabilité à l'égard de l'obligation de reclassement des salariés en cause, sans analyser le rapport réel qui liait ces sociétés avec la société employeur (SA Péronne Industrie). En effet, la Cour de cassation aurait dû entreprendre une telle analyse pour déterminer par la suite si ces sociétés étaient codébitrices ou non avec la société employeur de l'obligation de reclassement et de la mise en œuvre du PSE.

⁸⁵⁸ P. Pétel, « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP, E*, 2007, n° 13, p. 35.

441. À l'intérieur du groupe de sociétés, se référer, comme a fait la Cour de cassation dans l'arrêt Flodor, au principe de l'indépendance juridique de la personne morale et à celui de la relativité des conventions ne permet pas toujours de déterminer le véritable employeur, débiteur des obligations sociales. Puisque c'est la société-mère, dans la majorité des cas, qui détient le pouvoir véritable sur les salariés de ses filiales, c'est donc la responsabilité de cette société qui est engagée à l'égard des salariés.

Conclusion du Titre I.

442. Faire des groupes de sociétés un cadre de protection de l'emploi est un objectif du droit du travail. Vérifier la réalité et le sérieux du motif économique d'un licenciement au niveau du groupe de sociétés, et la réalité des recherches de reclassement à l'intérieur de celui-ci traduisent cette ambition.

443. Comme nous l'avons constaté, les juges apprécient le caractère réel et sérieux de l'élément causal invoqué (difficultés économiques de l'entreprise et sauvegarde de sa compétitivité) à l'appui d'un licenciement économique au niveau du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise employeur. Une telle appréciation contribue à protéger l'emploi des salariés, dans la mesure où les difficultés économiques invoquées par l'entreprise employeur ne peuvent suffire à justifier le ou les licenciements économiques que s'il est établi que l'ensemble des entreprises relevant du secteur d'activité du groupe auquel appartient cette entreprise connaît les mêmes difficultés. À défaut, le licenciement en question sera considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse.

444. Cette volonté du droit du travail d'impliquer le groupe de sociétés dans la protection de l'emploi se manifeste essentiellement en matière de reclassement des salariés faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique ou à cause d'une inaptitude physique. Au sujet du licenciement pour motif économique, l'article L.1233-4 du Code du travail impose à l'entreprise employeur de chercher à reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé au sein du groupe de sociétés auquel elle est rattachée et notamment, comme le précise la Cour de cassation, au sein des entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent de trouver un emploi aux salariés intéressés. Pour que le licenciement économique soit justifié, l'entreprise employeur doit établir l'impossibilité de trouver un emploi au salarié intéressé à l'intérieur du groupe dont elle relève.

Lorsqu'il s'agit d'un licenciement économique collectif, l'article L.1235-10-2 du Code du travail affirme explicitement que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) doit s'apprécier au niveau du groupe de sociétés. En vertu de cet article, l'entreprise employeur est obligée, sous le contrôle des juges, d'inscrire dans le PSE la preuve des mesures qu'elle

entend exécuter pour trouver, dans les entreprises composant le groupe auquel elle appartient, un emploi aux salariés dont le licenciement ne peut être évité.

Dans le même esprit, les salariés frappés d'une inaptitude physique (d'origine professionnelle ou extra-professionnelle) peuvent se prévaloir, eux aussi, du droit au reclassement au niveau du groupe de sociétés. L'entreprise employeur est tenue, selon la jurisprudence sociale, de rechercher un emploi à ces salariés au sein des entreprises composant le groupe avant de les licencier.

445. Néanmoins, le désir de responsabiliser le groupe de sociétés à l'égard de la protection de l'emploi présente des lacunes. Au sujet du licenciement économique, la loi, plus précisément l'article L.1233-3 du Code du travail, ne reconnaît pas le groupe de sociétés comme cadre d'appréciation de la cause alléguée à l'appui d'un licenciement économique, en outre, la notion de secteur d'activité, créée par la jurisprudence pour accomplir cette mission, reste ambiguë. Notion économique, le secteur d'activité n'est pas défini par la jurisprudence sociale, et les juges, en raison de cette imprécision, rencontrent des difficultés à déterminer le secteur d'activité du groupe auquel elle est rattachée l'entreprise employeur qui licencie. Apprécier le bien fondé de la cause invoquée pour justifier le licenciement reste une opération difficile.

Cette lacune se constate également au niveau de la mise en œuvre de l'obligation de reclassement. Les solutions légales et jurisprudentielles qui traitent de cette obligation imposent à l'entreprise employeur d'étendre aux autres entreprises du groupe les recherches de reclassement du salarié dont le licenciement est envisagé, mais sans que la réalisation de ces recherches soit précisée. Une telle précision permettrait aux juges de distinguer, parmi les recherches menées par l'employeur, celles qui sont sérieuses celles qui ne donnent pas satisfaction.

À cet égard, déterminer la date à partir de laquelle les recherches de reclassement à l'intérieur du groupe doivent commencer nous paraît une mesure essentielle à définir. Dans le même sens, il nous semble que l'engagement de la responsabilité de la société mère du groupe, à l'égard de l'obligation de reclassement, doit être consacré par la loi. Car, d'une part, cette société, dans la majorité des cas, exerce un contrôle économique sur l'employeur

contractuel (la société filiale) et une autorité effective sur les salariés de ce dernier ; le fait que sa responsabilité à l'égard du reclassement de ces salariés soit engagée nous paraît donc logique. D'autre part, l'engagement de la responsabilité de la société mère dans le reclassement des salariés intéressés s'explique aussi par le fait que cette société possède des informations précises sur toutes les sociétés qui composent le groupe ; elle est donc la mieux à même d'aider efficacement les salariés concernés à trouver un emploi dans l'une de ces sociétés.

Titre II. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection des droits des salariés faisant l'objet d'une mise à disposition temporaire.

446. Le transfert définitif des salariés, qui revient à leur mise à disposition définitive, est défini par G.-H. Camerlynck comme « l'opération par laquelle un travailleur, sur l'invitation de son employeur quitte son poste pour passer au service d'un nouvel employeur qui a accepté de le prendre en charge »⁸⁵⁹. Cette forme de mobilité est caractérisée par le passage définitif des salariés d'une entreprise à une autre avec toutes les conséquences juridiques qui en résultent. Le transfert met fin au rapport contractuel liant le salarié transféré à son employeur d'origine et engendre par conséquent la disparition de tout lien juridique entre ces deux parties. Cette rupture empêche le salarié de demander le droit au retour à son entreprise d'origine, sauf par une nouvelle embauche⁸⁶⁰.

447. Au sujet de la mise à disposition temporaire, qui constitue l'objet de cette étude, elle est définie comme « l'opération par laquelle un employeur procure temporairement à un tiers, l'utilisateur, la force de travail d'un de ses salariés. »⁸⁶¹ La mise à disposition temporaire se distingue du transfert définitif par le fait que le salarié intéressé accomplit sa prestation de travail au sein de l'entreprise utilisatrice (ou entreprise d'accueil) d'une manière temporaire et sans que le rapport contractuel originaire qui le lie à son employeur d'origine prenne fin⁸⁶². Le salarié demeure juridiquement attaché à son employeur d'origine, et la relation de travail liant les deux parties continue de produire des effets. Cet employeur reste le titulaire principal du pouvoir de direction et d'affectation du salarié, et gouverne pour une grande partie la carrière de ce dernier⁸⁶³.

Aujourd'hui, le principe affirmant la continuité du rapport contractuel entre l'entreprise d'origine et le salarié faisant l'objet d'une mise à disposition temporaire est

⁸⁵⁹ G. H. Camerlynck, « le transfert du salarié », *D.*, chronique 1966, p. 133.

⁸⁶⁰ G. Saincaize, *Les mises à disposition de salariés*, PUAM, 2009, p. 88.

⁸⁶¹ *Ibid*, p.26.

⁸⁶² C. Pizzio-Delaporte, *La mobilité du salarié dans le groupe de dimension communautaire : aspects juridiques*. Thèse soutenue le 29 octobre 1993 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), p. 53.

⁸⁶³ J. Grimaldi d'Esdra, « Le statut juridique du salarié mis à disposition », *JCP, E*, 1996, p. 614.

explicitement énoncé par l'article L.8241-2 du Code du travail⁸⁶⁴, issu de la loi du 28 juillet 2011⁸⁶⁵.

448. À l'intérieur d'un groupe de sociétés⁸⁶⁶, mettre des salariés à disposition se fait suivant ce principe, c'est-à-dire que l'entreprise d'origine (la société mère)⁸⁶⁷ conserve la qualité d'employeur à l'égard du salarié qu'elle met temporairement à la disposition d'une entreprise utilisatrice (société filiale)⁸⁶⁸.

449. La continuité du rapport de travail pendant la mise à disposition entre l'entreprise d'origine et le salarié intéressé sert les intérêts de ce dernier : l'entreprise d'origine continue d'assurer, pendant cette période, la protection de la quasi totalité des droits individuels et collectifs du salarié. Mais cela ne signifie pas l'exonération de l'entreprise utilisatrice de toute responsabilité à l'égard du salarié mis à sa disposition. Utilisatrice de la prestation de travail du salarié, cette entreprise garantit, à son tour, la protection de certains droits de ce salarié (Chapitre II). Avant même le début de la mise à disposition, certaines obligations contribuant à la protection du salarié doivent être respectées (Chapitre I).

Chapitre I. La protection des salariés dans la perspective de leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés.

Chapitre II. La protection des salariés pendant l'exécution de leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés.

⁸⁶⁴ L'article L.8241-2 du Code du travail précise clairement ce principe en énonçant que : « Pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse.. »

⁸⁶⁵ Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels (JORF n° 0174 du 29 juillet 2011, page 12914).

⁸⁶⁶ Pour les groupes de sociétés, la mise à disposition des salariés demeure un mode de gestion du personnel indispensable. Cette forme de mobilité présente un intérêt économique considérable pour les entreprises composant cette structure économique, dans la mesure où elle leur permet d'économiser le coût de la main-d'œuvre, notamment en période de crise économique. En effet, la mise à disposition dispense ces entreprises des coûts sociaux : coûts liés à l'embauche des salariés (dépenses relatives au recrutement des salariés et à leur adaptation dans l'entreprise), à leur usage (le coût d'usage est composé de toutes les charges légales et conventionnelles imposées à l'entreprise, telles que salaires, congés payés, primes, participation, formation professionnelle) et aux indemnités relatives à leur sortie (le coût de la sortie concerne les dépenses relatives à la procédure de licenciement et aux indemnités de départ). O. Fardoux, *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, thèse soutenue à l'Université de Lille-2, 1997, n° 24, p. 28.

⁸⁶⁷ La société mère sera considérée dans cette étude comme l'entreprise d'origine du salarié.

⁸⁶⁸ La société filiale sera considérée dans cette étude comme l'entreprise utilisatrice de la force du travail du salarié.

Chapitre I. La protection des salariés dans la perspective de leur mise à disposition au sein du groupe de sociétés.

450. La protection des salariés dans la perspective de leur mise à disposition au sein du groupe de sociétés se manifeste de deux façons. Premièrement, il est interdit à l'entreprise d'origine de soumettre les salariés à une mise à disposition à but lucratif (Section I). Deuxièmement, il est obligatoire que cette entreprise recueille l'accord des salariés intéressés, avant leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés (Section II).

Section I. L'interdiction de soumettre les salariés à des mises à disposition à but lucratif.

451. Bien que ce soit une pratique habituelle aux groupes de sociétés, mettre à disposition des salariés à l'intérieur de ces structures économiques pose au niveau juridique une interrogation relative à sa licéité. Les mises à disposition de salariés à l'intérieur d'un groupe de sociétés sont-elles licites ?

Pour répondre à cette question, il faut signaler qu'il n'existe pas de texte autorisant d'une manière explicite les mises à disposition de salariés à l'intérieur d'un groupe. Cependant, celles-ci, en vertu des règles communes encadrant les prêts de main d'œuvre, sont possibles dès lors qu'elles se font dans un but non lucratif. Elles sont, en revanche, interdites dans le cas contraire. Des raisons liées essentiellement à la protection des salariés sont à l'origine de l'interdiction des mises à disposition à but lucratif (§II). Mais avant d'exposer ces raisons, il convient de démontrer les fondements juridiques de cette interdiction (§I).

§I. Les fondements juridiques de l'interdiction des mises à disposition à but lucratif.

452. L'article L.8241-1 du Code du travail constitue la source de l'interdiction des mises à disposition des salariés à but lucratif à l'intérieur des groupes de sociétés (I). Le caractère lucratif apparaît comme le critère fondamental sur lequel se fonde cette interdiction, ce qui nous conduit à le caractériser (II).

I. L'article L.8241-1 du Code du travail, source de l'interdiction des mises à disposition à but lucratif à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

453. Le législateur autorise explicitement les mises à disposition des salariés au sein de certaines structures composées par des entreprises juridiquement distinctes les unes des autres, comme les pôles de compétitivité et les groupements d'employeurs.

Pour les pôles de compétitivité⁸⁶⁹, les mises à disposition des salariés sont explicitement autorisées entre entreprises et organismes de recherches qui composent ces pôles. L'article 47 de la loi du 30 décembre 2006 dispose que « jusqu'au 31 décembre 2010, les organismes de recherches, les établissements d'enseignements supérieur et les entreprises peuvent mettre leurs salariés à disposition d'une entreprise, d'un établissement d'enseignement supérieur ou d'un organisme de recherche faisant partie d'un même pôle de compétitivité. »⁸⁷⁰ Les mises à disposition de salariés entre employeurs publics et privés, membres d'un même pôle de compétitivité, sont permises, comme le précise la loi du 30 décembre 2006, afin de contribuer au développement de projets économiques et industriels⁸⁷¹.

Également, le législateur, à l'article L.1253-1 du Code du travail, permet à un groupement d'employeurs de recruter des salariés et de les mettre à la disposition de ses membres⁸⁷². La création de groupements d'employeurs⁸⁷³ a pour objectif de permettre aux

⁸⁶⁹ Désignés par un comité interministériel, les pôles de compétitivité sont constitués par « des regroupements sur un territoire d'entreprises, d'établissements d'enseignements supérieurs et d'organismes de recherches publics ou privés qui ont vocation à travailler en synergie pour mettre en œuvre des projets de développement économique pour l'innovation. » L'article 24 de la loi 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 (J.O. n° 304 du 31 déc. 2004, p. 22459).

⁸⁷⁰ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre social, (J.O. n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20210).

⁸⁷¹ Moyennant cette autorisation, la loi du 30 décembre 2006 prévoit des dispositions contraignantes qui ont pour objectif la protection des salariés faisant l'objet de mises à disposition entre les membres d'un pôle de compétitivité. À titre d'exemple, au niveau procédural, cette loi oblige l'employeur qui entend mettre un salarié à la disposition d'une entreprise, d'un établissement ou d'un organisme à conclure une convention de mise à disposition avec ledit salarié. Au niveau du fond, le législateur affirme que le salarié a droit au maintien de sa rémunération. Celle-ci ne peut être inférieure à celle que percevrait dans l'entreprise, l'établissement ou l'organisme d'accueil, un salarié embauché directement par ceux-ci, de qualification équivalente, de même ancienneté et occupant un poste similaire.

⁸⁷² Le groupement d'employeurs est créé par la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social (JO du 26 juillet 1985, p. 8471). En principe, le groupement d'employeurs ne peut être constitué que par des entreprises employant au maximum 300 salariés. Mais la loi du 19 janvier 2000 (loi n° 2000-37, du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps du travail (JO n° 16 du 20 janvier 2000, p. 975) a modifié cette règle en permettant aux entreprises employant plus de 300 salariés d'adhérer à un groupement d'employeurs si elles concluent un accord d'entreprise définissant les garanties aux salariés du groupement (art. L.1253-5 Code du travail).

entreprises dépourvues des moyens financiers de recruter des salariés et de partager l'utilisation de leur force de travail. Cette autorisation législative prend en considération l'incapacité financière des petites ou moyennes entreprises d'assumer seules les charges sociales suscitées par l'embauche de nouveaux salariés⁸⁷⁴. Cependant, suivant les articles L.1253-1 et L.1253-11 du Code du travail, ces opérations de mise à disposition ne peuvent s'opérer que dans un but non lucratif⁸⁷⁵.

454. Concernant le groupe de sociétés, en l'absence d'une disposition juridique spécifique tranchant la question relative à la licéité des mises à disposition de salariés au sein d'un même groupe, cette licéité peut être recherchée dans les textes juridiques réglementant les prêts de main-d'œuvre. D'après ces textes, le législateur pose un principe selon lequel le prêt de main-d'œuvre est licite lorsqu'il s'opère dans un but non lucratif⁸⁷⁶. En revanche, ce prêt est illicite lorsqu'il est fait dans un but lucratif⁸⁷⁷.

En effet, le législateur interdit clairement, à l'article L.8241-1 du Code du travail, le prêt de main-d'œuvre à but lucratif et le considère comme une forme d'emploi illicite, au même titre que d'autres formes d'emploi le marchandage (articles L.8231-1 et L.8234-1 du Code du travail) et le travail dissimulé (art. L.8221-1 Code du travail).

Le prêt de main d'œuvre à but lucratif est sanctionné pénalement⁸⁷⁸. À la différence du marchandage⁸⁷⁹, le recours au prêt de main-d'œuvre à but lucratif est punissable sans que le

⁸⁷³ Le groupement d'employeurs peut prendre, selon l'article L.1253-2 du Code du travail, soit la forme d'une association (dans ce cas, le groupement d'employeurs sera régi par la loi du 1 juillet 1901 relative au contrat d'association, JO du 2 juillet 1901, p. 2425), ou d'une société coopérative (dans ce cas le groupement d'employeurs sera régi par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération et de la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983, relative au développement de certaines activités d'économie sociale).

⁸⁷⁴ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz 2002, p. 398.

⁸⁷⁵ Deux points fondamentaux ont été éclaircis par le législateur à propos de la nature juridique du rapport qui lie un groupement d'employeurs aux salariés. Premièrement, c'est que le groupement d'employeur constitue dans son ensemble la partie cocontractante des salariés dans les contrats de travail. Deuxièmement, le législateur accorde la qualité d'*employeur* au groupement d'employeur tout entier, ce qui rend toutes les personnes qui le composent solidaires des dettes des salariés (art. L.1253-8 du Code du travail).

⁸⁷⁶ L'article L.8241-2 du Code du travail précise que « les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées. »

⁸⁷⁷ L'article L.8241-1 du Code du travail prévoit que : « toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. »

⁸⁷⁸ L'article L.8243-1 Code du travail prévoit que : « le fait de procéder à une opération de prêt illicite de main-d'œuvre en méconnaissance des dispositions de l'article L.8241-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 €. »

⁸⁷⁹ Pour que le marchandage soit sanctionné, il revient au juge de déterminer trois éléments : l'élément matériel, un préjudice causé au salarié, et l'intention de nuire à ce dernier. G. Saincaize, *op. cit.*, p. 133.

préjudice du salarié soit caractérisé⁸⁸⁰. Concernant les personnes responsables, la personne qui a fourni la main-d'œuvre et la personne qui l'utilise peuvent être poursuivies séparément, en leur qualité de coauteurs de l'infraction pour délit de prêt illicite de main-d'œuvre⁸⁸¹.

455. La mise à disposition de salariés au sein d'un même groupe de sociétés ne déroge pas au principe interdisant le prêt de la main-d'œuvre à but lucratif puisque les entreprises appartenant au même groupe peuvent se prêter leurs salariés les unes aux autres, à condition que ce prêt ne vise pas à faire ou augmenter des bénéfices.

En revanche, si les entreprises composant le groupe recourent au prêt de main-d'œuvre pour faire des bénéfices, elles commettent un acte illicite pénalement sanctionné. Ces entreprises – fournisseuses et utilisatrices – peuvent être poursuivies et sanctionnées pour délit de prêt illicite de main-d'œuvre⁸⁸², en tant que personnes morales pénalement responsables, en vertu de l'article 121-2 du Code pénal⁸⁸³.

Selon ledit article, on peut poursuivre et condamner ces entreprises pour délit de prêt illicite de main-d'œuvre indépendamment des personnes physiques – notamment les dirigeants – qui ont matériellement recouru audit prêt. La seule condition posée par cet article, c'est que le prêt à but lucratif doit être commis par un organe ou un représentant agissant pour le compte de ces entreprises⁸⁸⁴.

456. Il faut souligner qu'exceptionnellement l'article L.8241-1 du Code du travail exclut du principe interdisant la fourniture ou le prêt de la main-d'œuvre à but lucratif les opérations réalisées dans le cadre du travail temporaire⁸⁸⁵. La loi du 3 janvier 1972 sur le travail

⁸⁸⁰ Pour que l'illicéité du prêt de la main d'œuvre soit caractérisée, l'article L.8241-1 du Code du travail exige que l'objet de l'opération doive être exclusivement le prêt de la main d'œuvre. Cela signifie que ce prêt doit être le seul objet – ou l'objet principal – de la convention conclue entre l'entreprise fournisseuse de main d'œuvre et l'entreprise utilisatrice de celle-ci. En revanche, la licéité du prêt peut être établie lorsque ce dernier, comme l'estime P. Lokiec, est « englobé dans un objet plus vaste, plus précisément s'il est la conséquence nécessaire de la réalisation d'une autre prestation. » P. Lokiec, *Droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011, p. 159 ; A. Coeuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Lexis Nexis 2012, p. 465.

⁸⁸¹ Cass. crim., 22 mars 1983, *Bull. crim.* n° 91.

⁸⁸² Les textes de la poursuite sont les articles L.8241-1 et L.8243-1 du Code du travail.

⁸⁸³ Cet article issu de la loi du 9 mars 2004 dispose que : « *les personnes morales, à l'exception de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.* »

⁸⁸⁴ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2004, p. 371.

⁸⁸⁵ Et également les opérations relatives au portage salarial, aux entreprises de travail à temps partagé et l'exploitation d'une agence de mannequins.

temporaire⁸⁸⁶ permet à une entreprise de travail temporaire⁸⁸⁷ de mettre un ou plusieurs salariés à la disposition d'une entreprise utilisatrice, pendant une durée temporaire, moyennant une rémunération⁸⁸⁸.

II. La caractère lucratif comme critère fondamental de l'interdiction des mises à disposition.

457. Suivant les articles L.8241-1 et L. L.8241-2 du Code du travail, le caractère lucratif constitue le critère distinctif des mises à disposition licites et illicites. Mais comment caractériser ce critère ? La jurisprudence sociale examine le caractère lucratif tant du côté de l'entreprise fournisseur de main d'œuvre (A) que du côté de l'entreprise utilisatrice (B).

A. Le caractère lucratif examiné du côté de l'entreprise fournisseur.

458. Du côté de l'entreprise fournisseur de main d'œuvre, les juges recherchent s'il y a une marge bénéficiaire entre le prix facturé au bénéficiaire (l'entreprise utilisatrice) par cette dernière et le coût de la main d'œuvre. Cette marge établit le but lucratif de l'opération et corrélativement son illicéité. À ce propos, dans un arrêt en date du 17 juin 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé le raisonnement d'une cour d'appel qui avait jugé illicite une mise à disposition parce qu'elle avait constaté la présence d'une marge bénéficiaire au profit de la société prêteuse (la société Dome X'Pats) entre le prix facturé par cette dernière à l'entreprise utilisatrice (la société Ameco) et les bulletins de paie du salarié⁸⁸⁹.

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère également qu'il y a caractère lucratif et prêt de main d'œuvre illicite lorsque l'entreprise qui fournit la main-d'œuvre enregistre des bénéfices⁸⁹⁰. Les juges précisent que l'entreprise fournisseur ne fait pas de bénéfices lorsqu'elle met temporairement un ou des salariés à la disposition d'une entreprise

⁸⁸⁶ Loi n° 72-1 du 3 janvier 1972 (J.O. du 5 janvier 1972) sur le travail temporaire.

⁸⁸⁷ L'article L.1251-2 du Code du travail prévoit qu' : « est un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle recrute et rémunère à cet effet. »

⁸⁸⁸ Cette relation de travail triangulaire se conclut par deux contrats : un *contrat de mise à disposition* liant l'entreprise de travail temporaire et le futur utilisateur de la prestation de travail, et un *contrat de travail temporaire* passé entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié. Le point essentiel précisé par la loi c'est que l'utilisateur du salarié, bien que ce dernier travaille sous son autorité de fait, n'est pas son employeur. F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 106.

⁸⁸⁹ Cass. soc., 17 juin 2005, *Bull. civ.*, V, n° 205.

⁸⁹⁰ Cass. crim., 20 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 86.

utilisatrice si cette dernière assure le paiement des salaires et les charges sociales afférentes⁸⁹¹. Les mises à disposition réalisées dans ce cadre sont autorisées.

459. Ce type de mise à disposition présente des avantages considérables puisqu'une entreprise en récession peut mettre un salarié à la disposition d'une autre entreprise qui connaît un surcroît d'activité, moyennant quoi cette dernière assume le coût du salarié correspondant à la période de sa mise à disposition, c'est-à-dire le paiement des salaires et les charges sociales y afférentes. Ce prêt permet d'éviter le licenciement du personnel inoccupé.

460. L'expression *à but non lucratif*, telle qu'elle est précisée par la jurisprudence, est aujourd'hui confirmée par la loi du 28 juillet 2011⁸⁹². Le législateur, dans l'article L.8241-1 Code du travail prévoit clairement qu'une opération de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice 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.

B. Le caractère lucratif examiné du côté de l'entreprise utilisatrice.

461. Du côté du bénéficiaire du prêt de la main d'œuvre (l'entreprise utilisatrice), le but lucratif de l'opération peut être caractérisé lorsque cette dernière tire profit de l'opération, en faisant notamment des économies sur les charges afférentes au coût du travail. Dans un arrêt en date du 18 mai 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a qualifié une opération de mise à disposition d'illicite parce qu'elle a reproché à la société utilisatrice de n'avoir assuré aucun frais de gestion de personnel⁸⁹³.

La Cour de cassation a précisé que le caractère lucratif de l'opération du prêt de la main d'œuvre pouvait résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel. Le fait que la société utilisatrice n'assume pas les frais de gestion du personnel a été considéré par la Cour de cassation comme un profit financier.

⁸⁹¹ H. Blaise, « À la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'œuvre », *Dr. soc.*, 1990, p. 421 ; J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁹² L'article 40-1 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

⁸⁹³ Cass. soc., 18 mai 2011, *SSL*, 2011, n° 1493.

462. À l'intérieur d'un groupe de sociétés, le caractère lucratif des opérations de mise à disposition doit être examiné suivant les solutions jurisprudentielles susmentionnées et les nouvelles dispositions prévues par l'article L.8241-1 du Code du travail. Pour qu'une opération de mise à disposition soit licite, l'entreprise d'origine (société mère) ne doit pas faire de bénéfices lorsqu'elle met le salarié à la disposition d'une autre entreprise du groupe (société filiale).

L'entreprise d'origine (société mère) ne facture à l'entreprise utilisatrice (société filiale) que les salaires et les charges sociales afférents au coût du travail. L'entreprise utilisatrice (société filiale) pour sa part ne doit tirer aucune économie de l'opération de mise à disposition.

§II. Les raisons justifiant l'interdiction des mises à disposition à but lucratif.

463. L'interdiction des opérations de prêt de main d'œuvre à but lucratif, soit à l'intérieur du groupe de sociétés, soit en dehors, est justifiée par des raisons liées à la protection des salariés. À ce point de vue, le législateur considère ce type de prêt comme un acte antisocial, et il le punit pénalement en ce qu'il est nuisible à la dignité des salariés⁸⁹⁴. Ces derniers ne sont pas des marchandises qui se prêtent et se vendent moyennant bénéfices.

Par apport aux salariés permanents de l'entreprise utilisatrice, les salariés prêtés ne bénéficient pas des avantages légaux que sont le droit au repos compensateur, aux formations professionnelles, au versement d'une rémunération minimale lors des périodes d'inactivité, aux avantages en matière d'heures supplémentaires. Ces salariés ne bénéficient pas non plus des droits prévus par les normes conventionnelles applicables dans l'entreprise utilisatrice⁸⁹⁵. Par apport aux salariés mis à disposition par une entreprise de travail temporaire, les salariés prêtés ne bénéficient pas des droits garantis à ces salariés et notamment l'indemnité de précarité d'emploi⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ J. Leroy, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 2010, p. 18.

⁸⁹⁵ A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Lexis Nexis 2012, p. 460.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

Section II. Nécessité de recueillir l'accord des salariés lors de leur mise à disposition au sein d'un groupe de sociétés.

464. Mettre des salariés à disposition au sein d'un groupe de sociétés affecte leur statut professionnel et personnel. Une telle situation nous conduit à nous interroger sur la licéité de cette pratique, très utilisée par les groupes de sociétés : le droit admet-il les mises à disposition de salariés dans les autres sociétés du groupe ? En d'autres termes, l'employeur cocontractant des salariés (la société mère) peut-il obliger ces derniers à mettre leur force de travail, pendant une durée déterminée, à la disposition des autres sociétés du groupe (les sociétés filiales) ?

Cette interrogation en entraîne une autre, relative à la licéité sur ce point de la clause de mobilité : celle-ci peut-elle constituer une technique juridique permettant à l'employeur d'obliger ses salariés à travailler dans d'autres sociétés du groupe ?

En l'absence d'un texte tranchant cette question, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation adopte une solution contraire aux souhaits des décideurs des groupes de sociétés, en affirmant la nullité de la clause de mobilité au sein de ces structures économiques.⁸⁹⁷ Selon cette position jurisprudentielle, l'acceptation d'avance des salariés, formalisée par une clause de mobilité, ne peut les contraindre à mettre leur force de travail au service des autres sociétés du groupe (§I). Les salariés doivent donner leur accord à leur employeur d'origine au moment où leur mise à disposition devient effective (§II).

§I. Anticiper l'accord des salariés au moyen d'une clause de mobilité ne peut légitimer leur mise à disposition au sein du groupe.

465. Il faut préciser que la clause de mobilité n'est illicite que si cette dernière s'applique au sein d'un groupe de sociétés. Au sein d'une même entreprise, la clause de mobilité est admise et produit tous ses effets. La licéité de la clause de mobilité s'apprécie donc en fonction de son champ d'application : si elle est considérée comme nulle et dépourvue d'effet juridique lorsqu'elle s'applique à l'intérieur d'un groupe de sociétés (II), elle est en revanche autorisée par le droit lorsqu'elle intervient au sein d'une même entreprise (I).

⁸⁹⁷ Cass. soc., 23 septembre 2009, M. X c/ Société Renault Réagroupe, *LPA*, 2010, n° 45, p. 9, note de B. Saintournes.

I. Licéité de la mise en œuvre de la clause de mobilité au sein d'une même entreprise.

466. La licéité de la clause de mobilité au sein d'une entreprise divisée en plusieurs établissements ne pose pas de difficulté. A ce niveau, les juges acceptent, en principe, l'application de cette clause dans la mesure où elle n'entraîne pas le changement de l'employeur cocontractant du salarié intéressé.⁸⁹⁸ Bien que le salarié change de lieu de travail, il reste lié et subordonné à l'employeur qui l'a embauché.⁸⁹⁹ Dès lors, le salarié, en vertu de cette clause, est tenu d'accepter sa mutation dans tout établissement de l'entreprise (A). Toutefois, la jurisprudence encadre la clause de mobilité, en exigeant le respect de certaines conditions pour que sa mise en œuvre soit valide (B).

A. La mutation s'impose au salarié dans les établissements de l'entreprise.

467. En l'absence de la clause de mobilité insérée dans le contrat de travail, c'est la jurisprudence qui juge si cette mobilité relève du pouvoir de direction de l'employeur et en conséquence elle est licite, ou elle constitue une modification du contrat de travail du salarié et donc elle est considérée illicite. A cet égard, le « secteur géographique » constitue pour les juges, depuis la fin des années 1990, le critère de référence pour accomplir cette distinction : Le changement du lieu de travail constitue une modification de contrat de travail lorsque le nouveau lieu de travail se trouve dans un secteur géographique différent de l'ancien, à l'inverse, ce changement est qualifié uniquement en un simple changement des conditions de travail lorsque les deux lieux de travail se situent au même secteur géographique.

Dans un arrêt rendu le 4 mai 1999⁹⁰⁰, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour d'appel jugeant le licenciement du salarié justifié du fait de son refus d'accepter le changement de son lieu de travail sans examiner si le nouveau lieu de travail imposé à ce salarié se situe dans un secteur géographique différent de celui où il travaille précédemment.

⁸⁹⁸ Les établissements (succursales, usines, chantiers, agences, etc.) au service desquels le salarié met sa prestation de travail ne sont pas des personnes juridiques autonomes et donc des employeurs distincts. La qualité d'employeur est attribuée uniquement à la personne physique ou morale propriétaire de l'entreprise qui exploite ces établissements. I. Desbarats, *op. cit.*, p. 1, 2 et 6.

⁸⁹⁹ Cette mobilité est appelée aussi mobilité interne. C. Pizzio-Delaporte, *op.cit.*, p. 19.

⁹⁰⁰ Cass.soc., 4 mai 1999, n° 97-40576.

468. Pour définir le périmètre du secteur géographique, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que le changement du lieu de travail doit être examiné de façon objective et identique pour tous les salariés.⁹⁰¹ La haute juridiction considère également qu'il convient d'apprécier la situation des deux lieux de travail et non la distance les séparant du domicile du salarié intéressé.⁹⁰² Pour préciser ce point, la Cour de cassation a jugé que deux lieux de travail éloignés de 25 kilomètres relevaient du même secteur géographique.⁹⁰³ En revanche, elle a considéré que deux lieux de travail distants de 58 kilomètres n'en relevaient pas.⁹⁰⁴

La jurisprudence récente de la Cour de cassation se montre toujours attachée au critère du secteur géographique pour distinguer entre le changement du lieu de travail qui s'impose au salarié sans son accord de celui exigeant celui-ci. Dans un arrêt rendu le 5 mars 2014, les juges de cassation ont considéré que l'employeur avait le droit d'imposer le transfert du lieu de travail du salarié d'Ivry Sur Seine à Clichy par ce qu'il s'est effectué dans le même secteur géographique.⁹⁰⁵

En revanche, la présence d'une clause de mobilité dans le contrat de travail signifie que le salarié accepte d'avance le changement du lieu habituel de son travail, ou sa mobilité géographique.⁹⁰⁶ La clause de mobilité renforce le pouvoir de direction de l'employeur en lui permettant, en principe, d'imposer un changement de lieu de travail au salarié, sans que celui-ci puisse s'y opposer.⁹⁰⁷

469. Une fois imposée par l'employeur, la mobilité du salarié affirme-t-elle la Cour de cassation ne s'analyse pas comme une modification du contrat de travail, mais un simple changement des conditions de celui-ci.⁹⁰⁸ Cette qualification a été précisée par la Cour de

⁹⁰¹ Cass. soc., 15 juin 2004, n° 01-44.707.

⁹⁰² Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880.

⁹⁰³ Cass. soc. 27 septembre 2006, n° 04-47.005.

⁹⁰⁴ Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-45.647.

⁹⁰⁵ Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-28894.

⁹⁰⁶ Il y a aussi la mobilité professionnelle selon laquelle le salarié accepte par avance d'accomplir une autre fonction que celle pour laquelle il est recruté.

⁹⁰⁷ Cass. soc., 19 mai 2004, Sté Loca Bourgeois c/ Laurent Bauwnes, *Droit & Patrimoine*, 2004, n° 129, p.118. note de A. Chevillard.

⁹⁰⁸ Auparavant, le changement des conditions de travail était appelé par la jurisprudence « modification non substantielle du contrat de travail », contrairement à la modification du contrat qui était appelée « modification substantielle du contrat de travail. » Il y a modification du contrat lorsqu'un élément essentiel du contrat de travail (rémunération, qualification, lieu de travail, et durée du travail) est affecté par l'employeur. Ces éléments sont importants dans le contrat et ne peuvent pas être imposés unilatéralement par l'employeur. À l'opposé de ces éléments qualifiés d'essentiels, les conditions de travail (ou les éléments non substantiels), sont des

cassation dans un arrêt rendu le 11 juillet 2001, selon lequel : « La mise en œuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail. »⁹⁰⁹ Les juges de cassation confirment toujours cette qualification.⁹¹⁰

Le refus de mobilité de la part du salarié, alors qu'il l'a acceptée contractuellement, constitue un « acte d'insubordination »⁹¹¹ et un manquement à ses obligations contractuelles. Aujourd'hui, ce refus constitue uniquement une cause réelle et sérieuse de licenciement et ne caractérise pas à lui seule une faute grave, celle-ci, rappelle-t-elle la Cour de cassation, doit être établie.⁹¹² La haute juridiction s'aligne toujours sur cette solution puisqu'elle a, dans un arrêt rendu le 13 mars 2013, validé l'appréciation de la Cour d'appel analysant le changement du lieu de travail du salarié, en application d'une clause de mobilité, en un simple changement des conditions de son travail, mais sur la nature du licenciement, la haute juridiction a fondé ce dernier sur une cause réelle et sérieuse et non pas sur une faute grave comme elle l'avait jugé la Cour d'appel.⁹¹³

Alors qu'auparavant, le refus du salarié d'accepter sa mutation pouvait être qualifié de faute grave justifiant la rupture de son contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a clairement adopté cette solution dans un arrêt en date du 30 septembre 1997, en arrêtant que : « La mutation du salarié en application d'une clause de mobilité ne concerne que les conditions de travail et relève du pouvoir de direction de l'employeur ; il en résulte que le refus du salarié constitue en principe une faute grave. »⁹¹⁴

modifications mineures qui peuvent être imposées unilatéralement par l'employeur. A. Coeuret, B. Gauriau, M. Miné, *Droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 273 ; J. Pélissier, G. Auzero, É. Dockès, *op. cit.*, p. 670.

⁹⁰⁹ Cass. soc., 11 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 265.

⁹¹⁰ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-15461.

⁹¹¹ P. Bouaziz et I. Goulet, « À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité : (Cour de cassation, ch. sociale, arrêts du 23 février 2005) », *Dr. soc.*, 2005, p. 635.

⁹¹² Cass. soc., 5 mai 2010, n° 08-44593.

⁹¹³ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-15461, *op. cit.*

⁹¹⁴ Cass. soc., 30 septembre 1997, Sté Onet c/Mme Nedjar, *Bull. civ.*, V, n° 289. La salariée Mme Nedjar a refusé sa mutation sur d'autres chantiers, nonobstant la clause de mobilité insérée dans son contrat de travail qui la prévoit. Le conseil des prud'hommes a donné raison à la salariée, en qualifiant son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il a estimé que « les changements de lieu et d'horaire de travail ainsi que l'aggravation des frais de déplacements constituaient une modification substantielle du contrat de travail et que le refus de la salariée était donc justifié ». Ce jugement a été cassé par la Cour de cassation qui a considéré que le refus de la salariée de sa mutation constituait une faute grave.

B. Encadrement de la mise en œuvre de la clause de mobilité au sein d'une même entreprise.

470. Bien que la clause de mobilité soit stipulée dans le contrat de travail, l'employeur ne peut, au nom de la liberté contractuelle, l'imposer de manière absolue au salarié. Dans ce cadre, les juges jouent un rôle de *police* pour surveiller cette clause et en contenir les excès⁹¹⁵, au même titre que les clauses de variabilité de salaires et d'horaires. Ce contrôle de l'abus de la clause de mobilité permet, comme le précise le professeur Grégoire Loiseau, « de protéger le salarié contre le risque d'arbitraire de l'employeur qui pourrait modifier à son gré – et à son avantage – des données essentielles de la relation contractuelle, compromettant ainsi les prévisions de son cocontractant. »⁹¹⁶

En effet, pour que la clause de mobilité soit valide, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que soient respectées certaines conditions relatives essentiellement à la délimitation du périmètre géographique de la mobilité (1) et que soit pris en considération l'intérêt du salarié lorsque la mobilité devient effective (2).

1. Nécessité de délimiter le périmètre géographique de la mobilité.

471. Pour que la clause de mobilité soit valable, le cadre géographique de celle-ci doit être déterminé. Fixer des limites géographiques permet au salarié de connaître à l'avance les lieux de travail dans lesquels sa mutation peut avoir lieu, et empêche l'employeur de recourir abusivement à la clause de mobilité.⁹¹⁷ Cette obligation a été clairement précisée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 7 juin 2006 : « la clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée. »⁹¹⁸.

472. En l'absence d'une telle définition, la clause de mobilité est nulle, affirme-t-elle la Cour de cassation.⁹¹⁹ Encore, en l'absence de cette définition, le licenciement prononcé par

⁹¹⁵ G. Loiseau, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP*, S, 2009, n° 3, p. 14.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p.15.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁹¹⁸ Cass.soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *Bull. civ.*, V, n° 209.

⁹¹⁹ Cass.soc., 16 juin 2009, n° 08-40.020 ; Cass.soc., 23 mai 2013, n° 12-15461.

l'employeur contre le salarié qui refuse sa mutation serait dépourvu de cause réelle et sérieuse, même si une disposition de la clause de mobilité précise que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail. Ces points de droit ont été clairement définis par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 19 mai 2004, qui arrête qu'« une clause de mobilité ne prévoyant pas les limites dans lesquelles la mutation d'un salarié peut intervenir et énonçant que tout refus du salarié emporterait la rupture ce son contrat de travail est frappée de nullité, de sorte que le licenciement prononcé en raison du refus d'être muté est sans cause réelle et sérieuse. »⁹²⁰

473. Si les parties contractantes peuvent définir librement dans la clause de mobilité la zone géographique de celle-ci, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que cette clause « ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée. »⁹²¹ La haute juridiction a également énoncé que le champ d'application de la clause de mobilité ne peut viser que les établissements et les agences de l'entreprise existant au moment de la signature du contrat.⁹²²

474. Dans tous les cas, l'intervention des juges peut toujours limiter le champ géographique de la mobilité lorsqu'ils constatent que la clause prévoyant cette mobilité a occasionné un *déséquilibre significatif*⁹²³ dans le contrat, en faveur de l'employeur.

2. Prise en considération de l'intérêt du salarié.

475. Une clause de mobilité peut être annulée si elle porte atteinte aux droits professionnels et personnels des salariés. Au niveau professionnel, la haute juridiction a donné raison au salarié qui avait refusé la mise en œuvre d'une clause de mobilité parce qu'elle entraînait un changement de qualification.⁹²⁴ La haute juridiction a adopté la même solution lorsqu'elle a constaté que cette mise en œuvre avait conduit à une réduction de la rémunération du salarié,

⁹²⁰ Cass. soc., 19 mai 2004, Sté Loca Bourgeois c/ Laurent Bauwens, *Droit et patrimoine*, 2004, n° 129, p. 117, note d'A. Chevillar. Dans cet arrêt, la haute juridiction a estimé que : « la cour d'appel, qui a relevé, d'une part, l'absence de limite dans laquelle la mutation du salarié pouvait intervenir et, d'autre part, que la clause prévoyait que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail, a pu décider la nullité de cette clause et a légalement justifié sa décision. »

⁹²¹ Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, *op.cit* ; Cass.soc., 3 mai 2012, n° 11-10143.

⁹²² Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 05-43.757.

⁹²³ G. Loiseau, *op. cit.*, p. 15.

⁹²⁴ Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-47.365.

que ce soit le salaire de base⁹²⁵ ou la part variable (l'intéressement)⁹²⁶. Un arrêt rendu récemment par la Cour de cassation, le 5 mars 2014, confirme toujours l'attachement de cette dernière à cette approche considérant nulle la clause de mobilité dont la mise en œuvre s'opère d'une manière déloyale par l'employeur.⁹²⁷ Dans cette affaire, les juges de cassation ont approuvé l'arrêt de la Cour d'appel (Versailles, 27 septembre 2012) jugeant nulle la clause de mobilité par ce qu'elle a été mise en œuvre par l'employeur pour sanctionner le salarié qui s'opposait à une modification de son contrat de travail : une réduction de son temps de travail et par conséquent sa rémunération.

476. Au niveau personnel, la prise en considération des droits attachés à la personne du salarié lors de la mise en œuvre de la clause de mobilité trouve son fondement juridique dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le respect de la vie privée et familiale et dans l'article 1121-1 du Code du travail qui interdit de porter atteinte aux droits des personnes et à leurs libertés individuelles et collectives.⁹²⁸ En application de ces textes, les clauses contractuelles – dont la clause de mobilité – peuvent être annulées si elles portent atteinte aux droits personnels et familiaux des salariés.⁹²⁹

477. De façon générale, les tribunaux veillent à ce que l'employeur applique la clause de mobilité, instrument de son pouvoir de direction, de bonne foi. Celle-ci suppose que la clause de mobilité soit mise en œuvre pour servir les intérêts légitimes de l'entreprise. Dans le cas contraire, c'est-à-dire en l'absence d'intérêt légitime, la clause de mobilité peut être invalidée. La chambre sociale de la Cour de cassation met seulement à la charge du salarié d'établir que la mise en œuvre de la clause de mobilité n'est pas conforme aux intérêts légitimes de l'entreprise.⁹³⁰

⁹²⁵ Cass. soc., 25 février 2004, n° 01-47.104.

⁹²⁶ Cass. soc., 15 décembre 2004, *RJS* 2002, n° 945.

⁹²⁷ Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-28661.

⁹²⁸ L'article 8 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. » L'article L.1121-1 du Code du travail énonce que : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

⁹²⁹ Cass. soc., 24 janvier 2007, *D.*, 2007, p. 1480, note G. Loiseau ; C. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 804.

⁹³⁰ Cette mesure a été clairement précisée par la Cour de cassation, qui décide : « Attendu, ensuite, que la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer

II. Illicéité de la clause de mobilité au sein d'un groupe de sociétés.

478. Bien que ce soit une pratique courante, la clause de mobilité est illicite lorsqu'elle doit s'appliquer au sein d'un groupe de sociétés. La Cour de cassation l'a précisé dans un arrêt rendu le 23 septembre 2009,⁹³¹ en considérant comme nulle une clause de mobilité qui prévoyait qu'un salarié acceptait à l'avance de mettre sa force de travail au service d'un autre employeur, même si ce dernier appartenait au même groupe que son employeur d'origine (A). Cette position jurisprudentielle se justifie par des considérations solides (B).

A. Principe de l'illicéité de la clause de mobilité intragroupe.

479. L'arrêt en date du 23 septembre 2009 fut l'occasion pour la Cour de cassation d'affirmer l'illicéité de la clause de mobilité intragroupe. Un salarié avait été embauché en 1999 par la société Renault France automobiles, aux droits de laquelle se trouvait la société Réagroupe, pour exercer des fonctions de responsable du service *marketing* auprès de l'établissement de Caen, devenu la société Renault France automobiles Val de Seine.

En 2004, un avenant à son contrat de travail a été signé avec cette dernière, par lequel le salarié acceptait l'adjonction d'une clause de mobilité stipulant qu'il pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société de Renault France automobiles. À la suite de son refus de mutation dans une autre société du groupe située à Strasbourg, le salarié a été licencié pour non respect de la clause de mobilité.

La cour d'appel de Caen a considéré que le licenciement du salarié était justifié puisqu'il avait accepté à l'avance sa mobilité dans toutes les sociétés du groupe. Pour les juges du fond, cette mobilité constituait un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur.

En cassant l'arrêt de la cour d'appel, la chambre sociale de la Cour de cassation a établi deux points de droit : elle estime, de manière générale, « qu'un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur » et, de manière particulière, arrête, à propos du groupe

que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt. » Cass. soc., 23 février 2005, *D.*, 2005, Juris, p. 1678, note de H.-K. Gaba ; note G. Loiseau, *ibid.*, p. 1481.

⁹³¹ Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 07-44200, M. X c/ Sté Renault Réagroupe, *PA*, 2010, n° 45, p. 9, note B. Saintournes.

de sociétés, que « la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle. »

480. Dans ses arrêts récents, la Cour de cassation se montre attachée à l'illicéité de la clause de mobilité intragroupe. Dans un arrêt en date du 13 mars 2013⁹³², les juges de cassation ont annulé l'arrêt de la Cour d'appel jugeant le licenciement d'un salarié (ingénieur d'études métallurgiques) justifié au motif de son refus d'une mutation, en application d'une clause de mobilité, au sein d'une société appartenant au même groupe dont relève son employeur. La Cour régulatrice a confirmé sa solution adoptée dans l'arrêt du 23 septembre 2009 en énonçant que « la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par un contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendra au même groupe ou à la même unité économique et sociale est nulle. »

B. Justifications de l'illicéité de la clause de mobilité intragroupe.

481. Le refus de la haute juridiction d'admettre la clause de mobilité intragroupe se justifie par deux considérations essentielles. Premièrement, cette clause se présente comme une pratique illicite, car utilisée pour légitimer un changement d'employeur, et deuxièmement, elle entraînerait un risque d'insécurité, si elle était validée, pour le salarié.

482. Au sujet du premier motif, la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 23 septembre 2009, s'est fondée sur l'obligation, énoncée par l'article L.1222-1 du Code du travail, d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, pour annuler la clause de mobilité intragroupe. La clause de mobilité stipulant dès la formation du contrat de travail que le salarié accepte de mettre sa force de travail au profit d'autres employeurs, même si ces derniers appartiennent au même groupe que l'employeur cocontractant, s'oppose à l'exigence de bonne foi. Une telle stipulation conduit à la déshumanisation et la marchandisation de la relation de travail, et donc vide la notion de bonne foi de sa substance.⁹³³

⁹³² Cass.soc., 13 mars 2013, n° 11-25576.

⁹³³ A. Chirez, « Le changement volontaire de l'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », *Dr.ouv.*, janvier 2010, n° 738, p. 20.

Cette position de la Cour de cassation annulant la clause prévoyant la mobilité du salarié à l'intérieur d'un groupe de sociétés s'inscrit dans une évolution jurisprudentielle qui vise à la moralisation des clauses du contrat de travail.⁹³⁴ Les juges ne peuvent accepter, au non de la liberté contractuelle, toutes les clauses stipulées dans le contrat de travail.

483. La Cour de cassation ne valide pas la clause de mobilité par laquelle le salarié accepte à l'avance toute mutation dans une autre société du groupe et la considère comme nulle on peut l'expliquer aussi dans la mesure où cette acceptation peut entraîner un risque d'insécurité pour ce salarié. Au moment où la clause est signée, le salarié ne sait en effet ni quand ni dans quelle filiale il peut être muté, et ne connaît pas non plus à cette date les conditions effectives de sa mutation.⁹³⁵

De fait, si, au moment où il accepte la clause de mobilité, le salarié peut connaître le périmètre du groupe de sociétés dans lequel il est susceptible d'être muté, ce périmètre se modifie continuellement en raison des restructurations qui peuvent affecter ce groupe. Ces restructurations conduisent soit à des cessions de titres faisant sortir une ou plusieurs sociétés du groupe ou, au contraire, à des prises de participation faisant entrer de nouvelles sociétés dans le groupe.⁹³⁶

§II. L'exigence d'un accord exprès des salariés lors de leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés.

484. Il ressort de l'analyse de l'arrêt du 23 septembre 2009 que ce n'est pas la mise à disposition du salarié à l'intérieur du groupe qui est condamnée en soi, mais le changement d'employeur convenu à l'avance, au moment de la conclusion du contrat de travail, qui est interdit. Une mise à disposition au sein d'un groupe de sociétés, reste en revanche juridiquement admissible à condition que le salarié intéressé donne son accord au moment où celle-ci devient effective.

⁹³⁴ A. Chirez, *op. cit.*, p. 19.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁹³⁶ *Ibid.*

485. La Cour de cassation a adopté cette position en considération, nous semble-t-il, de l'article L.8241-2 du Code du travail⁹³⁷ qui exige de recueillir l'acceptation du salarié au moment de sa mise à disposition (I). Ce même texte impose également la formalisation de ladite mise à disposition (II).

I. L'accord du salarié lors de sa mise à disposition est une condition obligatoire à sa prise d'effet.

486. L'obligation faite à l'employeur d'origine de recueillir le consentement du salarié avant de le mettre temporairement à la disposition d'une autre entreprise constitue une mesure logique. Cette obligation se justifie, d'une part, par l'*intuitu personæ* qui caractérise la relation de travail et qui interdit que le salarié soit muté unilatéralement par son employeur au service d'une entreprise tierce.⁹³⁸

D'autre part, la jurisprudence sociale considère que la mobilité des salariés, que ce soit sous la forme d'une mutation temporaire ou d'un transfert définitif, entraîne une modification du contrat de travail, et que sa légitimation requiert de ce fait de recueillir l'accord exprès du salarié concerné. Cette exigence a été précisée par la haute juridiction dans un arrêt rendu le 5 mai 2004 qui énonce que : « le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord, peu important que ces sociétés aient à leur tête le même dirigeant. »⁹³⁹ La même idée a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 16 décembre 2008 qui reconnaît qu'« il ne peut être imposé à un salarié sans son accord un changement d'employeur. »⁹⁴⁰

487. Aujourd'hui, exiger l'accord du salarié avant sa mutation est consacré légalement, puisque l'article L.8241-2 du Code du travail impose explicitement à l'employeur d'origine d'obtenir l'accord du salarié avant de le mettre à la disposition d'une entreprise tierce. Ce texte, il faut le préciser, vise toutes les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, y compris celles effectuées à l'intérieur des groupes de sociétés.

⁹³⁷ Article issu de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 (art.40).

⁹³⁸ D. Chatard et F. Riquoi, « Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ? », *Cahiers du DRH*, 2011, n° 180, p. 11.

⁹³⁹ Cass. soc., 5 mai 2004, *Dr. soc.*, 2004, p. 793, obs. A. Mazeaud.

⁹⁴⁰ Cass. soc., 16 décembre 2008, *JCP*, S, 2009, 1140, note G. Blanc-Jouvan.

488. En pratique, l'employeur d'origine (société mère) présente une offre à son salarié en lui demandant d'accepter sa mise à disposition au service d'une autre entreprise du groupe (société filiale). L'acceptation de cette offre patronale conduit à la conclusion d'un avenant contractuel de mise à disposition signé par le salarié, tandis qu'en cas de refus, l'article L.8241-2, al. 6 du Code du travail précise que le salarié ne pourra pas « être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition. »

II. Formaliser la mise à disposition, mesure procédurale obligatoire avant sa prise d'effet.

489. Jusqu'à la loi du 28 juillet 2011, la mise à disposition des salariés n'était pas soumise à des règles procédurales obligatoires et notamment à la conclusion d'une convention de mise à disposition.⁹⁴¹ En revanche, depuis l'élaboration de cette loi, il est obligatoire de rédiger deux documents distincts : l'article L.8241-2 du Code du travail, issu de ladite loi, exige la rédaction d'une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse (société mère) et l'entreprise utilisatrice (société filiale), ainsi que la rédaction d'un avenant au contrat de travail signé par le salarié.

Dans l'esprit du législateur, cette exigence procédurale contribue, nous semble-t-il, à encadrer la mise à disposition du salarié de façon claire, permettant d'éviter toute difficulté d'application. Concernant la rédaction d'une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice, l'article L.8241-2, al. 3 du Code du travail détermine clairement les éléments qui doivent être définis dans ce document, à savoir : la durée de la mise à disposition, l'identité et la qualification du salarié intéressé, le mode de détermination des salaires, les charges sociales et les frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse.

Quant à l'avenant au contrat de travail signé par le salarié, l'article L.8241-2, al. 3 du Code du travail exige la signature de ce document par celui-ci, parce qu'il officialise son

⁹⁴¹ Il était seulement recommandé de conclure une convention de mise à disposition. En pratique, les parties concernées (l'entreprise prêteuse, l'entreprise emprunteuse et le salarié) concluaient une convention tripartite en un seul document dans lequel elles mentionnaient tous les aspects de la mise à disposition : le lieu de travail, la durée, la fonction occupée, etc.). D. Chatard et F. Riquoi, *op.cit.*, p. 13.

accord d'effectuer une mise à disposition au service d'une entreprise tierce. Cet avenant, selon l'article précité, doit obligatoirement définir 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 qui sera occupé par le salarié. Même s'elle n'est pas citée nommément, nous estimons que la durée de la mise à disposition doit être mentionnée dans l'avenant.

Chapitre II. La protection des salariés pendant leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés.

490. La mise à disposition des salariés à l'intérieur du groupe de sociétés ne doit pas affecter leur statut de salarié, qui leur garantit de bénéficier des dispositions protectrices du droit du travail⁹⁴². Cependant, le caractère protecteur de ce statut pendant cette période suscite en pratique des difficultés du fait de la dispersion du pouvoir de direction susceptible d'être exercé sur les salariés, entre l'entreprise d'origine (société mère) avec laquelle ils sont liés par un contrat de travail et l'entreprise utilisatrice (société filiale) sous la subordination et au service de laquelle ils travaillent⁹⁴³. À cet égard, la question qui se pose est de savoir qui assure la protection des droits des salariés pendant la période de mise à disposition de ces derniers : est-ce l'entreprise d'origine (société mère) ou l'entreprise utilisatrice (société filiale) ?

491. Les solutions légales et jurisprudentielles tranchant cette question reposent sur un principe selon lequel l'entreprise d'origine (société mère) assume la protection de la quasi totalité des droits des salariés pendant la période de mise à disposition. Au niveau individuel, les nouvelles dispositions prévues par l'article L.8241-2 (article issu de la loi du 28 juillet 2011) et les dispositions énoncées par l'article L.1231-5 du Code du travail appliquent ce principe (Section I).

492. Au niveau collectif, l'entreprise d'origine assure également la protection des droits collectifs des salariés qu'elle met à la disposition des entreprises utilisatrices. Les salariés mis à disposition, suivant l'article L.8241-2-2 du Code du travail (issu de la loi du 28 juillet 2011) et l'article L.1112-2 du Code du travail (issu de la loi du 20 août 2008), conservent leur attachement à la communauté de travail de leur entreprise d'origine (société mère) et exercent au sein de cette entreprise leurs droits collectifs (Section II).

⁹⁴² G. Saincaize, *op. cit.*, p. 305.

⁹⁴³ A. Lyon-Caen et J. de Maillard, « la mise à disposition de personnel », *Dr. soc.*, 1981, p. 327.

Section I. La protection des droits individuels des salariés.

493. Les textes juridiques qui encadrent les mises à disposition veillent à la protection des droits individuels des salariés, lorsque ceux-ci sont mis à la disposition d'entreprises utilisatrices situées sur le territoire national (§I), ou établies à l'étranger (§II).

§I. La protection des droits individuels des salariés mis à la disposition d'entreprises situées sur le territoire national.

494. La responsabilité de l'entreprise d'origine (société mère) en matière de protection des droits des salariés se manifeste particulièrement à l'issue de la période de mise à disposition puisque cette entreprise garantit la réintégration de ses salariés en son sein, et prend en considération leur ancienneté acquise au sein de l'entreprise utilisatrice (société filiale) (II). En revanche, pendant la période de l'exécution de la mise à disposition, l'entreprise d'origine et l'entreprise utilisatrice assurent conjointement la protection des droits des salariés. La responsabilité de l'entreprise utilisatrice durant cette période paraît logique, dans la mesure où les salariés exécutent leur prestation de travail au profit et sous la direction de cette entreprise (I).

I. Une responsabilité commune de l'entreprise d'origine et de l'entreprise utilisatrice en matière de protection des droits individuels des salariés pendant l'exécution de leur mise à disposition.

495. La responsabilité commune de l'entreprise d'origine et de l'entreprise utilisatrice s'applique à la protection de la santé et la sécurité des salariés (A), à la réparation du risque professionnel (B), ainsi qu'à la protection de la rémunération (C). D'un autre côté, le fait que les salariés ne soient pas soumis à une période d'essai par l'entreprise utilisatrice constitue une autre manifestation de la protection de leurs droits pendant leur mise à disposition (D).

A. La protection de la santé et la sécurité des salariés.

496. La protection de la santé des salariés et l'amélioration de la sécurité sur le lieu de travail sont une des préoccupations capitales du droit du travail⁹⁴⁴. Le fait qu'une partie du Code du travail est consacrée à la santé, à l'hygiène et à la sécurité au travail traduit l'importance que le législateur accorde à ces questions⁹⁴⁵.

497. L'employeur est tenu d'assurer la protection de la santé physique et psychique du salarié, en collaboration avec d'autres intervenants (CHSCT, représentants des salariés et médecin du travail)⁹⁴⁶. Les solutions jurisprudentielles qualifient, depuis 2002, l'obligation contractuelle de sécurité pesant sur l'employeur comme une obligation de résultat⁹⁴⁷. Cette nouvelle qualification jurisprudentielle est aujourd'hui consacrée légalement par l'article L.1152-4 du Code du travail qui dispose que l'employeur est tenu à une obligation de résultat en matière de sécurité et de protection de la santé de ses salariés.

498. Pour les salariés mis à disposition à l'intérieur d'un groupe, une question se pose portant sur l'identification de l'entreprise qui assure la protection de la sécurité et la santé de ces salariés : est-ce l'entreprise d'origine (société mère) ou l'entreprise utilisatrice (société filiale) ? Suivant les dispositions prévues par l'article L.8241-2 du Code du travail qui cible les prêts de main-d'œuvre sans but lucratif et les dispositions destinées aux salariés mis à la disposition d'utilisateurs par les entreprises de travail temporaire, l'entreprise d'origine et l'entreprise utilisatrice sont toutes les deux responsables de la protection de la santé et de la sécurité des salariés mis à disposition.

Concernant la responsabilité de l'entreprise d'origine (société mère), l'article L.8241-2 du Code du travail insiste sur l'information du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de cette entreprise, lorsque « le poste occupé dans l'entreprise utilisatrice par le

⁹⁴⁴ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2011, p. 834.

⁹⁴⁵ L'adoption par l'Organisation internationale du Travail de plusieurs conventions relatives à la santé et la sécurité au travail démontre l'importance allouée à ces matières. De même, la directive européenne n° 89/391 du Conseil du 12 juin 1989, affirme que les employeurs doivent garantir la sécurité et la santé des travailleurs dans tous aspects liés au travail.

⁹⁴⁶ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 2010, p. 571.

⁹⁴⁷ Cette nouvelle redéfinition a été conçue par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 28 février 2002, qui affirme qu'« en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise et les accidents du travail. » La haute juridiction ajoute que : « le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'art. L.452-1 Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. » Cass. soc., 28 avril 2002, *D.*, 2002, juris, p. 2696, note X. Prétot.

salarié mis à disposition figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés, mentionnée au second alinéa de l'article L.4154-2 du Code du travail. »

L'article L.4141-2 Code du travail met également à la charge de la société mère (l'entreprise prêteuse) une obligation, préalable à la mise à disposition du salarié, consistant à assurer à ce dernier une formation à la sécurité, appropriée à la nature des travaux qu'il devra accomplir au sein de la société filiale (l'entreprise utilisatrice). Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette obligation pesant sur l'entreprise d'origine en décidant : « Dès lors que l'employeur, qui met des salariés à la disposition d'une autre entreprise, ne s'exonère pas de l'obligation préalable qui lui faite de leur donner une formation appropriée à la sécurité. »⁹⁴⁸

Quant à la responsabilité de l'entreprise utilisatrice (société filiale), l'article L.1251-21 du Code du travail consacré aux salariés mis à la disposition d'utilisateurs par les entreprises de travail temporaire précise que c'est l'entreprise utilisatrice qui est responsable, pendant la durée de la mission, de la protection de la santé et de la sécurité du salarié⁹⁴⁹. La responsabilité de l'entreprise utilisatrice paraît logique dans la mesure où c'est cette entreprise qui dirige et contrôle le salarié pendant la durée de sa mise à disposition ; c'est donc elle qui doit assurer la protection de sa santé et de sa sécurité pendant cette durée.

499. Les institutions représentatives de l'entreprise utilisatrice (le CHSCT, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel), selon l'article L.8241-2 (modifié) du Code du travail, doivent être informées et consultées sur la mise à disposition du salarié avant même son accueil au sein de cette entreprise.

500. De même, la société filiale (entreprise utilisatrice) doit faire bénéficier le salarié mis à sa disposition des dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles protectrices, relatives à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à

⁹⁴⁸ Cass. crim., 16 septembre 1997, *Bull. crim.*, n° 299.

⁹⁴⁹ L.1251-21 du Code du travail dispose que « pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail, telles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail. »

l'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, à l'hygiène et à la sécurité⁹⁵⁰.

B. La protection de la réparation du risque professionnel : les accidents du travail.

501. Le salarié faisant l'objet d'une mise à disposition à l'intérieur d'un groupe court le risque d'être exposé à un accident de travail à l'occasion de l'exécution de celle-ci pour le compte d'une entreprise utilisatrice⁹⁵¹. Une telle hypothèse nous amène à nous interroger sur l'entreprise qui assurera la réparation du dommage causé au salarié par l'accident de travail : est-ce la société mère (l'entreprise d'origine) avec laquelle le salarié victime est lié par un contrat de travail, ou la société filiale (l'entreprise utilisatrice) au sein de laquelle l'accident s'est produit ? La question se pose également, au niveau procédural, de savoir qui assumera les formalités relatives à l'accident de travail : est-ce la société mère ou la société filiale ?

En l'absence d'un régime juridique spécifique applicable aux accidents du travail survenus à l'intérieur d'un groupe de sociétés⁹⁵², les questions posées peuvent être abordées au regard des dispositions conçues pour régir la situation des salariés mis à la disposition d'entreprises utilisatrices par les entreprises de travail temporaire. Ces dispositions prévoient des solutions procédurales relatives à l'accident de travail (1), ainsi que des solutions précisant la responsabilité des deux entreprises, s'agissant de la réparation de cet accident (2).

1. L'application des règles formelles relatives à l'accident de travail : l'employeur d'origine demeure l'acteur principal.

⁹⁵⁰ L'article L.1251-21 du Code du travail.

⁹⁵¹ L'accident de travail est défini par l'article L.411-1 du Code de la sécurité sociale qui dispose qu' : « est considéré comme accident de travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise. »

⁹⁵² Également, l'article L.8241-2 (modifié) du Code du travail, visant les prêts de la main-d'œuvre pour but non lucratif, ne donne pas de réponses concernant la responsabilité des entreprises concernées à l'égard de la réparation de l'accident de travail.

502. Reconnaître un accident de travail et prendre la victime en charge exigent d’accomplir certaines formalités. Cela permet aux services intéressés d’étudier la demande de réparation de l’accident et de se prononcer sur son caractère professionnel⁹⁵³.

D’un côté, l’employeur de la victime⁹⁵⁴ doit déclarer l’accident de travail à la Caisse primaire d’assurance maladie (CPAM) dont relève la victime par lettre recommandée avec accusé de réception, dans un délai de 48 heures, dimanches et jours fériés non compris⁹⁵⁵. Adressée au service *Accident du travail* qui existe dans chaque CPAM, la déclaration de l’accident de travail doit donner les renseignements nécessaires sur les circonstances de l’accident de travail et sur la victime, ainsi que son entreprise de rattachement⁹⁵⁶. Si l’employeur ne fait pas cette déclaration⁹⁵⁷, la victime dispose d’un délai de 2 ans pour prévenir la caisse de la survenue de l’accident de travail⁹⁵⁸.

503. Toutefois, lorsque un salarié est victime d’un accident de travail, à l’occasion de l’exécution de son travail ou par le fait de celui-ci, pour le compte d’une entreprise utilisatrice (société filiale) appartenant au même groupe que son employeur d’origine (société mère), une interrogation se pose sur la mise en œuvre des règles formelles susmentionnées, relatives à l’information et la déclaration de l’accident de travail ?

Les dispositions générales applicables aux salariés liés par un contrat de travail temporaire apportent des réponses à cette question. Ces dispositions prévoient, au vu de l’article L.412-4 du Code de la sécurité sociale, que le salarié victime doit, dans une première étape, prévenir l’entreprise utilisatrice (société filiale) dans laquelle l’accident s’est produit⁹⁵⁹.

⁹⁵³ J.-P. Chauchard, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 2010, p. 467.

⁹⁵⁴ La victime est tenue dans une première étape, dans les 24 heures qui suivent l’accident, sauf force majeure, d’informer l’employeur ou l’un de ses préposés de la survenue de l’accident de travail (art. L.441-1 et R.441-2 du Code de la sécurité sociale).

⁹⁵⁵ Art. L. 441-2 et R.441-3 du Code de la sécurité sociale.

⁹⁵⁶ J. Muños, *L’accident de travail : de la prise en charge au processus de reconnaissance*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 83 ; M.BÜHL et A. Castelletta, *Accident de travail et maladie professionnelle*, Delmas, 2004, p. 40.

⁹⁵⁷ L’article L.471-1 du Code de la sécurité sociale prévoit des sanctions civiles à l’encontre de tout employeur qui n’effectue pas cette déclaration.

⁹⁵⁸ Art. L.441-2 du Code de la sécurité sociale.

⁹⁵⁹ L’article R.412-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que cette information doit être effectuée dans un délai de vingt-quatre heures par lettre recommandée.

Cette entreprise est considérée comme le préposé – ou le substitut – de l'employeur d'origine de la victime (la société mère) ; la prévenir dans un premier temps de la survenue de l'accident paraît logique car c'est elle qui exerce réellement la direction du travail au cours duquel l'accident s'est produit. Dans une deuxième étape, l'entreprise utilisatrice doit transmettre l'information à l'entreprise d'origine de la victime, au service de prévention de la Caisse d'assurance retraite et de santé au travail, ainsi qu'à l'inspection du travail, par lettre recommandée, dans un délai de vingt-quatre heures⁹⁶⁰.

D'un autre côté, la CPAM, selon l'article R.441-11 Code de la sécurité sociale, est tenue d'informer l'employeur qu'une procédure d'instruction est engagée en vue de statuer sur le caractère professionnel de l'accident de travail dont il a été fait déclaration. Cependant, lorsque l'accident a eu lieu à l'occasion de l'exécution du travail pour le compte d'une entreprise utilisatrice, il convient de se demander à qui cette information doit être adressée : est-ce à l'entreprise d'origine ou à l'entreprise utilisatrice ? En l'absence de disposition sur cette question, la chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 5 avril 2007, a précisé que le destinataire de cette information ne pouvait être que la personne physique ou morale ayant la qualité d'employeur⁹⁶¹.

L'application des solutions apportées par l'article R.441-11 du Code de la sécurité sociale et par l'arrêt précité sur un accident de travail survenu à l'intérieur d'un groupe, nous conduit à considérer que la CPAM est tenue d'adresser l'information relative à l'engagement d'une procédure d'instruction à la seule entreprise d'origine (société mère) du salarié victime. Cette entreprise conserve seule la qualité d'employeur du salarié et demeure l'interlocuteur unique de la CPAM.

2. La réparation de l'accident de travail.

504. Les solutions apportées pour régler la réparation de l'accident de travail dont les salariés mis par les entreprises de travail temporaire à la disposition des entreprises utilisatrices peuvent être l'objet constituent un modèle pour protéger les salariés victimes des accidents du travail survenus à l'intérieur des groupes de sociétés.

⁹⁶⁰ Article R.412-2 Code de la sécurité sociale.

⁹⁶¹ Cass. 2^e civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-21.608, *JSL*, 10 mai 2007, n° 211, p. 10, note M.-C. Haller.

La première solution, que nous considérons comme protectrice des salariés en question, est apportée par le droit de la sécurité sociale qui oblige l'entreprise utilisatrice (société filiale) à participer avec l'entreprise de travail temporaire (société mère) aux cotisations sociales dues au titre des accidents du travail dont sont victimes les salariés mis à sa disposition (a).

La deuxième solution, de nature jurisprudentielle et qui contribue également à la protection des salariés victimes, garantit à ces derniers le droit d'intenter une action contre leur employeur d'origine pour obtenir une indemnité complémentaire, conformément aux règles de droit commun (b).

a. La participation de l'entreprise utilisatrice aux cotisations sociales afférentes aux accidents du travail.

505. Le droit de la sécurité sociale offre à la victime des prestations en nature⁹⁶² et en espèces⁹⁶³ pour la réparation de l'accident de travail. Dans une première étape, ces prestations sont prises en charge directement par la Caisse primaire d'assurance maladie jusqu'à ce que la victime reprenne le travail. Dans une deuxième étape, la Caisse récupère le montant des prestations auprès de l'employeur de la victime. La Caisse peut ensuite demander, par voie de recours, au responsable de l'accident qu'il rembourse les prestations correspondantes⁹⁶⁴.

Si le paiement de ces prestations ne pose pas en principe de problème dans le cadre d'une relation bilatérale classique, lorsque l'accident s'est produit à l'occasion de l'exécution du travail au profit de l'employeur contractant de la victime⁹⁶⁵, ce paiement suscite en revanche des difficultés quand l'accident survient à l'occasion de l'exécution du travail pour le compte d'une entreprise utilisatrice.

⁹⁶² Les frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques et accessoires (art. 431-1 du Code de la sécurité sociale), la réadaptation fonctionnelle (art. L.432-6 à L.432-8 du Code de la sécurité sociale) et la rééducation professionnelle (art. L.432-9 du Code de la sécurité sociale).

⁹⁶³ Ces prestations prennent soit la forme d'indemnités journalières lorsque l'incapacité de la victime est provisoire, soit la forme de rentes lorsque l'incapacité dudit victime est permanente. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2008, p. 649.

⁹⁶⁴ J.-P. Chauchard, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 2010, p. 309.

⁹⁶⁵ Dans ce cas, l'employeur contractant de la victime assume tout seul les conséquences financières de l'accident de travail. L'article L.241-5 du Code de la sécurité sociale précise que : « les cotisations dues au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles sont à la charge exclusive des employeurs. »

506. Ce dernier cas concerne le groupe de sociétés puisque l'accident a lieu à l'occasion de l'exécution du travail au profit d'une société filiale (entreprise utilisatrice), il faut donc se demander si c'est cette entreprise qui prend en charge les conséquences financières de l'accident ou si c'est l'entreprise d'origine de la victime (société mère) ? Ou bien si ce sont les deux entreprises ?

Auparavant, la jurisprudence tranchant les litiges relatifs aux accidents du travail dont sont victimes les salariés mis à disposition optait pour l'irresponsabilité de l'entreprise utilisatrice⁹⁶⁶. Selon cette jurisprudence traditionnelle, l'entreprise d'origine conservait la qualité d'employeur du salarié, victime d'un accident de travail survenu à l'occasion de l'exécution de celui-ci pour le compte d'une entreprise utilisatrice, et de ce fait subissait seule les conséquences financières correspondantes⁹⁶⁷.

Aujourd'hui, la responsabilité de l'entreprise utilisatrice en matière de réparation de l'accident de travail ne peut être écartée puisque l'article L.241-5-1 du Code de la sécurité sociale⁹⁶⁸ prévoit de répartir la charge financière liée à l'accident de travail entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice. Cette dernière, si elle est soumise, au moment de l'accident, au paiement des cotisations relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, participe au coût desdits accidents dont sont victimes les salariés temporaires mis à sa disposition. L'article R. 242-6-1 du Code de la sécurité sociale fixe à un tiers le montant de cette participation qui comprend les capitaux représentatifs des rentes d'incapacité permanente et les capitaux correspondant aux accidents mortels⁹⁶⁹.

507. En cas de défaillance de l'entreprise utilisatrice, l'article L.241-5-1 Code de la sécurité sociale précise que l'entreprise de travail temporaire supporte l'intégralité du coût financier lié à l'accident. La répartition du coût, telle qu'elle est fixée par l'article précité, n'est pas une règle absolue dans la mesure où le juge peut procéder à une répartition différente en fonction du cas d'espèce.

⁹⁶⁶ A. Lyon-Caen et J. de Maillard, « la mise à disposition de personnel », *Dr. soc.*, 1981, p. 329.

⁹⁶⁷ La cour d'appel a précisé clairement cette ancienne conception, en jugeant que : « Dès lors, nonobstant un prêt de main d'œuvre consenti à un autre employeur, c'est l'employeur au service habituel duquel est placé l'ouvrier, qui l'a embauché et qui lui paie son salaire, qui doit être tenu aux majorations de rente. » cour d'appel de Paris, 5 juillet 1971, SA Établ. Potain c/ Machache et autres, *D.*, jurisprudence, 1972, p. 215, note J. Miño.

⁹⁶⁸ Cet article est destiné aux salariés mis à la disposition d'utilisateurs par les entreprises de travail temporaire.

⁹⁶⁹ Les modalités de la participation des entreprises utilisatrices au coût des accidents du travail dont sont victimes les salariés mis à leur disposition, sont détaillées par l'article R. 242-6-1 du Code de la sécurité sociale.

508. Au niveau du groupe de sociétés, les dispositions énoncées par l'article L.241-5-1 et l'article R. 242-6-1 du Code de la sécurité sociale peuvent contribuer à résoudre les difficultés liées à la réparation de l'accident de travail survenu à l'occasion de l'exécution de celui-ci au sein de l'entreprise utilisatrice (société filiale).

En effet, en cas de litige relatif à la réparation d'un accident de travail⁹⁷⁰, le juge peut, en vertu de ces deux articles, obliger l'entreprise utilisatrice (société filiale) à participer avec l'entreprise mère (employeur d'origine) de la victime aux cotisations sociales relatives à l'accident de travail. Concernant le montant de la participation de l'entreprise filiale, le juge prend en considération la spécificité de chaque affaire pour le fixer.

509. Nous considérons l'implication des entreprises utilisatrices (sociétés filiales) dans la réparation de l'accident de travail comme une mesure importante prise au profit des salariés mis à disposition, en ce qu'elle contribue à la protection de leur santé et de leur sécurité lorsqu'ils travaillent au profit de ces entreprises. En effet, les entreprises utilisatrices savent d'avance que leur responsabilité peuvent être mise en cause en cas de survenue d'accidents du travail, et prennent donc toutes les mesures nécessaires à la sécurité dans les lieux de travail pour éviter les accidents.

b. Le droit des salariés victimes d'intenter une action en d'indemnisation contre l'entreprise d'origine, conformément aux règles de droit commun.

510. La réparation de l'accident de travail garantie par le droit de la sécurité sociale reste forfaitaire et ne permet pas de traiter l'intégralité du dommage réel causé à la victime⁹⁷¹. Pour obtenir une réparation intégrale de l'ensemble des préjudices, le législateur, par le biais de l'article L.454-1 du Code de la sécurité sociale, permet à la victime d'intenter une action contre un tiers fautif à qui l'accident serait imputable conformément aux règles de droit commun.

⁹⁷⁰ L'article R.242-6-3 du Code de la sécurité sociale dispose que « les litiges concernant la répartition de la charge financière de l'accident de travail ou de la maladie professionnelle entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice relèvent du contentieux général de la sécurité sociale. »

⁹⁷¹ J.-P. Chauchard, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 2010, p. 465.

Une telle possibilité nous conduit à nous demander si le domaine d'application de l'article L.454-1 du Code de la sécurité sociale inclut ou non l'entreprise utilisatrice, de telle sorte que cette dernière puisse être poursuivie sur la base des articles 1382 et 1384 du Code civil par le salarié victime lorsque les préjudices survenus ont été causés par sa faute ?

La haute juridiction écarte l'entreprise utilisatrice du champ d'application de l'article L.454-1 Code de la sécurité sociale et s'oppose à ce que cette entreprise soit poursuivie en qualité de tiers par le salarié victime conformément aux règles de droit commun. Un arrêt rendu le 30 juin 2011 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé ce point de vue, en décidant « qu'en cas d'accident de travail dont est victime un salarié mis à disposition par une entreprise de travail temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice, cette dernière, responsable des conditions d'exécution du travail de ce salarié, n'a pas la qualité de tiers à l'égard de celui-ci, de sorte que sa responsabilité ne peut être engagée en application des dispositions de l'article L.454-1 du Code de la sécurité sociale. »⁹⁷²

Cet arrêt s'aligne sur une position jurisprudentielle qui considère que l'entreprise de travail temporaire conserve seule la qualité d'employeur du salarié victime, et supporte de ce fait les charges supplémentaires relatives à la réparation de l'accident, même si ce dernier a eu lieu au sein de l'entreprise utilisatrice et à la suite de sa faute inexcusable⁹⁷³. Cette jurisprudence considère l'employeur d'origine comme étant l'auteur de la faute inexcusable⁹⁷⁴.

511. Dès lors, la demande de réparation complémentaire sur la base de la faute inexcusable intentée par le salarié victime doit être dirigée contre son employeur d'origine (l'entreprise de travail temporaire), qui reste son interlocuteur, et non contre l'entreprise utilisatrice⁹⁷⁵. Par la suite, l'employeur d'origine peut exercer une action récursoire à l'égard de l'entreprise

⁹⁷² Le raisonnement de la Cour de cassation était contraire à celui de la cour d'appel de Bordeaux, qui a considéré que l'entreprise utilisatrice avait la qualité de tiers et que le salarié victime pouvait de ce fait agir contre elle sur le fondement de l'article L.454-1 du Code de la sécurité sociale. Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-20.246, Lebas Hebdo, éd. S, jeudi 14 juillet 2011, note S. Fournaux.

⁹⁷³ Cass. soc., 23 nov. 2000, *RJS* 2001, n° 379 ; Cass. soc., 6 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 1004.

⁹⁷⁴ La faute inexcusable a été définie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Veuve Villa* du 15 juillet 1941 : « La faute inexcusable doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative, et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute intentionnelle. » Cass., 15 juillet 1941, *Grands Arrêts du Droit de la Sécurité sociale* (GADSS) n° 54, cité par J.-P. Chauchard, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 2010, p. 484.

⁹⁷⁵ L'action dirigée contre l'entreprise utilisatrice est jugée irrecevable. Cass. soc., 6 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 1004.

utilisatrice fautive pour demander le remboursement des indemnités complémentaires payées au salarié intéressé.

512. Cette solution jurisprudentielle exonérant l'entreprise utilisatrice de toute poursuite intentée par la victime en vue d'obtenir des indemnités complémentaires, conformément aux règles de droit commun, peut être appliquée au groupe de sociétés. En effet, lorsque l'accident de travail se produit au sein de l'entreprise filiale (entreprise utilisatrice) et à la suite de sa faute inexcusable, le salarié victime n'adresse pas sa demande de réparation complémentaire à cette entreprise, mais à l'entreprise mère (employeur d'origine). Cette entreprise serait considérée comme étant l'auteur de la faute inexcusable.

C. La protection de la rémunération.

513. La protection de la rémunération des salariés pendant la période de leur mise à disposition suscite des difficultés, dont deux paraissent essentielles : la première porte sur l'identification du débiteur qui assumera le paiement du salaire pendant cette période (1), et la deuxième sur le droit des salariés à la participation financière aux résultats de l'entreprise (2).

1. Le paiement du salaire.

514. Le salaire est la contrepartie du travail accompli par le salarié pour le compte de son employeur. Il constitue la principale créance du premier vis-à-vis du deuxième⁹⁷⁶. Cependant, lorsque le salarié fait l'objet d'une mise à disposition à l'intérieur du groupe, la question relative à l'identification du débiteur qui assumera le paiement du salaire et les autres charges, pendant cette période, se pose : est-ce son employeur d'origine (société mère) ou l'entreprise utilisatrice (société filiale), ou bien les deux parties participent-elles à ce paiement ?

L'article L.8241-2 Code du travail (modifié) invite l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice, lorsqu'elles concluent la convention de mise à disposition, à définir « le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse. » Le législateur oblige clairement l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice à déterminer le montant de la participation de

⁹⁷⁶ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 875.

cette dernière au paiement des salaires, charges sociales et frais professionnels, pendant la période de mise à disposition. Cette détermination permet d'identifier la part de responsabilité pesant sur chaque entreprise en cas de litige relatif au paiement des salaires et des autres charges.

515. D'une manière générale, nous pensons que la question relative au paiement des salaires et des autres charges, ainsi que les modalités de ce paiement pendant la période de mise à disposition, reste une question conventionnelle soumise à la volonté des entreprises considérées, en concertation avec le salarié intéressé.

Les parties peuvent, en l'absence de règles impératives relatives à cette question, prévoir que c'est l'entreprise prêteuse en sa qualité d'employeur d'origine du salarié qui assumera seule le paiement des salaires pendant la période de mise à disposition, ou que c'est l'entreprise utilisatrice, en tant qu'elle tire profit de la force du travail du salarié pendant cette période, qui payera les salaires, ou bien que les deux entreprises se répartiront conventionnellement le paiement des salaires et des autres charges. Seulement, ces parties doivent mentionner l'entreprise débitrice du paiement des salaires ou la part de chaque entreprise dans la convention de mise à disposition, comme le prévoit l'article L. 8241-2 du Code du travail.

516. Cette analyse s'applique au groupe de sociétés puisque l'entreprise mère en tant qu'employeur originel et l'entreprise filiale en sa qualité d'entreprise utilisatrice, en concertation avec le salarié intéressé, peuvent librement déterminer le paiement des salaires et des autres charges au profit de ce dernier, à condition que ce paiement soit précisé dans la convention de mise à disposition.

2. La participation financière des salariés aux résultats de l'entreprise.

517. La participation financière des salariés dans l'entreprise a été élaborée depuis l'ordonnance du 7 janvier 1959⁹⁷⁷. Issue de la doctrine sociale du gaullisme, la participation

⁹⁷⁷ L'ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 (JORF du 9 janvier 1959, p. 641) tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à la marche de l'entreprise.

financière des salariés aux résultats de l'entreprise⁹⁷⁸ a pour objectif l'institution d'un *capitalisme socialisé*, ou *capitalisme populaire*, qui permet d'associer le capital et le travail⁹⁷⁹.

518. Si la participation permet aux salariés d'obtenir leur part des bénéfices réalisés par leur entreprise⁹⁸⁰, une question se pose concernant la situation des salariés mis à la disposition de cette entreprise : le champ d'application de la participation financière aux résultats de l'entreprise inclut-il tous les salariés de celle-ci, y compris les salariés mis à sa disposition ? Pendant leur mission, ces salariés contribuent par leur travail aux bénéfices de cette entreprise, et une réponse affirmative à cette question peut sembler justifiée. La même question se pose au niveau du groupe de sociétés : le salarié mis par sa société d'origine (société mère) à la disposition d'une société filiale (entreprise utilisatrice) peut-il avoir sa part des bénéfices faits par cette dernière ?

En l'absence d'une réponse légale à cette interrogation⁹⁸¹, le CERC (le Conseil de l'Emploi, des Revenus et de la Cohésion sociale) avait adopté une solution considérant que les salariés mis à disposition continuent à appartenir à leur entreprise d'origine en ce qui concerne l'application de la législation sur la participation aux bénéfices⁹⁸².

Seulement, le CERC exige la réunion de certaines conditions qui sont : le contrat de travail entre le salarié intéressé et l'entreprise d'origine doit être maintenu, le salaire doit continuer à être payé par l'entreprise d'origine, l'entreprise s'engage à réintégrer le salarié à l'issue du détachement et la période de mise à disposition doit être prise en compte dans la détermination de l'ancienneté. Le CERC rattache donc les salariés mis à disposition à leur entreprise d'origine en matière de participation aux bénéfices tant que cette entreprise continue d'exécuter les obligations d'employeur.

⁹⁷⁸ La participation des salariés aux résultats de l'entreprise prend diverses formes : la participation obligatoire aux résultats de l'entreprise (L.3322-1 du Code du travail), l'intéressement (L.3312-1 du Code du travail), la participation au capital (les dispositions relatives à cette forme figurent dans le Code de commerce) et l'épargne salariale (L.3331-1 du Code du travail).

⁹⁷⁹ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 2010, p. 616.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ L'article L.8241-2 du Code du travail (modifié) ciblant les prêts de main-d'œuvre sans but lucratif ne prévoit aucune réponse relative au droit des salariés mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice aux bénéfices réalisés par celle-ci.

⁹⁸² Documents du CERC, n° 70, 2^e trim., 1984, 3-1-48.

Le raisonnement du CERC a été confirmé par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 23 juin 1988⁹⁸³, celle-ci a énoncé, d'un côté, que l'article L.442-1 Code du travail (actuellement L.3322-2 Code du travail) « ne prévoyait pas le rattachement à l'entreprise utilisatrice des travailleurs mis à sa disposition pour la participation aux fruits de son expansion », et d'un autre côté, elle a précisé que les sociétés d'origine qui ont fourni le personnel « avaient continué à assurer toutes leurs obligations légales d'employeur, notamment le paiement des salaires, et que le personnel concerné avait bénéficié de la réserve de participation constituée par leurs sociétés d'origine. »

D. La dispense de période d'essai par l'entreprise utilisatrice.

519. La période d'essai, comme le précise l'article L.1221-20 du Code du travail, présente un intérêt pour les deux contractants et spécialement pour l'employeur pour lui permettre d'évaluer les capacités professionnelles du salarié⁹⁸⁴. Pendant cette période, qui doit être stipulée expressément dans le contrat de travail⁹⁸⁵, l'employeur et le salarié peut rompre le contrat sans recourir aux règles impératives du licenciement⁹⁸⁶.

520. Concernant le cas des salariés mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice (société filiale), la question de savoir si ces salariés peuvent être soumis par cette entreprise à une période d'essai se pose. Pour y répondre, il convient d'examiner le cas de la mise à disposition temporaire et celui du transfert définitif.

521. En ce qui concerne le cas de la mise à disposition temporaire, le fait qu'une entreprise utilisatrice appartenant au même groupe que son entreprise employeur soumette le salarié à une période d'essai nous paraît contestable. D'une part, le salarié n'est pas envoyé pour que

⁹⁸³ Cass. soc., 23 juin 1988, *op. cit.*, p. 385.

⁹⁸⁴ L'article L.1221-20 du Code du travail prévoit clairement que : « la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. »

⁹⁸⁵ Pour qu'elle soit opposable au salarié, la clause d'essai doit être stipulée expressément dans le contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation précise à cet égard que : « lorsque le contrat de travail ne fait pas mention de l'existence d'une période d'essai, l'employeur ne peut se prévaloir de la période d'essai instituée de manière obligatoire par la convention collective que si le salarié a été informé, au moment de son engagement, de l'existence d'une convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance. » Cass. soc., 29 mars 1995, *Bull. civ.*, V, n° 112. L'obligation de stipuler la période d'essai dans le contrat de travail ou la lettre d'engagement est aujourd'hui affirmée explicitement par l'article L. 1221-23 du Code du travail, issu de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

⁹⁸⁶ J. Péliissier, G. Auzero, É. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2012, p. 259.

ces capacités professionnelles soient vérifiées par l'entreprise utilisatrice, mais pour qu'elles soient mises au service de cette entreprise. En effet, c'est l'expérience et la valeur professionnelle du salarié qui justifient sa présence au sein de cette entreprise.

D'autre part, l'entreprise utilisatrice (société filiale) ne possède pas la qualité d'employeur à l'égard du salarié mis à sa disposition et ne peut donc pas le soumettre à une période d'essai. L'évaluation professionnelle ne peut être faite que par l'entreprise employeur (société mère) du salarié.

522. Dans le cas du transfert définitif du salarié, il convient de distinguer entre deux situations : une première situation suppose que le salarié transféré accomplisse au sein de la nouvelle société du groupe (société filiale) les mêmes fonctions que celles qu'il occupait au sein de l'ancienne société (ancien employeur), et une deuxième situation qui conduit le salarié à remplir de nouvelles fonctions au sein de la nouvelle société.

Dans la première situation, le point de vue qui s'oppose à ce que le salarié soit soumis à une nouvelle période d'essai paraît justifié⁹⁸⁷. Lorsque le salarié est transféré définitivement dans une autre société du groupe pour accomplir les mêmes tâches que celles qu'il accomplissait au sein de l'ancienne société, on suppose en effet que la nouvelle société connaît les qualités professionnelles du salarié.

À ce propos, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que la nouvelle société ne pouvait imposer une nouvelle période d'essai au salarié lorsqu'elle a constaté que son transfert ne s'accompagnait d'aucune modification de fonctions, et elle a qualifié d'abusif le licenciement, intervenu après l'expiration de la période d'essai passée au sein de l'ancienne société du groupe, auquel la nouvelle société a recouru⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ L'engagement du salarié avec le même employeur ne pose pas de difficultés, lorsque ce salarié accomplira les mêmes fonctions qu'il effectuait auparavant. En effet, la jurisprudence affirme qu'une période d'essai ne peut être valablement stipulée dans ce cas. Les solutions jurisprudentielles tranchant cette situation estiment que cet employeur connaît déjà les capacités professionnelles du salarié, et en conséquence la soumission de ce dernier à une nouvelle période d'essai n'a aucune utilité. Dans ce cadre, dans un arrêt infirmatif, la Cour de cassation a décidé : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait du 1^{er} août au 13 décembre 1999, exercé le même emploi de chef de cuisine auprès du même employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, puis auprès d'une société franchisée au sein du même groupe hôtelier, ce dont il résultait qu'une période d'essai ne pouvait être valablement stipulée lors de son nouvel engagement par le même employeur. » Cass. soc., 28 sept 2005, n° 03-47214.

⁹⁸⁸ Cass. soc., 6 mai 1975, *D.*, 1975, IR, p. 131.

Quant à la deuxième situation, dans laquelle le salarié occupe de nouvelles fonctions au sein de la nouvelle société, il est admis que la stipulation d'une période d'essai est concevable⁹⁸⁹. Deux solutions militent en ce sens.

Premièrement, la nouvelle société a le droit d'apprécier les capacités professionnelles du salarié intéressé puisque que ce dernier accomplira de nouvelles tâches et que ce droit ne peut être exercé qu'en soumettant ledit salarié à une période d'essai. Deuxièmement, cette société étant une personne juridique autonome et un employeur distinct des autres sociétés du groupe, elle est fondée à stipuler une période d'essai dans le contrat de travail le liant au salarié et à rompre ce contrat au cours de cette période.

Ces raisonnements ont été explicitement adoptés dans un arrêt rendu le 21 juin 2006, dans lequel la Cour de cassation a validé la période d'essai stipulée par le nouvel employeur, en relevant que les fonctions du salarié remplies au profit de cet employeur étaient différentes de celles remplies auparavant au profit de l'ancien employeur relevant du même groupe⁹⁹⁰.

Dans le même esprit, à l'occasion d'un autre arrêt rendu le 21 juin le 20 octobre 2010, la Cour de cassation a estimé que « la cour d'appel en a exactement déduit qu'une période d'essai avait pu être valablement stipulée par le second contrat et que la rupture des relations contractuelles au cours de cette période, qu'il n'y avait pas lieu de qualifier de période probatoire, pouvait intervenir sans que le salarié pût prétendre à sa réintégration antérieure. »⁹⁹¹

⁹⁸⁹ La jurisprudence de la Cour de cassation considère qu'une période d'essai peut être stipulée même dans le cadre d'une relation bilatérale liant un employeur et un salarié, lorsque ce dernier occupera de nouvelles fonctions. Dans un arrêt rendu le 28 juin 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que les parties au contrat de travail pouvaient convenir d'une période d'essai « dans le cadre d'une novation de leurs rapports contractuels. » Cass. soc., 28 juin 1989, *RJS* 1989, 8/9, n° 660.

⁹⁹⁰ La haute juridiction précise que : « la société Socprest a une personnalité juridique distincte et les fonctions du salarié étaient différentes dans les deux contrats, s'agissant dans le second contrat de fonctions d'encadrement ; qu'en l'état de ces constatations elle a pu décider que rien n'interdisait au nouvel employeur de prévoir une période d'essai destinée à apprécier si le salarié était à même de remplir les nouvelles missions qui lui étaient confiées et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision. » Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-40556.

⁹⁹¹ Cass. soc., 20 octobre 2010, *M.V. c/Sté Casino de Plombières-les Bains*, *JCP*, *S*, 2011, n° 5, p. 24, note A. Barège. Dans le cas d'espèce, le salarié intéressé a été embauché par la première société (société exploitant le casino de La Roche-Posay) en qualité de technicien de machines. Après sa démission de cette société, le salarié a été engagé par une nouvelle société (société exploitant le casino de Plombières-les-Bains) appartenant au même groupe (le groupe Partouche) dont relève la première société (ancien employeur) en qualité de cadre. La relation de travail liant le salarié avec la nouvelle société (nouvel employeur) a été rompu au cours de la période d'essai de trois mois prévue dans le contrat de travail. Le salarié a considéré que la décision de cette société de rompre la période d'essai était abusive, dans la mesure où son second emploi devait être vu comme une mutation au sein du même groupe. Il a invoqué la requalification de cette période d'essai en une période probatoire. Dès lors, il a

II. Une responsabilité unique de l'entreprise d'origine en matière de protection des droits individuels des salariés à l'issue de la période de la mise à disposition.

523. À l'issue de la période de mise à disposition, l'entreprise d'origine (société mère) est tenue d'assurer la réintégration du salarié en son sein (A), et le maintien de son ancienneté, acquise au sein de l'entreprise utilisatrice (B).

A. La protection du droit du salarié à son retour dans l'entreprise d'origine.

524. La protection du droit du salarié à son retour dans l'entreprise d'origine (société mère) à l'issue de la période de sa mise à disposition est explicitement consacrée par l'article L.8241-2 du Code du travail⁹⁹². L'entreprise d'origine doit réintégrer le salarié dans le poste qu'il occupait avant son départ en mission dans une autre société du groupe.

Cette obligation pesant sur l'entreprise d'origine de réintégrer le salarié uniquement dans son ancien poste a été assouplie par l'article 56 de la loi du 22 mars 2012⁹⁹³. Cet article, qui complète l'article L.8241-2 du Code du travail, oblige désormais l'entreprise d'origine à garantir la réintégration du salarié dans le poste qu'il occupait auparavant ou bien dans un poste équivalent.

Cette modification prend en considération les intérêts de l'entreprise d'origine qui, en raison des changements qui affectent le poste du salarié pendant la période de sa mise à disposition, ne peut pas assurer dans certains cas la réintégration de ce salarié dans le même poste que celui qu'il occupait avant son départ.

saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à la reconnaissance du caractère abusif de son licenciement et au paiement de dommages et intérêts, et indemnités de rupture. La cour d'appel n'a pas donné raison au salarié. En approuvant le raisonnement de la cour d'appel, la haute juridiction a rappelé que la deuxième société (société exploitant le casino de Plombières-les-Bains) était une personne juridique distincte de la première société, et qu'elle avait le droit de stipuler une période d'essai dans le contrat de travail et de rompre le rapport de travail au cours de cette période.

⁹⁹² Cet article prévoit clairement qu'« à l'issue de sa mise disposition, le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse [...] ». »

⁹⁹³ L'article 56 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (JORF n° 0071 su 23 mars 2012, page 5226).

525. Pour assurer la protection de l'emploi du salarié au sein de son entreprise d'origine (société mère), la Cour de cassation précise que ce salarié doit retrouver son emploi chez son employeur initial lorsqu'il est mis fin à sa mise à disposition en raison de difficultés économiques rencontrées par l'entreprise d'accueil (société filiale). L'entreprise d'origine ne peut licencier ce salarié en se fondant sur les difficultés économiques alléguées par l'entreprise utilisatrice⁹⁹⁴.

526. Cette solution nous paraît logique car les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise utilisatrice ne concernent pas l'entreprise d'origine ; cette dernière doit justifier, suivant les directives de l'arrêt du 20 juin 2000, de difficultés qui lui sont propres. La cessation de la mise à disposition du salarié par l'entreprise utilisatrice (société filiale) n'a aucune incidence sur le rapport contractuel liant ce salarié à l'entreprise d'origine (société mère). Cette dernière conserve la qualité d'employeur du salarié licencié et elle est tenue de ce fait de le réintégrer dans le poste qu'il occupait avant son départ, ou au moins dans un poste équivalent.

B. La protection de l'ancienneté du salarié acquise au sein de l'entreprise utilisatrice.

527. Prendre en compte l'ancienneté des salariés est d'une grande importance pour le calcul de leurs droits. Certains droits et indemnités se déterminent, en effet, en fonction de l'ancienneté des salariés acquise dans l'entreprise. À titre d'exemple, le salarié faisant l'objet d'un licenciement économique injustifié et ayant deux ans d'ancienneté a le droit de demander sa réintégration dans l'entreprise ou, à défaut, de demander l'obtention d'une indemnité dont le montant ne peut être inférieur aux salaires des six derniers mois⁹⁹⁵.

528. À l'intérieur du groupe de sociétés, on peut se demander si les périodes de travail effectuées par le salarié au service des sociétés appartenant au même groupe sont prises en

⁹⁹⁴ Cass. soc., 20 juin 2000, *RJS*, 9-10/2000, n° 919. La Cour de cassation affirme que : « le salarié mis à la disposition d'une autre entreprise et licencié par celle-ci, doit retrouver son emploi chez son employeur initial. Celui-ci ne peut alors prononcer un licenciement que pour un motif qui lui est propre et nécessairement distinct de celui ayant provoqué le premier licenciement. Une cour d'appel ne saurait admettre le bien fondé du licenciement économique prononcé par l'employeur ayant mis le salarié à la disposition d'une filiale, alors que cette dernière n'avait pas procédé au licenciement de l'intéressé et que l'employeur s'était borné à invoquer dans la lettre de licenciement les difficultés économiques de sa filiale, sans faire état de difficultés propres. »

⁹⁹⁵ L'article L.1253-3 Code du travail.

compte dans le calcul de son ancienneté.⁹⁹⁶ La réponse à cette question exige de distinguer entre la mobilité réalisée dans le cadre d'une mise à disposition temporaire et la mobilité opérée dans le cadre d'un transfert définitif.

529. Concernant le cas de la mise à disposition temporaire, il faut rappeler que, dans le cadre de ce type de mobilité, le lien contractuel entre le salarié et l'entreprise d'origine (société mère) continue de produire ses effets pendant la durée de la mise à disposition et que cette entreprise, en sa qualité d'employeur du salarié, doit assurer sa réintégration à l'issue de sa mission.

Toutefois, à son retour dans l'entreprise d'origine, on peut se demander si l'ancienneté du salarié, acquise dans les autres sociétés du groupe, est opposable à celle-ci pour le calcul de ses droits et indemnités. L'article L.8242-2 du Code du travail, issu de la nouvelle loi du 28 juillet 2011, répond en faveur de cette prise en compte de l'ancienneté, même si c'est d'une façon générale puisqu'il prévoit que l'évolution de la carrière du salarié ne doit pas être affectée par la période pendant laquelle il est prêté.

L'ancienneté constitue une composante essentielle de la carrière du salarié et la protéger lors de ses mises à disposition paraît une solution logique. Ainsi, à titre d'exemple, les périodes de mise à disposition effectuées à l'intérieur du groupe doivent être prises en compte pour le calcul de la retraite du salarié.

530. En revanche, dans le cas relatif au transfert définitif, la situation du salarié connaît un changement. Le salarié est transféré définitivement de son entreprise d'origine (société mère) à une autre entreprise (société filiale) avec pour conséquence l'acquisition par cette dernière de la qualité d'employeur de ce salarié.

Ce transfert définitif pose une question relative à l'ancienneté du salarié intéressé : le temps passé au sein de l'entreprise d'origine est-il pris en compte pour le calcul de la

⁹⁹⁶ Si la prise en compte du groupe de société pour la détermination de l'ancienneté des salariés suscite des difficultés, cette question ne pose pas de problèmes lorsque la mobilité de ces salariés s'opère au profit des établissements appartenant à la même entreprise. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé dans un arrêt rendu le 6 janvier 1977 que l'ancienneté du salarié requise pour son inscription sur les listes électorales devait être calculée en fonction du temps passé dans les divers établissements composant l'entreprise et non point seulement dans l'établissement où se déroulent les élections. Cass. soc., 6 janvier 1977, *Bull. civ.*, V, n° 5.

détermination de son ancienneté ? Autrement dit, l'ancienneté acquise dans l'entreprise d'origine est-elle opposable à la nouvelle entreprise pour le calcul des droits du salarié ?

Contrairement à la situation du salarié mis à disposition pour une durée temporaire, la prise en compte de l'ancienneté du salarié dans le cadre d'un transfert définitif est ambiguë. D'un côté, des solutions affirment que les périodes passées à l'intérieur du groupe de sociétés doivent être prises en considération pour déterminer l'ancienneté du salarié. Ces solutions considèrent ces périodes comme si le salarié intéressé les avait effectuées au sein de la même entreprise.

Dans ce cadre, l'article L.3142-107 du Code du travail prévoit explicitement que l'ancienneté acquise dans toutes les entreprises du groupe est prise en compte pour le calcul des congés du salarié considéré.⁹⁹⁷ Au niveau jurisprudentiel, la cour d'appel de Versailles a confirmé cette prise en compte du groupe dans le calcul de l'ancienneté du salarié, dans un arrêt rendu le 18 juin 1991, en décidant que « le salarié qui est passé au service successif de différentes sociétés à l'intérieur du même groupe, doit être considéré comme ayant été, au cours de sa carrière, au service du groupe ; en conséquence, il est en droit d'opposer au dernier employeur la totalité de l'ancienneté antérieurement acquise, dont il sera tenu compte dans le calcul du délai-congé, de la prime d'ancienneté et de l'indemnité de licenciement. »⁹⁹⁸

Dans le même sens, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que « lorsqu'il existe entre deux sociétés une communauté d'exploitation et d'activité révélant des liens de groupe, le passage d'un salarié d'une société à l'autre correspond à une mutation intérieure qui justifie le maintien de son ancienneté acquise auprès de la première. »⁹⁹⁹

531. La prise en compte du groupe de sociétés pour déterminer l'ancienneté du salarié a également été retenue en matière électorale. En effet, dans un arrêt rendu le 8 juillet 1997¹⁰⁰⁰, la Cour de cassation a décidé que « pour apprécier la condition d'ancienneté requise en vue d'être éligible aux élections des délégués du personnel dans une filiale d'un groupe

⁹⁹⁷ Cet article dispose que : « pour l'application des dispositions relatives aux congés et périodes de travail à temps partiel prévues par la présente sous-section, l'ancienneté acquise dans toute entreprise du même groupe, au sens de l'article L.2333-1, est prise en compte au titre de l'ancienneté dans l'entreprise. »

⁹⁹⁸ CA Versailles, 18 juin 1991, *RJS*, 1991, n° 1261.

⁹⁹⁹ CA, Aix-en-Provence, 2 mars 1993, *RJS*, 1993, n° 566.

¹⁰⁰⁰ Cass. soc., 8 juillet 1997, *RJS* 8-9/97, n° 999.

d'entreprises, il y a lieu de prendre en compte l'ancienneté acquise dans les autres filiales de ce groupe. »

D'un autre côté, il existe aussi une autre position jurisprudentielle qui refuse de prendre en compte le temps passé à l'intérieur du groupe pour déterminer l'ancienneté du salarié. Un arrêt rendu le 23 février 1994 par la Cour de cassation illustre cette position qui confirme le raisonnement d'une cour d'appel ayant jugé inopposable l'ancienneté des salariés acquise dans une filiale (Air Polynésie) à l'égard de la société mère (la compagnie UTA)¹⁰⁰¹.

532. L'ancienneté du salarié à l'égard du nouvel employeur (société filiale) n'est opposable, selon la Cour de cassation, que si elle est explicitement prévue par une disposition conventionnelle ou contractuelle, voire par une situation de coemploi. Un arrêt rendu le 20 octobre 2010 par la Cour de cassation affirme ainsi que « sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires ou situation de coemploi, les contrats de travail successifs avec plusieurs sociétés appartenant à un même groupe ne permettent pas au salarié de se prévaloir de l'ancienneté acquise dans l'une de ces sociétés. »¹⁰⁰² Ce refus de prendre en compte l'ancienneté du salarié acquise dans les autres sociétés du groupe traduit l'attachement de la Cour de cassation au principe de l'autonomie juridique des personnes morales.

§II. La protection des droits individuels des salariés mis à la disposition des entreprises situées à l'étranger.

533. L'article L.1231-5 du Code du travail constitue une autre illustration de la responsabilité de l'entreprise d'origine à l'égard de la protection des droits individuels des

¹⁰⁰¹ Cass. soc., 23 février 1994, Mme Amaru et autres c/ Compagnie UTA, *Dr. soc.*, 1994, p. 542, note J. Savatier. Dans le cas d'espèce, les salariés d'une filiale (Air Polynésie) ont été initialement mis par celle-ci à la disposition de la société mère (Compagnie UTA, constituée sous forme de société anonyme à participation ouvrière), avant d'être embauchés définitivement par cette dernière. Ces salariés, en vertu de l'article 74 de la loi du 24 juillet 1867, ont réclamé à cette compagnie le paiement des dividendes d'actions de travail attribuées collectivement au personnel. La cour d'appel a débouté les salariés de cette demande en jugeant qu'ils n'avaient pas une ancienneté d'un an requise pour obtenir leur part de ces dividendes. Contrairement au souhait des salariés, la cour d'appel a considéré comme inopposable le temps de travail effectué par ces salariés au sein de la société filiale à l'égard de la compagnie UTA. En confirmant cette analyse, la Cour de cassation décide que : « les juges du fond ont à bon droit décidé que la prise en compte de l'ancienneté acquise au service de la compagnie Air Polynésie au moment de la reprise des contrats de travail ne dispensait pas les salariés de devoir justifier d'une présence d'au moins un an en qualité de membres de l'entreprise UTA pour pouvoir prétendre participer aux bénéfices de cette dernière. »

¹⁰⁰² Cass. soc., 20 octobre 2010, M.V. c/Sté Casino de Plombières-les-Bains, *JCP, S*, 2011, n° 5, p. 24, note A. Barège.

salariés dans la mesure où il oblige la société mère française (entreprise d'origine) à rapatrier et à procurer un emploi aux salariés qu'elle a mis à la disposition de ses filiales étrangères et qui seraient licenciés par celles-ci (II). Avant d'analyser l'article L.1231-5 du Code du travail, il convient de préciser que les règles de la Convention de Rome prévoient également des dispositions protectrices destinées aux salariés détachés dans des entreprises étrangères (I).

I. La protection des salariés selon les dispositions de la Convention de Rome.

534. Le statut de salarié mis à la disposition d'une entreprise étrangère (filiale étrangère) est en lien avec plusieurs lois qui ont toutes vocations à le régir et avec lequel, par conséquent, ces lois se trouvent en conflit. En effet, une difficulté se pose concernant la loi qui régit le statut du salarié : est-ce la loi du lieu d'exécution du travail ? Ou la loi du pays où se trouve l'entreprise d'origine ? Ou bien les parties en cause peuvent-elles désigner librement la loi qui sera appelée à régir ce statut ?

Pour assurer la protection des salariés détachés dans des entreprises étrangères, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁰⁰³ prévoit, d'un côté, une solution de principe offrant aux parties au contrat de travail le droit de choisir librement la loi qui régit leur rapport (A). D'un autre côté, cette convention précise que la désignation d'une loi ne signifie pas son application systématique puisque, malgré cette désignation, les salariés détachés doivent bénéficier des dispositions protectrices prévues par la loi du lieu d'exécution du travail (B)¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ La convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE) et entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, remplacée par le règlement CE n° 593/2008 du parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, surnommée « Rome I » (JOUE n° L177, 4 juillet 2008, p. 6). Le préambule de cette convention précise que cette dernière a pour objectif de : « poursuivre dans le domaine du droit international privé, l'œuvre d'unification juridique déjà entreprise dans la Communauté, notamment en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements », et « d'établir des règles uniformes concernant la loi applicable aux obligations contractuelles. »

¹⁰⁰⁴ Avant l'élaboration de la Convention de Rome, il n'existait pas de règles spéciales de rattachement permettant le traitement des questions soulevées par le détachement des salariés à l'étranger, et notamment au sein des groupes de sociétés multinationaux. La conception jurisprudentielle tranchant ces questions était écartelée entre plusieurs solutions : l'application de la loi du pays de l'employeur d'origine, l'application de la loi du lieu d'exécution du travail, et l'application de la loi choisie par les parties. Un arrêt rendu le 30 juin 1993 (Cass. soc., 30 juin 1993, SA Carrefour c/ de Marchi) par la chambre sociale de la Cour de cassation constituait une illustration de la difficulté rencontrée par les juges pour identifier les lois applicables aux rapports de travail internationaux. Il s'agit d'un salarié embauché par la société Carrefour en 1971 et détaché par la suite au Brésil en 1977 pour exercer des fonctions de direction générale au sein d'une filiale de la société mère. En 1979, un contrat de travail fut conclu entre l'intéressé et la filiale brésilienne. En 1985, les deux sociétés ont par lettre

A. Le droit des salariés de choisir la loi applicable à leur statut : L'application du principe de la loi d'autonomie.

535. La loi d'autonomie – ou loi choisie – signifie que les parties au contrat de travail ont la possibilité de désigner librement la loi qui sera applicable à leur relation¹⁰⁰⁵. L'article 3 §1 de la Convention de Rome qui prévoit cette possibilité exige seulement que la détermination de cette loi soit explicite¹⁰⁰⁶.

536. À l'intérieur d'un groupe de sociétés, l'application de la loi d'autonomie offre aux parties concernées par le détachement, à savoir l'entreprise d'origine (société française), l'entreprise utilisatrice (filiale étrangère) et le salarié intéressé, le droit de désigner librement le droit social qui sera appelé à régir le statut de ce dernier. Ces parties peuvent mentionner dans le contrat de travail que le statut du salarié sera régi par le droit social du pays de la société mère (le droit social français)¹⁰⁰⁷, ou le droit social du pays de la filiale étrangère (par exemple une filiale américaine).

537. Nous estimons que cette solution de principe laissant aux parties intéressées la possibilité de déterminer librement le droit social qui encadrera le statut du salarié sert les intérêts de ce dernier. Le salarié peut choisir, avant son détachement, en concertation avec les autres parties en cause (entreprise d'origine et entreprise utilisatrice), le droit du pays qui lui garantira les droits les plus avantageux. À cet égard, nous estimons qu'en principe le salarié a intérêt à choisir l'application de la loi française que nous considérons comme plus protectrice par rapport aux autres lois nationales.

conjointe mis fin au contrat de travail, et la question s'est posée d'identifier le droit applicable à la rupture de ce contrat. La cour d'appel de Paris (14 juin 1989) a jugé que le droit français était applicable car la société mère (Carrefour) était restée l'employeur de l'intéressé pendant son détachement au Brésil. La cour d'appel de Paris a constaté que la société mère française fixait le salaire du salarié, encadrait l'exécution de son travail au Brésil, et que c'était elle aussi qui avait pris l'initiative de le licencier. Contrairement au raisonnement de la cour d'appel, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que c'était le droit du pays où s'exécutait le travail (le droit brésilien) qui devait être appliqué à la rupture du contrat. La haute juridiction a opté pour cette solution parce qu'elle n'a pas remarqué que les parties étaient convenues de rester soumises au droit français. J. Déprez, « La loi applicable au contrat de travail international : jurisprudence récente », *RJS* 4/94, p. 236.

¹⁰⁰⁵ Le considérant (11) du règlement de la Convention de Rome « Rome I » prévoit que : « la liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matières d'obligations contractuelles. »

¹⁰⁰⁶ L'article 3 §1 de la Convention de Rome « Rome I » dispose que : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès [...]. »

¹⁰⁰⁷ On suppose que l'entreprise d'origine du salarié est une société mère française.

538. La protection assurée par le premier paragraphe de l'article 3 (3§1) de la Convention de Rome est complétée par le deuxième paragraphe du même article (3§2) qui permet aux parties concernées, postérieurement à la conclusion du contrat, de modifier leur choix en désignant une nouvelle loi. Nous considérons cette possibilité comme une mesure protectrice des salariés, dans la mesure où elle leur permet de demander, à tout moment, la modification de la loi initialement désignée par une nouvelle loi plus avantageuse.

Les salariés recourent à cette possibilité lorsqu'ils constatent que la nouvelle loi leur garantit des droits plus avantageux que ceux de la loi initialement choisie. À titre d'exemple, un salarié, mis par une société française à la disposition d'une société marocaine appartenant au même groupe, peut demander de modifier l'application de la loi marocaine initialement choisie pour régir son statut au profit de la loi française. Le salarié peut faire cette demande s'il constate que le droit français est plus protecteur, en matière sociale, que le droit marocain.

539. En l'absence d'une clause déterminant clairement la loi qui sera appelée à régir le statut du salarié, les juges essaient de découvrir l'intention non exprimée des parties dans le contrat¹⁰⁰⁸. Cette possibilité est offerte aux juges par la deuxième partie de l'article 3§1 de la Convention de Rome¹⁰⁰⁹. Les juges s'appuient sur des indices implicites existant dans le contrat du travail pour identifier la loi voulue par les parties pour encadrer le statut du salarié, tels que le lieu d'exécution du contrat de travail, la nationalité des parties ou la rémunération.

540. La difficulté d'identifier la loi d'autonomie applicable à un rapport de travail international a été relevée dans un arrêt rendu le 28 octobre 1997¹⁰¹⁰. Il s'agit du cas d'un technicien français qui avait été embauché en France par une société française avec un contrat à durée déterminée pour exécuter un travail au Pakistan. Suite à la rupture de son contrat au Pakistan, la juridiction prud'homale a appliqué le droit français, en accordant au salarié des dommages et intérêts fondés sur le Code du travail français.

¹⁰⁰⁸ J. Déprez, « Conflits de lois en matière de contrat de travail international », *RJS*, études et doctrine 4/98, p. 251.

¹⁰⁰⁹ L'article 3 §1 de la Convention de Rome dispose que : « [...] ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. » Le règlement « Rome I » prévoit la même idée dans l'article 3 §1.

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 28 octobre 1997, Sté CIEC c/Piriou, *RJS* 1/98, n° 13.

Approuvée par la chambre sociale de la Cour de cassation, la cour d'appel d'Angers a appliqué le droit français après avoir constaté que les parties avaient l'intention de soumettre leur relation à la loi française. La cour d'appel a relevé que « le contrat a été conclu en France entre une société française et un ressortissant français, qu'il avait pris effet en France avant le départ du salarié pour le Pakistan, et que la rémunération était stipulée en francs. »

541. Toutefois, l'application du droit français, au cas où ce dernier n'est pas explicitement désigné dans le contrat, n'est pas toujours une solution garantie. Si les parties n'ont pas fait le choix de la loi applicable entre elles, les juges peuvent soumettre le rapport de travail à un droit étranger, avec toutes les conséquences négatives qui en résultent pour le salarié. Ce dernier se trouve soumis au droit social d'un pays étranger qui ne prévoit pas de dispositions protectrices et avantageuses par rapport au droit social français.

Cette hypothèse s'est concrétisée dans un arrêt rendu (le 28 mars 2012), dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir choisi la loi applicable sur le fondement du lieu d'accomplissement habituel du travail, en l'occurrence le droit chinois¹⁰¹¹. La haute juridiction a confirmé la solution de la cour d'appel écartant l'application du droit français lorsqu'elle a constaté l'absence d'une désignation expresse par les parties à l'égard de ce droit.

Même si le salarié intéressé a défendu l'application du droit français à son licenciement, en se fondant sur l'existence des liens étroits entre ce droit avec son rapport de travail¹⁰¹², la Cour de cassation a approuvé l'analyse de la cour d'appel considérant que la loi chinoise s'appliquait, après avoir constaté l'absence de choix implicite du droit français, la localisation de l'accomplissement habituel du travail en Chine et la non application de la clause d'exception.

¹⁰¹¹ Cass. soc., 28 mars 2012, *RCDIP* 2012, n° 3, p. 590, note Sabine Corneloup. Il s'agit d'un journaliste français qui a été employé à partir de l'été 2004 par une société de droit français (Hikari productions) pour réaliser au profit de la société (Hikari Asia) des reportages en Chine et dans d'autres pays d'Asie. L'employeur français et le salarié n'ont pas désigné explicitement la loi qui encadrerait leur rapport de travail. Le salarié a été licencié puis a saisi la juridiction prud'homale française en vue d'obtenir, en vertu du droit français, le paiement d'indemnités de rupture, de dommages et intérêts et diverses sommes de nature salariale.

¹⁰¹² Le salarié s'était fondé sur les indices suivants pour justifier l'application du droit français sur son licenciement : la société Hiraki Asia était de droit français, elle ne disposait d'aucune structure juridique en Chine, ne travaillait que pour le compte d'organes de presse français, que la rémunération était versée en euros, que les autres salariés français étaient soumis au droit français, qu'il n'avait pas été assujéti aux régimes sociaux chinois.

B. Les salariés détachés bénéficient des dispositions protectrices prévues par la loi du lieu d'exécution du travail.

542. La détermination, par les parties au contrat, de la loi qui sera appelée à régir leur rapport de travail ne signifie pas que cette loi sera automatiquement applicable. Selon l'article 6§1 de la Convention de Rome (l'article 8§1 du règlement Rome I), la loi contractuellement désignée par les parties peut être écartée si elle prive le salarié « de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix. »¹⁰¹³

Certes, cet article ne détermine pas clairement la loi qui sera applicable et qui remplacera la loi désignée, mais, dans la majorité des cas, c'est la loi du pays où s'exécute le travail qui s'applique. Cette règle substituant à la loi choisie la loi du pays où s'effectue le travail protège les droits du salarié car elle lui assure le bénéfice des droits les plus favorables.

L'application de la loi choisie peut ainsi être écartée dans tous les cas où ses dispositions n'accordent que des droits moins avantageux au salarié par rapport aux droits garantis par la loi du lieu d'exécution. Pour qu'elle soit applicable, la loi désignée librement par les parties doit garantir au salarié au moins une protection équivalente à celle prévue par la loi du pays où s'effectue le travail. Une telle conception consacre la notion d'*ordre public social*¹⁰¹⁴.

543. Cette règle, qui écarte la loi choisie en faveur de la loi du pays où s'exécute le travail, a été affirmée par la cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt rendu le 24 février 1997. Il s'agissait du cas d'un salarié, embauché par la société américaine Tecno, pour assurer la vente de produits du secteur médical en France. L'employeur avait licencié le salarié en vertu du Code du travail américain. La juridiction prud'homale a considéré son licenciement comme abusif et a accordé au salarié des indemnités prévues par le Code du travail français.

La compétence de la loi française retenue par la juridiction prud'homale a été contestée en appel par la société Tecno. Cette dernière a établi que le contrat de travail contenait une

¹⁰¹³ L'article 6 §1 de la Convention de Rome prévoit que : « Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article. » Le règlement « Rome I » prévoit cette règle dans l'article 8§1.

¹⁰¹⁴ G. Lyon-Caen, A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1991, p. 26.

clause expresse soumettant le rapport des parties à la loi de l'État du Texas. La cour d'appel de Grenoble a reconnu que la loi américaine était en principe applicable en vertu de la volonté des parties exprimée dans le contrat de travail. Cependant, elle a constaté que les dispositions prévues par cette loi donnaient au salarié des droits moins protecteurs, et notamment elles ne prévoient ni obligation de préavis ni indemnités de rupture. Par conséquent, elle a appliqué la loi française qui garantit au salarié des droits plus avantageux que la loi américaine en matière du licenciement économique¹⁰¹⁵.

544. Les juges, lorsqu'ils se trouvent face à une telle situation, comparent les dispositions des lois en conflit et appliquent celles qui accordent au salarié le plus de droits et de garanties. En principe, cette règle conçue par l'article 6§1 de la Convention de Rome (l'article 8§1 du règlement Rome I) ne concerne pas les salariés détachés par des entreprises françaises dans des entreprises étrangères parce que les dispositions du droit social français prévoient des droits plus protecteurs des salariés, contrairement à la majorité des pays. Nous estimons que, dans la majorité des cas, ces salariés n'auront pas besoin de l'application de l'article 6§1 de la Convention de Rome.

II. La protection des salariés par l'article L.1231-5 du Code du travail : l'obligation de la société mère française de rapatrier et réintégrer le salarié licencié par sa filiale étrangère.

545. Décrit comme « ambitieux »¹⁰¹⁶, l'article L.1231-5 du Code du travail (anc. L.122-14-8 du Code du travail)¹⁰¹⁷, impose à la société mère de rapatrier et de procurer un emploi au salarié qu'elle a mis à la disposition d'une filiale étrangère et licencié par celle-ci. L'objectif de ce texte est clair : il s'agit de protéger l'emploi des salariés des sociétés mères françaises envoyés à l'étranger pour travailler au sein de filiales étrangères.

Les sociétés mères, selon l'article L.1231-5 du Code du travail, sont à l'origine du déploiement de la relation de travail à l'étranger, et donc ce sont elles qui doivent assurer le

¹⁰¹⁵ CA de Grenoble, 24 février 1997, cité par J. Déprez, *op. cit.*, p. 254.

¹⁰¹⁶ G. Lyon-Caen, « Observations sur le licenciement dans les groupes de sociétés », *RCDI*, 1974, p. 440.

¹⁰¹⁷ Ce texte issu de la loi du 13 juillet 1973 portant réforme du droit du licenciement, dispose que : « lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein. »

rapatriement de leurs salariés licenciés par les filiales étrangères¹⁰¹⁸. Dès lors, il nous paraît essentiel d'analyser la mise en œuvre de l'obligation de rapatriement (B). Mais avant d'étudier ce point, il convient d'encadrer de préciser la nature et les conditions d'application de la règle posée par l'article L.1231-5 du Code du travail (A).

A. Nature et conditions d'application de la règle posée par l'article L.1231-5 du Code du travail.

546. Dans un premiers temps, nous précisons la nature de la règle posée par l'article L.1231-5 du Code du travail (1) et, dans un deuxième, nous analysons les conditions de son application (2).

1. Nature de la règle posée par l'article L.1231-5 du Code du travail.

547. Si le fait que l'article L.1231-5 du Code du travail ressortit aux règles matérielles de droit international privé ne fait pas de doute (a), sa qualification comme loi de police n'est pas certaine (b).

a. Le texte L.1231-5 du Code du travail, une règle matérielle de droit international privé.

548. Le texte L.1231-5 du Code du travail fait partie des règles de droit international privé conçues pour régler les rapports privés de dimension internationale. Cette dimension internationale nous conduit à nous interroger sur la nature juridique du texte: ce pose-t-il une règle de conflit ou une règle substantielle ?

549. Avant de répondre à cette question, il faut rappeler que les rapports internationaux privés sont régis par deux méthodes de résolution des conflits de lois : une méthode de résolution indirecte et une méthode de résolution directe. Dans le cadre de la méthode indirecte, la solution au litige est apportée en deux étapes. Dans une première étape, la règle

¹⁰¹⁸ A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 739.

de conflit détermine, parmi les lois qui pourront s'appliquer au litige, la plus apte à le régir. Dans une deuxième étape, la loi désignée par la règle de conflit résout substantiellement le litige en question¹⁰¹⁹.

Suivant cette méthode, la règle de droit international privé conçue pour traiter le litige privé international se compose de deux règles : une règle de conflit de lois et une norme qui régleme matériellement la question en cause¹⁰²⁰. À titre d'exemple, l'article 3, alinéa 3, du Code civil prévoit que le statut personnel est soumis à la loi nationale. Ce texte ne résout pas au fond le rapport de droit relatif au statut personnel, mais il précise uniquement que celui-ci est régi par la loi de l'État dont la personne considérée a la nationalité¹⁰²¹.

Ces règles de conflit ne sont pas obligatoirement des textes légaux, comme l'article 3, alinéa 3 du Code civil, mais elles sont aussi d'origine jurisprudentielle. L'arrêt Lautour 1948 constitue à cet égard une illustration puisque cet arrêt considère en matière de responsabilité délictuelle que la loi applicable est celle du lieu du délit (*lex loci delicti*)¹⁰²².

550. Quant à la méthode directe, la règle de droit international privé tranche substantiellement et directement le problème juridique posé¹⁰²³. La règle de droit international privé est qualifiée de règle substantielle¹⁰²⁴. L'article L.1231-5 du Code du travail appartient à cette catégorie de règles puisqu'il apporte une solution directement applicable au licenciement international, à savoir l'obligation faite à la société mère de rapatrier son salarié licencié par une filiale étrangère. Ce texte fait partie des « règles matérielles de droit international privé »¹⁰²⁵, ou « règle de droit international privé matériel »¹⁰²⁶, parce qu'il est destiné à régir un cas précis de dimension internationale, en l'occurrence le licenciement d'un salarié employé dans un groupe international.

¹⁰¹⁹ P. Courbe, *Droit international privé*, Dalloz, 2003, p. 18.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 40.

¹⁰²³ M.-S. Depitre, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP*, 1974, p. 594.

¹⁰²⁴ P. Courbe, *op. cit.*, p.108.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, 109.

¹⁰²⁶ P. Coursier, « L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. soc.*, 1994, p. 19.

b. Le texte L.1231-5 du Code du travail est une loi de police incertaine.

551. Les *lois de police*¹⁰²⁷ appelées auparavant *lois d'ordre public* sont des règles de droit interne qui s'appliquent immédiatement aux rapports internationaux privés par les autorités du pays et sans référence aux règles de conflits¹⁰²⁸. Ces lois, qui sont nommées aussi *lois d'application immédiate*, ou *d'application impérative*¹⁰²⁹, s'imposent, comme le précise Philippe Coursier, « nécessairement au contrat alors même que les parties en ont choisi une autre. »¹⁰³⁰

L'application directe et impérative de certaines lois françaises sur le territoire national, entraîne nécessairement d'écarter l'application de lois étrangères normalement désignées par les règles de conflits de lois. En raison d'une telle application, le champ d'application du droit international privé se trouve réduit¹⁰³¹.

552. La raison d'être des lois de police s'explique par le fait que le législateur considère que l'application de certaines lois nationales sur le territoire national est d'une grande importance pour l'intérêt général et pour la sauvegarde, comme l'affirme Phocion Francescakis, de l'organisation politique, sociale et économique du pays¹⁰³². Le législateur s'attache à ce que cette application ne soit pas remise en cause et qu'elle soit écartée par des lois étrangères susceptibles d'être désignées par les règles de conflit.

553. Concernant l'article L.1231-5 du Code du travail, même si la doctrine estime que ce texte possède le caractère d'une loi de police ou d'ordre public¹⁰³³, parce qu'il vise la protection de l'emploi du salarié, son application impérative et immédiate reste en réalité ambiguë. Si la doctrine défend l'application directe de l'article L.1231-5 du Code du travail,

¹⁰²⁷ L'expression *lois de police* trouve depuis l'origine son fondement dans l'article 3 du Code civil.

¹⁰²⁸ P. Courbe, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰²⁹ D. Gutmann, *Droit international privé*, Dalloz, 2009, p. 57.

¹⁰³⁰ P. Coursier, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, L.G.D.J., 1993, p. 193.

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 58.

¹⁰³² Phocion Francescakis estime que l'existence de ces lois est : « nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays. » Répertoire Dalloz de droit international, V Conflit de lois, n° 137. La conception de Phocion Francescakis a été employée par la CJCE dans un arrêt rendu le 23 novembre 1999, en estimant qu'est : « constitutive d'une loi de police la disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci. » CJCE 23 novembre 1999, C-369/96.

¹⁰³³ G. Lyon-Caen, « Observation sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés », *RCDIP*, 1974, p. 449.

la chambre sociale de la Cour de cassation, à la lumière de certains arrêts, accepte qu'il soit écarté et que s'applique donc une loi étrangère désignée par une règle de conflit.

554. En effet, la doctrine défend l'application immédiate et impérative de ce texte par les juges français, même si les parties désignent dans le contrat de travail une loi étrangère pour régir les conditions de rapatriement du salarié. Dans ce sens, Isabelle Vacarie considère que « l'article L.122-14-8 du Code du travail (actuellement L.1231-5) édicte une règle substantielle directement applicable par le juge français quel que soit l'ordre juridique compétent, et même si n'avait subsisté aucun lien contractuel avec la société mère. »¹⁰³⁴

L'application directe de l'article L.1231-5 du Code du travail est soutenue aussi par Philippe Coursier qui considère que « lorsque le détachement s'opère depuis une société française ou localisée en France vers une filiale située à l'étranger, l'article L.122-14-8 (actuellement L.1231-5) du Code du travail est directement applicable au titre de disposition impérative du lieu habituel de travail. »¹⁰³⁵

Cet auteur considère que la mise en œuvre immédiate et impérative de ce texte est permise par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention de Rome qui garantit au salarié l'application des dispositions juridiques du « pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays. »¹⁰³⁶

Suivant cette thèse doctrinale, l'article L.1231-5 Code du travail déjoue le principe de la loi d'autonomie consacré par l'article 3§1 de la Convention de Rome ; ce dernier permet aux parties de choisir eux-mêmes la loi qui sera appelée à régir leur relation de travail, et en l'espèce le licenciement du salarié opéré par une filiale étrangère¹⁰³⁷. Selon cette conception, l'application de l'article L.1231-5 Code du travail est directe et immédiate, et toute loi étrangère désignée par les parties pour encadrer les conditions relative au licenciement du salarié serait sans effet.

¹⁰³⁴ I. Vacarie « La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 1989, p. 462.

¹⁰³⁵ P. Coursier, « L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. soc.*, 1994, p. 22.

¹⁰³⁶ P. Coursier, « L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. soc.*, 1994, p. 22.

¹⁰³⁷ G. Lyon-Caen, *op.cit*, p. 448.

555. Toutefois, à la différence de cette optique doctrinale, la chambre sociale de la Cour de cassation a dénié le caractère de loi de police à l'article L.1231-5 du Code du travail en permettant aux parties contractantes de choisir une loi étrangère pour régir le licenciement du salarié. Cette possibilité a été exprimée dans un arrêt rendu le 30 juin 1993 par la haute juridiction qui a précisé que « la cour d'appel a pu décider que le droit français avait cessé d'être applicable aux relations contractuelles des parties à la date à laquelle le nouvel engagement avait pris effet. Et que, par suite, le salarié ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L.122-14-8 (L.1231-5) du Code du travail. »¹⁰³⁸

556. Pour dépasser la difficulté concernant l'articulation entre l'article 3§1 de la Convention de Rome et l'article L.1231-5 du Code du travail français, nous considérons que ce dernier article doit être mis en œuvre immédiatement et impérativement, lorsque la décision du détachement du salarié à l'étranger provient de la société mère située en France. Cette dernière doit obligatoirement rapatrier et réintégrer le salarié licencié par sa filiale étrangère, sans prendre en considération l'existence d'une loi étrangère choisie, selon l'article 3§1 de la Convention de Rome, par les parties pour encadrer le licenciement de ce salarié.

Dans ce cas, c'est la société mère qui a pris la décision de détacher le salarié à l'étranger et il nous paraît logique que cette société assume les conséquences liées à ce détachement. Alors que, lorsque c'est le salarié lui-même qui exprime sa volonté de partir travailler au profit d'une filiale étrangère, nous pensons qu'écarter l'article L.1231-5 du Code du travail au profit d'une loi étrangère, désignée suivant l'article 3§1 de la Convention de Rome resterait possible.

2. Les conditions d'application de l'article L.1231-5 du Code du travail.

557. Mettre en œuvre l'article L.1231-5 du Code du travail nécessite clairement l'existence d'une relation contractuelle liant la société mère et le salarié (a), une relation entre ce dernier

¹⁰³⁸ Cass. soc., 30 juin 1993, M. Robertson c/ Centre expérimental de recherches du bâtiment et des travaux publics, *Bull. civ.*, V, n° 182. Le salarié Robertson qui a été affecté au service d'une filiale anglaise, a fait grief à la cour d'appel d'avoir jugé que la loi anglaise était applicable au contrat l'ayant lié à la société mère – le centre expérimental de recherches et d'études du bâtiment et des travaux publics (CEBTP) – et d'avoir par conséquent écarté l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail. Approuvée par la Cour de cassation, la cour d'appel a relevé que la société mère (CEBTP) et M. Robertson étaient convenus aux termes d'un accord concrétisé par une lettre que la législation du Royaume-Uni serait applicable au contrat de travail.

et la société filiale (b), et également une relation de filialisation entre la société mère et la société filiale (c).

a. L'existence d'un rapport contractuel entre la société mère et le salarié.

558. Pour que le texte L.1231-5 du Code du travail soit applicable, le salarié doit être détaché par une société mère. Une interprétation *a contrario* de cette condition conduit à dire que cet article ne pourrait être mis en œuvre si le salarié était détaché par une société n'ayant pas la qualité de société mère¹⁰³⁹. L'article L.1231-5 du Code du travail ne s'applique pas aux mutations de filiale à filiale ou de filiale à société mère¹⁰⁴⁰.

Le texte ne précise pas en revanche si la société mère doit être de nationalité française ou non, mais la doctrine estime que le législateur cible les sociétés mères françaises ayant leur siège en France et ayant la qualité d'employeur¹⁰⁴¹. Cette position doctrinale se fonde sur le texte lui-même qui parle de filiale étrangère ce qui laisse entendre que la cible de l'obligation de rapatriement est la société mère française¹⁰⁴².

Le texte ne précise pas non plus si le salarié, pour pouvoir se prévaloir de la protection de l'article L.1231-5 du Code du travail, doit obligatoirement travailler dans la société mère avant d'être mis à la disposition d'une filiale étrangère, ou non. La chambre sociale de la Cour de cassation n'adopte pas de solution précise sur de cette question. Dans un arrêt rendu le 4 avril 2006, la haute juridiction a décidé que le salarié devait préalablement exercer une fonction dans la société mère avant sa mise à disposition dans une filiale étrangère¹⁰⁴³. En revanche, la Cour de cassation a modifié cette possibilité en jugeant qu'il suffisait que le salarié ait été embauché par la société mère : « peut importe qu'il n'ait pas exercé d'activité auprès de la première [la société mère] avant d'être mis à la disposition de la seconde [la filiale]. »¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁹ Cass. soc., 5 mai 1986, M. Berne c/ Société Sovema, *Bull. civ.*, V, n° 196.

¹⁰⁴⁰ N. Catala, « Application de l'art. L.122-14-8 du Code du travail », *CDE* (Cahiers de Droit de l'Entreprise), 1986, n° 4, p. 10.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ Dans un arrêt rendu le 4 avril 2006, la haute juridiction exige clairement cette condition quand elle énonce que : « la cour d'appel n'avait pas à faire application de l'article L.122-14-8 du Code du travail dans la mesure où le salarié n'avait jamais exercé de fonctions dans la société mère. » Cass. soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-46773.

¹⁰⁴⁴ Cass. soc., 26 octobre 1999, *TPS*, 2000, comm. 36, obs. Ph. Coursier.

559. D'un autre côté, la mise en œuvre de l'article L.1231-5 du Code du travail exige-t-elle ou non la continuité du rapport contractuel entre le salarié intéressé et la société mère ? La réponse de la chambre sociale de la Cour de cassation est également frappée d'ambiguïté. Dans un arrêt rendu le 26 octobre 1999, la haute juridiction a exigé, pour l'application de cet article, le maintien du lien de subordination entre la société mère et le salarié pendant la mise à disposition de ce dernier¹⁰⁴⁵.

Selon cette solution jurisprudentielle, l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail suppose que la société mère conserve la qualité d'employeur à l'égard du salarié intéressé pendant la période de la mise à disposition, et que le contrat initial liant ces deux parties ne disparaisse pas pendant cette période¹⁰⁴⁶. Le contrat de travail initial entre la société mère et le salarié est considéré comme suspendu et non rompu pendant la mise à disposition¹⁰⁴⁷.

Les juges du fond, suivant l'analyse de l'arrêt du 26 octobre 1999, doivent vérifier si le lien de subordination subsiste ou non entre la société mère et le salarié pendant la mise à disposition de ce dernier. S'ils constatent que ce lien est maintenu, la société mère est tenue d'assurer le rapatriement du salarié.

560. Nous estimons qu'une analyse extensive de l'arrêt du 26 octobre 1999 conduit à écarter l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail lorsque le salarié est transféré par la société mère à une filiale étrangère. Le transfert, contrairement à la mise à disposition, se caractérise par le passage définitif du salarié de la société mère à la filiale étrangère et la rupture du lien contractuel entre ce salarié et la société mère. Cette dernière n'est plus son employeur après son transfert.

¹⁰⁴⁵ Cass. soc., 26 octobre 1999, *Bull. civ.*, V, n° 407. La Cour de cassation décide qu'« une cour d'appel qui a constaté, d'une part qu'une société mère [avait] engagé un salarié par un contrat de travail conclu à son siège social avant de l'affecter auprès d'une de ses filiales étrangères et, d'autre part, que cette société mère [avait] continué à exercer un pouvoir de direction et de contrôle à son égard, notamment en décidant et organisant son affectation auprès d'une autre de ses filiales étrangères, en fixant des primes d'objectif et d'intéressement et en établissant ses fiches d'évaluation, [avait] ainsi caractérisé l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la société mère et [avait] pu décider que cette dernière était l'employeur du salarié. »

¹⁰⁴⁶ P. Coursier, « L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. soc.*, 1994, p. 23.

¹⁰⁴⁷ G. Saincaize, *op.cit.*, p. 69.

Toutefois, la directive donnée par l'arrêt du 26 octobre 1999 a été écartée par un arrêt rendu le 13 novembre 2008. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel obligeant une société mère française à rapatrier une salariée licenciée par une filiale chinoise, même s'il n'existait aucune relation contractuelle entre la société mère et cette salariée. La haute juridiction juge que « ce texte ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison mère. »¹⁰⁴⁸

b. L'existence d'un rapport contractuel entre le salarié et la société filiale.

561. L'application de l'article L.1231-5 du Code du travail exige également l'existence d'un rapport contractuel entre le salarié intéressé et la filiale étrangère. Concernant le statut de la filiale étrangère, il faut préciser que le texte exige que deux conditions soient réunies. Premièrement, la société doit être une société filiale, c'est-à-dire disposant de sa propre personnalité juridique. Cette exigence écarte implicitement du champ d'application de l'article L.1231-5 du Code du travail l'hypothèse où la mutation s'opère pour le compte d'une succursale même si elle possède un certain pouvoir sur le personnel¹⁰⁴⁹.

Deuxièmement, cette filiale doit être de nationalité étrangère. Le salarié ne peut réclamer son droit au rapatriement lorsque sa mutation s'opère au profit d'une filiale située dans un département ou un territoire français d'outre-mer. À ce propos, la chambre sociale de la Cour de cassation a écarté l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail concernant le cas d'un salarié qui a été mis par son entreprise française – société d'hôtellerie – à la disposition d'une filiale située en Nouvelle-Calédonie¹⁰⁵⁰

562. Quant au rapport contractuel liant le salarié et la filiale étrangère, le texte L.1231-5 du Code du travail énonce formellement que son application est conditionnée par l'existence de ce rapport. Cette exigence nous conduit à poser la question suivante : en l'absence d'un tel contrat entre ces deux parties, l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail serait-elle

¹⁰⁴⁸ Cass.soc., 13 November 2008, n° 07-41700. Dans cette affaire, une assistante logistique a rompu par accord amiable son contrat de travail avec la société mère (Oréal SA) avant sa mutation auprès d'une filiale chinoise (l'Oréal China) avec laquelle elle a conclu un contrat de travail. Après son licenciement par la filiale chinoise, la salariée a demandé en vertu de l'article L.1231-5 du Code du travail son rapatriement par la société mère française. En donnant raison à la salariée, la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a imposé à la société mère française l'obligation de rapatrier cette salariée.

¹⁰⁴⁹ G. Lyon-Caen, *op.cit.*, p.439.

¹⁰⁵⁰ Cass. soc., 15 juin 1978, *Bull. civ.*, V, n° 479.

écartée ? La doctrine estime que, même si le contrat de travail n'est pas établi, essentiellement lorsque la mutation est de courte durée, la société mère est tenue du fait de l'exécution du contrat de rapatrier le salarié lorsqu'il est licencié par la filiale étrangère¹⁰⁵¹.

c. L'existence d'une relation de filialisation entre la société mère et la société filiale.

563. L'existence d'une relation de filialisation entre la société mère et la société filiale constitue une autre condition requise pour l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail. Concernant les notions de société mère et de filiale, en l'absence de définition de ces notions en droit du travail, on se demande si le législateur se réfère aux dispositions de l'article L.233-1 du Code de commerce.¹⁰⁵² Autrement dit, l'article L.1231-5 du Code du travail ne s'applique-t-il que lorsque la société mère détient plus de la moitié du capital de la filiale étrangère ?

Pour la jurisprudence sociale, l'existence d'une participation majoritaire de la société mère au capital de la filiale étrangère, telle qu'elle est prévue par l'article L.233-1 du Code de commerce, n'est pas une condition absolue pour l'application dudit article. Il suffit que la société mère exerce un contrôle sur la filiale étrangère pour que cet article s'applique.

Cette solution a été clairement précisée par la cour d'appel d'Aix en Provence qui a jugé que « si l'application de l'article L.122-14-8 du Code du travail est subordonnée à l'existence d'une position dominante de la société mère par rapport à sa filiale étrangère, cette position dominante n'est pas nécessairement liée à une participation majoritaire au capital de la filiale ; il suffit en effet qu'il y ait un contrôle exercé par la société mère sur la filiale. »¹⁰⁵³

B. La mise en œuvre de l'obligation de rapatriement.

¹⁰⁵¹ H. Gosselin, « Salariés mis à disposition d'une filiale étrangère : sur les conditions d'application de l'article L.122-14-8 du Code du travail », *RJS*, 1/09, p. 20 ; P. Coursier, *op.cit.*, p. 20.

¹⁰⁵² Au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce, une filiale est une société dont plus de la moitié du capital social est détenu par une autre société.

¹⁰⁵³ CA d'Aix-en-Provence, 9^e chambre, 31 mars 1980, *Leclerc c/ SA Carrier, D.*, 1981, juris, p. 301, note J. Mestre et M. Buy.

564. Le licenciement du salarié par la filiale étrangère suscite la réapparition¹⁰⁵⁴ ou le réveil¹⁰⁵⁵ du contrat de travail initial unissant le salarié et la société mère. Cette réapparition, en vertu de l'article L.1231-5 du Code du travail, met à la charge de la société mère une obligation consistant à assurer le rapatriement du salarié et à lui procurer un nouvel emploi (1). Si la société mère envisage le licenciement du salarié, elle doit se fonder sur des motifs différents de ceux invoqués par la société filiale (2).

1. Le rapatriement et l'intégration du salarié.

565. La jurisprudence sociale retient que les deux obligations relatives au rapatriement du salarié et à lui procurer un nouvel emploi doivent être mises en œuvre par la société mère dès qu'elle a connaissance du licenciement du salarié par la filiale étrangère¹⁰⁵⁶. Au sujet de l'obligation de rapatriement, cette obligation consiste pour la société mère à assurer les frais de transport du salarié¹⁰⁵⁷. Pour le rapatriement de la famille du salarié, nous considérons que l'article L.1231-5 du Code du travail ne met pas cette obligation à la charge de la société mère parce qu'il ne la prévoit pas explicitement. Cependant, une disposition contractuelle ou conventionnelle peut prévoir que la société mère assume le rapatriement de la famille du salarié¹⁰⁵⁸.

Concernant le moment du rapatriement, la société mère doit, en principe, déférer à cette obligation dès qu'elle a connaissance du licenciement du salarié par la filiale étrangère. Mais, la jurisprudence sociale considère que le salarié peut demander son rapatriement même un après la rupture de son contrat de travail¹⁰⁵⁹. Le non-respect de l'obligation de rapatriement donne au salarié le droit de demander des dommages et intérêts à la société mère, en saisissant le Conseil de prud'homme du siège de cette dernière¹⁰⁶⁰.

566. Après le rapatriement du salarié licencié par la filiale, la société mère doit lui procurer, en vertu de l'article L.1231-5 du Code du travail, un nouvel emploi. En d'autres termes, la société mère doit assurer sa réintégration en son sein. En ce sens, la chambre sociale de la

¹⁰⁵⁴ P. Coursier, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁵⁵ I. Vacarie, « La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 1989, p. 465.

¹⁰⁵⁶ Cass. soc., 6 juillet 1982, *Bull. civ.*, 1982, V, n° 451, p. 334.

¹⁰⁵⁷ G. Saincaize, *op. cit.*, p.333.

¹⁰⁵⁸ N. Catala, « Application de l'art.L.122-14-8 du Code du travail », *CDE*, 1986/4, p. 12.

¹⁰⁵⁹ Cass. soc., 16 janvier 1991, *SSL*, 1991, n° 539, p. 16, cité par P. Coursier, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁶⁰ C. Pizzio-Delaporte, *op. cit.*, p. 182.

Cour de cassation précise, d'une part, que la société mère est tenue de trouver un nouvel emploi au salarié licencié sans que ce dernier le sollicite.¹⁰⁶¹ D'autre part, la Cour de cassation énonce que la société mère doit rechercher un emploi au salarié intéressé, bien que ce dernier ait perçu de la filiale étrangère des indemnités de rupture du contrat de travail¹⁰⁶².

Dans ce cadre, une question essentielle, liée à la nature de l'emploi qui doit être procuré au salarié par la société mère, mérite d'être posée : cette dernière doit-elle procurer au salarié l'emploi qu'il occupait avant son départ à l'étranger ? La doctrine estime que la société mère n'est pas tenue de procurer au salarié l'emploi qu'il occupait avant sa mise à la disposition de la filiale étrangère, mais qu'elle est seulement obligée de lui proposer un emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions¹⁰⁶³.

En ce sens, la Cour de cassation a jugé un emploi de direction compatible, « en raison de son niveau hiérarchique et de sa rémunération », supérieure à la fonction de chef des ventes occupée précédemment par le salarié, avant sa mise à disposition d'une filiale étrangère¹⁰⁶⁴.

2. Le licenciement du salarié par la société mère.

567. La société mère peut licencier un salarié lorsqu'elle ne parvient pas à le réintégrer en son sein malgré les efforts entrepris. Toutefois, la haute juridiction affirme que la société mère doit justifier d'une cause économique distincte de celle alléguée par sa filiale étrangère¹⁰⁶⁵.

Le même raisonnement s'applique lorsque le motif invoqué est de nature personnel. En principe, la société mère ne peut licencier le salarié en invoquant le même motif que celui qu'a allégué la filiale étrangère¹⁰⁶⁶. La société mère doit se fonder sur un motif personnel

¹⁰⁶¹ Cass. soc., 4 juin 1987, *Bull. civ.*, V, n° 359.

¹⁰⁶² Cass. soc., 4 décembre 1985, *Bull. civ.*, V, n° 569. Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que : « Le fait qu'un salarié, licencié par la filiale étrangère au service de laquelle il a été mis à disposition, ait reçu de celle-ci des indemnités de rupture ne suffit pas à décharger la société mère de l'obligation découlant de l'article L.122-14-8 du Code du travail de lui procurer un nouvel emploi. »

¹⁰⁶³ C. Pizzio-Delaporte, *op. cit.*, p. 184 ; G. Saincaize, *op. cit.*, p.334.

¹⁰⁶⁴ Cass. soc., 2 avril 1992, Wagner c/SA Merrel Dow France, *Bull. civ.*, V, n° 249.

¹⁰⁶⁵ Cass. soc., 18.mai.1999, *RJS*, 10/99, n° 1311. La Cour de cassation a explicitement affirmé cette solution en précisant : « Lorsqu'une société filiale met fin au détachement d'un salarié, la société mère tenue de le réintégrer ne peut le licencier qu'en invoquant une cause réelle et sérieuse de licenciement. Dès lors, il incombe aux juges de statuer séparément sur les deux licenciements successifs et d'examiner si celui prononcé par la société mère a une cause réelle et sérieuse fondée sur des faits la concernant. »

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

distinct de celui qui a été invoqué par la filiale étrangère. À cet égard, l'analyse entreprise sur le cas du salarié licencié par une filiale établie en France s'applique à la situation du salarié licencié par une filiale étrangère. C'est-à-dire que la société mère peut exceptionnellement se fonder sur le même motif que celui qui a été allégué par la filiale étrangère lorsque celui-ci est de nature grave¹⁰⁶⁷.

568. En ce qui concerne l'indemnité de licenciement du salarié, le texte L.1231-5 du Code du travail précise que le temps passé par le salarié au service de la filiale étrangère « est pris en compte pour le calcul du délai-congé et de l'indemnité de licenciement. » Cette disposition légale énonce clairement que les indemnités payées au salarié par la société mère doivent être calculées en fonction de l'ancienneté totale acquise au sein du groupe (la société mère et la filiale étrangère).

Cependant, la Cour de cassation précise que le salarié ne peut pas cumuler pour une même période d'emploi et pour un même travail des indemnités ayant le même objet¹⁰⁶⁸. Cela signifie que le salarié perçoit une indemnité globale de licenciement unique attribuée soit par la société mère, soit par la filiale étrangère¹⁰⁶⁹, ou bien il perçoit deux indemnités attribuées par chacune des sociétés en cause pour chacune des périodes d'emploi¹⁰⁷⁰. Si le salarié perçoit de la filiale étrangère des indemnités calculées sur l'ensemble de sa carrière, la société mère n'est pas tenue de lui accorder à nouveau des indemnités de licenciement¹⁰⁷¹.

Section II. La protection des droits collectifs des salariés.

569. Les droits de nature collective sont des droits accordés, par voie légale ou conventionnelle, aux salariés, en tant qu'ils constituent une communauté de travail homogène. Ces droits collectifs, au même titre que les droits individuels, peuvent être perturbés par des mises à disposition temporaire de salariés au profit d'autres entreprises composant le

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ Cass. soc., 20 janvier 1993, *RJS* 2/93, n° 125.

¹⁰⁶⁹ Ce point a été éclairci par la haute juridiction dans un arrêt rendu le 4 décembre 1985 : « [...] ce salarié ne saurait cependant pour une même période de travail, cumuler les indemnités versées à ce titre par la filiale qui l'a licencié, avec celles qu'il pourrait obtenir à la suite de son congédiement par la société mère. » Cass. soc., 4 décembre 1985, *Bull. civ.*, V, n° 569.

¹⁰⁷⁰ P. Coursier, *op. cit.*, p25.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

groupe¹⁰⁷². On en vient en effet à se demander dans quelle entreprise ces salariés exercent leurs droits collectifs.

La position du droit du travail sur cette question s'aligne sur celle qu'il a adoptée à propos de la protection des droits individuels des salariés, c'est-à-dire que ces derniers, quoi qu'ils exécutent leur prestation de travail au profit d'une entreprise utilisatrice (société filiale), conservent, en principe, leur appartenance à leur entreprise d'origine (société mère). L'appartenance des salariés mis à disposition à leur entreprise d'origine signifie, d'une part, leur rattachement à la communauté de travail de cette entreprise (§I), et d'autre part, l'exercice de leurs droits collectifs au sein de cette communauté (§II).

§I. Une solution de principe rattachant les salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine.

570. La mise à disposition temporaire des salariés au profit d'une entreprise utilisatrice appartenant au même groupe suscite un problème lié à la détermination de la communauté de travail à laquelle ces salariés appartiennent. La question qui se pose est de savoir si ces salariés sont pris en compte dans les effectifs de leur entreprise d'origine (société mère) ou de leur entreprise utilisatrice (société filiale) ?

Pour trancher cette question, la loi du 20 août 2008 et la loi du 28 juillet 2011 ont adopté une solution de principe rattachant les salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine (II). Avant l'adoption de ces deux lois, la position jurisprudentielle tranchant cette question était ambiguë (I).

I. Une position jurisprudentielle ambiguë avant l'élaboration de loi du 20 août 2008 et la loi du 28 juillet 2011 : du critère de la subordination juridique au critère de l'intégration étroite et permanente.

571. Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008 et de la loi du 28 juillet 2011, la position de la Cour de cassation concernant l'identification de la communauté de travail des salariés mis à

¹⁰⁷² G. Saincaize, *op. cit.*, p. 351.

disposition était imprécise, voire incohérente. Dans un premier temps, la haute juridiction a tranché cette question en se fondant sur le critère de la subordination juridique. En vertu de ce critère, la haute juridiction a refusé d'inclure les salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice (société filiale) en raison de l'absence d'un rapport de subordination liant cette dernière à ses salariés.

À ce propos, dans un arrêt rendu le 21 juillet 1986, la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé une décision d'appel qui, pour inclure les salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice, avait uniquement constaté que cette entreprise fixait « les conditions dans lesquelles les prestations de service devaient être apportées et la qualification du personnel qui devait être embauché à cette fin », sans avoir vérifié l'existence d'un lien de subordination entre cette entreprise et ses salariés¹⁰⁷³.

La référence au critère de la subordination juridique pour exclure les salariés mis à disposition de l'effectif de l'entreprise utilisatrice a été confirmée par plusieurs arrêts dont celui rendu le 13 juin 1990, dans lequel la Cour de cassation a jugé que les salariés « ne bénéficiaient pas d'un contrat de travail avec cette société [société utilisatrice], n'étaient pas rémunérés par elle, et n'étaient pas placés sous sa subordination directe, un tribunal justifie sa décision d'exclure les intéressés pour le calcul de l'effectif. »¹⁰⁷⁴ En revanche, la haute juridiction, dans un arrêt rendu le 11 juillet 1989, a inclus ces salariés dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice lorsqu'elle a remarqué que ces salariés étaient « sous la subordination de cette société. »¹⁰⁷⁵

572. Dans un second temps, la Cour de cassation a substitué le critère de la subordination¹⁰⁷⁶ à celui de « l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail » pour identifier l'entreprise à laquelle appartiennent les salariés mis à disposition. En s'inspirant d'une décision du Conseil constitutionnel¹⁰⁷⁷, la haute juridiction a considéré que

¹⁰⁷³ Cass. soc., 21 juillet 1986, *D.*, 1987, somm., p. 201, obs. A. Lyon-Caen.

¹⁰⁷⁴ Cass. soc., 13 juin 1990, *RJS* 1990, n° 685.

¹⁰⁷⁵ Cass. soc., 11 juillet 1989, *RJS* 1989, n° 778.

¹⁰⁷⁶ Dans un arrêt rendu le 28 mars 2000, la Cour de cassation a affirmé que les salariés mis à disposition ne pouvaient être exclus de l'effectif de l'entreprise utilisatrice du seul fait qu'ils n'étaient pas sous la subordination de cette dernière. Cass. soc., 28 mars 2000, *D.*, 2008, AJ, p. 2946.

¹⁰⁷⁷ Le critère de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail a été initialement dicté par le Conseil constitutionnel à travers une décision rendue le 28 décembre 2006. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution l'article 54 de la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, en ce qu'il a exclu du corps électoral de l'entreprise les salariés qui y

les salariés mis à disposition doivent être pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice (société filiale) tant qu'il y a « intégration étroite et permanente à la communauté de travail » de ces salariés, au sein de cette entreprise.

Cette nouvelle position jurisprudentielle a été exprimée dans un arrêt rendu le 28 février 2007, dans lequel la Cour de cassation énonce que : « sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, sont inclus à ce titre dans le calcul des effectifs, en application de l'article L.620-10 (Art. L.1111-2 du Code du travail). »¹⁰⁷⁸

Dans le même esprit, la Cour de cassation a confirmé l'adoption de ce nouveau critère en énonçant que « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs. »¹⁰⁷⁹

La haute juridiction a caractérisé l'existence d'une « intégration étroite et permanente » des salariés mis à disposition au sein de l'entreprise utilisatrice à travers la présence de ces salariés dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis une certaine durée, leur participation aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise, leur participation au processus de travail de l'entreprise, et leur partage des mêmes conditions de travail avec les salariés de l'entreprise.

573. L'adoption du critère d'« intégration étroite et permanente à la communauté de travail » avait pour objectif de réadapter le droit des salariés à la participation¹⁰⁸⁰ aux formes

travaillent en exécution d'un contrat de sous-traitance et aussi de prestation de services. Le Conseil constitutionnel affirme que : « le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'il n'en sont pas les salariés », avant de préciser que le législateur ne peut « limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail. » Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545.

¹⁰⁷⁸ Cass. soc., 28 février 2007, *RJS* 2007, n° 636.

¹⁰⁷⁹ Cass. soc., 13 novembre 2008, *RJS* 2009, n° 57.

¹⁰⁸⁰ Le préambule de la constitution de 1946 prévoit que les salariés « participent par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

d'organisation productive des entreprises et aux diverses pratiques d'externalisation de l'emploi¹⁰⁸¹. En effet, ce critère a été conçu par le Conseil constitutionnel et adopté par la Cour de cassation pour permettre de prendre en compte les salariés d'une entreprise extérieure dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice auprès de laquelle ils œuvrent.

Selon ce critère, ces salariés dont ceux mis à disposition doivent être décomptés des effectifs de l'entreprise utilisatrice, à partir du moment où ils sont intégrés d'une manière « étroite et permanente » à la collectivité de travail de l'entreprise¹⁰⁸². En revanche, l'absence d'une telle « intégration étroite et permanente » conduit à exclure le rattachement de ces salariés à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

II. Une position juridique clarifiée par la loi du 20 août 2008 et la loi du 28 juillet 2011 : le rattachement des salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine.

574. Pour contenir la problématique relative à l'identification de la communauté de travail des salariés mis à disposition et dépasser la controverse jurisprudentielle qui en est résulté, le législateur a choisi une solution de principe qui rattache ces salariés à la communauté de travail de leur entreprise d'origine. Cette solution a été affirmée dans un premier temps par l'article L.1111-2, alinéa 2 du Code du travail, issu de la loi du 20 août 2008¹⁰⁸³, et confirmée dans un second temps par l'article L.8241-2 du Code du travail, issu de la loi du 28 juillet 2011, élaboré pour encadrer les opérations de prêt de main-d'œuvre sans but lucratif.

575. Concernant l'article L.1111-2, alinéa 2, du Code du travail, issu de la loi du 20 août 2008¹⁰⁸⁴, son analyse nous conduit à dire que le législateur se réfère au concept jurisprudentiel d'« intégration étroite et permanente à la communauté de travail » pour résoudre le problème relatif à l'intégration collective des salariés mis à disposition. En effet, le législateur rattache

¹⁰⁸¹ A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT* 2007, p. 84 ; M.-L. Morin, « Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 », *RDT* 2007, p. 229.

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ L'article 3 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n° 0194 du 21 août 2008, p. 13064).

¹⁰⁸⁴ Cet article dispose que : « les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence dans l'entreprise au cours des douze mois précédents. »

ces salariés à la communauté de travail de leur entreprise d'origine (société mère) en l'absence de leur « intégration étroite et permanente » à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice (société filiale).

Le législateur, à travers cet article, a précisé les éléments pouvant établir l'existence d'une telle « intégration étroite et permanente » des salariés mis à disposition à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice. Premièrement, les salariés mis à disposition doivent effectuer leur travail dans les locaux de l'entreprise utilisatrice. Décrite comme « critère étroit »¹⁰⁸⁵, cette condition permet d'établir que les salariés mis à la disposition de l'entreprise utilisatrice et les salariés de cette dernière accomplissent leur travail dans des conditions de travail relativement communes¹⁰⁸⁶.

Deuxièmement, les salariés doivent travailler au sein de l'entreprise utilisatrice depuis au moins un an. Pour le législateur, cette durée démontre que ces salariés sont intégrés d'une manière « permanente » au sein de la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice¹⁰⁸⁷. À l'inverse, leur présence au sein de l'entreprise utilisatrice depuis une durée inférieure à un an exclut leur intégration à la communauté de travail de cette entreprise et les rattache à celle de leur entreprise d'origine.

576. En s'alignant sur la solution retenue par l'article L.1111-2 alinéa 2, du Code du travail, l'article L.8241-2 du même Code, issu de la loi du 28 juillet 2011, a rattaché à son tour les salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine. Cet article énonce d'une manière générale que pendant la période de sa mise à disposition « le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse. »¹⁰⁸⁸

Ce choix de l'article L.8241-2 du Code du travail, optant pour le rattachement des salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine (société mère), peut s'expliquer par la continuité du lien juridique liant ces salariés à leur entreprise

¹⁰⁸⁵ Y. Pagnerre et G. Saincaise, « L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets », *JCP, S*, 2009, n° 36, p. 17.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ L'article L.8241-2 du Code du travail (modifié) dispose que : « pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse ; il conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse. »

d'origine pendant la période de leur mise à disposition. En effet, il nous semble que cet article part du principe que l'entreprise d'origine conserve la qualité d'employeur à leur égard pendant cette période, et leur rattachement à la communauté de travail de cette entreprise est dans ces conditions justifié.

§II. Une solution de principe considérant l'entreprise d'origine comme cadre d'exercice des droits collectifs pour les salariés mis à disposition.

577. Bien qu'ils accomplissent leur prestation de travail au profit d'une entreprise utilisatrice (société filiale), les salariés mis à disposition exercent, en principe, leurs droits collectifs au sein de la communauté de travail de leur entreprise d'origine (société mère). Ce constat se fait au niveau de la participation aux institutions représentatives du personnel (II), de l'application de la convention collective (III), et également au niveau de la participation aux conflits collectifs de travail (IV). Le fait que les salariés mis à disposition bénéficient des installations collectives de l'entreprise utilisatrice (société filiale) paraît une chose évidente, dans la mesure où ces salariés apportent leur force de travail à celle-ci (I).

I. Le bénéfice des avantages et des installations collectives au sein de l'entreprise utilisatrice.

578. Les salariés mis à disposition d'une entreprise utilisatrice se voient accorder certains droits collectifs, au même titre que les salariés de celle-ci. Le législateur accorde ces avantages sans faire la distinction entre les salariés de cette entreprise et ceux qui y travaillent, alors qu'ils appartiennent à des entreprises extérieures.

Le principe de l'égalité entre les différentes catégories des salariés trouve sa pleine application en ce domaine¹⁰⁸⁹. Au niveau du groupe de sociétés, ce principe permet aux salariés mis par leur société employeur à la disposition d'une autre société du groupe de se prévaloir des mêmes avantages collectifs que ceux accordés aux salariés de cette société.

L'article L.8241-2 du Code du travail (modifié) issu de la loi du 28 juillet 2011, consacre clairement, en matière d'avantages collectifs, le principe d'égalité entre les salariés

¹⁰⁸⁹ G. Saincaize, *op. cit.*, p. 400.

qui travaillent dans l'entreprise, en disposant que « les salariés mis à disposition ont accès aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice. »

Le droit des salariés mis à disposition de se prévaloir des installations collectives de l'entreprise utilisatrice dans les mêmes conditions que les salariés de celle-ci a été affirmé également par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 21 novembre 1990, où elle considère comme discriminatoire et illicite la délibération du comité d'entreprise décidant qu'il ne délivrerait plus aux salariés extérieurs à l'entreprise et en particulier aux travailleurs temporaires les cartes d'accès au restaurant dont il assurait la gestion¹⁰⁹⁰.

Ces installations et avantages collectifs, dont l'objectif est l'amélioration des conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel au sein de l'entreprise, sont nombreux : les services de transports et de restauration ; les douches ; les vestiaires ; la bibliothèque ; la crèche et les salles de repos ; les tickets de cantine¹⁰⁹¹. C'est le comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice qui en assure la gestion¹⁰⁹².

La violation du principe d'égalité, en matière de bénéfice des installations et avantages collectifs entre les salariés de l'entreprise utilisatrice et les salariés qui sont mis à sa disposition temporairement, est sanctionnée par l'article R.1254-2 du Code du travail. Cet article punit d'une contravention de 5^e classe les personnes responsables qui empêchent les salariés temporaires d'accéder aux installations et équipements collectifs, en méconnaissance des dispositions de l'article L.1251-24 du Code du travail.

Concernant la mise en œuvre de cette responsabilité, il faut signaler que l'article R.1254-2 du Code du travail ne désigne pas comme responsable l'utilisateur mais la personne responsable de l'installation ou l'équipement. En principe, c'est le comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice en tant que personne juridique qui peut faire l'objet d'une telle sanction car c'est lui qui assure la gestion des installations collectives.

¹⁰⁹⁰ Cass. soc., 21 nov.1990, *D.*, 1990, IR, p. 292.

¹⁰⁹¹ Ces services dont les salariés mis à disposition peuvent bénéficier sont déterminés par la circulaire d'application de l'ordonnance du 5 février 1982.

¹⁰⁹² Art. L.2323-83 du Code du travail.

II. La participation des salariés mis à disposition aux institutions représentatives du personnel.

579. La participation aux institutions représentatives du personnel de l'entreprise constitue pour les salariés un événement essentiel dans la mesure où elle leur permet en tant que collectivité de travail de défendre leurs droits et de présenter leurs points de vue à la direction.

580. Pour les salariés mis par leur entreprise d'origine (société mère) à la disposition d'une autre entreprise appartenant au même groupe (société filiale), une interrogation se pose concernant l'entreprise dans laquelle ces salariés participent aux institutions représentatives du personnel : y participent-ils au sein de leur entreprise d'origine (société mère) ou au sein de l'entreprise utilisatrice (société filiale) ? L'étude exige à déterminer l'entreprise dans laquelle ces salariés participent aux élections professionnelles des membres du comité d'entreprise (A) et l'entreprise dans laquelle ils peuvent être désignés des délégués syndicaux (B).

A. L'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition participent aux élections professionnelles des membres du comité d'entreprise.

581. L'adoption de la loi du 20 août 2008 a clarifié la situation relative à la participation des salariés mis à disposition aux élections professionnelles (2). Il faut rappeler qu'avant l'apparition de cette loi, la jurisprudence traitant de la question était caractérisée par l'imprécision (1).

1. Une participation imprécise avant l'élaboration de la loi du 20 août 2008.

582. Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008, il n'existait pas de règles juridiques précises déterminant l'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition participaient aux élections professionnelles en vue de désigner les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise.

En l'absence de telles règles, les choix de la jurisprudence n'étaient pas cohérents puisque écartelés entre deux tendances : une tendance estimant que ces salariés devaient participer aux élections professionnelles au sein de leur entreprise d'origine et une autre considérant que leur participation devait être active au sein de l'entreprise utilisatrice.

583. Certains arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation avaient en effet opté pour la participation des salariés mis à disposition aux élections professionnelles dans leur entreprise d'origine. À titre d'exemple, la haute juridiction, dans un arrêt rendu le 26 janvier 1977, avait décidé que « les salariés qui sont déplacés à titre provisoire et non mutés à titre définitif par leur employeur d'un établissement dans un autre restent électeurs et éligibles dans celui où ils travaillent habituellement. »¹⁰⁹³

La haute juridiction a adopté ce choix parce qu'elle estimait que le rapport contractuel liant les salariés intéressés et leur entreprise d'origine ne prenait pas fin pendant la période de mise à disposition et que l'entreprise conservait, de ce fait, durant cette période, la qualité d'employeur à l'égard de ces salariés. Bien qu'ils soient mis à la disposition d'une autre entreprise, les salariés mis à disposition restent en fait concernés par la finalité que poursuivent les institutions représentatives du personnel de leur entreprise d'origine¹⁰⁹⁴.

En matière électorale, plusieurs arrêts de la Cour de cassation confirmèrent le maintien des salariés mis à disposition dans leur entreprise d'origine en vue de désigner les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise. Un arrêt rendu le 12 juin 2002 illustre cette tendance, où la haute juridiction arrête que les salariés en question sont confirmés dans leur entreprise d'origine en vue de l'élection des membres du comité d'entreprise, après avoir constaté que le contrat de travail liant ces deux parties n'était pas rompu¹⁰⁹⁵.

Également, en matière d'éligibilité, des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation ont affirmé que l'éligibilité des salariés au sein de leur entreprise d'origine ne pouvait être écartée en raison de leur mise à disposition au service d'une autre entreprise. À ce

¹⁰⁹³ Cass. soc., 26 janvier 1977, *Bull. civ.*, V, n° 66.

¹⁰⁹⁴ F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, Thèse, Paris I, 1997, n° 31, p. 45.

¹⁰⁹⁵ Cass. soc., 12 juin 2002, *RJS* 2002, n° 1003. La Cour de cassation décide qu' : « ayant constaté que le contrat de travail liant des salariés détachés à leur entreprise d'origine n'était pas rompu, la cour d'appel ne pouvait donc pas refuser d'inscrire les intéressés sur la liste électorale établie dans cette entreprise, au motif que leur affectation définitive dans une entreprise d'accueil y faisait obstacle. »

propos, dans un arrêt rendu le 12 janvier 1994, la Cour de cassation, contrairement au jugement du tribunal d'instance, a admis la candidature de cinq salariés aux élections du comité d'établissement de la direction des financements spéciaux de la Société générale, bien que ces salariés eussent été détachés auprès d'une filiale¹⁰⁹⁶.

Dans cet arrêt la haute juridiction se fondait sur la notion d'« intérêt au sort et à la gestion de l'entreprise » pour adopter une telle position, en estimant que les salariés en cause portaient le même intérêt au sort et la gestion de leur entreprise d'origine que les salariés de cette dernière et qu'ils avaient de ce fait le droit d'y être éligibles¹⁰⁹⁷.

584. Contrairement à cette position jurisprudentielle qui jugeait que les salariés mis à disposition devaient participer aux élections professionnelles au sein de leur entreprise d'origine, une autre considérait que cette participation devait être active au sein de l'entreprise utilisatrice. Les solutions jurisprudentielles qui ont été rendues dans le cadre de cette deuxième conception reposaient sur le critère de l'intégration de ces salariés au sein de la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice, et non sur celui du contrat de travail.

Ces solutions estimaient que les salariés mis à disposition étaient concernés par la fonction des institutions représentatives élues de l'entreprise utilisatrice parce qu'ils formaient une seule communauté de travail avec les salariés de cette dernière et qu'ils participaient au processus de production et aux activités nécessaires à son fonctionnement.

La Cour de cassation a adopté cette analyse dans un arrêt rendu le 5 mai 1983 lorsqu'elle a confirmé le jugement du tribunal d'instance qui avait accordé aux salariés de sociétés sous-traitantes le droit à l'inscription sur la liste électorale établie par l'entreprise utilisatrice en vue de l'élection des délégués du personnel, après avoir constaté que ces

¹⁰⁹⁶ Cass. soc., 12 janvier 1994, *D.*, 1994, IR, p. 34.

¹⁰⁹⁷ Dans le même esprit, la Cour de cassation, sans se référer à la notion d'« intérêt au sort et à la gestion de l'entreprise », a reconnu le droit à l'éligibilité d'un salarié dans son entreprise d'origine lorsqu'elle a observé tout simplement que ce salarié « qui est toujours lié à son entreprise d'origine par un contrat de travail y demeure éligible bien qu'il ait été mis à la disposition d'une autre entreprise. » Cass. soc., 4 mars 1998, *TPS* 1998, comm., n° 168.

salariés formaient une seule communauté de travail avec les salariés de cette entreprise (Société Elf)¹⁰⁹⁸.

En outre, dans un autre arrêt rendu le 28 février 2007, le critère de l'intégration des salariés mis à disposition à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice a été retenu par la Cour de cassation pour reconnaître à ces derniers le droit à participer en tant qu'électeurs aux élections professionnelles au sein de cette entreprise¹⁰⁹⁹.

2. Une participation précisée par la loi du 20 août 2008.

585. La loi du 20 août 2008 a mis fin aux équivoques antérieures relatives à l'identification de l'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition participaient aux élections professionnelles, visant à désigner les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise. En matière d'électorat comme en matière d'éligibilité, des réponses précises ont été apportées par cette loi¹¹⁰⁰.

586. En matière d'électorat, qu'il s'agisse de l'élection des délégués du personnel¹¹⁰¹ ou les membres du comité d'entreprise¹¹⁰², la loi du 20 août 2008 accorde aux salariés mis à disposition le droit de choisir s'ils exercent leur droit de vote dans leur entreprise d'origine (société mère) ou leur entreprise utilisatrice (société filiale). Cependant, ce droit d'option n'est garanti qu'aux salariés mis à disposition qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une période de douze mois continus précédant les élections¹¹⁰³.

Cette période de douze mois, déterminée légalement, permet d'appliquer le critère d'*intégration étroite et permanente* de manière objective, en dépassant les controverses

¹⁰⁹⁸ Cass. soc., 5 mai 1983, *Bull. civ.*, V, n° 239. Dans cet arrêt le tribunal d'instance a constaté que les salariés de sociétés sous-traitantes travaillaient sur le site de la raffinerie de Feyzin de la société Elf dans les mêmes ateliers et aux mêmes tâches que les salariés de cette société.

¹⁰⁹⁹ Cass. soc., 28 février 2007, *RJS*, 2007, n° 636, *op. cit.*. La haute juridiction affirme que : « les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue [...] sont à ce même titre électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par les textes susvisés. »

¹¹⁰⁰ L'article L.8241-2 du Code du travail ne donne pas de précisions sur cette question.

¹¹⁰¹ L.2314-18-1 du Code du travail.

¹¹⁰² L.2324-17-1, alinéa 2 du Code du travail.

¹¹⁰³ L.1111-2 du Code du travail.

jurisprudentielles antérieures¹¹⁰⁴. À défaut, c'est-à-dire en l'absence d'une telle période, ces salariés ne peuvent exercer ce droit optionnel et continuent en conséquence, même si les dispositions de la loi du 20 août 2008 ne le prévoient pas, à faire partie de l'effectif de leur entreprise d'origine dans laquelle ils exercent leur droit de vote.

Nous estimons que ce droit d'option présente un intérêt important pour les salariés en cause parce qu'il leur permet d'exercer leur droit de vote au sein de l'entreprise avec laquelle ils se sentent le mieux intégrés¹¹⁰⁵. Au sein d'un groupe de sociétés, ce choix protège l'exercice du droit de vote des salariés mis par leur société d'origine (société mère) à la disposition d'une société filiale car ce sont ces salariés eux-mêmes qui choisissent l'entreprise au sein de laquelle ils votent.

587. En matière d'éligibilité, la loi du 20 août 2008 n'accorde aux salariés mis à disposition le droit d'être élus soit au sein de leur entreprise d'origine (société mère), soit au sein de leur entreprise utilisatrice (société filiale), que dans le cas de l'élection des délégués du personnel,¹¹⁰⁶ sans autoriser la même chose dans le cas de l'élection des membres du comité d'entreprise¹¹⁰⁷.

La question qui peut se poser est de savoir pourquoi la loi du 20 août 2008 ne donne pas aux salariés mis à disposition le droit d'être élus membres du comité d'entreprise au sein de l'entreprise utilisatrice ? Nous pensons que cette interdiction s'explique par des considérations relatives aux confidentialités des informations concernant la situation économique et à la stratégie industrielle et commerciale de l'entreprise utilisatrice¹¹⁰⁸.

En effet, le législateur suppose qu'une autorisation aux salariés mis à disposition d'être élus comme membres au sein du comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice peut nuire aux

¹¹⁰⁴ A.-M. Dupuy et P. Safar, « Travailleurs mis à disposition : Les apports de la loi du 20 août 2008 », *JCP S*, sept 2008, n° 37, p. 18.

¹¹⁰⁵ R. Vatinet, « La mise à disposition de salariés », *Dr. soc.*, 2011, p. 667.

¹¹⁰⁶ L'article L.2314-18-1 du Code du travail qui prévoit ce choix exige seulement que les salariés mis à disposition travaillent dans l'entreprise utilisatrice depuis une période de vingt-quatre mois continus avant les élections.

¹¹⁰⁷ L'article L.2324-17-1, alinéa 2 du Code du travail prévoit clairement cette interdiction en précisant que : « les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice. »

¹¹⁰⁸ H. Duval, « La situation des salariés mis à disposition : regards croisés du législateur et du juge », *JCP, S*, 2008, n° 40, p. 20.

intérêts de cette dernière. À titre d'exemple, ces salariés peuvent divulguer¹¹⁰⁹ des données d'une grande importance concernant l'entreprise utilisatrice à leur entreprise d'origine et aux autres entreprises concurrentes¹¹¹⁰.

Cette interdiction constitue un obstacle pour les salariés mis à disposition d'être informés et consultés sur les décisions relatives à la gestion et à la marche générale de l'entreprise utilisatrice. Néanmoins, nous pensons que ces salariés conservent leur droit d'éligibilité au sein de leur entreprise d'origine (société mère) avec laquelle ils sont liés juridiquement par des contrats de travail. À partir du moment où ces salariés continuent à appartenir à l'entreprise d'origine, leurs droits collectifs ne doivent pas être affectés en raison de leur détachement.

B. L'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition peuvent être désignés des délégués syndicaux.

588. La loi accorde aux organisations syndicales représentatives le droit de désigner des délégués, dans toute entreprise dans laquelle travaillent au moins 50 salariés¹¹¹¹. Selon l'article L.2143-1 du Code du travail, les organisations syndicales ne peuvent désigner comme délégué syndical que des salariés qui travaillent dans l'entreprise depuis un an au moins¹¹¹². Cette exigence nous conduit à nous interroger sur la possibilité pour ces organisations de désigner à cette fonction des salariés qui ne travaillent dans l'entreprise qu'au titre de salariés mis à disposition.

589. Dans un groupe de sociétés, lorsqu'un salarié est mis par son entreprise d'origine (société mère) à la disposition d'une entreprise utilisatrice (société filiale), on se demande si ce salarié peut être désigné en tant que délégué par les organisations syndicales représentatives au sein de cette dernière ?

¹¹⁰⁹ Même si l'article L.2325-5 du Code du travail interdit une telle divulgation en ce qui concerne les procédés de fabrications et les informations revêtant un caractère confidentiel.

¹¹¹⁰ Pour qu'il puisse assurer ses fonctions, le comité d'entreprise possède le droit de recueillir toutes les informations concernant l'entreprise sans que le secret des affaires puisse lui être opposé. La direction de l'entreprise elle-même communique au comité de l'entreprise des informations écrites et précises concernant un projet donné (L.2323-4 Code du travail), sous peine d'être poursuivie pour délit d'entrave (Cass. crim., 18 novembre 1997, *Bull. crim.*, 1997, n° 390).

¹¹¹¹ L.2143-3 du Code du travail.

¹¹¹² Cet article exige également que le délégué syndical doive être âgé de dix-huit ans révolus et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques.

Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008, la jurisprudence de la Cour de cassation acceptait la désignation de salariés mis à disposition comme délégués syndicaux au sein de l'entreprise utilisatrice. La Cour de cassation exigeait seulement l'intégration de ces salariés à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

En ce sens, un arrêt rendu le 30 mai 2001 par la Cour de cassation a permis cette désignation en ces termes : « la mise à disposition d'un salarié a pour effet de l'intégrer à la communauté des travailleurs de l'entreprise d'accueil et de lui permettre d'y participer à l'exercice du droit syndical. Par suite, dès lors que le salarié remplit les conditions nécessaires, il peut être désigné comme délégué syndical dans l'entreprise dans laquelle il est détaché. »¹¹¹³

Cependant, avec les nouveaux apports de la loi du 20 août 2008, nous estimons que le législateur refuse indirectement d'accorder aux syndicats représentatifs dans l'entreprise utilisatrice la faculté de désigner comme délégués syndicaux des salariés mis à disposition. Les nouvelles dispositions précisent en effet que le délégué syndical ne peut être désigné que parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel¹¹¹⁴. Cette condition ne peut être satisfaite par les salariés mis à disposition dans la mesure où l'article L.2324-17-1 du Code du travail leur interdit explicitement d'être élus membres du comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice.

590. Au sein d'un groupe de sociétés, ce raisonnement nous amène à dénier aux salariés, mis par leur entreprise d'origine (société mère) à la disposition d'une entreprise utilisatrice (société filiale), le droit d'être désignés par les syndicats représentatifs comme des délégués syndicaux au sein de cette dernière.

¹¹¹³ Cass. soc., 30 mai 2001, *Bull. civ.*, V, n° 194 ; RJS 2001, n° 1157. Le salarié M. Dumetz a été mis par son entreprise d'origine (Elf Aquitaine exploitation production (EAEP)) à la disposition de l'entreprise utilisatrice (Elf Atochem) au sein de laquelle il a été désigné délégué syndical par le syndicat CFDT. Pour argumenter son refus à l'égard de cette désignation, le tribunal d'instance a nié le statut de salarié à M. Dumetz vis-à-vis de l'entreprise Elf Atochem, en estimant qu'aucun lien de subordination ne liait ce salarié à cette entreprise. La haute juridiction n'a pas confirmé le raisonnement du tribunal d'instance, qui se fondait essentiellement sur l'inexistence du lien de subordination entre le salarié en cause et l'entreprise utilisatrice, en considérant que ce salarié pouvait être désigné comme délégué syndical au sein de cette entreprise dès lors que son intégration à la communauté des travailleurs de cette dernière était constatée.

¹¹¹⁴ L'article L.2143-3 du Code du travail.

Toutefois, les salariés mis à disposition peuvent conserver leur droit d'être désignés comme délégués syndicaux au sein de leur entreprise d'origine (société mère), bien qu'ils soient détachés au service d'une autre entreprise utilisatrice (société filiale). Ce point a été précisé par la haute juridiction dans un arrêt rendu le 27 mai 2009 : « Le tribunal d'instance a décidé à bon droit qu'il n'appartenait qu'aux organisations syndicales qui utilisent les facultés de désignation offertes par la loi d'apprécier si un salarié, détaché auprès d'une autre structure, est en mesure d'accomplir sa mission syndicale au sein de son entreprise d'origine. »¹¹¹⁵

Cette solution retenue par la Cour de cassation s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel qui tend à confirmer que les salariés mis à disposition restent attachés à leur entreprise d'origine pendant la période de leur détachement et que, par conséquent, ils conservent la possibilité d'exercer l'ensemble de leurs droits collectifs au sein de cette entreprise.

III. La convention collective applicable aux salariés mis à disposition.

591. Conservant leur appartenance à leur entreprise d'origine (société mère) pendant la période de leur mise à disposition et se trouvant pendant cette période placés au service d'une entreprise utilisatrice (société filiale), une question se pose concernant la convention collective applicable aux salariés mis à disposition : sera-ce la convention collective applicable dans l'entreprise d'origine (société mère) ou la convention applicable dans l'entreprise utilisatrice (société filiale) ?¹¹¹⁶

¹¹¹⁵ Cass. soc., 27 mai 2009, *RDT*, septembre 2009, p. 530, note E. Peskine. Un salarié de la société Esso SAF a été détaché auprès d'un GIE. Durant son détachement il a été désigné délégué syndical auprès de la société Esso par le syndicat CGT-FO. Cette société a contesté cette désignation sans que sa demande soit acceptée soit par le tribunal d'instance ou par la Cour de cassation ; cette dernière a considéré que le syndicat concerné pouvait seul apprécier si le salarié en cause pouvait ou non accomplir sa mission syndicale au sein de son entreprise d'origine.

¹¹¹⁶ Concernant le droit des salariés mis à disposition de se prévaloir des normes non négociées (les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur) en vigueur dans l'entreprise utilisatrice, les solutions jurisprudentielles tranchant cette question optent pour l'exclusion de ces salariés du bénéfice de ces normes. À titre d'exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation, à travers un arrêt confirmatif rendu le 6 juillet 2005, a exclu ces salariés du bénéfice d'un usage (le bénéfice de deux jours de repos compensateur par semaine d'astreinte) applicable dans l'entreprise utilisatrice. La haute juridiction précise que : « *le principe (à travail égal, salaire égal) ne s'applique pas lorsque les salariés qui revendiquent le bénéfice d'un droit n'appartiennent pas aux entreprises au sein desquelles ce droit est reconnu en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ou d'un statut de droit public.* » Cass. soc., 6 juillet 2005, *RJS* 10/05, n° 979.

592. Afin de protéger le statut collectif des salariés mis à disposition, les nouvelles dispositions juridiques encadrant les opérations de mise à disposition garantissent par principe à ces salariés l'application des normes conventionnelles en vigueur dans leur entreprise d'origine (A). Néanmoins, il reste possible d'appliquer les textes conventionnels applicables dans l'entreprise utilisatrice (B).

A. Le principe : la continuité de l'application de la convention collective de l'entreprise d'origine.

593. Pendant la période de la mise à disposition, les salariés mis à disposition demeurent liés à leur entreprise d'origine (société mère). Durant cette période, les contrats de travail liant ces salariés avec leur entreprise d'origine continuent de produire leurs effets juridiques puisqu'ils ne sont, ni rompus, ni suspendus. En conséquence, ces salariés conservent le bénéfice des normes conventionnelles de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement, applicables à cette entreprise.

L'article L.8241-2 du Code du travail, issu de la loi du 28 juillet 2011, a adopté clairement ce point de vue en précisant que : « pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse ; il conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse. »

Au niveau national, le bénéfice des normes conventionnelles applicables dans l'entreprise d'origine (société mère) ne pose pas de difficultés car l'article précité précise que ces salariés ne perdent pas leur statut de salarié pendant la durée de la mise à disposition à l'égard de leur entreprise d'origine et continuent de se prévaloir des droits garantis par les normes conventionnelles applicables dans cette entreprise.

594. Si la mise à disposition s'opère au niveau international, on est en revanche en droit de se demander si les salariés intéressés continuent de bénéficier des normes conventionnelles applicables dans leur entreprise d'origine située en France (société mère française). La doctrine considère que cette difficulté peut être résolue par une clause contractuelle ou

conventionnelle prévoyant que le salarié en cause conserve son droit de bénéficier des normes conventionnelles applicables dans son entreprise française d'origine durant la période de sa mise à disposition à l'étranger¹¹¹⁷.

Cependant, en l'absence d'une telle clause contractuelle ou conventionnelle, le salarié considéré peut-il bénéficier des normes conventionnelles applicables dans son entreprise d'origine située en France ? Une partie de la doctrine défend, même dans le silence du contrat, l'application hors du territoire français des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise d'origine française, du moins lorsque les mises à disposition sont de courte durée. Le professeur Gérard Couturier estime en ce sens que : « même dans le silence de la convention collective ou du contrat, le statut conventionnel d'origine resterait applicable non seulement au salarié envoyé en mission temporaire mais aussi à celui qui est détaché à l'étranger à la double condition que le lien entre ce salarié et son employeur d'origine subsiste et que la durée de l'affectation à l'étranger soit suffisamment limitée. »¹¹¹⁸

Nous partageons ce point de vue qui plaide pour l'application des textes conventionnels applicables dans l'entreprise d'origine française hors du territoire français, tant que le lien contractuel subsiste entre le salarié et cette entreprise et tant que la mise à disposition est de courte durée. L'élargissement du champ d'application territorial de la convention collective en dehors du territoire français constitue une protection pour le salarié détaché qui ne perd pas le bénéfice des avantages prévus par cette convention en raison de son détachement.

B. L'application exceptionnelle de la convention collective applicable dans l'entreprise utilisatrice.

595. Bien qu'ils conservent le bénéfice des dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise d'origine, les salariés mis à disposition se prévalent de certains droits prévus par les normes conventionnelles applicables dans l'entreprise utilisatrice (société filiale). Certaines normes conventionnelles en vigueur dans l'entreprise utilisatrice s'appliquent de droit aux salariés mis à disposition, telles que les dispositions relatives à la durée du travail,

¹¹¹⁷ G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1993, p.17.

¹¹¹⁸ G. Couturier, « La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, 1991, p. 849.

au travail de nuit, au repos hebdomadaire, aux jours fériés, à l'hygiène et la sécurité, au travail des femmes, etc.

Ces normes conventionnelles garantissent aux salariés une protection plus avantageuse que celle qui est prévue par les textes légaux et réglementaires, et ciblent sans discrimination tous les salariés qui travaillent dans l'entreprise, y compris les salariés mis à disposition¹¹¹⁹. En revanche, en dehors des thèmes qui concernent la santé et la sécurité, nous pensons que les dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise utilisatrice ne s'appliquent qu'aux salariés de cette dernière. À titre d'illustration, les normes conventionnelles traitant des questions relatives à l'assurance-chômage ou à la retraite complémentaire ne visent que les salariés de l'entreprise utilisatrice. Les salariés mis à disposition restent attachés à leur entreprise d'origine.

IV. La participation des salariés mis à disposition aux conflits collectifs de travail : le droit de grève.

596. La grève fait partie des formes d'action collective permettant aux salariés de défendre leurs intérêts. Considérée par le droit français comme une liberté individuelle que tout travailleur peut exercer¹¹²⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation l'avait définie comme « une cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction. »¹¹²¹ Les considérations qui justifient le recours au droit de grève, comme le précise la haute juridiction dans cet arrêt, doivent être des considérations professionnelles visant la modification – ou l'amélioration – des conditions de travail et non des considérations politiques¹¹²².

597. Concernant les salariés mis par leur entreprise d'origine (société mère) à la disposition d'une entreprise utilisatrice (société filiale), leur détachement ne doit pas remettre en cause l'exercice de leur droit de grève pour défendre leurs intérêts. Cependant, on se demande si ces

¹¹¹⁹ G. Saincaize, *op. cit.*, p. 432.

¹¹²⁰ Les travailleurs ont le droit d'exercer le droit de grève en dehors du cadre syndical. La chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé que le droit de grève n'appartenait pas aux syndicats (Cass. soc., 9 novembre 1982, *Dr. soc.*, 1983, p. 175, note Savatier). À l'inverse, le droit de certains pays comme le droit allemand considère la grève comme un droit collectif que seuls les syndicats peuvent exercer (art. 9 al. 3 de la Loi fondamentale allemande). C.-A. Colliard, R. Letteron, *Libertés publiques*, Dalloz, 2005, p. 545.

¹¹²¹ Cass. soc., 17 janvier 1968, *Bull. civ.*, V, n° 35, 1^{er} arrêt.

¹¹²² C.-A. Colliard, R. Letteron, *op. cit.*, p. 545.

salariés exercent ce droit au sein de la communauté de travail de l'entreprise d'origine ou au sein de celle de l'entreprise utilisatrice, voire s'ils peuvent l'exercer au sein des deux communautés de travail ?

Les dispositions issues de la loi du 28 juillet 2011 et de la loi du 20 août 2008 n'ont pas donné de réponses précises concernant l'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition peuvent exercer le droit de grève. Néanmoins, la référence aux analyses précédentes, portant sur l'identification de la communauté de travail des salariés mis à disposition, offre à ces salariés la possibilité d'exercer ce droit à la fois au sein de la communauté de travail de leur entreprise d'origine (A) et au sein de la communauté de leur entreprise utilisatrice (B).

A. La possibilité d'exercer le droit de grève avec la communauté de travail de l'entreprise d'origine.

598. Concernant la possibilité pour les salariés mis à disposition de participer aux mouvements collectifs déclenchés par la communauté de travail de l'entreprise d'origine (société mère), il nous semble que les salariés mis à disposition peuvent participer à un mouvement collectif déclenché par cette communauté pour revendiquer des droits et intérêts sociaux, tant que les contrats de travail qui les lient avec cette entreprise ne prennent pas fin.

Ces salariés continuent, suivant l'article L.8241-2 du Code du travail, d'appartenir à la communauté de travail de leur entreprise d'origine durant la période de leur mise à disposition et conservent de ce fait le droit de participer aux mouvements collectifs décidés par cette communauté. Cette participation les conduit à arrêter le travail effectué au profit de l'entreprise utilisatrice pendant la durée de la grève déclenchée par le personnel de l'entreprise d'origine.

La doctrine considère que les salariés mis à disposition ont le droit de participer avec le personnel de leur entreprise d'origine aux seuls mouvements qui revendiquent des droits qui les concernent¹¹²³. À titre d'exemple, ils peuvent participer à un mouvement portant sur l'amélioration des conditions de sécurité dans les locaux professionnels ou la contestation de

¹¹²³ G. Saincaize, *op. cit.*, p.379.

la suppression d'un avantage social, etc. Ces revendications concernent tous les salariés de l'entreprise, y compris les salariés mis à disposition¹¹²⁴.

599. En revanche on se demande si les salariés mis à disposition peuvent s'associer à un mouvement collectif déclenché pour appuyer des revendications servant les intérêts d'autres salariés. En se fondant sur la notion de *grève de solidarité interne*, acceptée par la jurisprudence, la doctrine considère que ces salariés peuvent s'associer à un tel mouvement, même si les revendications exprimées ne les concernent pas¹¹²⁵. À titre d'exemple, ils peuvent participer avec le personnel de leur entreprise d'origine à une grève pour obliger l'employeur à abandonner un projet de licenciement à l'égard de certains salariés¹¹²⁶.

Certes, la décision des salariés de cesser le travail pendant la durée de la grève engendre des préjudices à l'entreprise utilisatrice (société filiale), ce qui nous amène à nous interroger sur les conséquences pouvant résulter de cette cessation, et notamment la réaction de cette entreprise à l'égard de ces salariés. L'entreprise utilisatrice ne peut pas licencier ces salariés car elle ne possède pas la qualité d'employeur à leur égard. L'entreprise d'origine en sa qualité d'employeur de ces salariés a seule le droit de les licencier.

600. Néanmoins, il nous semble que l'entreprise utilisatrice qui voit que son fonctionnement est perturbé en raison d'une grève qui lui est étrangère, peut recourir à certaines solutions pour défendre ses intérêts. Elle peut, par exemple, demander la cessation de la mise à disposition des salariés en cause, ou ne pas prendre en compte les jours non travaillés lorsqu'elle paye les salaires et les charges sociales de ces salariés.

B. La possibilité pour les salariés mis à disposition d'exercer le droit de grève avec la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

601. La présence de salariés mis à disposition au sein de l'entreprise utilisatrice (société filiale) permet à ces derniers de participer aux mouvements collectifs déclenchés par la communauté de travail de cette entreprise. Même s'ils ne sont pas liés par des contrats de

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *Ibid.*

travail avec l'entreprise utilisatrice, ces salariés ont le droit de s'associer aux revendications professionnelles réclamées par la communauté de travail de cette entreprise, à partir du moment où leur intégration au sein de cette communauté est établie.

La question précédemment posée concernant le type de mouvements collectifs auxquels les salariés mis à disposition peuvent participer au sein de la communauté de travail de leur entreprise d'origine se pose également à propos de leur participation au sein de la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice : ces salariés ont-ils le droit de participer à toutes les grèves déclenchées par le personnel de l'entreprise utilisatrice ou uniquement aux grèves qui concernent leurs droits ?

Pour répondre à cette question, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 17 décembre 2003¹¹²⁷, et contrairement au raisonnement de la cour d'appel¹¹²⁸, a qualifié de licite l'arrêt de travail du salarié détaché au sein de la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice (Papin Île-de-France), lorsqu'elle a constaté que les revendications soutenues par les grévistes portaient sur des réclamations professionnelles concernant la situation de tous les salariés, y compris le salarié intéressé. La haute juridiction a estimé que les revendications des salariés de l'entreprise utilisatrice portant sur « la réception des délégués du personnel par l'employeur » et « les conditions de travail », intéressaient la situation du salarié détaché.

602. Le raisonnement adopté par la Cour de cassation dans cet arrêt mérite d'être soutenu. En effet, nous estimons que c'est l'existence d'un rapport, ou non, entre la grève déclenchée au sein de l'entreprise utilisatrice et les intérêts des salarié mis à la disposition de celle-ci qui peut déterminer si la participation de ces salariés dans cette grève est licite ou illicite. Si les revendications soutenues à l'occasion de la grève intéressent les droits des salariés mis à disposition, telle que l'amélioration des conditions de travail, nous pensons que la licéité de la participation de ces salariés à cette grève ne peut être contestée. Dans ce cas, tout

¹¹²⁷ Cass. soc., 17 décembre 2003, *Dr. soc.*, 2004, p. 327, observation C. Radé. Un salarié mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice (Papin Île-de-France) a été licencié pour faute grave par son entreprise d'origine (Freeland) en raison de sa participation à une grève au sein de la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

¹¹²⁸ La cour d'appel a jugé illicite l'arrêt de travail du salarié et elle a validé par conséquent son licenciement pour faute grave, en considérant que les revendications professionnelles émises par les salariés de la société utilisatrice (Papin Île-de-France) ne concernaient pas directement le salarié en cause. Pour argumenter ce jugement, la cour d'appel a précisé que les revendications professionnelles « n'étaient pas issues d'un mouvement national ni ne portaient sur des revendications générales que le salarié aurait prises à son compte comme le concernant en tant que salarié de la société Freeland. »

licenciement consécutif à une telle grève serait abusif. En revanche, cette licéité serait remise en question dans tous les cas où les salariés mis disposition arrêtent le travail en l'absence de toute revendication profession elle intéressant leurs intérêts.

Conclusion du Titre II.

603. Le régime juridique, légal et jurisprudentiel, applicable à la mise à disposition des salariés à l'intérieur du groupe de sociétés, veille à protéger les droits de ceux-ci dans toutes les étapes liées à ces opérations. Avant toute mise à disposition, la nullité de la clause de mobilité intra-groupe confirme cette conception protectrice, puisque la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation précise, comme nous l'avons vu, qu'anticiper l'accord des salariés au moyen d'une clause de mobilité ne peut légitimer leur mise à disposition dans le reste du groupe. Une telle légitimité n'est possible que si les salariés intéressés donnent leur accord, formalisé par une convention au moment de leur mise à disposition.

Cette position de la jurisprudence, que nous soutenons, protège indiscutablement les salariés dans la mesure où elle empêche que leur force de leur travail soit exploitée au moyen d'une clause contractuelle par toutes les sociétés du groupe. En effet, la solution adoptée par la jurisprudence permet de déjouer les manœuvres des décideurs des groupes de sociétés qui recourent aux clauses de mobilité pour faire de certains salariés – essentiellement des cadres – des salariés de toutes les sociétés du groupe.

Cette conception protectrice se manifeste également, comme nous l'avons constaté, au cours la mise à disposition et à l'issue de celle-ci. Pendant cette durée, les règles prévues par l'article L.8242-2 du Code du travail – règles de droit commun applicables à tous les prêts de main-d'œuvre –, mettent à la charge des entreprises concernées (l'entreprise d'origine, ou *prêteuse*, et l'entreprise utilisatrice, ou *d'accueil*) l'obligation de protéger les droits des salariés intéressés, droits liés essentiellement à la santé, à la sécurité, à la rémunération, etc.

604. À l'issue de la mise à disposition, l'entreprise d'origine (la société mère), en vertu des dispositions de l'article précité, est obligée de réintégrer le salarié en son sein, en tenant compte de l'ancienneté qu'il a acquise au sein de l'entreprise utilisatrice (une société filiale). Nous considérons comme juste cette conception protectrice qui engage l'entreprise d'origine car c'est elle qui a pris la décision de mettre le salarié à la disposition d'une autre entreprise utilisatrice et c'est donc elle qui doit assurer la protection de ses droits, individuels et collectifs, en conformité avec son statut de salarié.

Rappelons qu'au niveau international, l'entreprise d'origine (société mère française) est tenue depuis longtemps, par l'article L.1231-5 du Code du travail, de rapatrier et de procurer un emploi au salarié qu'elle a mis à la disposition d'une filiale étrangère et qui a été licencié par cette dernière.

605. Toutefois, cette conception protectrice présente toujours des lacunes. Au niveau national, en matière d'accident du travail par exemple, il faut regretter l'absence d'un régime juridique applicable aux accidents du travail survenus à l'intérieur des groupes de sociétés. À cet égard, nous considérons que le législateur devrait intervenir afin de préciser clairement quelle est l'entreprise qui doit assumer la réparation du dommage causé au salarié, ou quelle est la part qui revient à chaque entreprise à l'égard de cette réparation.

Au niveau international, cependant, si l'article L.1231-5 du Code du travail contribue à la protection de l'emploi des salariés licenciés par les filiales étrangères, en obligeant les sociétés mères de ces salariés à les rapatrier et à les réintégrer en son sein, sa mise en œuvre paraît incertaine. En effet, l'application immédiate et directe de cet article n'est pas garantie tant que les juges français permettent de l'écarter et d'appliquer à sa place une loi étrangère déterminée par une règle de conflit. C'est-à-dire que les juges admettent que les parties puissent choisir librement, en vertu de l'article 3§1 de la Convention de Rome, la loi qui régit leurs relations de travail. Dès lors, nous estimons qu'une articulation entre l'article L.1231-5 du Code du travail et l'article 3§1 de la Convention de Rome devrait être précisée.

Conclusion de la deuxième Partie.

606. Après avoir ignoré la question de la protection des droits des salariés à l'intérieur du groupe de sociétés, le droit du travail veille aujourd'hui, à la lumière des lois et des solutions jurisprudentielles conçues dans les dernières années, à ce que lesdits droits soient désormais protégés au niveau du groupe. Vérifier le caractère effectif du motif économique invoqué à l'appui d'un licenciement dans le secteur d'activité du groupe et obliger la société employeur à chercher à reclasser à l'intérieur de celui-ci le salarié faisant l'objet d'un licenciement sont les deux points remarquables de la nouvelle orientation du droit du travail.

Cette nouvelle orientation, qui considère le groupe comme un cadre de protection de l'emploi, prend en compte les relations économiques et financières qu'entretiennent les entités composant le groupe et neutralise les effets du principe de l'autonomie juridique de la personne morale, comme celui de la relativité des contrats ; ces deux principes, comme nous l'avons remarqué, constituaient anciennement des obstacles à la protection de l'emploi des salariés au niveau du groupe de sociétés.

607. Néanmoins, nous estimons que cette orientation mérite d'être soutenue car elle considère les autres entreprises du groupe comme responsables, à côté de l'entreprise employeur, de la protection de l'emploi des salariés dont le licenciement est décidé. Ces entreprises, notamment l'entreprise dominante, sont liées par des rapports économiques, qui sont parfois des rapports de subordination, avec l'entreprise employeur. Prendre en compte, de fait, leur part de responsabilité envers la sauvegarde de l'emploi nous semble une chose logique. Quoiqu'elles n'aient pas qualité d'employeur, ces entreprises doivent, au moins, participer à la sauvegarde de l'emploi des salariés menacés par un licenciement.

Cela dit, cette façon de voir ne considère pas pour autant le groupe de sociétés comme une seule et unique entreprise, mais uniquement comme un cadre où s'apprécient et s'exercent certains droits, à l'instar de l'examen du caractère réel du motif économique, au niveau du secteur d'activité du groupe, et le fait d'élargir les recherches de reclassement au niveau de cette structure économique. Les entreprises composant le groupe conservent leur autonomie juridique et leur indépendance sociale les unes par rapport aux autres, et en cas de litige, les salariés intéressés ne peuvent faire valoir leurs droits qu'à l'encontre de la société

avec laquelle ils sont liés par un contrat de travail. Les autres sociétés du groupe gardent leur statut de tiers vis-à-vis des salariés.

À titre d'exemple, l'appréciation des conditions d'effectifs et le nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un PSE, uniquement au niveau de l'entreprise employeur, démontre l'autonomie de cette dernière par rapport aux autres sociétés du groupe auquel elle est rattachée¹¹²⁹. C'est ainsi que l'arrêt du 23 septembre 2009, précédemment analysé, dénie l'assimilation du groupe de sociétés à une seule entreprise puisqu'il affirme l'illicéité de la clause de mobilité à l'intérieur du groupe de sociétés.

¹¹²⁹ La Cour de cassation a affirmé une solution de principe exprimée dans plusieurs arrêts, selon laquelle les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient uniquement au niveau de l'entreprise employeur, sans considérer que celle-ci fait partie d'un groupe. Un arrêt rendu le 28 janvier 2009, illustre cette tendance, suivant lequel la Cour de cassation a affirmé que : « L'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan. » Cass. soc., 28 janvier 2009, *Dr. ouv.*, 2009, p. 313. Cependant, par exception, la cour précise « qu'il en va autrement, dans le cadre d'une unité économique et sociale ; la décision de licencier a été prise au niveau de cette UES. » La haute juridiction confirme ainsi le jugement de la cour d'appel, en estimant que : « la cour d'appel qui a constaté que les projets de licenciements économiques soumis au comité d'entreprise de l'UES, avaient été décidés au niveau de la direction commune aux sociétés composant l'unité économique et sociale, en a exactement déduit que les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi devaient être vérifiées dans l'ensemble de l'UES. » Cass. soc., 16 novembre 2010, cité par G. Azuero, « Les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale », *Lexbase Hebdo*, éd. sociale, n° 421 du jeudi 16 décembre 2010, p. 2.

Conclusion générale.

608. La conception actuelle du droit du travail tente de s'adapter à la nouvelle réalité économique que représente le groupe, afin de ne pas laisser de vide juridique autour de cette notion¹¹³⁰ ; les sociétés qui composent un groupe ne voyant pas leur autonomie remise en cause, ne sont donc pas perçues par le droit du travail comme formant une seule et même entreprise.

C'est le résultat principal auquel aboutit notre étude, après avoir analysé la façon dont le droit du travail traite du groupe de sociétés. Ce traitement s'aligne sur celui adopté par les autres branches du droit (droit de la concurrence, droit des procédures collectives, etc.), et confirme la position de principe adoptée par le droit, suivant laquelle les sociétés membres d'un groupe demeurent des personnes juridiques indépendantes les unes des autres.

609. La notion d'employeur, au niveau du groupe de sociétés, illustre parfaitement cette conception. Comme nous l'avons relevé dans notre étude, la qualité d'employeur est en principe attribuée exclusivement à la société qui est liée aux salariés par des contrats individuels de travail ; les autres sociétés du groupe auquel appartient cette société restent des parties tierces à l'égard des salariés en question. Exceptionnellement, une société du groupe, souvent la société mère, peut être qualifiée de coemployeur des salariés d'une autre société du même groupe, souvent une société filiale, lorsque la première s'immisce d'une manière anormale dans la gestion économique et sociale de la deuxième, à tel point que cette dernière n'est plus autonome.

Le droit du travail collectif reconnaît l'autonomie des sociétés membres du groupe les unes par rapport aux autres, puisque chaque société du groupe conserve, comme nous l'avons évoqué, son indépendance en matière de représentation collective, comme en matière de négociation collective.

¹¹³⁰ C. Schmitthoff, « Introduction », in *Groups of Companies*, London Sweet, Maxwell, Centre for Commercial Law Studies, 1991.

610. Le groupe de sociétés, selon cette conception, constitue uniquement un niveau où s'exercent certains droits collectifs et un cadre de protection de l'emploi des salariés menacés par des licenciements. S'agissant de l'exercice des droits collectifs, le législateur permet aux salariés des sociétés membres du groupe d'instaurer une instance collective représentative du personnel (le comité de groupe) et d'élaborer des normes sociales spécifiques en vue d'améliorer les droits des salariés et d'unifier les conditions de travail à l'intérieur du groupe. Quant à la protection de l'emploi, le groupe constitue un périmètre de reclassement des salariés exposés aux licenciements pour motif économique ou en raison d'une inaptitude physique : la société employeur est tenue, avant de licencier un salarié, de chercher à le reclasser en son sein ou à l'intérieur du groupe auquel elle est rattachée.

611. Au plan de la méthode, le groupe de sociétés est considéré en tant que fait social¹¹³¹, à partir de solutions fonctionnelles dégagées essentiellement par la jurisprudence : notions de coemployeur, de secteur d'activité, etc. En effet, il n'existe pas un système cohérent, c'est-à-dire un ensemble coordonné de règles¹¹³² élaborées pour appréhender de manière structurelle les difficultés posées par le groupe de sociétés. Ce constat confirme l'analyse de Charly Hannoun¹¹³³, présentée dans l'introduction, qui observe que la réglementation du groupe de sociétés, et le droit contemporain en général, se fondent sur des notions fonctionnelles pour résoudre les difficultés qui se présentent.

612. Si l'on veut évaluer cette conception, qui écarte l'assimilation du groupe à une seule entreprise et le considère uniquement comme le stade où s'exercent certains droits collectifs et comme cadre de protection de l'emploi, on peut dire qu'elle rassure plus les sociétés dominantes du groupe qu'elle ne garantit de véritables droits aux salariés. Comme l'observe Elsa Peskine¹¹³⁴, cette conception redessine les périmètres d'exercice de certains droits, sans changer le modèle d'imputation des obligations.

En définitive, cette conception sert essentiellement les intérêts des sociétés dominantes des groupes ; la recours à la notion de coemploi représente seulement une solution exceptionnelle, dont la mise en œuvre suppose la perte totale d'autonomie de la société

¹¹³¹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 338.

¹¹³² P. Deumier, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 2013, p. 113.

¹¹³³ C. Hannoun, *op. cit.*, p. 7.

¹¹³⁴ E. Peskine, « La responsabilisation des sociétés mères », *Dr. ouv.*, 2013, n° 776, p. 158.

employeur au profit d'une autre société du groupe (souvent la société mère). Dans ce cas, le comité de groupe reste un simple organe d'information, sans influence réelle sur la défense des droits des salariés ; l'obligation de reclassement pèse uniquement sur la société employeur et n'incombe pas aux autres sociétés du groupe ; l'autorisation de créer des normes sociales au niveau du groupe sert davantage les intérêts de la société mère que ceux des salariés, dans la mesure où elles permettent d'unifier les conditions de travail à l'intérieur du groupe, etc.

613. Dans l'avenir, nous pensons qu'il sera difficile, pour le droit du travail d'assimiler les sociétés mères et leurs filiales en une seule entreprise et de les considérer, de ce fait, comme solidairement responsables – *in solidum* –, à l'égard des obligations imposées par le droit social. La conception restrictive du coemploi, qui se confirme dans les derniers arrêts de la Cour de cassation¹¹³⁵, traduit ce constat. Les sociétés mères demeureront, dans les mois et même dans les années à venir, des personnes juridiques autonomes et donc des employeurs distincts de leurs filiales. Cette optique s'attachant au principe de l'indépendance des sociétés mères à l'égard de leurs filiales se justifie, nous semble-t-il, par le contexte actuel de crise économique et de concurrence mondiale.

Néanmoins, face à la difficulté qui résulte du fait de considérer une société mère comme coemployeur des salariés d'une de ses filiales – solution idéale pour protéger les salariés –, il convient au minimum de rendre les sociétés mères, en leur qualité de centre de décision du groupe, responsables en matière de protection de l'emploi et plus particulièrement en matière de reclassement. Les sociétés mères doivent réellement et sérieusement rechercher un emploi aux salariés de leurs filiales lorsqu'ils sont exposés à des licenciements essentiellement pour motif économique.

Cela supposerait de substituer, à la position actuelle du droit qui considère les sociétés mères comme des parties *tierces* à l'obligation de reclassement (l'affaire *Flodo* en est une bonne illustration¹¹³⁶), une conception nouvelle qui considérerait ces sociétés comme *codébitrices*, face à ladite obligation, au même titre que l'employeur contractuel des salariés.

¹¹³⁵ Cass. soc., 5 février 2014, n° 12-29703. À travers cet arrêt, les juges de cassation ont exigé, pour caractériser une situation de coemploi, non seulement l'établissement d'une immixtion anormale de la société mère dans la gestion de la filiale, mais également la démonstration que la première a participé aux procédures qui ont conduit à la cessation d'activité de la seconde.

¹¹³⁶ Cass. soc., 13 janvier 2010, n° 08-15776. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que l'obligation de reclassement et l'élaboration du PSE ne pèsent que sur la société employeur des salariés.

Une telle évolution, susceptible de remplacer la technique du coemploi dont la mise en œuvre reste, comme nous l'avons souligné, difficile, nous semble se justifier, dans la mesure où les sociétés mères exercent un contrôle économique et social sur leurs filiales, tirent profit de leur existence et provoquent leur liquidation lorsqu'elles sont peu rentables.

En relation avec ce point, nous estimons que le rôle du comité de groupe devrait être renforcé. Cette instance ne devrait pas rester, comme elle l'est aujourd'hui, un simple organe de diffusion d'informations économiques aux comités d'entreprise installés au sein des différentes sociétés qui composent le groupe, mais devrait être dotée de tous les pouvoirs lui permettant de défendre les droits des salariés du groupe lorsque ceux-ci sont menacés de licenciement. Le comité de groupe se chargerait de toutes les actions utiles tendant au reclassement des salariés intéressés. À titre d'exemple, en concertation avec les dirigeants de la société mère, le comité de groupe pourrait fournir aux salariés intéressés des informations utiles sur les postes vacants dans les entités composant le groupe.

Bibliographie

I. Ouvrages:

Despax (M.), *L'entreprise et le Droit*, L.G.D.J, 1957.

Champaud (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

El Hassani (M.), *Les groupes de sociétés au Maroc*, Tome I, Paris, L.G.D.J et Casablanca, éd Toubkal, 1988.

Colliard (C.-A.) et Letteron (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, 2005.

Robé (J.-P.), *L'entreprise et le droit*, Puf, 1999.

Guyon (Y.), *Droit des affaires*, Tome I, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 2003.

Bezard (P.) ; Dabin (L.) ; Echard (J.-F.) ; Jadaud (B.) ; Sayag (A.), *Les groups de sociétés, une politique législative*, Libraires Techniques, 1975.

Vogel (L.), *Droit de la concurrence européen et français*, LawLex, 2012.

Nicolas-Vullierme (L.), *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2011.

Terré (F.) et Fenouillet (D.), *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, 2012.

Bienvenu (A.), *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, LexisNexis.

Boutard (M.-C.) ; Canivet (G.) ; Claudel (E.) ; Michel-Amsellem (V.) ; Vialens (J.), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J, 2008.

Jacquemont (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 2011.

Fumenier (P.), *Le régime fiscal des groupes de sociétés*, EFE 2010.

Serlooten (P.), *Droit fiscal des affaires*, Dalloz 2013.

Gutmann (D.), *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien 2012.

Pontier (L.-N.), *Les groupes de sociétés*, ellipses 1998.

Merle (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz 2012.

Cozian (M.) ; Viandier (A.) ; Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 2012.

Peskine (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, L.G.D.J, 2008.

Catala (N.), *L'entreprise*, Dalloz 1980.

Desbarats (I.), *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, L.G.D.J 1996.

Vacarie (I.), *L'employeur*, Sirey, 1979.

BENNANI (S.), *Droit du travail au Maroc à la lumière du Code du travail : les relations individuelles de travail*, (ouvrage en arabe), Najah el Jadida , 2007.

Aubert (J.-L.), *Introduction au droit*, Armand Colin, 1984.

Dondero (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, 2006.

Laure-Rassat (M.), *Droit pénal général*, ellipses, 2006.

Supiot (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1994.

Sobczak (A.), *Réseaux de sociétés et code de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, L.G.D.J, 2002.

Merle (P.), *Droit commerciale, Sociétés commerciales*, Dalloz, 2010.

Cozian (M.) ; Viandier (A.) ; Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, Litec 2000.

Couturier (G.), *Droit du travail : les relations individuelles de travail*, PUF, 1996.

Camerlynck (G.-H.), *Traité de droit du travail*, Tome I, *Contrat de travail*, Dalloz, 1968.

Supiot (A.), *Le droit du travail*, PUF, 2004.

Mazeaud (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 2010.

Catala (N.), *L'entreprise*, Dalloz, 1980.

Lokiec (P.), *Droit du travail*, tome I, *les relations individuelles de travail*, PUF, 2011.

Aubert (J.-L.) et Collard-Dutilleul (F.), *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, 2010.

Malaurie (P.), L. Aynès (L.), Stoffel-Munick (P.), *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 2003.

Bénabent (A.), *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 2010.

Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2010.

Fages (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.G., 2011.

Favennec-Héry (F.) et Verkindt (P.-Y), *Droit du travail*, L.G.D.J., 2009.

Hennion (S.), Le Barbier-Le Bris (M.), Del Sol (M.), *Droit social européen et international*, PUF, 2010.

Héas (F.), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, L.G.D.J., 2000.

Pélissier (J.), Auzero (G.), Dockès (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 2012.

Hannoun (C.), *Le Droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J, 1991.

Jeantion (M.) et Le Cannu (P.) *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Dalloz, 2007.

Robé (J.-P), *L'entreprise et le droit*, PUF, 1999..

Despax (M.), *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1957.

Henri-Robert (J.), *Droit pénal général*, PUF, 2005.

Cœuret (A.), Gauriau (B.), Miné (M.), *Droit du travail*, Dalloz, 2006.

Jacquemont (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2011.

Saint-Alary-Houin (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2011.

Desbarats (I.), *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1996.

Cohen (M.), *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 2009.

Teyssié (B.), *Droit du travail, relations collectives*, Lexis Nexis, 2012.

La réforme de l'entreprise, rapport du comité présidé par Pierre Sudreau, Documentation française, 1975.

Lokiec (P.), *Droit du travail*, tome II, *Les relations collectives de travail*, Puf, 2011.

Héry (F.-F.) et Verkindt (P.-Y), *Droit du travail*, LGDJ, 2009.

Pélissier (J.), Auzero (G.), Dockès (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 2013.

Morin (M.-L.), *Le droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J, 1994.

Bélier (G.) et Legrand (H.-J.), *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, Liaisons, 2009.

Saincaize (G.), *Les mises à disposition de salariés*, PUAM, 2009.

Coëuret (A.) et Fortis (E.), *Droit pénal du travail*, Lexis Nexis, 2012.

Mayaud (Y.), *Droit pénal général*, PUF, 2004.

Gaudu (F.) et Vatinet (R.), *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., 2001.

Leroy (J.), *Droit pénal général*, L.G.D.J., 2010.

Coëuret (A.), Gauriau (B.), Miné (M.), *Droit du travail*, Dalloz, 2006.

Chauchard (J.-P.), *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 2010.

Muños (J.), *L'accident de travail : de la prise en charge au processus de reconnaissance*, Presses Universitaires de Rennes, 2002.

BÜHL (M.) et **Castelletta (A.)**, *Accident de travail et maladie professionnelle*, Delmas, 2004.

Dupeyroux (J.-J.), **Borgetto (M.)**, **Lafore (R.)**, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2008.

Lyon-Caen (G.) et **Lyon-Caen (A.)**, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1991.

Courbe (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 2003.

Gutmann (D.), *Droit international privé*, Dalloz, 2009.

Coursier (P.), *Le conflit de lois en matière de contrat de travail* », L.G.D.J., 1993.

Colliard (C.-A.) et **Letteron (R.)**, *Libertés publiques*, Dalloz, 2005.

Malaurie (P.), **Aynès (L.)**, **Stoffel-Munck (P.)**, *Les obligations*, Defrénois, 2011.

Pétel (P.), *Procédures collectives*, Dalloz, 2009.

Saint-Alary-Houin (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2009.

Morvan (P.), *Restructurations en droit social*, Litec, 2010.

II. Thèses et mémoires

Bode (M.), *Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Thèse soutenue le 17 juin 2009, à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Pleger (U.), *Les groupes de sociétés en droit comparé franco-allemand : les aspects du droit matériel et du droit international privé et les propositions d'un droit européen de groupe de sociétés*, Mémoire soutenue en septembre 2001, à l'Université Paris II.

El Fadel Raad (N.), *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, thèse soutenue le 4 juillet 1990, Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris (Paris II).

Demeyere (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat soutenue le 14 décembre 2005 à l'université Paris X Nanterre.

Petit (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, thèse, Paris I, soutenue en 1997.

Guillouet (D.), *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, thèse soutenue le 2 juillet 1999, Université Panthéon-Assas (Paris II).

Delaporte (C.-P.), *La mobilité du salarié dans le groupe de dimension communautaire : aspects juridiques*. Thèse soutenue le 29 octobre 1993 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Debeve (F.), *L'obligation de reclassement et ses conséquences dans le cadre d'une inaptitude médicale*, Mémoire pour l'obtention du Master 2 professionnel Droit de la santé en milieu de travail, année universitaire 2005-2006, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille II.

D'oire-Laupretre (C.), *La notion de groupe de sociétés en droit français*, thèse soutenue en 1988 à l'Université Lyon III.

III. Contributions dans des ouvrages collectifs

Jarrosson (Ch.), « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, L.G.D.J, 1994, p. 53.

Verkindt (P.-Yves.), « L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés », in Teyssié (B.) (dir), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Panthéon-Assas, 1999, p.48.

Savatier (J.), « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 531.

Urban (Q.), « Intérêts des salariés et procédures collectives dans des entreprises à structures complexes », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Dalloz, 2007, p. 67.

Chalaron (Y.), « À propos de l'établissement », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2001, p. 153.

Pailusseau (J.), « La filiale commune et les groupes de sociétés », in *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, Librairie Technique 1975, p. 30.

Couturier (G.), « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », in *Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés*, PUAM 1993, p. 49.

Vachet (G.), « La négociation collective dans les groupes de sociétés », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Panthéon-Assas, 1999, p. 106.

Gaudu (F.), « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 366.

Morvan (P.), « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004, de la théorie des flaques d'eau », p. 40, in *Le nouveau droit de la négociation collective (la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, Panthéon-Assas 2004.

Chalaron (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, 1989, p. 243.

Moreau (M.-A.), « Le salarié déstabilisé », in *Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés*, PUAM, 1993, p. 15.

Degremont (A.), « Le contexte économique des restructurations en Europe : la restructuration permanente », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg 2004, p. 9.

Couturier (G.), « L’extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 84.

Chagny (Y.), « Aperçu général de la place des salariés dans les procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l’entreprise*, Dalloz, 2007, p. 5.

Vernac (S.), « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », in *La représentation et la défense des intérêts des salariés dans les procédures collectives*, Centre de droit de l’entreprise de l’université Robert-Schuman de Strasbourg, Dalloz, 2007, p. 131.

Schmitthoff (C.), “Introduction”, in *Groups of Companies*, London Sweet, Maxwell, Centre for Commercial Law Studies, 1991.

IV. Articles et Chroniques:

Champaud (C.), « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD.com*, 1967, p. 1005

Oppetit (B.) et Sayag (A.), « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev.soc.*, 1973, p. 577.

Pailusseau (J.), « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D., Chro*, 2003, p. 2347.

Kdhir (M.), « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D., Chro*, 1994, p. 31.

Hopt (K.-J.), « Le droit des groups de sociétés : expériences allemandes, perspectives européennes », *Rev.soc.*, 1987, p. 375.

Chaput (F.), « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Dr.sociétés*, janvier 2010, p. 11.

Pironon (V.), « Actualité de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 2011, n° 199, p. 4.

Tissandier (H.), « L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *JSL*, 2009, n° 262, p.4

Feuillet (P.), « La consolidation des comptes (la loi n° 85-11 du 3 janvier 1985) », *Rev. soc.*, 1985, p. 599.

Lombart (P.), « Le groupe d'entreprises à la recherche d'une personnalité », *RJEP*, 2009, n° 666, p. 2.

Rodière (P.), « Négociation collective : la branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi Fillon sur le dialogue social », *SSL*, 2003, n° 1148, p.4.

Souriac (M.-A.), « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr.soc.*, 2004, p. 550.

Savatier (J.), « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr.soc.*, 2002, p. 715.

Lyon-Caen (A.) et De Maillard (J.), « La mise à disposition de personnel », *Dr. soc.*, 1981, p. 333.

Teysié (B.), « L'interlocuteur des salariés », *Dr. soc.*, 1982, p. 42.

Pétel (P.), « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP, E*, 2007, n° 13, p. 33.

Radé (C.), « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 804.

Le Gac-Pech (S.), « La figure contractuelle en droit du travail », *D.*, 2005, chronique, p. 2250.

Bancarel (M.), « La lutte contre le travail clandestin et la généralisation de la déclaration préalable à l'embauche », *Dr. soc.*, 1994, p. 534.

Lyon-Caen (G.), « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD. civ.*, 1974, p. 234.

Loiseau (G.), « Les débordements du coemploi », *Cah.soc.*, Barreau Paris, 2013, n° 253, p. 208.

Cesaro (J.-F.), « Le coemploi », *RJS*, 1/13, p. 5.

Auzero (G.), « Les effets avérés et à venir du coemploi », *JCP, S*, 2013, n° 46, p. 24.

Loiseau (G.), « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP, S*, 2011, n° 47, p. 10.

D'ornano (P.-H.), « L'employeur subordonné », *JCP, S*, 2011, n° 47, p. 14.

Janin (D.), « Le coemploi : les moyens de riposte », *JCP, S*, 2013, n° 46.

Morvan (P.), « L'identification du coemployeur », *JCP, S*, 2013, n° 46, p. 17.

Peskine (E.), « La responsabilisation des sociétés mères », *Dr.ouv.*, 2013, n° 776, p. 159.

Bailly (P.), « Le coemploi : une situation exceptionnelle », *JCP, S*, 2013, n° 46, p. 29.

Savatier (J.), « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

Henry (M.), « Circulation et reclassement des salariés dans les groupes de sociétés : incidences sur les relations individuelles de travail », *Cah.soc.* Barreau Paris, 1996, n° 83, p. 263.

Koleck-Desautel (S.), « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Lexbase Hebdo*, éd. S, n° 68, jeudi 24 avril 2003.

Desjardins (B.), « La réintégration », *Dr. soc.*, 1992, p. 766.

Couturier (G.), « L'impossibilité de réintégrer : Sur l'article 77-V de la loi de programmation pour la cohésion sociale », *Dr. soc.*, 2005, p. 404.

Corrignan-Carsin (D.), « Priorité de réembauchage », *RJS*, 10/94, p. 643.

Freund (J.), « Michel Villey et le renouveau de la philosophie du droit », p.6, *Archives de philosophie du droit*, tome 37, *Droit et économie*, Sirey, 1992.

Loiseau (G.), « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP, S*, 2011, n° 47, p. 10.

Morvan (P.), « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom) entre employeur et co-employeurs », *JCP, S*, 2010, 1407, n° 11.

Antonmattei (P.-H.), « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! », *SSL*, 2011, n° 1484, p.13.

Parès (C.), « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail », *SSL* (supplément) 2011, n° 1508, p. 113.

Brun (A.), « *Le lien d'entreprise* », *JCP.*, 1962, p. 1719.

Gaudu (F.), « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.*, 1987, 414.

Savatier (J.), « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

Tissandier (H.), « L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *JSL*, 2009, n° 262, p.4.

Daigre (J.-J), « Le redressement judiciaire des groupes de sociétés », *LPA*, 19 février 1988, n° 22, p. 18.

Lyon-Caen (G.), « Observations sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés », *RCDIP*, 1974, p. 439.

Gosselin (H.), « Salariés mis à disposition d'une filiale étrangère : sur les conditions d'application de l'article L.122-14-8 du Code du travail », *RJS*, 1/09, p. 20.

Coursier (P.), « L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. soc.*, 1994, p. 20.

Vacarie (I.), « La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 1989, p. 465.

Catala (N.), « Application de l'art.L.122-14-8 du Code du travail », *CDE*, 1986/4, p. 12.

Lyon-Caen (A.), « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT*, 2007, p. 84.

Morin (M.-L.), « Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 », *RDT* 2007, p. 229.

Pagnerre (Y.) et Saincaise (G.), « L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets », *JCP, S*, 2009, n° 36, p. 17.

Morvan (P.), « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP, S*, octobre 2009, n° 444, p. 13.

Teyssié (B.), « Variations sur le groupe en droit du travail », *JCP S*, 2013, n° 7, p. 17.

Savatier (J.), « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2002, p. 715.

- Cohen (M.)**, « La personnalité civile du comité de groupe », *Dr. soc.*, 1983, p. 670.
- Verkindt (P.-Y.)**, « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 779.
- Lyon-Caen (G.)**, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p.350.
- Supiot (A.)**, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 62.
- Ray (J.-E.)**, « Restructurations et statut collectif », *Dr. soc.*, 1989, 69.
- Rotschild-Souriac (M.-A.)**, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 492.
- Freyria (C.)**, « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.*, 1988, p. 48.
- Antonmattéi (P.-H.)**, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 601.
- Antonmattei (P.-H.)**, « L'accord de groupe », *Dr. soc.*, 2008, p. 57.
- Teyssié (B.)**, « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 648.
- Cesaro (J.-F.)**, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p.782.
- Petit (F.)**, « L'ordre public dérogatoire », *RJS*, 5/07, p. 391.
- Mir (J.-M.)**, « L'Articulation des niveaux de négociation », *LPA*, 14 mai 2004, n° 97, p. 54.
- Rodière (P.)**, « Négociation collective : la branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi Fillon sur le dialogue social », *SSL*, 2003, n° 1148, p.4.
- Souriac (M.-A.)**, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, p. 550.
- Borenfreund (G.) et Souriac (M.-A.)**, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.*, 2003, p. 73.
- Bocquillon (F.)**, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : Les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.*, 2005, chr, p. 803.
- Tissandier (H.)**, « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *SSL*, 2004, n° 1183, p. 62.
- Camerlynck (G.-H.)**, « *le transfert du salarié* », *D.*, chro, 1966, p. 133.
- Blaise (H.)**, « À la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'œuvre », *Dr. soc.*, 1990, p. 421.

Godard (O.), « Droit pénal du travail », *JCP*, E, 1987, I, n° 43, 16770, p. 382.

Bouaziz (P.) et **Goulet (I.)**, « À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité : (Cour de cassation, ch. sociale, arrêts du 23 février 2005) », *Dr. soc.*, 2005, p. 635.

J.-E. Ray, « La mobilité du salarié, aspects individuels », *Dr. soc.*, 1989, p. 438.

Bensoussan (A.) et **Frileux (A.)**, « La mobilité géographique du salarié », *JCP*, G, 2009, n° 49, p. 52.

Loiseau (G.), « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP*, S, 2009, n° 3, p. 14.

Radé (C.), « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 804.

Chirez (A.), « Le changement volontaire de l'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », *Dr. ouv.*, janvier 2010, n° 738, p. 20.

Chatard (D.) et **Riquoi (F.)**, « Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ? », *Cahiers du DRH*, 2011, n° 180, p. 11.

Martinon (A.), « L'organisation de la mobilité dans les groupes », *JCP S*, 2013, n° 7, p. 34.

Savatier (J.), « la détermination des bénéficiaires de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 381.

Déprez (J.), « La loi applicable au contrat de travail international : jurisprudence récente », *RJS* 4/94, p. 236.

Déprez (J.), « Conflits de lois en matière de contrat de travail international », *RJS*, études et doctrine 4/98, p. 251.

Mazeaud (A.), « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 739.

Depitre (M.-S.), « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP*, 1974, p. 594.

Catala (N.), « Application de l'art. L.122-14-8 du Code du travail », *CDE*, 1986, n° 4, p. 10.

Vacarie (I.), « La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 1989, p. 465.

Lyon-Caen (A.), « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT* 2007, p. 84.

Morin (M.-L.), « Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 », *RDT* 2007, p. 229.

Pagnerre (Y.) et **Saincaise (G.)**, « L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets », *JCP*, S, 2009, n° 36, p. 17.

Dupuy (A.-M.) et Safar (P.), « Travailleurs mis à disposition : Les apports de la loi du 20 août 2008 », *JCP S*, sept 2008, n° 37, p. 18.

Vatinet (R.), « La mise à disposition de salariés », *Dr. soc.*, 2011, p. 667.

Duval (H.), « La situation des salariés mis à disposition : regards croisés du législateur et du juge », *JCP, S*, 2008, n° 40, p. 20.

Couturier (G.), « La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, 1991, p. 849.

Pélissier (J.), « La cause économique du licenciement », *RJS*, 8-9/92, p. 527.

Laborde (J.-P.), « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.*, 1992, p. 774.

Waquet (P.), « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.*, 2000, p. 168.

Chany (Y.), « Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique de la procédure de sauvegarde », *Dr. ouv.*, mai 2008, p. 239.

Koleck-Desautel (S.), « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Lexbase Hebdo, S*, n° 68 du jeudi 24 avril 2003.

Henry (M.), « La notion de motif économique », *Dr. soc.*, 1995, p. 557.

Philbert (A.), « Le droit prétorien du licenciement économique », *Dr. soc.*, 1998, p. 37.

Bailly (P.), « L'actualisation jurisprudentielle des restructurations », *SSL*, 2007, n° 1326, p.6.

Dondoux (P.), « la notion d'entreprise et le droit des licenciements pour cause économique », *Dr. soc.*, 1980, p. 322.

Urban (Q.), « Le licenciement pour motif économique et le groupe », *Dr. soc.*, 1993, p. 272.

Adom (K.), « Problématiques des nouvelles orientations sur le licenciement économique dans les groupes de sociétés », *PA*, 1995, n° 105, p. 11

Frouin (J.-Yves.), « Notion de secteur d'activité et obligation de reclassement en matière de licenciement économique », *RDT*, mai 2009, p. 307.

Grangé (J.), « une modalité de l'externalisation : la délocalisation », *LPA*, 1998, n° 147, p. 17.

Savatier (J.), « Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.*, n° 7/8, 1993, p. 646.

Voloir (A.-B.), F. Aknin, « Notion de secteur d'activité du groupe dans lequel doivent être appréciées les difficultés économiques », *J.C.P, E.*, 2009, n° 47, p.47.

Desjardins (B.), « La réintégration », *Dr. soc.*, 1992, p. 766.

Carsin (D.-C.), « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *RJS*, 1994, p. 643.

Frouin (J.-Yves.), « Inaptitude et perte d'emploi », *Dr. ouv.*, mars 2006, p. 110.

Cohen (M.), « Les nouvelles obligations de l'administration en cas de licenciement de délégués pour motif économique », *Dr. ouv.*, 1977, p. 215.

Kessous (R.), « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique », *Dr. soc.*, 1992, p. 830.

Couturier (G.), « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993 », *Dr. soc.*, mars 1993, p. 220.

Azuero (G.), « Les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale », *Lexbase Hebdo*, éd. sociale, n° 421 du jeudi 16 décembre 2010, p. 2.

Chagny (Y.), « Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique de la procédure de sauvegarde », *Dr. ouv.*, mai 2008, p. 239.

Boyer (A.), « Contenu et financement du PSE et nouvelles mesures d'accompagnement », *LPA*, 22 avril 2010, n° 80, p. 12.

Vatinet (R.), « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP, S.*, n° 15, 4 octobre 2005, p. 11.

Bailly (P.), « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.*, recueil novembre-décembre 2008, p. 3628.

Morvan (P.), « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP, S.*, octobre 2009, n° 44, p. 13.

Morvan (P.), « À propos des licenciements pour motif économique dans les groupes internationaux de sociétés », *JCP, G.*, nov. 2009, n° 49, p. 519.

Auzero (G.), « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés », *SSL*, 12 octobre 2009, n° 1416, p. 6.

Albiol (J.-M.), « Licenciement pour motif économique, reclassement des salariés : les sociétés étrangères d'un groupe y sont-elles tenues ? », *JCP, S.*, n° 42, 13 octobre 2009, p. 25.

Azuero (G.), « Les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale », *Lexbase Hebdo*, éd. sociale, n° 421 du jeudi 16 décembre 2010, p. 2.

Loiseau (G.), « L'identification des effets du coemploi », *JCP, S.*, 2013, n° 46, p. 21.

Morvan (P.), « L'identification du coemployeur », *JCP, S.*, 2013, n° 46, p. 19.

V. Arrêts cités et notes sous arrêts :

Cass.com.26 mars 2008, ADEME c/société Elf Aquitaine, *RTD com*, 2008, p. 576, note C. Champaud et D. Danet ; *Rev.soc*, 2008, n° 4, p. 812, note B. Rollard.

Cass.com.12 juin 2012, n° 11-16.109, *Dr. sociétés*, 2012, n° 10, p. 18, note R. Mortier.

Cons.con., Déc. n° 02-D-67, 7 nov. 2002.

Décision Comm. CE n° 70-332 du 30 juin 1970, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité C.E.E - actuellement 101 TFUE- (IV/24055-Kodac).

TPICE, 12 janvier 1995, n° T-102/92, Viho et sur pourvoi, CJCE, 24 octobre 1996, n° C-73/95.

Décision Cons.conc. n° 96-D-44 du 18 juin 1996.

Décision Comm. CE n° 94-610 du 13 juillet 1994.

Décision Con.con.n° 03-D-17, 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute.

Décision Cons.conc. n° 96-D-44 du 18 juin 1996.

CJCE, 10 septembre 2009, n° C-97/08.

Cass. soc., 23 janvier 1990, *Dr. soc.*, 1990, p. 326, note J. Savatier.

Cass. com., 2 avril 1996, *JCP, G*, 1997, n° 11, p. 124, note J.-P. Chazal.

Cass. com., 15 novembre 2011, *Rev.soc.*, 2012, n° 1, p. 37, en bref par S. Prévost.

Cass. com., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11619.

Cass. com., 18 octobre 1994, *RJDA*, 12/94, n° 1298.

Cass. soc., 15 novembre 1996, *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux.

CJCE.10 septembre 2009, Akavan Etityisalojen Keskusliitto AEK c/ Fujitsu Siemens Computers Oy, aff, C-44/08, *RJS*, 12/09, p. 786, note F. Kessler ; *JCP, S*, 2009, n° 44, 1493, note E. Jeansen.

Cass. soc., 30 avril 2003, *Dr. soc.*, 2003, p. 827, note B. Gauriau.

Cass. soc., 15 juin 2005, *D.*, 2005, IR, p. 1960.

Cass. soc., 15 juin 2005, *Dr. soc.*, 2005, p. 847, note G. Couturier.

Cass. soc., 15 février 2006, *JCP, G*, 2006, II, 10068, note D. Corrignan-Carsin.

Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 07-41.845, *D.*, 2008, juris, p.2149, note L. Perrin.

Cass. soc., 16 octobre 2001, *Bull. civ*, V, n° 324.

Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-43879.

Cass. soc., 8 mai 1967, *Bull. civ.*, IV, n° 373.

Cass. soc., 10 juillet 2002, *D.*, 2002, juris, p. 2491, note d'Yves Serra.

Cass.soc., 22 mai 1995, *JCP, E*, 1995, II, n° 746, note K. Adom.

Cass. soc., 13.mai 1969, *Bull. civ.*, V, n° 315.

Cass. soc., 10 avril 1975, *Bull. civ.*,V, n°188.

Cass. soc., 22 septembre 1993, n° 15710.

Cass. soc., 23 janvier 2008, *RJS* 3/08, n° 304.

TGI Lons-le-Saunier, 22 août 2012, n° 12/01079.

Cass.soc., 8 novembre 2006, n° 2525, *RJS*, 2007, n° 2.

Cass.soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278, *LPA*, 2012, n° 25, p. 5, note J.Couard ; *Bull.Joly*, janvier 2012, p. 59, note N. Moreli.

Cass.soc., 19 juin 2007, n° 05-42570, *JCP, S*, 2010, p. 15, note P. Morvan.

Cass.soc., 13 février 2013, n° 11-26866.

Cass.soc., 15 février 2012, n° 10-13897.

Cass.soc., 20 février 2013, n° 11-19305.

Cass.soc., 25 septembre 2013, n° 12-14353.

Cass.soc., 18 décembre 2013, n° 12-25686, *Lexbase Hebdo*, éd, S, janvier 2014, n° 555, note S. Tournaux.

Cass.soc., 5 février 2014, n° 12-29703.

Cass.soc., 26 juin 2008, n° 07-41294, *RJS*, 10/08, n° 955.

Cass.soc., 30 janvier 2011, n° 10-22964.

Cass.soc., 19 juin 2007, n° 05-42551, *JCP, S*, 2007, 1618, note Ph.Coursier ; *RDT*, 2007, p. 543, note F.Jault-Sezeke.

Cass. soc., 18 janvier 2011, *SSL* (supplément), 2011, n° 1504, p. 27, note P. Bailly.

Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22964, *Bull.Joly*, février 2012, n° 2, p. 168, note G. Loiseau ; *JSL*, 2012, n° 314, p. 10, note M. Hautefort.

Cass.soc.,22 juin 2011, n° 09-69021.

Cass.soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47165.

Cass.soc., 30 novembre 2011, *JSL*, 2012, n° 314, p. 10, note M. Hautefort.

Cass. soc., 28 septembre 2011, *LPA*, 2011, n° 250, p. 17, note A.-L. Zabel.

Cass. soc., 26 juin 2008, *RJS*, 10/08, n° 955.

Cass. soc., 23 septembre 2009, M.X c/ Société Renault Réagroupe, note de B. Saintournes, *LPA* 2010, n° 45, p. 9.

Cass. soc., 16 décembre 2008, *Dr. soc.*, 2009, p. 500, note J. Savatier.

Cass.soc., 10 juillet 2007, *RDT*, 2007, p. 584, note Ph. Waquet.

Cass.soc., 16 décembre 2010, n° 09-69485.

Cass.soc., 13 janvier 2010, n° 2010, n° 08-15776.

Cass. soc., 10 juillet 2007, *JCP, S*, 2007, n° 38, p. 28, note G.-B. Jouvan.

Cass. soc., 24 mars 1969, entreprise Netter c/ Maurice Martin ; Cass. soc., 13 mai 1969, société Ignis-Italie c/ Lewin, *Dr. soc.*, 1969, p. 514, obs J. Savatier.

Trib. civ. Seine, 7^e ch., 9 février 1959, Dlle Condat c/ Sté « Nuit et jour » et « La Nouvelle République de Bordeaux et du Sud-Ouest », *J.C.P.*, 1959, II, 11006, note P. Allemandou.

Cass. soc., 28 mars 1953, *D.*, 1953, p. 370.

CJCE, 14 avril 1994, C-392-92, *D.*, somm, 1994, p. 301, note I. Vacarie.

Cass. soc., ass. plén., 16 mars 1990, *D.*, 1990, p. 306, note A. Lyon-Caen.

Trib. civ. Seine, 7^e ch., 15 novembre 1957, Société d'application des Brevets Cotal c/ Monier, *JCP*, 1958, jurispr, 1420.

Cass. soc., 15 juin 1978, *Bull. civ.*, V, n° 479.

CA d'Aix-en-Provence, 9^e chambre, 31 mars 1980, Leclerc c/ SA Carrier, *D.*, 1981, juris, p. 301, note J. Mestre et M. Buy.

Cass. soc., 6 juillet 1982, *Bull. civ.*, 1982, V, n° 451, p. 334.

Cass. soc., 16 janvier 1991, *SSL*, 1991, n° 539, p. 16.

Cass. soc., 4 juin 1987, *Bull. civ.*, V, n° 359.

Cass. soc., 4 décembre 1985, *Bull. civ.*, V, n° 569.

Cass. soc., 2 avril 1992, Wagner c/SA Merrel Dow France, *Bull. civ.*, V, n° 249.

Cass. soc., 18.mai.1999, *RJS*, 10/99, n° 1311.

Cass. soc., 20.janvier .1993, *RJS* 2/93, n° 125.

Cass. soc., 4 décembre 1985, *Bull. civ.*, V, n° 569.

Cass. soc., 21 juillet 1986, *D.*, 1987, somm., p. 201, obs. A. Lyon-Caen.

Cass. soc., 13 juin 1990, *RJS* 1990, n° 685.

Cass. soc., 11 juillet 1989, *RJS* 1989, n° 778.

Cass. soc., 28 mars 2000, *D.*, 2008, AJ, p. 2946.

Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545.

Cass. soc., 28 février 2007, *RJS* 2007, n° 636.

Cass. soc., 13 novembre 2008, *RJS* 2009, n° 57.

Cass. soc., 21 nov.1990, *D.*, 1990, IR, p. 292.

Cass. soc., 26 janvier 1977, *Bull. civ.*, V, n° 66.

Cass. soc., 12 juin 2002, *RJS* 2002, n° 1003.

Cass. soc., 10 novembre 2010, n° 09-60451.

Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60383.

Cass. soc., 16 décembre 2008, *D.*, 2009, *Juris*, p. 987, note F. Petit.

Cass. soc., 8 juin 1972, *JCP*, 1973, I, 17316.

Cass. soc., 16 octobre 2001, *Bull. civ.*, V, n° 324.

Cass. soc., 16 décembre 2008, *D.*, 2009, *juris*, p. 987, note F. Petit.

Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 87-60021.

Cass. soc., 29 mai 2002, n° 01-60627.

Cass. soc., 15 novembre 1988, n° 87-601145.

Cass. soc., 31 mars 2009, *Bull. civ.*, V, n° 96.

Cass. soc., 23 juin 1988, *Bull. civ.*, V, n° 392.

Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60935.

Cass. soc., 9 février 1994, *RJS*, 1994, n° 278.

Cass. soc., 30 mai 2001, *RJS*, 2001, n° 1032.

Cass. soc., 25 janvier 2006, *Dr. soc.*, 2006, p. 468, observation J. Savatier.

CA, Paris, 10 juin 1986, *JCP, E*, 1986, II, 20678, note B. Teyssié et A. Viandier.

Cass. soc., 7 novembre 1973, *Dr. soc.*, 1974, p. 289, obs. J. Savatier.

Cass. soc., 16 avril 1986, *Bull. civ.*, V, n° 134.

Cass. soc., 30 avril 2003, CGT Force ouvrière et autre c/Sté Axa France assurance et autres, *RJS* 7/03, n° 916.

Cass. soc., 23 janvier 2002, *RJS*, 4/02, n° 454.

Cass. soc., 17 septembre 2003, *RJS* 11/03, n° 1297.

TGI de Nanterre, 8 juin 2007, *SSL*, 9 juillet 2007, n° 1315.

Cass. soc., 13 octobre 2010, *RJS*, 12/10, n° 946.

CA, Paris., 31 janvier 2001, *RJS*, 6/01, n° 771.

Cass. soc., 5 juillet 1984, *RCDIP*, 1985, p. 334, note G. Lyon-Caen.

Cass. crim., 22 mars 1983, *Bull. crim.*, n° 91.

Cass. soc., 17 juin 2005, *Bull. civ.*, V, n° 205.

Cass. crim., 20 mars 2007, *Bull. crim.*, n° 86.

Cass. soc., 18 mai 2011, *SSL*, 2011, n° 1493.

Cass. soc., 23 septembre 2009, M. X c/ Société Renault Réagroupe., *LPA* 2010, n° 45, p. 9, note de B. Saintournes.

Cass. soc., 11 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 265.

Cass. soc., 19 mai 2004, Sté Loca Bourgeois c/ Laurent Bauwnes, *Droit & Patrimoine*, 2004, n° 129, p.118, note de A. Chevillard.

Cass. soc., 30 septembre 1997, Sté Onet c/Mme Nedjar, *Bull. civ.*, V, n° 289.

Cass. soc., 4 février 1988, *Bull. civ.*, V, n° 96.

Cass. soc., 3 mars 1998, HERZBERG, note de G. Couturier, *Dr. soc.*, 1998, p. 523.

Cass. soc., 22 mai 1996, Gudimart c/ Association sportive beaunoise, note de G. Couturier, *Dr. soc.*, 1996, p. 981.

Cass. soc., 16 décembre 1998, *RJS* 2/99, n° 157.

Cass. soc., 7 juin 2006, *Bull. civ.*, V, n° 209.

Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 05-43.757.

Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-47.365.

Cass. soc., 25 février 2004, n° 01-47.104.

Cass. soc., 15 décembre 2004, *RJS* 2002, n° 945.

Cass. soc., 24 janvier 2007, *D.*, 2007, p. 1480, note G. Loiseau.

Cass. soc., 23 février 2005, *D.*, 2005, *Juris*, p. 1678, note de H.-K. Gaba.

Cass. soc., 18 mai 1999, Sté Legrand c/ M. Rochin, *Bull. civ.*, V, n° 219.

Cass. soc., 6 février 2001, *Bull. civ.*, V, n° 41.

Cass. soc., 23 septembre 2009, M. X c/ Sté Renault Réagroupe, *LPA*, 2010, n° 45, p. 9, note de B. Saintournes.

Cass. soc., 2 juillet 2002, *Bull. civ.*, V, n° 229.

Cass. soc., 16 juin 2004, *Bull. civ.*, V, n° 166.

Cass. soc., 5 mai 2004, *Dr. soc.*, 2004, p. 793, obs. A. Mazeaud.

Cass. soc., 16 décembre 2008, *JCP S*, 2009, 1140, note G. Blanc-Jouvan.

Cass. soc., 28 avril 2002, *D.*, *juris*, 2002, p. 2696, note X. Prétot.

Cass. crim., 16 septembre 1997, *Bull. Crim.*, n° 299.

Cass. 2^e civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-21.608, arrêt n° 560, *JSL*, 10 mai 2007, n° 211, p. 10, note M.-C. Haller.

CA Paris, 5 juillet 1971, SA Établ. Potain c/ Machache et autres, *D.*, *juris*, 1972, p. 215, note J. Miño.

Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-20.246, *Lexbas Hebdo*, éd. S, jeudi 14 juillet 2011, note S. Fournaux.

Cass. soc., 23 novembre 2000, *RJS* 2001, n° 379.

Cass. soc., 6 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 1004.

Cass. soc., 29 mars 1995, *Bull. civ.*, V, n° 112.

Cass. soc., 28 sept 2005, n° 03-47214.

Cass. soc., 6 mai 1975, *D.*, 1975, *IR*, p. 131.

Cass. soc., 28 juin 1989, *RJS* 1989, 8/9, n° 660.

Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-40556.

Cass. soc., 20 octobre 2010, M.V. c/Sté Casino de Plombières-les Bains, *JCP, S*, 2011, n° 5, p. 24, note A. Barège.

Cass. soc., 20 juin 2000, *RJS*, 9-10/2000, n° 919.

Cass. soc., 6 janvier 1977, *Bull. civ.*, V, n° 5.

CA Versailles, 18 juin 1991, *RJS*, 1991, n° 1261.

CA, Aix-en-Provence, 2 mars 1993, *RJS*, 1993, n° 566.

Cass. soc., 8 juillet 1997, *RJS* 8-9/97, n° 999.

Cass. soc., 23 février 1994, Mme Amaru et autres c/ Compagnie UTA, *Dr. soc.*, 1994, p. 542, note J. Savatier.

Cass. soc., 28 octobre 1997, Sté CIEC c/Piriou, n° 94-42340.

Cass. soc., 28 mars 2012, *RCDIP* 2012, n° 3, p. 590, note S. Corneloup.

Cass. soc., 30 juin 1993, M. Robertson c/ Centre expérimental de recherches du bâtiment et des travaux publics, *Bull. civ.*, V, n° 182.

Cass. soc., 5 mai 1986, M. Berne c/ Société Sovema, *Bull. civ.*, V, n° 196.

Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-41700, *Dr. soc.*, 2009, p.70, note J.-P. Lhemould.

Cass. soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-46773.

Cass. soc., 26 octobre 1999, *TPS*, 2000, comm. 36, obs. Ph. Coursier.

Cass. soc., 26 octobre 1999, *Bull. civ.*, V, n° 407.

Cass. soc., 15 juin 1978, *Bull. civ.*, V, n° 479.

CA d'Aix-en-Provence, 9^e chambre, 31 mars 1980, Leclerc c/ SA Carrier, *D.*, 1981, juris, p. 301, note J. Mestre et M. Buy.

Cass. soc., 6 juillet 1982, *Bull. civ.*, 1982, V, n° 451, p. 334.

Cass. soc., 16 janvier 1991, *SSL*, 1991, n° 539, p. 16.

Cass. soc., 4 juin 1987, *Bull. civ.*, V, n° 359.

Cass. soc., 4 décembre 1985, *Bull. civ.*, V, n° 569.

Cass. soc., 2 avril 1992, Wagner c/SA Merrel Dow France, *Bull. civ.*, V, n° 249.

Cass. soc., 18 mai 1999, *RJS*, 10/99, n° 1311.

Cass. soc., 20 janvier 1993, *RJS* 2/93, n° 125.

Cass. soc., 4 décembre 1985, *Bull. civ.*, V, n° 569.

Cass. soc., 21 juillet 1986, *D.*, 1987, somm., p. 201, obs. A. Lyon-Caen.

Cass. soc., 13 juin 1990, *RJS* 1990, n° 685.

Cass. soc., 11 juillet 1989, *RJS* 1989, n° 778.

Cass. soc., 28 mars 2000, *D.*, 2008, AJ, p. 2946.

Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545.

Cass. soc., 28 février 2007, *RJS* 2007, n° 636.

Cass. soc., 13 novembre 2008, *RJS* 2009, n° 57.

Cass. soc., 21 nov.1990, *D.*, 1990, IR, p. 292.

Cass. soc., 26 janvier 1977, *Bull. civ.*, V, n° 66.

Cass. soc., 12 juin 2002, *RJS* 2002, n° 1003.

Cass. soc., 12 janvier 1994, *D.*, 1994, IR, p. 34.

Cass. soc., 4 mars 1998, *TPS* 1998, comm., n° 168.

Cass. soc., 5 mai 1983, *Bull. civ.*, V, n° 239.

Cass. crim., 18 novembre 1997, *Bull. crim.*, 1997, n° 390.

Cass. soc., 30 mai 2001, *Bull. civ.*, V, n° 194 ; *RJS* 2001, n° 1157.

Cass. soc., 27 mai 2009, *RDT*, septembre 2009, p. 530, note E. Peskine.

Cass. soc., 6 juillet 2005, *RJS* 10/05, n° 979.

Cass. soc., 9 novembre 1982, *Dr. soc.*1983, p. 175, note Savatier.

Cass. soc., 17 janvier 1968, *Bull. civ.*, V, n° 35.

Cass. soc., 17 décembre 2003, *Dr. soc.*, 2004, p. 327, obs C. Radé.

CE.18 janvier 1980, *D.*, 1980, juris, p. 259, note A. Lyon-Caen.

Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n° 86.

Cass. soc., 15 octobre 1992, *CSBP*, 1992, p. 271.

Cass. soc., 24 avril 1990, *Bull. civ.*, V, n° 182.

Cass. Soc., 12 déc1991, *RJS* 2/92, n° 134.

Cass. soc., 6 juillet 1998, *Bull. civ.*, V, n° 369.

Cass. soc., 7 juillet 1998, *Bull. civ.*, V, n° 369.

Cass. soc., 19 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 1064, p. 727.

Cass. soc., 30 sept 1997, *D.*, 1997, IR. 223.

Cass. soc., 2 juin 1993, *Bull. civ.*, V, n° 155.

Cass. soc., 9 juillet 1997, *Bull. civ.*, V, n° 262.

Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43033.

Cass. soc., 9 octobre 2002, n° 00-44069.

Cass. soc., 1 avril 1992, *Bull. civ.*, n° 223.

Cass. soc., 8 juin 1994, *Bull. civ.*, V, n° 193.

Cass. soc., 2 octobre 1997, pourvoi n° 94-45.274, *JSL*, 1997, n° 1, p. 7, note de M. C-Haller.

Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-46201.

Cass. soc., 31 mai 1956, *Bull. civ.*, V, n° 499.

Cass. soc., 18 janvier 2011, *SSL* (supplément), 2011, n° 1504, p. 27, note P. Bailly.

Cass. soc., 16 janvier 2001, *Dr. soc.*, 2001, p. 413, note de J. Savatier.

Cass. soc., 28 février 2006, *Bull. civ.*, V, n° 89.

Cass. soc., 10 octobre 2006, *RJS* 12/2006, n° 1250.

Cass. soc., 26 février 1992, *RJS*, 4/92, n° 422.

Cass. soc., 17 mars 1998, *Bull. civ.*, V, n° 145.

Cass. soc., 9 octobre 1991, *RJS*, 11/91, n° 1194.

Cass. soc., 22 février 1995, *Bull. civ.*, V, n° 67.

CE, 26 avril 1985, *AJDA*, 1985, juris, p. 455.

Cass. soc., 22 novembre 1978, *Bull. civ.*, V, 1978, n° 785, p. 592.

Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n° 86.

Cass. soc., 5 avril 1995, *Bull. civ.*, V, 1995, n° 123.

Cass. 12 juin 2001, *Bull. civ.*, V, n° 214.

Cass. soc., 28 novembre 2007, *J.P.C, E*, 8 mai 2008, n° 19, p. 47S, note Béal et A. Ferreira.

Cass. soc., 26.juin 2012, n° 11-13736.

CE, 8 juillet 2002, n° 226471, F. C, *SSL*, 7 octobre 2002, n° 1092, p.11.

CE, 16 décembre 2009, n° 315401.

Cass. soc., 11 janvier 2006, *D.*, 2006, n° 15, p. 1013, note J. Pélissier.

Cass. soc., 12.avril 2012, n° 11-10471.

Cour administrative d'appel de Marseille, 17 octobre 2011, *LPA*, 24 janvier 2012, n° 17, p. 13, conclusions du rapporteur public.

Cass. soc., 23 juin 2009, *JCP, E*, 19 novembre 2009, n° 47, p. 47, note A-B. Voloir et F. Aknin.

Cass. soc., 4 mars 2009, *RJS*, 5/2009, n° 418.

Cass. soc., 10 décembre 2003, Sté Bostitch Simax Groupe Stanley Tools c/Breinlen, *RJS* 2/2004, n° 187.

CE, 8 juillet 2002, *JSL*, 2002, n° 111, p. 7, note de M-C. Haller.

Cass. soc., 4 mars 2009, *JCP, G*, 2009, n° 18, p. 33, note P.-Y. Verkindt.

Cass. soc., 4.mars 2009, *Bull. civ.*, V, n° 57.

Cass. soc., 10 février 2010, *RJS*, 4/10, n° 321.

Cass. soc., 8 juillet 2008, *RJS*, 10/2008, n° 966.

Cass. soc., 4 décembre 1985, Lafkhi c/ SARL Pioli, *Dr. soc.*, 1986, p.788.

Cass. soc., 21 janvier 1988, *Bull. civ.*, V, n° 57.

CA Versailles 31 mai 1991, Vergnol c/ SA Spirit, *RJS*, 10/91, n° 1079, p. 567.

Cass. soc., 13 mars 2001, *Bull. civ.*, V, n° 84.

Cass. soc., 8 juillet 1992, Capasso c/ Sté Sablière du Grésivaudan, *RJS*, 1992, n° 973.

Cass. soc., 6 février 2001, société Autocars Martinken c/ M. Bindler, *Bull. civ.*, V, n° 40.

CE, 18 février 1977, cité par P. Dondoux, commissaire du gouvernement, « Le contentieux des décisions de l'administration en matière de licenciements économiques. Pouvoirs du juge administratif », *Dr. soc.*, 1977, p. 173.

Cass. soc., 22 novembre 1978, société Sablières du Pont de Gagnac c/ Hamadi, *Bull. civ.*, V, 1978, n° 785, p. 592.

CA Poitiers, ch.soc, 26 février 1992, Pellae c/ Sté Française des transports pétroliers, *RJS* 4/92, n° 418.

Cass. soc., 24 octobre 1995, Société Décolletage plastique c/ M. Jadault, *Bull. civ.*, V, n° 283.

Cass. soc., 15 février 2011, n° 09-73041.

CE, le 9 décembre 1998, *RJS*, 1999, n° 389.

CE, 6 avril 1998, n° 163965.

CE, 4 juillet 2005, *Dr. ouv.*, janvier 2006, n° 690, p. 49.

CE, 7 avril 2011, n° 334211

Cass. soc., 19 mai 1998, M. Richard c/société Turboméca, *Bull. civ.*, V, n° 264.

Cass. soc. 16 juin 1998, Société Paragerm c/ M.Castanet, *Bull. civ.*, V, n° 322.

Cass. soc., 6 janvier 2010, Association Apajh 95 c/Marchand, *RJS*, 3/10, n° 253.

Cass. soc., 16 novembre 2011, *RJS*, 1/2012, n° 26, p. 37.

CE 18 janvier 1980, Ministre du Travail c/ Fédération des cadres de la chimie et des industries annexes. *D.*, 1980, p. 259, note de A. Lyon-Caen.

CE 11 juillet 1991, n° 85035.

CE 12 janvier 2011, *RJS*, 4/2011, n° 351.

CE, 24 février 1988, n° 57757.

CE, 18 février 1977, n° 95354.

Tribunal administratif d'Amiens, décision du 17 octobre 1994, *Dr. ouv.*, avril 1995, p. 192, note de P. Rennes.

Cass. soc., 20 février 1991, Daunas c/ SARL Phocedis, *Bull. civ.*, V, n° 86.

Cass. soc., 15 mai 1991, Gangler contre société Novatome et autre, *D.*, 1992, sommaires commentés, p. 293, note de A. Lyon-Caen.

Cass. soc., 25 juin 1992, M. Chevalier c/ société Phocédis, *Bull. civ.*, V, n° 420.

Cass. soc., 4 mars 2009, Sté PMB c/ Blanchard et a, *JCP, S*, 2009, n° 18, p. 33, note P.-Yves Verkindt.

Cass. soc., 10 février 2009, *RDT*, n° 6, juin 2009, p. 377, note Y. Chagny.

Cass. soc., 26.01 2000, M. Giardina c/ société Total raffinage, *RJS*, 3/2000, n° 267.

Cass. soc., 23 06 1999, Mauvais et autres c/ société Total raffinage distribution, *RJS*, 1999, n° 1045.

Cass. soc., 28 janvier 2009, *Dr. ouv.*, 2009, p. 313.

Cass. soc., 17.mai 1995, Comité central d'entreprise de la société Everite c/ société Everite, *Bull. civ.*, V, n° 159.

Cass. soc., 18.novembre 1998, Sté Kayserberg c/Syndicat Filpac CGT d'Alsace et comité d'établissement, *RJS*, 1999, n° 30.

Cass. soc., 30 novembre 1994, *RPDS*, 1995, n° 599, p. 79.

Cass. soc., 16 décembre 1998, *SSL*, 1999, n° 915, p. 14.

Cass. soc., 6 juin 2000, Sté Ronéo c/ CFDT de la métallurgie des Deux-Sèvres, *D.* 2000, IR, p. 182.

CE, 24 février 1988, n° 57757.

CE, 20 mars 1996, n° 1528551.

Cass. soc., 25 juin 1992, M. Chevalier c/ Société Phocédis, *Bull. civ.*, V, 420.

Cass. soc., 7 octobre 1998, Sté Landis et Gyr Building Control c/ Bellanger, *RJS* 11/ 98, n° 1352.

Cass. soc., 4 décembre 2007, FS-P+B, Geoffroy c/ CGEA de Nancy et a, *J.C.P, S*, 2008, n° 13, p. 26, note de P.-Y. Verkindt.

CE, 22. mai 1995, n° 157.427.

CE, 4 février 2004, n° 255956.

Cass. soc., 20 octobre 1993, *Bull. civ.*, V, n° 240

Cass. soc., 13 janvier 2010, San Carlo Rupp Alimentaire SPA c/ Ancelin et a, pourvoi n° 08-15.776, *Dr.ouv.*, 2010, n° 741, p. 214, note de G. Loiseau.

Cass. soc., 5 mai 1995, *Bull. civ.*, V, n° 127.

CE., 30 octobre/5 mai 1995, *RJS*, 2/96, n° 138.

Cass. soc., 5 mars 1997, Legros c/ SARL Scoop et autre, *D.*, juris, 1997, p. 522, note, P. Bailly.

Cass. soc., 3 mars 1998, Sté Imprimerie Durand et autre c/ Bouilly et autres, *Dr. soc.*, 1998, p. 508, note de R. Vatinet.

Cass. soc., 3 octobre 1989, Sté Soverini Frères et Cie et autre c/ M. Arnould et autres, *Bull. civ.*, V, 1989, n° 559.

Cass. soc., 21 février 2006, *Rev. proc. coll.*, 2006, n° 3, p. 283.

Cass. soc., 31 mars 2009, Martin c/ AGS CGEA de Lille, *RJS*, 6/2009, n° 511.

Cass. soc., 10 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n° 203.

Cass. soc., 13 janvier 2010, Bayle c/Rihn, *RJS* 3/10, n° 248.

Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-22964, *Bull. Joly*, février 2012, n° 2, p. 168, note G. Loiseau.

Cass. soc., 28 janvier 2009, *Dr. ouv.*, 2009, p. 313.

Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-69485.

VI. Sites internet :

www.legifrance.gouv.fr : Légifrance, le service public de la diffusion du Droit.

<http://eur-lex.europa.eu>: L'union européen.

www.insee.fr: Institut nationale de statistique et d'études économiques.

Index Alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A.

Acquisition de la personnalité morale : 72.

Accords collectifs du groupe de sociétés.

- Licéité de l'accord collectif de groupe de sociétés : **238 et s.**
- Négociation et conclusion de l'accord collectif de groupe de sociétés : **243 et s.**

Appréciation des difficultés économiques dans l'ensemble des sociétés composant un groupe : 316 et s.

Articulation entre l'obligation d'établir le PSE et l'obligation de reclassement : 380 et s.

C.

Coemploi et groupe de sociétés.

- Nature formelle de la notion d'employeur, comme obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés : **65 et s.**
- La nature contractuelle de la notion d'employeur comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés composant un groupe de sociétés : **77 et s.**
- L'identification du coemploi au sein du groupe de sociétés : **112 et s.**
- Les effets du coemploi : **132 et s.**
- La notion d'*entreprise*, autre solution fonctionnelle permettant la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés : **143 et s.**

Comité de groupe : 208 et s.

Coexistence du comité de groupe et du comité d'entreprise de l'*unité économique et sociale* (UES) : 221 et s.

Contrôle du caractère réel et sérieux de la situation économique invoquée par l'employeur : 297 et s.

Contrôle du caractère réel et sérieux du lien causal entre la situation économique invoquée et l'effet sur l'emploi : 312, 313, 314.

Clause de mobilité au sein d'un groupe de sociétés.

- Illicéité de la clause de mobilité au sein d'un groupe de sociétés : **478 et s.**

- Exigence d'un accord exprès des salariés lors de leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés : **484 et s.**
- Formaliser la mise à disposition, mesure procédurale obligatoire avant sa prise d'effet : **489.**

D.

Dérogation des normes sociales conçues au niveau du groupe de sociétés aux normes sociales d'origine légale ou réglementaire.

- Une dérogation admise lorsque les salariés se voient accorder des droits plus favorables par les conventions et les accords de groupe de sociétés : **262 et s.**
- Une dérogation exclue lorsque les salariés se voient accorder des droits moins favorables par les conventions et les accords de groupe : **266 et s.**

Dérogation des normes sociales conçues au niveau du groupe de sociétés aux normes sociales d'origine conventionnelle.

- L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger aux normes sociales conçues au niveau de la branche : **272 et s.**
- L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés à déroger aux normes sociales conçues au niveau de l'entreprise : **276.**

E.

Effacement du principe de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe.

- En droit de la concurrence : **25 et s.**
- En droit des procédures collectives : **33 et s.**
- En droit fiscal : **35 et s.**
- En droit comptable : **37 et s.**

G.

Groupe de sociétés.

- En droit allemand : **6, 7, 8, 9.**
- En droit français : **15 et s.**

Groupe de sociétés et droit du travail.

- Présentation du problème : **40 et s.**
- Finalité et structuration de l'étude : **54 et s.**

I.

Illustrations jurisprudentielles méconnaissant la qualité d'employeur aux entreprises composant un groupe de sociétés : 88 et s.

Interdiction de soumettre les salariés à des mises à disposition à but lucratif : 451 et s.

L.

Légitimité du licenciement pour motif économique : 294 et s.

M.

Maintien des institutions représentatives du personnel établies dans le périmètre du groupe de sociétés : 178 et s.

N.

Notion de la personnalité morale : 69 et s.

Notion de motif économique du licenciement : 289 et s.

O.

Qualification du licenciement pour motif économique : 290, 291, 292, 293.

P.

Prédominance de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe : 23,76.

Protection des droits individuels des salariés mis à la disposition d'entreprises situées sur le territoire national : 494 et s.

Protection des droits individuels des salariés mis à la disposition des entreprises situées à l'étranger : 553 et s.

R.

Refus de la personnalité morale à un groupe de sociétés : 74, 75.

Rôle faible du comité de groupe.

- Un fonctionnement dépourvu de véritables moyens : **231.**
- Le comité de groupe, simple organe d'information : **232.**
- Le comité de groupe ne se substitue pas aux comités d'entreprise mis en place au sein des sociétés membres du groupe : **233, 234.**

Reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre du droit au reclassement.

- situation relative à l'inaptitude physique : **357 et s.**
- situation relative au licenciement économique : **366 et s.**
- Reclassement au niveau international : **385 et s.**
- Reclassement dans le cadre d'une entreprise soumise à une procédure collective : **397 et s.**

S.

Secteur d'activité : une redéfinition de la jurisprudence pour apprécier le caractère effectif de la cause justifiant le licenciement économique.

- Le *secteur d'activité*, périmètre d'appréciation du caractère effectif des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique : **325 et s.**
- Le *secteur d'activité*, cadre ambigu pour apprécier le caractère effectif de l'élément causal invoqué à l'appui d'un licenciement économique : **337, 338, 339, 340.**

U.

Unité économique et sociale (UES) : 194 et s.

Table des matières

(Les numéros renvoient aux pages)

Introduction	7
Première Partie. La position du droit du travail à l'égard de la structuration des relations de travail à l'intérieur d'un groupe de sociétés.	38
Titre I. Une solution de principe qui écarte la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.	40
Chapitre I. La nature formelle de la notion d'employeur, comme obstacle à la reconnaissance de la qualité d'employeur au groupe de sociétés.	42
Section I. Les obstacles structurels à la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés.	42
§I. La nature de la personnalité juridique de l'employeur comme obstacle à l'attribution de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés.	43
I. L'importance de la personnalité morale	43
A. La notion de la personnalité morale	43
B. L'acquisition de la personnalité morale	44
II. Le groupe de sociétés : un groupement sans personnalité juridique	46
A. Refus de la personnalité morale à un groupe de sociétés	46
B. La prééminence de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe	48
§II. La nature contractuelle de la notion d'employeur comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés composant un groupe de sociétés	48
I. L'analyse travailliste de la relation de travail comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés composant un groupe	49
A. L'obstacle formel relatif au contrat de travail	50
B. L'obstacle substantiel relatif au critère de la subordination juridique	52
II. L'analyse civiliste de la relation de travail comme obstacle à l'extension de la qualité d'employeur aux autres sociétés d'un groupe	53
A. L'obstacle relatif à la théorie de l'autonomie de la volonté	53
B. L'obstacle relatif au principe de l'effet relatif du contrat	54
Section II. Les illustrations jurisprudentielles méconnaissant la qualité d'employeur aux entreprises composant un groupe de sociétés	55
§I. L'entreprise cocontractante constitue l'unique partie débitrice à l'égard des obligations légales imposées par le droit du travail au profit des salariés	56
I. L'entreprise cocontractante constitue l'unique partie débitrice à l'égard de l'obligation relative à l'information et la consultation des représentants des salariés prévue par la directive 98/59 concernant les licenciements économiques collectifs : l'arrêt Akavan	56

II. La délimitation du champ d'application du droit à la réintégration uniquement dans l'entreprise cocontractante des salariés	59
III. La délimitation du champ d'application du droit à la priorité de réembauche uniquement à l'entreprise cocontractante des salariés	62
§II. L'entreprise cocontractante constitue l'unique partie créancière à l'égard des obligations contractuelles engageant les salariés : l'exemple de la clause de non-concurrence	63
Chapitre II. Les notions fonctionnelles au service de la requalification de la qualité d'employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés	67
Section I. La notion de coemployeur, une solution fonctionnelle permettant d'étendre la qualité d'employeur dans un groupe de sociétés	68
§I. L'identification du coemploi au sein du groupe de sociétés	69
I. Une conception classique du coemploi fondée sur le critère juridique de la subordination : nécessité d'établir un lien de subordination entre les salariés et la société mise en cause en qualité de coemployeur	69
II. Une nouvelle conception du coemploi fondée sur le critère économique de la triple confusion : nécessité de caractériser une confusion « d'intérêts, d'activité et de direction » entre la société employeur et la société mise en cause en qualité de coemployeur	72
A. La constatation de la triple confusion – d'intérêts, d'activités et de direction – : un critère qui caractérise une situation de coemploi au sein du groupe de sociétés	73
B. L'existence de simples liens capitalistiques et économiques ne peut suffire à caractériser une situation de coemploi au sein d'un groupe de sociétés	80
§II. Les effets du coemploi	84
I. Les rapports entre coemployeurs	84
II. Les rapports avec les salariés	87
III. Les rapports avec les tiers	89
Section II. La notion d'entreprise, autre solution fonctionnelle permettant la reconnaissance de la qualité d'employeur à un groupe de sociétés	91
§I. La fonction de la notion d'entreprise	91
I. La notion d'entreprise permet de corriger l'inadéquation du principe de l'autonomie juridique de la personne morale	92
II. La notion d'entreprise permet la correction de l'inadéquation du principe contractuel accordant la qualité d'employeur uniquement à la société cocontractante	94
§II. L'utilisation de la notion d'entreprise	97
I. L'utilisation de la notion d'entreprise dans les deux jugements rendus par le tribunal civil de la Seine : les jugements du 15 novembre 1957 et du 9 février 1959	98
II. L'utilisation de la notion d'entreprise en droit des procédures collectives	99

A. Les obstacles structurels empêchant l'ouverture d'une procédure collective unique à l'égard d'un groupe de sociétés	100
1. Le déni de la qualité de débiteur à un groupe de sociétés en droit des procédures collectives	100
2. L'attachement du droit des procédures collectives au principe de l'unicité de la procédure collective	101
B. L'extension de la procédure collective : un élargissement artificiel de la qualité d'employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés	103
1. Les cas de l'extension de la procédure collective	103
a. Demande d'extension sur le fondement du caractère fictif	104
b. La demande d'extension fondée sur la confusion des patrimoines	105
2. Les effets de l'extension de la procédure sur la qualité d'employeur à l'intérieur d'un groupe de sociétés	107
Conclusion du Titre I.	110
Titre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire en matière de rapports collectifs de travail	111
Chapitre I. Le groupe de sociétés, niveau subsidiaire en matière de représentation collective du personnel	112
Section I. Indépendance des institutions représentatives du personnel installées à l'intérieur du groupe par rapport au comité de groupe	112
§I. Maintien des institutions représentatives du personnel établies dans le périmètre du groupe de sociétés	113
I. Maintien des institutions représentatives du personnel établies au sein de chaque entreprise du groupe	113
A. Maintien des institutions représentatives élues par les salariés de l'entreprise	113
1. Les institutions représentatives élues dans le cadre de l'entreprise à établissement unique	114
a. Les délégués du personnel	114
b. Le comité d'entreprise	115
2. Les institutions représentatives élues dans le cadre de l'entreprise à établissements multiples	116
a. Les comités d'établissement	116
b. Le comité central d'entreprise	118
B. Maintien des représentants syndicaux désignés par les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise	119
II. Maintien des institutions représentatives des salariés mises en place au sein de l'unité économique et sociale (UES)	121
A. Détermination de l'une unité économique et sociale (UES)	121

1. La notion d'unité économique et sociale (UES) : une notion fonctionnelle conçue pour garantir l'application du droit du travail au sein d'une entreprise éclatée.....	121
2. Mise en œuvre de l'unité économique et sociale (UES).....	123
a. Les critères exigés pour la reconnaissance de l'unité économique et sociale (UES)	123
b. Les voies de la reconnaissance de l'unité économique et sociale (UES)	124
B. Les institutions représentatives du personnel au sein de l'unité économique et sociale (UES).....	125
§II. La mise en place du comité de groupe.....	127
I. La détermination du champ d'application du comité de groupe.....	127
A. Le contrôle exercé par une entreprise sur d'autres entreprises, un critère pour la mise en place du comité de groupe.....	127
B. Identification de l'entreprise dominante de la filiale commune à deux sociétés	128
II. Le rôle principal des parties intéressées dans la mise en place du comité de groupe.....	129
A. Les parties intéressées ayant le droit de conclure l'accord relatif à la mise en place du comité de groupe	129
B. Détermination des éléments essentiels de l'accord relatif au comité de groupe.....	131
III. Coexistence du comité de groupe et du comité d'entreprise de l'unité économique et sociale (UES).....	133
Section II. Rôle faible du comité de groupe.....	135
§I. Les objectifs recherchés par la mise en œuvre du comité de groupe	135
I. Positionnement des salariés dans les lieux où s'exerce le véritable pouvoir économique : la recommandation du rapport de la commission Sudreau relatif à la réforme de l'entreprise.....	135
II. L'adaptation du droit de la représentation collective du personnel aux nouvelles structures économiques.....	137
§II. De faibles pouvoirs alloués au comité de groupe.....	138
I. Un fonctionnement dépourvu de véritables moyens.....	139
II. Le comité de groupe, simple organe d'information.	139
III. Le comité de groupe ne se substitue pas aux comités d'entreprise mis en place au sein des sociétés membres du groupe	141
Chapitre II. Le groupe de sociétés, un niveau subsidiaire de négociation collective.....	142
Section I. La reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre de négociation collective	143
§I. La licéité de la convention ou l'accord collectif de groupe de sociétés	143
I. Une reconnaissance ambiguë avant la loi du 4 mai 2004	144

II. Une reconnaissance confirmée par la loi du 4 mai 2004	146
§II. Le déroulement de la négociation et la conclusion de la convention ou l'accord collectif du groupe de sociétés	146
I. Les parties à la négociation et la conclusion de la convention ou l'accord collectif de groupe de sociétés	147
A. Le négociateur patronal	147
B. Le négociateur salarial	149
II. Le champ d'application de la convention ou de l'accord collectif de groupe	153
Section II. Autonomie limitée de création de normes sociales pour les négociateurs sociaux au niveau du groupe	156
§I. Incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger aux normes sociales d'origine légale ou réglementaire dans un sens défavorable aux salariés	157
I. Une dérogation admise lorsque les salariés se voient accorder des droits plus favorables par les conventions et les accords de groupe de sociétés	158
II. Une dérogation exclue lorsque les salariés se voient accorder des droits moins favorables par les conventions et les accords de groupe	160
§II. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger dans un sens défavorable aux salariés aux normes sociales d'origine conventionnelle	163
I. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés de déroger aux normes sociales conçues au niveau de la branche	164
II. L'incapacité des négociateurs sociaux au niveau du groupe de sociétés à déroger aux normes sociales conçues au niveau de l'entreprise	166
Conclusion du Titre II.....	168
Conclusion de la première partie.....	169
Deuxième Partie. La position du droit du travail à l'égard de la protection des droits des salariés à l'intérieur d'un groupe de sociétés.	170
Titre I. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection de l'emploi des salariés.....	172
Chapitre I. Le groupe de sociétés, cadre d'appréciation du motif économique du licenciement.	173
Section I. La notion de motif économique du licenciement.....	173
§I. La qualification du licenciement pour motif économique	174
§ II. La légitimité du licenciement pour motif économique	175
I. Le contrôle du caractère réel et sérieux de la situation économique invoquée par l'employeur	177
A. Les situations économiques énoncées explicitement par le législateur 177	
1. Les difficultés économiques	177
2. Les mutations technologiques	179
B. Les situations économiques retenues par la chambre sociale de la Cour de cassation	180

1. La réorganisation de l'entreprise.....	181
2. La cessation d'activité de l'entreprise	183
II. Le contrôle du caractère réel et sérieux du lien causal entre la situation économique invoquée et l'effet sur l'emploi	185
Section II. La reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre d'appréciation des difficultés économiques.....	186
§I. L'appréciation des difficultés économiques dans l'ensemble des sociétés composant un groupe	187
§II. La notion de secteur d'activité : une redéfinition de la jurisprudence pour apprécier le caractère effectif de la cause justifiant le licenciement économique	190
I. L'adoption de la notion de secteur d'activité	190
A. Affirmation de la notion de secteur d'activité : l'apport des arrêts du 5 avril 1995	191
1. Le secteur d'activité, périmètre d'appréciation du caractère effectif des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement économique	191
2. La sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité du groupe, une cause économique justifiant le licenciement	195
B. L'élargissement du périmètre du secteur d'activité aux entreprises situées à l'étranger	197
II. Le secteur d'activité, cadre ambigu pour apprécier le caractère effectif de l'élément causal invoqué à l'appui d'un licenciement économique	200
Chapitre II. Le groupe de sociétés, cadre d'application du droit au reclassement.	203
Section I. La conception initiale : la méconnaissance du groupe de sociétés comme cadre du droit au reclassement	204
§I. La situation relative à l'inaptitude physique.....	204
I. Les salariés victimes d'une inaptitude physique d'origine professionnelle	205
II. Les salariés victimes d'une inaptitude physique d'origine non professionnelle	207
§ II. La situation relative au licenciement pour motif économique	209
Section II. La nouvelle conception : la reconnaissance du groupe de sociétés comme cadre du droit au reclassement	211
§ I. La situation relative à l'inaptitude physique.....	211
I. La situation relative à l'inaptitude physique d'origine professionnelle ..	211
II. La situation relative à l'inaptitude physique d'origine extraprofessionnelle	214
§ II. La situation relative au licenciement économique	217
I.L'entreprise dans une situation ordinaire	217
A. Le reclassement au niveau national	217

1. Le reclassement dans le cadre du licenciement économique individuel	217
2. Le reclassement dans le cadre d'un licenciement économique collectif	221
a. L'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)	221
b. L'articulation entre l'obligation d'établir le PSE et l'obligation de reclassement	222
B. Le reclassement au niveau international	226
1. La position jurisprudentielle avant la loi du 18 mai 2010	227
2. La position légale conçue par loi du 18 mai 2010	229
a. L'affirmation de l'internationalisation du reclassement	230
b. La mise en œuvre de l'internationalisation du reclassement	232
II. L'entreprise soumise à une procédure collective	232
A. Le reclassement au niveau national	234
1. Le groupe cadre d'application de l'obligation de reclassement dans la procédure de sauvegarde	234
a. Le reclassement des salariés au cours de la période d'observation de la procédure de sauvegarde	235
b. Le reclassement des salariés dans le cadre du plan de sauvegarde	237
i. Avant l'approbation du plan de sauvegarde.	237
ii. Après l'homologation du plan de sauvegarde par le tribunal.	239
2. Le groupe de sociétés, cadre d'application de l'obligation de reclassement dans la procédure de redressement	240
a. L'obligation de reclassement au cours de la période d'observation de la procédure de redressement	241
b. Le reclassement des salariés dans le cadre du plan de redressement	244
3. Le groupe de sociétés, cadre d'application de l'obligation de reclassement dans la procédure de liquidation judiciaire	245
B. Le reclassement au niveau international	248
1. Une implication théoriquement possible des entreprises du groupe situées à l'étranger	249
2. Une implication difficile en pratique, illustrée par l'affaire Flodor	250
a. La conception extensive des juges du fond : les entreprises du groupe situées à l'étranger sont débitrices conjointes de l'obligation de reclassement avec l'employeur français	251
b. La conception restrictive de la chambre sociale de la Cour de cassation : Les entreprises du groupe établies à l'étranger ne sont pas codébitrices de l'obligation de reclassement avec l'employeur français	254

Conclusion du Titre I.....	258
Titre II. La responsabilité du groupe de sociétés en matière de protection des droits des salariés faisant l'objet d'une mise à disposition temporaire.	261
Chapitre I. La protection des salariés dans la perspective de leur mise à disposition au sein du groupe de sociétés.....	263
Section I. L'interdiction de soumettre les salariés à des mises à disposition à but lucratif	263
§I. Les fondements juridiques de l'interdiction des mises à disposition à but lucratif	263
I. L'article L.8241-1 du Code du travail, source de l'interdiction des mises à disposition à but lucratif à l'intérieur d'un groupe de sociétés.....	264
II. La caractère lucratif comme critère fondamental de l'interdiction des mises à disposition	267
A. Le caractère lucratif examiné du côté de l'entreprise fournisseur	267
B. Le caractère lucratif examiné du côté de l'entreprise utilisatrice.....	268
§II. Les raisons justifiant l'interdiction des mises à disposition à but lucratif	269
Section II. Nécessité de recueillir l'accord des salariés lors de leur mise à disposition au sein d'un groupe de sociétés.....	270
§I. Anticiper l'accord des salariés au moyen d'une clause de mobilité ne peut légitimer leur mise à disposition au sein du groupe	270
I. Licéité de la mise en œuvre de la clause de mobilité au sein d'une même entreprise.....	271
A. La mutation s'impose au salarié dans les établissements de l'entreprise	271
B. Encadrement de la mise en œuvre de la clause de mobilité au sein d'une même entreprise	274
1. Nécessité de délimiter le périmètre géographique de la mobilité.....	274
2. Prise en considération de l'intérêt du salarié.....	275
II. Illicéité de la clause de mobilité au sein d'un groupe de sociétés.....	277
A. Principe de l'illicéité de la clause de mobilité intragroupe	277
B. Justifications de l'illicéité de la clause de mobilité intragroupe.....	278
§II. L'exigence d'un accord exprès des salariés lors de leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés	279
I. L'accord du salarié lors de sa mise à disposition est une condition obligatoire à sa prise d'effet	280
II. Formaliser la mise à disposition, mesure procédurale obligatoire avant sa prise d'effet	281
Chapitre II. La protection des salariés pendant leur mise à disposition à l'intérieur du groupe de sociétés.	283
Section I. La protection des droits individuels des salariés.....	284
§I. La protection des droits individuels des salariés mis à la disposition d'entreprises situées sur le territoire national	284

I. Une responsabilité commune de l'entreprise d'origine et de l'entreprise utilisatrice en matière de protection des droits individuels des salariés pendant l'exécution de leur mise à disposition	284
A. La protection de la santé et la sécurité des salariés	284
B. La protection de la réparation du risque professionnel : les accidents du travail.....	287
1. L'application des règles formelles relatives à l'accident de travail : l'employeur d'origine demeure l'acteur principal.....	287
2. La réparation de l'accident de travail	289
a. La participation de l'entreprise utilisatrice aux cotisations sociales afférentes aux accidents du travail	290
b. Le droit des salariés victimes d'intenter une action en d'indemnisation contre l'entreprise d'origine, conformément aux règles de droit commun.....	292
C. La protection de la rémunération	294
1. Le paiement du salaire	294
2. La participation financière des salariés aux résultats de l'entreprise	295
D. La dispense de période d'essai par l'entreprise utilisatrice	297
II. Une responsabilité unique de l'entreprise d'origine en matière de protection des droits individuels des salariés à l'issue de la période de la mise à disposition	300
A. La protection du droit du salarié à son retour dans l'entreprise d'origine	300
B. La protection de l'ancienneté du salarié acquise au sein de l'entreprise utilisatrice.....	301
§II. La protection des droits individuels des salariés mis à la disposition des entreprises situées à l'étranger.....	304
I. La protection des salariés selon les dispositions de la Convention de Rome	305
A. Le droit des salariés de choisir la loi applicable à leur statut : L'application du principe de la loi d'autonomie	306
B. Les salariés détachés bénéficient des dispositions protectrices prévues par la loi du lieu d'exécution du travail	309
II. La protection des salariés par l'article L.1231-5 du Code du travail : l'obligation de la société mère française de rapatrier et réintégrer le salarié licencié par sa filiale étrangère.....	310
A. Nature et conditions d'application de la règle posée par l'article L.1231-5 du Code du travail.....	311
1. Nature de la règle posée par l'article L.1231-5 du Code du travail. 311	
a. Le texte L.1231-5 du Code du travail, une règle matérielle de droit international privé.....	311

b. Le texte L.1231-5 du Code du travail est une loi de police incertaine.....	313
2. Les conditions d'application de l'article L.1231-5 du Code du travail	315
a. L'existence d'un rapport contractuel entre la société mère et le salarié.....	316
b. L'existence d'un rapport contractuel entre le salarié et la société filiale	318
c. L'existence d'une relation de filialisation entre la société mère et la société filiale	319
B. La mise en œuvre de l'obligation de rapatriement	319
1. Le rapatriement et l'intégration du salarié.....	320
2. Le licenciement du salarié par la société mère	321
Section II. La protection des droits collectifs des salariés	322
§I. Une solution de principe rattachant les salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine.....	323
I. Une position jurisprudentielle ambiguë avant l'élaboration de loi du 20 août 2008 et la loi du 28 juillet 2011 : du critère de la subordination juridique au critère de l'intégration étroite et permanente	323
II. Une position juridique clarifiée par la loi du 20 août 2008 et la loi du 28 juillet 2011 : le rattachement des salariés mis à disposition à la communauté de travail de leur entreprise d'origine.....	326
§II. Une solution de principe considérant l'entreprise d'origine comme cadre d'exercice des droits collectifs pour les salariés mis à disposition	328
I. Le bénéfice des avantages et des installations collectives au sein de l'entreprise utilisatrice	328
II. La participation des salariés mis à disposition aux institutions représentatives du personnel.....	330
A. L'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition participent aux élections professionnelles des membres du comité d'entreprise	330
1. Une participation imprécise avant l'élaboration de la loi du 20 août 2008.....	330
2. Une participation précisée par la loi du 20 août 2008.....	333
B. L'entreprise dans laquelle les salariés mis à disposition peuvent être désignés des délégués syndicaux.....	335
III. La convention collective applicable aux salariés mis à disposition	337
A. Le principe : la continuité de l'application de la convention collective de l'entreprise d'origine.....	338
B. L'application exceptionnelle de la convention collective applicable dans l'entreprise utilisatrice	339
IV. La participation des salariés mis à disposition aux conflits collectifs de travail : le droit de grève.....	340

A. La possibilité d'exercer le droit de grève avec la communauté de travail de l'entreprise d'origine.....	341
B. La possibilité pour les salariés mis à disposition d'exercer le droit de grève avec la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice	342
Conclusion du Titre II	345
Conclusion de la deuxième Partie	347
Conclusion générale.	349
Bibliographie	353
Index Alphabétique	381
Table des matières	385

Résumé.

Conçu pour organiser les rapports de travail au sein d'une entreprise simple, constituée d'une seule unité de direction et de travail, et caractérisée par son autonomie économique et juridique, le droit du travail rencontre, aujourd'hui, des difficultés pour encadrer ces rapports au niveau du groupe de sociétés. L'origine de ces difficultés provient du fait que la société employeur se soumet à une domination exercée par une société dite *société mère*, ou *société dominante* du groupe.

Du fait de cette domination, l'identification de l'employeur, débiteur des obligations imposées par le Code du travail, et l'articulation des rapports collectifs de travail au sein du groupe de sociétés suscitent des difficultés. Au sujet de l'identification de l'employeur, la question qui se pose est de savoir si la qualité d'employeur est accordée uniquement à la société contractante des salariés, ou bien cette qualité se voit attribuée également aux autres sociétés du groupe et notamment à la société dominante de celui-ci ? Concernant l'articulation des rapports collectifs de travail, on se demande si les régimes collectifs propres à ces sociétés se substituent-ils au régime collectif spécifique au groupe dont elles relèvent ?

Dans le même esprit, le droit du travail rencontre des difficultés pour protéger les salariés à l'intérieur du groupe de sociétés. Une interrogation se pose relative à la prise en considération du groupe pour la protection des salariés. À titre d'exemple, les recherches tendant à retrouver un emploi au salarié exposé à un licenciement doivent être effectuées uniquement au sein de la société employeur qui procède au licenciement, ou ces recherches s'étendent-elles aux autres sociétés du groupe auquel cette société appartient ? L'idée d'assimiler le groupe de sociétés à une seule entreprise est souvent invoquée : le droit du travail se comporte-t-il avec la société employeur et la société dominante du groupe comme si elles formaient une seule et unique entreprise, ou le droit s'en tient-il au principe de l'autonomie juridique de la personne morale, suivant lequel la société employeur serait l'unique interlocuteur des salariés intéressés et le seul responsable de l'application des dispositions du droit du travail ?

Cette thèse se fixe comme objectif l'analyse de la réception du groupe de sociétés par le droit du travail. Il s'agit de déchiffrer, d'un côté, la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail à l'intérieur du groupe de sociétés (Première partie), et, d'autre côté, sa position à l'égard de la protection des salariés au niveau de cette structure économique (Deuxième partie).

Conceived to organize the reports of work within a simple company, the labor law meets, today, difficulties to frame these reports on the level of the group of companies. Origin of these difficulties comes owing to the fact that the company employer subjects to a domination exerted by a company known as parent company of the group.

Because of this domination, identification of employer and articulation of the collective reports of work within the group of companies cause difficulties. About identification of employer, the question which installation is to know if quality is employer granted only to the contracting company of the employees, or is this quality seen also allotted to the other companies of the group and in particular at the dominant company of this one? Concerning does articulation of the collective reports of work, one wonder whether the specific collective modes to these companies do replace the collective mode specific to the group which it concern?

In the same spirit, the labor law encounters difficulties to protect the employees with interior of the group of companies. An interrogation is posed relating to the catch in consideration of the group for the protection of the employees. For example, research tending to find an employment with the employee exposed to a dismissal must be only carried out within the company employer which proceeds to the dismissal, or this research do the extend to the other companies of the group to which this company belongs? Idea to compare the group to only one company is often called upon: the labor law behaves it with the company employer and the dominant company of the group as if the formed only one company or the labor law in it is due to the principle of legal autonomy of the legal person, whereby the company employer would be single interlocutor of the employees and the only person in charge of application of the provisions of the labor law?

This thesis is fixed like objective, analysis of the reception of the group of companies by the labor law. It's a matter of decipher, a side, the position of the labor law with regard of the structuring of the reports of work to interior of the group of companies (First part), and, another side, its position with regard of the protection of the employees on the level of this economic structure (Second part).