

THÈSES

Réflexions
sur le jeu croisé
des pouvoirs et
des responsabilités
dans les groupes
de sociétés

DAMIEN CHATARD

Préface de
Bernard Teysié

ESSAI EN DROIT
DU TRAVAIL

PLANÈTE
SOCIAL

 LexisNexis®



RÉFLEXIONS
SUR LE JEU CROISÉ
DES POUVOIRS ET
DES RESPONSABILITÉS
DANS LES GROUPES
DE SOCIÉTÉS

ESSAI EN DROIT DU TRAVAIL

RÉFLEXIONS SUR LE JEU CROISÉ DES POUVOIRS ET DES RESPONSABILITÉS DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

ESSAI EN DROIT DU TRAVAIL

Damien Chatard

Docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II)





Planète Social est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Ecoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

© Planète Social, 2013
34, av. Charles De Gaulle
92220 Neuilly S/Seine

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le résultat des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de Planète Social. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par Planète Social ou ses ayants droit, est strictement interdite. Planète Social se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

À Lucile.
Sans son appui, sa patience et sa compréhension, rien n'aurait été possible.

À mes parents.
*Leur soutien et leurs conseils toujours justes
guident mes choix depuis longtemps.*

À Bernard Teyssié.
Pour ses conseils juridiques, professionnels et humains inestimables.

Principales abréviations

aff.	Affaire
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
art.	Article
Bibl. dr. entr.	Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ., ass. plén.</i>	<i>Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ., ch. mixte</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation réunie en chambre mixte</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	<i>Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)</i>
c/	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. env.	Code de l'environnement
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
<i>Cah. DRH</i>	<i>Les Cahiers du DRH</i>
<i>Cah. soc. barreau Paris</i>	<i>Cahiers sociaux du barreau de Paris</i>
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CDE	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CE	Conseil d'État
CGI	Code général des impôts
ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
Conv.	Convention
CSS	Code de la sécurité sociale
D..	Décret
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DGT	Direction générale du travail
Dir.	Directive
<i>Dr. ouvrier</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>

<i>Dr. sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>
éd.	édition
et s.	et suivants
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
Inf. rap.	Informations rapides
<i>JCl.</i>	<i>JurisClasseur – Encyclopédies</i>
<i>JCP E</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique) édition Entreprise et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique) édition Générale</i>
<i>JCP S</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique) édition Sociale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JO Sénat CR</i>	<i>Journal officiel Sénat, débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales</i>
<i>JO Sénat Q</i>	<i>Journal officiel Sénat, réponses ministérielles à questions écrites</i>
<i>JOAN CR</i>	<i>Journal officiel Assemblée nationale, débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales</i>
<i>JOAN Q</i>	<i>Journal officiel Assemblée nationale, réponses ministérielles à questions écrites</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>JSL</i>	<i>Jurisprudence sociale Lamy</i>
L.	Loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Liaisons soc.</i>	<i>Liaisons sociales</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
<i>MOCI</i>	<i>Moniteur officiel du commerce international</i>
n°	numéro
obs.	observations
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
<i>RD aff. int.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue de droit des contrats</i>
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
réf.	référé
Règl.	Règlement
Rép. min.	Réponse ministérielle
<i>Rép. sociétés Dalloz</i>	<i>Répertoire des sociétés Dalloz</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives, civiles et commerciales</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RI trav.</i>	<i>Revue internationale du travail</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
somm.	sommaire

ss	sous
ss dir.	sous la direction de
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Revue <i>Travail et protection sociale</i>
V.	Voir
vol.	volume

Préface

Pouvoirs... Responsabilités... Groupe de sociétés... Les mots gravés au fronton de la thèse de Damien Chatard renvoient à un débat particulièrement vif qui est loin de n'intéresser que les spécialistes de droit du travail. Même si l'essai qui nous est proposé se déploie avant tout dans ce segment du droit de l'entreprise, sa portée en excède sensiblement les frontières. S'interroger sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés revient à explorer un champ bouleversé sous les coups répétés portés par la jurisprudence au principe d'autonomie juridique des entités composant ces galaxies.

Que la société mère soit déclarée coemployeur des salariés d'une filiale lorsqu'elle leur donne des ordres sans passer par le truchement des organes de direction de la filiale, en contrôle le respect et, le cas échéant, provoque le prononcé de sanctions dès lors que quelque défaillance est constatée, il n'est rien là que de très classique... et de très justifié. Il est loin d'en être de même lorsque la société mère est portée au rang de coemployeur des salariés d'une filiale alors qu'elle s'est toujours abstenue de leur donner directement quelque ordre que ce soit. Conclure au coemploi au seul motif de la confusion d'intérêts, d'activité et de direction est fort audacieux. Pareille analyse revient à traiter le groupe à la manière d'une entreprise en neutralisant les barrières qui, en principe, résultent de la personnalité morale de chacune des entités qui le composent. De proche en proche, cette jurisprudence conduit à s'interroger sur l'éventuelle reconnaissance au groupe, considéré de manière globale, de la personnalité morale. La Cour de cassation n'admet-elle point que la personnalité civile, qui « n'est pas une création de la loi », « 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 » ? Or, il est de nombreux groupes, fortement intégrés, où la direction centrale décide, pour tous, de l'essentiel.

La réalité du pouvoir, ainsi que le relève fort justement Damien Chatard, est concentrée entre les mains des directions commerciale, juridique, financière, internationale constituées au niveau du groupe. Les filiales ne sont que les agents d'exécution d'une politique décidée par la société dominante. Cette dernière s'exprime seule au nom du groupe ainsi doté d'une réelle « possibilité d'expression collective » dont ne bénéficient guère, en revanche, les entités qui le composent... alors même qu'elles sont dotées de la personnalité civile. Mais la reconnaissance de la personnalité juridique à un groupe de sociétés remettrait en cause un élément-clé du régime de la personnalité morale : le rôle de la volonté puisqu'il y aurait inclusion automatique des sociétés contrôlées dans le cercle des membres de la personne morale « groupe ».

D'un point de vue pratique, la reconnaissance au groupe de la personnalité morale laisse sans réponse la question de l'habit juridique que revêtirait cette personne

morale et, au second degré, des règles de fonctionnement qui la régiraient (débat qui n'a pas lieu d'être lorsque la personnalité morale est reconnue à des institutions, tels les comités d'établissement, dont les normes de constitution et de gestion ont été fixées par le législateur). Reconnaître la personnalité morale au groupe aurait en outre pour conséquence qu'il serait, en tant que tel, ipso facto, considéré comme partie aux opérations conduites par les filiales ; les salariés seraient promptement reconnus comme salariés de la filiale et du groupe. Pour l'heure, et tant que le législateur n'en décidera pas autrement, il est préférable de rester dans une situation hybride, le groupe, même parvenu à un haut degré d'intégration, étant considéré, à certains égards, comme une entreprise sans être pour autant doté de la personnalité civile : quasi-entreprise, il a acquis les traits d'une quasi-personne morale ; aller au-delà serait inopportun. Reste à dégager des solutions qui permettent de rendre compte de la présence d'un « décisionnaire » étranger à la relation contractuelle nouée par une filiale avec ses salariés sans pour autant s'engager dans la voie de l'anéantissement des effets normalement attachés à la personnalité juridique des filiales, ce qui, en pratique, serait l'inéluctable conséquence de la reconnaissance de la personnalité morale au groupe.

Damien Chatard a su remarquablement mettre en lumière l'ambiguïté de la situation créée par la présence de groupes fortement intégrés, concentrant au niveau le plus élevé la réalité du pouvoir. Employeur « esquissé », le « groupe », c'est-à-dire en vérité la société dominante, ne saurait échapper au jeu des responsabilités qu'emportent les pouvoirs exercés. Pouvoir et responsabilité forment un couple indissociable : le pouvoir ne saurait légitimement exister sans la responsabilité. Les dirigeants des groupes le savent mieux que quiconque. Ils ne sauraient être surpris que le juge et l'interprète le leur rappellent. Encore faut-il se préoccuper d'articuler les pouvoirs et responsabilités de ceux qui, au plus haut niveau, assurent la direction du groupe avec les pouvoirs et responsabilités qui incombent aux entités qui le composent (et à leurs dirigeants). À cette articulation, Damien Chatard se montre attentif, posant règles et principes avec un sens aigu de la mesure, sachant dégager des solutions équilibrées conjuguant parfaitement analyses doctrinales et considérations pratiques.

Fortement documenté, rigoureusement construit, rédigé dans un style limpide, l'« essai » que nous propose Damien Chatard apporte une contribution majeure à l'étude de la prise en compte, chaque jour plus forte, de l'objet « groupe » au détriment des entités qui le composent... et des équilibres auxquels croyaient être parvenus ceux qui, avec les outils que leur offre le droit des sociétés, en avaient fixé les lignes et dessiné les contours. Autant dire que l'œuvre de Damien Chatard n'intéresse pas que le cercle des spécialistes du droit du travail. À tous ceux qui sont attentifs aux évolutions du droit de l'entreprise, il apporte outil de réflexion et clé pour l'action...

Bernard TEYSSIE

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Président honoraire de l'Université*

Sommaire

Principales abréviations.....	IX
Préface.....	XIII
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE GROUPE, UN EMPLOYEUR ESQUISSE

Titre 1 : LE DÉPLOIEMENT DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE	19
Chapitre 1 : L’AFFIRMATION DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE.....	21
Chapitre 2 : LA RÉAFFIRMATION DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE.....	49
Titre 2 : LE DEVENIR DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE	63
Chapitre 1 : L’EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	65
Chapitre 2 : L’EXTINCTION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	97

DEUXIÈME PARTIE

LE GROUPE, UNE RESPONSABILITÉ SUGGÉRÉE

Titre 1 : UNE RESPONSABILITÉ RÉVÉLÉE	137
Chapitre 1 : UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE PARTAGÉE.....	139
Chapitre 2 : UNE RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE RECHERCHÉE.....	151
Titre 2 : UNE RESPONSABILITÉ ORGANISÉE	169
Chapitre 1 : UNE ORGANISATION INDIVIDUELLE DE LA RESPONSABILITÉ.....	171
Chapitre 2 : UNE ORGANISATION COLLECTIVE DE LA RESPONSABILITÉ.....	185
Conclusion générale.....	205
Bibliographie.....	207
Index alphabétique.....	223
Table des matières.....	227

Introduction

« Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité »⁽¹⁾.

1. – **Réflexions.** « La réflexion est la puissance de se replier sur ses idées, de les examiner, de les modifier ou de les combiner de diverses manières »⁽²⁾. Elle désigne la capacité de réfléchir, la qualité d'un esprit qui sait réfléchir ; par métonymie, une ou des réflexions désignent une pensée exprimée par écrit⁽³⁾. Des réflexions peuvent également se concevoir comme un compte-rendu d'une pensée, d'un chemin menant d'un point de départ, en forme de question, à une arrivée, en forme de réponse. Réfléchir sur l'articulation des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés conduit à s'interroger sur les pratiques de conglomerats, fruits de montages juridiques, qui, outils de libération économique, bouleversent les schémas traditionnels.

2. – « Dans le groupe, il y a la pieuvre. On en devine les tentacules qui s'étendent partout. (...) Mais, dans le groupe, il y a aussi l'Arlésienne. Nous en parlons sans le voir, au sens où les juristes voient – les juristes voient quand ils ont clairement qualifié une réalité. Il n'est sans doute pas suffisant d'y voir la pieuvre et l'Arlésienne. Mais pouvons-nous dire quelque chose de plus rationnel » ?⁽⁴⁾ Le groupe de sociétés est un lieu de rencontre du fait et du droit. Complexes et évolutives, les stratégies économiques et financières bousculent parfois la règle de droit, allant, dans certains cas, jusqu'à l'annihiler. Le droit n'épouse pas le fait⁽⁵⁾.

I. – Le déploiement économique des groupes de sociétés

3. – **Statistiques.** Quelques chiffres attestent de l'importance des groupes dans l'économie. Au 1^{er} janvier 2008, l'Institut national des statistiques et des études économiques recensait 40 700 groupes de sociétés employant plus de huit millions et demi de salariés sur le territoire français. Depuis le début des années 1990, l'organisation sous forme de groupes, nationaux ou internationaux, de l'industrie française n'a cessé de croître. Alors qu'en 1994, seulement 40 % des entreprises industrielles de vingt salariés et plus dépendaient d'un groupe, elles étaient 65 % fin 2007, soit 12 100 sociétés, concentrant 88 % des effectifs salariés, réalisant un chiffre d'affaires de 2 274 milliards d'euros et près de 97 % des exportations. Dans certains secteurs, la place des groupes est considérable : trois entreprises sur quatre dépendent d'un

(1) V. Hugo, *Actes et Paroles*, III, Paris et Rome, 1876.

(2) L. de Clapier, marquis de Vauvenargues, *Introduction à la connaissance de l'esprit humain*, 1746.

(3) A. Rey (ss dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2011.

(4) R. Vatinet, *La pieuvre et l'Arlésienne* : Dr. soc. 2010, p. 801.

(5) « Réalité économique fuyante, fluctuante, diversifiée, les groupes de sociétés ressemblent à des hydres dont le droit ne semble pouvoir saisir qu'une tête à la fois » (M.-A. Moreau, *La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée* : Travail et emploi 1992, n° 53, p. 58).

groupe dans la construction navale, aéronautique et ferroviaire, dans la chimie et le plastique. Dans le secteur automobile, 95 % du chiffre d'affaires et des exportations sont réalisés par des entreprises membres d'un groupe.

Ces groupes sont très fortement internationalisés⁽⁶⁾. En France, plus de 14 300 entreprises employant 1 200 000 salariés appartiennent à un groupe possédant au moins une filiale dans un autre État membre. En Europe, les entreprises et groupes d'entreprises, au sens de la directive n° 2009/38 du 6 mai 2009⁽⁷⁾, regroupent plus de 14,5 millions de travailleurs. Au niveau mondial, la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement recensait, en 2008, plus de 82 000 firmes transnationales contre 7 000 à la fin des années 1960⁽⁸⁾, possédant plus de 790 000 filiales étrangères, regroupant 80 millions de salariés et réalisant un chiffre d'affaires total de 29 000 milliards de dollars.

4. – **Finalité.** Expression d'une réalité économique⁽⁹⁾, le groupe de sociétés fait écho à la complexification de l'économie⁽¹⁰⁾. Outil d'adaptation aux contraintes de la mondialisation, la concentration des entreprises⁽¹¹⁾, qui recouvre non seulement toutes les formes de croissance, « mais aussi tous les modes d'intégration, de quasi-intégration, de symbiose et d'agrégation »⁽¹²⁾, permet, *via* la constitution de groupes, de s'affranchir des contraintes du marché. D'abord sectoriels, les groupes se sont étendus, rassemblant des activités non plus identiques mais complémentaires. Les risques économiques s'en trouvent limités ; des économies d'échelle sont réalisées grâce à une division du travail et des fonctions. La concentration économique s'est doublée d'une concentration financière. Les groupes les plus importants sont coiffés d'une holding, société financière sans usine, parfois sans salarié. Logique industrielle et motivations financières se conjuguent.

II. – L'entrelacs des normes

5. – **Solitude.** Si le développement des groupes peut inquiéter⁽¹³⁾, ils ne sont pourtant pas l'objet de nombreux textes. Ils se sont largement construits hors encadrement législatif. Les outils juridiques prévus pour des entités indépendantes ont été utilisés. Inadaptés, ils ont subi des distorsions. Les soumettre à un corps de normes adaptées, tel était l'objet des propositions de lois déposées par le député Cousté

(6) Sources : SESSI – EAE 2007, INSEE, in *L'industrie en France*, 2009.

(7) Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs : JOUE 16 mai 2009, n° L 122/28. On entend par « groupe d'entreprises de dimension communautaire », un groupe qui emploie au moins 1 000 salariés dans des États membres, qui comporte au moins deux entreprises membres du groupe dans des États membres différents et au moins une entreprise membre du groupe qui emploie au moins 150 travailleurs dans un État membre et au moins une autre entreprise membre du groupe qui emploie au moins 150 travailleurs dans un autre État membre.

(8) http://www.unctad.org/fr/docs/wir2010overview_fr.pdf.

(9) M. Pariente, *Les groupes de sociétés et la loi de 1966* : Rev. sociétés 1996, p. 465.

(10) « Comme les hommes, les sociétés balancent entre l'instinct grégaire et la volonté d'indépendance. Les dures lois de la vie économique ne leur laissent cependant souvent le choix qu'entre vivre groupées ou mourir absorbées à moins qu'elles ne préfèrent la lente agonie solitaire » (C. Champaud, *Les méthodes de groupement des sociétés* : RTD com. 1967, p. 1003).

(11) V., R. Houin, *Le groupement d'entreprise vu à l'échelle européenne* : Rev. int. dr. comp. 1965, p. 321.

(12) C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

(13) En ce sens, V., A. Fabre-Pujol, *Face aux grands groupes : quelle politique pour l'emploi et les territoires ?*, Rapp. AN n° 1667, 2 juin 1999.

dans les années 1970⁽¹⁴⁾. Le groupe était caractérisé par la conjonction de trois éléments : un lien de dépendance permettant à la société dominante d'exercer directement ou indirectement par des moyens de droit ou de fait, le pouvoir de direction au sein de la société dominée ; un pouvoir de décision concrétisé par l'existence d'une direction unique ; un lien juridique inter-sociétés consacrant officiellement l'existence du groupe, constitué par un contrat d'affiliation conclu entre la société dominante et les sociétés dépendantes, approuvé par les assemblées générales extraordinaires de chacune des sociétés et publié. Alors seulement le groupe, qui pouvait exister *de facto* antérieurement, accédait à une reconnaissance *de jure*⁽¹⁵⁾. L'accession à ce statut contraignait la société dominante à répondre solidairement de toute dette des entités composant le groupe. Trop rigide, ce système ne fut pas accueilli avec enthousiasme. Le législateur abandonna alors le projet d'un statut général du groupe pour une réglementation plus fragmentée, traitant de certains aspects de son fonctionnement. La notion, plurielle et fonctionnelle, reflète une image différente selon l'angle de vue retenu⁽¹⁶⁾. Mais le droit peine à rattraper la réalité. Le législateur et le juge se montrent toujours réticents à faire du groupe un sujet de droit. Le groupe, en tant que tel, n'a pas la personnalité morale. Or, le traitement juridique d'une situation nécessite qu'elle reçoive une qualification spécifique⁽¹⁷⁾. Les groupes ne passent pas par ce filtre. L'indépendance juridique des entités qui le compose reste une donnée essentielle. Elle contribue à la spécialisation des entités contrôlées et à la multiplication des sources de financement, tout en limitant les risques encourus et les responsabilités supportées. Le groupe permet de cumuler les avantages de la concentration économique et ceux de la décentralisation juridique⁽¹⁸⁾.

6. – Arlésienne. L'appréhension légale du groupe nécessite une certaine stabilité⁽¹⁹⁾. Or, la « financiarisation » de l'économie a pour effet d'en modifier profondément l'esprit, les objectifs et les modes de fonctionnement⁽²⁰⁾. Le groupe est souvent marqué du sceau de l'instabilité : il évolue sans cesse au gré des transformations de l'environnement économique, financier, social et des évolutions du marché⁽²¹⁾. Son appréhension n'en est que plus complexe. Il ne s'agit plus seulement d'accumuler du capital et de rentabiliser des investissements, généralement des dividendes, fruits d'activités pérennes. Le groupe veille aussi, parfois, à valoriser les entités qui le composent pour les céder ensuite plus aisément. Des « sociétés tiroirs » sont apparues, pouvant changer d'associés plusieurs fois par jour. La fluidité des titres accompagne le mouvement précédent : les investisseurs institutionnels procèdent de préférence à des acquisitions de titres qu'ils pourront revendre rapidement. Le

(14) Prop. de loi n° 1055, 19 févr. 1970. – Prop. de loi n° 52, 2 avr. 1973. – Prop. de loi n° 1211, 1^{er} août 1974. – Prop. de loi n° 522, 28 juin 1978.

(15) J. Paillusseau (ss dir.), *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, 1991, p. 3, n° 1000.

(16) Th. Gauthier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, préf. Y. Reinhard, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 2000, n° 5.

(17) « Pour pénétrer dans le droit, les faits ont besoin d'être conceptualisés. (...) Un fait ne peut produire d'effets juridiques par ses qualités intrinsèques » (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^e éd. 1999, n° 275).

(18) V., G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd. 1982, p. 114. – Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, 1991. – M. Germain, *Les sociétés commerciales, Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, LGDJ, 19^e éd. 2009, n° 2014.

(19) R. Vatinet, préc.

(20) Ch. Hannoun, *L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail* : RDT 2008, p. 288.

(21) L. Sablé, *Restructurations préalables et opérations de marché* : RD bancaire et fin. 2008, étude 3.

groupe est ainsi contraint de procéder à des découpages minutieux de ses activités permettant une évaluation et une cession rapide. Les montages financiers complexes, dits « à effet levier », se superposent souvent aux structures de production⁽²²⁾. Les stratégies financières se multiplient pour limiter les risques. Les sociétés passent à l'arrière-plan, « réduites parfois à n'être que le sous-jacent de produits dérivés »⁽²³⁾. Le groupe devient évanescent. « Il est une toile de fond invisible, irréductible à toute définition légale. C'est l'Arlésienne »⁽²⁴⁾.

A. – L'identification normative du groupe de sociétés

7. – Traiter des groupes de sociétés consiste à appréhender des situations de fait, mâtinées de règles de droit, parfois en contradiction avec elles. Un travail de définition, avant tout, s'impose. D'aucuns évoquent presque indifféremment le groupe, la société et l'entreprise⁽²⁵⁾. Or, pour donner raison à Leibniz⁽²⁶⁾, si des termes différents sont utilisés, les réalités auxquelles ils renvoient sont nécessairement différentes.

8. – **L'entreprise.** En droit commercial, l'entreprise est perçue comme un établissement industriel ou commercial. Une entité consacrée à la production de biens ou de services à destination des marchés et financièrement indépendante d'autres entités. L'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) définit l'entreprise comme « la plus petite combinaison d'unités légales de droit français qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment par l'affectation de ses ressources courantes ». Cette définition de l'entreprise est celle retenue par le règlement (CEE) du Conseil du 15 mars 1993 relatif aux unités statistiques d'observation et d'analyse du système productif. Elle est utilisée dans le décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 pris en application de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. L'entreprise représente la réalité économique et sociale de l'activité produite. Des branches du droit l'appréhendent directement, tel est le cas du droit de la concurrence, du droit fiscal ou du droit des entreprises en difficulté. Pourtant, l'entreprise n'a pas de statut juridique. Elle n'a pas, en tant que telle, la personnalité morale.

9. – **La société.** Une définition de la société nous est donnée par l'article 1832 du Code civil. Elle « 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 ». L'INSEE la définit comme « une entité juridique, créée dans le but de produire des biens ou des services pour le marché, qui peut être une source de profit ou d'autres gains financiers pour son ou ses propriétaires ; elle est la propriété collective de ses propriétaires, qui ont le pouvoir de désigner les administrateurs responsables de sa direction géné-

(22) Ch. Hannoun, *Méthodologie d'un droit des montages contractuels* : RDC 2007, p. 1036.

(23) M. Frison-Roche, *Droit économique, concentration capitalistique et marché*, in *Philosophie du droit et économie : quel dialogue ?* : Mél. en l'honneur de G. Farjat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 37.

(24) R. Vatinet, préc.

(25) V., par ex., en droit du travail, l'article L. 3344-1 du Code du travail qui évoque les dispositifs d'épargne au sein « d'un groupe constitué par des entreprises » et l'article L. 3344-2 qui évoque les dispositifs d'augmentation du capital pouvant être mis en place au sein « d'un groupe constitué par des sociétés ».

(26) G.-W. Leibniz, *Essai de Théodicée*, 1710.

rale ». L'organisation structurelle et fonctionnelle de la société est régie par un corps de textes spécifiques selon la forme sociétale choisie. Dotée de la personnalité morale, la société est l'enveloppe juridique de l'entreprise. Elle y trouve les moyens juridiques de son existence. Elle lui procure une nationalité, une dénomination sociale, un siège social, une durée de vie. Elle lui assure un patrimoine mais l'expose aussi à des engagements de responsabilité civile et pénale. Représentées par un ou plusieurs organes sociaux détenteurs du pouvoir, elles sont juridiquement indépendantes mais ces principes fondamentaux sont parfois substantiellement affectés par la réalité économique et sociale des groupes de sociétés. Chaque société est une pièce d'un tout : un rôle lui est assigné, des missions lui sont dévolues. D'indépendance, il n'est plus question.

10. – Regard d'économiste. Pour les économistes, « les entreprises (...) comprennent les agents économiques dont la fonction principale est de produire des biens et services destinés à la vente »⁽²⁷⁾. L'entreprise est nécessairement unipersonnelle. La présence de plusieurs associés la transforme en société⁽²⁸⁾. Le groupe constitue un stade ultime d'organisation. Il a une dimension fortement impersonnelle⁽²⁹⁾, en ce qu'il est souvent démesuré ; mais nous pourrions sous un angle juridique reprendre ce qualificatif pour renvoyer à l'absence de personnalité morale.

11. – Choix. Identifier et caractériser le groupe, en tant que tel, pour tirer les conséquences juridiques de son existence, telle peut être la seule ambition. La volonté peut aussi être exprimée d'établir l'existence d'un groupe de sociétés pour lui appliquer des règles particulières. Telle est la voie empruntée par la France avec pour inconvénient majeur d'aboutir à autant de définitions du groupe et de critères de son existence qu'il y a de textes particuliers se référant à cette notion.

12. – Participation. Un groupe n'existe qu'en présence d'au moins deux sociétés reliées entre elles. Pour l'appréhension de sa dimension financière, la constatation de participations de cette nature peut suffire, sachant que, selon le droit des sociétés, la société qui possède une fraction comprise entre 10 % et 50 % du capital d'une autre est réputée avoir une participation dans celle-ci⁽³⁰⁾. Dès lors que la participation est supérieure à la moitié du capital, un lien de filialisation est caractérisé⁽³¹⁾.

13. – Le droit de l'Union européenne reconnaît la qualité de société mère à toute société d'un État membre qui détient au moins 10 % du capital d'une société d'un autre État membre⁽³²⁾. La directive du 23 juillet 1990 ouvre aux États, par voie d'accord bilatéral, la faculté de remplacer le critère de participation dans le capital par celui de la détention des droits de vote. Leur est également reconnue la faculté de ne pas appliquer la directive aux sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société

(27) B. Brunhes, *Présentation de la comptabilité nationale française*, Dunod, 6^e éd. 1991.

(28) Du latin *socius*, compagnon, associé.

(29) J.-K. Galbraith, *Le nouvel État industriel*, Gallimard, 1967.

(30) C. com., art. L. 233-2.

(31) C. com., art. L. 233-1.

(32) Dir. n° 90/435 du Conseil, 23 juin 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents : JO n° L 225, 20 août 1990, modifiée par Dir. n° 2003/123 du Conseil, 22 déc. 2003 : JO n° L 007, 13 janv. 2004, p. 0041.

mère, ni aux sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation.

14. – Contrôle. La prise de participation conduit à une prise de contrôle plus ou moins importante. Une société en contrôle une autre lorsqu'elle possède dans celle-ci une participation majoritaire en capital et en droits de vote⁽³³⁾. La notion de contrôle⁽³⁴⁾ se confond avec les moyens qui permettent de le détenir⁽³⁵⁾. Elle renvoie d'abord à la notion de pouvoir, c'est-à-dire à la possibilité de prendre des décisions relatives notamment à l'organisation, à l'activité, à l'affectation des moyens, aux choix stratégiques. Contrôler une société, c'est détenir le pouvoir. Détenir la majorité du capital assure, en principe, de détenir la majorité des droits de vote, donc de façonner les décisions de l'assemblée des associés.

15. – Influence. Le législateur, parfois, se réfère à la notion d'influence, qu'elle soit déterminante ou notable pour identifier le périmètre du groupe. En droit comptable, est pris en considération le « droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise »⁽³⁶⁾. L'influence est alors déterminante. Elle se distingue de l'influence notable, laquelle « est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise »⁽³⁷⁾, mais qui ne permet pas d'affirmer l'existence d'un contrôle exclusif.

De ces notions, une application différente est faite selon les branches du droit.

16. – Droit fiscal. Il n'existe, en matière fiscale, aucune définition légale du groupe de sociétés. Le phénomène a toutefois été pris en compte. Depuis 1988, la section VIII du chapitre II du titre premier de la première partie du livre premier du Code général des impôts est intitulé « Groupes de sociétés ». Les normes fiscales sont nombreuses à appréhender le groupe.

17. – Intégration fiscale. Le régime de l'intégration fiscale prévu à l'article 223-A du Code général des impôts⁽³⁸⁾ permet à la société mère française dont le capital n'est pas détenu directement ou indirectement à 95 % par une autre personne morale, d'être seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe. Le périmètre du groupe est celui des personnes morales françaises soumises à l'impôt sur les sociétés dont la société mère détient au moins 95 % du capital⁽³⁹⁾.

(33) C. com., art. L. 233-3.

(34) V., A. Couret, *Retour sur la notion de contrôle* : RJDA 4/1998, p. 279. – M. Stork, *Définition légale du contrôle en droit français* : Rev. sociétés 1986, p. 385.

(35) J. Paillusseau, préc., n° 15.

(36) C. com., art. L. 233-16, III.

(37) C. com., art. L. 233-16, IV.

(38) Texte issu de l'article 68 de la loi n° 87-1060 portant loi de finances pour 1988 : JO 31 déc. 1987, p. 15485.

(39) Pareil régime existe dans d'autres États. Ainsi, aux États-Unis, seuls les résultats des sociétés détenues au moins à 80 % par la société mère peuvent être pris en compte. Au Danemark, en revanche, ce régime fiscal est obligatoire. Le périmètre du groupe s'étend à toutes les sociétés dont la société mère détient au moins 50 % du capital. Les Pays-Bas retiennent le même taux de possession que la France, c'est-à-dire au moins 95 % (Ministère des Finances du Canada, *L'imposition des groupes de sociétés*, nov. 2010, Ann. 4). Le droit espagnol connaît un régime d'intégration fiscale à l'intérieur du groupe. Au sens de ce régime, la société dominante (*cabeza del grupo*) doit détenir, directement ou indirectement, plus de 75 % du capital social de la société dominée (*dependiente*) pendant une durée ininterrompue d'un an

Le contrôle doit avoir été exercé de manière continue pendant l'exercice fiscal considéré, directement ou indirectement, par l'intermédiaire des sociétés du groupe.

18. – La notion de groupe est ici relativement étroite. La caractérisation du groupe suppose qu'un pouvoir de contrôle, à hauteur de 95 %, soit constaté entre la société mère et ses filiales, et que ces entités soient toutes passibles de l'impôt sur les sociétés. Sont donc exclues du périmètre les sociétés en nom collectif n'ayant pas opté pour le régime de l'impôt sur les sociétés⁽⁴⁰⁾.

19. – Une instruction de la Direction générale des impôts du 8 mai 1988 définit le groupe de sociétés comme l'ensemble formé par la société mère et ses filiales dont les résultats sont pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble dans les conditions de l'article 68 de la loi de finances pour 1988. Si cette définition est précieuse en raison de sa rareté, elle ne contribue que peu à l'édification d'une notion générale du groupe de sociétés, en raison de la spécificité des renvois au droit fiscal qu'elle contient⁽⁴¹⁾.

20. – **Sociétés liées.** L'article 145 du Code général des impôts permet d'éviter une double imposition lorsque la filiale distribue des dividendes à la société mère. Celle-ci n'est soumise à l'impôt sur les sociétés sur les sommes ainsi encaissées qu'à concurrence d'une quote-part de frais et charges fixée à 5 % par l'article 216 du Code général des impôts.

Les critères du groupe sont ici moins restrictifs qu'en matière d'intégration fiscale. Pour prétendre à l'exonération, la société mère doit seulement posséder 5 % du capital de la filiale⁽⁴²⁾. La nationalité des sociétés est indifférente. Elles doivent, en revanche, être soumises à l'impôt sur les sociétés⁽⁴³⁾.

à compter du premier jour de l'exercice concerné. La *cabeza del grupo* ne doit pas, à son tour, être détenue, directement ou indirectement, à plus de 75 % par une autre société. La société dominée doit être domiciliée sur le territoire espagnol et être soumise à l'impôt sur les sociétés. Le droit britannique offre plus de souplesse. Au sein d'un groupe de sociétés, une société peut transférer les pertes qu'elle a subies à une autre pour qu'elle puisse les déduire de ses propres bénéfices de même nature. Pour bénéficier de ce régime de *group relief*, une société doit être résidente du Royaume-Uni ou d'un autre État membre de l'Union européenne. La société qui renonce à ses pertes (*surrendering company*) doit toutefois être assujettie à l'impôt sur les sociétés dans son pays de résidence au titre de son siège social ou d'un établissement permanent. Elle doit également être filiale à 75 % de la société mère et membre du même groupe que la société qui va compenser ses pertes (*claimant company*).

(40) Celles-ci font l'objet d'une imposition au nom personnel des associés à due proportion de leurs droits (CGI, art. 8).

(41) Th. Gauthier, préc., n° 8.

(42) La même condition est prévue par la législation espagnole. La société filiale doit être une société résidente. La société mère doit détenir une participation, directe ou indirecte, d'au moins 5 % dans le capital de la filiale qui doit résider sur le territoire. En Autriche, l'exonération des dividendes en provenance de sociétés filiales résidentes n'est soumise à aucune condition tenant à un pourcentage minimal de détention du capital par la société mère. Toutefois, lorsque les dividendes proviennent d'une filiale étrangère, le régime d'exonération n'est acquis qu'à condition que la société mère autrichienne en détienne au moins 10 %. Le Royaume-Uni pratique lui aussi l'exonération sur la totalité des dividendes perçus des sociétés filiales résidentes britanniques. Lorsque les dividendes proviennent de sociétés filiales étrangères, ils sont en principe compris dans la base imposable au titre de l'impôt sur les sociétés. Toutefois, à la condition d'en détenir au moins 10 %, la société mère britannique bénéficiera d'un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt sur les sociétés payé par la filiale dans son pays de résidence. En Belgique, un minimum de détention de 10 % est également exigé. De plus, si la société filiale est étrangère, elle doit être soumise, au titre de l'impôt sur les sociétés, à un taux d'imposition au moins égal à celui en vigueur en Belgique, ce qui exclut les produits des filiales résidentes de paradis fiscaux. Le régime des produits de filiales appliqué au Luxembourg est très proche du système belge. Un régime similaire est prévu par le droit luxembourgeois (*L'imposition des groupes de sociétés en Europe, un nouveau pas vers la convergence fiscale*, Rapport du Cercle des Européens, Institut de l'Europe HEC, 2010).

(43) CE, 15 déc. 2004, n° 235069, *Sté Denkvit International BV et SARL Denkvit France* : RJF 2005, 233, p. 143, concl. Donnat.

21. – Au-delà, les groupes de sociétés font l'objet de prises en compte ponctuelles⁽⁴⁴⁾. La notion de groupe est toujours éminemment fonctionnelle. L'objectif principal est de « lisser » l'imposition afin d'éviter que les groupes ne bénéficient indûment de niches fiscales ou, au contraire, soient trop lourdement taxés.

22. – **Droit des sociétés.** Le droit des sociétés ne propose aucune définition du groupe. Son existence n'est reconnue qu'indirectement par le biais de liens de participation ou de contrôle entre deux ou plusieurs sociétés. Selon les systèmes juridiques, les définitions divergent.

23. – **Outre-Manche.** Le droit des sociétés britannique définit la filiale comme une société détenue par une autre, la société holding. La relation mère-fille est établie lorsqu'une société remplit au moins l'une des conditions suivantes : elle détient la majorité des droits de vote de la filiale ; elle contrôle la majorité des droits de vote de la filiale en vertu d'un pacte d'actionnaires ; elle détient le pouvoir de nommer ou révoquer la majorité des membres du conseil d'administration.

24. – **Outre-Rhin.** La loi allemande distingue groupes de droit et groupes de fait. Dans les premiers, les rapports entre société dominante et sociétés dominées peuvent être régis par un contrat d'affiliation. L'intégration fiscale des pertes et des bénéfices est assurée au niveau du groupe ; un pouvoir de contrôle étendu est accordé sur la société dominée. Le contrat de domination⁽⁴⁵⁾ permet à la société dominante de donner des instructions contraignantes à la société dominée, y compris si elles lui sont préjudiciables, dès lors que ces consignes servent l'intérêt du groupe. À ce type de contrat est souvent joint un contrat de transfert de profits, vecteur de déduction fiscale des pertes des entreprises contrôlées. La société dominante jouit, de droit, d'une relative liberté dans la direction du groupe. La loi assure néanmoins aux actionnaires minoritaires, que le contrat de domination soit accompagné ou non de la conclusion d'un contrat de transfert de profits, un « pourcentage approprié » du bénéfice annuel. En outre, l'accord de contrôle ou de transfert de bénéfices s'accompagne de l'obligation, pour la société dominée, de racheter les actions des actionnaires minoritaires à leur demande moyennant une indemnité équitable fixée par voie d'accord. Les créanciers sont protégés de façon indirecte par l'obligation qui est faite à la société dominante de combler, pendant la durée de l'accord, les pertes constatées. Les groupes de fait recouvrent les autres situations, donc celles dans lesquelles la domination s'exerce en dehors de tout formalisme.

25. – **Retour en France.** Un rapport du sénateur Philippe Mariani⁽⁴⁶⁾ préconisait d'introduire, sur le modèle du droit allemand, une option de contrôle renforcé pour les sociétés contrôlées par un actionnaire, titulaire de plus des deux tiers du capital de la société dominée. Dans ce cas, la société dominante aurait pu disposer plus facilement des actifs de la société dominée. La « primauté des intérêts du

(44) J. Egal, *L'approche en droit fiscal*, in *Le droit des groupes de sociétés*, préc., n° 1200 et s.

(45) *Beherrschungsvertrag*.

(46) Ph. Mariani, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996. – Adde, Th. Bonneau, H. Hovasse et D. Vidal, *La modernisation du droit des sociétés, le rapport Mariani : Dr. sociétés nov. 1996*, chron. p. 4.

groupe sur ceux de la société dominée »⁽⁴⁷⁾ aurait été affirmée. Si cette proposition n'a pas trouvé traduction, le droit des sociétés n'ignore pas pour autant la réalité des groupes.

26. – La notion est appréhendée par le droit des sociétés à travers celle du contrôle : celui exercé par une société sur une ou plusieurs autres. Selon les articles L. 233-3 et L. 233-4 du Code de commerce, une société en contrôle une autre « lorsqu'elle détient, directement ou indirectement, une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales » ; « lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord conclu, avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société » ; « lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales » ; « lorsqu'elle dispose, en tant qu'associé, du pouvoir de nommer ou révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance ». En revanche, elle n'est que présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ne détient directement ou indirectement une fraction de ces droits supérieure à la sienne⁽⁴⁸⁾. Deux personnes, ou plus, agissant de concert en contrôlent conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale⁽⁴⁹⁾.

27. – **Droit pénal des sociétés.** Le droit pénal s'intéresse à l'abus de biens sociaux. Il a donné l'occasion à la chambre criminelle de la Cour de cassation de faire émerger la notion d'unité économique⁽⁵⁰⁾. Le groupe est lu comme une unité économique ayant un objet social propre distinct de celui de chacune des entités qui le constituent. Une structure existe, permettant l'expression d'une stratégie et d'un intérêt commun aux sociétés rassemblées⁽⁵¹⁾.

28. – **Droit social.** En droit social, comme ailleurs, mais plus qu'ailleurs, le groupe est une notion transversale. Il est « une notion fonctionnelle, rebelle à toute définition unique » alors même que, des restructurations aux institutions représentatives du personnel, en passant par l'épargne salariale ou la négociation collective, il est devenu une pièce maîtresse du droit des relations de travail.

29. – Appréhender le groupe pour garantir l'effectivité de droits collectifs conçus initialement pour l'entreprise est nécessaire. Mais cette adaptation suppose une définition du groupe arrêtée sur le modèle de l'entreprise. Participe de cette démarche l'émergence de la notion d'unité économique et sociale, assimilée à une entreprise pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Elle ne permet pas, néanmoins, de saisir les formes les plus complexes de concentration. Une approche plus sophistiquée, combinant le modèle de l'entreprise avec celui de la société commerciale, s'imposait⁽⁵²⁾. Qu'il s'agisse de la mise en place d'un comité

(47) Ph. Mariani, préc., p. 88.

(48) C. com., art. L. 233-3-II.

(49) C. com., art. L. 233-3-III.

(50) Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : *Bull. crim.* 1985, n° 85 ; *JCP G* 1985, 14614, note W. Jeandidier.

(51) V., Ch. Freyria et J. Clara, *De l'abus de biens sociaux et de crédit en groupe des sociétés* : *JPC CI* 1993, I, 247, n° 6.

(52) R. Vatinet, préc., n° 7.

de groupe ou de la négociation d'accords de groupe, l'identification d'une société dominante est indispensable⁽⁵³⁾.

30. – Emprunts au droit commercial. Le droit du travail emprunte au Code de commerce la définition de la filiale et celle du contrôle. Le renvoi opéré par l'article L. 2331-1 du Code du travail donne au groupe un champ très large, tenant compte de l'exercice par une société dominante sur une société ayant son siège sur le territoire français d'un contrôle de droit mais également de fait. Entrent dans le périmètre du groupe toutes les filiales de la société dominante, donc toute société dont cette dernière possède plus de la moitié du capital, et toute société dans laquelle la société dominante détient une participation capitalistique lui conférant la majorité des droits de vote lors des assemblées générales ou dispose de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord, non contraire à l'intérêt social, conclu avec d'autres actionnaires. Au-delà, relèvent du groupe toutes les sociétés contrôlées en fait par la société dominante, c'est-à-dire toutes celles au sein desquelles cette dernière a, en pratique, le pouvoir de déterminer, par les droits de vote qu'elle détient, les décisions prises en assemblée générale. La notion de contrôle s'apprécie société par société. Elle ne se dilue pas au fur et à mesure qu'est déclinée la chaîne de contrôle⁽⁵⁴⁾.

31. – Emprunt au droit européen. La notion d'influence dominante est empruntée au droit de l'Union européenne. Selon l'article 3 de la directive n° 2009/38 du 6 mai 2009, le contrôle est « l'influence dominante » que « l'entreprise qui exerce le contrôle » peut exercer sur une ou plusieurs « entreprises contrôlées ». Il peut résulter de la propriété exercée, de la participation financière détenue, de règles spécifiques. L'influence dominante est présumée établie lorsqu'une entreprise détient, directement ou indirectement, la majorité du capital ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises ou peut nommer la majorité des membres du conseil d'administration, de direction ou de surveillance.

32. – Exclusion. Un groupe suppose un centre de pouvoir élaborant les stratégies et politiques communes, opérant des arbitrages, à la manière d'un chef d'entreprise. Demeurent hors de la notion de groupe les réseaux d'entreprises, tels les groupements d'intérêt économique, qui prennent appui sur le droit des contrats. De même, la société dominante devant être reliée aux sociétés dominées par des liens financiers, avec une participation au capital d'au moins 10 %⁽⁵⁵⁾, sont exclues les sociétés de gestion de fonds d'investissement et les fonds eux-mêmes dont les participations peuvent être moindres même si leur influence économique peut être importante. Le droit du travail n'appréhende pas totalement le déplacement du pouvoir économique vers les investisseurs.

33. – Synthèse. En définitive, le groupe de sociétés peut, *a minima*, se définir comme la situation dans laquelle sont présentes au moins deux sociétés, l'une

(53) V., C. trav., art. L. 2331-1 et L. 2332-31. En matière d'épargne salariale cependant, le groupe est « constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques » (C. trav., art. L. 3344-1), ce qui n'implique pas nécessairement l'existence d'une entreprise dominante.

(54) Ch. Hillig-Poudevigne et G. Louvel, *La notion de groupe à l'épreuve du droit social* : JCP E 2005, 1393.

(55) C. trav., art. L. 2331-1, II.

contrôlant l'autre : il est « un ensemble de sociétés, ayant chacune une existence juridique propre, mais qui se trouvent unies entre elles par des liens divers sur la base desquels l'une d'entre elles, habituellement qualifiée de société mère, exerce un contrôle sur l'ensemble, faisant ainsi prévaloir une unité de décision économique »⁽⁵⁶⁾. Il est composé d'un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique⁽⁵⁷⁾. Deux éléments fondent la notion : un élément objectif, tenant à des liens financiers ou contractuels⁽⁵⁸⁾ ; un élément subjectif, lié à l'existence d'une volonté supérieure à celle des sociétés membres du groupe, assurant l'unité de direction, fixant la politique menée. Révélatrice d'un « esprit de groupe »⁽⁵⁹⁾, cette volonté individuelle transcendée⁽⁶⁰⁾ serait l'âme du « principe de hiérarchie »⁽⁶¹⁾ qui préside à la constitution des groupes. Indépendantes juridiquement, les sociétés filiales sont placées sous la direction commune d'un même sujet de droit, la société mère⁽⁶²⁾.

34. – Fonctionnement. Par-delà leur diversité, le fonctionnement des groupes présente des points communs. La direction commune, la politique économique globale et l'unité financière assurent la réalité du groupe de sociétés, marquée par l'assujettissement des filiales à une direction économique unique, corollaire du contrôle exercé sur leur patrimoine⁽⁶³⁾. La taille du groupe peut néanmoins imposer une décentralisation du pouvoir dans des directions de divisions créées par secteurs d'activités, responsables de la réalisation des objectifs fixés par la société mère⁽⁶⁴⁾. Mais cette décentralisation ne saurait masquer la perte de la souveraineté⁽⁶⁵⁾ des filiales, privées de la maîtrise des décisions fondamentales. Les choix économiques majeurs sont dictés par la direction centrale en fonction de l'intérêt du groupe et compte tenu des moyens humains, financiers et matériels dont il dispose⁽⁶⁶⁾.

35. – Nature. Entité mouvante. Le groupe évolue sans cesse. Confronté au groupe de sociétés, le spécialiste de droit social est partagé entre excitation et préoccupation. Excitation devant la complexité du groupe qui impose un effort de compréhension, rendant par là même le travail à accomplir plus stimulant. Préoccupation

(56) J. Mestre et C. Blanchard-Sébastien, *Lamy Sociétés commerciales*, 1999, n° 1791.

(57) Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial et sociétés*, Economica, 10^e éd. 1998, n° 580.

(58) Associés, dirigeants notamment.

(59) Ch. Hannoun, préc., n° 97.

(60) P. de Fontbressin, *La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes* : *RJ com.* 1988, p. 285, cité par Th. Gauthier, préc., n° 32. Pour cet auteur, l'existence de cette volonté transcendée constituerait un critère d'existence des groupes, qui permettrait d'écarter les « apparences de groupe » : lorsqu'une personne tente de faire croire à l'existence d'un groupe alors qu'il n'y a que société et entrepreneur isolé, lorsque les sociétés sont seulement unies par une communauté de dirigeants, sans lien économique ou financier.

(61) M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1959, n° 3.

(62) « Une telle forme de société [holding], n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire et que son rôle consiste précisément à exercer un contrôle sur les filiales pour définir la politique économique de l'ensemble » (CA Paris, 18 juin 1986 : *Rev. sociétés* 1986, p. 422, note Y. Guyon).

(63) I. Vacarie, *L'employeur*, préf. G. Lyon-Caen, Sirey, 1979, n° 9.

(64) « Mais il est bien évident que les pouvoirs détenus par ces divisions demeurent, quelles que soient les ambitions de décentralisation, subalternes au pouvoir de stratégie financière, voire commerciale, que détient la société dominante. La notion de groupe qui implique toujours l'unité de direction financière ressentie avec plus ou moins d'intensité commande la subordination des divisions qui n'ont jamais une totale autonomie » (Centre de recherche de droit social de l'université Paris I, *Recherche sur la représentation des salariés dans les groupes et les holdings*, ss dir. G. Lyon-Caen, p. 12).

(65) V., Ch. Hannoun, préc., n° 15.

(66) V., J. Paillusseau, *Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réformes* : *RTD com.* 1972, p. 813.

car le juriste est sans cesse à la recherche de la règle de droit applicable. Or, le groupe a deux visages. Il est « plurijuridique » et « ajuridique »⁽⁶⁷⁾ : plurijuridique car son organisation, sa structure et son fonctionnement répondent à une construction juridique complexe et multidisciplinaire ; ajuridique car il n'existe pas en lui-même, faute de personnalité morale.

B. – La norme sociale dans le groupe de sociétés

36. – Turbulences. Les relations de travail, dans leur dimension collective et individuelle, sont nécessairement influencées par la présence du groupe. La mutation du sentiment d'appartenance de la société vers le groupe n'est pas que sociologique ; il reçoit traduction dans la mesure où le groupe exerce un certain nombre de prérogatives dévolues à l'employeur. Avec le groupe de sociétés, le contrat de travail trouve ses limites. *L'intuitu personae* qui, en principe, le caractérise, est remis en cause, le salarié n'entretenant parfois aucun rapport avec la société qui l'a recruté, mais qui se borne ensuite à le mettre à la disposition des différentes filiales du groupe. Au-delà, licenciements, plans de sauvegarde de l'emploi, recherche des possibilités de reclassement sollicitent le groupe.

37. – Brouillard. L'image de l'employeur finit par être brouillée par la réalité des groupes de sociétés. Son identification dans un groupe de sociétés ne peut se limiter à la recherche du contractant : « Dès que l'entreprise est à structure complexe, la référence au contrat de travail paraît sinon inadéquate du moins inadaptée »⁽⁶⁸⁾. L'identification de l'employeur ne peut se limiter à la seule recherche du donneur d'ordre. Une réflexion s'impose sur la répartition des rôles entre la société employeur et le groupe. Les habits de l'employeur siéent presque au groupe. Le droit du licenciement pour motif économique n'est pas loin d'en fournir illustration.

38. – Définition. Depuis le début des années 1990, le groupe constitue le lieu d'appréciation du motif économique⁽⁶⁹⁾. « Le groupe devient un espace économique reconnu, parce qu'une protection accrue des salariés en cas de licenciement pour motif économique avait été jugée nécessaire »⁽⁷⁰⁾. Voilà la justification. La Cour de cassation, au nom du principe directeur qui anime le droit du travail, c'est-à-dire la protection du « salarié-partie-faible-au-contrat », fait fi de l'indépendance juridique des sociétés pour durcir les règles en vigueur. « Les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée »⁽⁷¹⁾.

39. – Consultation. Les articles L. 1233-28 et suivants du Code du travail imposent la consultation des instances représentatives du personnel avant que l'employeur⁽⁷²⁾ ne prononce des mesures de licenciement pour motif économique.

(67) Termes empruntés à Ph. Coursier, *Négociation(s) de groupe, La négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2004, p. 53.

(68) B. Boublil, *La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, in *Le droit du travail et les groupes de sociétés*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 1999, p. 23.

(69) Cass. soc., 25 juin 1992 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 420 ; *JCP E* 1992, I, 197, n° 5, obs. P. Coursier.

(70) Q. Urban, *Le licenciement pour motif économique et le groupe* : *Dr. soc.* 1993, p. 279.

(71) Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 123 ; *D.* 1995, 503, note M. Keller.

(72) Notons la subtilité du législateur qui n'emploie pas les termes de chef d'entreprise ou de direction mais utilise celui d'employeur, laissant ainsi le champ libre à une appréciation plus large.

Mais comment donner du sens à la règle posée lorsque le décideur n'est pas l'entreprise ? La philosophie de l'information et de la consultation appelle sa mise en œuvre à tous les niveaux de décision. Or, le Code du travail ne requiert pas l'information et, *a fortiori*, la consultation du comité de groupe. La Cour de justice de l'Union européenne abonde dans le même sens : « L'adoption au sein d'un groupe d'entreprises de décisions stratégiques ou de modifications d'activités qui contraignent l'employeur à envisager ou à projeter des licenciements collectifs fait naître pour cet employeur une obligation de consultation des représentants des travailleurs (...) ; dans le cas d'un groupe d'entreprises composé d'une société mère et d'une ou de plusieurs filiales, l'obligation de consultation avec les représentants des travailleurs naît dans le chef de la filiale qui a la qualité d'employeur »⁽⁷³⁾.

40. – Investigation. L'article L. 1233-4 du Code du travail rend obligatoire une recherche de reclassement lorsque sont envisagés des licenciements pour motif économique. Mais là encore, le cadre de la société vole en éclats. La recherche de reclassement doit porter sur l'ensemble des sociétés du groupe, au niveau national et international⁽⁷⁴⁾. Que décider en cas de refus d'une filiale de répondre à la quête de postes de reclassement ? La direction centrale ne dispose pas de moyens juridiques pour contraindre, sur ce point, les autres sociétés du groupe à agir. La Cour de cassation prolonge le propos lorsqu'elle décide 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 ; 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 »⁽⁷⁵⁾. La situation est d'autant plus paradoxale que l'article L. 1235-10 du Code du travail subordonne la validité du plan de sauvegarde de l'emploi aux moyens dont dispose l'unité économique et sociale ou le groupe.

41. – Négociation. La négociation collective de groupe est traditionnellement conduite par un représentant de la société dominante. Il est susceptible d'engager l'ensemble des filiales même sans mandat de ces dernières⁽⁷⁶⁾. Les décisions prises au niveau du groupe s'imposeront dans les filiales, sous réserve du respect du principe de faveur. Les dirigeants des filiales sont responsables de l'application de conventions qu'ils n'ont pas négociées.

42. – Rémunération. Les accords de groupe conclus en matière de rémunération complémentaire⁽⁷⁷⁾ traduisent une approche de la notion de groupe différente de celle empruntée pour la mise en place du comité de groupe ou pour la négociation des accords collectifs de groupe. Il est renvoyé à un dispositif de participation

(73) CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan* : RDT 2010, p. 285, obs. M. Vernac.

(74) Même si depuis la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010, l'employeur peut se soustraire à l'obligation de proposer des reclassements dès lors que le salarié a manifesté la volonté de ne pas recevoir de telles offres, *via* un questionnaire.

(75) Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 84. – J.-M. Olivier, *L'affaire Flodor : suite et presque fin* : JCP S 2010, 1225.

(76) Circ. 22 sept. 2004, fiche 5, pt 1, 2.

(77) C. trav., art. L. 3344-1.

financière « mis en place au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques ». Aucune référence n'est opérée à une entreprise dominante. Le périmètre du groupe est alors difficile à cerner ; son identification est rendue hasardeuse. Or, dans ces accords, le groupe se pose en employeur. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2009 témoigne de cette situation⁽⁷⁸⁾. Un plan de rémunération avait été établi, reposant sur des critères de performance définis par rapport à des objectifs de gain par action et arrêtés chaque année par la société mère située aux États-Unis. La prime était donc variable et non garantie. La chambre sociale a considéré que « faute pour l'employeur d'avoir fixé, au titre d'un engagement unilatéral, des conditions de calcul vérifiables, aucune diminution de la part variable ne pouvait être décidée ». En définitive, faute de lien juridique entre le salarié et la société mère, la réalité juridique rattrape la filiale, seule débitrice des obligations contractuelles envers les salariés. Néanmoins, il est constant que la filiale ne peut se servir du comportement de la société mère comme fait justificatif de la méconnaissance du droit du travail. Ainsi, la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 relative aux transferts d'entreprises affirme que l'employeur (qu'il soit cédant ou cessionnaire) est tenu d'informer et de consulter les représentants du personnel ; il ne peut s'en exonérer en arguant que la décision de transfert émane d'une société qui le contrôle. De même, la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs dispose que les obligations d'information et de consultation des représentants du personnel « s'appliquent indépendamment du fait que la décision concernant les licenciements collectifs émane de l'employeur ou d'une entreprise qui contrôle cet employeur ». L'inertie « voire l'hostilité d'une société mère n'est pas, pour sa filiale, un fait justificatif de la violation des prérogatives des représentants du personnel ou du contrat de travail »⁽⁷⁹⁾.

43. – Tentation. Le donneur d'ordre, la société mère, reste étranger à la relation contractuelle, cachée derrière le voile de la personnalité morale. Face à un tel « paradoxe »⁽⁸⁰⁾, il peut être tentant de désigner le groupe comme étant le débiteur des règles de droit du travail afin que se superposent le périmètre d'exercice du pouvoir de décision de la société dominante et le champ d'application de la règle sociale. Mais, outre un risque fort de délocalisation, une telle mise en corrélation soulèverait plus de questions qu'elle n'en résoudrait en raison de la fluctuation des contours du groupe selon la règle envisagée. De plus, le cantonnement de la personnalité juridique de l'employeur peut, dans une certaine mesure, constituer une protection pour le salarié⁽⁸¹⁾. Il n'est nullement acquis que les salariés gagneraient à une telle évolution. Les groupes de sociétés invitent plutôt à adapter la règle sociale en vigueur à la réalité de ces groupements.

(78) Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 07-44.965, inédit.

(79) P. Morvan, *Variations sur la rémunération dans les groupes de sociétés* : JCP S 2009, 1594.

(80) P. Bailly, *À la recherche du véritable décideur* : *Semaine sociale Lamy* 2011, suppl. n° 1508, p. 111.

(81) Y. Pagnerre, *L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail* : JCP S 2001, 1423.

La Cour de cassation a exclu la validité d'une clause de mobilité personnelle dépassant les frontières juridiques d'une société : « 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 appartient au même groupe ou à la même unité économique et sociale est nulle » (Cass. soc., 23 sept. 2009 : *JurisData* n° 2009-049560 ; JCP S 2009, 1535, note S. Béal et P. Klein).

44. – **Outil « travailliste ».** L'absence de personnalité morale ne doit pas être, pour le groupe, un sanctuaire dans lequel il se réfugie aisément. Le voile social ne doit pas permettre au groupe de sacrifier impunément ses filiales sur l'autel de ses intérêts. La reconnaissance du coemploi permet de rechercher la responsabilité du véritable donneur d'ordre dès lors que peut être constatée entre deux sociétés « une confusion d'intérêts, d'activités et de direction »⁽⁸²⁾.

45. – **Outil « civiliste ».** L'exercice de ce pouvoir économique ne peut-il être également de nature à justifier l'engagement de la responsabilité délictuelle de la société mère au profit des salariés des filiales ? Si l'employeur fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, l'exercice d'une action en dommages et intérêts contre un tiers en raison de fautes commises au détriment de la filiale relève en principe de la compétence exclusive du liquidateur judiciaire, sauf préjudice spécial et distinct qui ne se confond pas avec la défense de l'intérêt collectif des créanciers⁽⁸³⁾. Cette voie est empruntée par la Cour de cassation : « Le fait pour des salariés d'invoquer un préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe, constitue un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective »⁽⁸⁴⁾. Mais comment identifier le lien de causalité existant entre les décisions de la société mère et le préjudice subi par des salariés de filiales ? Faut-il que la société mère ait, par son action, directement conduit la filiale à la ruine ou qu'elle ne lui ait pas consenti, à tort, les moyens de se redresser⁽⁸⁵⁾ ?

46. – **Plan.** À l'heure de la globalisation des relations économiques, il est nécessaire que les décisions stratégiques soient prises au plus haut niveau, c'est-à-dire le groupe. Mais la dichotomie dans l'adoption et la mise en œuvre des décisions ne doit pas avoir pour corollaire l'oubli des responsabilités légitimes de chacun, sans aller, pour autant, jusqu'à faire plier l'autonomie juridique des personnes morales. Le groupe n'est pas l'employeur ; il n'est qu'une esquisse (Première partie). Il faut néanmoins que chacun assume les conséquences de ses décisions. Le droit ne saurait demeurer indifférent au réel (Deuxième partie).

(82) P.-H. d'Ornano, *Le coemployeur* : JCP S 2010, n° 1533.

(83) Cass. com., 4 mars 2003, n° 99-11.836 : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 37.

(84) Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 05-21.239 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 188 ; JCP S 2008, 1081, note F. Dumont.

(85) G. Auzero, *Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés* : *Semaine sociale Lamy* 12 oct. 2009, n° 1416.

LE GROUPE, UN EMPLOYEUR ESQUISSÉ

47. – La relation de travail revêt un sens fort qui la distingue du contrat de travail⁽¹⁾. Elle suppose un ordonnancement des rapports de travail sur un socle de nature institutionnelle, lié à l'appartenance du salarié à l'entreprise. La relation individuelle de travail renvoie au lien qui existe entre un salarié et son employeur, matérialisé par le contrat de travail. « L'incorporation dans la communauté n'est autre que l'adhésion à l'institution, et la relation de travail apparaît comme le lien juridique unissant, dans l'institution, le chef d'entreprise à chacun des membres de son personnel »⁽²⁾. Il n'est dès lors pas illégitime de transposer cette affirmation au groupe de sociétés⁽³⁾ et de considérer celui-ci comme un cadre de déploiement de la relation de travail (Titre 1).

Les rapports individuels de travail reposent, en droit français, sur le contrat de travail. Même si la notion de relation de travail revêt un sens fort, un contrat de travail n'est pas conclu avec le groupe. La relation de travail dans le groupe de sociétés est marquée par le champ de son expression (Titre 2).

(1) V., en ce sens, P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail* : JCP 1944, I, 387.

(2) P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, 1956, n° 348.

(3) V., par ex., Cass. 2^e civ., 28 janv. 2010, n° 08-21.783 : *Bull. civ.* 2010, II, n° 23 ; *RJS* 2010, n° 377 : « La possibilité offerte aux salariés de la société d'acquiescer des actions de la société mère du groupe à un prix préférentiel était nécessairement liée à leur appartenance à l'entreprise, le tribunal, devant lequel l'évaluation du redressement n'était pas en elle-même discutée, en a exactement déduit que les rabais consentis constituaient des avantages soumis à cotisations ».

LE DÉPLOIEMENT DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE

48. – Le particularisme des groupes de sociétés implique de ne pas isoler la relation de travail dans un rapport définitif avec l'employeur de droit. Les relations de travail ne reposent plus nécessairement sur la seule base du lien noué entre l'employeur et le salarié. Ce lien contractuel matérialise la relation de travail. Par ce biais, elle s'affirme et s'inscrit dans le cadre du groupe de sociétés dès la conclusion par le salarié de son contrat de travail (Chapitre 1).

La vie du lien contractuel peut suivre un parcours mouvementé. Dans le brouillard des mobilités multiples ou des mises à disposition successives, la relation de travail reste guidée par ce lien contractuel. La résurgence de celui-ci inscrit davantage la relation de travail dans le périmètre du groupe (Chapitre 2).

L’AFFIRMATION DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE

49. – La relation de travail se noue et s’organise selon un schéma vertical⁽¹⁾. D’abord caractérisé par l’existence d’un lien de subordination⁽²⁾, ce lien juridique « à la fois établit qu’il y a contrat de travail et désigne l’employeur »⁽³⁾. Dans un groupe de sociétés, cette géométrie traditionnelle peut être mise en péril. Lorsqu’un salarié est engagé par une société appartenant à un groupe et, par la suite, est mis successivement à la disposition d’autres sociétés du même groupe, l’horizontalité succède à la verticalité.

Marqué par le particularisme du groupe de sociétés dès sa création (Section 1), le lien contractuel qui unit le salarié à son employeur peut s’étendre au-delà du cercle de l’entreprise. Tel est le cas lorsque le groupe décide de mettre les compétences des salariés à la disposition de ses filiales (Section 2).

S E C T I O N 1

UN LIEN CONTRACTUEL

50. – Si l’identification du partenaire contractuel est théoriquement aisée, différents éléments propres au groupe de sociétés invitent à nuancer l’affirmation de l’employeur-auteur du recrutement. D’une part, la société filiale qui a procédé au recrutement peut n’agir qu’en simple intermédiaire avant de mettre les salariés recrutés à la disposition d’autres sociétés. D’autre part, les filiales disposent d’une autonomie relative vis-à-vis de la société mère. Le juriste est invité à se demander avec qui le salarié contracte réellement (§ 1). Mais, si l’identification du véritable

(1) A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 738.

(2) Le lien de subordination se caractérise par l’exécution d’une prestation de 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 ses subordonnés (Cass. soc., 13 nov. 1996 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 386 ; Dr. soc. 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; JCP E 1997, II, 911, note J. Barthélémy).

(3) G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1968, t. I, p. 87.

employeur peut amener à dépasser la lettre du contrat, la mobilité du salarié entre les différentes sociétés du groupe conduit à s'interroger sur le devenir du lien contractuel initial (§ 2).

§ 1. – L'identification du lien contractuel

51. – Contrat⁽⁴⁾, le contrat de travail se forme par la conjonction de deux volontés⁽⁵⁾. Le salarié met sa force de travail à la disposition de l'employeur, qui lui verse une rémunération en échange. Le droit commun des contrats trouve à s'appliquer⁽⁶⁾. L'identification des parties peut toutefois être rendue difficile par la structure du groupe. Le salarié engagé par une société appartenant à un groupe peut se demander quel est son véritable partenaire contractuel. Si le salarié travaille exclusivement pour l'auteur de son recrutement, la réponse est aisée en l'état du droit : il est son employeur. En revanche, si le salarié est amené à travailler pour une autre société du groupe, l'identification de l'employeur se complique.

52. – Faut-il considérer la société auteur du recrutement comme étant nécessairement l'employeur ? La seule formulation de la question apporte une réponse. D'une part, il apparaît que la société qui recrute peut agir comme un intermédiaire en créant un lien contractuel mais en l'exportant, en le confiant à une autre société qui en jouira (I). D'autre part, l'indépendance relative dont les sociétés jouissent dans le cadre d'un groupe invite à identifier le véritable centre de décision, celui qui dicte non pas le choix du salarié en lui-même (sauf le cas des cadres dirigeants) mais la stratégie générale qui conduit à procéder à un recrutement (II).

I. – Le contrat externalisé

53. – Dans un groupe de sociétés, le recrutement et les formalités sociales peuvent être confiés à l'une des filiales du groupe. Plusieurs situations peuvent se présenter. La filiale de recrutement peut être le signataire du contrat de travail qui met le salarié à la disposition des différentes sociétés du groupe. La filiale peut n'intervenir qu'en simple intermédiaire, comme un cabinet de recrutement extérieur pourrait le faire. Dans les deux cas, l'employeur est celui qui assume les charges patronales⁽⁷⁾. Dès lors que l'auteur du recrutement n'intervient qu'en tant qu'intermédiaire et n'exerce aucune des prérogatives patronales à l'égard des salariés recrutés, aucun contrat de travail ne peut

(4) C. trav., art. L. 1221-1.

(5) Parce qu'il résulte d'un accord de volontés, le contrat de travail devrait voir son contenu librement négocié et déterminé par des parties placées sur un pied d'égalité. Une des parties ne devrait en principe pas pouvoir imposer sa volonté à l'autre, unilatéralement. Il est admis depuis longtemps que cette affirmation n'est qu'une déclaration de bonnes intentions. Dès lors, le principe de la liberté contractuelle et son corollaire, la force obligatoire du contrat, doivent être nuancés. Le salarié, à l'exception peut-être des cadres à très fortes responsabilités, se trouve dans une situation qui l'empêche de réellement négocier le contrat. Le contrat de travail se mue en contrat d'adhésion.

(6) « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation » (C. civ., art. 1108).

(7) Peu importe que l'employeur « se fût fait rembourser par ses clients le montant des charges sociales qui lui incombaient ». – Cass. soc., 5 mars 1981, n° 80-10.079 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 185, 2^e arrêt.

être révélé à son égard⁽⁸⁾. La solution est identique s’agissant d’une filiale chargée du paiement des salaires ou, au-delà, des actes de gestion : elle ne fournit qu’une prestation de service. Dans la mesure où la société n’exerçait ni contrôle technique ni contrôle disciplinaire sur les prestations de travail, aucun lien de subordination ne peut être caractérisé ; par suite, aucun contrat de travail n’est formé⁽⁹⁾. Dans le groupe de sociétés, un salarié peut donc avoir été recruté par une société, être rémunéré par une deuxième et effectuer sa prestation de travail pour une troisième.

II. – Le dirigeant subordonné

54. – Le groupe, centre de décision. S’il est admis que les sociétés d’un groupe conservent leur autonomie juridique en raison de l’absence de personnalité morale du groupe, il n’en reste pas moins qu’elles sont soumises à une direction commune. Les filiales appliquent des stratégies économiques, commerciales, financières, définies dans un plan stratégique global au niveau de la société mère. La jurisprudence a fait émerger la notion d’intérêt de groupe. L’arrêt *Rozenblum*⁽¹⁰⁾ reconnaît « une politique commune dans un groupement structuré sur des bases non artificielles ». L’intérêt social et financier commun, « apprécié au regard d’une politique élaborée pour l’ensemble du groupe », prédomine par rapport à l’intérêt social de chaque société. Le groupe, en la personne de la société mère, peut contraindre ses filiales à des choix qu’elles n’auraient pas effectués spontanément.

55. – Ces orientations au sommet influent sur la politique générale de gestion du personnel au sein de chacune des entités constitutives du groupe. Cette hiérarchisation des pouvoirs qui dépasse les barrières posées par l’autonomie juridique des filiales⁽¹¹⁾ est caractéristique des groupes de sociétés.

Les sociétés filiales ne sont souvent que des exécutants de décisions prises au niveau de l’entité mère⁽¹²⁾.

56. – Contrôle économique et qualité d’employeur. La qualité d’employeur ne peut résulter du seul exercice d’un contrôle de l’activité économique et financière d’une

(8) Cass. soc., 7 mai 1986 : *Bull. civ.* 1986, V, n° 196.

(9) « La délivrance d’attestations, le recrutement et l’affiliation à des régimes de retraites ou de chômage constituent des prestations de services fournies par une société à une autre, n’entraînant pas pour autant la création d’un lien de subordination entre employeur et salarié » (CA Angers, 11 avr. 2000, *Bichon c/ SA Saga* : *RJS* 7/2001, n° 959).

(10) Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : *Rev. sociétés* 1985, 648, note Boulloc ; *JCP G* 1986, II, 20585, note Jeandidier.

(11) Des études ont mis en évidence cette répartition des pouvoirs et mis en exergue le dépassement des frontières juridiques par la direction des groupes de sociétés. Le « noyau dirigeant » exerce ses fonctions au sein de « comités de direction » qui éclipsent les organes légaux des sociétés du groupe « au niveau non seulement de la définition de la stratégie du groupe mais même de la gestion technique. Les conseils des sociétés mères servent surtout d’organes de liaison et de contact avec l’environnement économique, politique, financier surtout, du groupe ; ceux des filiales servent d’organes d’exécution ou de contrôle, quand ils ne sont pas purement fictifs » (CREDA, *Les groupes de sociétés, une politique législative*, 1975, p. 42).

(12) « Les filiales sont (...) profondément marquées par leur appartenance à un groupe : toutes assujetties à un même centre de décision, elles sont intégrées dans un ensemble économique plus large et sous sa dépendance. Cette intégration rejaillit sur leur vie respective : leur politique économique est façonnée en fonction de la stratégie globale du groupe ; celle-ci postulant la mobilité des capitaux, leur autonomie patrimoniale devient une fiction. Bien plus, par le biais du contrôle patrimonial, la société mère a droit de vie et de mort sur les filiales. Aucun de ces faits ne devrait laisser indifférent le droit du travail, tous ayant des répercussions sociales. Mouvements de capitaux au sein du groupe comme restructurations illustrent parfaitement le divorce d’aujourd’hui entre fait et droit et manifestent la nécessité de dépasser la notion traditionnelle d’employeur – entendu comme partie au contrat de travail et à ce titre débiteur du salaire et auteur du licenciement –, pour retenir celles de centre de décision ou de pouvoir » (I. Vacarie, *L’employeur*, Sirey, 1979, p. 146, n° 200).

filiale ; « 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 »⁽¹³⁾. Les rapports économiques ne peuvent l'emporter sur les structures juridiques⁽¹⁴⁾. Toutefois, la société mère peut aller au-delà de la seule fixation de la politique économique du groupe. Elle peut aller jusqu'à donner directement des instructions à des salariés des filiales subordonnées⁽¹⁵⁾ et leur imposer de rendre compte de leurs activités. En conséquence, « les indications tirées des éléments habituellement utilisés pour déterminer l'employeur sont alors nettement contradictoires : celles empruntées à l'opération de recrutement, à la fourniture de la prestation de travail, peut-être au paiement de la rémunération désignent la filiale ; celles fournies par l'exercice du rapport d'autorité, la société mère »⁽¹⁶⁾.

57. – Un arrêt du 18 janvier 2011 a reconnu la qualité de coemployeur à une société holding⁽¹⁷⁾. En l'espèce, une société A, filiale d'une société holding, cède à une société B (filiale de la holding également) le personnel des services de son siège. Le tribunal de grande instance ayant conclu que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail relatif aux transferts d'entreprise n'étaient pas remplies, la société A a proposé aux salariés d'accepter un changement volontaire d'employeur. Ceux qui ont refusé ce changement ont été licenciés pour motif économique par la société A. Des salariés ont contesté la rupture de leurs contrats de travail et demandé le paiement de diverses indemnités. Ils ont agi contre la société A, placée en liquidation judiciaire, mais également contre la holding en arguant de sa qualité de coemployeur. La Cour de cassation confirme l'analyse des juges du fond et reconnaît à la société holding la qualité de coemployeur à l'égard des salariés de la société A en raison d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction (critères classiques de reconnaissance d'une situation de coemploi). Pour la première fois, la qualité de coemployeur est reconnue à une holding en raison de l'influence qu'elle exerce sur sa filiale. Est admise la création implicite d'un lien contractuel entre les salariés d'une filiale et la holding du groupe auquel elle appartient.

58. – **La relation dirigeant de filiale et société mère.** Dans un groupe de sociétés, la société mère peut choisir la personne qu'elle souhaite placer à la tête d'une filiale. Ce pouvoir de nomination et de révocation traduit le contrôle exercé. Même nommés par la société mère, les dirigeants des filiales bénéficient cependant d'une autonomie sinon réelle, du moins officielle dans la conduite de leur entreprise grâce

(13) CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan Eriytyssalojen Keskusliito c/ Fujitsu Siemens* : JCP S 2009, 1493, note E. Jenesen.

(14) « Il existe, d'ailleurs, tellement de degrés dans la dépendance économique qu'il serait, en pratique, très difficile de désigner le point à partir duquel la qualité de commettant devrait être reconnue à la société mère » (B. Teyssié, *Les relations individuelles de travail*, Litec, 2^e éd. 1992, p. 232, n° 429).

(15) Sans doute faut-il distinguer selon que le salarié est un cadre dirigeant ou non. Les tribunaux recherchent l'entité sous la subordination de laquelle le salarié est placé, celle qui dirige et contrôle. Les cadres de direction pourront dépendre directement de la société mère ou de la holding qui contrôle l'ensemble du groupe. À l'inverse, les salariés peu élevés dans la hiérarchie auront comme employeur la société filiale qui dirige leur travail.

(16) B. Teyssié, *Les relations individuelles de travail*, Litec, 2^e éd. 1992, p. 232, n° 430.

(17) Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : JCP S 2011, act. 54, obs. N. Dauxerre ; JCP S 2011, 1065, note P. Morvan ; RJS 2011, n° 207. – P.-H. Antonmattéi, *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme : Semaine sociale Lamy 2011*, n° 1484, p. 12. – Rapp. P. Bailly, *Les limites de la cessation d'activité : Semaine sociale Lamy 2011*, n° 1476, p. 6 ; *Rev. sociétés 2011*, 154, note A. Couret. – F. Géa, *La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements ? : RDT 2011*, p. 168. – L. Drai et C. Pares, *Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ? : RDT 2011*, p. 285 ; *RDC 2011*, n° 3, p. 901, C. Neau-Leduc.

au mandat social dont ils sont titulaires. Ils ne sont pas dans une situation de subordination juridique, telle que définie par la Cour de cassation⁽¹⁸⁾.

Les liens qui existent entre les dirigeants des filiales et les organes de direction du groupe mêlent tout à la fois « des relations de soumission et d’indépendance, difficiles à cataloguer »⁽¹⁹⁾. Les choix des groupes oscillent entre la subordination des dirigeants des filiales, ce qui permet une harmonisation des gestions et la coopération entre les entités, et l’octroi de l’autonomie nécessaire à tout chef d’entreprise, avec le risque de pratiques hétérogènes, voire antagonistes.

59. – Le salarié dirigeant. L’affirmation de l’indépendance des dirigeants de filiales doit être nuancée dans la mesure où certains dirigeants peuvent cumuler leur mandat social avec un contrat de travail les liant à la société mère⁽²⁰⁾. La filiale est alors le théâtre où se rencontrent les subordinations capitalistique (le rapport financier de domination) et physique en la personne du dirigeant⁽²¹⁾. Dès lors, « lorsqu’elle admet l’exercice de fonctions sociales sur la base d’un contrat de travail, la jurisprudence crée, au détriment de certains principes du droit, un dirigeant de troisième type. Après le dirigeant, le dirigeant salarié, les groupes [de sociétés] ont ainsi créé le salarié dirigeant »⁽²²⁾. Néanmoins, le législateur n’a pas, à ce jour, inventé le contrat de travail particulier du dirigeant⁽²³⁾.

60. – De plus, si des cumuls sont possibles, les deux relations s’en trouvent sinon dénaturées, du moins détournées : comment être indépendant et subordonné ? D’un côté, le titulaire du mandat doit se comporter en véritable dirigeant vis-à-vis de la filiale dont il a la direction ; de l’autre, le dirigeant doit suivre les directives données par la maison mère dans le cadre de la politique générale du groupe. L’indépendance dont bénéficie le dirigeant est très limitée.

§ 2. – Le sort du lien contractuel

61. – Au sein du groupe, le salarié est appelé à être mobile. La personne pour laquelle il effectue sa prestation de travail change⁽²⁴⁾. Celle qui l’a recruté pourra n’être qu’un lointain souvenir⁽²⁵⁾. Mais dès lors, le lien contractuel noué à l’origine

(18) Cass. soc., 13 nov. 1996, préc.

(19) M. Pariente, *Les groupes de sociétés : aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Litec, 1993.

(20) Pour une étude plus approfondie des situations de cumul entre un contrat de travail et un mandat social, cf. *infra*, Partie 2.

(21) C. Malecki, *Les dirigeants des filiales* : *Rev. sociétés* juill.-sept. 2000, p. 453.

(22) T. Gauthier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 2000, n° 47.

(23) À l’exception de dirigeants particuliers comme les dirigeants des sociétés coopératives ouvrières de production qui bénéficient du droit du travail en raison de leurs fonctions de mandataire (L. n° 78-763, 19 juill. 1978 : JO 20 juill. 1978, p. 2878, art. 17).

(24) Le contrat de travail peut constituer la base de la mise à disposition. Il en est ainsi de certains contrats tels que le contrat de travail temporaire conclu entre un salarié et une entreprise de travail temporaire en vue de l’exécution d’une mission, ou le contrat conclu avec un groupement d’employeur dont l’objectif est la mise à disposition de salariés du groupement. Le salarié a conclu un seul contrat et le lien contractuel perdure malgré les changements de bénéficiaires de sa prestation de travail.

(25) Nous ne reviendrons pas ici sur l’hypothèse d’une reprise du contrat de travail dans le cadre d’une opération de transfert telle que prévue par l’article L. 1224-1 du Code du travail. « Lorsqu’une entité économique est transférée, les contrats de travail sont poursuivis avec le nouvel employeur » (Cass. soc., 9 oct. 2001 : RJS 12/2001, n° 1447). – V., également, A. Mazeaud, *Le sort des contrats de travail lors des transferts d’entreprise* : *Dr. soc.* 2005, 737.

va-t-il être altéré ? Le contrat de travail se poursuit-il au gré des changements de société ou peut-on considérer qu'il survit malgré les mobilités successives ? Amenée à se prononcer sur le devenir du lien contractuel, la Cour de cassation a façonné sa jurisprudence à la lumière du principe d'indépendance juridique des sociétés membres d'un groupe. De divers indices (I) une solution peut être tirée (II).

I. – Des indices

62. – L'indice de la période d'essai. Si un même contrat se poursuit malgré un changement de société, aucune nouvelle période d'essai ne peut être imposée⁽²⁶⁾. Un arrêt de la chambre sociale⁽²⁷⁾ apporte un éclairage supplémentaire. Les faits sont les suivants. Un salarié est engagé par une société appartenant à un groupe de casinos. Il démissionne puis est engagé par une société appartenant au même groupe. Le nouveau contrat de travail prévoit une période d'essai de trois mois. L'employeur met fin à cet essai peu avant l'échéance. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale pour licenciement abusif, paiement de dommages-intérêts et indemnités de rupture. Il considère qu'ayant travaillé successivement au service de deux sociétés appartenant à un même groupe, la rupture de la période d'essai devait s'apparenter à un licenciement, le second contrat s'inscrivant de fait dans la continuité du premier. La Cour de cassation considère que si les deux sociétés qui ont engagé le salarié appartenaient bien au même groupe, elles constituaient des « personnes morales distinctes » de sorte que les parties au contrat n'étaient plus les mêmes. Le salarié ayant démissionné, le premier contrat avait été rompu délibérément par lui. En conséquence, en l'absence de toute situation de coemploi, le salarié ne pouvait prétendre à la reprise de son ancienneté par le nouvel employeur⁽²⁸⁾. La cour place la rupture du contrat initial au centre de sa décision. Le contrat a été rompu. Un nouveau contrat est formé avec une nouvelle personne morale. L'appartenance au même groupe importe peu. La solution aurait donc été différente si le salarié avait été muté ou mis à la disposition de la seconde société. Le lien contractuel n'aurait pas été rompu et l'ancienneté du salarié aurait continué à courir.

(26) « En présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ». En termes plus précis, aucune période d'essai nouvelle ne peut être imposée à un salarié dans l'exécution d'un même contrat de travail ou de contrats successifs conclus entre les mêmes parties. Dans le cas d'une affectation à de nouvelles fonctions, seule une période probatoire peut être imposée ; les contrats successifs étant liés (Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-41.797 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 109 ; *D.* 2005, p. 986 ; *JSL* 2005, 167).

(27) Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-40.822 : *JCP S* 2011, 1041, comm. A. Barège.

(28) Par cette position, la Cour de cassation revient à la posture qui fut la sienne dans un arrêt de 1994 (Cass. soc., 23 févr. 1994, n° 92-11.442 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 66, p. 47 ; *Dr. soc.* 1994, p. 542, note J. Savatier). La chambre sociale avait affirmé que « des salariés d'une filiale mis par celle-ci à la disposition de la société mère ne sont pas devenus salariés de celle-ci dès lors qu'aucun lien de subordination n'avait été créé avec la société mère, peu important à cet égard qu'elle ait eu autorité sur eux pour l'exécution du travail ». Dans le commentaire de cette décision, le professeur Jean Savatier distinguait deux situations pour l'appréhension de la reprise de l'ancienneté. Si le salarié, qui est passé au service successif de plusieurs sociétés d'un même groupe, a été lié à celles-ci par un seul et unique contrat « qui s'est poursuivi à travers les avatars de son affectation à l'une ou l'autre société », l'ancienneté du salarié s'apprécie à la date de son entrée dans le groupe. En revanche, et c'est la solution retenue par l'arrêt de 1994, si plusieurs contrats successifs sont conclus, la seule ancienneté à prendre en considération est celle résultant du dernier des contrats en date.

63. – L’indice du rapatriement en cas de licenciement à l’étranger par une filiale. En application de l’article L. 1231-5 du Code du travail, la Cour de cassation⁽²⁹⁾ impose que la société mère qui avait mis à disposition un salarié auprès d’une filiale à l’étranger le rapatrie et le reclasse, dans le cas où celle-ci le licencierait. La chambre sociale retient une interprétation très large du texte en cause, selon lequel « 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 ». L’utilisation des termes « mise à disposition » renvoie généralement aux opérations de prêt de main-d’œuvre entre sociétés. Le prêteur conserve la qualité d’employeur. En l’espèce, la salariée, engagée par un groupe français, avait été mutée en Chine. Les parties avaient décidé d’un commun accord de rompre le contrat initial et de conclure une nouvelle convention avec la filiale chinoise. Enceinte, la salariée avait informé les deux sociétés de son état de santé et ne s’était pas présentée à son poste, à Shanghai, à la date convenue. La filiale chinoise lui avait donc signifié que le contrat était nul. La salariée s’était par la suite retournée contre la société mère afin d’être réintégrée, en application de l’article L. 1231-5 du Code du travail. La société avait refusé, considérant que le lien contractuel avait été rompu. La Cour de cassation rejette cet argument en affirmant que l’application dudit article « ne subordonne pas son application au maintien du contrat de travail entre la salariée et la société mère ». La Cour de cassation assimile l’ensemble des sociétés du groupe à une même société afin de protéger le salarié. Cette solution vient compléter une décision plus ancienne⁽³⁰⁾ qui réserve le bénéfice de l’article L. 1231-5 du Code du travail aux seuls salariés ayant exercé des fonctions dans la société mère avant d’être détachés.

II. – Une solution

64. – La mobilité peut s’inscrire dans le cadre du contrat de travail⁽³¹⁾. Il se peut ainsi que, « sous l’apparence de contrats successifs » avec différentes filiales, le salarié soit en réalité demeuré le salarié de la société mère ; dès lors que l’intéressé « pouvait être muté dans l’ensemble des filiales et n’était donc affecté à aucun lieu déterminé, sa nomination à Bruxelles n’entraînait pas de modification du contrat de

(29) Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583 : RDT 2009, p. 29, note M.-C. Amauger-Lattes.

(30) Le salarié qui, dès son engagement par une société, a été mis à la disposition d’une filiale ne peut s’en prévaloir : Cass. soc., 18 déc. 1984, n° 82-41.412.

(31) Le droit de l’Union européenne illustre cette distinction entre la « circulation dans l’emploi », qui relève de la libre prestation de services, et la « circulation vers l’emploi », qui relève de la libre circulation des travailleurs (V., B. Teysie, *Droit européen du travail*, Litec, 4^e éd. 2010, n°s 205 et s.). La directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996 (transposée par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 aux articles L. 1261-1 et suivants du Code du travail) traite du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d’une prestation de services transnationale. Le « travailleur détaché » au sens de ce texte est celui « qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d’un État membre autre que l’État sur le territoire duquel il travaille habituellement » (art. 2). À ce titre, la directive envisage le détachement au sein d’un même groupe, voire d’une même entreprise (art. 1^{er}, § 3, b), et non pas seulement dans le cadre d’un contrat de prestation de service. L’article L. 1262-1 du Code du travail conçoit à son tour que le détachement puisse être réalisé « entre entreprises d’un même groupe ».

travail »⁽³²⁾. Certaines mobilités « intra-contractuelles » donnent le tournis « tant sur le plan géographique que sur le plan juridique »⁽³³⁾.

65. – Il est tentant, et souhaitable, pour le juge de ne voir dans ces déplacements multiples que de simples affectations décidées par un employeur au nom de son pouvoir de direction, qui n'induisent ni changement d'employeur ni modification du contrat de travail⁽³⁴⁾. L'unité contractuelle prévaut.

66. – Cette unité avait une première fois été reconnue par la Cour de cassation dans une décision du 15 juin 1960⁽³⁵⁾. La société Duval Lemonnier avait engagé M. Lequertier en qualité de directeur d'un de ses dépôts-ventes. Ce magasin fut par la suite exploité par la société Soreal, filiale de la société Duval Lemonnier. M. Lequertier dirigeait également et concurremment un autre magasin, appartenant à une autre société filiale de Duval Lemonnier. Il est licencié⁽³⁶⁾. La question posée à la Cour de cassation était la suivante : « Y avait-il dualité du lien contractuel ou persistance en cas de mise à disposition de la filiale, du contrat originaire passé avec la société mère, ou encore existence d'un seul contrat mais différent du contrat originaire passé seulement avec la filiale »⁽³⁷⁾ ? La cour, dans cette affaire, a opté pour la survivance du contrat originaire⁽³⁸⁾. Le salarié avait été utilisé par les deux sociétés filiales par l'effet du contrat le liant à la société mère. Celle-ci était restée maître de son affectation en le mettant à la disposition des deux entreprises sœurs. L'unité du lien contractuel apparaît avec netteté, « et par là même la possibilité pour la société mère de dénouer ce lien même lorsque le salarié se trouve au service d'une filiale douée d'une personnalité juridique propre »⁽³⁹⁾.

67. – Partant, le salarié qui a commencé à travailler pour le compte d'une société appartenant à un groupe de sociétés doit voir le lien contractuel noué à l'origine persister tout au long de son passage dans le groupe. Peu importe que ce lien ait été rompu puis recréé avec différentes sociétés du même groupe.

(32) Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.692 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 432 ; *Dr. soc.* 1999, p. 95, obs. I. Vacarie.

(33) P. Morvan, *La mobilité des salariés. Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés* : *Dr. soc.* 2011, p. 888.

(34) Ainsi, dans une espèce où un salarié français avait été engagé par la filiale française d'un groupe belge, mis à la disposition d'une filiale au Gabon puis d'une autre au Cameroun avant de conclure un second contrat de travail avec une filiale établie au Liechtenstein stipulant qu'il était mis à la disposition de la société mère en Belgique et affecté au Cameroun, la Cour de cassation relève que le salarié « n'avait à aucun moment démissionné de ses fonctions au sein de la société [française] et que cette dernière n'y avait pas mis fin ; qu'il existait entre les trois sociétés parties au litige des relations extrêmement étroites et que chacune des modifications intervenues, et ayant donné lieu à la signature d'un nouveau contrat, constituait en réalité un simple changement administratif au sein du groupe dont la structure évoluait ; que le salarié ne pouvait refuser d'entrer au service de [la société établie au Liechtenstein] sans perdre son emploi ; que son ancienneté lui a toujours été reconnue à compter de sa date d'entrée au sein de [la société française, son premier employeur dans le groupe] ; qu'il a, en fait, été muté au sein de différentes sociétés du groupe, sans que soient modifiées les conditions de son engagement initial, peu important que le versement de sa rémunération ait été transféré, pour des motifs étrangers au contrat de travail, à une société différente de celle qui l'avait engagé » à l'origine ; enfin, les juges du fond avaient estimé dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation de la commune intention des parties « que le contrat de travail initial n'avait pas fait l'objet d'une novation » (*Cass. soc.*, 27 janv. 2010, n° 08-45.579, inédit : *JCP S* 2010, 1179, note N. Nord ; cité par P. Morvan, *Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés* : *Dr. soc.* 2011, p. 888).

(35) Cass. soc., 15 juin 1960, *Sté Duval Lemonnier c/ Lequertier* : *Dr. soc.* 1961, p. 108.

(36) Le vocable plus ancien utilisait l'expression de « congédiement abusif ».

(37) M. Despax, *Groupe de sociétés et contrat de travail* : *Dr. soc.* 1961, n° 12, p. 596.

(38) La cour retient que M. Lequertier, une fois au service de la société Soreal, avait continué à rendre des comptes à la société Duval Lemonnier et à en recevoir des instructions. De plus, après son licenciement, c'est avec cette dernière qu'un accord amiable avait été recherché.

(39) M. Despax, préc.

UN LIEN CONTRACTUEL EN EXPANSION

68. – La mobilité dans le groupe de sociétés est un facteur de « sécurisation » des parcours professionnels permettant d’éviter les risques de « sortie de l’emploi ». L’obligation de négociation des accords de GPEC et, désormais, d’établir à tout le moins un plan d’action en faveur de l’emploi des seniors, invite à rechercher un cadre juridique approprié aux actions de mobilité⁽⁴⁰⁾. L’étude des raisons qui poussent le groupe à se doter d’une politique de mobilité (§ 1) permet de mieux analyser les moyens juridiques utilisés à cette fin et leur incidence sur le lien contractuel établi avec le salarié (§ 2).

§ 1. – Les facteurs de l’expansion du lien contractuel

69. – Dans le cadre de ce que les économistes et les sociologues du travail appellent « marché interne »⁽⁴¹⁾, la mobilité des salariés dans un groupe obéit à quatre finalités⁽⁴²⁾.

70. – **Transfert des compétences.** La mobilité des salariés les plus qualifiés permet d’assurer une complète diffusion des compétences au sein du groupe⁽⁴³⁾. Il s’agit de pallier les manquements locaux et de former des successeurs des experts déjà en place. Mais cette mobilité n’est plus uniquement descendante de la société mère vers les filiales. On constate de plus en plus de mouvements des filiales vers la maison mère et de mouvements entre les filiales sœurs. Ainsi, « le schéma ancien fondé sur un transfert systématique de technologie de la maison mère vers les filiales associé à une mobilité de la maison mère vers les filiales, a vécu. Aujourd’hui, les mobilités d’experts au sein d’un groupe n’ont plus d’orientations privilégiées, leur but est

(40) B. Boubli, *Le recours à la main-d’œuvre extérieure* : Dr. soc. 2009, p. 806.

(41) Le marché du travail peut être segmenté en trois marchés distincts. Le marché interne désigne une organisation normée du marché du travail. La main-d’œuvre est stabilisée dans le cadre « d’une relation d’emploi durable et ouvrant sur des parcours de formation et de promotion » (J.-F. Germe [ss dir.], *Les mobilités professionnelles : de l’instabilité de l’emploi à la gestion des trajectoires*, La Documentation française, coll. « Qualifications & Prospective », févr. 2003, p. 40). Dans cette perspective, l’accent est mis sur la mobilité interne à l’entreprise et sur l’ancienneté, valorisée au bénéfice de l’acquisition de qualifications spécifiques. Les marchés professionnels caractérisés par l’obtention de diplômes permettent aux salariés de valoriser leurs compétences en dehors de l’entreprise – transférabilité des compétences (J. Gautié, *Déstabilisation des marchés internes et gestion des âges sur le marché du travail : quelques pistes*, document de travail n° 15, Centre d’Études de l’Emploi). Les marchés externes sont constitués des marchés concurrentiels pour les primo-arrivants et les travailleurs non qualifiés. Précisons que la qualification des salariés, la taille de l’entreprise et la spécialisation sectorielle au sein des mêmes départements peuvent constituer des marchés du travail spécifiques (D. Gambier et M. Vernières, *L’emploi en France*, La Découverte, coll. « Repères », 1998). Le marché interne des personnels hautement qualifiés, les cadres, est plus actif. Le groupe puisera dans ce vivier interne pour pallier ses besoins et fera davantage appel aux marchés externes pour les catégories d’ouvriers et de techniciens.

(42) M. Barabel et O. Meier, *Gestion internationale des ressources humaines*, Dunod, coll. « Les topos », Paris, 2008, p. 50-51.

(43) Cette finalité est prise en compte dans le projet de directive sur les détachements intragroupes des travailleurs qualifiés de pays tiers présenté par le Parlement européen le 26 janvier 2012. Cette nouvelle directive européenne « introduirait une série de règles communes pour faciliter le transfert du personnel clé d’une entreprise située en dehors de l’Union européenne à ses agences au sein de l’Union. Elle s’adresserait aux cadres, aux experts et aux stagiaires de pays tiers qui résident en dehors de l’Union européenne, qui ont une ancienneté minimale de neuf mois dans l’entreprise (trois mois pour les stagiaires), et qui possèdent des connaissances spécifiques sur l’entreprise » (PE, 26 janv. 2012, communiqué : JCP S 2012, act. 86).

de satisfaire les besoins d'expertise⁽⁴⁴⁾. Ces mouvements relèvent d'une gestion globale des expertises au niveau du groupe »⁽⁴⁵⁾.

71. – Maintien de la gouvernance de groupe. La politique de mobilité de managers, de financiers, de contrôleurs de gestion permet d'assurer le maintien de l'identité industrielle du groupe. Les salariés sont envoyés par le siège pour contrôler les opérations aux échelons inférieurs afin de veiller au respect de la stratégie générale du groupe. Le but est d'harmoniser les pratiques dans l'ensemble de ses entités⁽⁴⁶⁾.

72. – Diffusion de valeurs communes. Le groupe n'exporte pas uniquement des hommes et des compétences. Par la mobilité, les dirigeants s'assurent de la diffusion de ses valeurs, ce que l'on appelle l'esprit *corporate*.

73. – Gestion de carrière. Une expérience internationale peut constituer un passage obligé pour un salarié ambitionnant un poste de direction générale dans le groupe. Pour le salarié, cette expérience peut être un levier lui permettant d'atteindre des postes à très hautes responsabilités⁽⁴⁷⁾.

74. – Une combinaison de ces motivations peut aisément être envisagée. Un salarié peut être muté et nommé à un poste de direction d'une filiale d'une part pour contrôler l'activité, former les salariés locaux et diffuser la culture du groupe et, d'autre part, permettre à la direction centrale du groupe d'évaluer les compétences managériales du salarié et sa capacité future à assurer un poste de direction au siège social du groupe.

75. – La dimension de l'entreprise influera également sur les mobilités en son sein. Plus une entreprise est grande, *a fortiori* le groupe, plus elle permet à ses salariés d'évoluer dans la structure car la gestion de l'emploi est susceptible d'être centralisée, donc « optimisée » et facilitée. Le groupe de sociétés ne fait qu'exacerber ce constat. En revanche, il se peut que certaines entreprises ne soient pas assez grandes pour inciter à une politique de gestion de la main-d'œuvre répondant à des besoins plus ou moins ponctuels.

§ 2. – La gestion de l'expansion du lien contractuel

76. – Des cadres à fortes compétences, ou des salariés ayant des qualifications particulières, peuvent avoir à intervenir pour des durées plus ou moins longues dans

(44) « Nous n'envoyons un expert que si nous ne disposons pas de la compétence sur place. Pour ce qui est des managers, l'expatriation ne se justifie que dans des cas spécifiques, car nous favorisons le développement des cadres locaux. Nous y avons recours en Asie, et plus particulièrement en Chine, dès lors que notre forte expansion s'est trouvée confrontée à un déficit d'encadrement. Nous avons donc envoyé un nombre important d'expatriés (...). L'une de leurs missions était de former des successeurs localement (...). Progressivement, nous essayons de remplacer en Asie les managers occidentaux par des compétences locales » (*Rhodia : une politique bien rodée de l'expatriation* : MOCI 20 févr. 2003, n° 1586, p. 50-53).

(45) J. Pautrot et Y. Girouard, *Expatrié : rêve et réalité*, éd. Liaisons sociales, 2004, p. 192.

(46) « L'entreprise [Casino] ayant une stratégie de prise de participation dans des sociétés locales, elle envoie des cadres au profil ciblé, aux postes clés de directions, finances et achats, qu'elle souhaite maîtriser ou pour régler une difficulté identifiée dans un pays donné » (*Partir pour l'étranger, un eldorado ?* : LSA 4 juill. 2002, n° 1775, p. 54-55).

(47) « Un cadre d'un grand groupe international ne pourra pas, par exemple, accéder à un poste de directeur général sans avoir acquis une expérience de l'international sur le terrain » (F. de Rougement, Directeur de l'international chez Lafarge, *L'expatriation, un passage obligé ?* : MOCI 27 mars 1997).

les différentes sociétés du groupe. S’ils sont embauchés à cet effet par une société, leur contrat de travail peut prévoir leur mobilité future auprès d’autres entités (I). Néanmoins, d’autres constructions juridiques, à l’efficacité moins avérée, peuvent être envisagées pour permettre au groupe d’utiliser au mieux ses ressources dans ses différentes filiales (II).

I. – Des outils à efficacité certaine

77. – La mobilité du salarié dans le groupe peut se concevoir sous deux angles⁽⁴⁸⁾ : d’une part, une mobilité entre les sociétés filiales par le canal des mises à disposition (A), d’autre part, une mobilité au sein des différents établissements d’une société, par le canal des clauses de mobilité (B).

A. – Les mises à disposition

78. – La « mise à disposition » s’entend de l’opération juridique consistant pour une entreprise à « prêter » un salarié à une autre entreprise, dite « utilisatrice », pour la mise en œuvre d’une compétence ou d’une technicité particulière du salarié⁽⁴⁹⁾. La mise à disposition se distingue de l’opération de prestation de services par laquelle une entreprise assure directement une prestation manuelle ou intellectuelle au profit d’une autre entreprise en s’appuyant sur son personnel propre qu’elle garde sous son autorité. Sont recouvertes deux réalités⁽⁵⁰⁾ : les « mises à disposition imparfaites », pour lesquelles un contrat de travail est conclu entre le salarié mis à disposition et l’entreprise utilisatrice (1°), et les « mises à disposition parfaites » pour lesquelles aucun contrat de travail n’est conclu (2°).

1° Les mises à disposition imparfaites

79. – Avant de s’attarder sur les conditions de mise en œuvre des mises à disposition imparfaites (b), quelques éléments de définition s’imposent (a).

a) Une définition

80. – **Mécanisme.** Le salarié d’une entreprise conclut un contrat de travail avec une autre entreprise. Les deux sociétés agissent de concert : la première consent à laisser la seconde utiliser la force de travail du salarié pendant un temps donné. Trois schémas contractuels peuvent être identifiés : l’exercice simultané de deux contrats de travail (à temps partiel le cas échéant) ; le remplacement du premier contrat par un second (avec suspension du premier concomitamment à la conclusion du second) ; la succession de deux contrats (consistant en la rupture du premier, la

(48) « Un avertissement terminologique mérite d’être (...) asséné : les mots couramment employés en pratique sont dépourvus de sens juridique. Qu’il s’agisse de “mutation”, “mise à disposition” ou de “détachement”, aucun de ces vocables ne préjuge du régime juridique applicable (...). Ils sont employés indifféremment par la jurisprudence et considérés comme de simples déclinaisons interchangeable du concept de mobilité dans le groupe. Sans doute, une ligne de partage se dessine parfois entre la “mutation” – qui connote l’idée de rupture et donc de changement d’employeur – et la “mise à disposition” ou le “détachement” – qui connotent l’idée d’un rattachement persistant au premier employeur » (P. Morvan, *Aspects de la mobilité à l’intérieur d’un groupe de sociétés* : *Dr. soc.* 2011, p. 888).

(49) V., D. Jourdan, *La mise à disposition du personnel* : *JCP S* 2012, 1281.

(50) V., G. Saincaize, *Les mises à disposition de salariés*, PU Aix-Marseille, 2009, préf. B. Teyssié. La distinction des mises à disposition parfaites et imparfaites est empruntée à l’auteur.

conclusion du second et l'engagement de l'entreprise d'origine de reprendre le salarié à l'issue de l'opération). Sauf le cas des contrats concomitants, les autres situations renvoient au transfert du salarié.

81. – Mutation concertée. Une mutation concertée est une opération de transfert. Celle-ci est le plus souvent initiée par les entreprises. Un auteur⁽⁵¹⁾ avance que cette opération poursuit le but suivant : une entreprise a besoin d'une main-d'œuvre particulière se trouvant dans une autre entreprise et s'accorde avec elle pour bénéficier d'une mise à disposition de celle-ci. Cette analyse écarte toutefois le consentement du salarié. Un tel transfert emportant nécessairement une modification du contrat de travail et la conclusion d'un second, l'accord du salarié est pourtant indispensable. Si elle n'est pas de son initiative, la mobilité décidée par les entreprises ne saurait s'imposer au salarié⁽⁵²⁾. La mutation concertée est un transfert qui s'analyse à ce titre en un changement d'employeur, une novation du contrat de travail qui entraîne la rupture de la première relation et la création d'une nouvelle. Elle est définitive par principe mais des possibilités de réintégration peuvent être prévues⁽⁵³⁾. C'est dans cette hypothèse que la mutation concertée est une forme de mise à disposition imparfaite. En effet, la mise à disposition imparfaite présente un caractère nécessairement temporaire. Soit les deux relations contractuelles coexistent, soit l'une d'elle est suspendue. Même dans l'hypothèse de contrats successifs, si la première relation est juridiquement éteinte⁽⁵⁴⁾, l'inévitable retour du salarié à l'issue de la période de mise à disposition fait fictivement survivre le lien d'origine⁽⁵⁵⁾. De plus, l'entreprise d'origine est engagée vis-à-vis du salarié par une promesse d'embauche.

Cette technique de la mutation concertée est principalement utilisée au sein des groupes de sociétés. La collaboration naturelle entre entités favorise les « échanges » de personnel. De plus, l'homogénéité des statuts sociaux généralement observée entre les sociétés du groupe permet plus facilement une reprise de l'ancienneté et des avantages dont bénéficiait le salarié dans son entreprise d'origine.

(51) J.-F. Cesaro, *Les accords de transfert de salarié* : *Gaz. Pal.* 2007, 3000.

(52) Il s'agit ainsi d'une mobilité voulue par l'entreprise, pour la gestion des ressources humaines. La démarche peut être différente lorsque la mobilité est choisie par le salarié qui saisit une opportunité de carrière. Sans réduire ce mécanisme aux seuls accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) conclus en application de l'article L. 2242-15 du Code du travail, ceux-ci apparaissent toutefois comme le vecteur privilégié de gestion. Cette mobilité peut aisément se concevoir au sein d'une seule entreprise (changement de fonctions et mutation d'un établissement à un autre) mais aussi renvoyer à de véritables transferts impliquant le départ du salarié d'une société à une autre à l'intérieur ou à l'extérieur du groupe. Ils sont généralement négociés au niveau du groupe de sociétés, et il est logique que la mobilité soit appréhendée à cette échelle. De nombreux accords de GPEC prévoient ainsi « l'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ». Ainsi, chez AXA : « les signataires du présent accord reconnaissent que l'objectif premier (...) est de favoriser la mobilité interne ou externe et l'évolution professionnelle des collaborateurs au sein des sociétés du groupe en leur permettant de valoriser tout au long de leur carrière chez AXA les connaissances, compétences et aptitudes professionnelles acquises » (Accord AXA France sur la GPEC, sept. 2007) ; chez Thalès, un forum d'opportunité informe des emplois disponibles et appuie des démarches « permettant de mettre en relation le salarié volontaire et la société d'accueil en vue d'une mutation à effectuer par accord entre la société d'origine et la société d'accueil » (Accord Thalès, Accord groupe sur l'anticipation des évolutions d'emploi, le développement professionnel, et la formation, 22 nov. 2006).

(53) V., par ex., Accord Delphi Diesel systems France SAS, 20 avr. 2006, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, art. 5.3.1. – Accord Peugeot, Citroën Automobile SA, 6 avr. 2007, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, chapitre 3, art. 3-1. – Accord d'entreprise Thalès Air Défense, 21 mars 2006, relatif à la gestion active de l'emploi, partie 3.2.2.2, Convention de mutation concertée.

(54) L'extinction et la création de la relation de travail ne résultent pas du même acte juridique.

(55) L'absence de retour du salarié et son maintien dans la seconde entreprise imposeront la requalification de la relation temporaire en contrat à durée indéterminée.

b) Des conditions

82. – La mise à disposition ne pourra se réaliser qu’à la condition de réunir quatre éléments cumulatifs.

83. – **Contrat préexistant.** Le salarié prêté doit être titulaire d’un contrat de travail avec l’entreprise qui le met à disposition. Ce contrat est ensuite maintenu, suspendu ou rompu.

84. – **Entente entre les entreprises.** Les deux entreprises ne sont pas liées juridiquement par l’opération. Seul le salarié est uni par des liens contractuels avec l’entreprise d’origine et avec l’entreprise utilisatrice. Les deux sociétés ne sont pas tenues de prévoir les conditions de la mise à disposition par écrit. Leur entente peut relever d’un accord tacite. De plus, si le contrat liant le salarié à l’entreprise utilisatrice est à durée déterminée (ce qui est logique eu égard au caractère temporaire de l’opération), les entreprises n’ont pas à préciser les conditions de retour du salarié⁽⁵⁶⁾. Le contrat arrivé à échéance, le salarié sera rétabli dans ses fonctions dans les conditions définies avec son employeur d’origine.

85. – **Second contrat de travail.** Dans les mises à disposition parfaites, l’entreprise utilisatrice n’a pas la qualité d’employeur. Celle-ci reste conférée à l’entreprise d’origine. Dans les mises à disposition imparfaites, un second contrat de travail est conclu entre le salarié et l’entreprise utilisatrice. Ce contrat de travail est un contrat classique, indépendant de celui liant le salarié à son employeur d’origine. Il sera généralement conclu pour une durée déterminée en raison du caractère temporaire de la mission. Le plus souvent mis en œuvre pour des cadres à forte compétence et à haut niveau hiérarchique, l’autonomie dont ils disposent leur permet aisément de conclure ce second contrat de travail à des conditions relativement généreuses de la part de l’entreprise d’accueil. La conclusion de ce contrat peut avoir une incidence sur le premier. Dans le cas de contrats concomitants, un avenant au premier contrat devra prévoir un passage à temps partiel. De même, un avenant prévoyant l’éventuelle suspension du premier contrat devra être signé.

86. – **Retour dans l’entreprise d’origine.** L’échéance de la mission du salarié déclenche sa réintégration dans l’entreprise d’origine. En cas de rupture du premier contrat de travail pour la durée de la mission, le lien juridique initial aura laissé la place à un lien fictif, caché, par lequel l’employeur s’engage à réengager le salarié à l’issue de la période de mise à disposition. Lorsque la condition requise se réalise, l’employeur est tenu de reprendre le salarié dans les termes prévus. La Cour de cassation retient que la promesse d’embauche vaut contrat de travail si elle est suffisamment précise⁽⁵⁷⁾. La rupture du contrat ne serait donc synonyme que de « mise en sommeil » du lien contractuel.

(56) G. Saincaize, *Les mises à disposition de salariés*, PU Aix-Marseille, 2009, préf. B. Teyssié.

(57) Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42951 : JCP S 2011, act. 12 ; JCP S 2011, 1104, note C. Puigelier. – De même, dès lors qu’un salarié a accepté une offre de détachement précisant sa durée, l’emploi à occuper et la rémunération afférente, l’employeur est tenu par cet engagement et ne peut pas le rétracter unilatéralement sous couvert de l’exercice de son pouvoir d’organisation et de direction. L’accord des parties vaut contractualisation de l’offre et avenant au contrat de travail (Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-66.956).

2° Les mises à disposition parfaites

87. – Aux éléments de définition (a) succède l'étude des conditions de la réalisation de la mise à disposition (b).

a) Une définition

88. – Une mise à disposition parfaite permet à une entreprise de transférer temporairement la force de travail d'un de ses salariés à une autre entreprise, sans que le lien contractuel ne soit altéré. Le prêt de main-d'œuvre se distingue alors du contrat d'entreprise par la délégation d'autorité qui l'accompagne⁽⁵⁸⁾. Dans l'hypothèse d'un contrat d'entreprise, le personnel demeure sous l'autorité de l'employeur d'origine, quand bien même la prestation de travail serait effectuée dans les locaux de l'entreprise tierce. Ainsi, des salariés qui effectuent des travaux d'entretien de locaux ne reçoivent de consignes que de leur employeur et ne rendent compte qu'à lui. En revanche, les salariés prêtés travaillent sous la direction de l'entreprise utilisatrice.

89. – L'absence de définition de la mise à disposition et de conditions de mise en œuvre légales ont été relevées à l'occasion des débats parlementaires sur la proposition de loi relative au développement de l'alternance et à la sécurisation des parcours professionnels. Soucieux d'offrir un cadre juridique « sécurisé » aux opérations de prêts de main-d'œuvre, les parlementaires ont intégré des dispositions au sein du Code du travail concernant la mise en œuvre, le déroulement et la fin de l'opération de mise à disposition. L'article 40 de la loi du 28 juillet 2011 sur le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels a ainsi complété l'article L. 8241-2 du Code du travail⁽⁵⁹⁾.

b) Des conditions

90. – Les conditions contractuelles (1) et matérielles (2) de l'opération doivent être évoquées.

1) Les aspects contractuels

91. – **Mise à disposition et modification contractuelle.** *L'intuitu personae* qui anime la relation de travail devrait exclure que le salarié soit affecté unilatéralement par son employeur au service d'une entreprise tierce qui utilisera sa force de travail. La Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} avril 2003, retient toutefois que la mise à disposition d'un salarié réalisée dans un but non lucratif n'entraîne pas, en soi, une modification du contrat de travail⁽⁶⁰⁾. Les faits étaient les suivants : une même commune regroupe un centre hospitalier public et un centre hospitalier appartenant à la Croix-Rouge. Par convention, la Croix-Rouge adhère à un syndicat inter-hospitalier qui regroupe des activités appartenant aux deux centres. Le comité d'établissement du centre hospitalier de la Croix-Rouge saisit le tribunal

(58) Cass. crim., 15 juin 1984, n° 83-94.721 : *Bull. crim.* 1984, n° 229.

(59) L. n° 2011-893, 28 juill. 2011 : JO 29 juill. 2011. – V., F. Pelletier, *Le prêt de main-d'œuvre exclusif* : JCP S 2011, 1397. – D. Chatard et F. Riquoir, *Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ?* : *Cah. DRH* oct. 2011, n° 180.

(60) Cass. soc., 1^{er} avr. 2003, n° 02-14.690 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 1109 ; *JSL* 2003, n° 123, note J.-E. Tourreil.

de grande instance afin de faire reconnaître que la convention emportait modification des contrats de travail des salariés transférés auprès du syndicat inter-hospitalier et qu’en conséquence il y avait lieu de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l’emploi. Le comité d’établissement de la Croix-Rouge argue, d’une part, que l’opération de mise à disposition constituait un prêt de main-d’œuvre à but lucratif et, d’autre part, que l’opération réalisée a eu pour effet de placer les salariés sous la subordination juridique du syndicat, ce qui impliquait une modification du contrat de travail des salariés. Le comité d’établissement reprend une position défendue par une partie de la doctrine selon laquelle « le prêt de main-d’œuvre est une forme de délégation de créance »⁽⁶¹⁾. L’employeur est créancier du salarié et l’invite à mettre sa force de travail au service d’un tiers utilisateur. Le consentement nécessaire du salarié à l’opération procède soit du contrat initial⁽⁶²⁾, soit d’une manifestation postérieure de volonté. L’absence de stipulation contractuelle implique que l’opération de mise à disposition constitue une modification du contrat de travail dans la mesure où le salarié va être placé sous la subordination d’un tiers au contrat.

En revanche, les conséquences de cette mise à disposition peuvent constituer une ou des modifications du contrat. Tel est le cas lorsqu’est constaté un changement de lieu de travail en dehors du secteur géographique habituel.

92. – Avenant. Le Code du travail impose de façon systématique, qu’il y ait ou non une modification du contrat de travail, d’une part, l’accord du salarié et, d’autre part, la conclusion d’un avenant signé par ce dernier. Par des formulations quelque peu redondantes, le texte insiste sur la place du consentement du salarié dans la réalisation de l’opération. Il ne pourra « être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition »⁽⁶³⁾.

93. – L’avenant doit préciser la durée de la mise à disposition, qui peut être une durée précisément déterminée dès le départ ou une durée indéterminée entendue dans le sens de terme imprécis, lorsque la date du terme de l’opération ne peut être fixée précisément par avance. L’avenant doit également définir la nature du travail confié dans l’entreprise d’accueil, les horaires et le lieu d’exécution du travail ainsi que les caractéristiques particulières du poste⁽⁶⁴⁾.

94. – L’entreprise prêteuse et le salarié peuvent convenir d’une période probatoire à laquelle il pourra être mis fin à l’initiative de l’une ou l’autre des parties. Il appartient aux parties de définir la durée de cette période et de fixer un éventuel délai de prévenance en cas de rupture de celle-ci. La cessation de la mise à disposition avant la fin de la période probatoire ne peut, sauf faute grave du salarié, constituer un motif de licenciement⁽⁶⁵⁾. Le salarié est alors réintégré dans l’entreprise prêteuse, au sein de laquelle il doit, en principe, retrouver son poste de travail.

(61) F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats de travail, Traité des contrats*, ss dir. J. Ghestin, LGDJ, 2001, n° 100.

(62) Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-41.838 : *Dr. soc.* 1999, p. 1112, obs. G. Couturier.

(63) C. trav., art. L. 8241-2, al. 6.

(64) C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 3°.

(65) C. trav., art. L. 8241-2, al. 12.

95. – Convention de mise à disposition. Jusqu'à la loi Cherpion, aucune obligation légale n'imposait la conclusion d'une convention de mise à disposition. Les deux entreprises n'étaient pas liées juridiquement. Seul le salarié était uni par des liens contractuels avec l'entreprise d'origine et avec l'entreprise utilisatrice. Elles n'étaient pas tenues de prévoir les conditions de la mise à disposition par écrit. Leur entente pouvait relever d'un accord tacite. De plus, si le contrat liant le salarié à l'entreprise utilisatrice était à durée déterminée, elles n'avaient pas à préciser les conditions du retour. L'opération arrivant à échéance, le salarié était rétabli dans ses fonctions dans les conditions définies avec son employeur d'origine. Désormais, le Code du travail impose à l'entreprise prêteuse et à l'entreprise utilisatrice de conclure une convention de mise à disposition⁽⁶⁶⁾. Celle-ci doit définir la durée de l'opération, mentionner l'identité et la qualification du salarié concerné ainsi que le mode de détermination des sommes qui seront refacturées à l'entreprise utilisatrice.

96. – Convention tripartite. Jusqu'à la loi du 28 juillet 2011, la pratique la plus répandue lors de la mise en place d'une opération de mise à disposition consistait à conclure une convention entre l'entreprise prêteuse, l'entreprise utilisatrice et le salarié, dite « convention tripartite ». Celle-ci résumait en un document unique tous les aspects de l'opération. Désormais, si la lecture des dispositions légales invite à la rédaction de deux documents distincts⁽⁶⁷⁾, rien ne s'oppose expressément à la conclusion d'une telle convention dès lors qu'y figurent les mentions obligatoires devant figurer dans l'avenant au contrat de travail et dans la convention de mise à disposition.

97. – Unité d'employeur ? La mise à disposition n'est que l'exécution de la relation de travail. Si le salarié prêté reste un temps sous le contrôle de l'entreprise utilisatrice pour laquelle il effectue sa prestation de travail, son employeur reste juridiquement l'entreprise prêteuse. L'opération de mise à disposition n'entraîne ni rupture ni création d'une relation de travail. Le lien de subordination juridique qui unit le salarié prêté à l'entreprise d'origine n'est pas rompu. Le Code du travail dispose ainsi 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 »⁽⁶⁸⁾. Dès lors, sauf disposition contraire, l'entreprise d'origine reste seule détentricrice du pouvoir disciplinaire, verse la rémunération et, le cas échéant, supporte la charge de la rupture du contrat de travail.

98. – *Albron*. Une réponse à la question de l'unité d'employeur peut être trouvée dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt

(66) C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 2°.

(67) « Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert : 1° L'accord du salarié concerné ; 2° Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ; 3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail » (C. trav., art. L. 8241-2, al. 3).

(68) C. trav., art. L. 8241-2, al. 8. Ce texte reprend l'article 9 de l'accord national interprofessionnel du 8 juillet 2009 relatif à la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi qui disposait déjà que « pendant le prêt de main-d'œuvre, le salarié continuant d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse, il bénéficie de l'ensemble des dispositions conventionnelles, des usages et engagements unilatéraux de l'entreprise, ainsi que des garanties individuelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse ».

Albron⁽⁶⁹⁾, la Cour se prononce sur une question préjudicielle posée par une juridiction des Pays-Bas portant sur l’article 3, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23⁽⁷⁰⁾. En l’espèce, une entreprise (HNB) appartenant à un groupe de sociétés (Heineken international) détachait le personnel auprès de différentes sociétés de ce groupe. Le salarié à l’origine du litige travaillait dans ces conditions pour une société de fourniture de repas (HNBV). Cette activité a ensuite été cédée à une autre entreprise, *Albron*. Le contrat de travail du salarié a ainsi été transféré. L’intéressé a agi pour faire juger que le transfert des activités de fourniture de repas était un transfert d’entreprise ouvrant droit à la protection de la directive n° 2001/23. Le problème résidait dans le fait que les salariés étaient contractuellement engagés avec la filiale et non avec l’entreprise pour laquelle ils travaillaient effectivement et dont les activités de fourniture de repas avaient été cédées. La Cour de justice retient que si, au sein d’un groupe de sociétés, coexistent deux employeurs, l’un ayant des rapports contractuels avec les travailleurs de ce groupe et l’autre des rapports non contractuels avec ces derniers, peut être regardé comme un « cédant », au sens de la directive n° 2001/23, l’employeur responsable de l’activité économique de l’entité transférée. À ce titre, ce dernier établit des relations de travail avec les travailleurs de cette entité, et ce en dépit de l’absence de rapports contractuels avec lesdits travailleurs. Dans la mesure où l’article 3 de la directive vise les « droits et obligations qui résultent pour le cédant d’un contrat de travail ou d’une relation de travail », la Cour estime que « dans l’esprit du législateur de l’Union, un lien contractuel avec le cédant n’est pas, en toutes circonstances, requis pour que les travailleurs puissent bénéficier de la protection conférée par la directive ».

2) Les aspects matériels

99. – Facturation de l’opération. La mise à disposition d’un salarié représente un coût pour l’entreprise d’origine. Elle est tenue, en vertu du contrat de travail qui continue de s’exécuter, de rémunérer son salarié alors même que celui-ci met sa force de travail à la disposition d’une entreprise tierce. Le coût de la main-d’œuvre peut être refacturé à l’entreprise utilisatrice, mais uniquement pour le coût des salaires et des charges afférentes payées par l’employeur. La convention de mise à disposition doit ainsi prévoir « le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l’entreprise utilisatrice »⁽⁷¹⁾. Seules les opérations de prêt de main-d’œuvre à but non lucratif étant légalement autorisées⁽⁷²⁾, une attention particulière doit être portée à la rédaction de la clause de facturation de l’opération car des modalités de celle-ci peuvent être déduites les conditions des délits de prêt de main-d’œuvre illicite ou de marchandage. La Cour de cassation retient ainsi qu’une rémunération non forfaitaire, calculée en fonction des seules heures de travail effectuées et du nombre de salariés mis à disposition, est constitutive d’un prêt de main-d’œuvre à but lucratif⁽⁷³⁾. La chambre criminelle

(69) CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, *Albron BV c/ FNV Bondgenoten et a.* : JCP S 2011, 1008, comm. E. Jeansen.

(70) Dir. n° 2001/23/CE du Conseil, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d’entreprise, d’établissements ou de parties d’entreprises ou d’établissements : JOCE n° L. 82, 22 mars 2001, p. 16.

(71) C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 2°.

(72) C. trav., art. L. 8241-2, al. 1^{er}.

(73) Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-82287 : Bull. crim. 2006, n° 43 ; *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1276.

retient également que le but lucratif de l'opération de prêt de main-d'œuvre intervenue entre des sociétés ayant des intérêts communs peut être caractérisé par un gain, un bénéfice ou un profit en faveur de l'utilisateur ou du prêteur de main-d'œuvre⁽⁷⁴⁾. La chambre sociale de la Cour de cassation adopte la même solution et admet que le but lucratif peut résulter de l'économie réalisée sur les frais de gestion du personnel ou, pour l'entreprise utilisatrice, d'un accroissement de la flexibilité dans la gestion du personnel ou d'une économie de charges qui lui est ainsi procurée⁽⁷⁵⁾. L'article L. 8241-1 du Code du travail prévoit ainsi qu'« une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition ». Une facturation « à l'euro près » s'impose.

100. – Durée. L'opération de mise à disposition a un caractère nécessairement temporaire. Toute mise à disposition définitive emporte un risque de requalification de l'opération en un transfert volontaire du contrat de travail. Le caractère temporaire a pour corollaire le retour du salarié dans sa collectivité d'origine. Avant la loi du 28 juillet 2011, aucune disposition légale n'encadrait ce retour, à l'exception du cas du salarié mis à disposition auprès d'une filiale située à l'étranger⁽⁷⁶⁾. Le nouvel article L. 8241-2, alinéa 4, du Code du travail prévoit désormais qu'« à l'issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt ». Toutefois, dans l'hypothèse d'une mise à disposition de longue durée, il se peut que des évolutions soient intervenues dans l'entreprise d'origine et que le poste de travail du salarié ait évolué ou disparu. L'entreprise d'origine ne peut licencier le salarié sur ce seul motif. La Cour de cassation a retenu à de multiples reprises que le licenciement doit reposer sur un motif propre, autre que la seule échéance de la période de mise à disposition⁽⁷⁷⁾.

B. – Les clauses de mobilité

101. – Principe. Nous ne nous situons pas ici dans une hypothèse de mise à disposition de salariés entre différentes filiales du groupe mais dans celle du changement d'établissement au sein de la même entreprise. L'introduction de clauses de mobilité permet de prévoir contractuellement l'éventuelle mobilité future du salarié.

102. – Encadrement. Les clauses de mobilité font l'objet d'un encadrement strict de la part de la Cour de cassation. Les juges, gardiens de l'équilibre contractuel, veillent à ce qu'un contractant ne profite pas de sa situation de supériorité dans l'élaboration du contrat pour y glisser des clauses susceptibles d'affecter le cœur même de ce dernier, c'est-à-dire les obligations fondamentales qu'il engendre⁽⁷⁸⁾.

(74) Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253 : *Bull. crim.* 2007, n° 86.

(75) Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175 : *JurisData* n° 2011-008897 ; *JCP S* 2011, 1502, comm. T. Lahalle.

(76) C. trav., art. L. 1231-5.

(77) Cass. soc., 20 juin 2000, n° 98-42.126 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 236 ; *JCP E* 2000, p. 1407. – Cass. soc., 13 juin 2006, n° 04-40.256, inédit.

(78) D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 616.

Les clauses de mobilité ne sont cependant nécessaires que pour des mutations⁽⁷⁹⁾ de longue durée. La Cour de cassation retient que pour des déplacements occasionnels, une clause particulière ne s'impose pas⁽⁸⁰⁾.

103. – Mécanisme. La clause de mobilité permet à l'employeur de muter le salarié dans différents établissements sans que ce changement entraîne une modification du contrat de travail. Protectrice des intérêts des salariés, la Cour de cassation impose que la clause de mobilité définisse de façon précise sa zone géographique d'application⁽⁸¹⁾. L'objet de l'obligation contractuelle prévue doit être déterminé précisément, et non pas seulement déterminable, dans son étendue. Cette prescription se comprend aisément car le salarié qui s'engage doit connaître le périmètre de la mobilité à laquelle il accepte par avance de se soumettre. Elle se justifie également par le souci constant de la Cour de cassation de prévenir tout risque d'arbitraire de la part de l'employeur qui pourrait, à discrétion, sans s'embarrasser de l'accord du salarié, le muter dans une zone géographique⁽⁸²⁾ que ce dernier n'avait pas prévu lors de la conclusion du contrat⁽⁸³⁾. Dès lors, la clause de mobilité « ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »⁽⁸⁴⁾. Cette interdiction invite l'employeur à la plus grande attention dans la rédaction de la clause. Elle n'est pas sans inconvénient lorsque l'employeur ayant fixé la zone géographique de mobilité en considération de la situation de ses établissements, il est amené à étendre son activité à de nouveaux secteurs. Le degré de protection du salarié est fonction du périmètre d'application de la clause. L'employeur ne peut prévoir la possibilité de muter le salarié dans toutes les zones géographiques où il exerce son activité⁽⁸⁵⁾. La stipulation contractuelle ne peut davantage prévoir la disponibilité du salarié sur toute la zone d'activité de l'employeur, étendue à chaque implantation d'établissement⁽⁸⁶⁾.

(79) La mutation s'entend d'un « changement d'affectation d'un salarié ; changement dans ses attributions ou dans le lieu de son travail, décidée par l'autorité dont il relève, soit à la demande de l'intéressé (convenance personnelle), soit d'office, pour les nécessités du service ou de l'entreprise, ou à la suite d'une promotion de grade ; distincte du déplacement d'office qui a un caractère disciplinaire, la mutation s'accompagne le plus souvent d'un changement de résidence » (*Vocabulaire juridique*, Assoc. Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige », 9^e éd. 2011).

(80) « Le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique une certaine mobilité géographique » (Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 00-43.826 : *Dr. soc.* 2003, p. 433, obs. J. Savatier).

(81) Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 209 ; *JCP S* 2006, 1917, comm. B. Bossu ; *Dr. soc.* 2006, p. 927, obs. F. Favennec-Héry. – Cass. soc., 24 janv. 2008, n° 06-45.088 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 23 ; *JCP S* 2008, 1250, comm. B. Bossu ; *Dr. soc.* 2008, p. 498, obs. J. Savatier.

(82) Le contrat de travail peut prévoir un lieu précis d'exécution du travail. La Cour de cassation a retenu que cette mention n'a qu'une valeur indicative, sauf mention expresse d'un lieu précis : « La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son contrat de travail dans ce lieu » (Cass. soc., 3 juin 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. Savatier). Une clause peut indiquer que le salarié exécutera le contrat de travail à telle adresse. Cette contractualisation du lieu de travail rend impossible sa modification sans l'accord des parties. Dans cette hypothèse, l'employeur se prive d'une certaine liberté dans l'affectation du salarié car il se prive du concept de secteur géographique (pour une étude de la notion de secteur géographique, V., P.-H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2009, p. 45).

(83) Dès lors que la clause de mobilité est licite, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer la clause stipulée au contrat est conforme à l'intérêt de l'entreprise, la bonne foi contractuelle étant présumée : Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-43.040 : *JCP S* 2005, 1096.

(84) Cass. soc., 14 oct. 2008, 5 arrêts, n°s 07-40.092, 07-40.523, 07-41.454, 06-46.400, 07-42.352 : *JCP S* 2008, 1668, comm. B. Bossu ; *Semaine sociale Lamy* 3 nov. 2008, p. 11, obs. F. Champeaux et entretien avec M.-F. Mazars ; *JSL* 2008, n° 243, 13, obs. M.-C. Haller ; *Liaisons soc.* déc. 2008, p. 54, obs. J.-E. Ray.

(85) Cass. soc., 27 sept. 2006, n° 05-41.482, inédit.

(86) Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-42.352, préc.

104. – Les clauses de mobilité intragroupe. Dans un groupe de sociétés, la tentation est grande de prévoir une mobilité étendue à l'ensemble du périmètre du groupe. La Cour de cassation s'est prononcée sur cette situation dans un arrêt du 23 septembre 2009⁽⁸⁷⁾. Un salarié avait été engagé par la société Renault France automobile, aux droits de laquelle se trouve la société Réagroup, pour exercer ses fonctions dans l'établissement de Caen. Le salarié signe un avenant à son contrat de travail par lequel il accepte une promotion et l'adjonction d'une clause de mobilité. Cette clause stipule qu'il pourra être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société de Renault France automobile. La mise en œuvre de la clause devra, le cas échéant, donner lieu à la rédaction d'un nouveau contrat de travail auprès de la société d'accueil. Par la suite, le salarié est muté dans une autre société du groupe. Il refuse la mutation. Il est licencié pour non-respect de la clause de mobilité. Au contentieux, le salarié argue que la clause de mobilité n'était pas suffisamment précise. L'employeur, en revanche, considère que le périmètre géographique d'application était clairement défini (l'une des quatorze filiales du groupe, toutes situées sur le territoire français). Mais selon la Cour de cassation, est nulle « 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 la société appartiendrait au même groupe ».

105. – La Cour de cassation n'attache ici guère de crédit à la volonté des parties alors même que sa décision est rendue au visa de l'article L. 1221-1 du Code du travail qui dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun », donc à la loi des parties. Si la clause de mobilité s'étend à un périmètre très large, elle a été valablement acceptée par le salarié. La nécessité d'une délimitation géographique précise est respectée. De plus, toutes les filiales concernées sont situées sur le territoire national. Pourquoi dès lors refuser cette clause ? La réponse se trouve dans la formule, selon laquelle « un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur ». Si cette affirmation trouve sa pleine justification dans le cas de sociétés distinctes (au sens d'une absence totale de lien entre elles), dans le cas de sociétés sœurs, filiales d'un même groupe, il convient de nuancer le propos. En pratique, les principaux destinataires des clauses de mobilité sont des cadres. Ceux-ci s'engagent généralement dans une entreprise en considération de leur appartenance à un groupe au sein duquel s'applique une même politique sociale. Ils entrent davantage au service d'un groupe que d'une entreprise particulière. Un lien fort unit le salarié au groupe. De plus, le lien contractuel noué par le salarié lors de son entrée dans le groupe survit tout au long de sa présence dans les sociétés appartenant au même groupe. Si l'argument de la novation d'employeur peut être reçu en l'état du droit positif, sans doute faut-il le dépasser.

106. – La Cour de cassation traite différemment l'entreprise divisée en établissements et le groupe divisé en entreprises pour la validité d'une clause de mobilité qui peut en réalité recouvrir le même périmètre. Afin de mieux appréhender cette réalité, il convient d'apprécier l'étendue de la zone géographique, donc la validité de la clause, à l'aune des fonctions de son titulaire. Le périmètre de la clause doit

(87) Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-40.200 : JCP S 2009, 1535, comm. S. Béal et P. Klein ; *Semaine sociale Lamy* 29 mars 2010, suppl., n° 1439, comm. F. Aubonnet et L. Gamet, p. 125.

pouvoir s’étendre proportionnellement aux responsabilités exercées. À un cadre de très haut niveau peut être imposée une clause de mobilité s’étendant à l’échelle d’un groupe, que les filiales soient situées exclusivement sur le territoire national ou à l’étranger.

II. – Des outils à efficacité incertaine

107. – À côté des mises à disposition et des mobilités reposant sur la mise en œuvre d’une clause contractuelle dédiée, les groupes de sociétés ont recours à d’autres outils juridiques leur permettant de gérer leurs besoins et leurs effectifs. « L’intermédiation salariale »⁽⁸⁸⁾ interne au groupe de sociétés peut apparaître comme une formule intéressante. Néanmoins, qu’il s’agisse de créer une société de portage interne (A) ou de faire adhérer différentes filiales à un même groupement d’employeurs (B), des éléments d’inadaptation surgissent.

A. – Le portage salarial

108. – L’étude des conditions de mise en place (1°) précède celle des éléments qui rendent le recours au portage salarial inadapté (2°).

1° Les conditions

109. – **Définition.** Le portage salarial est « une organisation du travail par laquelle un professionnel autonome confie à une structure la facturation et la gestion administrative des missions ou des prestations qu’il effectue auprès d’un client qu’il a trouvé lui-même. En échange de cette gestion, la société prélève des honoraires pour les frais de gestion, lui signe un contrat de travail, le salarie chaque mois et s’acquitte des cotisations sociales obligatoires »⁽⁸⁹⁾. Le Code du travail⁽⁹⁰⁾ définit l’opération de portage salarial comme « un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l’entreprise de portage »⁽⁹¹⁾.

110. – **La présence de deux relations contractuelles.** L’opération de portage met en scène trois acteurs : un salarié « porté », une société de portage et une entreprise utilisatrice. Une première relation contractuelle est nouée entre le salarié

(88) M. Del Sol, *L’intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux* : JCP S 2005, 1314. L’intermédiation est définie comme la « fonction qui consiste à recueillir et à mettre des fonds à la disposition de tiers » (Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008).

(89) D. Le Du, *Le portage salarial*, Eyrolles, 2008, p. 23. – V., également, B. Kantorowicz, *Le portage salarial*, thèse dactyl., éd. Panthéon-Assas, 2011. – P. Morvan, *Le portage salarial, un prêt de main-d’œuvre licite*, note ss Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 11-81.669 : JCP S 2012, 1282.

(90) Art. L. 1251-64 issu de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, art. 8-I : JO 26 juin 2008, n° 0148, p. 10224.

(91) L’accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, à l’origine de la loi du 25 juin 2008, propose à son article 19 la définition suivante : le portage salarial est « une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente ; la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté ; la fourniture des prestations par le porté à l’entreprise cliente ; la conclusion d’un contrat de prestation de services entre le client et la société de portage ; la perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie au porté dans le cadre d’un contrat qualifié de contrat de travail ». Le portage salarial n’est toutefois pas exempt d’ambiguïté. V., Ch. Lenoir et F. Schechter, *Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés* : Dr. soc. 2012, 771.

porté et la société de portage. La question demeure de la qualification de ce rapport contractuel. S'agit-il d'un contrat de travail, alors même qu'il n'existe pas de lien de subordination entre les parties ? Dans deux arrêts du 17 février 2010⁽⁹²⁾, la Cour de cassation affirme la soumission des contrats de portage salarial aux règles d'ordre public du droit du travail⁽⁹³⁾ et précise les obligations des parties. Dans le premier arrêt (pourvoi n° 08-45.298), la cour retient que la société de portage, en sa qualité d'employeur, est tenue de fournir du travail à son salarié, le « porté ». Dès lors, la société de portage ne peut licencier le salarié porté au motif qu'il est demeuré sans activité pendant deux mois, quand bien même il aurait souscrit l'engagement de rechercher ses missions lui-même et de les exécuter dans le respect des règles en vigueur dans son domaine d'activité (le bâtiment en l'espèce). Dans le second arrêt (pourvoi n° 08-40.671), après avoir rappelé la règle selon laquelle la liberté contractuelle ne peut déroger à l'obligation d'indiquer dans le contrat de travail à temps partiel la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail et sa répartition entre les jours de la semaine ou du mois, la Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé de requalifier en contrat à temps plein un contrat de travail prévoyant une durée du travail minimale symbolique, la durée réelle de travail étant variable et dépendant de l'activité déployée par le salarié sur sa propre initiative.

111. – Une seconde relation contractuelle est nouée entre la société de portage et l'entreprise utilisatrice. Il s'agit d'une simple facturation des services de la société de portage à la société utilisatrice. La société de portage encaisse des honoraires versés par les entreprises clientes et verse un salaire au salarié porté. La société de portage agit en simple intermédiaire.

112. – **Intérêt du portage.** Le recours au portage salarial répond à une double demande. D'un côté, l'entreprise s'efforce de trouver de nouvelles manières de gérer ses ressources. Elle est à la recherche de travailleurs à fortes compétences, pour des besoins ponctuels mais ne souhaite pas toujours s'enfermer dans un contrat de travail classique⁽⁹⁴⁾. De l'autre, le porté dispose d'une liberté dans la gestion de son activité. Il pourra concilier les latitudes offertes par une activité indépendante avec les garanties offertes par une relation salariale⁽⁹⁵⁾. « Le cadre lui-même ne souhaite pas d'emblée créer son entreprise en perdant son assurance-chômage, ou veut vérifier

(92) Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298 : *JurisData* n° 2010-051638 et Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-40.671 : *JurisData* n° 2010-051640 ; *JCP S* 2010, act. 97. – Communiqué de la Cour de cassation relatif aux arrêts n°s 370 et 373 de la chambre sociale du 17 février 2010 : *RJS* 4/2010, n° 391.

(93) Les deux décisions sont rendues notamment aux vises des articles L. 1211-1 et L. 1221-1 du Code du travail.

(94) « Libérée d'activités désormais externalisées, l'entreprise peut se consacrer à réaliser des projets transversaux faisant appel à des services différents. Ce management par projet requiert des compétences, des méthodologies et des outils spécifiques qui ne sont pas toujours présents ou disponibles en interne (...) plutôt que d'investir dans la formation ou le matériel nécessaire, l'entreprise préfère de plus en plus souvent faire appel à des équipes externes. Ainsi, au fur et à mesure que les grands projets transverses se multiplient, le travail en mission se développe. Le conseil, l'expertise, les prestations de service des travailleurs indépendants constituent d'ores et déjà un marché avec ses propres lois, services, vendeurs et clients » (D. Le Du, *Le portage salarial*, Eyrolles, 2008).

(95) « Cette évolution des sociétés développées s'appuie également sur des individus qui ne se contentent plus de satisfaire des besoins primaires comme dans les sociétés traditionnelles, mais qui recherchent l'accomplissement personnel. Ne se sentant plus reconnus ni même respectés dans les grandes organisations, les individus choisissent souvent de faire avancer leurs projets individuels plutôt que de servir les objectifs flous et changeants d'entreprises dont ils n'ont pas la maîtrise » (D. Le Du, préc.).

qu’il peut se constituer une clientèle, ou bien veut travailler pour plusieurs sociétés avec la liberté d’un indépendant sans perdre le statut d’un salarié »⁽⁹⁶⁾.

113. – Confrontée à ce besoin, l’entreprise peut choisir de recruter un salarié, avoir recours à l’intérim ou se tourner vers le portage salarial. Le recrutement d’un salarié oblige l’entreprise à s’inscrire dans une relation à durée indéterminée ou la contraint à s’inscrire dans les critères de recours au contrat à durée déterminée. L’intérim n’est pas non plus une solution satisfaisante. Les besoins en cadres à forte valeur ajoutée ne correspondent pas à l’offre des entreprises de travail temporaire⁽⁹⁷⁾. Un travailleur indépendant, avec une activité de consultant, n’offre pas les mêmes garanties de disponibilité⁽⁹⁸⁾. Le portage salarial peut apparaître comme un mécanisme pertinent. La société utilisatrice n’est pas l’employeur et la gestion administrative du porté est simplifiée⁽⁹⁹⁾.

2° Les éléments d’inadaptation

114. – La tentation peut être grande de pérenniser ce recours au portage salarial. Plusieurs sociétés appartenant à un même groupe et ayant des besoins similaires mais selon des calendriers différents peuvent vouloir utiliser les services d’une ou plusieurs personnes spécialisées. Néanmoins, aucune d’elles ne souhaitant engager le salarié par contrat de travail, le portage salarial pourrait être utilisé. Une société filiale du groupe pourrait même y être dédiée. Cette société spécialisée agirait comme une agence d’intérim pour cadres spécialisés.

115. – Si le salarié porté ne dispose pas d’une marge suffisante de négociation en ce qui concerne ses conditions d’activité, un contrat de travail pourra être caractérisé. Une gestion interne des « portés » par une même société filiale d’un groupe et à l’usage quasi exclusif des autres sociétés du groupe pourra conduire à la reconnaissance d’un véritable contrat de travail entre les sociétés utilisatrices et le « porté ». La Cour de cassation retient depuis de nombreuses années que l’existence d’un contrat de travail se déduit des circonstances de fait, peu important la qualification donnée par les parties à la convention⁽¹⁰⁰⁾. Des situations de coemployeurs pourraient également être mises en exergue. En définitive, les avantages du recours au portage salarial seraient totalement annihilés. Si, dès lors, des sociétés appartenant à un groupe veulent avoir recours au portage salarial, elles peuvent se tourner vers une structure existante, sans nécessairement mettre en place une société spécifique.

(96) *Prestation de travail et activité de service*, ss dir. M.-L. Morin, avec Y. Dupuy, F. Larré et S. Sublet, Paris, La Documentation française, 1999, spéc. p. 143.

(97) Conclusion de l’enquête : *Semaine sociale Lamy* 10 déc. 2007, suppl., n° 1332, p. 41 : « En 2005, quelque deux millions de personnes ont travaillé en intérim, soit quelque 570 000 équivalents temps plein : le pourcentage de cadres en intérim représentait 1,7 % des effectifs d’intérimaires et quelque 10 000 équivalents temps plein ».

(98) M. Del Sol, A. Moysan-Louazel et P. Turquet, *L’intermédiation dans les relations d’emploi au travers des exemples du portage salarial et de l’intérim hautement qualifié. Regards croisés en économie du travail et en droit social*, Rapport DARES, 2005, p. 47 : « Avec le portage, le client est certain de la disponibilité du professionnel dont il a besoin, ce qui ne sera pas nécessairement le cas s’il recourt à un indépendant ».

(99) L’entreprise cliente connaît le montant exact de la prestation car, en principe, aucune charge supplémentaire ne lui sera facturée. La seule diligence consiste à signer un bon de commande.

(100) Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, *Labbane* : Dr. soc. 2001, p. 231, comm. A. Jeammaud ; RJS 2001, n° 275. – J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 3^e éd. 2004, p. 9.

B. – Les groupements d'employeurs

116. – L'étude des conditions de mise en place d'un groupement d'employeurs (1°) permet de relever des éléments d'inadaptation (2°).

1° Les conditions

117. – **Définition.** Les groupements d'employeurs⁽¹⁰¹⁾ ont été institués par la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985⁽¹⁰²⁾ plusieurs fois modifiée⁽¹⁰³⁾. L'article L. 1253-1 du Code du travail prévoit que « des groupements de personnes entrant dans le champ d'application d'une même convention collective peuvent être constitués dans le but de mettre à disposition de leurs membres des salariés liés à ces groupements par un contrat de travail ». L'activité des groupements d'employeurs s'exerce dans le cadre des opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. En définissant l'objet de l'activité des groupements d'employeurs, le législateur a visé différentes situations auxquelles le dispositif permet de répondre. Ainsi, la constitution d'un groupement permet de partager à temps partiel un salarié qualifié (le salarié bénéficiant d'un contrat de travail à temps plein) ou d'utiliser successivement, selon les périodes de l'année, un ou plusieurs salariés pour effectuer des travaux saisonniers ; de bénéficier occasionnellement d'appoints de main-d'œuvre pour renforcer l'effectif des salariés ; de permettre ainsi de faire face à des besoins échelonnés avec un travailleur qui jouit du statut de salarié permanent du groupement ; de maintenir la permanence de l'emploi d'un salarié sur plusieurs entreprises alors que ce dernier était sous la menace d'un licenciement ou risquait une « précarisation » de son statut ; de transformer des emplois précaires en emplois permanents en mettant à la disposition des adhérents les services d'un salarié expérimenté⁽¹⁰⁴⁾. Les groupements d'employeurs peuvent « également apporter à leurs membres leur aide ou leur conseil en matière d'emploi ou de gestion des ressources humaines »⁽¹⁰⁵⁾.

118. – Les groupements d'employeurs peuvent être constitués sous la forme d'une association ou d'une société coopérative⁽¹⁰⁶⁾.

119. – **Entreprises concernées.** À l'origine, seules les entreprises de moins de trois cents salariés étaient concernées par le dispositif. La loi Aubry II l'a étendu aux entreprises de trois cents salariés et au-delà sous la condition que celles-ci aient conclu un accord collectif définissant les garanties accordées aux salariés du groupement⁽¹⁰⁷⁾. Désormais, l'exigence d'un tel accord n'est plus. L'article 31 de la loi

(101) L. Casaux-Labrunée (ss dir.), Dossier « Groupements d'employeurs » : *Dr. soc.* 2012, p. 870.

(102) L. n° 85-772, 25 juill. 1985, portant diverses dispositions d'ordre social : *JO* 26 juill. 1985, p. 8471.

(103) Loi quinquennale pour l'emploi n° 93-1313, 20 déc. 1993 (*JO* 21 déc. 1993, p. 17769). – Loi « Aubry II » n° 2000-37, 19 janv. 2000 (*JO* 20 janv. 2000, p. 975).

(104) Circ. DRT n° 94-6, 20 mai 1994, relative aux groupements d'employeurs et aux groupements locaux d'employeurs : *BO Travail, Emploi et Formation professionnelle* n° 13-94.

(105) C. trav., art. L. 1253-1, al. 2.

(106) « Les groupements d'employeurs sont constitués sous l'une des formes suivantes : 1° Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; 2° Société coopérative au sens de 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 ; 3° Association régie par le Code civil local ou coopérative artisanale dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin » (C. trav., art. L. 1253-2).

(107) C. trav., art. L. 1253-5. Le seuil d'effectif s'apprécie conformément aux règles définies à l'article L. 1111-2 du Code du travail.

n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l’alternance et la sécurisation des parcours professionnels⁽¹⁰⁸⁾ a abrogé l’article L. 1253-5 du Code du travail qui imposait la conclusion d’un accord collectif ou d’établissement pour permettre aux entreprises de plus de trois cents salariés d’adhérer à un groupement d’employeurs. L’article 30 prévoyait cependant qu’un accord national interprofessionnel conclu avant le 1^{er} novembre 2011 pouvait déroger à cette règle. Aucun accord n’ayant été conclu avant cette date, l’obligation est éteinte. Toutes les entreprises peuvent adhérer à un groupement d’employeurs sans condition d’effectif.

120. – Convention collective. En principe, les membres du groupement sont tous soumis à la même convention collective. Toutefois, le législateur a permis à des personnes n’entrant pas dans le champ d’application de la même convention de constituer un groupement à condition de déterminer la convention collective qui s’appliquera⁽¹⁰⁹⁾.

121. – Personnalité. Les groupements d’employeurs peuvent être constitués entre des personnes morales de droit privé et inclure des personnes morales de droit public (collectivités territoriales ou établissements publics). Ces groupements prendront la forme d’associations de la loi de 1901. Le Code du travail prévoit néanmoins que les personnes morales de droit public ne peuvent constituer plus de la moitié des membres du groupement⁽¹¹⁰⁾. Dans cette hypothèse, la compétence de l’autorité administrative pour l’information relative à la constitution du groupement d’employeurs, ainsi que pour la déclaration déterminant la convention collective applicable, est appréciée en fonction des seuls adhérents de droit privé⁽¹¹¹⁾.

122. – Groupements d’employeurs et relations contractuelles. Le groupement d’employeurs conclut des contrats de travail avec des travailleurs puis les met à la disposition des entreprises membres. Le contrat de travail doit indiquer les conditions d’emploi et de rémunération, la qualification du salarié, la liste des utilisateurs potentiels et les lieux d’exécution du travail. Le contrat doit également préciser la convention collective applicable au groupement à laquelle sera soumis le salarié, indépendamment de l’activité de l’entreprise pour laquelle il travaillera⁽¹¹²⁾. Ainsi, le salarié ne connaît juridiquement qu’un seul employeur, le groupement, auquel il est lié par le contrat de travail. Ce dernier est donc investi de l’ensemble des prérogatives patronales et il est tenu des charges inhérentes à la qualité d’employeur. En revanche, pendant la durée des missions, l’entreprise utilisatrice est responsable des conditions d’exécution du travail. Le législateur a visé, limitativement, les normes relatives à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à la santé et à la sécurité au travail, ainsi que les normes réglementant le travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs⁽¹¹³⁾. Concernant la médecine du travail, si les obligations sont à la charge du groupement, lorsque

(108) JO 29 juill. 2011, n° 0174, p. 12914. – V., en ce sens, Rép. min n° 20775 : JO Sénat Q 3 mai 2012 et Rép. min. n° 120776 : JOAN Q 1^{er} mai 2012.

(109) C. trav., art. L. 1253-17.

(110) C. trav., art. L. 1253-19.

(111) D. n° 2006-409, 6 avr. 2006 : JO 7 avr. 2006, p. 5268.

(112) C. trav., art. L. 1253-10.

(113) C. trav., art. L. 1253-12.

l'activité exercée par le salarié mis à disposition nécessite une surveillance renforcée, les obligations correspondantes pèsent sur l'entreprise utilisatrice⁽¹¹⁴⁾. Les salariés mis à disposition ont accès dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de celle-ci, aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration⁽¹¹⁵⁾. Enfin, ces salariés sont pris en compte dans le calcul de l'effectif de l'entreprise utilisatrice, à hauteur de leur temps de présence, à l'exception des règles relatives à la tarification des risques accidents du travail et maladies professionnelles et à la formation professionnelle⁽¹¹⁶⁾.

2° Les éléments d'inadaptation

123. – Si le groupement d'employeurs peut être une réponse aux problèmes de gestion des mobilités et des besoins ponctuels des filiales prises dans leur individualité, la mise en place d'un groupement d'employeurs interne au groupe n'est pas nécessairement la voie la plus adaptée.

124. – **Réserve liée à la rémunération.** Dans une relation de travail classique, l'employeur doit fournir du travail au salarié et lui verser le salaire convenu en contrepartie. Dans un groupement d'employeurs, la personne qui fournit le travail est distincte de celle qui verse le salaire. Il peut y avoir des périodes durant lesquelles le salarié ne peut être mis à la disposition des membres du groupement, faute de mission disponible. Le groupement n'est dès lors pas tenu de verser un salaire si le contrat de travail est exécuté de bonne foi par le groupement. Ainsi, en l'absence de travail fourni, le groupement d'employeurs ne verse pas de rémunération, sous réserve que le contrat ne prévoit pas expressément la rémunération des périodes inter-missions. Des contraintes de gestion fortes apparaissent dès lors. En l'absence de rémunération pendant les périodes hors missions, il peut être difficile de convaincre un cadre de haut niveau de s'engager avec le groupement. Dans le cas inverse, il est difficilement envisageable que des filiales d'un groupe, membres du groupement, acceptent de rémunérer un salarié inactif.

125. – **Réserve liée au type de contrat.** Dans le cadre du groupement d'employeurs, le contrat de travail qui doit être privilégié est le contrat à durée indéterminée⁽¹¹⁷⁾. Le groupement s'engage nécessairement dans une relation à long terme. Si un contrat à durée déterminée est conclu, le motif de recours⁽¹¹⁸⁾ doit être apprécié au regard de la situation du groupement et non de l'entreprise utilisatrice.

126. – **Réserve liée à la responsabilité financière solidaire des membres du groupement.** Le Code du travail a prévu que « les membres du groupement sont solidairement responsables de ses dettes à l'égard des salariés et des organismes

(114) C. trav., art. L. 1253-13.

(115) C. trav., art. L. 1253-14.

(116) C. trav., art. L. 1111-2 et art. R. 1111-1.

(117) « S'agissant de la durée du contrat de travail, il convient de rappeler que l'objectif de la loi qui a créé les groupements d'employeurs est notamment de lutter contre le travail précaire. En conséquence, le contrat à durée indéterminée doit nécessairement constituer la forme privilégiée du contrat de travail » (Circ. DRT n° 96/6, 17 avr. 1996 relative au rôle et aux fonctions de l'inspection médicale du travail et de la main-d'œuvre à l'échelon régional : BO n° 96/10, p. 75-83).

(118) Motifs de recours limitativement énumérés à l'article L. 1242-2 du Code du travail.

créanciers de cotisations obligatoires »⁽¹¹⁹⁾. Toutes les filiales du groupe de sociétés, membres du groupement d’employeurs interne, sont donc solidairement responsables alors même qu’elles ne le sont pas pour leurs salariés propres et leurs dettes propres. En cas de défaillance du groupement d’employeurs dans le paiement des salaires, l’AGS intervient⁽¹²⁰⁾. En revanche, en cas de défaillance d’un des utilisateurs, même si l’entreprise utilisatrice fait l’objet d’une procédure collective, l’AGS n’intervient pas. L’employeur de droit est le groupement, non l’entreprise utilisatrice⁽¹²¹⁾. Dans cette situation, les autres membres du groupement devront verser les sommes dues par l’entreprise défaillante, même si elles se sont déjà acquittées en totalité des sommes qu’elles devaient au groupement.

127. – « Sécurisante » pour le salarié en cas de défaillance de l’entreprise auprès de laquelle il est mis à disposition, cette solidarité financière peut dissuader des entreprises d’adhérer à un groupement d’employeurs, par crainte d’être mises à contribution en cas d’insolvabilité de l’un des membres du groupement.

(119) C. trav., art. L. 1253-8.

(120) Cass. soc., 9 mars 2004, n° 02-41.851 (5 arrêts) : *Bull. civ.* 2004, V, n° 74 ; *TPS* 2004, comm. 143.

(121) Rép. min. n° 4219 : *JO Sénat* Q 24 avr. 2003, p. 1396.

C H A P I T R E 2

LA RÉAFFIRMATION DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE

128. – Le lien contractuel noué par le salarié à son entrée dans le groupe peut être mis en sommeil, suspendu, éclipsé un temps par la conclusion d'un autre contrat de travail avec une autre société du même groupe. Une trace demeure néanmoins. Tel est notamment le cas lorsque le salarié est envoyé dans une autre société à l'étranger. Le lien contractuel initial est prêt à réapparaître dès que le lien secondaire se trouve altéré (Section 1).

Réaffirmé, le lien contractuel n'est pas pour autant pérennisé. Ses modalités pratiques l'exposent à des sorts divers (Section 2).

S E C T I O N 1

UNE NORME LÉGALE

129. – Lorsqu'il accepte le détachement à l'étranger ou l'expatriation, le salarié n'entend pas emprunter une voie sans issue⁽¹⁾. Le droit au retour, l'organisation juridique de ce retour sont des garanties offertes au salarié dont les normes légales et conventionnelles (§ 1) encadrent strictement la mise en œuvre (§ 2).

§ 1. – Les fondements du droit au retour

130. – L'article L. 1231-5 du Code du travail n'est pas l'unique fondement du droit au retour. Les normes conventionnelles jouent un rôle important, notamment lorsque les conditions d'application de cet article ne sont pas remplies. À la base légale (I), des additions conventionnelles s'imposent (II).

(1) V., D. Chatard, *Retour du salarié envoyé à l'étranger* : Cah. DRH oct. 2012, n° 190, p. 21.

I. – Une base légale

131. – **Textes.** L'article 8 de la loi du 13 juillet 1973⁽²⁾ a jadis introduit un article L. 122-14-8 dans le Code du travail (ancien). Texte ambitieux, il a néanmoins été très fortement critiqué et commenté en raison de ses imprécisions et silences⁽³⁾. Recodifié à l'article L. 1231-5 du Code du travail, il prévoit 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 ». La loi place le lien contractuel au cœur de l'application des dispositions protectrices pour le salarié : lien contractuel avec la société mère et lien contractuel avec la société étrangère⁽⁴⁾. La recherche du lien contractuel, même mis en sommeil, qui persiste entre le salarié et la société mère vise à empêcher la rupture de la relation unissant le salarié à son employeur initial qui reste tenu d'un certain nombre d'obligations à son égard. « C'est en juxtaposant ces obligations au contrat passé avec la filiale que la loi cherche à assurer la protection du salarié »⁽⁵⁾.

132. – **Manquements.** Deux imprécisions apparaissent. Le texte semble cantonner son application à la situation où la société mère a engagé le salarié. Le salarié mis à disposition par une société sœur ne pourrait donc pas se prévaloir des dispositions légales. De même, ne sont visées que les mises à disposition. Cette terminologie renvoie à un régime juridique précis qui exclut les salariés expatriés. Une telle rédaction appréhende une réalité trop étroite.

II. – Des additions conventionnelles

133. – Le salarié expatrié se place hors du champ d'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail qui prévoit explicitement la notion de mise à disposition. Dans une situation d'expatriation, le premier contrat est rompu par la conclusion d'un second au bénéfice de la société étrangère. Néanmoins, l'expatriation peut être réalisée par une simple lettre de mission qui suspend le premier contrat, lequel resurgit à la rupture du second. Ainsi, indépendamment des dispositions de l'article L. 1231-5 du Code du travail, le contrat du salarié ou les conventions et accords

(2) L. n° 73-680, 13 juill. 1973, modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (JO 18 juill. 1973, p. 7763).

(3) Le professeur G. Lyon-Caen rend parfaitement compte du sentiment qui a animé la doctrine lors de l'adoption du texte : « L'article 8 de la loi du 13 juillet 1973, tel jadis un cavalier budgétaire, s'est glissé comme par mégarde dans la loi sur le licenciement. Texte unique en son genre, puisque le législateur n'avait jamais osé jusqu'ici trancher dans le vif des tissus complexes du droit international. Texte d'interprétation difficile, puisque dépourvu de véritables travaux préparatoires, et fruit d'une improvisation de séance. Texte ambitieux puisqu'il ne tend à rien moins qu'à donner un statut à la relation de travail à l'intérieur du groupe international de sociétés. Les premiers commentaires sont prudents, et doivent inciter à la réserve. Il doit être entendu que l'analyse du texte, envisagé tant dans ses conditions d'application que dans ses effets, doit se cantonner à une pure et simple exégèse. Pourtant l'audace ne saurait être le monopole du législateur ; la doctrine doit dire ce qu'il y a dans la boîte de Pandore puisque la voilà ouverte. L'implicite est souvent plus significatif pour l'avenir du droit que l'explicite : le législateur se sert du signifiant, mais ignore parfois le signifié » (G. Lyon-Caen, *Observation sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés* : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 439).

(4) Sur la persistance du lien contractuel entre le salarié et la société mère, la Cour de cassation retient qu'il ne s'agit pas d'une condition impérative pour l'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail (Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583, préc.).

(5) N. Catala, *Application de l'article L. 122-14-8 du Code du travail* : *CDE* 1986, n° 4, p. 10.

collectifs peuvent prévoir un certain nombre de clauses qui envisagent les conditions du retour du salarié.

134. – Clause de rapatriement. Les normes contractuelles et conventionnelles peuvent, par exemple, prévoir une clause de rapatriement qui constitue pour le salarié une garantie de retour. Cette clause matérialise la survie du lien contractuel avec la société d'origine. Elle témoigne de l'engagement de celle-ci, sur le terrain des obligations contractuelles, à rapatrier et à réintégrer le salarié à l'issue de la mission.

135. – Promesse de réembauchage. Cette promesse ne vaut que dans l'hypothèse où le contrat d'origine a été rompu et qu'un nouveau contrat de travail a été conclu avec la société étrangère. L'employeur d'origine prend l'engagement de réembaucher le salarié à son retour de l'étranger. Il s'agit d'une obligation de résultat à la charge de la société d'origine⁽⁶⁾. Les parties peuvent néanmoins subordonner l'application de cette clause à certaines conditions, telle l'absence de démission du salarié⁽⁷⁾. La promesse de réembauchage s'adresse davantage aux salariés expatriés qu'aux salariés détachés dans la mesure où le détachement n'est que l'exécution du contrat de travail au bénéfice d'une autre entreprise. La promesse de réembauchage lors de l'expatriation n'est rien d'autre que l'engagement pris par l'employeur d'origine de ressusciter le lien contractuel initial⁽⁸⁾.

136. – Priorité de réembauchage. La norme conventionnelle peut également prévoir une priorité de réembauchage au bénéfice du salarié expatrié. La méconnaissance par l'employeur de la priorité ainsi accordée l'expose à des dommages-intérêts⁽⁹⁾. La preuve de sa violation doit être rapportée par le salarié qui entend s'en prévaloir. Cette preuve sera d'autant plus aisée à établir que l'engagement de l'employeur aura été l'objet d'un écrit. Il ne s'agit néanmoins que d'une obligation de portée limitée. L'employeur ne s'engage qu'à étudier la candidature du salarié et à ne lui donner la priorité qu'en cas de concurrence avec d'autres candidats dans la même situation. La rédaction de la clause est parfois également si vague qu'il est difficile de mesurer la portée réelle de l'engagement pris. Ainsi, celui qui promet d'examiner la possibilité de réintégrer le salarié, lorsque l'activité de l'entreprise le permettra, « ne s'engage pas de façon ferme et définitive »⁽¹⁰⁾.

137. – Limites du droit conventionnel. La portée de ces clauses doit être nuancée. Elles ne peuvent qu'instaurer un régime plus favorable que le régime légal. Il apparaît ainsi que les dispositions d'ordre public de l'article L. 1231-5 du Code du travail ne permettent pas à la société qui a mis l'un de ses salariés à la disposition

(6) La méconnaissance de ce type de clause « est de nature à justifier une condamnation à des dommages-intérêts par application des règles qui gouvernent la responsabilité contractuelle » (B. Teyssié, *Droit du travail – Les relations individuelles de travail*, Litec, 1992, n° 631). – V., par ex., concernant la méconnaissance d'une clause de garantie d'emploi : Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 90-45.755 ; *Bull. civ.* 1994, V, n° 151 ; *JCP G* 1995, II, 22379, note F. Duquesne.

(7) V., en ce sens, CCN Industrie pharmaceutique, Accord 22 oct. 1984 sur l'affectation du personnel hors du territoire métropolitain, art. 1^{er}, § 8.

(8) Il a ainsi été jugé que le contrat de travail à durée indéterminée comportant une clause de mobilité internationale, qui prévoit la réalisation d'une mission à l'étranger pour une durée de quatre ans, prorogeable d'un commun accord, ne constitue pas une garantie d'emploi, mais énonce seulement une durée prévisible de l'affectation à l'étranger sans exclure la possibilité d'un licenciement pendant la période de quatre ans (Cass. soc., 23 oct. 2003, n° 01-43.970 : *TPS* 2004, comm. 99).

(9) Cass. soc., 3 nov. 1960 : *Bull. civ.* 1960, IV, n° 961.

(10) Cass. soc., 24 mai 1958 : *JCP G* 1958, II, 10868, note J. Carbonnier.

d'une filiale étrangère de subordonner la garantie de réemploi de ce salarié au respect de certaines conditions⁽¹¹⁾.

§ 2. – Les conditions du droit au retour

138. – Contrat et normes conventionnelles prévoient les conditions du droit au retour du salarié détaché à l'étranger ou expatrié. L'application du régime légal de l'article L. 1231-5 du Code du travail implique ainsi la réunion d'une loi (I) et d'un contrat (II).

I. – Une loi

139. – L'article L. 1231-5 du Code du travail intervient en fonction de la loi régissant la relation de travail. La Cour de cassation considère que « le droit français ayant cessé d'être applicable aux relations contractuelles des parties (...), le salarié ne pouvait se prévaloir des dispositions » de ce texte⁽¹²⁾.

140. – **Application en tant que *lex contractus*.** La situation la plus simple pour permettre l'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail est de le prévoir expressément dans le contrat de travail. Ce texte étant analysé comme une disposition de fond susceptible d'être invoquée par les parties au titre de la loi du contrat, le « droit à rapatriement » qu'il prévoit bénéficie au salarié dès lors que le contrat de travail le liant à la société mère est régi par la loi française⁽¹³⁾.

141. – Le texte s'applique quelles que soient la nationalité et la localisation des sociétés concernées⁽¹⁴⁾. De même, peu importe que le salarié ait préalablement travaillé auprès de la société mère sur le territoire français⁽¹⁵⁾. Les parties peuvent également décider de soumettre la relation au droit français alors même qu'elle ne présente aucun élément concret de rattachement. Ce choix pourra être perturbé par les dispositions impératives issues de la loi du lieu habituel d'exécution du travail si celles-ci se révèlent plus protectrices des intérêts du salarié que les dispositions de l'article L. 1231-5 du Code du travail.

142. – **Application en tant que *lex loci labori*.** Le contrat de travail peut être soumis à la loi française si le travail est habituellement exécuté en France. L'article L. 1231-5 du Code du travail peut néanmoins trouver à s'appliquer en cas de détachement à l'étranger, même en l'absence de prévision expresse des parties

(11) CA Versailles, 4 avr. 1991 : *Dr. trav.* 1991, n° 6, p. 13.

(12) Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-41.293 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 182 ; *JCP E* 1993, II, 523, note Ph. Coursier ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 323, 3^e esp., note M.-A. Moreau.

(13) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : *JCP S* 2009, 1092, n° 62.

(14) CA Paris, 27 nov. 1986 : *Rev. crit. DIP* 1988, p. 314, note A. Lyon-Caen.

(15) Mais la société mère ne doit pas intervenir comme un simple intermédiaire de recrutement. Son implication doit être plus importante. Tel est le cas lorsqu'elle décide des affectations successives du salarié auprès de différentes filiales à l'étranger. Dès lors, une cour d'appel, constatant, d'une part, que la société mère avait engagé un salarié par un contrat de travail conclu à son siège social et l'avait affecté auprès de sa filiale gabonaise et que, d'autre part, elle avait continué à exercer son pouvoir de direction et de contrôle à son égard, en ayant notamment décidé et organisé son affectation auprès de sa filiale argentine, fixé ses primes d'objectif et d'intéressement et établi les fiches d'évaluation, a caractérisé l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la société mère et a pu décider que cette dernière était l'employeur du salarié. L'article L. 1231-5 du Code du travail trouve donc à s'appliquer (Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-43.142 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 407 ; *RJS* 12/1999, n° 1535).

dans le contrat de travail. Cette mise à disposition est nécessairement temporaire. Le salarié a vocation à revenir en France dans l'établissement dans lequel il exécute habituellement son travail. Or, le salarié bénéficie toujours des normes de protection minimale du pays où il exerce habituellement son travail, en vertu de son contrat de travail. Un arrêt de la cour d'appel de Versailles a d'ailleurs reconnu le caractère d'ordre public de l'article L. 1231-5 du Code du travail, l'érigeant en disposition impérative⁽¹⁶⁾.

II. – Un contrat

143. – L'article L. 1231-5 du Code du travail trouve à s'appliquer en présence de deux contrats, l'un avec la société française, l'autre avec la filiale implantée à l'étranger. L'application du texte renvoie aux destins différents de ces contrats : si le premier revit (A), le second meurt (B).

A. – Un contrat persistant

144. – **Le lien contractuel.** Le retour du salarié en application de l'article L. 1231-5 du Code du travail suppose le maintien du lien contractuel avec la société d'origine. En présence d'une clause expresse, la situation ne présente pas de difficulté. En revanche, en l'absence d'une telle clause, le maintien du lien contractuel conduit à reconnaître que la société d'origine conserve sa qualité d'employeur pendant toute la durée de la mission. Cette position est de longue date retenue par la Cour de cassation qui affirme que lorsqu'un salarié est transféré, au sein d'un groupe de sociétés, de la société mère à l'une de ses filiales, le contrat de travail initial conclu entre le salarié et la société mère subsiste⁽¹⁷⁾.

Si certains auteurs considèrent que « les liens contractuels ne peuvent donner naissance qu'à une obligation de réintégration d'origine conventionnelle » et que « la persistance du lien de subordination entre le salarié et la société d'origine ne saurait, à elle seule, justifier, le rapatriement du salarié »⁽¹⁸⁾, la lettre de l'article L. 1231-5 du Code du travail appelle une interprétation plus radicale. Le salarié est engagé par la société puis est mis à la disposition d'une autre société à l'étranger avec laquelle il conclut un contrat de travail. Il y a donc deux contrats de travail. Le premier n'est pas rompu. Il n'est que mis en sommeil par la conclusion du second. La rupture de la relation entre le salarié et la société située à l'étranger réveille le lien contractuel qui unit le salarié à la société d'origine⁽¹⁹⁾. Cette analyse a été développée dès 1974, le professeur Lyon-Caen considérant

(16) CA Versailles, 4 avr. 1991, préc.

(17) V., notamment, Cass. soc., 25 févr. 1988, n° 85-41.655 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 138 ; D. 1988, somm. p. 321, obs. A. Lyon-Caen. – Cass. soc., 26 oct. 1999, préc.

(18) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : JCP S 2009, 1092.

(19) La Cour de cassation retient que lorsqu'un salarié, dans le cadre d'une convention d'expatriation conclue avec la société étrangère qui l'emploie, est lié à la filiale française par un contrat de travail à durée indéterminée qui a été exécuté en France, la rupture du contrat de travail à l'initiative de la filiale est soumise aux règles du droit commun des licenciements. Dès lors, encourt la censure l'arrêt qui déboute le salarié de ses demandes dirigées contre la société filiale française tendant à voir juger qu'il a fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif que la convention d'expatriation et le contrat de travail conclu avec la filiale française ne formeraient qu'une seule et même convention. En d'autres termes, le contrat d'engagement antérieurement signé perdure après le terme de la convention d'expatriation (Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 08-45.226 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 183 ; JCP S 2010, act. 464).

que le licenciement « entraîne rupture du contrat de travail avec la filiale mais il fait revivre le contrat de travail initial avec la société mère. Ce qui incite à penser qu'aux yeux du législateur la mise à disposition n'a pas entièrement mis fin à ce contrat primitif ; et qu'il subsiste à l'état latent »⁽²⁰⁾. Celle-ci est dès lors tenue d'assurer le rapatriement et le reclassement de son salarié. Ce fondement contractuel du droit au retour, de valeur impérative, ne peut pas être altéré par l'autonomie contractuelle des parties⁽²¹⁾.

145. – Qualité d'employeur de la société mère. L'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail est circonscrite aux seules relations de travail dans les groupes de sociétés. Le maintien du lien contractuel originel tout au long de la présence du salarié dans le groupe rend plus aisée l'application de cet article. Dès lors, même en l'absence de contrat conclu entre le salarié et la société étrangère, le droit au rapatriement s'impose⁽²²⁾ ; tel est le cas lorsque la société étrangère a reçu une délégation de pouvoir de la société d'origine et n'est donc que l'utilisatrice du salarié. Le rapatriement et l'obligation de reclassement s'expliquent par le maintien du lien contractuel unissant le salarié à la société d'origine. La rupture de la relation avec la société étrangère n'est en réalité que la fin de la période de détachement et la reprise de la relation de travail avec la société d'origine.

146. – Quelle société d'origine ? Le texte évoque la notion de société mère. La Cour de cassation retient que la position dominante de celle-ci n'est pas nécessairement liée à une participation majoritaire au capital de la filiale. Elle peut également résulter, par exemple, d'une convention d'assistance technique⁽²³⁾ ou d'actes de gestion opérés par une société pour le compte d'une autre⁽²⁴⁾. La notion de contrôle économique suffisamment fort est également retenue par la Cour de cassation⁽²⁵⁾. L'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail serait donc limitée à la seule relation entre la société mère et l'une de ses filiales⁽²⁶⁾. Le salarié objet d'un détachement de filiale à filiale est privé de la protection de l'article L. 1231-5 du Code du travail, sauf à démontrer l'existence d'un contrôle d'une filiale sur l'autre. Cette solution est incomplète. Pourquoi limiter l'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail aux seules relations entre la société mère et ses filiales ? Le salarié détaché par une filiale auprès d'une autre à l'étranger, même sans rapport de domination de l'une sur l'autre, pour répondre à un besoin ponctuel, doit pouvoir bénéficier du droit au rapatriement dès lors que les critères suivants sont remplis : existence d'un premier contrat de travail avec la société d'origine, envoi du salarié dans une société sœur à l'étranger avec laquelle un contrat de travail est conclu et rupture de cette relation. Le droit au rapatriement

(20) G. Lyon-Caen, *Observation sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés* : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 444.

(21) CA Versailles, 4 avr. 1991, préc.

(22) Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700, préc. : « L'article L. 1231-5 du Code du travail (...) ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison mère ».

(23) CA Aix-en-Provence, 31 mars 1980 : *D.* 1981, 2^e esp., note J. Mestre et M. Buy.

(24) Cass. soc., 27 juin 1990, n° 86-43.483, inédit.

(25) V., notamment, Cass. soc., 22 nov. 1979, n° 78-11.600 : *Bull. civ.* 1979, V, n° 882. – *Adde*, Ph. Coursiers, obs. ss « arrêt » : *JCP E* 1992, I, 162, n° 7 ; *ibid.* 197, n° 5.

(26) CA Paris, 1^{er} juill. 1980 : *JurisData* n° 1980-000982.

ment doit être automatique dès cette rupture par la résurgence du lien contractuel d'origine, et ce même en l'absence de clause expresse, par la seule application de l'article L. 1231-5 du Code du travail.

B. – Un contrat rompu

147. – Indifférence du contrat de travail avec la société étrangère. L'article L. 1231-5 du Code du travail vise expressément la situation où le salarié est « lié par un contrat de travail » avec la société étrangère⁽²⁷⁾. Néanmoins, seul importe le maintien du lien contractuel avec la société d'origine pour fonder le droit au retour. L'article L. 1231-5 du Code du travail s'applique une fois achevée la période de mise à disposition. Le contrat de travail avec la société d'origine n'étant pas rompu mais seulement suspendu pendant la durée du détachement, la société d'origine rapatrie et reclasse le salarié à l'issue de sa mission.

148. – Licenciement par la société étrangère. Le texte évoque le « licenciement par la filiale ». Peu importe le motif de licenciement. Le texte n'apporte aucune précision sur ce point. Néanmoins, d'autres modes de rupture sont envisageables, telle la force majeure⁽²⁸⁾ ou la fin de la mission⁽²⁹⁾. Mais la relation avec la société étrangère peut-elle être rompue par le salarié ? Si l'article L. 1231-5 du Code du travail est muet sur le motif de congédiement, un auteur admet que lorsque le salarié démissionne, il rompt unilatéralement le lien l'unissant à la société en cause et ne peut se prévaloir de l'article L. 1231-5 du Code du travail auprès de son entreprise d'origine⁽³⁰⁾. La Cour de cassation a cependant admis l'application du droit au rapatriement même en cas de démission⁽³¹⁾.

S E C T I O N 2

DES APPLICATIONS PRATIQUES

149. – Même si l'article L. 1231-5 du Code du travail ne confère pas un « statut à la relation de travail à l'intérieur du groupe international de sociétés »⁽³²⁾, il y participe en énonçant les droits que le salarié envoyé à l'étranger peut revendiquer à l'issue de sa mission dans la filiale étrangère. Le droit au retour accordé au salarié se traduit ainsi par plusieurs obligations mises à la charge de l'employeur d'origine. Le rapatriement du salarié et son reclassement assurent la restauration du lien contractuel d'origine (§ 1). Le licenciement du salarié peut, en revanche, y faire échec (§ 2).

(27) F. Gaudu, *Le retour du salarié* : Dr. soc. 1991, p. 906. – P. Lokiec, *Le retour du salarié détaché – Actualité récente* : Dr. soc. 2012, 266.

(28) F. Gaudu, préc., n° 34.

(29) F. Gaudu, préc., n° 8.

(30) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : JCP S 2009, 1092.

(31) Cass. soc., 2 avr. 1992, n° 88-45.274 : Bull. civ. 1992, V, n° 249 ; TPS 1992, comm. 302.

(32) G. Lyon-Caen, préc., p. 440.

§ 1. – Un lien contractuel restauré

150. – Lorsque la société étrangère met un terme à la relation qui l'unit au salarié, la société d'origine réapparaît et, avec elle, l'obligation de rapatrier le salarié (I) et de « lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société »⁽³³⁾ (II).

I. – Le rapatriement du salarié

151. – **Effets matériels.** L'employeur prend à sa charge le rapatriement du salarié. Il met à sa disposition un moyen de transport ou supporte la charge financière résultant des frais liés à son retour. Il assure également le rapatriement des meubles⁽³⁴⁾. Lorsque le salarié est accompagné par les membres de sa famille à l'étranger, aucune obligation légale n'impose à l'employeur d'assurer leur rapatriement. Les normes conventionnelles se chargent généralement de prévoir les modalités de ce dernier : prise en charge du coût du déménagement, des frais de retour de tout ou partie de la famille et, éventuellement, des coûts liés à la réinstallation⁽³⁵⁾. Le rapatriement se fait vers le lieu où le salarié exerçait ses fonctions antérieures, ce qui se traduit par un retour dans le pays d'origine. Si le salarié est envoyé sans délai auprès d'une autre filiale située à l'étranger, l'obligation de rapatriement peut se traduire par la prise en charge des frais liés à l'installation sur le lieu de la nouvelle affectation. La prise en charge des coûts de rapatriement apparaît pour l'entreprise comme une obligation de gestion. D'un coût limité, cette prise en charge permet de maintenir l'attractivité de l'expatriation.

152. – **Effets temporels.** En principe, le rapatriement doit intervenir lors de la cessation des activités auprès de la filiale étrangère. Il apparaît néanmoins que le rapatriement peut être différé. La jurisprudence retient ainsi que l'employeur viole les obligations issues de l'article L. 1231-5 du Code du travail s'il n'assure pas le rapatriement de son salarié, peu important à cet égard que « celui-ci ait attendu plus d'une année après son licenciement pour solliciter son rapatriement puisqu'à aucun moment [la société] ne l'a mis en demeure de prendre une décision à cet égard et qu'elle ne justifiait pas qu'il ait refusé les propositions qu'elle aurait pu lui faire à cette fin »⁽³⁶⁾. Un retard de l'employeur dans la mise en œuvre de ce rapatriement, sans qu'il soit établi que ce retard ne lui est pas imputable, justifie l'octroi au salarié d'une indemnité de frais de séjour au titre de la période comprise entre la date de cessation de ses fonctions et celle de son retour⁽³⁷⁾.

(33) C. trav., art. L. 1231-5.

(34) CA Aix-en-Provence, 31 mars 1981 : D. 1981, jurispr. p. 301, note J. Mestre et M. Buy. – CA Paris, 16 nov. 1979 : *JurisData* n° 1979-001349.

(35) La convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 (Ann. II, pt 8) prévoit que « les conditions de rapatriement de l'ingénieur ou cadre devront être précisées par écrit avant son départ à l'étranger. À défaut, les conditions de retour en métropole seront celles appliquées précédemment lors de son départ dans le pays considéré ; il en sera ainsi même en cas de licenciement, sous réserve que le rapatriement ait lieu dans les semaines suivant la date effective du licenciement ». De même, la convention collective nationale du personnel navigant technique des entreprises de transport aérien et assimilés, du 2 octobre 1987, précise qu'en « cas de licenciement, les frais de retour du navigant et de sa famille sont à la charge de l'employeur » (art. 14).

(36) Cass. soc., 16 janv. 1991, n° 87-42.368 : *Semaine sociale Lamy* 1991, n° 539, p. 16.

(37) Cass. soc., 5 mai 1982, n° 80-40.481 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 274.

II. – Le reclassement du salarié

153. – **Un principe de réintégration.** Une fois le salarié rapatrié, l'employeur doit « lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société »⁽³⁸⁾. Il ne s'agit pas d'une obligation de réembauchage à la charge de l'employeur. Cette obligation de reclassement est avant tout une obligation de réintégration. Le salarié doit retrouver l'emploi qu'il occupait antérieurement à sa mission à l'étranger. Cette réintégration n'appelle pas la conclusion d'un nouveau contrat de travail, preuve supplémentaire de la résurgence du lien contractuel initial⁽³⁹⁾. La réintégration poste pour poste est le plus souvent impossible. L'employeur doit alors tout mettre en œuvre pour reclasser le salarié. S'il ne le peut pas ou ne le veut pas, il doit procéder au licenciement de l'intéressé.

154. – Ce principe de réintégration se conçoit davantage quand est gardée à l'esprit sa mise en œuvre dans un groupe de sociétés. Le contrat de travail à l'intérieur d'un groupe est un contrat avec le groupe. La cessation du rapport de travail avec la société membre du groupe laisse subsister le rapport fondamental avec le groupe, lequel donne naissance au droit à réintégration⁽⁴⁰⁾.

155. – **Quel emploi de reclassement ?** La lettre de l'article L. 1231-5 du Code du travail évoque la compatibilité des fonctions antérieures avec celles inhérentes à l'emploi de reclassement proposé. Sans plus de précision de la part du législateur, il convient d'appliquer les solutions retenues en matière de licenciement pour motif économique. Il s'ensuit que « dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit (...) proposer aux salariés concernés, des emplois disponibles de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail »⁽⁴¹⁾. De même que pour le licenciement pour motif économique, l'employeur est tenu d'une obligation de moyens qui implique des efforts suffisamment sérieux et persistants⁽⁴²⁾. La référence est l'emploi occupé antérieurement au départ pour l'étranger⁽⁴³⁾.

156. – **Quel périmètre de reclassement ?** Concernant le périmètre de recherche de reclassement, il convient là encore de se tourner vers les solutions retenues en matière de licenciement pour motif économique, d'autant que ce périmètre de reclassement est également applicable au reclassement du salarié victime d'un accident du travail⁽⁴⁴⁾. Les possibilités de reclassement doivent donc

(38) C. trav., art. L. 1231-5.

(39) Concernant les expatriés, la convention collective nationale des cadres des travaux publics du 1^{er} juin 2004 prévoit qu'« un avenant au contrat de travail, signé avant le départ effectif du cadre, régissant les conditions dans lesquelles s'effectue le séjour hors de la France métropolitaine, se substitue au contrat de travail initial qui s'applique, à nouveau, de plein droit dès le retour en métropole » (art. 6.2.4, non étendu).

(40) G. Lyon-Caen, *Observation sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés* : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 445.

(41) Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 89-41.548 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 258 ; *JCP E* 1992, II, 360, note J. Savatier.

(42) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : *JCP S* 2009, 1092.

(43) Certaines normes collectives apportent des précisions sur l'étendue de cette obligation de reclassement. Par exemple, la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique prévoit que « dans sa politique d'expatriation, l'entreprise devra tenir compte des perspectives de réinsertion ultérieure des intéressés dans l'un de ses établissements de métropole afin de pouvoir les affecter, dès leur retour, à des emplois aussi compatibles que possible avec l'importance de leurs fonctions » (Accord 22 oct. 1984, art. 1^{er}, § 9).

(44) Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.209 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 251. – Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.708 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 83 ; *JCP S* 2009, 1295, comm. A. Barège.

être recherchées à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, y compris en direction des sociétés implantées à l'étranger. Cette solution doit être appliquée à l'article L. 1231-5 du Code du travail. Concernant le questionnaire préalable au reclassement prévu à l'article L. 1233-4-1 du même code, une attention particulière doit y être apportée dans la mesure où le salarié revenant de l'étranger peut vouloir poursuivre son expatriation dans un autre pays. Afin de ne pas présumer de ses choix et de veiller à un reclassement efficace, l'employeur doit soumettre le questionnaire prévu à l'article L. 1233-4-1 au salarié dans le cadre de l'application de l'article L. 1231-5.

157. – Quid en cas de refus du poste proposé ? Le salarié est libre d'accepter ou de refuser le ou les postes de reclassement proposés par l'employeur. Le refus du salarié ne saurait s'analyser en un licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse⁽⁴⁵⁾. En revanche, si le refus de réintégrer la société d'origine s'explique par l'attitude fautive de l'employeur, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel de Paris retient ainsi que l'attitude de l'employeur consistant à maintenir le doute sur les conditions de reclassement justifie le refus du salarié de regagner la France⁽⁴⁶⁾.

§ 2. – Un lien contractuel effacé

158. – Le retour du salarié dans sa société d'origine n'est pas nécessairement pérenne. Le licenciement peut être inévitable. La dualité des relations de travail et la réaffirmation du lien unissant le salarié à sa société d'origine ne sont pas sans incidence sur le licenciement lui-même, pour la détermination tant du motif de ce dernier (I) que des indemnités dont le salarié peut bénéficier (II).

I. – Le motif de licenciement

159. – Impossibilité de reclassement. Tenue de rapatrier et de reclasser le salarié, la société d'origine peut être dans l'impossibilité de lui procurer « un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions ». Elle doit alors procéder au licenciement de l'intéressé, le texte admettant que la société peut néanmoins le congédier.

160. – Motivation du licenciement. Lorsque le licenciement prononcé par la filiale à l'étranger est, par la suite, confirmé par la société d'origine, se pose la question du motif avancé par cette dernière. La Cour de cassation retient que « si la société filiale met fin au détachement, le salarié peut se prévaloir des règles relatives au licenciement, et la société mère tenue de le réintégrer ne peut le licencier qu'en invoquant une cause réelle et sérieuse de licenciement ». Il incombe dès lors

(45) CA Paris, 5 janv. 1989, *Stover c/ Continental Illinois Bank*.

(46) CA Paris, 25 mars 1988 : *JurisData* n° 1988-021719.

aux juges du fond « de statuer séparément sur les deux licenciements et d'examiner si chacun d'eux avait une cause réelle et sérieuse »⁽⁴⁷⁾.

161. – En cas de suppression de l'emploi du salarié dans la filiale située à l'étranger, pour une raison d'ordre économique, la société d'origine ne peut s'en prévaloir qu'en attestant elle-même de la réalité et du sérieux des difficultés économiques et de l'impossibilité de reclasser le salarié⁽⁴⁸⁾.

162. – Dans l'hypothèse d'un licenciement pour motif personnel par la filiale, la société d'origine ne peut fonder son licenciement sur le même motif. Pour certains auteurs, une lecture littérale de l'article L. 1231-5 du Code du travail conduit à retenir qu'« un salarié licencié par une filiale pour faute ou incompétence professionnelle devrait se voir offrir un nouvel emploi par la société [d'origine]. Même en cas de faute grave ou lourde, le salarié licencié pourrait invoquer le bénéfice de l'article [L. 1231-5 du Code du travail] »⁽⁴⁹⁾.

163. – **Salarié expatrié.** Hors le cas d'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail, l'articulation des licenciements peut être prévue par les normes conventionnelles. Le contrat de travail ou la lettre de mission peuvent, le cas échéant, prévoir des clauses de garantie d'emploi pour le salarié à son retour de mission dans une filiale à l'étranger. L'employeur est alors tenu de respecter cette période de garantie d'emploi sous peine de devoir s'acquitter de dommages-intérêts pour licenciement abusif⁽⁵⁰⁾. Si l'employeur entend confirmer le licenciement intervenu à l'étranger, il doit entamer une procédure distincte de licenciement et justifier d'une cause réelle et sérieuse pour le licenciement prononcé en France⁽⁵¹⁾.

II. – La gestion du licenciement

164. – **Montant de l'indemnité.** La Cour de cassation retient que les indemnités de rupture auxquelles peut prétendre le salarié mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d'une filiale étrangère, au titre de son licenciement prononcé par la société d'origine après que la filiale a mis fin à sa mission, doivent être calculées par référence aux salaires perçus par le salarié dans son dernier emploi. Ainsi, « le montant des indemnités de préavis, de congés payés, de licenciement dus par la société mère ayant en dernier lieu travaillé au sein de la filiale étrangère, [doit] être déterminé sur la base du salaire d'expatriation »⁽⁵²⁾. La Cour de cassation retient que « lorsque la société mère ne réintègre pas le salarié après son licenciement par la filiale étrangère, les indemnités de rupture auxquelles le salarié peut prétendre doivent être calculées par référence aux salaires perçus par

(47) Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.544 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 141 ; *JSL* 1999, chron. 42-1, note Ph. Coursier ; *RJS* 2009, n° 754.

(48) La Cour de cassation retient que la suppression de l'emploi dans une entreprise où un salarié a été détaché n'équivaut pas à la suppression de son emploi dans l'entreprise qui reste son employeur et qui l'a licencié (Cass. soc., 3 mars 1993, n° 91-45.697 : *Dr. soc.* 1993, p. 386 ; *JCP E* 1993, I, 262, n° 10, obs. Ph. Coursier).

(49) J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2^e éd. 1977.

(50) Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 90-45.755, préc.

(51) Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.544 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 141 ; *JSL* 1999, chron. 42-1, note Ph. Coursier.

(52) Cass. soc., 18 oct. 2000, n° 98-42.272 : *JurisData* n° 2000-007274 ; *TPS* 2001, comm. 79, note Ph. Coursier. – V., dans le même sens, Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.665 : *JurisData* n° 2001-008218. – Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 02-40.648 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 269. – Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-40.787 : *JurisData* n° 2007-041828 ; *JCP S* 2008, 1135, note Ph. Coursier.

le salarié dans son dernier emploi », c'est-à-dire, en l'espèce, « par référence aux salaires qu'il avait perçus dans la filiale »⁽⁵³⁾.

165. – Ancienneté. En sus du salaire de référence, l'ancienneté du salarié est un autre élément important pour calculer les indemnités de rupture. L'article L. 1231-5 du Code du travail prévoit que « le temps passé par le salarié au service de la filiale est pris en compte pour le calcul du préavis et de l'indemnité de licenciement ». Pourtant, cette disposition entre en contradiction avec l'article L. 1234-11 du Code du travail qui dispose que les périodes de suspension du contrat de travail n'entrent pas, en principe, dans le calcul de l'ancienneté. L'analyse *a contrario* rendue par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 2011 permet de retenir que la période de travail effectuée pour le compte de la filiale étrangère ne constitue pas une période de suspension du contrat de travail. De plus, dans la mesure où la Cour de cassation « ne subordonne pas [l'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail] au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison mère »⁽⁵⁴⁾. Si le contrat d'origine peut ne plus exister, la période de travail au bénéfice de la filiale étrangère ne peut pas être qualifiée de période de suspension du contrat de travail.

166. – Indemnités. Dès lors, si le salarié fait l'objet de deux procédures de licenciement distinctes, il reçoit une indemnité de licenciement globale calculée d'après l'ancienneté acquise au sein du groupe. Lorsqu'à l'occasion de son licenciement par la filiale, le salarié perçoit une indemnité de licenciement, il reçoit de la part de sa société d'origine le licenciant à son tour, un complément d'indemnité visant à prendre en compte la totalité de la période passée au service des deux sociétés. La Cour de cassation retient en effet que le salarié peut recevoir deux indemnités, versées par chacune des sociétés sur la base des périodes travaillées pour leur compte. Il ne peut « en revanche, cumuler, pour une même période d'emploi et pour un même travail, des indemnités ayant le même objet »⁽⁵⁵⁾.

167. – Préavis. La Cour de cassation retient que le salarié doit recevoir deux indemnités de préavis distinctes : l'une versée par la société étrangère pour la durée passée auprès d'elle, la seconde : par la société d'origine pour l'ancienneté acquise auprès d'elle⁽⁵⁶⁾. Mais est-il justifié que le salarié bénéficie de deux indemnités de préavis⁽⁵⁷⁾ ? La réponse est négative dans la mesure où le licenciement prononcé par la société étrangère n'a pour effet que de mettre fin au détachement et de provoquer la réintégration dans la société d'origine. La persistance du lien contractuel tout au long de la présence du salarié dans le groupe invite à considérer que c'est au moment de son licenciement par la société d'origine qu'il doit percevoir une indemnité de préavis calculée d'après le droit français, versée par la société employeur et prenant en compte l'ancienneté globale du salarié au sein du groupe.

(53) Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-42.979 : *JurisData* n° 2011-007774 ; JCP S 2011, 1494, comm. J.-P. Tricoit.

(54) Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 214 ; JCP S 2009, 1055, note Ph. Coursier. – Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 214 ; JCP S 2009, 1018, note Ph. Coursier ; D. 2008, p. 2944, obs. L. Perrin ; RDT 2009, p. 29, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; Dr. soc. 2008, p. 69, obs. J.-Ph. Lhernould. – V., également, Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70.306 : JCP G 2011, 454, obs. N. Dedessus-Le-Moutier ; JCP S 2011, 1257, note Y. Pagnère.

(55) Cass. soc., 20 janv. 1993 : RJS 2003, n° 125.

(56) Cass. soc., 20 janv. 1993, préc.

(57) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : JCP S 2009, 1092.

168. – Salarié expatrié. Hors le cas d'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail, certaines normes conventionnelles prévoient explicitement les indemnités dont pourra bénéficier le salarié. Selon la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, « en cas de résiliation du contrat de travail durant le séjour à l'étranger et si le contrat ne précise pas le mode de calcul des indemnités dues à l'ingénieur ou cadre à cette occasion, celles-ci sont calculées sur le montant de la rémunération effective qui aurait été perçue par l'ingénieur ou cadre s'il était resté en métropole pour occuper des fonctions équivalentes » (Ann. II, pt 7). Ce texte offre au salarié la garantie de bénéficier des dispositions relatives au licenciement applicables en France. Le même texte poursuit : « Les avantages de toute nature dont, en cas de résiliation du contrat, l'ingénieur ou cadre peut bénéficier au titre de la réglementation du lieu d'emploi s'imputent à due concurrence sur ceux dont il pourrait bénéficier au titre [de la présente convention] ».

C O N C L U S I O N D U T I T R E 1

169. – Avec le groupe de sociétés, le contrat de travail trouve ses limites. L'*intuitu personae* du contrat est remis en cause. Plus qu'ailleurs, l'identification d'un employeur dans le groupe de sociétés est une question primordiale. Le conseiller Boubli⁽⁵⁸⁾ considère que l'identification d'une telle figure dans un groupe de sociétés ne peut se limiter à la recherche du contractant car « dès que l'entreprise est à structure complexe, la référence au contrat de travail paraît sinon inadéquate du moins inadaptée ». En effet, si cette recherche peut convenir dans le cadre de la société, dans le groupe la situation est plus complexe. Identifier un employeur revient à adapter une réalité juridique, celle résultant du contrat de travail, à une réalité économique, « le groupe de sociétés », qui est encore juridiquement insaisissable. L'identification d'un décideur permet l'esquisse d'un employeur.

(58) B. Boubli, *La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, *Le droit du travail et les groupes de sociétés*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 1999, p. 23.

LE DEVENIR DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE

170. – Chaque société du groupe est un employeur distinct des autres, exerçant à l'égard de ses propres salariés, dans une relation de subordination, les pouvoirs attachés à cette qualité. Celle-ci s'applique « à 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 rémunération »⁽¹⁾. Le quotidien s'affranchit de cette signalétique. En pratique, il ne peut être fait abstraction de l'appartenance de la société à un groupe, qui n'est pas neutre. Doit être dépassée la stricte indépendance des structures juridiques pour tenir compte de la communauté de travail dans laquelle s'inscrivent tous les liens individuels. La vie (Chapitre 1) et la mort (Chapitre 2) du contrat sont marquées par cette exigence.

(1) Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618, note Ph. Coursier ; *RDT* 2007, p. 543, note F. Jault-Sezeke.

L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

171. – Si la figure du groupe apparaît lors de la création du lien contractuel, de même qu'elle sera présente lors de sa rupture, elle ne disparaît pas lors de l'exécution du contrat par le salarié. Certains éléments du contrat, tel le temps de travail, ne sont pas influencés par l'appartenance de la société à un groupe ; d'autres en revanche en portent la marque. Tel est le cas de la rémunération, dont le calcul de la part variable est de plus en plus influencé par l'appartenance à un groupe de sociétés (Section 2). La rémunération n'est toutefois qu'une composante du statut individuel du salarié. L'appartenance des entreprises à un groupe favorise une harmonisation des statuts, traduisant l'existence d'une véritable communauté de travail entre les salariés des entités composant le groupe (Section 1).

S E C T I O N 1

LA CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UNE COMMUNAUTÉ

172. – Si le lien qui unit le salarié à son employeur est individuel, le salarié, néanmoins, n'est pas isolé. La relation individuelle de travail s'inscrit dans un cadre plus vaste. Le salarié fait partie d'une communauté qui dépasse les frontières de l'entreprise pour épouser les contours du groupe en son entier. Au sein de cette collectivité, la tendance est à l'uniformisation des dispositions conventionnelles applicables (§ 2). Cette élaboration par voie d'accord fait du groupe un interlocuteur privilégié des salariés (§ 1).

§ 1. – Une communauté de travail

173. – L'employeur est le destinataire des réclamations et revendications des salariés. Il engage un dialogue avec leurs représentants dans le cadre de comités situés aux différents échelons de la construction sociétale, notamment au niveau du groupe. L'intégration du salarié dans une communauté de travail (I) permet la prise en compte des intérêts communs à l'ensemble des salariés du groupe (II).

I. – La construction d’une communauté de travail

174. – Définir la communauté de travail à côté de notions voisines telles que le collectif ou la collectivité de travail n’est pas tâche aisée (A). Un comparatif avec l’unité économique et sociale permet de s’interroger sur l’état d’achèvement de la communauté de travail au sein du groupe de sociétés (B).

A. – Une communauté de travail ébauchée

175. – **Un collectif de travail.** Issu du latin *collectivus*, « qui groupe, rassemble », le terme « collectif » est un substantif qui renvoie à un groupe. Le collectif de travail caractérise un ensemble d’individus engagés dans un processus de travail et inscrits dans un réseau de relations professionnelles⁽¹⁾. L’existence d’un collectif de travail suppose une proximité physique et régulière des membres du groupe⁽²⁾. Ils travaillent ensemble pour atteindre un résultat donné dans un certain délai et avec des moyens spécifiques. Ils mettent en commun des compétences complémentaires et fédèrent, à un moment et dans un contexte donnés, leurs potentialités et leurs efforts pour atteindre le résultat souhaité. Le personnel des entreprises faisant partie d’un groupe peut donc appartenir à un ou plusieurs collectifs de travail. Le groupe ne constitue pas en soi un collectif de travail mais il n’est qu’un agrégat de multiples collectifs.

176. – **Une communauté de travail.** Le terme de communauté provient du latin *communitas*, « participation en commun » ou « groupe ayant un lien en commun », dérivé de *communis*, « qui appartient à plusieurs ». La notion de « communauté de travail » a une dimension sociologique et philosophique, presque politique⁽³⁾. Dans son acception sociologique, la communauté de travail renvoie à un ensemble de personnes individualisées ou à un ensemble de collectifs de travail. L’accent est mis sur le caractère pérenne des relations de travail dans un espace donné. L’acception politique de la communauté de travail renvoie à l’existence d’un projet commun⁽⁴⁾.

La notion de « communauté de travail » est utilisée par la jurisprudence sociale en matière de représentation du personnel. Elle contribue à caractériser un établissement distinct permettant la mise en place des représentants du personnel⁽⁵⁾ ou encore une unité économique et sociale. Elle a également contribué à inclure, sous conditions, des salariés mis à disposition dans le calcul des effectifs⁽⁶⁾, même

(1) P.-Y. Verkindt, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* : Dr. soc. 2010, p. 771.

(2) J.-L. Tomas, *Le corps : l’œuvre du collectif de travail* : Corps 2009/1.

(3) P.-Y. Verkindt, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* : Dr. soc. 2010, p. 771.

(4) Le projet commun évoque la notion d’« œuvre commune » qui caractérise l’institution et renvoie à la théorie institutionnelle de l’entreprise (V., notamment, A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, t. I, Sirey, 2^e éd. 1978, n^o 131).

(5) Cass. soc., 26 févr. 2003, n^o 01-60.941 : RJS 5/2003, n^o 629. – Cass. soc., 27 oct. 2004, n^o 02-60.426 : RJS 1/2005, n^o 56. – Cass. soc., 16 déc. 2009, n^o 09-60.162, inédit. – Cass. soc., 31 mars 2010, n^o 09-60.346, inédit.

(6) « Sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l’application des articles (...) L. 2314-15, L. 2324-14 et L. 1111-2 du Code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, 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 » (Cass. soc., 13 nov. 2008, n^o 08-60.331 : Bull. civ. 2008, V, n^o 220 ; RJS 1/2009, n^o 57). – V., également, Cass. ass. plén., 6 juill. 1990, n^o 89-60.581 : Bull. civ. 1990, ass. plén., n^o 10.

si le législateur n'a pas repris expressément à son compte cette référence à la communauté de travail à laquelle la Cour de cassation continue néanmoins à renvoyer explicitement⁽⁷⁾.

B. – Une communauté de travail inachevée

177. – Incompatibilité du groupe et de l'unité économique et sociale. Par certains aspects, le groupe et l'unité économique et sociale se ressemblent. Néanmoins, les périmètres de ces galaxies de personnes morales ne peuvent correspondre. La Cour de cassation considère les deux notions « incompatibles »⁽⁸⁾. Si elles se rejoignent en tant que structures d'intégration, constituées d'entreprises juridiquement distinctes, elles diffèrent en ce que le groupe est également structure de domination, ce qui implique une pluralité d'entreprises, alors que l'unité économique et sociale présente les caractéristiques d'une entreprise unique⁽⁹⁾. L'incompatibilité ne tient pas à la notion mais à sa fonction, qui est de servir de cadre à la mise en place d'une représentation du personnel.

178. – Dès lors qu'un comité de groupe a été mis en place, la reconnaissance d'une unité économique et sociale sur le même périmètre est exclue⁽¹⁰⁾. Ne peuvent coexister sur le même plan une unité économique et sociale et un groupe. En revanche, il est possible, au sein d'un groupe, de reconnaître une unité économique et sociale entre différentes sociétés constitutives de ce dernier.

179. – Une distinction relative. Entre la communauté et la collectivité de travail, la frontière semble mince⁽¹¹⁾. Si les deux notions ont en commun de se référer à un ensemble de personnes physiques ayant des intérêts communs, la différence peut résider dans le degré d'intégration des individus au groupe social identifié⁽¹²⁾. La communauté de travail, caractéristique de l'unité économique et sociale⁽¹³⁾, serait un idéal inatteignable pour le groupe, trop vaste et ne pouvant rassembler qu'une multitude de collectivités de travail tant les intérêts des salariés peuvent être multiples. Ce constat est renforcé en présence d'un groupe de dimension internationale. Il apparaît néanmoins que le degré d'intégration des personnels au sein du groupe croît au fur et à mesure de l'uniformisation des statuts collectifs dont bénéficient

(7) Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 09-60.367 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 99.

(8) Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-60.234 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 34 ; *JCP S* 2006, 1281, comm. R. Vatinet. – Cass. soc., 20 oct. 1999 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 391 ; *JCP E* 2000, 944, note F. Bousez ; *RJS* 2000, n° 68. – G. Blanc-Jouvan, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise* : *Dr. soc.* 2005, p. 68.

(9) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives de travail*, Litec, 2^e éd. 1993, n° 318.

(10) La constitution du comité de groupe doit être effective. La simple annonce de sa mise en place future est insuffisante pour faire obstacle à la reconnaissance d'une unité économique et sociale (Cass. soc., 17 déc. 2003, n° 02-60.445 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 319 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 674). Dès lors qu'aucune instance de représentation propre au groupe n'a été mise en place, le tribunal d'instance conserve toute latitude pour statuer sur une demande de reconnaissance de l'unité économique et sociale (Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.188, inédit).

(11) Le sociologue allemand F. Tönnies a opéré une distinction entre la communauté (*Gemeinschaft*) et la société ou collectivité (*Gesellschaft*). Selon lui, la *Gesellschaft* implique « un cercle d'hommes qui, comme dans la *Gemeinschaft*, vivent et habitent en paix les uns à côté des autres mais, au lieu d'être essentiellement unis, sont au contraire essentiellement séparés, et tandis que dans la *Gemeinschaft* ils restent unis malgré toutes les distinctions, ici ils restent distincts malgré tous les liens » (E. Durkheim, *Communauté et société selon Tönnies, Éléments d'une théorie sociale*, Textes 1, éd. de Minuit, coll. « Le sens commun », Paris, 1975, p. 383 à 390).

(12) P.-Y. Verkindt, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* : *Dr. soc.* 2010, p. 771.

(13) V., sur la notion d'UES : E. Devaux, *La négociation d'unité économique et sociale* : *JCP S* 2012, 1441. – J. Grangé et J. Crédoz-Rosier, *Unité économique et sociale* : *JCP S* 2012, 1268.

les salariés des différentes filiales, cimentant une collectivité de travail autour d'une communauté minimale d'intérêts.

II. – La cristallisation d'une communauté de travail

180. – Le comité de groupe a été créé au niveau où sont prises les décisions stratégiques qui déterminent l'évolution des différentes entités juridiques constituant le groupe. Il est destinataire d'une information globale assurant la mise en perspective de la situation économique des différentes sociétés du groupe. Il est le lieu d'expression des intérêts d'une communauté de travail (A). L'émergence d'intérêts communs à tous les salariés qui la composent trouve traduction dans des accords collectifs qui transcendent les frontières des seules entreprises pour s'appliquer au niveau du groupe (B).

A. – Le comité de groupe, cadre d'expression d'une communauté de travail

181. – Si le législateur a pris acte de l'importance croissante des groupes en légiférant sur le comité de groupe (1°), il n'a pas encore pris la pleine mesure de leur influence (2°).

1° La constitution du comité de groupe

182. – **Une loi tardive.** Née de la loi du 28 octobre 1982⁽¹⁴⁾, l'introduction légale du comité de groupe s'inscrit dans un mouvement visant au renforcement du rôle du comité d'entreprise et à son « recentrage » sur ses attributions économiques⁽¹⁵⁾. Nombre de groupes de sociétés n'avaient néanmoins pas attendu le vote de cette loi pour mettre en place, par voie conventionnelle, des instances de dialogue social au niveau du groupe. Il n'est de surcroît pas certain que les dispositions légales adoptées en 1982 « n'aient pas constitué, en certains cas, une forme de régression par rapport aux instances nées de la pratique professionnelle »⁽¹⁶⁾. Les disposi-

(14) L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel, art. 38 : JO 29 oct. 1982, p. 3255.

(15) Avec la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, le comité d'entreprise est doté de nouvelles attributions dans le domaine économique et financier. Il est informé et consulté sur les opérations économiques et financières afin d'être en mesure de connaître la situation de l'entreprise et d'émettre un avis sur les projets, en fonction des conséquences possibles sur le personnel. Sa consultation doit être préalable à toute décision du chef d'entreprise (art. 28, IV). Le comité peut formuler à son initiative et examiner toutes propositions de nature à améliorer les conditions de travail et d'emploi des salariés (art. 28, II, b). Le comité doit également être consulté sur les modifications économiques et juridiques de l'entreprise (cession, fusion, modification des structures), et sur l'introduction de nouvelles technologies lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir des conséquences sur les conditions de travail (art. 29). Dans le domaine socioéconomique, le comité doit désormais étudier les incidences sur les conditions de travail des décisions de l'employeur concernant l'organisation, le temps de travail, les qualifications, les modes de rémunérations (art. 29). Le comité d'entreprise bénéficie d'une subvention de fonctionnement calculée sur la base d'un pourcentage de la masse salariale (art. 28, IV). Les domaines de l'information obligatoire sont élargis. Le rapport annuel du chef d'entreprise doit désormais comporter une information sur les transferts de capitaux entre la société mère et les filiales, sur la situation de la sous-traitance. Dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, il doit retracer l'évolution de la productivité. Tous les trimestres, en plus d'une information sur les questions économiques et sur la situation de l'emploi, l'employeur doit, quelle que soit la taille de l'entreprise, communiquer des informations sur l'évolution générale des commandes et de la structure financière ainsi que sur l'exécution des programmes de production. Dans les entreprises de plus de mille salariés, une commission économique doit être créée (art. 29). Pour l'exercice de ses missions, le comité peut se faire assister d'un expert, rémunéré par le chef d'entreprise, pour l'examen des comptes annuels ou lors des consultations sur les procédures de licenciement ou en cas d'introduction de nouvelles technologies. Enfin, le comité peut, à sa charge, faire appel à des experts libres (art. 17).

(16) B. Teysié, *Les groupes de sociétés et le droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 735.

tions actuelles⁽¹⁷⁾ sont porteuses d'obligations *a minima*. Les partenaires sociaux ont toute latitude pour renforcer les moyens et les missions du comité par des accords collectifs. La Cour de cassation a ainsi reconnu la possibilité de créer des comités de sous-groupe, bien que cette possibilité ne soit pas légalement obligatoire. En conséquence, il ne peut être reproché à une entreprise qui n'a pas la qualité d'entreprise dominante de ne pas avoir créé, d'une part, un comité de groupe puisqu'au sein d'un groupe il n'existe qu'une seule société dominante, et, d'autre part, un comité de sous-groupe, la loi n'imposant pas la création d'une telle institution. Les parties peuvent néanmoins décider de mettre en place à ce niveau des comités conventionnels, en vue notamment de rassembler des sociétés du groupe relevant, par exemple, du même secteur d'activité ou du même secteur géographique ; mais la constitution d'un comité de sous-groupe ne peut être imposée⁽¹⁸⁾.

183. – Formation du comité de groupe. Le comité de groupe doit être formé entre la société dominante⁽¹⁹⁾ et les sociétés placées sous son contrôle. Une condition supplémentaire est que le siège social de la société dominante soit situé sur le territoire français. Par accord, les parties intéressées (sociétés concernées, comités d'entreprise présents dans celles-ci, organisations syndicales représentatives dans lesdites sociétés) conviennent de l'identification du groupe et de la délimitation de son périmètre. À défaut d'accord, il appartient au tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la société dominante, saisi par l'une des parties intéressées, de trancher le débat⁽²⁰⁾. Une fois la configuration du groupe établie, il appartient à la société dominante de former et de réunir le comité. La première réunion a lieu au plus tard dans un délai de six mois suivant la conclusion de l'accord ou la décision de justice⁽²¹⁾.

2° Le rôle du comité de groupe

184. – Le comité de groupe, organe de réflexion. Organe à vocation principalement économique, la loi a organisé le champ de compétence du comité de groupe autour des rubriques « activité », « situation financière » et « évolution de l'emploi »⁽²²⁾. L'importance du comité doit être étudiée en rapprochant ses missions et moyens de ceux des comités d'entreprise, chargés par le législateur « d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle

(17) C. trav., art. L. 2331-1 et s.

(18) Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-11.206 ; *RJS* 2/2008, n° 198 ; *JCP S* 2008, 1163, obs. S. Béal. Par cette décision, la Cour de cassation reprend une position de l'administration du travail qui avait envisagé la possibilité de mettre en place de tels comités (Circ. DRT n° 6, 28 juin 1984, relative à l'application des dispositions concernant le comité de groupe dans la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel : *BO Travail* n° 84/8 bis, p. 159-166).

(19) Un GIE « ne présente pas, en principe, le caractère de société dominante ou de société contrôlée exigé par la loi pour faire partie d'un comité de groupe. (...) Dans la mesure où (...) il doit être considéré comme une structure spécifique qui ne saurait être représentée au comité de groupe » (Rép. min. : *JOAN* Q 3 août 1987, p. 4363 ; *Dr. ouvrier* 1987, 383). En revanche, la société holding constitue « la société dominante » telle que prévue par l'article L. 2331-1 du Code du travail (Rép. min. : *JOAN* Q 25 sept. 1989, p. 4295 ; *JCP E* 1990, II, 15675).

(20) C. trav., art. L. 2331-3.

(21) Tout manquement est passible de sanctions pénales (C. trav., art. L. 2335-1).

(22) C. trav., art. L. 2332-1.

et aux techniques de production »⁽²³⁾. En étudiant les missions et l'organisation des comités de groupe, on constate que le Code du travail fait du comité un organe centré sur les procédures d'information « sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions, dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent »⁽²⁴⁾, et non de consultation. Or, la consultation conduit l'organe destinataire à émettre un avis. Cet avis traduit la volonté (plus ou moins contrainte) de l'employeur d'associer ses salariés, par le biais de leurs représentants, aux destinées de l'entreprise. Le législateur a lui-même prévu la possibilité de rendre des avis en reconnaissant au comité le droit de recourir à un expert-comptable⁽²⁵⁾. De nombreux accords de groupe prévoient ainsi que le président du comité de groupe recueille les avis des membres du comité⁽²⁶⁾.

185. – L'insuffisance du rôle du comité de groupe. Il apparaît toutefois que « le comité de groupe constitue plus un organe de réflexion que d'action »⁽²⁷⁾. Dans le silence de la loi, les juges ont accordé au comité de groupe la personnalité civile⁽²⁸⁾ mais son patrimoine est vide de tout contenu (sauf accord). En partant du constat selon lequel « tous les choix économiques d'une entreprise appartenant à un groupe sont déterminés en dernière instance par cette appartenance »⁽²⁹⁾, il apparaît que le rôle dévolu au comité de groupe est très en deçà de ce que l'on pourrait légitimement espérer pour un comité placé au plus haut niveau décisionnel.

186. – Les choix économiques effectués par la société mère du groupe trouvent une traduction concrète au niveau local. C'est pour cette raison que les prérogatives économiques des comités d'entreprise doivent être maintenues en l'état afin de prendre en compte le mieux possible les particularismes locaux. Néanmoins, les filiales ne disposent d'aucune marge de manœuvre sur le choix stratégique même. Il est donc temps, semble-t-il, de renforcer les prérogatives consultatives des comités de groupe. Cette redéfinition n'est cependant envisageable que si elle s'accompagne de normes d'articulation, de clés de répartition des compétences avec les instances d'entreprises afin de s'assurer de la pleine circulation des informations entre les entreprises membres du groupe. Le comité de groupe ne doit plus être seu-

(23) C. trav., art. L. 2323-1, al. 1^{er}. Pour remplir cette mission large, les comités d'entreprise peuvent formuler des propositions (C. trav., art. L. 2323-1, al. 2) et sont amenés à rendre des avis (C. trav., art. L. 2323-3). Les comités d'entreprise sont également dotés d'un patrimoine, alimenté par deux subventions distinctes versées par le chef d'entreprise, destinées l'une au fonctionnement du comité (C. trav., art. L. 2325-43. – V., P. Le Cochu, *La subvention de fonctionnement du comité d'entreprise* : CDE 2002, n° 2, p. 10), l'autre au financement des activités sociales et culturelles (C. trav., art. L. 2323-83. – V., *JCl. Travail Traité*, Fasc. 15-30 et s., par S. Brissy).

(24) C. trav., art. L. 2332-1.

(25) C. trav., art. L. 2334-4. L'expert-comptable peut demander tous les documents qu'il estime utiles à sa mission, y compris ceux détenus par des entreprises étrangères membres du groupe dès lors qu'elles sont concernées par l'établissement des comptes consolidés du groupe. Il apparaît en effet que le comité de groupe doit être informé sur tous les éléments de l'activité du groupe, y compris ceux émanant des filiales situées à l'étranger. Si le principe de territorialité interdit de dépêcher un expert dans une filiale implantée à l'étranger pour examiner ses comptes, rien n'interdit de demander en France des informations sur des sociétés étrangères faisant partie du groupe (Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 92-21.437 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 327 ; *Dr. soc.* 1995, p. 40, obs. M. Cohen).

(26) V., notamment, les accords de groupe en vigueur chez Pechiney, Snecma, Elf Aquitaine, Rhône-Poulenc.

(27) B. Teysié, *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 6^e éd. 2009, n° 423.

(28) Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 20 ; *Dr. soc.* 1990, 322, obs. J. Savatier ; *Dr. ouvrier* 1990, 216, concl. G. Picca, note M. Cohen ; *JCP G* 1990, II, 21529, note M. Nénot ; *RJS* 2/1990, n° 133. – *Adde*, Paris, 10 juin 1986 : *JCP G* 1986, II, 20678, note B. Teysié et A. Viandier.

(29) P.-Y. Verkindt, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* : *Dr. soc.* 2010, p. 771.

lement appréhendé comme un centre d'information mais comme le lieu de représentation et de dialogue de la communauté de travail constitutive du groupe.

B. – Les accords de groupe, manifestation de l'expression d'une communauté de travail

187. – La négociation collective⁽³⁰⁾ de groupe met en exergue le rôle du groupe dans le dialogue social et, par extension, dans la construction de dispositions conventionnelles communes à tous les salariés, renforçant ainsi la communauté de travail dans le groupe. Suivant la dichotomie traditionnelle en matière de négociation collective, se rencontrent autour de la table de négociation des représentants patronaux et des représentants des salariés⁽³¹⁾ (1°). Il apparaît cependant que l'accord de groupe ne dispose pas de la place qu'il mérite (2°).

1° Les parties à l'accord

188. – **La figure centrale de l'entreprise dominante.** L'accord de groupe peut être négocié par différents acteurs du côté patronal, au premier rang desquels figure « l'employeur de l'entreprise dominante », mandataire légal de l'ensemble des entreprises du groupe. Leur signature peut engager l'ensemble des filiales, y compris lorsque l'accord ne concerne qu'une partie du groupe ne comprenant pas l'entreprise dominante⁽³²⁾. De plus, le représentant de l'entreprise dominante n'est pas tenu de justifier d'un mandat exprès de ces dernières⁽³³⁾. Or, il n'est pas inconcevable qu'il ne soit pas informé de toutes les réalités sociales ou économiques des filiales qu'il représente et engage. On ne saurait exiger que toutes les filiales soient représentées (la délégation patronale serait pléthorique) mais il ne serait pas inconsidéré d'imposer un mandat exprès des filiales concernées par l'accord, ce qui aurait pour effet « de vérifier la réalité de la domination affirmée »⁽³⁴⁾. La négociation peut également être confiée 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 »⁽³⁵⁾. Dans l'hypothèse où l'accord envisagé ne concerne qu'une partie du groupe auquel n'appartient pas l'entreprise dominante, il revient à cette dernière, mandataire légal de l'ensemble des entreprises du groupe, de déterminer la solution la plus opportune : « conduire seule la négociation ; laisser cette charge aux représentants des entre-

(30) « Mettant aux prises un ou plusieurs employeurs ou groupements d'employeurs et la collectivité des salariés, la négociation collective constitue un instrument majeur d'organisation des relations de travail (...). Évitant l'arbitraire de l'unilatéral, qu'il soit étatique ou patronal, elle souligne les responsabilités des partenaires sociaux, appelés à définir eux-mêmes les normes applicables à leurs rapports réciproques, qu'ils soient de nature individuelle ou collective, et permet l'adoption de solutions adaptées aux souhaits des salariés en même temps qu'aux exigences et aux moyens de l'entreprise » (B. Teysié, *Droit du travail. Relations collectives*, préc., n° 678). Les accords de groupe reposent sur les lois n° 2004-391 du 4 mai 2004 et n° 2008-789 du 20 août 2008.

(31) C. trav., art. L. 2232-31.

(32) Rapp. J. Chérioux : JO Sénat CR, séance 11 févr. 2004, p. 1443.

(33) En ce sens : « Quel que soit le périmètre de l'accord, l'employeur de l'entreprise dominante ou son représentant a vocation à représenter l'ensemble des employeurs concernés sans qu'il ait nécessairement à justifier d'un mandat exprès des employeurs des entreprises comprises dans le périmètre concerné » (Circ. 22 sept. 2004, fiche 5, pt 1, 2).

(34) « Il faut souhaiter que des mécanismes efficaces permettent aux dirigeants qui ne participent pas à la négociation d'être informés de leur contenu et adresser à la direction du groupe les informations relatives à la situation particulière de leur filiale » (J.-F. Cesaro, *La négociation collective dans les groupes de sociétés* : Dr. soc. 2010, p. 780).

(35) C. trav., art. L. 2232-31.

prises concernées ; conduire elle-même la délégation patronale tout en y intégrant des représentants desdites entreprises »⁽³⁶⁾.

189. – Les représentants des salariés. La négociation de l'accord de groupe a vocation à être menée par les délégués syndicaux appartenant aux organisations syndicales représentatives dans le groupe ou, à défaut, dans le périmètre d'application de l'accord⁽³⁷⁾. La représentativité des organisations syndicales s'apprécie conformément aux dispositions introduites par la loi du 20 août 2008 qui a créé notamment une représentativité au niveau du groupe⁽³⁸⁾. Ces organisations syndicales mandatent des délégations dont la composition n'est pas clairement définie par la loi. La plupart des accords de groupe qui traitent des modalités de composition de ces délégations prévoient que le groupe de négociateurs est composé d'un certain nombre de salariés par organisation, sans toutefois exiger que ces salariés soient des délégués syndicaux déjà mandatés ou susceptibles de l'être dans les entreprises du groupe. Cependant, l'application de la loi du 20 août 2008 qui vise à renforcer la légitimité des parties aux négociations devrait finir par imposer une telle condition⁽³⁹⁾.

2° La force de l'accord

190. – Place de l'accord de groupe dans la hiérarchie des normes. L'article L. 2232-33 du Code du travail dispose que « la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise ». La circulaire de 2004⁽⁴⁰⁾ précise que cet article « ne fait pas du groupe un nouveau niveau de négociation en tant que tel qui se situerait dans la hiérarchie des accords entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise. Il se borne à définir les effets de l'accord de groupe en les assimilant à ceux de l'accord d'entreprise ». Il en résulte que les usages et engagements unilatéraux des différentes entreprises ont vocation à être remplacés par l'accord de groupe ayant le même objet⁽⁴¹⁾. La circulaire de 2004 se prononce explicitement dans ce sens. Elle estime 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'entreprises ayant le même objet que si elles sont plus favorables pour les sala-

(36) B. Teyssié, *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 643, spéc. p. 645. – V., également, R. Vatinet, *Négociation d'entreprise et négociation de groupe* : JCP S 2012, 1238.

(37) Cette condition ne s'applique cependant pas à la négociation relative au fonctionnement d'un comité de groupe. « Les dispositions de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relatives aux accords conclus au sein d'un groupe qui ont pour objet de définir les garanties sociales des salariés de ce groupe, n'ont pas modifié celles concernant les accords relatifs au comité de groupe, lesquelles n'exigent pas une représentativité dans l'ensemble du groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées » (Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-21.199 : Bull. civ. 2010, V, n° 82 ; JCP S 2010, 1206, comm. E. Jeansen).

(38) « La représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est appréciée conformément aux règles définies aux articles L. 2122-1 à L. 2122-3 relatifs à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés » (C. trav., art. L. 2122-4). – V., également, Circ. DGT n° 6, 27 juill. 2011, répondant aux questions posées dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. – E. Jeansen et Y. Pagnerre, *Variation autour de la circulaire DGT n° 6 du 27 juillet 2011* : JCP S 2011, 1477.

(39) J.-F. Cesaro, *La négociation collective dans les groupes de sociétés* : Dr. soc. 2010, p. 780.

(40) Circ. 22 sept. 2004 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 : JO 31 oct. 2004, p. 18472.

(41) Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.599 : Bull. civ. 2010, V, n° 94 ; JCP S 2010, 1274, comm. F. Dumont.

riés ». Si certains accords prévoient expressément qu'ils s'appliquent sans préjudice de dispositions locales plus favorables⁽⁴²⁾, d'autres accords manifestent en revanche leur volonté d'harmoniser la situation sociale du groupe⁽⁴³⁾.

191. – De même valeur que la négociation d'entreprise, la négociation de groupe peut, dans certaines hypothèses, se substituer à celle-ci. Tel est le cas en matière de négociation triennale obligatoire. L'article L. 2242-18 du Code du travail prévoit ainsi que « si un accord de groupe est conclu sur les thèmes inclus dans le champ de la négociation triennale mentionnée à l'article L. 2242-15⁽⁴⁴⁾, les entreprises comprises dans le périmètre de l'accord de groupe sont réputées avoir satisfait aux obligations de négocier prévues par ce même article ».

192. – **L'objet des accords de groupe.** Les accords ou conventions de groupe peuvent-ils traiter de tous les sujets ? Pendant un temps, la Cour de cassation a cantonné l'accord de groupe au traitement des questions transversales touchant l'ensemble des salariés du groupe⁽⁴⁵⁾. La réforme de 2004 a supprimé cette réserve. L'accord de groupe peut valablement traiter de questions n'intéressant que certaines entreprises du groupe. En revanche, il ne peut intéresser exclusivement les salariés d'une seule entreprise ; l'esprit des conventions et accords de groupe est de construire des solutions homogènes valant pour au moins deux des entités qui composent le groupe⁽⁴⁶⁾.

193. – Les accords de groupe se résument le plus souvent à des accords-cadres. Le soin est ensuite laissé aux différentes sociétés du groupe et aux organisations syndicales présentes dans chacune d'entre elles de les adapter aux particularités de l'entreprise. Louable en ce qu'elle introduit de la souplesse dans l'application des normes en permettant la prise en compte des besoins de chacun, cette pratique condamne cependant l'accord de groupe à n'être qu'une source normative *a minima*.

§ 2. – Une communauté de normes

194. – Bien qu'intégré à une communauté de travail à l'échelle du groupe, le salarié reste rattaché à une entreprise donnée et demeure soumis aux accords collectifs

(42) Accord sur les garanties sociales pour les salariés du groupe Suez du 17 juin 2008, art. 5A : « Le présent accord s'applique aux filiales intégrées globalement dans le périmètre de consolidation du groupe Suez en Europe sans préjudice de dispositions plus favorables existant localement ».

(43) Accord Thalès relatif à l'exercice du droit syndical et au dialogue social du 23 novembre 2006, chapitre II : « La direction veillera au suivi et à la bonne application de cet accord de groupe. Elle s'engage également à faire respecter les accords antérieurs existant au niveau du groupe, des entreprises et des établissements, sans que cela puisse entraîner un cumul des dispositions portant sur le même objet ».

(44) « Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 de trois cents salariés et plus, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur : 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ; 2° La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés » (C. trav., art. L. 2242-15).

(45) Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027 ; Bull. civ. 2003, V, n° 155 ; RJS 7/2003, n° 916 ; Dr. soc. 2003, p. 732, obs. B. Gauriau.

(46) V., J. Grangé, *Les conventions et accords collectifs de groupe* : Semaine sociale Lamy 2004, n° 1183, p. 78.

en vigueur dans celle-ci. Il apparaît cependant que ces accords collectifs tendent à s'uniformiser. Devenant le plus grand commun dénominateur des différents statuts collectifs d'entreprise, l'accord de groupe participe à la création du statut collectif de groupe. Les dispositions de ces accords vont irriguer les contrats de travail individuels (I), renforçant ainsi la communauté que forme le groupe. La mobilité internationale du salarié met en exergue la volonté du groupe d'unifier les statuts collectifs applicables dans les différentes entités (II).

I. – Une exigence d'harmonisation

195. – Le Code du travail décide que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables »⁽⁴⁷⁾. Les normes conventionnelles de groupe affectent les contrats individuels de travail. Surgissent deux interrogations relatives au champ d'application de l'accord de groupe (A) et à la matérialisation de l'influence de la norme conventionnelle de groupe sur les contrats individuels de travail (B).

A. – Le périmètre de l'harmonisation

196. – Puisqu'il appartient aux parties à un accord collectif d'en fixer le champ d'application⁽⁴⁸⁾, celui de l'accord de groupe est arrêté par l'accord lui-même et peut être « constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe »⁽⁴⁹⁾. Les parties peuvent décider d'en limiter la portée à une fraction du groupe ; elles peuvent exercer cette faculté à l'ouverture des négociations ou à l'issue de celles-ci⁽⁵⁰⁾. La Cour de cassation admet également que le champ d'application de l'accord de groupe peut être circonscrit à une fraction des sociétés constitutives du groupe dès lors que l'accord porte sur des sujets n'intéressant que les personnels de ces entreprises⁽⁵¹⁾.

197. – Pouvant n'être appliqué qu'à certaines entreprises du groupe, l'accord peut également ne concerner que certaines catégories de salariés. La circulaire du 22 septembre 2004 précise ainsi que les accords de groupe « sont applicables à l'ensemble des salariés compris dans leur périmètre » ; le soin est laissé à l'accord de définir celui-ci.

B. – L'impact de l'harmonisation

198. – Produisant les mêmes effets que l'accord d'entreprise⁽⁵²⁾, la norme conventionnelle de groupe va, par le canal du principe de faveur, irriguer le champ des relations individuelles de travail⁽⁵³⁾. La relation entretenue par l'accord de groupe avec

(47) C. trav., art. L. 2254-1.

(48) C. trav., art. L. 2222-1.

(49) C. trav., art. L. 2232-30. – *Adde*, Circ. 22 sept. 2004, préc.

(50) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, préc., n° 956.

(51) Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 155 ; *Dr. soc.* 2003, p. 732, obs. B. Gauriau ; *RJS* 7/2003, n° 916. – Rapp. J. Chérioux, Rapp. Sénat n° 179, 2003-2004, p. 94.

(52) C. trav., art. L. 2232-33.

(53) V., sur l'articulation des accords collectifs et des contrats de travail, A. Martinon, *L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, ss dir. B. Teyssié, *Economica*, 2011, p. 29 et s.

le contrat de travail profite pleinement au salarié⁽⁵⁴⁾. Cette influence positive s'impose au salarié (1°) et peut être contractualisée (2°).

1° La dynamique conventionnelle

199. – Principe. L'application de l'article L. 2254-1 du Code du travail permet au salarié de bénéficier des dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise avec laquelle il contracte⁽⁵⁵⁾. Le contrat de travail peut contenir des clauses différentes sous réserve qu'elles soient plus favorables pour le salarié. L'effet impératif des conventions et accords collectifs rend l'ensemble des dispositions prévues d'application immédiate, sous réserve que celles-ci soient plus favorables au salarié. Dès lors, le contrat de travail ne peut écarter les dispositions de l'accord de groupe que si elles sont moins favorables.

200. – Interdiction de la renonciation du salarié. La Cour de cassation reconnaît que « les salariés ne peuvent renoncer aux droits qu'ils tiennent de l'accord collectif par le contrat de travail »⁽⁵⁶⁾, de même que « doivent être considérés comme nuls, les avenants aux contrats de travail comportant renonciation aux dispositions d'un accord » collectif⁽⁵⁷⁾. L'accord de groupe ne peut pas non plus modifier le contrat de travail du salarié⁽⁵⁸⁾ dans un sens défavorable.

201. – Autonomie. Ne pouvant modifier le contrat de travail conclu antérieurement à son entrée en vigueur, l'accord de groupe ne saurait imposer le respect de nouvelles obligations non convenues contractuellement, ni supprimer des dispositions contractuelles. Néanmoins, le principe de non-incorporation implique que l'accord collectif conserve une pleine autonomie dans son évolution ; la révision de l'accord de groupe, même à la baisse, ne constitue pas une modification du contrat. Quelques illustrations s'imposent.

202. – Durée du travail. L'article L. 1222-7 du Code du travail prévoit que la seule diminution du nombre contractuel d'heures, en application d'un accord collectif de réduction du temps de travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail dès lors qu'elle ne s'accompagne pas d'une diminution de la rémunération contractuelle⁽⁵⁹⁾ ou qu'elle ne remet pas en cause les horaires de travail qui ont été contractualisés⁽⁶⁰⁾. Le régime des astreintes prévu par un accord collectif s'impose au salarié sans entraîner de modification de son contrat de travail⁽⁶¹⁾.

(54) M. Morand, *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* : Dr. soc. 2009, p. 900.

(55) V., F. Champeaux, F. Favennec-Héry et G. Couturier, *Actualité de l'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail* : *Semaine sociale Lamy* 16 avr. 2012, n° 1534, p. 2.

(56) Cass. soc., 30 mai 2000, n° 98-40.085 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 210.

(57) Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-41.053 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 278. – Cass. soc., 9 juin 2004, n° 02-46.348 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 162 ; *JSL* 2004, 149.

(58) « Attendu cependant qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié » (Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 01-40.588 : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1118, p. 13).

(59) Cass. soc., 27 mars 2001, n° 00-40.068 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 109 ; *RJS* 2001, n° 751. – Cass. soc., 13 nov. 2002, n° 00-45.712 : *RJS* 2003, n° 42. – Cass. soc., 26 févr. 2003, n° 01-43.027 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 73 ; *RJS* 2003, n° 469.

(60) Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-42.414 : *RJS* 2005, n° 987.

(61) « Mais attendu que la cour d'appel a décidé à juste titre que le contrat de travail qui ne comportait aucune clause relative aux astreintes, n'a pas été modifié par la mise en œuvre d'astreintes, dès lors que la convention collective des entreprises d'installation, entretien, réparation et dépannage de matériel aéronautique, thermique et frigorifique, applicable au contrat, en prévoyait la possibilité » (Cass. soc., 13 févr. 2002, n° 00-40.387 : *RJS* 2002, n° 570). En revanche, la

203. – Période d'essai. La Cour de cassation retient qu'une période d'essai conventionnelle plus courte que celle prévue au contrat de travail s'applique sans délai au contrat en cours⁽⁶²⁾, de la même manière que la période d'essai contractuelle plus brève prime sur celle prévue par la convention ou l'accord collectif, y compris si ce dernier a été conclu antérieurement au contrat de travail.

204. – Rémunération. En matière de rémunération, la Cour de cassation retient que la diminution de la rémunération par application d'une convention ou d'un accord collectif entraîne modification du contrat de travail⁽⁶³⁾. Un élément de rémunération contractuel ne peut être supprimé ou modifié sans l'accord du salarié. Il ne peut donc être remis en cause par une convention ou un accord collectif dont les dispositions, lorsqu'elles prévoient un avantage ayant le même objet ou la même cause qui est plus favorable au salarié, reçoivent application par préférence aux stipulations du contrat de travail⁽⁶⁴⁾. En revanche, la seule modification de la structure de la rémunération ne constitue pas une modification du contrat dès lors que le montant de la rémunération reste inchangé⁽⁶⁵⁾.

2° Le verrou contractuel

205. – Une contractualisation voulue. Si les dispositions de l'accord sont plus favorables, elles se substituent à celles du contrat de travail. Cette substitution ne vaut pas, néanmoins, contractualisation automatique de la norme. Ainsi, le salarié ne peut pas arguer que la révision de l'accord entraîne la modification de son contrat de travail⁽⁶⁶⁾. Les parties peuvent néanmoins décider de contractualiser certaines dispositions afin de se prémunir contre toute révision de l'accord dans un sens défavorable. La Cour de cassation retient par exemple, s'agissant d'une prime conventionnelle d'ancienneté, « que cette prime de nature conventionnelle ne peut être intégrée sans l'accord du salarié, dans la rémunération contractuelle »⁽⁶⁷⁾. Concernant la matérialisation de la contractualisation, la Cour de cassation admet que la mention dans le contrat de travail de la convention collective applicable ne vaut pas contractualisation du texte conventionnel mais traduit cependant la volonté d'appliquer l'accord collectif à la relation contractuelle⁽⁶⁸⁾. La contractualisation de la disposition conventionnelle, « ou même la volonté de maintenir l'application d'une convention collective déterminée à la relation de travail », suppose une manifestation claire de volonté, sauf à « considérer que la seule référence à la

mise en place d'une astreinte résultant de la seule décision unilatérale de l'employeur entraîne modification du contrat de travail (Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-42.102 : *RJS* 2000, n° 956).

(62) Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-40.280 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 386.

(63) La Cour de cassation prévoit « qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié ; que seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat ; que la cour d'appel ayant relevé que la rémunération résultait de l'accord collectif moins favorable au salarié que celle prévue par le contrat, a exactement décidé de ne pas appliquer les dispositions de l'accord » (Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42.978 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 340 ; *Gaz. Pal.* 20 déc. 2001, n° 354, p. 21).

(64) Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 06-40.117 : *JCP S* 2008, 1231, note G. Blanc-Jouvan.

(65) Cass. soc., 27 juin 2000, n° 99-41.135 à 99-41.140 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 247 ; *JCP G* 2000, II, 10446, note L. Gamet ; *RJS* 2000, n° 899. – Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 04-45.537 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 138 ; *RJS* 2006, n° 741.

(66) Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.678, 99-40.679, 99-40.680 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 94.

(67) Cass. soc., 23 oct. 2001, n° 99-43.153 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 330.

(68) La Cour de cassation en a déduit que « le fait pour l'employeur de priver la salariée, en la changeant d'affectation, du bénéfice de la convention collective des banques prévue par son contrat de travail, constituait une modification de ce contrat que la salariée était en droit de refuser » (Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-45.187 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 529).

convention collective, à telle ou telle disposition conventionnelle, n'a que valeur purement informative »⁽⁶⁹⁾.

206. – Une contractualisation imposée. La principale manifestation de la contractualisation de dispositions conventionnelles dans le contrat de travail renvoie au concept d'avantage individuel acquis à titre individuel. Pour la Cour de cassation, « un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 [L. 2261-13] du Code du travail est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel (...). D'où il suit que la cour d'appel a exactement décidé que cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacune des salariées demanderesse à l'action, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de la convention collective avaient cessé de produire effet et devait être maintenu pour l'avenir »⁽⁷⁰⁾. Ainsi, dans l'hypothèse de la disparition d'un accord collectif non remplacé par un autre accord collectif à l'issue du délai de survie imposé par les textes, la nature juridique de la disposition conventionnelle est modifiée. De nature extra-contractuelle quand elle est portée par un accord collectif, elle devient contractuelle en intégrant le contrat individuel de travail après la disparition définitive de l'accord. Le salarié n'est dès lors que « le spectateur de la contractualisation d'avantages conventionnels » qu'il ne peut refuser⁽⁷¹⁾.

II. – Une volonté d'expansion

207. – Les conventions et accords collectifs de travail doivent fixer leur champ d'application territorial et professionnel⁽⁷²⁾. La convention ou l'accord collectif de travail qui régit la relation de travail est fonction de la localisation de l'établissement dans lequel la prestation est fournie. C'est « la localisation de l'établissement où le travail s'effectue qui permet de situer le rapport de travail dans le champ territorial de la convention collective »⁽⁷³⁾. Si un salarié d'une entreprise part effectuer sa prestation de travail pour le compte d'une autre entreprise, filiale du même groupe, dans une situation d'expatriation⁽⁷⁴⁾, la question peut se poser de l'applicabilité des dispositions conventionnelles lorsqu'il se trouve à l'étranger, au regard du principe de territorialité. Des auteurs ont ainsi pu poser la question de savoir si « l'idée de territorialité

(69) M. Morand, *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* : Dr. soc. 2009, p. 900.

(70) Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.651 : Bull. civ. 2001, V, n° 90 ; RJS 2001, n° 621.

(71) M. Morand, *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* : Dr. soc. 2009, p. 900.

(72) C. trav., art. L. 2222-1.

(73) M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, in traité de G.-H. Camerlynck, t. 7, 2^e éd. 1989, n° 238, p. 422.

(74) L'expatriation et le détachement sont des notions très proches. Un critère de distinction peut être proposé : la durée de la mission à l'étranger. Le détachement est plus bref, nécessairement provisoire, momentané. Le salarié conserve un lien avec son entreprise d'origine. Le professeur Rodière explicite qu'« il y a détachement si un salarié, tout en restant placé sous l'autorité d'un employeur établi dans un premier État, effectue son travail dans un autre pays. Le maintien d'une autorité liant le salarié à son établissement d'origine, en quelque sorte son port d'attache, caractérise le détachement » (*La convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, n° 39, p. 37-38). Le salarié expatrié est placé dans une situation très comparable. La durée de la mission est néanmoins beaucoup plus importante, rendant la survivance du lien avec son entreprise d'origine plus mince. En droit de la sécurité sociale, les deux notions se différencient par le fait que le salarié expatrié ne bénéficie plus du régime de sécurité sociale en vigueur pour les salariés français. Il n'est plus résident français sur le plan fiscal et social.

a un quelconque droit de cité en matière d'accord [collectif] », préconisant par suite « l'applicabilité de principe de l'accord d'entreprise au salarié travaillant à l'étranger à la seule condition que (comme l'exige l'article L. 135-2 [L. 2254-1] du Code du travail) le contrat de travail subsiste avec l'employeur d'origine »⁽⁷⁵⁾. Il est tout de même admis que le contrat de travail ou l'avenant au contrat conclu en vue de l'expatriation décide de maintenir le statut conventionnel dont jouissait jusqu'alors le salarié⁽⁷⁶⁾. La montée en puissance des accords de groupe, qui transcendent les frontières pour trouver application dans toutes les entreprises constitutives du groupe, invite à se plonger davantage dans l'étude de l'application des conventions et accords collectifs au salarié expatrié. Si l'expatriation est un vecteur d'expansion du statut conventionnel de groupe (A), des freins surgissent inévitablement (B).

A. – Le vecteur de l'expansion

208. – Principe. Il convient de se référer au dispositif établi, naguère, par la convention de Rome⁽⁷⁷⁾, aujourd'hui remplacée par le règlement du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles pour déterminer le régime légal applicable au contrat de travail comportant un élément d'extranéité. Le contrat est en principe régi par la loi choisie par les parties. La Cour de cassation a posé la règle selon laquelle « l'application du droit du travail français emporte celles des conventions collectives qui en font partie »⁽⁷⁸⁾. Les tribunaux appliquent la règle de conflit de lois aux normes d'origine conventionnelle comme aux règles d'origine étatique, permettant ainsi de contourner l'application territoriale des normes conventionnelles⁽⁷⁹⁾. La jurisprudence déduit du choix, exprès ou tacite, fait par les parties d'appliquer la législation d'un pays pour régir leur contrat de travail, leur volonté de se placer également dans le champ de compétence des conventions collectives qui participent au système juridique déterminé.

209. – Limite à l'extraterritorialité des normes conventionnelles. Cette application de la norme conventionnelle en vertu de la *lex contractus* peut néanmoins être limitée par des dispositions de l'accord collectif lui-même. La Cour de cassation a retenu qu'une cour d'appel avait légalement justifié sa décision en admettant l'application des dispositions conventionnelles françaises du fait que « la convention collective ne contenait aucune disposition excluant les activités salariées à l'étranger ». Dès lors, la Cour de cassation invite à opérer une distinction entre les conventions collectives qui ont expressément limité leur champ d'application territorial et

(75) Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 220, p. 224.

(76) Ce sont les parties qui font alors de cette convention applicable, « la convention collective du contrat » (P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, n° 39, p. 37-38). Il s'ensuit que c'est traditionnellement sur la base de ce maintien contractuel que des conventions ou accords collectifs nationaux sont reconnus applicables à des salariés détachés à l'étranger ou expatriés (V., M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, préc., n° 240, p. 426).

(77) La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JOCE n° L 266, 9 oct. 1980) a fait l'objet en France d'une loi de ratification n° 82-523 du 21 juin 1982 (JO 22 juin, p. 1958) et d'un décret d'application n° 91-242 du 28 février 1991 (JO 3 mars, p. 3072) fixant son entrée en vigueur au 1^{er} avril 1991. Cette convention a été remplacée par le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 (JOCE n° L 177/6, 4 juill. 2008) sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit « Rome I » et entré en vigueur le 17 décembre 2009.

(78) Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1991, n° 90-40.163 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 293 ; *JCP G* 1991, IV, p. 80 ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 314.

(79) V., Ph. Coursier, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, LGDJ, 1993, n° 352.

celles qui n'ont rien précisé. Seules ces dernières peuvent faire l'objet d'une application extraterritoriale⁽⁸⁰⁾. Cette solution n'est que l'application des dispositions des articles L. 2222-1 et L. 2222-2 du Code du travail selon lesquelles les parties à une convention ou un accord collectif de travail fixent le champ d'application territorial et professionnel des normes édictées.

210. – Désignation d'une convention collective. Sans référence à un système juridique particulier, les parties peuvent faire le choix d'appliquer une convention ou un accord collectif donné. Cette application de la norme collective à l'étranger trouve sa source soit dans une référence inscrite dans le contrat de travail, soit dans une clause de la convention ou de l'accord. Certains accords ou conventions imposent ainsi à l'employeur et au salarié futur expatrié de négocier l'application de certains aspects du statut conventionnel dont bénéficiait jusqu'alors l'intéressé⁽⁸¹⁾. La désignation peut également n'être que partielle, ne concernant que certaines dispositions conventionnelles. Les parties désamorcent ainsi les difficultés pouvant naître du caractère transnational de l'opération à venir et de la distinction opérée entre les dispositions exportables et non exportables.

211. – Les parties peuvent également faire le choix d'incorporer au contrat de travail les dispositions de la norme conventionnelle collective envisagée. Ce mécanisme, subordonné à l'accord du salarié, a le mérite de conférer une certaine stabilité aux avantages issus de la convention ou de l'accord collectif⁽⁸²⁾.

B. – Les freins de l'expansion

212. – Les parties n'ont pas l'obligation de déterminer elles-mêmes la loi qui régira le contrat de travail du salarié expatrié. La convention de Rome et le règlement du 17 juin 2008 prévoient⁽⁸³⁾ qu'en l'absence de volonté exprimée par les parties, la relation de travail est régie par la loi du lieu d'exécution habituelle du travail⁽⁸⁴⁾. Dès lors que le contrat de travail est régi par la loi du lieu d'exécution habituelle du travail, l'ensemble du système juridique attaché trouve à s'appliquer. Tel est alors le cas des normes d'origine conventionnelle.

(80) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : JCP S 2009, 1092.

(81) V., Cass. soc., 22 nov. 1972, n° 71-40.718 : *Bull. civ.* 1972, V, n° 638 ; JCP G 1973, II, 17404, note G. Lyon-Caen.

(82) « Désormais greffés sur les contrats individuels, donc changeant de support juridique, ceux-ci ne seraient plus affectés par les vicissitudes de l'acte collectif dont ils sont initialement issus ; ils verraient leur sort lié aux contrats individuels et les salariés continueraient d'en bénéficier tant que ces contrats seront eux-mêmes en cours » (J. Déprez, *Un remède à la précarité des avantages acquis, l'incorporation dans le contrat de travail* : *Dr. soc.* 1986, p. 906).

(83) Conv. Rome, art. 6, § 2 ; Règl. Rome I, art. 8 ; Règl. 17 juin 2008, art. 8.

(84) En cas de détachement temporaire, le contrat de travail est régi par « la loi du pays où le travailleur, en exécution de son contrat de travail, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays » (Conv. Rome et Règl. 17 juin 2008, art. 6, § 2a). Dès lors, lorsque le salarié est temporairement détaché par son employeur sur le territoire d'un autre État, il bénéficie du régime juridique qui lui était applicable avant son départ (V., en ce sens, Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 93-44.926 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 429 ; TPS 1997, comm. 64, obs. Ph. Coursier). La Cour de justice de l'Union européenne retient, précisant les critères qui déterminent la loi régissant le contrat de travail des travailleurs en situation de mobilité transfrontalière, que le critère du lieu habituel de travail prévaut « lorsqu'il est possible de déterminer l'État avec lequel le travail présente un rattachement significatif ». En cas de pluralité de pays dans lesquels le contrat s'exécute, la Cour propose la solution suivante : le pays de l'accomplissement habituel du travail se réfère « au lieu dans lequel ou à partir duquel le travailleur exerce effectivement ses activités professionnelles et, en l'absence de centre d'affaires, au lieu où celui-ci accomplit la majeure partie de ses activités ». Il s'agit du pays dans lequel, ou à partir duquel, « le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur » (CJCE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch*). – V., également, Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 11-17.096 : JCP S 2012, 1353, comm. J.-Ph. Tricoit.

213. – Si le salarié n'est que temporairement détaché dans une filiale à l'étranger, il s'ensuit le maintien de plein droit des normes collectives d'origine⁽⁸⁵⁾. La convention collective elle-même peut prévoir cette application. Néanmoins, dans le cas contraire, l'extension géographique temporaire de la convention ou de l'accord suppose la réunion de deux conditions. La première est que la convention, à défaut de prévoir cette possibilité, ne doit pas l'exclure explicitement. La seconde renvoie à la durée du séjour. Celui-ci doit être bref^{f(86)}. Une présence trop longue à l'étranger conduirait à caractériser une situation d'expatriation, subordonnant l'application des conventions et accords aux règles du droit international privé.

214. – **Normes impératives légales.** La convention de Rome et le règlement du 17 juin 2008 décident que le choix par les parties de soumettre le contrat de travail à un droit donné ne peut priver le salarié de la protection dérivée des normes impératives issues de la loi qui serait applicable au contrat à défaut de *lex contractus*. En d'autres termes, les parties ne peuvent déroger aux lois de police du lieu habituel d'exécution du travail, celles-ci s'entendant des normes impératives qui contribuent à la protection des intérêts publics fondamentaux et dont le respect est jugé essentiel à la sauvegarde de l'organisation sociale, politique ou économique de l'État⁽⁸⁷⁾.

215. – **Normes impératives conventionnelles.** Le choix des parties d'une loi et des conventions collectives qui s'y rattachent ne peut exclure le jeu des normes précédentes. L'application d'une convention collective en vertu de la *lex contractus* peut faire surgir un problème de conflit de normes entre cette convention et la convention collective étrangère territorialement compétente. Tel peut être le cas d'un salarié expatrié en Espagne dont le contrat de travail désigne la loi française comme *lex contractus*. La solution dégagée par l'arrêt du 5 novembre 1991⁽⁸⁸⁾ conduit à appliquer à la relation de travail les dispositions des conventions collectives françaises qui peuvent se trouver en contradiction avec les dispositions issues d'une convention collective espagnole territorialement compétente. Il appartient alors au juge de désigner la convention collective la plus favorable. Le principe de faveur ayant en France le caractère de principe général du droit⁽⁸⁹⁾, « il est (...) per-

(85) « Le rayonnement naturel de la convention sur les déplacements occasionnels, épisodiques, de très brève durée ne fait pas de doute. Le voyage d'affaire ne modifie pas pour deux jours le droit applicable » (P. Rodière, préc., n° 194).

(86) Le règlement n° 1408/71/CE du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JOCE n° L 149, 5 juill. 1971, p. 2), limitait la durée prévisible du détachement à douze mois. Une période supplémentaire de douze mois maximum était possible si la mission n'était pas achevée en raison de circonstances exceptionnelles. Ce renouvellement n'était pas automatique car les autorités compétentes du pays de détachement devaient donner leur accord, sollicité obligatoirement avant la fin de la période initiale. Le règlement n° 883/2004/CE du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JOUE n° L 166, 30 avr. 2004, p. 1), complété par le règlement n° 987/2009/CE fixant ses modalités d'application (JOUE n° L 284, 30 oct. 2009, p. 1) en vigueur depuis le 1^{er} mai 2010, prévoit désormais que la durée du détachement peut être fixée à vingt-quatre mois maximum sans faculté de prolongation.

(87) Soucieuse d'apporter des réponses à des situations d'abus dans lesquelles des travailleurs détachés ne jouissent pas pleinement de leurs droits, la Commission européenne a proposé le 21 mars 2012 de nouvelles règles qui renforcent la protection des travailleurs détachés temporairement dans un autre pays. La Commission a ainsi formulé deux propositions : une proposition de directive qui vise à améliorer la mise en œuvre pratique de la directive n° 96/71/CE sur le détachement de travailleurs ; un nouveau règlement instaurant un mécanisme d'alerte pour les conflits sociaux aux conséquences graves dans des situations transfrontalières. V., Comm. UE, communiqué IP/12/267, 21 mars 2012.

(88) Cass. soc., 5 nov. 1991, préc.

(89) « Il résulte des termes mêmes de cet article que, conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en

mis de penser que les avantages des deux conventions doivent être comparés afin de décider quelle convention est la plus avantageuse »⁽⁹⁰⁾ et doit trouver à s'appliquer.

216. – La mobilité du salarié au sein du groupe multiplie les situations génératrices de conflits de normes. Dans le respect des règles évoquées ci-dessus, le support contractuel de l'expatriation peut assurer l'articulation des dispositions conventionnelles en concours. Ces situations tendent néanmoins à disparaître avec le développement des accords de groupe qui harmonisent les normes conventionnelles applicables dans les sociétés qui le composent, rendant plus rares les situations de conflits entre des normes différentes.

SECTION 2

LA GESTION FINANCIÈRE D'UNE COMMUNAUTÉ

217. – Les mécanismes d'épargne salariale ont d'abord été créés pour les entreprises. La prise en compte du groupe comme cadre de mise en place d'une rémunération collective est le fruit d'un long processus⁽⁹¹⁾. Le groupe apparaît aujourd'hui comme un cadre de variabilité de la rémunération du salarié (§ 1). La mobilité des salariés entre les différentes filiales du groupe, dans des situations de détachement ou d'expatriation, fait également du groupe un cadre particulier de rémunération (§ 2).

§ 1. – La construction de dispositifs intégrés

218. – La variabilité de la rémunération du salarié se matérialise principalement dans les dispositifs de détermination collective de la rémunération (I). Leur définition au niveau du groupe et leur mise en œuvre dans les différentes filiales font naître certaines difficultés (II).

tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou ces avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle » (CE, avis, 22 mars 1973 : *Dr. ouvrier* 1973, p. 190).

(90) Ph. Coursier, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : JCP S 2009, 1092.

(91) L'impulsion politique a été donnée par le général de Gaulle dans une ordonnance de 1959 qui a ouvert la possibilité d'instaurer une participation collective aux résultats de l'entreprise mais sans caractère contraignant. Le texte évoque « une participation de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise sous forme : soit d'une participation collective aux résultats de l'entreprise ou de l'établissement ; soit d'une participation au capital ou à une opération d'autofinancement ; soit d'une participation à l'accroissement de la productivité » (Ord. n° 59-126 : JO 9 janv. 1959, p. 641, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 2). Une ordonnance de 1967 a ensuite rendu obligatoire la mise en place d'un régime de participation des travailleurs aux fruits de l'expansion dans les entreprises de cent salariés et plus. Le préambule du texte dispose qu'« il est maintenant indispensable que l'association des travailleurs à l'expansion et à la répartition [des fruits de l'entreprise] prenne un caractère obligatoire » (Ord. n° 67-693 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise : JO 18 août 1967, p. 8281). Le seuil de cent salariés a été abaissé à cinquante par la loi n° 90-1002 du 7 juillet 1990 (JO 11 nov. 1990, p. 13846) modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés. L'ordonnance de 1986 (Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986 : JO 23 oct. 1986, p. 12771) relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés a notamment libéralisé les conditions de mise en place des accords d'intéressement. La loi du 25 juillet 1994 (L. n° 94-640, 25 juill. 1994 : JO 27 juill. 1994, p. 10832, art. 18) relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise a enfin expressément ouvert la possibilité de conclure des accords de participation au niveau du groupe.

I. – L'organisation de dispositifs intégrés

219. – La rémunération collective renvoie à la notion d'épargne salariale⁽⁹²⁾. Cette expression regroupe plusieurs mécanismes permettant aux salariés d'être associés financièrement à la bonne marche de leur entreprise. Sont essentiellement concernés trois dispositifs, distincts mais complémentaires : la participation (A), l'intéressement (B) et les plans d'épargne (C). Un autre dispositif mérite d'être envisagé : la prime de partage des profits (D).

A. – Participation

220. – **Mise en place.** Trois voies peuvent être empruntées pour mettre en place un système de participation au sein d'un groupe. Elle peut être organisée par voie d'accords conclus dans chacune des entités constituant le groupe, selon des modalités prévues par le Code du travail⁽⁹³⁾. La circulaire du 14 septembre 2005⁽⁹⁴⁾ ajoute que « chacune des entreprises concernées manifeste sa volonté d'être partie audit accord, au besoin en choisissant sa propre modalité de conclusion »⁽⁹⁵⁾. Un accord de groupe peut également être passé entre les sociétés d'un même groupe ou seulement certaines d'entre elles⁽⁹⁶⁾. Enfin, peut être conclu un accord collectif de groupe de droit commun, tel que régi par les articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail.

221. – **Calcul de la réserve spéciale de participation.** La réserve spéciale de participation⁽⁹⁷⁾, matérialisation de la « participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise »⁽⁹⁸⁾, peut être déterminée au niveau du

(92) V., pour un bilan des dispositifs d'épargne salariale, *DARES Analyses* sept. 2012, n° 55 : « La DARES note que la diffusion de ces dispositifs est inégale selon la taille de l'entreprise : ils sont surtout présents dans les entreprises de grande taille ou de taille moyenne, du fait de l'obligation des employeurs d'entreprises de plus 50 salariés de les mettre en place. De ce fait, près de 9 salariés sur 10 ayant accès à un de ces dispositifs travaillent dans une entreprise de 50 salariés ou plus, et dans les entreprises de 500 salariés ou plus, 93,3 % des salariés sont couverts par l'un de ces dispositifs. Le rapport souligne que dans les entreprises de moins de 50 salariés, les plans d'épargne salariale (PEE et PERCO) sont les principaux dispositifs mis en place, en raison notamment de la simplicité de leur gestion : 11,5 % des salariés ont accès à un PEE ou un PERCO, contre 9,4 % à l'intéressement et 4,6 % à la participation » (*JCP S* 2012, act. 404).

(93) « Les accords de participation sont conclus selon l'une des modalités suivantes : 1° Par convention ou accord collectif de travail ; 2° Par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ; 3° Par accord conclu au sein du comité d'entreprise ; 4° À la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet de contrat proposé par l'employeur. S'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs de ces organisations ou ce comité » (C. trav., art. L. 3322-6).

(94) Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : *JO* 1^{er} nov. 2005, p. 17179.

(95) Circ. 14 sept. 2005, Dossier participation, fiche n° 2, I, E ; Dossier intéressement, fiche n° 3, I, D.

(96) « Par dérogation à l'article L. 3322-6, un accord de groupe peut être passé entre les sociétés d'un même groupe ou seulement certaines d'entre elles. Cet accord est conclu selon l'une des modalités suivantes : 1° Entre le mandataire des sociétés intéressées et le ou les salariés appartenant à l'une des entreprises du groupe mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ; 2° Entre le mandataire des sociétés intéressées et les représentants mandatés par chacun des comités d'entreprise concernés ; 3° À la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par le mandataire des sociétés du groupe. S'il existe dans les sociétés intéressées une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou, lorsque toutes les sociétés du groupe sont intéressées, s'il existe un comité de groupe, la ratification est demandée conjointement par le mandataire des sociétés du groupe et soit une ou plusieurs de ces organisations, soit la majorité des comités d'entreprise des sociétés concernées, soit le comité de groupe. La majorité des deux tiers est appréciée au niveau de l'ensemble des sociétés concernées » (C. trav., art. L. 3322-7).

(97) « (...) une entreprise étrangère disposant d'un établissement distinct en France est tenue de constituer une réserve spéciale de participation dès lors qu'elle est assujettie à l'impôt dans les conditions déterminées par l'article L. 3324-1 du Code du travail » (Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-28526 : *JCP S* 2012, 1165, comm. J.-S. Lipski).

(98) C. trav., art. L. 3322-1.

groupe⁽⁹⁹⁾. Si l'accord de participation de groupe opte pour la formule de calcul légale, la réserve spéciale de participation dégagée au niveau du groupe est égale à la somme des réserves spéciales calculées dans chaque entreprise membre du groupe⁽¹⁰⁰⁾ selon la formule de droit commun, pour les entreprises ayant un bénéfice fiscal suffisant pour dégager une réserve spéciale de participation. Les entreprises qui ne peuvent pas dégager de participation, car ayant un résultat déficitaire ou inférieur à 5 % des capitaux propres, ne contribuent pas à la réserve spéciale de participation de groupe, bien que leurs salariés aient vocation à en bénéficier. Cette répartition à l'ensemble des salariés permet « d'assurer une compensation équitable entre les différentes filiales dont les résultats peuvent être inégaux pour des motifs tenant à l'organisation et au fonctionnement du groupe »⁽¹⁰¹⁾.

222. – Règle de l'équivalence des avantages. Lorsqu'ils comportent une formule de calcul dérogatoire, les accords de groupe doivent respecter la règle de l'équivalence des avantages, c'est-à-dire assurer aux salariés une participation d'un montant au moins égal à celui qui aurait été dû s'il avait été fait application de la formule de calcul légale. L'article L. 3324-2 du Code du travail prévoit ainsi que dans le cadre d'un accord de groupe, l'équivalence des avantages consentis aux salariés doit s'apprécier globalement au niveau du groupe et non de chacune des entreprises parties à l'accord. Cette disposition légale permet la conclusion d'accords de participation de groupe alors même que, dans une entreprise donnée, la fraction de participation allouée aux salariés serait inférieure à celle que ferait apparaître l'application de l'article L. 3324-1 du Code du travail. L'équivalence des avantages s'appréciant au niveau du groupe, l'ensemble de la participation servie à tous les salariés doit donc être au moins égale à la somme des participations minimales qui auraient été dues en application de l'article L. 3324-1 du Code du travail⁽¹⁰²⁾. La circulaire du 14 septembre 2005 précise que si les accords de groupe, y compris dans le cas d'une unité économique et sociale⁽¹⁰³⁾, peuvent retenir une formule de calcul dérogatoire⁽¹⁰⁴⁾, « la règle de l'équivalence s'apprécie alors au regard du total des réserves calculées dans chaque entreprise en application de la formule légale »⁽¹⁰⁵⁾.

B. – Intéressement

223. – L'intéressement peut être mis en place au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques⁽¹⁰⁶⁾.

(99) La RSP fait l'objet d'une formule de calcul légale : $R = \frac{1}{2} (B - SC / 100) \times (S / VA)$, tel que R est la réserve spéciale de participation, B le bénéfice net, C les capitaux propres, S les salaires et VA la valeur ajoutée.

(100) « Pour le calcul de la participation, chaque société du groupe retient néanmoins le bénéfice imposable de l'exercice et l'impôt sur les sociétés déterminées comme si elle était imposée séparément » (Circ. 14 sept. 2005, Dossier participation, fiche n° 3, II, B).

(101) Circ. 14 sept. 2005, Dossier participation, fiche n° 3, II, B.

(102) Circ. 14 sept. 2005, Dossier participation, fiche n° 7, Ann. 1.

(103) V., sur les accords de participation mis en place au sein d'une UES, M.-P. Piot et O. Hainaut, *La participation dans l'UES : un devoir d'anticipation : Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1353, p. 6.

(104) C. trav., art. L. 3324-2.

(105) Circ. 14 sept. 2005, Dossier participation, fiche n° 3, II, B.

(106) C. trav., art. L. 3344-1. La Cour de cassation précise que la conclusion d'un tel accord ne postule pas l'existence d'une unité économique et sociale (Cass. soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.473 : JCP S 2010, 1514, note J. Daniel).

224. – Mise en place. L'accord de groupe d'intéressement peut tout d'abord être conclu dans chacune des entreprises composant le groupe⁽¹⁰⁷⁾, selon les mêmes modalités que pour les accords de participation. L'accord d'intéressement de groupe peut également être mis en place selon les modalités de droit commun des accords collectifs prévues aux articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail. Certaines modalités spécifiques sont donc exclues, telle l'organisation d'un référendum au niveau du groupe⁽¹⁰⁸⁾.

225. – Calcul de l'intéressement. Le Code du travail⁽¹⁰⁹⁾ dispose que l'intéressement collectif des salariés doit présenter un caractère aléatoire et résulter d'une formule de calcul liée soit aux résultats ou aux performances de l'entreprise, « soit aux résultats de l'une ou plusieurs de ses filiales »⁽¹¹⁰⁾. L'accord de groupe peut donc prendre en compte les résultats de tout ou partie des entreprises qui composent le groupe. Le législateur a ainsi permis la mise en place d'un intéressement dans une holding dont le résultat est exclusivement tributaire des résultats des filiales sous son contrôle. Un partage léonin est évité par la condition selon laquelle au moins les deux tiers des salariés des filiales du groupe doivent être couverts par un accord d'intéressement⁽¹¹¹⁾. La circulaire du 14 septembre 2005 souligne que l'accord de groupe « offre les mêmes souplesses pour le calcul de l'intéressement qu'un accord d'entreprise. Ainsi, il est possible de prévoir un intéressement aux résultats consolidés au niveau du groupe, et un intéressement aux performances au niveau de chaque entreprise partie prenante à l'accord de groupe »⁽¹¹²⁾. Dans la mesure où la loi ne se réfère qu'aux résultats de l'entreprise ou d'une ou plusieurs filiales (pour l'intéressement d'une société mère), la Cour de cassation précise dans des termes très généraux que, pour le calcul de l'intéressement, l'accord peut « prendre en compte les résultats du groupe auquel appartient l'entreprise au sein de laquelle il s'applique »⁽¹¹³⁾. Cette jurisprudence ne serait pas, semble-t-il, complètement intégrée par l'Administration. Celle-ci rejetterait ainsi la prise en compte des résultats de sociétés sœurs dans un accord d'intéressement conclu au sein d'une filiale, suggérant alors la mise en place d'un intéressement aux performances dont l'évaluation peut comporter un certain aléa et présenter une complexité certaine⁽¹¹⁴⁾.

(107) « Les accords d'intéressement sont conclus pour une durée de trois ans, selon l'une des modalités suivantes : 1° Par convention ou accord collectif de travail ; 2° Par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ; 3° Par accord conclu au sein du comité d'entreprise ; 4° À la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Lorsqu'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs de ces organisations ou ce comité » (C. trav., art. L. 3312-5).

(108) Des référendums du groupe doivent être organisés dans chaque entreprise.

(109) C. trav., art. L. 3314-2. – *Adde*, C. trav., art. D. 3313-3.

(110) Au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce.

(111) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, sur l'épargne salariale : *JO* 20 févr. 2001, p. 2774.

(112) *Circ.* 14 sept. 2005, Dossier intéressement, fiche n° 4, V.

(113) *Cass. soc.*, 28 mars 2006, n° 04-30.211 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 125 ; *JCP S* 2006, 1550, note R. Vatinet.

(114) P. Morvan, *Groupe d'entreprises et rémunérations du travail* : *Dr. soc.* 2010, p. 748, spéc. n° 16. Dans cet article, l'auteur évoque également la possibilité de mettre en place un accord d'intéressement au profit des salariés d'un groupement d'intérêt économique. L'accord peut prendre en compte les résultats ou les performances des entreprises membres du groupement (*Cass. soc.*, 1^{er} juin 2005, n° 03-30.295 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 186 ; *JCP S* 2005, 1101, note P. Morvan). Cette possibilité a été reprise par le législateur et étendue aux groupements d'employeurs (C. trav., art. L. 3314-3).

226. – Répartition de l'intéressement. Dans le cadre d'un accord de groupe, la circulaire du 14 septembre 2005 exige que le groupe demeure « l'étalon de l'intéressement »⁽¹¹⁵⁾, au moins pour une partie⁽¹¹⁶⁾. La répartition de l'intéressement peut être uniforme entre tous les salariés couverts par l'accord de groupe, être pondérée selon la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ou indexée sur les salaires. Une combinaison de ces critères est également envisageable⁽¹¹⁷⁾. Si cette répartition peut varier selon les établissements et les unités de travail au sein d'un accord d'entreprise, l'accord de groupe peut prévoir des modalités de répartition différentes selon les entreprises parties à l'accord⁽¹¹⁸⁾.

C. – Plan d'épargne de groupe

227. – Un plan d'épargne peut être mis en place au niveau du groupe⁽¹¹⁹⁾. L'institution d'un plan d'épargne de groupe est facultative⁽¹²⁰⁾. Un tel plan d'épargne permet à tous les salariés du groupe d'acquérir, dans ce cadre, des actions émises par une des sociétés du groupe. La promotion de l'actionnariat de groupe exalte le sentiment d'appartenance à la communauté de travail étendue au groupe en son entier.

228. – Mise en place. Un plan d'épargne de groupe peut être mis en place soit par accord collectif conclu selon le droit commun de la négociation collective ou selon des modalités spécifiques (accord conclu avec des représentants des organisations syndicales représentatives, au sein du comité d'entreprise ou à la suite d'une ratification à la majorité des deux tiers des salariés), soit par décision unilatérale de l'employeur⁽¹²¹⁾. En cas de mise en place à l'initiative de l'employeur, le règlement du plan doit être ratifié par les représentants de chacune des entreprises, sauf si un mandat particulier a été confié à une entreprise donnée (en général, il s'agit de la société mère)⁽¹²²⁾. Toutefois, cette mise en place unilatérale n'est possible qu'en cas d'échec des négociations dans une entreprise comportant un comité d'entreprise ou au moins un délégué syndical. Car, « si au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, un procès-verbal de désaccord est établi dans lequel sont consignées en leur dernier état les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement »⁽¹²³⁾. La mise en place unilatérale serait donc une voie subsidiaire, susceptible d'être empruntée uniquement en cas de blocage de la voie conventionnelle spécifique⁽¹²⁴⁾.

(115) P. Morvan, préc.

(116) « Le choix d'un accord de groupe suppose, en règle générale, que le calcul d'au moins une partie de l'intéressement s'effectue au niveau du groupe, et implique que la répartition se fasse entre l'ensemble des salariés du groupe » (Circ. 14 sept. 2005, Dossier intéressement, fiche n° 1, II).

(117) C. trav., art. L. 3314-5.

(118) Circ. 14 sept. 2005, Dossier intéressement, fiche n° 5, I, B.

(119) C. trav., art. L. 3344-1. – V., sur le plan d'épargne d'entreprise, D. Jourdan, *Plan d'épargne d'entreprise* : JCP S 2012, 1392.

(120) Le Code du travail prévoit également la possibilité de mettre en place un plan d'épargne interentreprises (C. trav., art. L. 3333-1 et s.).

(121) C. trav., art. L. 3332-3 et s.

(122) Circ. 14 sept. 2005, Dossier Plan d'épargne d'entreprise, fiche n° 2, I, C.

(123) C. trav., art. L. 3332-4.

(124) Circ. 14 sept. 2005, Dossier Plan d'épargne d'entreprise, fiche n° 2, I, C.

D. – La prime de partage des profits

229. – Régime. Créée par la loi de finances rectificative de la sécurité sociale pour 2011⁽¹²⁵⁾, immédiatement complétée par une circulaire interprétative⁽¹²⁶⁾, la prime de partage des profits⁽¹²⁷⁾ s'applique à toutes les sociétés commerciales de droit privé⁽¹²⁸⁾. Ainsi, « lorsqu'une société commerciale attribuée à ses associés ou actionnaires, en application de l'article L. 232-12 du Code de commerce, des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés »⁽¹²⁹⁾. Dans les groupes de sociétés, la société dominante, laquelle sert de pierre angulaire à la mise en place du comité de groupe sur le fondement de l'article L. 2331-1 du Code du travail, est seule retenue pour apprécier si la distribution de dividendes progresse. La circulaire interministérielle du 29 juillet 2011 apporte certaines précisions. Dès lors que l'entreprise dominante verse des dividendes dans le cadre du dispositif légal, chacune des filiales, constituées en sociétés commerciales établies sur le territoire français et employant au moins cinquante salariés, doit verser une prime à l'ensemble de ces derniers⁽¹³⁰⁾. En revanche, lorsque l'entreprise dominante n'est pas une société commerciale, ses filiales revêtant une telle forme sociétale et entrant dans le champ du dispositif légal sont soumises à l'obligation de versement de la prime de la même manière que si elles n'étaient pas intégrées à un groupe.

230. – Dès lors que les dividendes versés par l'entreprise dominante sont en hausse par rapport à la moyenne des deux exercices précédents, la prime doit être attribuée à tous les salariés des sociétés françaises appartenant au groupe. Une société en pertes peut donc être tenue de verser une prime. L'obligation de versement pèse sur chacune des sociétés appartenant à un groupe dont la société dominante offre des dividendes en hausse⁽¹³¹⁾. Aucune filiale n'est tenue de négocier la

(125) L. n° 2011-894, 28 juill. 2011, de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011, art. 1 : JO 29 juill. 2011, p. 12922.

(126) Circ. intermin., 29 juill. 2011, relative à la prime de partage des profits instituée par la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011.

(127) V., J. Daniel et A. de Roux, *La prime de partage des profits* : JCP S 2011, 1386. – R. Vatinet, *Une étrange prime de partage des profits* : JCP S 2011, 1385.

(128) Ainsi qu'aux sociétés commerciales dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'État ou, ensemble ou séparément, indirectement par l'État et directement ou indirectement par ses établissements publics, qui ne bénéficient pas de subventions d'exploitation, ne sont pas en situation de monopole et ne sont pas soumises à des prix réglementés.

(129) L. n° 2011-894, préc., II.

(130) La circulaire du 29 juillet 2011 précise que « les entreprises ayant attribué un autre avantage pécuniaire non obligatoire en lien avec l'augmentation des dividendes sont exonérées du versement de la prime, à la condition que cette attribution ait été décidée par un accord conclu après le 25 mai 2011 ». Le champ des exemptions recouvre ainsi les entreprises ayant attribué au titre de l'année en cours, à l'ensemble de leurs salariés, par accord d'entreprise conclu postérieurement au 25 mai 2011, un avantage pécuniaire non obligatoire en vertu des règles légales ou conventionnelles, alloué en tout ou partie, en contrepartie de l'augmentation des dividendes. Il peut s'agir d'un supplément d'intéressement ou de participation, d'une attribution gratuite d'actions, d'un avantage retraite ou prévoyance, d'un abondement exceptionnel au PEE ou au PERCO. Le lien entre l'attribution de l'avantage et l'augmentation de dividendes doit être explicite (J. Daniel et A. de Roux, *La prime de partage des profits* : JCP S 2011, 1386).

(131) « Le fait que l'entreprise en tête d'un groupe augmente ou non ses dividendes (...) déterminera l'obligation de primes dans tout ce groupe. Mais, naturellement, si la prime n'est pas décidée au niveau central, par accord de groupe, comme [les] amendements l'autorisent, rien n'interdira que son montant soit ajusté dans chaque entreprise pour tenir compte de la situation financière des différentes entreprises composant le groupe » (Y. Bur, AN, 15 juin 2011, amendement n° 109 : JOAN CR 16 juin 2011, n° 61, p. 4220).

prime de partage des profits, même celles dont les dividendes progressent, dès lors que la société dominante ne verse pas de dividendes ou que le montant de ceux-ci ne progressent pas par rapport aux deux exercices de référence. *A contrario*, si le montant des dividendes augmente au niveau de la société dominante, la prime doit être versée dans toutes les filiales du groupe, et ce même si leur montant n'a pas augmenté dans certaines filiales.

231. – Groupe international. Une difficulté apparaît en présence d'un groupe de dimension internationale dont la société mère est située à l'étranger. Doit-on prendre en compte la société mère « monde », ignorée par le droit français des comités de groupe, ou la société représentant le groupe sur le territoire français ? La loi du 28 juillet 2011 ne vise que « l'entreprise dominante du groupe ». Le groupe à prendre en considération est celui tenu « de constituer un comité de groupe en application de l'article L. 2331-1 du Code du travail ». Cet article renvoie, pour la détermination de l'entreprise dominante, à celle « dont le siège social est situé sur le territoire français ». La société dominante à prendre en considération est ainsi la société dominante au sens des règles de mise en place du comité de groupe. Les filiales françaises non soumises à la législation sur les comités de groupe, faute d'entreprise dominante en France, ne bénéficient pas pour autant d'une dérogation spécifique ; l'obligation de versement de la prime s'apprécie dès lors en fonction de la filiale elle-même.

232. – Mise en œuvre. La prime de partage des profits est mise en œuvre par voie d'accord collectif, dans les mêmes formes que la participation légale⁽¹³²⁾. Un accord signé dans un groupe⁽¹³³⁾ peut dispenser les sociétés qui le constituent de mettre en œuvre une négociation.

II. – Les difficultés rencontrées

233. – Si le groupe est un cadre d'appréciation de la variabilité de la rémunération, celle-ci est mise en œuvre dans chacune des entreprises du groupe. Deux séries de difficultés apparaissent alors. D'une part, l'entreprise reste seule débitrice de l'obligation de versement de la rémunération (A). D'autre part, le caractère collectif de la rémunération fait poindre le principe d'égalité de traitement (B).

A. – Le cercle des débiteurs

234. – À côté du groupe étalon de la rémunération variable, d'autres situations invitent à repenser le titulaire véritable des obligations patronales en matière de rémunération. L'acculturation juridique revêt une part d'artifice dans la mesure où « l'employeur juridique » désigne la société filiale mais où l'avantage est défini et décidé par la société mère. Néanmoins, l'absence de personnalité du groupe chasse toute considération économique et « l'analyse juridique prend inévitablement pour cible la filiale »⁽¹³⁴⁾ sur laquelle pèsent toutes les obligations découlant du droit du

(132) C. trav., art. L. 3322-6. – *Adde*, Circ. 29 juill. 2011, préc.

(133) Négocié conformément à l'article L. 2232-31 du Code du travail.

(134) P. Morvan, préc.

travail. Deux illustrations de ce hiatus sont offertes par la jurisprudence concernant la détermination de l'assiette de cotisations (1°) et la transparence des mesures de la rémunération variable (2°).

1° L'exigence d'identification

235. – Selon la Cour de cassation, « la prise en charge par la société mère d'un groupe, aux lieu et place de l'employeur, des remises sur le prix de réparation de pièces détachées accordées aux salariés d'une filiale constituée pour les bénéficiaires un avantage en nature »⁽¹³⁵⁾. Pour la cour, dès lors qu'un avantage, en nature ou en espèces, constitue une rémunération⁽¹³⁶⁾, les cotisations correspondantes sont dues par celui qui a la qualité d'employeur et ce, même dans l'hypothèse où l'avantage a été consenti par l'entremise d'un tiers (entreprise ou groupement)⁽¹³⁷⁾. Ce n'est que si l'avantage est la contrepartie d'un travail effectué pour le compte de ce tiers que ce dernier supporte la charge des cotisations⁽¹³⁸⁾. Or, intégrés à la communauté de travail du groupe, les salariés d'une entreprise membre de ce dernier peuvent bénéficier d'avantages définis et décidés par la société mère. En l'absence de personnalité juridique du groupe, et bien que l'avantage soit consenti en raison de l'appartenance du salarié au groupe, la société juridiquement employeur reste seule débitrice du paiement des charges sociales.

236. – Un arrêt rendu le 1^{er} juillet 2010 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation abonde en ce sens⁽¹³⁹⁾. En l'espèce, une société accorde à tous ses salariés des remises sur les produits du groupe auquel elle appartient. Lors d'un contrôle, l'URSSAF réintègre dans l'assiette des cotisations de la société l'avantage en nature constitué par la vente au personnel à prix préférentiel de produits fabriqués par d'autres sociétés du groupe. Devant la Cour de cassation, la société s'appuie sur la lettre ministérielle n° 237/91 du 29 mars 1991 qui énonce que « les réductions tarifaires ne constituent pas des avantages en nature dès lors qu'elles n'excèdent pas des limites raisonnables. Toute remise qui n'excède pas 30 % du prix de vente normal doit être négligée ». Elle souligne en outre que, selon la circulaire DSS n° 2003/07 du 7 janvier 2003, « les fournitures de produits et services réalisés par l'entreprise à des conditions préférentielles ne constituent pas des avantages en nature dès lors que leurs réductions tarifaires n'excèdent pas 30 % du prix de vente public normal, toutes taxes comprises. (...) Cette tolérance concerne les biens ou services produits par l'entreprise auprès d'un fournisseur ou d'une autre entre-

(135) Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-30.211, préc.

(136) Au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, « sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire ».

(137) V., en ce sens, Cass. soc., 23 févr. 1995, n° 92-16.563 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 73. – Cass. soc., 4 mai 2000, n° 98-19.507 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 165 ; *TPS* 2000, comm. 253.

(138) V., en ce sens, Cass. soc., 12 juin 1997, n° 95-21.012 : *RJS* 1997, n° 1143.

(139) Cass. 2^e civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-14.364 : *Bull. civ.* 2010, II, n° 132 ; *RJS* 2010, n° 803. – V., également, Cass. 2^e civ., 14 sept. 2006, n° 05-11.840 : *Bull. civ.* 2006, II, n° 234 ; *RJS* 2006, n° 1218 (concernant des abonnements téléphoniques à prix préférentiel) ou Cass. 2^e civ., 28 janv. 2010, n° 08-21.783 : *Bull. civ.* 2010, II, n° 23 ; *RJS* 2010, n° 377 ; *JCP S* 2010, act. 85 (concernant les rabais consentis aux salariés sur le prix d'achat d'actions de la société mère du groupe).

prise ». La Cour de cassation rejette néanmoins le pourvoi aux motifs « qu'en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale les avantages en nature sont soumis à cotisations, la cour d'appel qui retient que la tolérance administrative dont l'URSSAF a fait application concerne les biens et services produits par l'entreprise qui emploie le salarié et exclut les produits ou services acquis par l'entreprise auprès d'un fournisseur ou d'une autre entreprise en a justement déduit (...) que les remises sur le prix des produits vendus par d'autres sociétés du groupe à des salariés de la société constituaient des avantages en nature soumis à cotisations ». La tolérance administrative est d'interprétation stricte. L'avantage accordé doit être intégré à l'assiette des cotisations sociales de la société.

2° L'exigence de transparence

237. – Dans le calcul de la part variable de sa rémunération, le salarié doit pouvoir demander à son employeur les éléments en sa possession en vue d'une discussion contradictoire. Le salarié doit pouvoir vérifier que le calcul a été effectué conformément aux modalités prévues par le contrat de travail ou l'accord collectif⁽¹⁴⁰⁾. Cet impératif de transparence a été appliqué aux plans de rémunération mis en place au sein de groupes internationaux de sociétés. Un arrêt du 14 octobre 2009 illustre cette exigence. En l'espèce, une société, filiale d'un groupe américain, avait mis en place pour ses ingénieurs et cadres une structure de rémunération constituée d'un salaire de base et d'une part variable, constituée en partie par une prime fondée sur l'ensemble des performances du groupe par rapport aux objectifs de gain par action (*earning per share* ou EPS) déterminés par le conseil d'administration de la société mère du groupe. Une note d'information relative à la mise en place de cette part variable précisait que la prime n'était pas garantie si les objectifs de croissance du gain par action, qui n'étaient pas rendus publics, n'étaient pas atteints. La prime ayant été versée en 1998 et en 1999 mais non en 2000, les salariés d'un établissement français en réclamèrent le paiement intégral jusqu'en 2003. En pratique, le montant de la part variable était communiqué aux éventuels bénéficiaires en début d'année. Mais la condition de son versement dépendait d'une décision des dirigeants de la société mère aux États-Unis fixant des objectifs de performance à l'échelle du groupe ; cette décision était certes prise au début de chaque année mais elle demeurait confidentielle jusqu'à la fin de l'exercice en application de la réglementation boursière mise en œuvre par la *Securities and Exchange Commission* (SEC). S'ils avaient été atteints, les objectifs n'étaient révélés aux salariés qu'en fin d'exercice, au moment de liquider puis de verser la prime. La Cour de cassation affirme dans un premier temps que « le salarié doit pouvoir vérifier que le calcul de sa rémunération a été effectué conformément aux modalités prévues par le contrat de travail ou l'engagement unilatéral de l'employeur ». Puis, dans un second temps, après avoir constaté que « l'objectif de gain par action n'était pas rendu public » et que « dans les systèmes de rémunération ultérieurement mis en place les objectifs adoptés n'étaient pas non plus communiqués », la cour approuve les juges du

(140) Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-42.712 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 26 et Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-41.910 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 134 ; JCP S 2008, 1410, note P. Morvan.

fond d'avoir déduit que, « faute par l'employeur d'avoir fixé, au titre d'un engagement unilatéral, des conditions de calcul vérifiables, aucune diminution de la part variable ne pouvait être décidée »⁽¹⁴¹⁾. Et la cour de conclure que : « L'employeur est tenu de s'acquitter de l'intégralité de la rémunération due au salarié et, à défaut, il engage sa responsabilité contractuelle, peu important que le manquement soit imputable à la société mère du groupe auquel il appartient »⁽¹⁴²⁾.

B. – La communauté des égaux

238. – Cadre d'une communauté de travail, le groupe n'en reste pas moins un cadre de différenciation des salariés, notamment lorsqu'il acquiert une dimension internationale. Évoquer la différenciation renvoie au thème de l'égalité de traitement⁽¹⁴³⁾ et à la détermination du « champ des égaux ». Un arrêt du 28 octobre 2009 affirme « qu'un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence »⁽¹⁴⁴⁾. Il en ressort que l'établissement ne constitue pas un périmètre autonome pour l'application du principe d'égalité et qu'une différence de rémunération doit être objectivement justifiée. Par extension, le groupe constitue-t-il un périmètre d'application du principe d'égalité de traitement (1°) ? Est-il possible « d'objectiver » les différences de rémunération au sein du groupe (2°) ?

1° La quête de l'égalité

239. – **Principe d'application.** Il appartient à l'entreprise d'assurer l'égalité de traitement entre ses salariés : elle est, juridiquement, leur seul employeur⁽¹⁴⁵⁾. Un salarié ne saurait donc invoquer le bénéfice d'un avantage au prétexte qu'il est dans

(141) La Cour de cassation avait déjà retenu que « ne peut constituer une condition d'application d'un engagement unilatéral de l'employeur qu'une clause précise définissant objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite » (Cass. soc., 27 juin 2000, n° 99-41.926 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 246 ; *RJS* 2000, n° 1034 : l'employeur avait subordonné le versement d'une prime de fin d'année à l'existence de résultats économiques suffisants, « ce qui ne caractérise pas une condition [licite] à laquelle était soumise l'obligation »). En 2008, la cour avait affirmé que, « lorsqu'elle est payée en vertu d'un engagement unilatéral, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement ; seule une clause précise définissant objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite peut constituer une condition d'application d'un tel engagement » (Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.717 : *RJS* 2008, n° 1194).

(142) Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-40.531 (1^{re} esp.) et n° 07-44.965 à 07-44.987 (2^e esp.) : *JCP S* 2009, 1594, note P. Morvan, préc.

(143) La mise en œuvre du principe d'égalité de traitement suppose des comparaisons entre les salariés. Apparaît ici la différence essentielle avec le principe de non-discrimination, celui-ci résultant d'une décision prise par l'employeur à l'encontre d'un salarié sur un motif illicite. La caractérisation de la discrimination peut passer par des comparaisons entre les salariés ; elle peut également résulter d'une preuve par « concomitance ». Tel est le cas d'un salarié victime d'un traitement défavorable suite à la révélation de son affiliation syndicale. La Cour de cassation retient ainsi que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » (Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 246 ; *JCP S* 2009, act. 602, obs. N. Léger). – Sur la mise en œuvre de l'égalité de traitement, la Cour de cassation retient que lorsque la différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale (Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666 : *D.* 2011, p. 1021).

(144) Cass. soc., 28 oct. 2009, n° 08-40.457 à 08-40.486 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 239 ; *JCP S* 2010, 1008, note J.-F. Cesaro.

(145) V., G. Auzero, *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise* : *Dr. soc.* 2006, p. 822. – V., pour un exemple de norme, P. Coin, *La mise en conformité des régimes de protection sociale complémentaire au regard de l'égalité de traitement* : *JCP S* 2012, 1442.

la même situation qu'un autre salarié au service d'un autre employeur⁽¹⁴⁶⁾. L'autonomie des personnes morales au sein du groupe de sociétés ou de l'unité économique et sociale invite à réserver l'application de ce principe aux salariés dans leur structure d'appartenance.

240. – La tentation de l'analogie avec l'unité économique et sociale. La Cour de cassation retient que pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié au sein d'une unité économique et sociale, composée de personnes juridiquement distinctes, « il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement »⁽¹⁴⁷⁾. La cour retient également que « la négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise »⁽¹⁴⁸⁾. La tentation est grande d'étendre ce raisonnement au groupe de sociétés⁽¹⁴⁹⁾.

241. – L'impossible analogie. La transposition de la solution applicable à l'unité économique et sociale au groupe de sociétés appelle deux remarques. Dans un premier temps, un tel raisonnement conduirait à effectuer des comparaisons entre les salariés des différentes filiales en faisant abstraction des particularismes locaux, principalement nationaux. Bien que ne concernant que les dispositions prévues par la loi, une convention ou un accord collectif commun (accord de groupe), comment concevoir une comparaison d'avantages lorsque ceux-ci ont fait l'objet d'une prévision dans un accord-cadre mais dont l'application est laissée aux accords collectifs d'entreprise ? De même, comment comparer la situation d'un salarié d'une filiale française en France et celle d'un salarié d'une filiale chinoise en Chine ? L'analogie trouve ici sa limite⁽¹⁵⁰⁾. Dans un second temps, un accord de groupe peut valablement prévoir des différences de traitement entre des salariés d'entreprises distinctes exerçant un travail égal. La négociation d'entreprise peut, *a fortiori*, conduire à des différences entre les salariés d'un groupe. Néanmoins, ces différences doivent reposer sur des raisons objectives.

2° L'impératif de variabilité

242. – L'individualisation, source de discrimination. Si une inégalité de traitement entre des salariés peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives,

(146) Le principe d'égalité de traitement « ne s'applique pas lorsque des salariés qui revendiquent le bénéfice d'un droit ou d'un avantage n'appartiennent pas à l'entreprise au sein de laquelle ce droit ou cet avantage est reconnu en vertu d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur » (Cass. soc., 2 juin 2006, n° 08-44.152, inédit). – V., sur les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, JCP S 2012, 1338, étude E. Jeansen et Y. Pagnerre. – V., par ex., pour une illustration jurisprudentielle, Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-12.043 ; JCP S 2012, 1344, comm. J. Daniel, L. Sébille.

(147) Cass. soc., 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143 ; Bull. civ. 2005, V, n° 185 ; JCP E 2005, 1190, comm. P. Lokiec.

(148) Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 98-40.769 ; Bull. civ. 1999, V, n° 422 ; Dr. soc. 2000, p. 189, chron. G. Couturier. – Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 03-45.422 ; Bull. civ. 2006, V, n° 17 ; JCP G 2006, II, 10055, comm. D. Corrigan-Carsin.

(149) P. Morvan, préc.

(150) La Cour de cassation a également retenu que le principe ne pouvait pas s'appliquer à des salariés d'entreprises distinctes « même si elles relèvent d'une même convention collective » (Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-45.579 ; Bull. civ. 2008, V, n° 175 ; RDT 2008, p. 744, note G. Pignarre).

étrangères à toute discrimination prohibée, la dimension internationale du groupe de sociétés offre une « justification objective et raisonnable » d'une différence de traitement, fondée sur la nationalité. Certes, la Cour de cassation retient que « les modalités de calcul et la répartition de la réserve spéciale de participation entre les salariés bénéficiaires ne peut faire l'objet d'une distinction suivant que les salariés d'une même entreprise travaillent en France ou à l'étranger »⁽¹⁵¹⁾. La cour juge cependant que l'avantage consistant en l'attribution d'un droit d'option sur des actions, conféré à des salariés dont les contrats de travail étaient régis par une loi étrangère, repose « sur une raison objective, étrangère à toute discrimination en raison de la nationalité » dans la mesure où cet avantage constituait « la contrepartie des sacrifices que ces derniers avaient acceptés » dans un plan de restructuration en France et qu'il n'était pas établi qu'un tel plan pouvait concerner des salariés dont les contrats étaient régis par la loi nationale⁽¹⁵²⁾. Peut également constituer une justification objective une prime d'expatriation qui introduit une différenciation entre les salariés français et les salariés étrangers dès lors que cette prime vise « non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international », de sorte que l'avantage dont bénéficiaient les salariés étrangers « reposait sur une raison objective, étrangère à toute discrimination prohibée »⁽¹⁵³⁾.

243. – Le caractère collectif, source d'égalité. En matière de rémunération variable, l'égalité est de mise. Les accords d'intéressement⁽¹⁵⁴⁾, de participation⁽¹⁵⁵⁾ ou les plans d'épargne⁽¹⁵⁶⁾ font du caractère collectif et aléatoire une condition nécessaire à leur validité. Tant au sein d'une même entreprise, qu'au sein d'un même groupe, ne peuvent coexister plusieurs régimes distincts. Toutefois, par exception au principe selon lequel « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement, de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions », le Code du travail admet une condition d'ancienneté (trois mois maximum) dans l'entreprise ou le groupe de sociétés⁽¹⁵⁷⁾.

§ 2. – La nécessité de dispositifs individualisés

244. – Comme pour tout salarié, la rémunération du salarié détaché ou expatrié comprend deux volets : une rémunération de base principalement constituée

(151) Cass. soc., 29 oct. 2002, n° 00-14.787 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 324. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reproche néanmoins aux juges du fond de ne pas avoir appliqué « les accords d'entreprise tels qu'ils avaient été conclus, sous réserve de déclarer non écrite la clause de l'un de ces accords excluant son application aux salariés expatriés et inclure (...) la rémunération de ces derniers dans le calcul du montant de la réserve spéciale de participation ».

(152) Cass. soc., 17 juin 2003, n° 01-41.522 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 195 ; *RJS* 2003, n° 974.

(153) Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.720 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 312 ; *JCP S* 2006, 1276, note M. Picq. La HALDE, dans la même situation, reconnaît en revanche une discrimination (HALDE, délib. n° 2007-282, 22 oct. 2007). La Cour de cassation a malgré tout réaffirmé sa position (V., en ce sens, Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 95 ; *JSL* 2008, n° 234, p. 14, comm. J.-E. Tourreil).

(154) C. trav., art. L. 3312-1 et s.

(155) C. trav., art. L. 3322-1 et s.

(156) C. trav., art. L. 3332-1 et s.

(157) C. trav., art. L. 3342-1.

par le salaire (I) et une rémunération complémentaire constituée par les mesures de protection sociale (II).

I. – L'individualisation de la rémunération de base

245. – Détachement. Le détachement à l'étranger s'apprécie comme une mission temporaire. Le lien contractuel unissant le salarié détaché à son entreprise d'origine étant maintenu, il revient à celle-ci de supporter la rémunération (salaire et accessoires) du salarié. Confier la charge du paiement de celle-ci à l'entreprise utilisatrice fait peser le risque d'une requalification de la relation salarié-détaché-entreprise utilisatrice. Concernant la part variable de la rémunération, le salarié bénéficie de la participation et de l'intéressement dans son entreprise d'origine dès lors que trois conditions sont réunies : le contrat de travail entre le salarié et l'entreprise d'origine est maintenu ; la période de détachement est prise en compte dans la détermination de l'ancienneté ; l'entreprise d'origine s'engage à réintégrer le salarié à l'issue de la période de détachement⁽¹⁵⁸⁾. Concernant la part de la rémunération indexée sur la réalisation d'objectifs, l'employeur ne pouvant juger par lui-même des performances de son salarié en raison du détachement, il revient à l'entreprise utilisatrice de rendre compte de l'activité du salarié à l'entreprise d'origine, sur la base d'éléments d'évaluation objectifs.

246. – Expatriation. La rémunération du salarié expatrié est en principe versée par l'entreprise d'accueil. Toutefois, pour des raisons fiscales, la rémunération pourra être versée par une société française, pour le compte de la société étrangère qui, *in fine*, supporte la charge de la rémunération. Au sein des groupes de sociétés, les salariés expatriés bénéficient de rémunérations fixées par chaque filiale prenant en considération les contraintes fiscales, sociales et de vie locale. Néanmoins, des mesures d'adéquation sont mises en place pour garantir un niveau de rémunération comparable à celui dont bénéficiait le salarié dans sa société d'origine.

247. – Compléments de rémunérations. Le salarié envoyé à l'étranger, pour une durée plus ou moins longue, doit faire face à des dépenses plus ou moins importantes qu'il n'aurait pas rencontrées s'il n'avait pas accepté ce départ. Ainsi, lorsque le détachement n'empêche pas de changement de résidence, au sens fiscal, l'ensemble des frais engagés par le salarié (hôtel, restaurant, etc.) sont pris en charge par l'employeur soit sous forme de remboursement de frais, soit sous forme d'indemnité forfaitaire⁽¹⁵⁹⁾. Il est ainsi possible de verser une prime exonérée de cotisations dès lors qu'elle est destinée à couvrir des frais professionnels.

(158) *Participation des salariés aux fruits de l'expansion*, Documents du Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (CERC), n° 70, 2^e trimestre 1984, 3-1-48. – Position reprise par Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : JO 1^{er} nov. 2005, p. 17179.

(159) Une circulaire ACOSS du 10 octobre 1989 a fixé le principe selon lequel les indemnités de grand déplacement à l'étranger sont exonérées de cotisations sociales pour les salariés du secteur privé dans les limites correspondant aux indemnités journalières des fonctionnaires envoyés temporairement à l'étranger. L'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale (JO 27 déc. 2002, n° 31, p. 21758) prévoit l'exonération, dans certaines limites, des allocations forfaitaires que versent les employeurs à leurs salariés pour les indemniser de certaines dépenses professionnelles ; tel est le cas également des frais liés à la mobilité internationale des salariés.

248. – La prime d’expatriation. La prime d’expatriation est un supplément de rémunération destiné à compenser les sujétions liées à l’éloignement familial ou aux difficultés de travail ou conditions d’emploi dans certains pays. L’article 81-A du Code général des impôts prévoit une exonération fiscale du supplément de rémunération perçu par un salarié, en contrepartie de séjours effectués à l’étranger, dans le cadre de l’activité professionnelle, même s’ils sont de courte durée⁽¹⁶⁰⁾. Seuls les salariés dont la résidence fiscale reste située en France sont toutefois éligibles à cet avantage.

II. – L’individualisation de la protection sociale du salarié

249. – La protection sociale du salarié détaché ou expatrié est principalement régie par des normes internationales, qu’il s’agisse de conventions bilatérales ou de normes européennes. Les normes conventionnelles d’entreprise ou de groupe interviennent également. Elles se contentent souvent d’informer les salariés, concernés par un départ à l’étranger, du statut social dont ils bénéficieront en application de ces textes, même si des accords prévoient certains avantages⁽¹⁶¹⁾.

250. – Détachement. En cas de détachement temporaire, le salarié peut continuer à bénéficier du système de sécurité sociale en vigueur dans son pays d’origine. Tel est le cas pour le salarié détaché temporairement au sein d’un pays membre de l’Union européenne⁽¹⁶²⁾. Un accord collectif peut également prévoir la souscription ou le maintien par l’employeur d’une couverture santé complémentaire auprès d’une compagnie d’assurance, d’une mutuelle ou d’un organisme de prévoyance. La convention collective peut, de même, prévoir certaines dispositions particulières⁽¹⁶³⁾.

251. – Expatriation. L’expatriation véritable entraîne en principe la perte du bénéfice du régime de sécurité applicable⁽¹⁶⁴⁾. Le Code de la sécurité sociale offre toutefois la possibilité au salarié expatrié de conserver une affiliation au régime français en s’inscrivant volontairement auprès de la Caisse des Français de l’étranger (CFE)⁽¹⁶⁵⁾. En cas d’affiliation à la CFE, les dispositions conventionnelles peuvent prévoir le versement d’une prime au salarié afin de compenser le coût que repré-

(160) Les indemnités d’expatriation qui sont destinées à compenser les sujétions et conditions d’existence particulière de la vie à l’étranger, et non à couvrir des frais professionnels, sont soumises à cotisations contrairement aux frais professionnels. Lorsqu’elle est soumise à charges, la prime d’expatriation est incorporée à l’assiette de cotisations sociales au même titre que tout autre élément de salaire. Il n’existe pas d’allègement particulier de charges pour l’employeur. L’article 81-A du Code général des impôts prévoit que les suppléments de rémunération retirés de l’exercice de la profession à l’étranger (majoration de salaires ou de commissions, primes ou indemnités journalières destinées à compenser les sujétions liées à l’éloignement familial ou aux difficultés de travail dans certains pays) ne sont pas imposés sous réserve de respecter les conditions suivantes : être versés en contrepartie de séjours effectués dans l’intérêt exclusif de l’employeur ; être justifiés par un déplacement nécessitant une résidence dans un autre État d’au moins 24 heures ; être déterminés dans leur montant préalablement aux séjours dans un autre État ; être en rapport avec la durée et les lieux des séjours et en rapport avec la rémunération principale du salarié sans en excéder 40 %. Le montant du salaire imposable du salarié mais aussi, et spécifiquement, le montant de la prime d’expatriation doivent être reportés par l’employeur sur la DADS.

(161) V., G. Godard, A. Le Fur et M. Del Sol, *Prévoyance des expatriés et caractère collectif des garanties de protection sociale complémentaire : comment concilier l’inconciliable ?* : JCP S 2012, 1328.

(162) V., en ce sens, les dispositions du règlement n° 883/2004/CE portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

(163) V., par ex., CCN des pâtes alimentaires sèches et du couscous non préparé, Avenant III (ingénieurs et cadres), 3 juill. 1997, art. 4.

(164) CSS, art. L. 762-1 et s.

(165) CSS, art. L. 766-4 et s., R. 766-3 et s., D. 766-1 et s.

sentent les cotisations à la caisse. De plus, l'affiliation à la CFE peut, dans certains cas, conduire à une double cotisation dans la mesure où l'affiliation volontaire à un régime de protection sociale français ne dispense pas des cotisations au régime obligatoire de protection sociale dans le pays d'accueil⁽¹⁶⁶⁾. Dans une vision plus large, la plupart des normes conventionnelles prévoient des dispositions visant à assurer le maintien du niveau de protection sociale dont le salarié bénéficiait dans le cadre national d'origine⁽¹⁶⁷⁾.

(166) V., pour une étude plus complète des conditions d'affiliation à la CFE, Y. Aubry, *Guide pratique et juridique de l'expatriation*, éd. d'Organisation, 3^e éd. 2003, p. 82 et s.

(167) La convention collective nationale des personnels navigants techniques des entreprises de travail aérien et assimilés stipule qu'« en cas de déplacement, de détachement ou d'affectation temporaire, hors du champ d'application géographique du régime général de la sécurité sociale, l'entreprise prend les mesures nécessaires pour que les garanties sociales du régime général ou des régimes complémentaires (régime maladie, accident du travail et vieillesse de la sécurité sociale, CRPNP, ASSEDIC) dont il bénéficie au moment du déplacement, du détachement ou de l'affectation temporaire soient maintenues au navigant ou, en cas d'impossibilité, que lui soient assurées des garanties analogues sans augmentation de taux de la part salariale des charges sociales ».

L'EXTINCTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

252. – L'extinction est « la perte d'un droit venu à expiration » ou « la fin d'une situation juridique »⁽¹⁾. L'extinction constitue ainsi d'abord une action et ensuite un état. Traduisant un mouvement marqué par un point de départ et une ligne d'arrivée, l'extinction est dotée d'une cause et pourvue d'une conséquence⁽²⁾. L'extinction du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique trouve sa cause dans la survenance du motif économique de licenciement et sa conséquence dans l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur avant de procéder à la rupture du contrat.

253. – L'application des règles du licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés présente une particularité liée à la nature même de ces ensembles qui ne correspondent pas à la conception classique de l'entreprise. L'adaptation du droit positif à la situation des groupes est le fruit d'une construction jurisprudentielle permanente. Le groupe devient le théâtre où se joue la définition du motif économique de licenciement (Section 1) et le reclassement du salarié (Section 2).

S E C T I O N 1

LE GROUPE, AIRE DE DÉFINITION DU MOTIF ÉCONOMIQUE

254. – La survenance d'un motif économique de licenciement n'est pas un fait inéluctable. L'anticipation permet d'éviter cette destinée (§ 1). La réalisation du motif économique acte l'échec de cette démarche (§ 2).

§ 1. – L'anticipation du motif économique dans le groupe

255. – Anticiper renvoie à la notion de prévision. Anticiper signifie « devancer » ou « agir avant le temps déterminé ». L'anticipation du motif économique impose

(1) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 9^e éd. 2011.

(2) V., en ce sens, Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse dactyl., Panthéon-Assas, 2008.

la mise en œuvre d'outils visant à devancer sa réalisation. S'ouvrent les canaux de la négociation (I) ou du volontariat (II).

I. – L'anticipation par la négociation

256. – De la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, dite de programmation de la cohésion sociale⁽³⁾, est né l'article L. 2242-15 du Code du travail porteur d'une obligation triennale de négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)⁽⁴⁾. Synonyme d'anticipation, traduite comme « l'opinion formée par le raisonnement sur les choses futures »⁽⁵⁾, la GPEC est d'abord un outil de gestion. Elle est un ensemble de « pratiques qui visent à concevoir et à mettre en œuvre des actions préventives permettant d'anticiper des problèmes d'ajustement quantitatif des emplois et des compétences, à la fois sur le plan individuel et collectif, et face à des contraintes internes et externes à l'organisation »⁽⁶⁾. Mais au stade de sa réalisation, la GPEC acquiert une dimension juridique. Elle est l'objet d'une négociation collective obligatoire (A). L'exigence d'anticipation sur les évolutions de l'entreprise ou du groupe et la prise en compte des conséquences de ces mutations sur l'emploi⁽⁷⁾ conduisent à faire de la GPEC un outil d'anticipation en matière de licenciement pour motif économique (B).

A. – Le recours à la GPEC de groupe

257. – L'article L. 2242-15 du Code du travail impose la tenue d'une négociation tous les trois ans sur la GPEC⁽⁸⁾. L'initiative de la négociation doit être prise par

(3) JO 19 janv. 2005, p. 864.

(4) La GPEC peut être définie comme « la conception, la mise en œuvre et le suivi de politiques et plans d'actions cohérents visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en terme d'effectifs et de compétences), en fonction de son plan stratégique (ou du moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés) et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle » (D. Thierry et C. Saurret, *La gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, L'Harmattan, Paris, 1993, p. 23). – V., également, A. Martinon, *La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* : Dr. soc. 2011, p. 613. V., sur les concepts de branche de territoire et de GPEC, L. Dauxerre, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. Martinon, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 4.

(5) Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, p. 2020.

(6) C. Defélix, M. Dubois et D. Retour, « GPEC : une gestion prévisionnelle en crise », *GRH face à la crise : GRH en crise ?*, Presses HEC, Montréal, 1997.

(7) La loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion (JO 8 août 1989, p. 9954) imposait que l'information annuelle du comité d'entreprise porte notamment sur « l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise » et sur les « prévisions » en matière « de prévention et de formation ». L'article L. 2323-56 du Code du travail prévoit la consultation du comité sur « les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions » au regard des « conséquences de l'évolution économique ou technologique ». Le comité de groupe doit également être consulté sur ces points (C. trav., art. L. 2332-1).

(8) L'absence de consultation du comité d'entreprise et du comité de groupe est constitutive d'un délit d'entrave, tel que prévu par l'article L. 2328-1 du Code du travail. La chambre criminelle de la Cour de cassation retient que les sanctions pénales prévues en matière de négociation annuelle obligatoire ne sont pas applicables à l'obligation triennale de négocier sur la GPEC. La cour rend sa décision au visa de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 111-3 du Code pénal, desquels il résulte que nul ne peut être puni pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi et par une peine qu'elle ne prévoit pas. En l'espèce, le gérant d'une société a été poursuivi pour s'être soustrait à l'obligation triennale de négociation de la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, et de la prévention des conséquences des mutations économiques. La décision disant le délit caractérisé encourt la cassation dès lors que la violation par l'employeur de son obligation de négociation triennale n'est pas expressément incriminée par les articles L. 2243-1 et L. 2243-2 du Code du travail et qu'elle ne peut être réprimée sur le fondement de ces textes, qui punissent uniquement la violation de l'obligation annuelle de négociation, prévue à l'article L. 2242-1 du Code du travail (Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-83.902 : *JurisData* n° 2010-025688 ; *JCP S* 2011, 1226, obs. A. Stocki).

« l'employeur ». Il appartient en pratique au chef d'entreprise ou au représentant de l'entreprise dominante de prendre l'initiative de convoquer les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou le groupe. Le niveau de négociation n'est pas anodin au regard de l'efficacité du résultat (1°). La négociation peut aboutir à des résultats multiples, aux effets différents (2°).

1° Niveau de négociation

258. – Le groupe. Le niveau du groupe apparaît pertinent dans la mesure où la stratégie globale de développement y est définie. Cette priorité accordée au groupe est d'ailleurs suggérée par le Code du travail. Après avoir rappelé à l'article L. 2242-15 que l'obligation de négociation concernait les entreprises et les groupes d'entreprises, l'article L. 2242-18 dispose que « si un accord de groupe est conclu (...), les entreprises comprises dans le périmètre de l'accord de groupe sont réputées avoir satisfait aux obligations de négocier prévues par [l'article L. 2242-15 du Code du travail] ». Il est difficile de ne pas y voir une invitation à commencer par le groupe avant d'en venir, le cas échéant, à l'entreprise⁽⁹⁾.

259. – La négociation de la GPEC doit se faire conformément aux règles de droit commun des accords de groupe. Ainsi, elle pourra ne concerner qu'une partie du groupe. Cette possibilité est ouverte par le législateur puisque ne sont exonérées de l'obligation de négociation que « les entreprises comprises dans le périmètre de l'accord de groupe »⁽¹⁰⁾. Néanmoins, la condition d'effectif de trois cents salariés posée par les textes⁽¹¹⁾ conduit à encadrer le découpage éventuellement opéré. Celui-ci ne peut avoir pour résultat « d'exclure du champ de la négociation obligatoire une ou des entreprises qui, par le jeu d'une négociation valant pour l'ensemble du groupe, en aurait bénéficié »⁽¹²⁾. Tel serait le cas si le découpage excluait une entreprise de moins de trois cents salariés. En revanche, rien n'interdit d'écarter du champ de la négociation une entreprise occupant au moins trois cents salariés. Celle-ci engagera une négociation « interne » débouchant sur la conclusion d'un accord d'entreprise.

260. – L'entreprise. La négociation de groupe, si elle est un succès, aboutit à la conclusion d'un accord de groupe. Cet accord peut dispenser les entreprises entrant dans son champ d'application de négociations sur la GPEC. Mais ce n'est qu'une possibilité qui leur est offerte. En effet, rien n'interdit à ces entreprises d'engager une négociation. Ceci n'est toutefois envisageable que dans l'hypothèse où l'accord de groupe n'est qu'un accord-cadre qui laisse aux entreprises entrant dans son champ d'application le soin de conclure des accords d'adaptation. Chaque entreprise assure ainsi une meilleure efficacité à la GPEC en prenant en compte ses spécificités. L'accord de groupe n'est là que pour fixer les lignes directrices du projet. Le groupe peut également décider de laisser aux entreprises qui le composent le soin de s'emparer de ce thème de négociation. Néanmoins, qu'elle résulte de l'échec

(9) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 1178.

(10) C. trav., art. L. 2242-18.

(11) C. trav., art. L. 2242-15. – Les seuils d'effectifs s'apprécient soit au niveau de l'entreprise (peu important le découpage en établissements distincts) ou du groupe en son entier.

(12) B. Teyssié, préc., n° 1181.

de la négociation de groupe ou de la volonté délibérée de la direction centrale du groupe de ne pas conduire une telle négociation, la négociation d'entreprise apparaît pertinente en ce qu'elle permet de « tenir compte des spécificités de chacune des entreprises qui composent le groupe »⁽¹³⁾.

2° Thèmes de la négociation

261. – La négociation engagée au titre de l'article L. 2242-15 du Code du travail doit se déployer sur deux terrains : celui de la méthode, s'agissant des « modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires » ; celui du fond, s'agissant de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et des mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées.

262. – **Méthode.** La négociation porte en premier lieu sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ou de groupe⁽¹⁴⁾. Les modalités conventionnelles doivent respecter les règles impératives gouvernant les procédures d'information et de consultation des instances concernées. Elle porte sur « la stratégie de l'entreprise » ou du groupe et ses conséquences pour chacune des entreprises qui le composent⁽¹⁵⁾. Cette formulation fait référence aux projets de développement de l'entreprise ou du groupe, telles la création ou la réorganisation des activités ou des implantations⁽¹⁶⁾. De même, doivent être évoqués « les effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ». L'évocation des effets de la stratégie s'impose ; ceux-ci sont au cœur de la notion de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

263. – **Fond.** Évoquer les conséquences sur l'emploi de la stratégie de l'entreprise ou du groupe conduit à négocier sur « les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés »⁽¹⁷⁾. Il s'agit de traiter de la « sécurisation » des parcours professionnels⁽¹⁸⁾, de mettre en adéquation les ressources humaines avec les impératifs de réalisation du projet⁽¹⁹⁾.

(13) A. Gourniac : JO Sénat CR, 6 nov. 2004, p. 7710.

(14) La seule référence au « comité d'entreprise » dans le texte de l'article ne doit pas faire l'objet d'interprétation hasardeuse. La négociation doit bien être menée au niveau de la mise en œuvre de l'accord, qu'il s'agisse de l'entreprise monocellulaire (comité d'entreprise), de l'entreprise divisée en établissements distincts (comité central) ou du groupe (comité de groupe).

(15) À titre d'exemple, l'accord dit « d'anticipation, développement des compétences et progression professionnelle » du groupe SFR du 12 octobre 2006, évoque dans une rubrique intitulée « Partage sur la stratégie de l'entreprise à trois ans » les modalités d'information et de consultation du comité central sur la stratégie du groupe SFR. Sont communiqués aux partenaires sociaux par la direction du groupe, « les différents objectifs de l'entreprise et sa vision de l'avenir à trois ans ».

(16) B. Teyssié, préc., n° 1195.

(17) C. trav., art. L. 2242-15, 2°.

(18) La mobilité professionnelle en est un gage de réussite. « Il s'agit d'assurer une certaine fluidité du personnel : l'accord peut organiser une mobilité à l'intérieur de l'entreprise, du groupe facilitée par la mise en place d'un dispositif de mission interne et d'une période d'adaptation, par l'octroi de primes et aides financières, par un effort important en matière de formation (...). Il peut aussi s'agir d'une mobilité à l'extérieur de l'entreprise, voire du groupe » (F. Favennec-Héry, *La GPEC : l'environnement juridique* : Dr. soc. 2007, p. 1068).

(19) Cette obligation n'est pas nouvelle. L'article L. 2323-56 du Code du travail issu de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 impose déjà une obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise sur « les prévisions annuelles ou pluriannuelles » relatives à l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise, et « les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévi-

B. – L'application d'une GPEC de groupe

264. – Sous l'influence de la Commission européenne, qui incite à anticiper le phénomène des restructurations⁽²⁰⁾, le droit du travail est passé d'une gestion de crise à une gestion de l'emploi⁽²¹⁾. Les obligations de l'employeur en termes d'adaptation des salariés à leur poste de travail⁽²²⁾ fait émerger à sa charge un devoir général d'assurer « l'employabilité » de son personnel. Les partenaires sociaux se sont saisis très tôt de cette thématique. L'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi précise dans son préambule que les parties signataires (CNPF, CGPME, CGT, CFDT, FO, CFE-CGC, CFTC) « sont convaincues qu'une politique active de l'emploi s'impose dans une économie en mouvement » et que « les entreprises doivent jouer leur rôle dans cette politique de sécurité de l'emploi. Dans tous les cas elles doivent s'efforcer de faire des prévisions de façon à établir les bases d'une politique de l'emploi ». Partant de ce constat, les mesures de licenciement pour motif économique seraient une décision ultime en ce qu'elles matérialiseraient l'échec des mesures d'adaptation. La Cour de cassation a été interrogée sur l'impact des mesures de gestion du personnel, telle la GPEC, sur l'application du droit des licenciements pour motif économique⁽²³⁾. D'aucuns ont ainsi pu considérer que l'absence de négociation sur l'évolution des emplois prive le comité d'entreprise ou de groupe d'une certaine visibilité sur la situation qu'ils doivent apprécier. L'irrégularité de la procédure d'information et de consultation en matière économique, la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi ou même l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement pourraient être la conséquence directe de l'irrespect par l'employeur de l'article L. 2242-15 du Code du travail. L'identification du lien entre la GPEC et le droit de la rupture pour motif économique du contrat de travail (1°) permet de maintenir la GPEC dans son état d'outil d'anticipation des difficultés économiques futures et non pas de l'ériger en condition de mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour motif économique (2°).

sions, particulièrement au bénéfice de salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification les exposant, plus que d'autres, aux conséquences de l'évolution économique ou technologique ». – V., B. Teysié, préc., n° 1198.

(20) « Il importe de renforcer le dialogue social et les relations de confiance au sein de l'entreprise afin de favoriser l'anticipation des risques, de rendre l'organisation du travail plus flexible et de faciliter l'accès des travailleurs à la formation au sein de l'entreprise tout en préservant la sécurité, de sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation, d'accroître la disponibilité des travailleurs pour qu'ils s'engagent dans des mesures et des actions visant à renforcer leur capacité d'insertion professionnelle, de promouvoir l'association des travailleurs à la marche et à l'avenir de l'entreprise et de renforcer la compétitivité de celle-ci » (Dir. n° 2002/14/CE, 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, consid. 7 : *JOCÉ* n° L 80, 23 mars 2002, p. 29).

(21) « La finalité de la GPEC est d'anticiper les évolutions prévisibles des emplois et des métiers, des compétences et des qualifications, liées aux mutations économiques, démographiques et technologiques prévisibles, au regard des stratégies des entreprises, pour permettre à celles-ci de renforcer leur dynamisme et leur compétitivité et aux salariés de disposer des informations et des outils dont ils ont besoin pour être les acteurs de leur parcours professionnel au sein de l'entreprise ou dans le cadre d'une mobilité externe » (ANI 14 nov. 2008 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, préambule).

(22) « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations » (C. trav., art. L. 6321, al. 1^{er} et 2).

(23) V., notamment, Cass. soc., 10 avr. 1991, n° 89-18.485 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 179 ; *Dr. soc.* 1991, p. 515.

1° Identification du lien entre GPEC et droit de la rupture du contrat de travail

265. – Si la loi n'envisage pas expressément un lien entre la GPEC et la rupture du contrat de travail (a), la jurisprudence a pu retenir qu'une démarche anticipatrice puisse fonder des licenciements pour motif économique afin d'assurer la compétitivité de l'entreprise (b).

a) Identification légale

266. – Le lien entre la GPEC et la rupture du contrat de travail, à défaut d'être expressément prévu par les textes, se matérialise dans diverses dispositions légales. À titre d'exemples, peuvent être cités l'article L. 2242-16 du Code du travail, qui permet de traiter des catégories d'emplois menacées par les évolutions économiques ou technologiques⁽²⁴⁾, ou l'article L. 1233-77 du même code, qui précise que le congé de mobilité peut être proposé au salarié par l'employeur qui a conclu un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. De même, la loi du 18 janvier 2005 décide que l'accord de GPEC peut porter sur des thématiques susceptibles d'être inscrites dans un accord de méthode⁽²⁵⁾, c'est-à-dire les modalités procédurales d'information des instances représentatives du personnel en cas de projet de licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours ainsi que les conditions d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Dès lors, « dans la loi, la gestion prévisionnelle et le licenciement pour motif économique ne sont pas antinomiques »⁽²⁶⁾.

267. – La démarche de GPEC suppose la mise en œuvre d'actions dont la finalité première est de pallier l'inadaptation des salariés aux nouvelles exigences de l'activité professionnelle, en termes de volume, d'affectation ou de formation des effectifs. La gestion prévisionnelle vise à éviter que l'employeur ne soit contraint d'envisager la rupture du contrat de travail. Lorsque la jurisprudence a imposé le devoir d'adaptation à la charge de l'employeur à l'issue du contentieux *Expovit*⁽²⁷⁾, il s'agissait de sanctionner un employeur ayant licencié un salarié pour motif économique sans lui avoir, au préalable, permis de développer ses compétences (ce qui aurait permis son reclassement). Aujourd'hui codifiée aux articles L. 6321-1 et sui-

(24) Le décret n° 2007-603 du 25 avril 2007, pris pour l'application du II de l'article L. 320-2 (ancien) du Code du travail (JO 27 avr. 2007, p. 7493), précisait les conditions d'exonération des indemnités de départ volontaire versées dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle relatif aux emplois, notamment à ceux menacés. La loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 (JO 30 déc. 2010, p. 23033) a supprimé ce régime fiscal et social de faveur (art. 199). Les indemnités de rupture versées dans le cadre d'un accord de GPEC devenant imposables à l'impôt sur le revenu sont désormais assujetties, dès le premier euro, à cotisations sociales, CSG et CRDS. – V., pour le régime social des indemnités de rupture du contrat de travail, tel qu'issu de la loi de finances de 2011 et de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 (JO 21 déc. 2010, p. 22409), Circ. DSS/SD5B/2011/145, 14 avr. 2011, relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de sécurité sociale des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ou de la cessation forcée des fonctions de mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 *ter* du Code général des impôts. – M. Douadaoui, *Le nouveau régime social des indemnités de rupture du contrat de travail* : JCP S 2011, 1089.

(25) C. trav., art. L. 2242-16.

(26) F. Héas, *Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* : JCP S 2008, 1300.

(27) Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 : Bull. civ. 1992, V, n° 122 ; JCP G 1992, IV, 1243 ; D. 1992, inf. rap. p. 108. – Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-40.950 : Bull. civ. 2007, V, n° 171 ; RJS 2008, n° 3. – Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40.914 : RJS 2010, n° 398. – Cass. soc., 16 mars 2011, n° 09-69.960, inédit.

vants du Code du travail, l'obligation de veiller au maintien de « l'employabilité » des salariés se présente comme un avatar de la GPEC.

b) Identification jurisprudentielle

268. – La jurisprudence a également bâti des ponts entre les notions de GPEC et de licenciement. Dans un arrêt du 10 avril 1991, la Cour de cassation retient que si l'employeur propose des mesures de départs anticipés et de départs volontaires dans le but de supprimer des emplois, « une telle opération de gestion du personnel » doit s'analyser en un licenciement pour motif économique⁽²⁸⁾. Dans un arrêt du 12 janvier 1999, la cour adopte une position quelque peu différente. En l'espèce, un employeur avait élaboré un projet de réduction des effectifs sur la base du volontariat, donc sans licenciement. Les représentants du personnel (le comité d'établissement) estimaient devoir être consultés sur le projet au titre de la réglementation relative au licenciement collectif pour motif économique. La cour retient que « le projet qui consiste à rechercher parmi les salariés ceux qui seraient candidats à des mesures n'entraînant pas la rupture du contrat de travail, telles que temps partiel indemnisé, congé sans solde indemnisé, préretraite progressive, mise en disponibilité, constitue une mesure de gestion prévisionnelle du personnel qui ne donne lieu qu'à la consultation prévue à l'article [L. 2323-6] du Code du travail »⁽²⁹⁾. La GPEC est ici exclusive du licenciement⁽³⁰⁾.

269. – La jurisprudence *Pages Jaunes* du 11 janvier 2006 renoue, en revanche, avec la position de la Cour de cassation exprimée dans son arrêt de 1991 qui assimilait des mesures anticipatrices de gestion du personnel à un licenciement collectif⁽³¹⁾. La cour retient qu'une réorganisation de l'entreprise peut constituer un motif économique de licenciement dès lors qu'il s'agit par ce biais de prévenir des difficultés économiques futures⁽³²⁾. Les mesures mises en œuvre par l'employeur ne visaient qu'à anticiper des difficultés économiques prévisibles en adaptant les effectifs « à l'évolution de son marché dans les meilleurs conditions ». Si cette démarche préventive peut s'analyser en une action de gestion prévisionnelle des emplois et des

(28) « Et attendu que, si le CEPME a choisi de privilégier les départs volontaires, qui peuvent être valablement négociés en vue de parvenir à la résiliation du contrat de travail d'un commun accord, le plan social qu'il a établi tendait à la suppression de quatre cents emplois, au besoin par la voie du licenciement ; que la cour d'appel a, dès lors, décidé à bon droit que cette opération de gestion du personnel, tendant, pour un motif économique, à la suppression de nombreux emplois s'analysait en un projet de licenciement collectif et était soumise aux dispositions des articles L. 321-1 et suivants du Code du travail » (Cass. soc., 10 avr. 1991, n° 89-18.485 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 179 ; *JCP E* 1991, II, 188, note F. Taquet ; *D.* 1991, inf. rap. p. 131).

(29) Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 97-12.962 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 17.

(30) V., également, dans le même sens, Cass. soc., 12 juill. 2004, n° 02-19.175, inédit : « Attendu, enfin, qu'ayant fait ressortir que la réduction d'effectif envisagée ne devait se réaliser, selon le plan social, qu'au moyen d'accords de rupture négociés conclus avec les seuls salariés souhaitant quitter volontairement l'entreprise, à l'exclusion de tout licenciement économique, la cour d'appel en a déduit à bon droit, que l'employeur qui n'envisageait pas de prononcer des licenciements pour motif économique n'était alors pas tenu de consulter le comité d'entreprise sur des critères d'ordre des licenciements ».

(31) Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 10 ; *JCP S* 2006, 1076, note F. Favennec-Héry ; *Dr. soc.* 2006, 138, obs. J.-E. Ray.

(32) Cette position a été reprise dans un arrêt *Dunlop* (Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-40.656 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 349 ; *JSL* 2007, n° 203, p. 11) : « La nouvelle organisation mise en place qui procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe dont elle relevait », fondant ainsi les licenciements prononcés.

compétences, celle-ci peut donc impliquer des licenciements pour motif économique, c'est-à-dire entraîner la rupture du contrat de travail.

2° Portée du lien entre GPEC et droit de la rupture du contrat de travail

270. – Les liens tissés entre la GPEC et le licenciement pour motif économique ont fait l'objet d'un vaste contentieux. Les comités d'entreprise éprouvent souvent la tentation de remettre en cause la régularité de leur consultation sur le fondement du défaut de consultation sur l'évolution des emplois et des compétences. Ces prétentions soulèvent une question fondamentale : la mise en œuvre de l'obligation de négocier sur la GPEC est-elle un préalable nécessaire à la régularité de la procédure de consultation des instances représentatives du personnel sur un projet de licenciement pour motif économique ? Trois séries de remarques s'imposent quant à la régularité de la procédure de consultation des instances représentatives du personnel, à la cause réelle et sérieuse du licenciement et à la validité du plan de sauvegarde de l'emploi. À l'étude du fond (a) succède celle de la procédure (b).

a) Le fond

271. – **Motifs du licenciement.** L'article L. 1233-4 du Code du travail prévoit que le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque « tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés ». Faute d'accord de GPEC, le licenciement serait-il dépourvu de cause réelle et sérieuse ? Répondre par l'affirmative ne serait possible que dans l'hypothèse où la cause du licenciement résiderait dans la seule inadaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. En revanche, lorsque le licenciement est lié à une autre raison, telles des mutations technologiques ou des difficultés soudaines, l'argument est difficilement soutenable⁽³³⁾. De plus, dans un groupe de sociétés, comment apprécier les efforts de formation et d'adaptation ? L'accord de groupe de GPEC peut-il prévoir les modalités de mise en place de chaque société prise dans sa singularité ? Ce serait rendre obligatoire la conclusion d'un accord d'adaptation dans chaque entreprise du groupe.

272. – **Légitimité du licenciement.** Sur le terrain du motif, GPEC et licenciement pour motif économique s'éloignent. Sur le terrain de la légitimité du motif économique, des arguments peuvent en revanche être défendus. La GPEC peut être un outil participant au maintien de la compétitivité de l'entreprise ou du groupe, donc, dans certaines circonstances, participer du motif économique du licenciement. La Cour de cassation, dans le communiqué qui a suivi l'arrêt *Pages Jaunes* du 11 janvier 2006, s'est interrogée dans les termes suivants : « On peut par ailleurs se demander si dans les entreprises où l'article L. 320-2 du Code du travail [ancien] s'applique, la nouvelle obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences et les mesures d'accompagnement susceptibles d'y être associées ainsi que sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires, ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des licenciements

(33) F. Favennec-Héry, *Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1291, p. 3.

économiques qui interviendraient par la suite notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défailante ». Certes, en aucun cas l'insuffisance ou l'inexistence d'actions de GPEC ne devrait pouvoir constituer un obstacle formel à la mise en œuvre de licenciements pour motif économique. Néanmoins, le motif des licenciements devrait pouvoir être apprécié en tenant compte des efforts d'anticipation et de prévention (lorsqu'ils peuvent être coordonnés avec le motif économique) accomplis par l'employeur pour maintenir le niveau d'emplois. À ce titre, lorsqu'un licenciement collectif pour motif économique est susceptible d'affecter l'équilibre d'un bassin d'emploi, l'employeur doit envisager des mesures de création d'activités nouvelles et de développement des emplois afin de limiter les effets des licenciements. La convention conclue entre l'employeur et le préfet dans le cadre de cette obligation de revitalisation⁽³⁴⁾ des bassins d'emplois « tient compte des actions (...) mises en place par anticipation dans le cadre d'un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences »⁽³⁵⁾.

b) La procédure

273. – Balbutiements. Dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, les partenaires sociaux ont retenu qu'« en tant que démarche globale d'anticipation, la GPEC doit être entièrement dissociée de la gestion des procédures de licenciements collectifs et des PSE »⁽³⁶⁾. La jurisprudence a confirmé cette position. Dans un premier arrêt du 24 juin 2008⁽³⁷⁾, la Cour de cassation considère que la procédure de licenciement ayant été amorcée avant le 19 janvier 2008, il ne pouvait être reproché à l'employeur de ne pas avoir négocié sur la GPEC avant la mise en œuvre de la procédure de licenciement. Toutefois, dans cette affaire la Cour de cassation est surtout partie du principe que la loi du 18 janvier 2005 ayant créé une obligation triennale de négociation à compter de la date de promulgation de la loi, c'est à l'échéance du terme imparti par le législateur (le 19 janvier 2008) que l'obligation de négocier devenait exigible et pouvait être sanctionnée⁽³⁸⁾.

274. – Affirmation. En revanche, dans un arrêt du 30 septembre 2009, la Cour de cassation se montre beaucoup plus ferme. Elle exclut clairement la possibilité de contester la régularité de la procédure de licenciement collectif sur le fondement de l'absence de mise en œuvre préalable de l'obligation de négocier sur la GPEC⁽³⁹⁾. Elle énonce que « la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation (...) d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences imposée par

(34) V., sur le dispositif de l'obligation de revitalisation, Circ. DGEFP/DGCIS/DATARD, n° 2012-14, 12 juill. 2012.

(35) C. trav., art. L. 1233-85.

(36) ANI 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 9 : « Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ».

(37) Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11.411 ; *Bull. civ.* 2008, V, n° 140 ; *RDT* 2008, p. 666, note A. Fabre.

(38) V., sur les sanctions de la GPEC, F. Neau-Leduc, *Les sanctions de la GPEC : Dr. soc.* 2007, p. 1081.

(39) En l'espèce, la procédure de licenciement avait été engagée avant le 19 janvier 2008. Néanmoins, la Cour de cassation ne fait aucunement référence au délai de trois ans. Cette absence de référence temporelle laisse à penser que sa décision s'applique à toutes les procédures, qu'elles aient été initiées avant ou après le 19 janvier 2008.

l'article L. 2242-15 du Code du travail ». Dans un groupe de sociétés, la régularité de la procédure d'information du comité de groupe ne pourrait, à notre sens, être contestée en raison de l'absence de négociation de groupe sur la GPEC. La négociation de groupe, si elle peut être suscitée ou apparaître pertinente, n'est pas une obligation. L'action d'un comité d'entreprise d'une société concernée par un projet de réorganisation fondée sur l'absence de négociation de groupe, de même que l'action du comité de groupe fondée sur l'absence de négociation engagée dans les entreprises concernées, doivent être considérées comme irrecevables.

275. – Analyse textuelle. Si l'on analyse la place de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans le Code du travail, on constate que depuis la recodification elle est détachée des dispositions relatives au licenciement pour motif économique⁽⁴⁰⁾ et a intégré un titre relatif à la négociation obligatoire. Ce transfert témoigne vraisemblablement de la volonté du législateur de faire entrer plus explicitement la GPEC dans le champ du dialogue social. La GPEC s'inscrit désormais davantage dans « une logique organisationnelle, par définition éloignée des procédures imposées en cas de crise dans l'entreprise ou dans le groupe, tel le recours à un licenciement collectif »⁽⁴¹⁾. Le lien unissant la GPEC et le licenciement pour motif économique s'en trouve nécessairement affaibli⁽⁴²⁾.

276. – L'article L. 2242-15, 2°, du Code du travail décide que l'accord de mise en place d'un dispositif de GPEC prévoit « les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées ». L'obligation de formation et d'adaptation avant tout licenciement pour motif économique inscrite à l'article L. 1233-4 du Code du travail ne recouvre-t-elle pas la même réalité ? Deux obstacles s'opposent à la connexité des deux démarches.

277. – Obstacle temporel. La GPEC vise nécessairement des situations prévisibles et de moyen terme. Elle s'inscrit dans une logique d'anticipation des problématiques d'emploi, sur plusieurs mois et dans un cycle triennal. Le PSE s'apprécie à un instant donné et vise à éviter les licenciements liés à des difficultés ponctuelles. De plus, si la validité du PSE était liée à l'existence d'un accord de GPEC, cela supposerait une obligation de conclusion à la charge de l'employeur. Or, il n'existe qu'une obligation d'engager des négociations. Les deux démarches ne se situent pas sur le même plan temporel.

278. – Obstacle matériel. La GPEC ne conduit pas nécessairement à des situations de rupture des contrats de travail. La démarche de prévention des licenciements et d'adaptation des compétences peut être mise en œuvre sans que le volume de l'emploi en soit nécessairement affecté. En revanche, le PSE affecte nécessairement le volume d'emploi dans le champ de sa mise en œuvre. L'inter-

(40) La GPEC faisait l'objet d'un chapitre préliminaire dans le Titre II (« Emploi ») du Livre troisième (« Placement et emploi »). Elle était située juste avant le chapitre 1^{er} intitulé « Licenciement pour motif économique ». Elle est désormais l'objet d'une sous-section dans le chapitre II (« Négociation obligatoire en entreprise ») du Titre IV (« Domaines et périodicité de la négociation obligatoire ») du Livre II (« La négociation collective, les conventions et accords collectifs de travail ») de la Deuxième partie relative aux relations collectives de travail.

(41) F. Héas, préc.

(42) V., G. Bélier, *Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique* : RDT 2007, p. 284.

action entre l'obligation de négocier un accord de GPEC et la validité du plan de sauvegarde de l'emploi peut se heurter à des différences de niveau. L'accord de GPEC peut être conclu au niveau du groupe alors que le PSE est élaboré au niveau de l'entreprise⁽⁴³⁾.

279. – Dans leurs contenus respectifs, l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et le plan de sauvegarde de l'emploi diffèrent. Bien que les deux dispositifs visent à éviter les licenciements, les modalités ne sont pas les mêmes (l'accompagnement de la mobilité géographique et professionnelle prévue dans un accord de gestion prévisionnelle se distingue des offres de reclassement contenues dans un plan de sauvegarde de l'emploi). Un dénominateur commun peut néanmoins, le cas échéant, être identifié : le plan de départ volontaire.

II. – L'anticipation par le volontariat

280. – L'anticipation du motif économique dans le groupe conduit à devancer des licenciements inéluctables, que ce soit au nom de difficultés économiques, de mutations technologiques ou de la nécessaire sauvegarde de la compétitivité du groupe (plus précisément, en général d'un secteur d'activité du groupe). Si la GPEC constitue un outil d'adaptation à moyen terme, le plan de départs volontaires permet une réponse ponctuelle face à un motif économique naissant.

281. – **Plan de départs volontaires.** En partant à la recherche du plan de départs volontaires dans le Code du travail, on aboutit à un constat édifiant : nul article ne prévoit son régime juridique. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2007⁽⁴⁴⁾ avait introduit un II à l'article L. 320-2 ancien du Code du travail [L. 2242-17] qui prévoyait le régime fiscal et social des indemnités de « départ volontaire » versées en application d'un accord de GPEC. Les indemnités prévues bénéficiaient d'un régime fiscal et social calqué, pour l'essentiel, sur celui applicable aux indemnités de rupture versées en application d'un plan de sauvegarde de l'emploi. La loi de finances pour 2011 a toutefois supprimé l'article L. 2242-17 du Code du travail. De même, l'article L. 1237-16 du Code du travail, issu de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail⁽⁴⁵⁾, a exclu du régime de la rupture conventionnelle les départs volontaires conclus dans le cadre des accords de GPEC. Le droit du travail français fait ainsi coexister deux régimes juridiques distincts dans lesquels peuvent s'inscrire les plans de départ volontaire.

282. – **Départ volontaire et GPEC.** La réunion de trois conditions est nécessaire à la validité d'un départ volontaire dans le cadre de la GPEC. Un accord de GPEC doit être signé⁽⁴⁶⁾. Cet accord doit identifier les « emplois menacés par

(43) À ces difficultés factuelles, doit être ajouté un argument textuel. La seule subordination de la validité d'un PSE à la conclusion d'un accord collectif réside dans le furtif amendement « Michelin » qui conditionnait la validité du PSE à la conclusion d'un accord de réduction du temps de travail. Introduit par l'article 96 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (L. n° 2002-73 : JO 18 janv. 2002, p. 1008), il fut abrogé par l'article 71 de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005. Une telle disposition légale, même lacunaire, n'existe pas concernant l'article L. 2242-15 du Code du travail.

(44) L. n° 2006-1640, 21 déc. 2006 : JO 22 déc. 2006, p. 19315.

(45) L. n° 2008-596, préc., art. 5.

(46) C. trav., art. L. 2242-15.

évolutions économiques ou technologiques »⁽⁴⁷⁾, sous le contrôle du préfet⁽⁴⁸⁾. Enfin, le salarié doit, à la date de la rupture du contrat, avoir retrouvé auprès d'un nouvel employeur un emploi stable⁽⁴⁹⁾. Le second alinéa de l'article D. 2241-5 du Code du travail apporte une précision : le contrat de travail ne peut être conclu ni avec l'entreprise initiale ni avec une entreprise du groupe auquel elle appartient. Il en est de même en cas de mise à disposition dans le cadre du contrat de travail temporaire. L'entreprise d'accueil ne peut être l'entreprise d'origine ou une entreprise du groupe auquel elle appartient⁽⁵⁰⁾. Cette condition est surprenante et apparaît devoir être remise en question par la suppression du régime social et fiscal de faveur introduit par la loi de finances de 2011. Cette disposition était, semble-t-il, justifiée par la volonté du législateur de ne pas contourner les règles imposant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Celui-ci serait vidé de sa substance si un accord de GPEC accordait les mêmes avantages en matière de reclassement. Si, en effet, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, un salarié accepte un poste de reclassement dans une autre entreprise du groupe, il n'a pas droit aux indemnités de rupture de son contrat de travail initial⁽⁵¹⁾. En revanche, le salarié qui, dans le cadre d'un plan de départ volontaire intégré à un accord de GPEC, serait « reclassé » sur le même emploi, bénéficierait d'indemnités de départ volontaire. Deux remarques s'imposent. D'une part, le second alinéa de l'article D. 2241-5 du Code du travail n'ayant pas été modifié par la loi de finances de 2011, ce hiatus juridique permettrait, à notre sens, de considérer que la condition posée par l'article visé tomberait *de facto* en désuétude. Le salarié pourrait ainsi valablement conclure un nouveau contrat de travail avec une autre entreprise appartenant au même groupe. D'autre part, l'ancienne obligation découlait d'une vision défaitiste des accords de GPEC. Ceux-ci ne seraient que des préalables à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

283. – Autonomie des plans de départs volontaires. Le plan de départs volontaires⁽⁵²⁾, s'il a nécessairement pour finalité une réduction des effectifs, peut

(47) C. trav., art. L. 2242-16.

(48) C. trav., art. D. 2241-4. – La circulaire DGEFP n° 2007-15 du 7 mai 2007, relative à l'anticipation des mutations économiques et au développement de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (BO Travail 2007/6, 30 juin 2007), précise (fiche n° 2, pt 3) : « Le préfet peut, dans le mois qui suit la réception de l'accord par ses services, demander à l'entreprise de lui fournir des éléments complémentaires permettant d'éclairer la qualification d'emploi menacé. Si dans le délai d'un mois après la demande du préfet, l'entreprise n'a pas fourni les éléments demandés ou si le préfet juge que les éléments transmis ne sont pas suffisants, il peut s'opposer à cette qualification, soit pour tous les emplois définis comme menacés, soit pour certaines catégories d'entre eux. Le préfet de département s'appuie sur des éléments objectifs. (...) En cas de silence du préfet, la qualification d'emploi menacé est réputée fondée. Il peut être fait une réponse positive à l'entreprise sans attendre le délai d'un mois. La décision du préfet est susceptible de faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès du ministre chargé de l'emploi dans les deux mois suivant la décision implicite ou explicite et/ou d'un recours contentieux auprès du tribunal administratif territorialement compétent dans les deux mois de la décision ou dans les deux mois du rejet du recours hiérarchique ».

(49) L'emploi est qualifié de stable « lorsque le salarié dont le contrat est rompu a conclu avec un nouvel employeur un contrat de travail à durée indéterminée, un contrat de travail à durée déterminée de six mois ou plus, un contrat de mission avec une entreprise de travail temporaire de six mois ou plus ou lorsqu'il a créé ou repris une entreprise » (C. trav., art. D. 2241-5).

(50) Précisions reprises par Circ. DGEFP n° 2007/15, préc., pt 4.

(51) Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-41.931, inédit (relevant que l'ancienneté du salarié avait été maintenue et sa rémunération augmentée, attestant de la simple modification du lien contractuel initial).

(52) V., G. Couturier, *Plans de départs volontaires, détermination des emplois supprimés et reclassement interne* : RJS 01/2012, chron. p. 243. – F. Favennec-Héry, *Plan de départ volontaire : le jeu des distinctions* : Dr. soc. 2012, 351. – P. Lokiec, *Le double visage du plan de départ volontaire : Semaine sociale Lamy* 6 févr. 2012, n° 1524, p. 8.

ne fixer aucun seuil minimum quant au nombre des départs et avoir pour *leitmotiv* : le départ sera volontaire ou ne sera pas⁽⁵³⁾. Cette autonomie des plans de départs volontaires par rapport aux licenciements pour motif économique n'est toutefois que très relative⁽⁵⁴⁾. En effet, « lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi »⁽⁵⁵⁾. L'arrêt conclut ainsi à l'extension de la procédure de licenciement pour motif économique aux ruptures conventionnelles multiples s'inscrivant dans un contexte de réduction des effectifs⁽⁵⁶⁾.

284. – Si l'employeur peut être dispensé de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi dès lors qu'aucun licenciement n'est envisagé⁽⁵⁷⁾, le plan de départs volontaires repose toutefois nécessairement sur un motif économique (quelle autre justification ?), conduisant à plus ou moins court terme à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Le plan de départs volontaires doit s'analyser en un outil d'anticipation face à un motif économique émergent.

§ 2. – La réalisation du motif économique dans le groupe

285. – « La notion de motif économique de licenciement est la moins claire qui soit »⁽⁵⁸⁾. Si une étude successive des différents motifs apparaît nécessaire à leur appréhension (I), une approche plus dynamique doit être privilégiée (II)⁽⁵⁹⁾ pour tenter de dénouer ce nœud gordien juridique.

(53) F. Favennec-Héry, *Les plans de départs volontaires* : Dr. soc. 2011, p. 622.

(54) F. Favennec-Héry, *Les plans de départs volontaires autonomes* : JCP S 2010, 1384.

(55) Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581 : Bull. civ. 2011, V, n° 70 ; JCP S 2011, 1200, note F. Favennec-Héry ; *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1484, note J. Pélissier.

(56) De cet arrêt ne peut pour autant être déduit qu'une pluralité de ruptures conventionnelles précédée d'une procédure de consultation des représentants du personnel caractérise un plan de départs volontaires. « Les deux logiques divergent : la jurisprudence ramène dans le lit du droit du licenciement collectif pour motif économique, les plans de départs volontaires. Le législateur, au contraire, différencie fortement rupture conventionnelle et licenciement économique » (F. Favennec-Héry, préc.). De même, toutes les ruptures d'un commun accord du contrat de travail ne s'assimilent pas à des ruptures conventionnelles. Ainsi : « Aux ruptures individuelles le régime de la rupture conventionnelle. Aux ruptures collectives, celui des plans de départs volontaires mettant en œuvre des accords de rupture de droit commun » (F. Favennec-Héry, préc.). – V., également, J.-F. Cesaro, *La résiliation conventionnelle des contrats de travail* : Dr. soc. 2011, p. 640.

(57) Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-15.187, préc.

(58) P. Ollier, Dr. soc. avr. 1978, numéro spécial, p. 35.

(59) « La surface n'étant en effet que l'expression de mouvements en profondeur, interroger de manière critique les structures et les mécanismes qui ont conduit à la présentation traditionnelle des motifs économiques de licenciement est une démarche qui ne peut pas être superfétatoire. Certainement que, pendant longtemps, une telle approche pouvait sembler inutile tant la doctrine travailliste charriait avec elle la certitude qu'exception faite de l'irruption d'un nouveau motif, toujours possible compte tenu du choix législatif d'user de l'adverbe "notamment", les tracés de ceux existant étaient figés, ne pouvaient s'influencer mutuellement. Reste qu'en y regardant de près, "la jurisprudence relative à la cause économique de licenciement fait discrètement apparaître, y compris dans ses manifestations les plus récentes, un phénomène que le souci pédagogique relègue au second plan dans la présentation que l'on donne de cette matière : les questions de frontières et même d'enchevêtrements entre les différentes raisons économiques" (F. Géa, préc.) » (L. de Launay, *La tectonique des motifs économiques de licenciement* : Dr. soc. 2011, p. 570).

I. – L’appréhension des motifs

286. – Le motif économique repose avant tout sur des faits économiques. Leur analyse par le droit⁽⁶⁰⁾ (A) au travers de l’opération de qualification permet son identification (B).

A. – Le fait économique

287. – **Définition.** Dans les dictionnaires de la langue française, le fait est présenté comme ce qui est arrivé, ce qui a eu lieu. Il est synonyme d’événement ou d’action. Il est ce qui existe réellement, ce qui est du domaine du réel. Objectivement et matériellement vérifiable, le fait est une donnée empirique. En droit, cette approche est sans doute trop restrictive. Du point de vue juridique, il faut considérer le fait, sous ses diverses figures (circonstances, environnement, situation, action, comportement), comme tout ce qui n’est pas du domaine de la norme. Il est un objet extérieur à la règle de droit ou au rapport juridique⁽⁶¹⁾.

288. – **Analyse.** Données empiriques, les faits sont utilisés en droit par la méthode comparative. La dimension économique des faits y est propice et présente un triple avantage⁽⁶²⁾. Les termes de la comparaison apparaissent d’abord homogènes : données comptables ou autres mesures des performances de l’entreprise. « L’argument de comparaison n’est rigoureux que s’il compare des réalités du même genre, qu’on peut donc soumettre au même étalon »⁽⁶³⁾. Ensuite, la comparaison, basée sur des données économiques, est objective. Elle ne repose pas sur un jugement de valeur. Enfin, grâce à l’utilisation de données chiffrées, la comparaison par « ordination quantitative »⁽⁶⁴⁾ rend la conclusion plus aisée. L’utilisation de la méthode comparative s’impose pour caractériser des difficultés économiques. On compare la situation de l’entreprise à différentes périodes pour déterminer l’éventuelle détérioration de la situation. Apprécier les menaces pesant sur la compétitivité de l’entreprise suppose qu’une comparaison soit effectuée avec les performances industrielles, économiques et financières des concurrents⁽⁶⁵⁾.

(60) « C’est un étrange couple que celui du fait et du droit, aux rapports combien contrastés. Tantôt en effet le droit entend assurer sa maîtrise sur le fait, ou sur les faits, excluant ceux qui ne lui conviennent pas, donnant au contraire de l’importance à ceux qu’il entend promouvoir et dans tous les cas imposant à tous sa férule. Cet idéal de maîtrise n’est cependant pas la seule figure envisageable. À l’inverse en effet, le droit peut se vouloir à l’écoute des faits. Sans être véritablement leur miroir, il accepte d’être guidé par eux sur au moins une partie du chemin. (...) Le caractère artificiel de la règle juridique ou sa volonté de travestir les rapports de force ont été souvent dénoncés. (...) C’est sans doute de ce point de vue que le rapport du droit du travail au fait est le plus volontiers abordé. Chacun sait en effet que la matière est née de la rencontre inattendue entre des règles abstraites du Code civil et des données économiques et sociales de la Révolution industrielle. Les faits sont alors venus rappeler, avec quelle brutalité, que tout ce qui est contractuel n’est pas nécessairement juste. Par la suite le droit du travail ne s’est jamais départi de cette attention particulière aux données de l’expérience sociale. Ainsi les auteurs soulignent-ils souvent le caractère évolutif du droit du travail et son rapport particulier avec les faits » (J.-P. Laborde, *La considération du fait par le droit du travail*, in *Mél. en l’honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 277).

(61) J.-P. Laborde, préc., p. 278.

(62) V., T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, thèse, 2009, n° 37.

(63) O. Reboul, *Introduction à la rhétorique*, PUF, coll. « Premier cycle », 1998, p. 185.

(64) C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation*, éd. de l’université de Bruxelles, 1998, p. 326.

(65) Étymologiquement, le terme de compétitivité est emprunté au latin *competitio* qui signifie « candidature rivale ».

B. – La qualification du fait économique

289. – L'opération de qualification permet de « déterminer l'identité juridique d'une situation de fait, en vue de sa subsomption sous la règle de droit appropriée »⁽⁶⁶⁾. La qualification permet de ranger des éléments factuels sous la bannière de l'un des motifs économiques prévus par l'article L. 1233-3 du Code du travail. Sont expressément visées les difficultés économiques (1°) et les mutations technologiques (2°). À cette énumération légale, rendue non exhaustive par l'adverbe « notamment », la jurisprudence a ajouté la cessation d'activité (3°) et la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (4°).

1° Difficultés économiques

290. – À l'évocation du régime (a) répond l'étude des exceptions (b).

a) Régime

291. – **Notion.** Qu'il s'agisse d'une baisse du chiffre d'affaires, d'une diminution du volume des commandes ou d'une augmentation du coût d'achat des matières premières, les difficultés économiques sont objectivement et quantitativement vérifiables. Elles ne peuvent pour autant être l'objet d'une analyse détachée du contexte dans lequel évolue l'entreprise. La jurisprudence offre de nombreux exemples de situations dans lesquelles des données économiques « négatives » n'ont pas permis de justifier le licenciement prononcé. Le juge prud'homal ne peut se borner à énoncer que la baisse du chiffre d'affaires de la société suffit à justifier le licenciement, en se refusant à apprécier son opportunité au regard du faible montant des pertes⁽⁶⁷⁾. La réalité des difficultés économiques ne peut être caractérisée ni par la seule baisse du chiffre d'affaires au cours de deux exercices, ni par la baisse des bénéfices au cours de la même période⁽⁶⁸⁾. De même, « ni la restructuration du capital d'une société commerciale, quel qu'en soit le motif, ni la dégradation des marges de l'entreprise dont l'activité et les effectifs continuent à progresser, fût-ce faiblement, ne sauraient, ensemble ou séparément, constituer une cause économique de licenciement »⁽⁶⁹⁾.

292. – **Périmètre d'appréciation.** Les difficultés économiques s'apprécient soit au niveau de l'entreprise, si celle-ci n'appartient pas à un groupe, soit au niveau du groupe, et non au niveau de l'atelier, du magasin ou de l'établissement⁽⁷⁰⁾. La définition du groupe retenue n'est ni celle en vigueur en droit commercial, ni même celle à laquelle renvoient les dispositions du Code du travail relatives au comité de groupe ou aux accords collectifs. Il ne s'agit pas davantage des groupes de

(66) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd. 2000, n° 255. – V., également, F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, 1955.

(67) Cass. soc., 2 juin 1993, n° 90-45.947 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 154. – Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 11-13.736 : *JCP S* 2012, 1448, comm. J. Daniel. – Les difficultés économiques ne sauraient s'apprécier à un niveau inférieur à l'entreprise. V., en ce sens, Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.736 : *JCP S* 2012, act. 344, obs. N. Dauxerre.

(68) Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-40.894 : *RJS* 2007, n° 28.

(69) Cass. soc., 21 mars 2001, n° 98-46.178 : *Semaine sociale Lamy* 2001, n° 1037, p. 8.

(70) Cass. soc., 17 juin 1992, n° 89-42.769 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 403 ; *D.* 1992, inf. rap. p. 200.

reclassement⁽⁷¹⁾. Cette notion « demeure fuyante »⁽⁷²⁾. Le groupe au niveau duquel il convient de se placer pour apprécier les difficultés économiques est tout à la fois large, puisqu'il ne saurait être réduit aux sociétés situées sur le seul territoire national⁽⁷³⁾, et restreint puisque le motif économique s'apprécie à l'échelle du seul « secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise »⁽⁷⁴⁾. Dès lors, le juge n'a pas à rechercher si les résultats de l'entreprise étaient déficitaires⁽⁷⁵⁾. Une entreprise prospère peut ainsi licencier pour motif économique dans un groupe en bonne santé financière dès lors qu'elle appartient à un secteur d'activité confronté à des difficultés.

b) Exception

293. – Le cadre d'appréciation des difficultés économiques peut être bouleversé dans le champ des procédures collectives qui permettent d'ordonner des licenciements consécutifs à des difficultés économiques dont la réalité n'est pas appréciée à l'aune du secteur d'activité du groupe.

294. – **Licenciement autorisé par le juge-commissaire.** Les licenciements pour motif économique au cours de la période d'observation⁽⁷⁶⁾ ne peuvent intervenir qu'après autorisation du juge-commissaire⁽⁷⁷⁾ qui se prononce par voie d'ordonnance. Elle est délivrée sur demande de l'administrateur (ou du débiteur) accompagnée de l'avis des institutions représentatives du personnel régulièrement

(71) Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré que l'appréciation des difficultés économiques devait se faire au niveau de l'ensemble du groupe (Cass. soc., 20 févr. 1991, n° 89-42.251 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 86 ; *RJS* 1991, n° 453). Elle a ensuite défini un critère commun pour l'appréciation de la réalité des difficultés économiques et celle du respect de l'obligation de reclassement (« 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 l'employeur concerné parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » : Cass. soc., 19 nov. 1992, n° 91-45.774 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 562 ; *RJS* 1993, n° 19). Enfin, la Cour de cassation a dissocié les deux notions. Elle retient que les difficultés économiques doivent s'apprécier au regard de l'ensemble des sociétés françaises et étrangères du secteur d'activité du groupe, sans qu'il y ait lieu de s'assurer de la permutableté des salariés dans ces entreprises (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.460, inédit).

(72) J. Daniel, *La cause économique de licenciement à l'épreuve de l'UES* : *JCP S* 2007, 1931.

(73) Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 04-41.789, inédit. – Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41.839 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 215 ; *RJS* 2001, n° 1001.

(74) La Cour de cassation laisse une large latitude aux juges du fond pour déterminer si le secteur d'activité est autonome par rapport à celui des autres sociétés du groupe (Cass. soc., 21 mars 2006, n° 04-48.088, inédit) ou si, au contraire, il existe un seul secteur d'activité. – V., également, le professeur Morvan qui à la question « Qu'est-ce, au juste, qu'un secteur d'activité ? », répond que « l'analyse est purement économique et, sous la plume des magistrats, paraît souvent divinatoire » (P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Litec, 2^e éd. 2010, p. 407). Si les difficultés économiques s'apprécient au niveau du secteur d'activité, peuvent-elles l'être au niveau d'une unité économique et sociale, dans la mesure où la complémentarité ou l'identité des activités constitue un critère d'identification ? Toutefois, la reconnaissance d'une UES n'emporte pas nécessairement consécration d'un secteur d'activité unique commun à toutes les entités constitutives de l'UES (Cass. soc., 13 juill. 1993, n° 91-44.518 : *JCP E* 1994, II, p. 82 ; *RJS* 1993, n° 970). La jurisprudence pose des limites à l'assimilation de l'UES à l'entreprise (V., N. Dauxerre et G. Laferrière, *Unité économique et sociale et négociation collective* : *JCP S* 1996, 1775). Sur le concept de secteur d'activité, V., P. Lagesse, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. Martinon, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 16.

(75) Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-40.489 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 197 ; *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1335, p. 13.

(76) La période d'observation est le temps pendant lequel l'administrateur et, s'il n'en a pas été nommé un, le débiteur lui-même, poursuit l'activité de l'entreprise jusqu'à ce que le tribunal décide, soit de poursuivre le plan de continuation ou le plan de cession de l'entreprise, soit d'en prononcer la liquidation. – « Le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par décret en Conseil d'État » (C. com., art. L. 621-3).

(77) C. com., art. L. 631-17.

consultées⁽⁷⁸⁾. Sont jointes à cette demande, « les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés ».

295. – Les licenciements ne sont autorisés que s'ils présentent un caractère « urgent, inévitable et indispensable » pour le redressement de l'entreprise⁽⁷⁹⁾. Cette triple exigence rejoint la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement visée à l'article L. 1233-2 du Code du travail. Revêtue de l'autorité de la chose jugée, l'ordonnance rendue par le juge-commissaire ne peut être contestée que par la voie d'un recours juridictionnel devant le tribunal de commerce dans les dix jours de la notification⁽⁸⁰⁾. À défaut de contestation, il n'est plus permis au juge prud'homal, compétent pour statuer sur la situation individuelle du salarié⁽⁸¹⁾, d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique de la rupture⁽⁸²⁾, sous réserve de la situation dans laquelle l'ordonnance du juge-commissaire a été « obtenue par fraude »⁽⁸³⁾.

296. – **Licenciement autorisé par le tribunal de la procédure.** Le plan de redressement judiciaire arrêté par le tribunal de commerce peut prévoir des licenciements pour motif économique⁽⁸⁴⁾. Le projet de plan « expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité ». Le tribunal se prononce après avis des institutions représentatives du personnel⁽⁸⁵⁾.

297. – **Réserves.** Débarrassée d'un cadre d'appréciation des difficultés économiques trop large, l'utilisation des procédures collectives peut constituer, pour un groupe, une voie de contournement des règles de définition des motifs économiques. Un groupe peut décider de restructurer une filiale appartenant à un secteur d'activité alors même que l'application des règles de droit commun l'en empêcherait au nom de la bonne santé du secteur d'activité dont elle relève. Mais il suffit au groupe de placer cette filiale dans un état financier tel que la cessation de paiement est dès lors inévitable. Contre l'instrumentalisation du droit des faillites par certains groupes, des actions demeurent possibles. Ainsi, en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, une « action en responsabilité pour insuffisance d'actif » reste ouverte contre la société mère ; encore faut-il prouver qu'elle s'est comportée comme un dirigeant de fait et a commis une faute de gestion source de préjudice⁽⁸⁶⁾. La jurisprudence reste cependant très factuelle et

(78) C. trav., art. L. 1233-58.

(79) C. com., art. L. 631-17.

(80) C. com., art. L. 661-5. – « L'ordonnance est notifiée au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel ou, le cas échéant, au représentant des salariés. Elle est transmise au ministère public, à l'administrateur et au mandataire judiciaire » (C. com., art. R. 631-26, al. 2).

(81) Cass. soc., 5 mai 1993, n° 92-40.835 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 127.

(82) « Lorsque l'ordonnance du juge-commissaire est devenue définitive, le caractère économique du motif de licenciement ne peut plus être contesté » (Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 93-41.877 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 268 ; *RJS* 1996, n° 912 ; *JCP E* 1996, II, 862, note J.-J. Serret ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 9, obs. Ph. Pétel. – Cass. soc., 5 mars 1997, n° 95-41.230, inédit ; *D.* 1997, jurispr. p. 522, note P. Bailly).

(83) Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 95-42.220 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 452 : dans l'hypothèse d'un salarié remplacé immédiatement après son licenciement.

(84) C. com., art. L. 626-2.

(85) C. com., art. L. 631-19, II.

(86) C. com., art. L. 651-2. – Cass. com., 18 mars 2008, n° 02-21.616, inédit : *JCP E* 2008, 2022 ; *D.* 2009, p. 349, note J.-M. Deleneville.

contradictoire⁽⁸⁷⁾. Le législateur a tenté, avec parcimonie, d'apporter sa contribution. Il a ainsi refusé d'étendre le régime dérogatoire en matière de droit des licenciements applicable à la procédure de redressement judiciaire, à la procédure de sauvegarde⁽⁸⁸⁾ « par crainte [que cette procédure] ne soit utilisée comme un instrument de gestion de la masse salariale et d'éventuels sureffectifs par des chefs d'entreprise surtout soucieux d'accélérer et de sécuriser des procédures de licenciement qu'ils jugeraient trop lourdes dans le cadre du droit commun ».

2° Mutations technologiques

298. – **Notion.** La mutation technologique est une transformation profonde et durable d'un moyen de production. Elle doit avoir un impact sur l'emploi. Ainsi, la prise en charge par l'entreprise de nouveaux secteurs d'activité impose des transformations d'emplois qui relèvent de cette rubrique⁽⁸⁹⁾.

299. – **Mutations technologiques et difficultés économiques.** La mutation technologique est un motif autonome de licenciement. Il n'est nul besoin qu'elle soit nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité ou que des difficultés économiques soient identifiées⁽⁹⁰⁾. L'autonomie se justifie eu égard aux conséquences de la mutation sur l'emploi. Toutefois, l'autonomie de ce motif ne s'impose pas. Le choix de la mutation technologique est un choix de gestion. Il s'inscrit dans une stratégie économique liée à la volonté de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, du secteur d'activité, du groupe.

3° Cessation d'activité

300. – L'étude de la notion (a) impose d'en évoquer les limites (b).

a) Notion

301. – La cessation d'activité marque la fin de l'activité de l'entreprise ou de l'établissement. Elle se distingue de la restructuration de l'entreprise comportant la cessation de certaines de ses activités et du transfert de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise vers un nouvel exploitant. Si l'entreprise poursuit d'autres activités dans des centres différents, on ne saurait parler de « cessation d'activité ». On entre alors dans le champ des arrêts du 5 avril 1995⁽⁹¹⁾ qui prévoient que « la réorganisation ne peut constituer un motif économique de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ». L'employeur est alors libre de choisir entre les différentes « solutions possibles, celle de la fermeture d'un de ses établisse-

(87) V., en ce sens, N. Cuzacq, *La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : éléments de droit positif et de droit prospectif* : RRJ 2009, p. 657.

(88) Procédure introduite par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (JO 27 juill. 2005, p. 12187).

(89) Cass. soc., 9 juill. 1997, n° 94-43.709 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 262. – De même, procède d'une cause économique le licenciement, résultant d'une suppression d'emploi en raison de mutations technologiques, d'un salarié d'une chaîne de télévision qui exerçait une activité d'illustration sonore supprimée en raison du recours à de nouveaux moyens modernes de reportage (Cass. soc., 19 déc. 1990, n° 89-42.242 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 687).

(90) « L'introduction d'une technologie informatique nouvelle comportant une incidence sur l'emploi constitue une cause économique de licenciement alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée » (Cass. soc., 9 oct. 2002, n° 00-44.069 : RJS 2002, n° 1373).

(91) Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690 et 93-43.866, préc.

ments, même si d'autres solutions auraient comporté un nombre moindre de licenciements »⁽⁹²⁾. Dans un groupe de sociétés, l'autonomie du motif tiré de la cessation d'activité permet bien des constructions. La Cour de cassation l'encadre désormais dans l'hypothèse particulière du coemploi. Elle retient que « lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessaire sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité dont elles relèvent »⁽⁹³⁾. Si les actions dites *Aspocomp* venaient à se multiplier dans les groupes de sociétés, la cessation d'activité devant, dans ce cas, être justifiée par un des motifs économiques de licenciement légaux, l'autonomie du motif en serait fortement altérée⁽⁹⁴⁾.

b) Limite

302. – La légèreté blâmable. Motif autonome, la cessation d'activité est indifférente à la situation économique de l'entreprise : l'employeur n'a pas à démontrer l'existence de difficultés économiques ou d'une mutation technologique ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entité concernée⁽⁹⁵⁾. La cessation d'activité est néanmoins limitée par la « légèreté blâmable » de l'employeur⁽⁹⁶⁾. Ce contrôle externe du motif économique a pendant longtemps été appliqué avec parcimonie dans des hypothèses particulières : l'employeur a eu connaissance de « la situation obérée de l'entreprise au moment de l'engagement du salarié »⁽⁹⁷⁾ ; le dirigeant de la société a été mal choisi⁽⁹⁸⁾ ; l'employeur s'était rendu coupable d'un manquement contractuel qui a entraîné la cessation de l'activité⁽⁹⁹⁾. La Cour de cassation veillait à ce que les juges du fond, sous couvert d'un contrôle de la légèreté blâmable, n'exercent pas un contrôle sur les choix de gestion de l'employeur⁽¹⁰⁰⁾, au nom de la protection de la liberté d'entreprendre⁽¹⁰¹⁾.

(92) J. Savatier, *La cessation d'activité de l'entreprise, motif économique de licenciement* : *Dr. soc.* 2001, p. 413.

(93) *Cass. soc.*, 18 janv. 2011, n° 09-69.199, préc.

(94) Le conseil de prud'hommes de Forbach a transmis, le 12 septembre 2011, à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité suivante : en interdisant aux sociétés filiales de licencier leur personnel pour le seul motif de leur cessation d'activité, les dispositions de l'article L. 1233-3 du Code du travail sont-elles inconstitutionnelles comme portant atteinte au principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre garanti par l'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen ? En soumettant les licenciements pour cessation d'activité notifiés par les sociétés filiales de groupe, à un régime juridique distinct de celui applicable aux licenciements pour le même motif pratiqués par des employeurs autres que des filiales, l'article L. 1233-3 du Code du travail porte-t-il atteinte au principe à valeur constitutionnelle d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen ? La Cour de cassation décide que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle repose sur une interprétation erronée d'arrêts rendus le 18 janvier 2011 par la Cour de cassation et faisant application de l'article L. 1233-3 du Code du travail. La Cour de cassation considère dans ces conditions que ces arrêts, faisant application de l'article L. 1233-3 du Code du travail, ne privent pas l'employeur du seul fait de son appartenance à un groupe de sociétés de la possibilité de licencier son personnel pour motif économique lorsqu'il cesse son activité, et ne lui imposent pas, pour cette seule raison, de justifier d'une autre cause de licenciement, hors situation de coemploi (*Cass. soc.*, 16 nov. 2011, n° 11-40.071 QPC : *JurisData* n° 2011-025122).

(95) *Cass. soc.*, 14 déc. 2005, n° 04-40.396, inédit.

(96) *Cass. soc.*, 16 janv. 2001, n° 98-44.647 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 10 ; *Dr. soc.* 2001, p. 413, note J. Savatier. – *Cass. soc.*, 30 oct. 2002, n° 00-43.624 à 00-43.628. – *Cass. soc.*, 28 févr. 2006, n° 03-47.880 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 89 ; *JCP S* 2006, 1474, note P. Morvan. – *Cass. soc.*, 21 avr. 2010, n° 08-70.314, inédit : *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 186, obs. F. Taquet.

(97) *Cass. soc.*, 26 févr. 1992, n° 90-40.364, inédit : *RJS* 1992, n° 422.

(98) *Cass. soc.*, 26 janv. 1994, n° 92-43.616 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 26.

(99) *Cass. soc.*, 2 juin 2009, n° 08-41.747 à 08-41.757, inédit : en l'espèce, le bail d'exploitation avait été résilié en raison des manquements de l'employeur dans le paiement des loyers.

(100) *Cass. soc.*, 14 nov. 2005, n° 03-44.380 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 365 ; *JCP S* 2006, 1136, note P. Morvan : « L'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable ».

(101) La liberté d'entreprise trouve sa consécration en droit du travail dans la « théorie de l'employeur seul juge » formulée par l'arrêt *Brinon* : « L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le

303. – Le virage Goodyear. Dans un arrêt *Goodyear* du 1^{er} février 2011, la Cour de cassation, par le canal de la « légèreté blâmable », opère un contrôle de la légalité externe des licenciements motivés par la cessation d'activité⁽¹⁰²⁾. La cour retient que dans l'hypothèse d'une « fermeture définitive et totale de l'entreprise, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire (...) la légèreté blâmable de l'employeur, de la seule absence de difficultés économiques ou, à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés ». Les conséquences que tire la cour de cette formule sont importantes : les juges du fond avaient pu déduire que « l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse ». La Cour de cassation constate en effet que « la baisse d'activité de la société (...) était imputable à des décisions du groupe, qu'elle ne connaissait pas de difficultés économiques, mais qu'elle obtenait au contraire de bons résultats, que n'étant pas un distributeur indépendant, elle bénéficiait fort logiquement de conditions préférentielles d'achat auprès du groupe, dont elle était la filiale à 100 % à travers une société holding et que la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée »⁽¹⁰³⁾. Deux remarques s'imposent. D'un point de vue juridique, la Cour de cassation étend le raisonnement qu'elle applique à l'entreprise qui ferme un établissement au groupe de sociétés qui décide de fermer une filiale. Or, l'entreprise est une personne juridique, à l'inverse du groupe. En réalité, et pour reprendre l'analyse du professeur Morvan, « le juge traite le groupe de sociétés comme une entité unique, une personne morale de fait »⁽¹⁰⁴⁾. D'un point de vue moral, la Cour de cassation se prononce sur les choix stratégiques opérés au niveau du groupe, sans que des difficultés économiques n'assailent la filiale. La cour tente d'apporter une réponse au problème des « licenciements boursiers », donc d'empêcher les fermetures de filiales qui ne connaissent aucune difficulté financière mais dont les activités sont transférées dans des pays à faible contrainte fiscale et sociale. Si l'intention est louable, le juge doit néanmoins ne pas outrepasser les frontières de la mission dont il est investi. S'il est la bouche de la loi, il n'en est pas le créateur.

304. – Certains auteurs appellent à apprécier la réalité de la cessation d'activité au niveau du secteur d'activité du groupe, et non plus au niveau de la seule

déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail » (Cass. soc., 31 mai 1956 : JCP G 1956, II, 9397, note P. Esmein ; D. 1958, jurispr. p. 21, note G. Levasseur). De même, le Conseil constitutionnel retient que la loi qui conduit le juge non seulement à « contrôler (...) la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise (...) mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles » viole la liberté d'entreprendre (Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 49).

(102) Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n°s 10-30.045 à 10-30.048 : JCP S 2011, 1095, note P.-H. d'Ornano. – V., également, Cass. soc., 16 nov. 2011, n° 11-40.071 QPC : JCP S 2012, 1028, comm. D. Chenu.

(103) Un arrêt antérieur avait ouvert la voie à cette solution. Un employeur avait décidé la cessation de son activité, à la demande de son principal associé et pour satisfaire aux exigences du groupe auquel appartenait sa société sans que toutes les possibilités pouvant permettre le maintien de l'activité et des emplois aient été explorées. La Cour de cassation retient que « cette cessation rapide et définitive de l'activité de la société, malgré les bons résultats qu'elle avait réalisés et en dépit de la position favorable qu'elle occupait sur le marché, procédait d'une légèreté blâmable » (Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.984 : RJS 2009, n° 24).

(104) P. Morvan, *La mise à mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale* : JCP S 2011, act. 79.

entreprise. Il n'y aurait dès lors cessation totale d'activité d'une entreprise appartenant à un groupe qu'en cas de disparition totale du secteur d'activité auquel elle appartient⁽¹⁰⁵⁾. Sans être aussi « jusqu'au-boutiste », il serait opportun néanmoins d'apprécier la cessation d'activité au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient la société. La cessation d'activité de la filiale ne devrait pouvoir intervenir que si elle est justifiée par la nécessaire sauvegarde de la compétitivité du groupe. Cependant, prendre acte de la réalité de rapports de domination dans le groupe ne doit pas être synonyme de négation du principe d'autonomie des personnes morales. Laissons donc, sous cette réserve, la possibilité de mettre un terme à l'activité d'une filiale pour ne pas aboutir à « la mise à mort »⁽¹⁰⁶⁾ du motif économique de licenciement tiré d'une cessation d'activité d'une filiale. Gageons que cette solution, si elle ne permet pas d'éradiquer totalement les « licenciements boursiers », permette de les rendre plus difficiles en obligeant à des justifications objectives.

4° Sauvegarde de la compétitivité

305. – Notions. La sauvegarde de la compétitivité est une notion vague. Création prétorienne, elle repose sur un constat : il peut arriver que, sans connaître de difficultés économiques réelles, mais pour demeurer compétitive, une entreprise ressente la nécessité d'une réorganisation entraînant des réductions d'effectifs ou des transformations d'emplois. Cet impératif économique a été pris en compte par la Cour de cassation qui a consacré la réorganisation fondée sur la nécessaire sauvegarde de la compétitivité comme motif autonome de licenciement pour motif économique. La cour a admis, en puisant dans l'infini, bien utile, de l'adverbe « notamment » de l'article L. 1233-3 du Code du travail, « qu'à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail »⁽¹⁰⁷⁾. Notion trop large, la référence à « l'intérêt de l'entreprise » n'a pas permis de canaliser suffisamment les réorganisations. Aussi la Cour de cassation a-t-elle infléchi sa jurisprudence dans les deux arrêts du 5 avril 1995, *Vidéocolor* et *TRW Repa*. De deux choses l'une, ou bien elle est motivée par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques, auquel cas elle trouve sa justification dans ces motifs, ou bien la réorganisation intervient en dehors de toute difficulté économique et de toute mutation technologique, auquel cas elle ne peut constituer un motif de licenciement « que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité ».

306. – Périmètre d'appréciation. Lorsqu'elle est en jeu la situation d'une entreprise appartenant à un groupe, l'impératif de sauvegarde de la compétitivité s'apprécie au niveau du secteur d'activité auquel appartient la société touchée par les mesures de licenciement⁽¹⁰⁸⁾. Rapprochées par un périmètre d'appréciation commun, sauvegarde de la compétitivité et difficultés économiques ne sont pas sans lien : sauvegarder la compétitivité n'est rien d'autre que prévenir des difficultés

(105) P.-H. d'Ornano, préc.

(106) P. Morvan, préc.

(107) Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, n° 90-44.697 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 233.

(108) Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 05-40.977, *Pages Jaunes* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 10, préc.

économiques futures. En ce sens, la sauvegarde de la compétitivité ne serait qu'une déclinaison du motif tiré des difficultés économiques⁽¹⁰⁹⁾.

II. – La redéfinition des notions

307. – L'enchevêtrement des motifs figurant à l'article L. 1233-3 du Code du travail⁽¹¹⁰⁾ invite à s'interroger sur la pertinence de distinguer cause et motifs⁽¹¹¹⁾. La tentation est grande de ne pas exposer deux objets qui ne se présenteraient pas « si distinctement à [l']esprit »⁽¹¹²⁾ du juge mais cette étude s'avère indispensable pour saisir avec précision la réalité du motif économique tel qu'il est appréhendé dans le groupe de sociétés (A). Sa redéfinition s'avère indispensable pour saisir pleinement les rapports de domination qui caractérisent les relations entre sociétés dans un groupe (B).

A. – L'obsolescence des notions

308. – Les travailleurs ont toujours eu des difficultés à distinguer la cause du licenciement de son motif, certains ayant même pris le parti, au moins à une époque, de les tenir pour synonymes⁽¹¹³⁾.

309. – **Deux approches.** La cause économique de licenciement renvoie à la « cause qualificative » et à la « cause justificative ». La première permet de qualifier le licenciement, de le classer dans la catégorie des licenciements pour motif personnel ou des licenciements pour motif économique. La « cause justificative » permet de déterminer si le licenciement est justifié, s'il est conforme au droit⁽¹¹⁴⁾. C'est en effet une chose de se demander si l'on est en présence d'un licenciement « économique », c'est-à-dire non inhérent à la personne du salarié. C'en est une autre de se demander si le licenciement économique est doté d'une cause réelle et sérieuse. Ainsi, lorsqu'un salarié est licencié en raison de la suppression de son poste par suite de difficultés économiques, si les juges du fond constatent l'absence de telles difficultés, le licenciement sera reconnu sans cause réelle et sérieuse. Le licenciement est économique car non inhérent à la personne du salarié mais dénué de cause réelle et sérieuse. L'absence de cause justificative ne conduit pas nécessairement à l'absence de cause qualificative⁽¹¹⁵⁾.

310. – **Liens de causalité.** La cause économique de licenciement suppose, d'une part, une suppression ou une transformation d'emploi ou une modification d'un élément essentiel du contrat de travail et, d'autre part, « notamment » des difficultés économiques ou des mutations technologiques. Le licenciement n'est valable que s'il existe un lien de causalité entre ces éléments. Doit être constatée l'existence d'un lien causal entre la suppression ou la transformation d'em-

(109) J.-Y. Frouin, *Retour sur la notion de sauvegarde de la compétitivité* : RJS 3/2006, chron. p. 187.

(110) F. Géa, *Causes (économiques) enchevêtrées* : RDT 2010, p. 297.

(111) Les développements suivants s'appuient sur l'article de L. Launay : *La tectonique des motifs économiques de licenciement* : Dr. soc. 2011, p. 570.

(112) R. Descartes, *Discours de la méthode*, II^e partie, Librairie philosophique Vrin, 1992, p. 68.

(113) J. Péliissier, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2^e éd. 1980, p. 167.

(114) J. Péliissier, *La cause économique du licenciement* : RJS 1992, chron. p. 527.

(115) E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, 6^e éd. 2012, n° 569.

ploi ou une modification d'un élément essentiel du contrat de travail et le motif économique.

311. – Prédominance du motif économique. De la réalité de ce lien de causalité, la Cour de cassation assure le contrôle. Elle distingue les causes économiques pouvant justifier un licenciement de celles qui ne le peuvent pas. L'attention doit donc être portée sur les motifs économiques, pierre angulaire du licenciement pour raison économique, tant la cause réelle et sérieuse est « aujourd'hui devenue le motif »⁽¹¹⁶⁾.

B. – La dilution des notions

312. – La multiplicité des motifs et leur enchevêtrement ne sont pas à déplorer. « Il y aurait plutôt lieu de se réjouir, en ce domaine, de l'imbrication des catégories juridiques, dès lors qu'elle confère ou redonne sens à ce qui pourrait apparaître insensé ». Leur étude révèle que l'étanchéité des motifs n'est que très relative (1°). Une redéfinition des motifs économiques, facteur de convergence, s'impose (2°).

1° L'étanchéité des motifs

313. – Étanchéité formelle. De la règle légale qui impose que « la lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques »⁽¹¹⁷⁾, le juge retient que la lettre de licenciement ne peut souffrir d'imprécision. Elle fixe en effet les termes du litige. L'approximation ou le défaut d'énonciation prive de manière irréfutable le licenciement de cause réelle et sérieuse⁽¹¹⁸⁾. L'employeur doit indiquer sur quelle base légale le licenciement est fondé. À ce jour, seulement quatre types de situation économique sont admis. L'employeur, parmi eux, « doit choisir le créneau dans lequel il inscrit le licenciement litigieux »⁽¹¹⁹⁾. Il a ainsi l'obligation de qualifier l'espèce de motif économique⁽¹²⁰⁾. C'est dans cette contrainte formelle que « se manifeste avec éclat la prétention du droit du travail à assurer une frontière censée être insurmontable »⁽¹²¹⁾ entre les motifs de l'article L. 1233-3 du Code du travail. En effet, dès lors que l'un de ces motifs est visé dans la lettre de notification du licenciement, l'employeur ne peut en invoquer un autre ultérieurement. Ainsi, lorsque « la lettre de licenciement fait état d'une réorganisation consécutive à des difficultés économiques, la cour d'appel n'a

(116) X. Lagarde, *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement* : *Dr. soc.* 1998, p. 891.

(117) C. trav., art. L. 1233-16, al. 1^{er}.

(118) Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 598 ; *Dr. soc.* 1991, p. 99, note J. Savatier. – Cass. ass. plén., 27 nov. 1998, n° 96-44.358 : *Bull. civ.* 1998, ass. plén., n° 7 ; *Dr. soc.* 1990, p. 19, concl. L. Joinet.

(119) Ph. Waquet : *RDT* 2007, p. 104, obs. ss Cass. soc., 21 déc. 2006.

(120) Notons néanmoins un (très) léger infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt de 2003, non publié, elle retient qu'un employeur puisse ne faire figurer dans la lettre de licenciement que des circonstances économiques précises, sans précision terminologique quant à leur créneau de rattachement, à charge pour le juge de procéder à cette dernière opération : « Attendu que la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige doit énoncer, lorsqu'un motif économique est invoqué, à la fois la raison économique qui fonde la décision et sa conséquence précise sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié ; qu'à défaut de ces mentions la motivation de la lettre de licenciement est imprécise et celui-ci ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse ; (...) Qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que la lettre de licenciement, après avoir énoncé la cause économique de celui-ci, se bornait à indiquer que l'employeur n'avait pas de travail à assurer à temps complet pour deux personnes, ce qui ne constituait pas l'énoncé de l'incidence de la cause économique sur l'emploi de la salariée, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 00-44.653, inédit).

(121) L. de Launay, préc.

pas à rechercher si la suppression de l'emploi procédait d'une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité »⁽¹²²⁾. Cette solution traduit la volonté du juge d'isoler chacun des motifs afin d'assurer « l'étanchéité des frontières établies entre les différentes zones de cette carte des motifs économiques »⁽¹²³⁾.

314. – Déclinaison substantielle. S'agissant de la substance même du motif économique, pris dans sa dimension justificative, le juge a la volonté de ne pas faire des motifs économiques des vases communicants. D'une approche globale, un sentiment mêlant clarté et perplexité émerge. Clarté tout d'abord, quant au contenu de l'enveloppe de l'article L. 1233-3 du Code du travail qui ne prévoit que quatre motifs distincts. Toutefois, si la lettre du texte peut « se laisser courber jusqu'à un certain point sans se briser »⁽¹²⁴⁾, du fait de l'adverbe « notamment », que le point de cassure soit atteint et la clarté sera moins scintillante. Perplexité ensuite, tant la pluralité des motifs conduit à leur dilution. Si un contenu variable et évolutif peut se concevoir dans le souci d'une appréhension entière des situations, un socle immuable de motifs indépendants est nécessaire⁽¹²⁵⁾. L'étude des arrêts *Pages Jaunes* met en exergue cette difficulté. La notion même de « sauvegarde de la compétitivité » se distingue des « difficultés économiques ». Il est logique qu'une réorganisation de l'entreprise « effectuée pour en sauvegarder la compétitivité » n'ait pas à « être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement »⁽¹²⁶⁾. Il existerait une frontière étanche entre les deux notions.

315. – Pléonasme. Néanmoins, les termes utilisés confinent au pléonasme⁽¹²⁷⁾. À la proclamation de l'autonomie du motif de la « réorganisation de l'entreprise » par rapport aux « difficultés économiques » succède une mise en perspective des deux motifs, le premier n'étant que le préalable à la réalisation du second. Le professeur Gérard Lyon-Caen, le premier, avait relevé ce lien en rappelant que dans « sauvegarder, il y a sauver ». Sauver suppose un péril, donc des difficultés⁽¹²⁸⁾.

(122) Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-41.109, inédit. – Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-45.388, inédit.

(123) T. Sachs, *op. cit.*, n° 52.

(124) E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette-Gallimard, 1964, V° *Flexible*.

(125) « Or, si l'observateur peut concevoir sans difficulté que la complexité des faits économiques soit couverte par une multiplicité de motifs, et à supposer même qu'il admette qu'il existe une limite haute et une limite basse en fonction du terrain emprunté, difficile est son adhésion à l'idée selon laquelle les juges emploieraient des techniques de contrôle aux différences marquées en fonction de la raison économique avancée. C'est qu'il ne faudrait pas que le "contenu variable" fasse oublier les exigences de la "notion". Et pourtant, c'est bien à un pareil stade de décrépitude notionnelle que le droit du travail pourrait se trouver » (L. de Launay, *préc.*, n° 9).

(126) Position conforme à celle du Conseil constitutionnel, attaché à la faculté pour l'entreprise « d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants » (Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 48). – V., sur cette décision : X. Prétot, *Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale* : Dr. soc. 2002, p. 244.

(127) « Mais attendu que 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 ; que répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ; qu'il s'ensuit que la modification des contrats de travail résultant d'une telle réorganisation a elle-même une cause économique » (Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201, *préc.*). – Les termes « à venir », qui figuraient dans l'arrêt relatif au pourvoi n° 05-40.977, ont été insérés par un arrêt rectificatif du 17 janvier 2006, s'agissant du pourvoi n° 04-46.201.

(128) G. Lyon-Caen, *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux* : Dr. soc. 1995, p. 492. – Le doyen Waquet a commenté le sujet dans les termes suivants : « Mieux que je n'aurais pu le dire, et avec une grande lucidité, Gérard Lyon-Caen, malgré ses réserves, mettait le doigt sur l'axe de la jurisprudence nouvelle et toujours maintenue. C'est en quelque sorte pour sauver l'entreprise, et donc les emplois qu'elle génère, qu'elle est autorisée, à l'occasion d'une réorganisation, à procéder à des licenciements nécessaires à son maintien en bonne santé » (Ph. Waquet, *Le droit*

316. – Étanchéité incohérente. Les périmètres d'appréciation des motifs économiques confèrent à l'étanchéité une certaine incohérence. Quel que soit le motif invoqué, le cadre de référence est l'entreprise dans son ensemble. Dès lors, la cessation d'une partie des activités d'une entreprise ne peut à elle seule constituer une cause justificative de licenciement, de même que les difficultés économiques doivent toucher l'entité économique dans son entier. Néanmoins, ce cadre d'appréciation est remis en cause en cas d'appartenance de l'entreprise à un groupe de sociétés. Pour ces deux motifs, et seulement ceux-ci, le cadre d'appréciation est alors étendu au secteur d'activité. L'absolutisme de cette règle prétorienne doit néanmoins être relativisé. Il existe en effet une situation dans laquelle des difficultés économiques peuvent justifier des mesures de licenciement pour motif économique alors même qu'elles ne sont pas appréciées à l'aune du secteur d'activité du groupe : il suffit qu'elles interviennent dans le cadre d'une procédure collective adoptée par le tribunal de commerce⁽¹²⁹⁾. Mais l'articulation étanche entre les périmètres d'appréciation selon le motif considéré conduit par ailleurs à une situation ubuesque. Tandis qu'un employeur ne peut fermer une partie de son entreprise, tel un établissement, qu'à la condition que son entreprise rencontre des difficultés économiques ou qu'il soit contraint de sauvegarder sa compétitivité, une filiale d'un groupe peut cesser son activité alors même que le secteur d'activité auquel elle appartient est en parfaite santé⁽¹³⁰⁾. Conséquence absurde : il est plus aisé pour une société mère de prononcer la mort d'une filiale en raison de la cessation totale et définitive de son activité, plutôt que d'ordonner une réorganisation compte tenu de difficultés économiques structurelles ou conjoncturelles. L'étanchéité des motifs économiques voulue par la Cour de cassation finit par produire incompréhension et détournement des notions. Le recentrage nécessaire autour de la cause économique, par-delà la multiplicité des motifs justificatifs, conduit à cesser d'appréhender chacun comme des îlots mais à bâtir des ponts entre eux.

2° La convergence des motifs

317. – Les conséquences doivent être tirées (*b*) de l'identification d'un point de convergence (*a*).

a) Identification de la convergence

318. – Émergence de la notion. La réorganisation peut être reliée à tous les motifs économiques reconnus. L'habitude a été prise de la présenter comme connectée au « licenciement de compétitivité »⁽¹³¹⁾. Une certaine autonomie peut néanmoins lui être reconnue⁽¹³²⁾. La Cour de cassation l'a retenue de façon ponctuelle⁽¹³³⁾. Qu'elles

du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique, in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ss dir. A. Jeammaud, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 121).

(129) C. com., art. L. 620-1.

(130) Dans la limite de la solution de l'arrêt *Goodyear* du 18 janvier 2011, préc.

(131) G. Couturier : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1245, p. 8.

(132) « Selon une première lecture (...) la réorganisation aurait un statut similaire aux difficultés économiques ou aux mutations technologiques. Non seulement elle aurait accédé, *via* la Cour de cassation, au rang de motif économique, mais en plus elle aurait acquis un statut de motif autonome de licenciement » (T. Sachs, préc., n° 398).

(133) « Mais attendu, d'abord, que la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique autonome de licenciement » (Cass. soc., 2 avr. 2008, n° 07-40.640, inédit).

soient consécutives à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ou qu'elles répondent à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entité visée, les mesures de licenciement prononcées trouvent toujours leur origine dans une « réorganisation ». Celle-ci peut être reliée à tous les motifs reconnus dès lors que l'activité de l'entreprise se poursuit. Seule la cessation d'activité s'en distinguerait. Cependant, dans un groupe, ce propos n'est pas recevable car la fermeture d'une filiale s'inscrit dans une logique de réorganisation du secteur d'activité auquel elle appartient et, au-delà, de réorganisation du groupe lui-même. Dès lors, affirmer que la réorganisation est le commun dénominateur de tous les motifs n'a rien d'incongru.

319. – Une notion entre justification et motivation. Dans la mesure où l'obligation d'énoncer les motifs s'impose, ce ne sont plus les différentes espèces prévues à l'article L. 1233-3 du Code du travail qui méritent d'être qualifiées de « motif économique », au sens des articles L. 1233-16 et L. 1233-42, mais les circonstances économiques précises qui causent la réorganisation, ce qui serait plus en adéquation avec la lettre des textes qui exige l'énoncé des motifs de licenciement. Cette recomposition du motif économique ne semble pas conduire à sacrifier les droits des salariés. En effet, « motiver n'est pas justifier ». Tandis que « dans la justification se glisse un jugement sur la relation entre l'acte et sa cause (...) dans la motivation, au contraire nul jugement. Il s'agit seulement de communiquer les causes de la décision : faire connaître par quel cheminement interne l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit »⁽¹³⁴⁾. L'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement ne vise qu'à rendre intelligible l'acte, à permettre au destinataire de le comprendre. Il n'y a point d'atteinte aux droits des salariés dès lors que les juges veillent à ce que figurent dans la lettre notifiant le licenciement de tels éléments matériels et vérifiables⁽¹³⁵⁾.

b) Conséquences de la convergence

320. – Orientation jurisprudentielle. La redéfinition du motif économique autour de la notion de réorganisation oblige la Cour de cassation à un choix d'orientation de sa jurisprudence : soit la cour continue de créer autant de régimes juridiques qu'il y a d'espèces, afin de prendre en compte des situations économiques qui ne peuvent être couvertes par le concept de réorganisation, soit elle établit un seul et même régime pour toutes les espèces en rattachant celles-ci à la réorganisation.

321. – Contrôle de la réorganisation. Il apparaît que toute réorganisation d'entreprise est justifiée par la nécessaire sauvegarde de la compétitivité. Que cette sauvegarde passe par une modernisation des moyens de production et la mutation technologique sera une réorganisation des postes de travail ; que l'entreprise connaisse des difficultés économiques et le groupe voudra éviter une contamination en réorganisant la société pour assurer sa compétitivité. De même, la réorganisation

(134) L. Aynès, *Motivation et justification* : RDC 2004, p. 555.

(135) V., M. Poirier, *Pour un affranchissement des droits de la défense des salariés* : Dr. ouvrier 2010, p. 516.

du groupe peut passer par la cessation d'activité d'une filiale afin d'assurer la compétitivité de tout le groupe. La Cour de cassation va ainsi devoir contrôler la justification de la réorganisation.

322. – Mais comment contrôler « la nécessaire sauvegarde de la compétitivité » dans la mesure où le juge ne peut s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur ? La sauvegarde renvoie aux notions de protection, de défense. Le licenciement consécutif à une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité peut être justifié dès lors qu'est démontrée une menace sur l'entreprise ou le groupe. Il peut être proposé de vérifier « que la réorganisation mise en œuvre est opérante pour traiter les menaces » ou de procéder à « un contrôle de proportionnalité, au terme d'un bilan coût-avantage, entre la mise en cause des emplois et la cause originelle du licenciement, ce qui signifierait que le juge pourrait se prononcer sur le nombre de licenciements nécessaires »⁽¹³⁶⁾. Si un tel contrôle de causalité semble fort difficile en l'état du droit, sans doute faut-il s'orienter vers un contrôle de la « raisonabilité » à l'anglo-saxonne⁽¹³⁷⁾. Néanmoins, une mesure de licenciement pour motif économique est nécessairement raisonnable dans la mesure où elle apparaît inévitable lors de sa réalisation⁽¹³⁸⁾. À ce stade, il est opportun de ne plus « tenir l'article L. 1233-3 pour boussole du contrôle de la légitimité du licenciement pour motif économique. Texte qui, d'ailleurs, il est temps de le rappeler, concerne avant tout la définition du motif économique, et non la cause réelle et sérieuse du licenciement »⁽¹³⁹⁾.

323. – **Paroxysme de la notion.** Le licenciement pour motif économique trouve *in fine* son origine dans l'intérêt de l'entreprise, fondement de l'engagement de l'employeur dans le contrat de travail. Le lien qui existe entre réorganisation et sauvegarde de la compétitivité s'exprime au travers de l'intérêt de l'entreprise. La cause réelle et sérieuse de licenciement « n'est que la réplique négative de l'engagement de l'employeur »⁽¹⁴⁰⁾. La jurisprudence relative à la faute de l'employeur ou à sa « légèreté blâmable » en atteste : une gestion manifestement non conforme à l'intérêt de l'entreprise prive nécessairement le licenciement de cause réelle et sérieuse⁽¹⁴¹⁾. Il est également possible de retenir que le juge a le pouvoir de vérifier que l'employeur a tout mis en œuvre pour préserver le lien contractuel, s'attachant à concilier au mieux les intérêts du salarié et ceux de l'entreprise ou du groupe⁽¹⁴²⁾. Les obligations individuelles d'adaptation et de reclassement à la charge de l'employeur témoignent de la nécessité pour celui-ci de démontrer que le salarié n'a plus

(136) M.-L. Morin, *L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique de licenciement*, in *L'emploi en rupture*, ss dir. B. Gomel, D. Méda et E. Serverin, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 168.

(137) A. Lyon-Caen, *Le contrôle judiciaire des motifs économiques et ses turbulences : Dr. ouvrier* 2007, p. 157.

(138) « Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible, sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement » (Déclaration du ministre du Travail : JOAN CR 30 mai 1973, p. 1699).

(139) L. de Launay, préc., n° 31.

(140) L. de Launay, préc., n° 31.

(141) Telle est la position de la Cour de cassation qui retient que la cour d'appel « a pu en déduire que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse » (Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10.30-045, préc.).

(142) Postulat qui ressort des termes mêmes des arrêts *Pages Jaunes* qui prévoient que la réorganisation de l'entreprise doit être destinée à « prévenir des difficultés économiques (...) et leurs conséquences sur l'emploi ».

sa place dans l'entreprise ou le groupe, fût-ce par voie de modification du contrat de travail. Le licenciement est bien *l'ultima ratio*.

SECTION 2

LE GROUPE, AIRE DE RECLASSEMENT

324. – La Cour de cassation retient que le groupe de reclassement « ne se confond pas avec le groupe juridiquement défini par l'article [L. 2331-1] du Code du travail relatif à la constitution du comité de groupe »⁽¹⁴³⁾. La cour développe ainsi une conception autonome du groupe pour les besoins du reclassement des salariés⁽¹⁴⁴⁾. De ce périmètre les contours doivent être précisés (§ 1). Dans cette aire, le fondement de l'obligation doit être recherché (§ 2) afin d'identifier son débiteur (§ 3).

§ 1. – L'impératif de reclassement

325. – **Droit civil.** La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, pose le principe selon lequel l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, doit assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi⁽¹⁴⁵⁾. Ce fondement de la loyauté dans l'exécution du contrat de travail a été utilisé à d'autres reprises, notamment en ce qui concerne l'obligation de reclassement du salarié menacé par un licenciement pour motif économique⁽¹⁴⁶⁾. « Caractéristique de la conception actuelle de la stabilité de l'emploi », une telle « obligation de loyauté, de coopération est destinée à assurer la pérennité du lien contractuel »⁽¹⁴⁷⁾. S'il a pu être soutenu que la jurisprudence faisait « prévaloir la logique du maintien du salarié dans l'entreprise sur celle fondée sur le pouvoir d'organisation appartenant à l'employeur »⁽¹⁴⁸⁾, le juriste ne doit pas se méprendre. L'équilibre traditionnel des pouvoirs dans l'entreprise n'est pas altéré. L'employeur demeure seul responsable de la gestion de son entreprise. Il reste libre d'effectuer les choix de gestion « au moment qui lui paraît le plus favorable pour l'intérêt de l'entreprise »⁽¹⁴⁹⁾. Ce recours à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, ne fait que traduire la « vitalité du contrat de travail », qui se manifeste par un enrichissement de son contenu, non à travers une autonomie souvent revendiquée, mais par une simple référence aux règles du droit civil⁽¹⁵⁰⁾.

(143) Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 98-43.897, inédit.

(144) Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 57 ; *JCP S* 2009, 1190, comm. P.-Y. Verkindt.

(145) Cass. soc., 25 févr. 1992, *Expovit*, préc.

(146) Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 89-41.548 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 258 ; *JCP E* 1992, II, n° 360. – V., également, D. Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, in *Mél. H. Blaise, Economica*, 1995, p. 125.

(147) G. Couturier, *Plans sociaux et exigences de reclassement* : *Dr. soc.* 1994, p. 439.

(148) M. Defossez : *D.* 1992, jurispr. p. 390.

(149) J. Savatier, *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?* : *Dr. soc.* 1990, p. 154.

(150) A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299. – V., également, J. Pellissier, *Droit civil et contrat individuel de travail* : *Dr. soc.* 1988, p. 387.

326. – Lien contractuel. Si cette position est légitime concernant le reclassement au sein des établissements de l'entreprise, elle demeure plus incertaine s'agissant des recherches de reclassement au sein des autres entreprises du groupe. Des auteurs estiment que « ce rattachement forcé et artificiel de l'obligation de reclassement au devoir de loyauté n'emporte pas la conviction »⁽¹⁵¹⁾. Néanmoins, la justification contractuelle n'est pas incongrue. L'obligation de reclassement au sein du groupe trouve son origine dans les rapports entretenus par les différentes sociétés du groupe et dans les liens tissés par le salarié avec le groupe et, par extension, avec ces différentes sociétés. L'obligation doit ainsi se concevoir comme le corollaire de la force de travail que le salarié a apporté au groupe dans les différents emplois qu'il a occupés au sein des sociétés qui le composent⁽¹⁵²⁾. La survivance d'un lien contractuel tout au long de la présence du salarié dans le groupe abonde en ce sens.

§ 2. – Le périmètre de reclassement

327. – Tant le Conseil d'État⁽¹⁵³⁾ que la Cour de cassation⁽¹⁵⁴⁾ considèrent que les recherches de reclassement préalables à un licenciement pour motif économique ne se limitent pas à l'entreprise mais s'étendent à l'ensemble du groupe. La Cour de cassation trace les contours du groupe de reclassement en retenant que les possibilités de reclassement des salariés 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 »⁽¹⁵⁵⁾. La définition de la Cour de cassation se décompose en deux parties : l'existence d'un groupe, d'une part, dans lequel la permutabilité du personnel est possible, d'autre part. Si le groupe n'est pas défini, c'est que son existence est posée comme une donnée acquise. Pour déterminer le périmètre précis du groupe, il faut se tourner vers l'ensemble dans lequel la permutabilité du personnel est possible. Le groupe de reclassement⁽¹⁵⁶⁾ se définit alors par des activités (I), une organisation (II) et des lieux d'exploitation (III) permettant la permutabilité de tout ou partie du personnel.

I. – Des activités

328. – Similarités. La permutabilité des salariés suppose que les activités soient identiques ou similaires. La permutation ne peut se faire qu'au sein de métiers communs ou connexes. Si la figure de l'unité économique et sociale pointe, le

(151) J. Kibalo-Adom, *L'obligation de reclassement et les groupes de dimension internationale* : D. 1999, p. 310.

(152) V., R. Kessous : *Dr. soc.* 1992, préc.

(153) CE, 7 avr. 2011, n° 334211, *Sté Weleda*.

(154) Cass. soc., 5 avr. 1995, préc.

(155) La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a consacré pour partie cette jurisprudence. L'article L. 1233-4 du Code du travail dispose ainsi que tout licenciement pour motif économique, individuel ou collectif, ne peut être décidé que si les « efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés » et qu'aucune solution de reclassement ne peut être trouvée « dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient ». Mais le législateur ne s'est pas attaché à définir le groupe. La Cour de cassation a donc maintenu la définition du groupe de reclassement telle qu'elle ressort des termes des arrêts du 5 avril 1995. V., en ce sens, Cass. soc., 15 févr. 2011, n° 09-67.354, inédit. – Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-45.504, inédit.

(156) Sur le concept de groupe de reclassement, V., C. Jacquélet, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. Martinon, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 27.

rapprochement ne doit pas être fait précipitamment. Le groupe de reclassement exclusivement façonné pour la mobilité n'est pas assimilable à l'unité économique et sociale⁽¹⁵⁷⁾. Celle-ci se caractérise tant par une concentration des pouvoirs de direction et la similarité ou la complémentarité des activités des différentes entités que par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires conduisant, en pratique, à une certaine permutabilité. La communauté de travailleurs n'implique pas nécessairement la permutabilité⁽¹⁵⁸⁾. Celle-ci, posée comme indice du groupe de reclassement, n'est qu'un accessoire s'agissant de la reconnaissance d'une unité économique et sociale.

329. – Mutations. La notion de permutabilité renvoie à la notion de déplacement des salariés. Ce sont les mutations possibles qui déterminent le périmètre du reclassement. Cependant, il s'agit moins de se préoccuper des implications juridiques de l'opération que de sa réalisation concrète. C'est pour cette raison que la chambre sociale a préféré le terme de permutation à celui de mutation⁽¹⁵⁹⁾. C'est à l'interchangeabilité des salariés qu'il est fait allusion. Selon un auteur, l'utilisation du préfixe « per » ajouté pour « éviter toute confusion avec la notion classique de mutation, indique que les déplacements des salariés pourraient intervenir entre entreprises par un système souple d'équivalence de poste »⁽¹⁶⁰⁾.

330. – Des cours d'appel ont pu retenir que la permutabilité des salariés n'était envisageable qu'au sein du même secteur d'activité du groupe⁽¹⁶¹⁾. Si le parallèle avec le périmètre d'appréciation du motif économique est tentant, il reste irrecevable. Il est trop restrictif de limiter la recherche de reclassement au seul secteur d'activité dans la mesure où les compétences du salarié n'en dépendent pas nécessairement ; elles peuvent transcender le secteur⁽¹⁶²⁾.

II. – Une organisation

331. – Permutabilité organisée. Dans les cas les plus évidents, le périmètre du groupe de reclassement s'identifie en constatant des permutations effectives entre entreprises juridiquement distinctes. De même, la formalisation par l'employeur d'une mobilité interentreprises par voie de conventions ou d'accords collectifs ou de contrats individuels de travail est de nature à caractériser un groupe de reclassement. Ainsi, un tel groupe est caractérisé lorsque la permutabilité du personnel est

(157) « L'UES, entreprise complexe, n'est pas nécessairement un espace de permutabilité pertinent. Elle peut (...) regrouper des sociétés très différentes dont les salariés ne partageront pas beaucoup plus que des instances de représentation (...). La reconnaissance d'une UES peut camoufler une véritable césure entre la structuration de la représentation du personnel et celle des relations individuelles. Dans cette perspective, rien ne justifie que l'obligation de reclassement oublie son périmètre spatial naturel pour coller à une UES reconnue à d'autres fins » (J. Daniel, *La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES* : JCP S 2007, 1931).

(158) Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 91-60.241 : Bull. civ. 1992, V, n° 268.

(159) V., en ce sens, les conclusions de l'avocat général R. Kessous pour l'arrêt du 25 juin 1992 (Cass. soc., 25 juin 1992, n° 90-41.244 : Bull. civ. 1992, V, n° 420 ; Dr. soc. 1992, p. 826).

(160) Q. Urban, *Le licenciement pour motif économique et le groupe* : Dr. soc. 1992, p. 272.

(161) CA Paris, 3 déc. 1997, n° 33478/97 : JurisData n° 1997-024101. – CA Aix-en-Provence, 9 oct. 2002, n° 00/18901 : JurisData n° 2002-203265.

(162) Des auteurs considèrent dans le même sens que limiter le groupe de reclassement au seul secteur d'activité « reviendrait à considérer que toutes les sociétés adhérant à un même syndicat professionnel de branche devraient être comprises dans le groupe de reclassement » (R. Goury, X. Jaspard et E. Pennec, *Société de gestion, notion de groupe et obligation de reclassement* : JCP S 2010, 1255).

organisée par accord collectif conférant aux salariés une identité de statut collectif quelle que soit la mobilité au sein du groupe⁽¹⁶³⁾. De même, « lorsque le contrat de travail prévoit que le salarié pourra être affecté dans des filiales, sociétés mères ou partenaires de l'employeur et que plusieurs salariés ont été affectés dans ces entreprises, il en résulte l'existence d'un groupe d'entreprises au sein desquelles la permutation est possible », identifiant ainsi un groupe de reclassement⁽¹⁶⁴⁾. Divers éléments de fait sont recherchés afin de caractériser une gestion commune d'un ensemble de sociétés⁽¹⁶⁵⁾ : une direction commune⁽¹⁶⁶⁾, des relations de partenariat⁽¹⁶⁷⁾, une représentation commune vis-à-vis des tiers qui se manifeste par un papier à en-tête identique, les mêmes coordonnées, un même numéro de téléphone, un siège social commun où s'est tenue une réunion ayant pour objet d'examiner les possibilités de reclassement au sein des sociétés⁽¹⁶⁸⁾.

332. – Dépendance économique. La dépendance économique entre les entités doit être dépassée pour caractériser le groupe de reclassement. La seule imbrication des capitaux entre plusieurs sociétés est insuffisante, à elle seule, pour caractériser un tel ensemble⁽¹⁶⁹⁾. De même, l'absence totale de liens financiers ne permet pas d'exclure, par principe, la caractérisation d'un groupe de reclassement. Certaines décisions admettent ainsi qu'une association dont un certain nombre de sociétés étaient membres constituait avec celles-ci un groupe de reclassement⁽¹⁷⁰⁾. Des « relations fortes de collaboration et de gestion » entre l'association et ses membres suffisent à le caractériser.

333. – Réseau franchisé. La question peut apparaître concernant les réseaux de franchise. L'intégration à un réseau de franchise est lourde de conséquences. Dans ces hypothèses, la société propriétaire de la franchise impose des directives en échange de l'utilisation de la marque. Le franchisé est privé de toute initiative de gestion de son entreprise, qu'il s'agisse du mode de production, de la politique commerciale ou de la gestion comptable et financière. S'exerce une « tutelle permanente et systématique »⁽¹⁷¹⁾. Le franchisé se trouve ainsi à l'égard de son partenaire

(163) Cass. soc., 12 juin 2002, n° 00-40.908, inédit.

(164) Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-41.838 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 368 ; *Dr. soc.* 1999, p. 1112, obs. G. Couturier.

(165) Cass. soc., 10 févr. 2009, n° 07-45.712, inédit.

(166) Cass. soc., 22 janv. 2008, n° 06-44.915, inédit.

(167) Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-45.656, inédit.

(168) Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.708 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 83 ; *JCP S* 2009, 1295, comm. A. Barège : décision rendue en matière de reclassement pour inaptitude.

(169) Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 96-40.626 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 459 ; *RJS* 1998, n° 1456.

(170) « Une association, gérant une gare routière, peut constituer, avec d'autres entreprises de transports, un groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être examinées » (Cass. soc., 23 mai 1995, n° 93-46.142, inédit). – « Mais attendu que la cour d'appel, qui a entendu viser France Télécom et La Poste au titre des structures avec lesquelles l'association ACL entretenait des relations fortes de collaboration et de gestion et au sein desquelles une permutation aurait pu être envisagée et en a déduit que l'employeur n'avait pas respecté son obligation de reclassement en n'effectuant aucune recherche auprès de ces entreprises, a légalement justifié sa décision » (Cass. soc., 13 févr. 1998, n° 06-45.567, inédit).

(171) « Par ses contrôles, dont les modalités sont prévues par des clauses spécifiques du contrat d'intégration pouvant inclure des visites dans les locaux de son partenaire, [l'intégrateur] est en mesure de s'assurer que ses directives sont correctement appliquées et dispose du pouvoir de sanctionner, par la résiliation ou le non-renouvellement du contrat, leur non-respect par l'intégré. À travers les pouvoirs d'organisation, de direction et de contrôle qui lui sont contractuellement reconnus ou qui résultent du rapport de force sur lequel se construit la relation d'intégration, l'intégrateur exerce par conséquent une tutelle permanente et systématique sur l'entreprise intégrée » (F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, LGD), coll. « Bibl. de l'Institut André Tunc », t. 13, 2007, n° 156).

dominant dans un état de subordination proche de celui d'un salarié à l'égard de son employeur. Le contrat de franchise recèle en son sein une ambiguïté saisissante puisqu'il organise l'ingérence de la franchise dans la gestion de l'entreprise franchisée tout en maintenant la qualité d'entrepreneur juridiquement indépendant de cette dernière, qui supporte seule les risques de son exploitation. Le réseau de franchise doit, dans sa philosophie, être apparenté au groupe de sociétés en ce qu'il est source de distorsion juridique. Les juridictions du fond ont rendu des décisions hétérogènes : certaines considèrent que l'appartenance à un réseau de franchise n'exclut pas une indépendance totale à l'égard du franchiseur⁽¹⁷²⁾ ; d'autres admettent que l'existence d'un contrat de franchise ne suffit pas, en tant que tel, à justifier la permutabilité des salariés entre la société franchisée et le franchiseur⁽¹⁷³⁾. Les sociétés franchisées développent les mêmes *process* de production, davantage même que dans un groupe de sociétés dont les activités peuvent n'être que connexes. La permutabilité des salariés en est renforcée. Le réseau de franchise offre au groupe de reclassement un périmètre adapté.

334. – Les fonds d'investissement. Même si les liens capitalistiques entre les sociétés importent peu, ils restent des indices concourant à circonscrire le groupe de reclassement. Des cours d'appel⁽¹⁷⁴⁾ ont été saisis de la question suivante : une société détenue par un fonds commun de placement à risques (FCPR), lui-même géré par une société de gestion, doit-elle, avant tout licenciement pour motif économique, procéder à des recherches de reclassement auprès des autres sociétés du portefeuille du FCPR concerné, voire auprès des autres sociétés détenues par l'ensemble des FCPR gérés par une même société de gestion ? L'objet même des FCPR est la prise de participation financière dans d'autres sociétés. Les sociétés choisies n'ont pas nécessairement des activités communes, à la différence d'un groupe de sociétés dont un ou plusieurs secteurs d'activité peuvent être nettement identifiés. Les dirigeants des différentes sociétés détenues par les FCPR sont distincts et les sociétés n'entretiennent pas nécessairement de relation de partenariat. Chaque prise de participation est autonome par rapport aux autres. Les cours d'appel de Versailles et de Douai ont recherché l'existence d'un faisceau d'indices permettant de caractériser un groupe de reclassement. Ainsi la cour d'appel de Versailles a-t-elle retenu que les éléments de fait ne permettaient pas de « constater une convergence directionnelle, une continuité d'intérêts entre ces sociétés (...) ouvrant, en considération de leur lieu d'exploitation, une possibilité de permuter tout ou partie de leur personnel ». La cour d'appel de Douai s'est contentée de rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation : « La seule détention d'une partie du capital d'une société par une autre n'implique pas la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie du personnel, ni son activité, ni son organisation ni le lieu d'exploitation qui sont ceux d'un gestionnaire de fonds, ne permettraient la permutabilité du personnel d'une entreprise (...), de sorte qu'elle ne fait pas partie du groupe au sens des besoins de reclassement des personnels concernés par un projet de licen-

(172) CA Aix-en-Provence, 15 mai 2006, n° 05/09635 : *JurisData* n° 2006-308492.

(173) CA Montpellier, 18 févr. 2009, n° 08/06651 : *JurisData* n° 2009-378948.

(174) CA Versailles, 3 févr. 2010, n° 09/09068 et 09/09154. – CA Douai, 27 nov. 2009, n° 08/03825.

ciement ». Ces deux arrêts ne sont toutefois pas novateurs. Ils ne font que confirmer la position adoptée par la Cour de cassation dans l'affaire *Rivoire et Carret* le 3 décembre 2008⁽¹⁷⁵⁾. Après avoir rappelé la définition du groupe de reclassement, la cour a retenu que « tel n'était pas le cas entre les sociétés financières gérant des fonds de placement et les sociétés dans lesquels ces fonds étaient investis ». En définitive, les FCPR, les sociétés dans lesquelles ils détiennent une participation et leurs sociétés de gestion ne forment pas, intrinsèquement, un groupe de reclassement. Une réserve doit néanmoins être émise dans l'hypothèse où le FCPR et ses sociétés de gestion outrepasseraient leurs rôles respectifs, se comportant, en fait, comme un groupe véritable, s'immisçant dans la gestion des sociétés détenues en portefeuille.

III. – Un lieu d'exploitation

335. – La proximité géographique rend le reclassement des salariés plus aisé. Il est admis qu'en présence d'un groupe de dimension internationale, les recherches de reclassement doivent s'étendre aux entreprises situées à l'étranger dès lors que les législations nationales ne s'opposent pas à l'emploi de salariés étrangers⁽¹⁷⁶⁾. S'agissant des entreprises du groupe situées sur le territoire de l'Union européenne, cette réserve doit être écartée compte tenu des principes de libre circulation et de liberté du travail⁽¹⁷⁷⁾.

336. – Le groupe de reclassement peut, dans le cadre d'un groupe international, être délibérément restreint par le salarié. L'article L. 1233-4-1 du Code du travail prévoit une procédure spéciale de sollicitation du salarié lorsque « l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national ». Est désormais autorisé le recours à un questionnaire préalable dans lequel le salarié peut préciser les restrictions auxquelles il consent dans les offres de reclassement que doit lui soumettre son employeur. L'article L. 1233-4-1 du Code du travail est issu de la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de licenciement. Il ressort des débats parlementaires que l'objet de ce texte est de faire obstacle à certaines propositions de reclassement à l'étranger jugées indécentes en termes de rémunération⁽¹⁷⁸⁾. Des auteurs se demandent si cette loi n'apparaîtrait pas comme une confession par anticipation de l'impuissance du législateur à résoudre le problème des propositions indécentes de reclassement. Dès lors, la loi aurait-elle réellement pour objectif de garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement ? N'aurait-elle pas plus simplement pour finalité de limiter le périmètre des recherches de l'employeur en matière d'offre de reclassement⁽¹⁷⁹⁾ ?

(175) Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.684, inédit.

(176) Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-42.812 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 407 ; *RJS* 1998, n° 1352. – Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.304, inédit : *RJS* 1999, n° 644.

(177) En ce sens, V., CA Paris, 21^e ch., 26 avr. 2000, n° 98/33156 : *RJS* 2000, n° 924. Procède à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur appartenant à un groupe de sociétés dont la maison mère est située en Grande-Bretagne et dont une autre société, située en Allemagne, exerce une activité similaire à celle de la société française, qui n'a pas tenté de reclasser le salarié au sein des sociétés anglaise ou allemande alors que le statut juridique des travailleurs et les principes de libre circulation dans l'Union européenne permettent la permutabilité des personnels sans restriction de loi de police.

(178) V., AN, 25 juin 2009 : JOAN CR 26 juin 2009.

(179) A. Casado, *L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010* : *JCP S* 2011, 1001. – V., également, l'étude de la loi par D. Corrigan-Carsin, in *JCP E* 2010, 1970.

À notre sens, ces deux hypothèses doivent être dépassées et une troisième voie explorée. Il convient d'étendre le principe du questionnaire à l'ensemble des sites entrant dans le périmètre du groupe de reclassement, qu'ils soient situés à l'étranger ou sur le territoire national, à l'autre bout du monde ou dans le département voisin. Le questionnaire doit être utilisé afin de déterminer avec précision les attentes du salarié pour lui proposer des offres de reclassement « sur mesure ». Il faut mettre fin à l'hypocrisie qui consiste à contraindre l'employeur à proposer toutes les offres de reclassement avec une obligation d'exhaustivité alors même que le salarié sait qu'il en refusera certaines. L'obligation de recherche de reclassement ne doit plus seulement être animée par une logique indemnitaire, sur le terrain de l'absence de cause réelle et sérieuse. D'aucuns évoqueront le risque pour le salarié, en multipliant les exigences, de voir les listes de postes se muer en peau de chagrin, et pour l'employeur de se voir imposer des recherches plus précises, donc plus longues, avec la crainte d'en oublier une. Sa défaillance sera automatiquement exploitée. Pour y remédier, il appartient à l'employeur d'établir un questionnaire équilibré. Le questionnaire ne doit prévoir que des restrictions sur le lieu, la fonction et le niveau de rémunération.

§ 3. – Le débiteur du reclassement

337. – L'article L. 1233-61 du Code du travail dispose que dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi qui intègre, notamment, un plan de reclassement. Le deuxième alinéa de l'article L. 1235-10 du Code du travail décide que « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe ». Aucun titulaire de l'obligation de reclassement n'est identifié formellement. Une dilution de cette obligation n'est pas à exclure. Tout dépend de la manière dont l'obligation de reclassement dans le cadre du groupe est envisagée. Entre plusieurs conceptions (I) la jurisprudence a dû trancher (II).

I. – Les termes du débat

338. – **Conception raisonnable.** Une conception modérée conduit à imposer à la seule société dans laquelle des licenciements sont envisagés une obligation de reclassement. Elle seule a l'obligation de rechercher, au niveau du groupe auquel elle appartient, des possibilités de reclassement pour ses salariés. Le dirigeant de la filiale doit, dans cette perspective, contacter les autres sociétés du groupe pour les interroger sur les possibilités de reclassement qu'elles peuvent proposer. À défaut, le plan de sauvegarde de l'emploi encourt l'annulation⁽¹⁸⁰⁾, de même que les licenciements prononcés seront reconnus sans cause réelle et sérieuse⁽¹⁸¹⁾.

(180) C. trav., art. L. 1235-10.

(181) C. trav., art. L. 1233-3.

339. – Cette position est certes respectueuse du principe d'autonomie juridique des sociétés membres d'un même groupe mais elle ne permet pas de conférer à la recherche de reclassement l'efficacité nécessaire. La filiale n'est pas à même de coordonner avec une efficacité réelle l'effort de reclassement⁽¹⁸²⁾. De plus, si la filiale est en proie à des difficultés menaçant la continuité de son exploitation, les salariés pourraient, dans une situation extrême, être dans l'impossibilité de se retourner contre elle en cas de manquement à cette obligation. Ils ne peuvent, le cas échéant, qu'exercer une action en responsabilité à l'encontre de la société, coupable d'avoir manqué à ses obligations. Mais la société étant peu solvable, la créance de dommages-intérêts n'est guère attractive. De plus, les dirigeants sont à l'abri d'une action en responsabilité personnelle derrière l'écran de la personnalité morale.

340. – **Conception audacieuse.** Une approche plus audacieuse consiste à faire peser l'obligation de reclassement sur l'ensemble des sociétés du groupe. Chaque société serait alors débitrice de l'obligation de rechercher le reclassement des salariés d'une autre société du groupe. Le champ des responsables ouvert aux salariés est ainsi plus vaste.

II. – Les solutions du débat

341. – **Ouverture.** La voie de la conception audacieuse a été empruntée par le tribunal de grande instance de Péronne⁽¹⁸³⁾. Sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, plusieurs sociétés du groupe *Unichips* ont été condamnées à verser des dommages-intérêts aux salariés d'une société française, en liquidation judiciaire, en réparation de la faute consistant à ne pas avoir mobilisé leurs propres moyens au soutien du plan social. Or, précise la décision, « le législateur a nécessairement fait peser sur les sociétés valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté ». Formellement, l'article L. 1235-10 du Code du travail ne met aucune obligation à la charge des sociétés constitutives d'un groupe. Il n'est question que de l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi.

342. – **Incohérences.** Le jugement du tribunal de Péronne condamne des sociétés appartenant à un groupe international mais sans jamais préciser leurs rôles respectifs au regard du reclassement des salariés. La décision se fonde sur l'existence d'un « pouvoir de contrôle (...) apprécié par rapport à l'immixtion directe ou indirecte dans la gestion de l'entreprise ». Que les sociétés du groupe soient tenues d'agir activement dans la recherche de reclassement est une chose, mais il conviendrait alors que leur degré de responsabilité soit évalué à l'aune de leurs liens avec la société auteur des licenciements.

343. – La décision heurte également le principe de territorialité de la loi française en vertu duquel seuls les salariés rattachés à l'activité d'un employeur en France

(182) « L'obligation apparaît non seulement légère, mais également très formelle, et assez peu utile, finalement. Faire peser sur la seule filiale employeur l'obligation de rechercher un reclassement dans le groupe revient à rechercher une fin, le reclassement, sans s'en donner les moyens » (A. Cœuret et B. Dondero, *Le reclassement des salariés, le groupe de sociétés, et le FCPR* : JCP E 2010, 1915).

(183) TGI Péronne, 18 août 2009, n° 07/00856 : JCP S 2009, 1409, obs. P. Morvan ; JSL 2009, n° 267-268, p. 4, obs. G. Auzero.

bénéficient des dispositions du droit du travail français⁽¹⁸⁴⁾. Il apparaît douteux que le droit français revête une portée extraterritoriale et puisse aboutir à la condamnation d'une société de droit étranger, en l'absence de toute situation de coemploi. De plus, le jugement condamne les sociétés membres du groupe mais reste silencieux sur sa définition. S'agit-il du groupe au sens du périmètre de mise en place d'un comité de groupe ou du groupe de reclassement ? La portée des responsabilités en dépend.

344. – S'il énonce des fondements juridiques, le jugement du tribunal de Péronne semble avant tout animé de considérations morales. Il tend à condamner des sociétés solvables d'un groupe auquel appartient une société placée en liquidation judiciaire. On comprend aisément la frustration des salariés d'avoir à subir l'insolvabilité de leur entreprise alors que les autres sociétés du groupe sont solvables, voire bénéficiaires. Mais la construction d'une décision ne saurait être fondée sur des questions d'opportunité⁽¹⁸⁵⁾.

345. – **Clôture des débats.** La décision a fait l'objet d'une cassation sans renvoi. Au visa, notamment, de l'article L. 1233-4 du Code du travail, la Cour de cassation retient 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. 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 »⁽¹⁸⁶⁾. Dans son communiqué, la Cour de cassation rappelle que l'appartenance à un même groupe n'a pas pour effet de créer une solidarité entre ses membres au bénéfice du personnel de l'un d'eux. Il ne sera donc possible d'imputer à une autre entreprise du même groupe un manquement à l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur que si elle a pris personnellement un engagement en ce sens⁽¹⁸⁷⁾ ou si elle s'est comportée en coemployeur des salariés⁽¹⁸⁸⁾. Cette qualité de coemployeur ne peut découler de la seule inclusion de l'entreprise dans le périmètre de reclassement du groupe. La porte ouverte par le jugement du tribunal de grande instance de Péronne doit être refermée. Une précision doit néanmoins être apportée. Le fait que l'entreprise qui envisage les licenciements soit la seule débitrice de l'obligation de reclassement ne signifie pas une totale impunité des autres sociétés du groupe qui refuseraient tout concours dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. Leur responsabilité

(184) Cass. soc., 23 sept. 2008, n° 07-42.862 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 171 ; *JCP S* 2008, 1564, note J. Grangé et B. Alix.

(185) « Même si elle vise à mettre fin à des pratiques blâmables dans les groupes de sociétés internationaux, cette audace risque de ne pas convaincre le juge du droit. Le sentiment est que le raisonnement (...) qui en appelle à la logique, touche presque sa cible mais qu'il lui manque un chaînon pour atteindre et rallier tous les suffrages. L'interprète se laisse volontiers guider par l'habileté du propos mais, en définitive, n'effectue pas l'ultime saut intellectuel indispensable à la démonstration » (P. Morvan, *L'étrange action en justice Flodor. Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement de salariés dans une filiale en difficulté ?* : *JCP S* 2009, 1489).

(186) Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5. – J.-M. Olivier, *L'affaire Flodor : suite et presque fin* : *JCP S* 2010, 1225 ; *Dr. soc.* 2010, p. 474, obs. G. Couturier ; *JCP E* 2010, 1206, note S. Béal et A.-L. Dodet ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 214, note G. Loiseau.

(187) Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-42.746, inédit.

(188) Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109.

peut toujours être recherchée dès lors qu'une faute peut être caractérisée. C'est pour cette raison que la Cour de cassation retient que l'appartenance au même groupe ne justifie pas, à elle seule, la condamnation d'une société à l'égard des salariés d'une autre. La porte ouvrant sur des responsabilités multiples n'est pas définitivement fermée.

CONCLUSION DU TITRE 2

346. – La figure de la filiale employeur disparaît derrière celle du groupe dès lors que la relation de travail commence à être exécutée. Une référence au contrat de travail apparaît superfétatoire. Doit-on espérer « la mort du contrat de travail au profit d'un contrat de dépendance fondé sur la nature des rapports économiques liant des individus »⁽¹⁸⁹⁾ au groupe ? Une réponse positive s'avère impossible en raison de l'absence de personnalité juridique du groupe.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

347. – La persistance d'un lien contractuel en dépit des mobilités au sein des différentes filiales et l'intégration à une communauté de travail dépassant le cadre de l'entreprise forgent le sentiment d'appartenance du salarié au groupe de sociétés. Davantage qu'un « ensemble de sociétés apparemment autonomes (...) soumises à une direction économique commune »⁽¹⁹⁰⁾, le groupe se rapproche de l'employeur.

348. – De la discordance permanente entre unité économique et pluralisme juridique naît le divorce entre fait et droit au sein du groupe de sociétés. En fait, le groupe décide. En droit, la filiale est responsable. Une mise en cohérence s'impose. À défaut, « il n'y aura plus de droit social sans une réglementation précise des groupes »⁽¹⁹¹⁾.

(189) A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit social* : Dr. soc. 2010, p. 738.

(190) C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, coll. « Bibl. dr. commercial », t. 5, 1962.

(191) G. Lyon-Caen, *Observations sur les licenciements dans les groupes internationaux de sociétés* : Rev. crit. DIP 1974, p. 439.

LE GROUPE, UNE RESPONSABILITÉ SUGGÉRÉE

349. – Être responsable, c'est assumer les conséquences de ses actes, de ses choix, et en rendre compte. Si la responsabilité peut être légalement limitée, « il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée »⁽¹⁾. Le sanctuaire de la personnalité morale dans lequel se réfugie le groupe de sociétés pour échapper à toute forme de responsabilité doit être violé. Que les créanciers d'une filiale ne pouvant honorer ses dettes soient dans l'impossibilité de se retourner contre la société mère du groupe est une aberration. La « responsabilisation » des groupes s'impose. Si le défaut de personnalité juridique du groupe annihile toute action contre cet ensemble, la responsabilité de la société mère peut être recherchée. Parce qu'elle représente le groupe et constitue le centre de décision, la responsabilité de celle-ci doit pouvoir être engagée. Le droit offre un certain nombre de mécanismes juridiques afin d'y parvenir. Un effort de classification permet de distinguer les mécanismes de responsabilité qui s'imposent à la société mère (Titre 1) de ceux qui relèvent d'une organisation par la société de sa propre responsabilité (Titre 2).

(1) N. Sarkozy, 25 oct. 2007, *Discours de clôture du Grenelle de l'environnement*, Palais de l'Élysée, Paris.

TITRE 1

UNE RESPONSABILITÉ RÉVÉLÉE

350. – La responsabilité de la société mère s’articule autour de la *summa divisio* de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Concernant la responsabilité délictuelle, le droit social ne prévoit aucun régime particulier. La recherche doit être conduite sur les terrains de l’article 1384 du Code civil (Chapitre 2). Concernant la responsabilité contractuelle, le droit du travail, par un recours à la technique du coemploi, offre un mécanisme de responsabilité partagée (Chapitre 1).

UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE PARTAGÉE

351. – L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres ». L'article 1102 du même code poursuit en retenant que le contrat est synallagmatique « lorsque les contractants s'obligent les uns envers les autres ». De part et d'autre de l'obligation, singulier et pluriel se côtoient⁽¹⁾. Si plusieurs participants peuvent concourir à une même opération en adhérant à un acte unique ou à un groupe de contrats distincts⁽²⁾, une opération à deux personnes peut se ramifier sans perdre son unité. À ces constats, le droit du travail ne fait pas exception. Organisée dans un schéma binaire, la relation contractuelle peut voir l'une des parties contractantes se dédoubler⁽³⁾. Le coemploi conjugue ainsi au pluriel l'acte singulier qu'est le contrat de travail. Dans cette hypothèse, le salarié n'a pas un, mais plusieurs débiteurs des obligations découlant du Code du travail. La qualité de coemployeur ou d'employeurs conjoints se dégage d'éléments factuels autour de critères de reconnaissance définis par la jurisprudence (Section 1). Cette dualité factuelle d'employeurs emporte des conséquences juridiques importantes (Section 2).

(1) « Par goût de la simplicité, par individualisme atavique ou pour tout autre motif, on dépeint d'ordinaire le contrat sous la forme d'un tête-à-tête pacifique, conduisant à la poignée de mains du vendeur et de l'acheteur qui, de nos jours encore, suffit à sceller le pacte sur les marchés à bestiaux. Semblablement, la référence au duel judiciaire inscrit-elle le procès dans le face-à-face des deux plaideurs, selon les traditions de la chevalerie ou du *far-west*. Mais les faits démentent l'imagerie : que de procès où le duel tourne à la mêlée, que de contrats où le duo se fait chœur » (P. Catala, préf. in R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1990, p. XIII).

(2) Sur l'enchevêtrement des obligations conventionnelles dans les groupes de contrats, V., B. Teysssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », Paris, 1975.

(3) Depuis longtemps (Cass. soc., 1^{er} févr. 1961 : *Bull. civ.* 1961, IV, 1961, n° 46), « des considérations d'ordre pratique (...) ont conduit la jurisprudence à décider que, dans le groupe, le salarié pouvait avoir plusieurs employeurs » (B. Boubli, *La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, préc., p. 25).

LE FONDEMENT DU PARTAGE DE RESPONSABILITÉ

352. – Mal définie, la notion de coemployeur semble osciller entre deux approches. Une approche juridique, centrée sur l'existence d'un lien de subordination, qui suppose un partage effectif du pouvoir de direction, par laquelle chacune des deux sociétés donne conjointement ou alternativement des directives à la même collectivité de travail. Une approche économique, par laquelle sont réputées coemployeurs les sociétés unies par la confusion de leurs intérêts, de leurs dirigeants, de leurs activités et de leurs moyens de production⁽⁴⁾. À cette vision dichotomique doit être préférée une approche combinatoire. Le coemploi suppose, d'une part, un ensemble uni par la confusion des intérêts, des activités et des directions⁽⁵⁾ et, d'autre part, l'existence d'un lien de subordination entre les salariés et chacune des sociétés de cet ensemble⁽⁶⁾. Cependant, la notion de coemploi devant être mise en cohérence avec celle d'employeur, les coemployeurs sont alors ceux qui partagent le pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. La reconnaissance du coemploi suppose dès lors que la société mère se comporte : comme un employeur de fait et qu'elle exerce directement ou indirectement, à l'égard des salariés de sa filiale, un pouvoir de direction et de contrôle de leur activité. Le principe demeure ainsi de l'indépendance des sociétés dans l'exercice de leurs prérogatives d'employeur, laquelle s'avère compatible avec une communauté d'intérêt, d'activité et de direction, dans leurs rapports respectifs. La Cour de cassation veille à l'effectivité de ce principe. Aussi retient-elle que « le salarié d'une entreprise, ferait-elle partie d'un groupe, ne peut diriger une demande salariale que contre son employeur »⁽⁷⁾. Elle décide également qu'un salarié ne peut accepter, par avance, au moyen d'une clause de mobilité applicable au sein du groupe, un changement d'employeur⁽⁸⁾. De plus, en matière de licenciement pour motif économique prononcé par une société du groupe, la Cour de cassation estime que l'obligation de reclassement n'incombe qu'à l'employeur juridique et ne peut échoir, en tant qu'elle implique une démarche positive de recherche de reclassement, à une société du même groupe ; notamment la société mère, même si celle-ci eût été plus à même de répondre aux solutions de reclassement⁽⁹⁾.

(4) Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 09-69.689 : *JurisData* n° 2011-013592.

(5) Notons cependant qu'une situation de coemploi ne pourra être caractérisée qu'en application de la loi française. La Cour de cassation retient ainsi que « le droit de l'État de New York étant seul applicable à la demande de reconnaissance de la qualité de coemployeur, le grief visé dans la troisième branche du moyen est inopérant » (Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-28.537 : *JCP S* 2012, act. 101, obs. N. Dauxerre). Par suite, la situation de coemploi ne peut être reconnue.

(6) Cass. soc., 9 juin 2004, n° 01-43.802, inédit.

(7) Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 04-40.332 : *JCP S* 2007, 1698, note G. Blanc-Jouvan ; *RDT* 2007, p. 584, obs. Ph. Waquet.

(8) Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 191 ; *RDT* 2009, p. 647, note G. Auzero et B. Lardy-Pélessier ; *Rev. Lamy dr. aff. nov.* 2009, p. 49, note P.-H. Antonmattéi ; *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1416, p. 12, note F. Aubonnet et L. Gamet ; *RDC* 2010, p. 151, note Ch. Neau-Leduc ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 17, note A. Chirez ; *LPA* 4 mars 2010, p. 9, note B. Saintourens.

(9) Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *JCP S* 2010, 1225, note J.-M. Olivier ; *JCP E* 2010, 1332, note Ph. Mélin et F. Mélin ; *Dr. soc.* 2010, p. 474, note G. Couturier ; *D.* 2010, p. 1129, note B. Dondero et B. Lardy-Pélessier ; *RDT* 2010, p. 230, note F. Géa ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 214, note G. Loiseau. Dans le même esprit, la Cour de cassation retient que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi ne pèse que sur l'employeur, peu important que celui-ci soit adhérent d'un GIE constituant une unité économique et sociale, que l'ensemble des entreprises du groupe ait une communauté d'intérêts, possède une direction unique et que leurs salariés soient regroupés dans une même communauté de travail : V., Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 26 ; *JCP S* 2009, 1174, note F. Dumont ; *Dr. soc.* 2009,

353. – Partant, le coemploi confère au lien de subordination un effet relatif (§ 1). L'approche économique prévaut (§ 2).

§ 1. – Le fondement économique

354. – **Confusion.** Le coemploi peut être présenté comme une situation de confusion entre des sociétés juridiquement distinctes en raison d'une forte imbrication des capitaux, d'une identité de siège social, de dirigeants, d'administrateurs. La Cour de cassation retient ainsi le coemploi sur le seul constat économique que des sociétés forment un « ensemble uni par la confusion de leurs intérêts, de leurs dirigeants, de leurs activités et de leurs moyens d'exploitation »⁽¹⁰⁾. Mais le coemploi suppose davantage qu'une simple concentration des pouvoirs de direction ou une complémentarité des activités⁽¹¹⁾. Cette seule condition conduirait à faire d'une unité économique et sociale un vaste champ de coemploi. Or, cette solution est exclue par la Cour de cassation⁽¹²⁾. Celle-ci, fût-elle « caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale », n'est pas l'employeur des salariés formant la communauté⁽¹³⁾, les sociétés qu'elle réunit n'ont pas, de ce fait, la qualité de coemployeurs. L'existence d'une communauté d'intérêts entre les sociétés du groupe est insuffisante pour caractériser une situation de coemploi quand bien même leur intégration serait organisée. Il ne suffit pas que deux sociétés appartiennent au même groupe pour que ces filiales soient reconnues coemployeurs du salarié⁽¹⁴⁾. C'est davantage « la gestion sociale de la société employeur qui peut le cas échéant justifier qu'une autre société du groupe soit considérée comme le coemployeur de salariés avec lesquels elle n'a pas contracté »⁽¹⁵⁾.

p. 497, note J. Savatier ; RDT 2009, p. 233, note J.-Y. Frouin ; *Dr. ouvrier* 2009, p. 309, note P. Darves-Bornoz. – V., également, B. Reynès, *Groupe de sociétés : la théorie du coemploi* : JCP S 2012, 1292.

(10) Cass. soc., 27 mars 2008, n° 07-40.229, inédit.

(11) Sur ce point, la jurisprudence européenne est univoque : « 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 » de sorte que « la filiale doit seule supporter les conséquences du non-respect de l'obligation de consultation des représentants du personnel » (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto c/ Fujitsu Siemens* : JCP S 2009, 1493, note E. Jeansen, en matière de licenciement pour motif économique).

(12) « Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé qu'il ne découlait pas de la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale entre les différentes sociétés la preuve que celles-ci étaient coemployeurs des salariés » (Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-42.229, inédit). – Par suite, le salarié présent dans le territoire d'une UES ne peut agir contre une autre entreprise que son employeur (Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-40.331 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 254 ; JCP S 2006, 2013, note R. Vatinet). Il ne peut solliciter le paiement de son salaire auprès d'une autre société de l'UES que celle qui, à son égard, a la qualité d'employeur, quand bien même celle-ci serait en liquidation judiciaire (Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 04-40.332 : JCP S 2007, 1698, note G. Blanc-Jouvan).

(13) Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 255 ; JCP S 2009, 1140, note G. Blanc-Jouvan ; *Dr. soc.* 2009, p. 500, obs. J. Savatier ; RDT 2009, p. 228, note B. Lardy-Pélissier ; D. 2009, p. 986, note F. Petit ; *Dr. ouvrier* 2009, p. 117, note M.-L. Morin et P. Rennes.

(14) « Attendu que pour décider que les sociétés Publicis dialog et Global Event Management avaient la qualité de coemployeurs de M^{me} X..., l'arrêt retient que les employeurs successifs appartiennent au même groupe, que la salariée y a accompli les mêmes tâches pour les mêmes clients, avec les mêmes interlocuteurs, que les relations avec la société Synthèse ont immédiatement succédé à celles avec la société Global Event System, que les changements de raison sociale des sociétés et la proximité des dénominations ou noms commerciaux utilisés démontrent l'imbrication étroite entre celles-ci qui constituent un seul et unique employeur. (...) Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs ne permettant pas de caractériser une confusion d'intérêts, d'activité et de direction, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 09-69.689 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 185 ; *JurisData* n° 2011-013592). – V., également, Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964 : JCP S 2012, 1052, comm. P. Morvan.

(15) G. Loiseau, *Coemploi et groupes de sociétés* : JCP S 2011, 1528.

355. – **Emprise.** Le coemploi implique que soit caractérisée une véritable emprise d'une société sur une autre, la première exerçant son autorité sur les salariés de la seconde par l'intermédiaire de celle-ci. Pour la Cour de cassation, ce critère est décisif. Dans l'arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011, la cour retient qu'il existait entre les deux sociétés visées « une confusion d'intérêt, d'activité et de direction ». Mais cette confusion tenait exclusivement à la sujétion étroite dans laquelle était tenue la filiale employeur vis-à-vis de la société mère qui la contrôlait, qui « détenait la quasi-totalité de son capital », qui « dictait ses choix stratégiques », qui « intervenait de manière constante dans les décisions concernant la gestion financière et sociale de sa cessation d'activité », qui, en définitive, « assurait ainsi la direction opérationnelle et la gestion administrative d'une filiale qui ne disposait d'aucune autonomie ». Ce n'est donc pas tant l'imbrication des sociétés qui mène au coemploi que l'annihilation de la filiale par la société mère. Dans une situation de coemploi, le groupe est assimilé à une entreprise. La filiale n'est que la subordonnée de la société mère. Les frontières sociétales sont artificielles et le coemploi permet de désigner le véritable décideur. Ce constat apparaît plus évident lorsque la société mère, qui dirige et contrôle directement un mandataire qu'elle a nommé à la tête d'une de ses filiales, voit le mandat requalifié en contrat de travail⁽¹⁶⁾. Ainsi, pour le professeur Mazeaud, « il y a comme une part de fiction à reconnaître dans la filiale la qualité d'employeur au même titre que la société mère. L'employeur, c'est en réalité la société mère »⁽¹⁷⁾. La société dominante évince sa filiale pour se substituer, totalement ou partiellement, à elle dans les rapports contractuels noués avec un tiers, au stade de la conclusion, de l'exécution et de la cessation des relations contractuelles.

356. – **Insuffisance.** Ce critère apparaît néanmoins insuffisant. La réalité des rapports de domination dans les groupes de sociétés conduirait, si ce seul critère était retenu, à pouvoir reconnaître comme coemployeur toute société placée au-dessus d'une autre. Le mécanisme du *Leverage buy out*⁽¹⁸⁾ illustre l'insuffisance de ce critère⁽¹⁹⁾. La cour d'appel de Douai a mis en évidence qu'il ne suffisait pas que la stratégie de l'entreprise fût décidée par un fonds d'investissement (SGP) qui participe, en tant que représentant des investisseurs, au conseil de surveillance, pour que la qualité de coemployeur lui fût reconnue. La reconnaissance du coemploi exige une démonstration concrète ; elle ne se présume pas, même lorsqu'une société exerce une influence décisive sur la stratégie d'une autre. Encore faut-il constater que « les décisions intéressant directement les salariés ne sont pas uniquement prises par l'employeur nominal, mais aussi par la société qui lui est liée »⁽²⁰⁾.

§ 2. – Le fondement juridique

357. – **Lien de subordination.** Des relations étroites entretenues entre des sociétés distinctes doit naître un lien de subordination commun à l'ensemble des salariés

(16) Cass. soc., 13 juin 2006, n° 04-43.878, inédit.

(17) A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects en droit du travail*, préc.

(18) LBO.

(19) CA Douai, 27 nov. 2009, préc.

(20) G. Auzero, *PSE et groupe de sociétés, Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit : Semaine sociale Lamy 2009*, n° 1416, p. 6.

qui composent cet ensemble pour que soit reconnue une situation de coemploi. La qualité de coemployeur ne peut pas être fictive. Cette qualité suppose la reconnaissance d'un lien de subordination reposant sur les conditions réelles d'exercice de l'activité professionnelle. Ainsi, bien qu'existent une communauté d'intérêts économiques et une interdépendance des organes de direction entre les sociétés, le coemploi ne peut être évoqué dès lors que « les salariés n'étaient pas soumis dans leur activité à la direction et au contrôle du groupe »⁽²¹⁾. Dans certaines décisions, une référence explicite au lien de subordination est même opérée⁽²²⁾.

358. – L'existence du lien de subordination se traduit par le « rôle actif » tenu par la société coemployeur. Un conseil de prud'hommes a ainsi détaillé le contenu de ce rôle actif dans la mise en œuvre des procédures de licenciement, la tenue des réunions des instances représentatives du personnel, la négociation des accords de méthode au sein de la filiale⁽²³⁾. Il ne suffit pas qu'une entreprise dominante définisse la stratégie de sa filiale, coordonne ses activités ou intervienne, le cas échéant, lors d'opérations importantes pour faire de celle-ci un coemployeur. La reconnaissance du coemploi exige une démonstration concrète de l'exercice par la société mère du pouvoir de direction sur les salariés de la filiale. Le coemployeur participe activement à la relation de travail « et ce dans le sens presque individuel du terme »⁽²⁴⁾.

359. – **Critère *ad hoc*.** Après s'être préoccupée de l'existence d'un lien de subordination et avoir accepté de le déduire de la constatation de la confusion d'activités, d'intérêts et de direction⁽²⁵⁾, la jurisprudence de la Cour de cassation abandonne

(21) Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41.294 : RJS 2008, n° 955.

(22) V., en ce sens, Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-45.518, inédit : « Mais attendu que la cour d'appel a, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve produits devant elle, constaté que si les absences ou les congés étaient déterminés, après concertation avec le magasin, par la société Villeroy et Bosch, qui assurait la rémunération de M^{me} X, celle-ci était sous l'autorité directe des chefs de rayon du BHV qui avaient le pouvoir de donner des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ; qu'elle en a exactement déduit, sans encourir les griefs du moyen que les deux sociétés avaient la qualité de coemployeurs de M^{me} X ». Dans un arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation fait référence aux motifs de droit qui s'appliquent à la qualification d'un contrat de travail. Le contexte n'était pas celui d'un groupe de sociétés mais d'un réseau de franchises, une chaîne d'hôtels. Pour déterminer si la société à la tête du réseau était coemployeur des directeurs des hôtels franchisés, la cour retient les critères de reconnaissance du contrat de travail : « Attendu, cependant, que le contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail s'est exécutée ; 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 » (Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45.394 : Bull. civ. 2005, V, n° 244 ; Dr. soc. 2005, p. 1045, obs. J. Savatier). Pour un autre exemple : la cour d'appel ayant constaté qu'embauché comme directeur par une filiale, un salarié était devenu également directeur général salarié de la société qui organisait et contrôlait la stratégie du groupe, « elle a ainsi caractérisé la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre les deux sociétés et la commune situation de subordination juridique de l'intéressé à l'égard de la première comme de la seconde » (Cass. soc., 26 avr. 2007, n° 05-42.256, inédit).

(23) « La qualité de coemployeur, qui ne se présume pas, suppose que la prestation de travail soit exercée sous la subordination juridique de chacun des employeurs, qui exercent chacun les pouvoirs de direction et pouvoir disciplinaire, ces éléments se trouvant corroborés par une éventuelle communauté d'intérêts entre les employeurs, caractérisée le cas échéant par l'identité, la similitude ou la connexité des activités, l'imbrication des capitaux et l'identité des dirigeants » (Cons. prud'h. Aubenas, 15 avr. 2008, n° 06/0153 : Dr. ouvrier 2008, p. 478, note P. Bertrand).

(24) P.-H. d'Ornano, préc. – Il ressort des décisions de justice que « le coemployeur est bien plus que celui qui gère de loin les relations de travail ; il est celui qui intervient sur des points majeurs des relations tels que l'embauche (CA Paris, 14 mai 2004, n° 03/30533), l'appréciation et la notation (Cons. prud'h. Bordeaux, 11 sept. 2006 : Dr. ouvrier 2007, n° 708, p. 331, note A. de Senga), la remise d'instructions et les demandes de compte-rendu (Cass. soc., 3 févr. 1983, n° 80-41.800 : JurisData n° 1983-700515), l'exercice du pouvoir disciplinaire et le licenciement (Cass. soc., 10 févr. 2000, n° 98-40.196, inédit) ».

(25) Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 : JCP S 2010, 1518, note S. Brissy ; Bull. Joly Sociétés 2010, p. 994, note N. Morelli ; Dr. ouvrier 2011, p. 187, note P. Darves-Bornoz.

l'exigence d'un lien de subordination juridique⁽²⁶⁾. La cause est entendue : la constatation d'une triple confusion entre deux sociétés suffit pour que leur soit reconnue la qualité de coemployeurs. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination juridique individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère⁽²⁷⁾. Diverses interrogations surgissent alors : doit-on comprendre que le coemployeur, dont la qualité ne dépend pas de l'existence d'un lien de subordination, est un employeur « non contractuel » comme la Cour de justice de l'Union européenne accepte de l'envisager et, corrélativement, que la relation de travail puisse être elle-même non contractuelle ? Ou doit-on considérer que le critère de la subordination n'est pas utile dès lors que les salariés ayant une activité contractuellement organisée vis-à-vis de leur employeur se retrouvent de fait en situation d'emploi par rapport à la société mère qui a pris l'ascendant sur la filiale sur le triple terrain des intérêts, des activités et de la direction⁽²⁸⁾ ?

360. – Lorsqu'ils reconnaissent la qualité de coemployeur en raison d'une relation de subordination juridique clairement identifiée, les juges ne réalisent qu'une opération de qualification au sens de l'article 12 du Code de procédure civile. Ils restituent son exacte qualification à la relation existant entre un salarié et une société. Celle-ci est déclarée coemployeur dans la mesure où elle répond à la définition légale de l'employeur. En revanche, la qualité de coemployeur est parfois attribuée à une société en dépit d'un lien de subordination évident avec les salariés. La société peut seulement contrôler la filiale employeur si étroitement que les juges reconnaissent entre elles une « confusion d'intérêt, d'activité et de direction ». *In fine*, est réputée coemployeur la société actionnaire qui, au-delà des seuls liens capitalistiques, permet la survie de sa filiale et des salariés de celle-ci à laquelle elle fournit une activité économique. La dépendance économique ferait office de lien de subordination juridique. Dans cette hypothèse, ce lien de subordination, tel que précisé dans la jurisprudence *Société Générale*, est sciemment écarté pour retenir un critère *ad hoc* prenant en compte la réalité des rapports de domination dans les groupes de socié-

(26) Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JCP S* 2011, 1065 ; *JCP G* 2011, 312, note P. Morvan ; *JCP G* 2011, 149, obs. N. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP E* 2011, 1291, note F. Aubonnet ; *Dr. soc.* 2011, p. 372, note G. Couturier ; *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1476, p. 6, rapp. P. Bailly ; *Rev. sociétés* 2011, p. 154, note A. Couret ; *Dr. ouvrier* 2011, p. 273, note P. Darves-Bornoz ; *Gaz. Pal.* 4 mars 2011, n° 63, p. 41, note B. Boubli. – Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.02 : *RJS* 2011, n° 742 ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 906, note N. Morelli. – Cass. soc., 30 nov. 2011, n°s 10-22.964 à 10-22.994 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 284. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle portant sur le point de savoir à quelles conditions la société holding d'un groupe international de sociétés, qui a son siège social sur le territoire d'un des États membres de l'Union européenne, peut, en raison des rapports qu'elle entretient avec ses filiales établies sur le territoire d'autres États membres, être considérée comme un « employeur » au sens de l'article 19 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000. Dès lors qu'il existait entre les sociétés composant le groupe Jungheinrich une unité de direction sous la conduite de la société Jungheinrich AG, que les décisions prises par cette dernière avaient privé la société MIC de toute autonomie industrielle, commerciale et administrative, au seul profit de la société mère du groupe, que celle-ci avait repris tous les brevets, marques et modèles de la société MIC et bénéficié de licences d'exploitation, que les choix stratégiques et de gestion de la société d'Argentan étaient décidés par la société Jungheinrich AG, laquelle assurait également la gestion des ressources humaines de la filiale et avait imposé la cessation d'activité, en organisant le licenciement des salariés et en attribuant elle-même une prime aux salariés de la société MIC ; que le dirigeant de la société MIC ne disposait plus d'aucun pouvoir effectif et était entièrement soumis aux instructions et directives de la direction du groupe, au seul profit de celui-ci, la cour d'appel a pu en déduire qu'il existait ainsi, entre la société MIC et la société Jungheinrich, une confusion d'activités, d'intérêts et de direction conduisant cette dernière à s'immiscer directement dans la gestion de la société MIC et dans la direction de son personnel. – V., également, TGI Lons-le-Saunier, 22 août 2012, n° 12/01079 : *RJS* 11/2012, 860.

(27) Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278 : *JurisData* n° 2011-020697.

(28) V., G. Loiseau, *Coemploi et groupes de sociétés* : *JCP S* 2011, 1528.

tés⁽²⁹⁾. S'attacher à l'absence d'autonomie de la filiale, « c'est un peu l'ordinaire de la vie des groupes (...) : indépendance juridique de principe, intégration économique plus ou moins poussée qui ne connaît guère de nuances que dans les faits »⁽³⁰⁾.

SECTION 2

LA MISE EN ŒUVRE DU PARTAGE DE RESPONSABILITÉ

361. – Les décisions de reconnaissance de la qualité de coemployeur sont prises en opportunité. Cette justification tiendrait alors « nécessairement à une responsabilité mise à la charge du coemployeur à raison du contrôle exercé, des décisions prises »⁽³¹⁾. La jurisprudence s'attache en réalité à prendre en compte la réalité des niveaux de décision dans les groupes de sociétés. Le coemploi n'est qu'un canal de recherche de responsabilité. Le coemployeur peut en définitive être qualifié d'« employeur d'opportunité »⁽³²⁾. La recherche de responsabilité se confond avec la recherche de solvabilité⁽³³⁾. Au régime de responsabilité attaché au coemploi (§ 1) doit être ajoutée une analyse d'arithmétique contractuelle (§ 2).

§ 1. – Une pluralité de contrats ?

362. – **Unicité contractuelle.** Si le coemploi implique une dualité d'employeurs, le salarié n'est titulaire que d'un contrat de travail unique. Il s'ensuit que le contrat ne peut être rompu qu'une seule fois. Le salarié licencié par le premier employeur ne saurait se retourner contre le second afin d'établir que son contrat n'a pas été valablement rompu une seconde fois⁽³⁴⁾. La Cour de cassation 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 ». Par suite, il appartient au juge saisi d'une demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de rechercher si l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement⁽³⁵⁾. Il apparaît néanmoins que la lettre de licenciement

(29) Le professeur Morvan considère cette approche comme une « hérésie juridique ». – V., P. Morvan, *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp)*. Entre employeur et coemployeur : JCP S 2010, 1407. – Dans le même sens : « On peut sans doute juste souligner que, dans ces situations, le juge semble enclin à faire le deuil de la preuve du lien de subordination juridique au profit d'une analyse plus économique et *corporate* de la situation » (P. Lagesse et N. Laurent, *Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?* : JCP G 2009, I, 101).

(30) A. Couret, note ss Cass. soc., 18 janv. 2011 : *Rev. sociétés* 2011, p. 154.

(31) G. Couturier, *La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés* : *Dr. soc.* 2011, p. 372.

(32) Le professeur Morvan évoque un « employeur de circonstance » (JCP S 2010, préc.).

(33) « Les effets de cette pluralité d'employeurs se sont essentiellement manifestés pour le paiement des dettes patronales, engendrant la solidarité passive au sein du groupe. Une fois constatée l'unité d'entreprise, la Cour de cassation déclare les différentes sociétés solidairement responsables du paiement des salariés, éventuellement des indemnités de licenciement, peu important que celui-ci ait été notifié par une seule des sociétés » (I. Vacarie, *L'employeur*, préc., n° 161).

(34) « Rupture sur rupture ne vaut » (P. Morvan : JCP S 2010, 1407, préc.). Un contrat unique et indivisible ne peut être rompu deux fois.

(35) Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47.164, inédit : *RJS* 2004, n° 880. – Dans le même sens, V., CA Bordeaux, 1^{er} juill. 2008, n° 06/05137, jugeant que « les licenciements prononcés par l'administrateur judiciaire de la société [filiale] sont réputés prononcés par deux employeurs ».

doit être motivée au regard des deux coemployeurs. Le licenciement ne serait valable que si chacun des deux employeurs justifiait à l'égard du salarié d'une cause de rupture du contrat de travail⁽³⁶⁾. En d'autres termes, un salarié pourrait commettre une faute grave dans le cadre de sa relation avec l'un de ses deux coemployeurs mais serait irréprochable vis-à-vis de l'autre, rendant ainsi impossible son licenciement. La position adoptée par la Cour de cassation doit être remise en cause. Le salarié étant titulaire d'un contrat de travail unique, les éventuels manquements à ses obligations doivent être appréciés à cet égard. Le rapport contractuel doit être appréhendé dans sa globalité. Unique, le contrat est rompu vis-à-vis des deux coemployeurs dès lors qu'une faute du salarié entache le rapport contractuel. Le coemployeur satisfait du comportement du salarié ne souhaitant pas s'en séparer peut valablement le recruter ensuite, à titre exclusif.

363. – Problème de procédure. L'unicité contractuelle n'est pas sans incidence sur la procédure prud'homale⁽³⁷⁾. Les salariés ayant contesté le bien-fondé de leur licenciement devant la juridiction prud'homale et ayant été déboutés, sont-ils recevables à diriger une action nouvelle, mais identique, contre la société coemployeur ? L'article R. 1452-7 du Code du travail n'admet la validité de demandes nouvelles que si elles découlent du même contrat de travail⁽³⁸⁾. L'unicité contractuelle en cas de coemploi remplit la condition du « même contrat de travail ». Le caractère nouveau de la demande ne fait également pas débat. Le bicéphalisme du cocontractant employeur ne remet pas en cause le singulier du lien contractuel. La demande formée contre l'un des deux coemployeurs est fictivement dirigée contre la partie employeur, prise dans son unité. Dès lors, dans le scénario le plus répandu, les salariés d'une société filiale en redressement ou en liquidation judiciaire, déjà régulièrement licenciés pour motif économique (dont la validité a été reconnue par l'autorité administrative ou une décision judiciaire), ne peuvent reprocher à la société mère, dont ils recherchent la responsabilité, de ne pas leur avoir notifié leur licenciement. Une action unique peut être dirigée contre les deux coemployeurs, solidairement. Si une action est engagée à l'encontre d'un seul des deux coemployeurs, elle est, sur le même fondement, exclusive d'une action contre l'autre société coemployeur⁽³⁹⁾.

(36) Cass. soc., 9 janv. 2008, n° 06-44.522, inédit : *RJS* 2008, n° 367.

(37) La demande de reconnaissance de la qualité de coemployeur peut être formulée devant les juridictions françaises, y compris à l'encontre d'une société mère étrangère. Il résulte de l'article 19 du règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 que l'employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré dans un autre État membre, notamment devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui est transposable pour l'application de l'article 19 précité, l'employeur est défini 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 rémunération (Cass. soc., 12 juin 2007, n° 05-42.551 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618, comm. Ph. Coursier. – V., également, Cons. prud'h. Aubenas, formation de départage, 15 avr. 2008, n° 06-00.153).

(38) « Mais attendu (...) qu'il n'existait qu'une seule relation de travail liant indivisément la salariée aux deux sociétés signataires de contrats de travail apparemment distincts, lesquelles avaient la qualité d'employeur conjoint, la cour d'appel a pu déduire que la demande additionnelle formée en appel ne dérivait pas d'un contrat de travail différent de celui sur lequel reposait la demande présentée en première instance » (Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 06-40.406, inédit : *RJS* 2007, n° 1024).

(39) « Le salarié est autorisé à agir soit contre toutes les sociétés, soit contre celle qu'il estime la plus solvable, la solidarité rendant inopposable au travailleur toute division de la dette patronale : "(...) le salarié qui travaille pour une entreprise

§ 2. – Une pluralité de débiteurs

364. – Le recours en reconnaissance de la qualité de coemployeur est nécessairement contractuel. Les salariés de la filiale veulent obtenir la reconnaissance du contrat liant chacun d'eux au coemployeur⁽⁴⁰⁾. À ce stade, l'étonnement est de mise concernant la résurgence du critère contractuel alors même que le critère du lien de subordination, au sens strict, n'est pas fondamental dans la reconnaissance de la qualité de coemployeur. Sur le terrain de la responsabilité du coemployeur, une action en responsabilité délictuelle de droit commun sur le terrain de l'article 1382 du Code civil n'est pas à exclure⁽⁴¹⁾. Un arrêt du 14 novembre 2007 « ouvre des perspectives quant à l'action de salariés contre des tiers dans la défense de leur emploi »⁽⁴²⁾. Le droit des procédures collectives entre ici en jeu. À raison, dans la mesure où le recours contre le coemployeur a traditionnellement lieu à cause de l'insolvabilité de la société filiale placée en redressement ou en liquidation judiciaire. Dès lors, se pose la question de la nature des obligations pesant sur les coemployeurs (I) dont les conséquences n'ont, à ce jour, guère été perçues par les juges (II).

I. – La nature des obligations

365. – **Le recours au droit civil.** L'article 1202 du Code civil dispose que « la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ». De ce texte doit être déduite la règle selon laquelle des personnes morales ne peuvent être,

doit 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 (T. civ. Seine, 9 févr. 1959 : *JCP* 1959, 1106, note P. Allemandou ; *Dr. soc.* 1961, p. 598, note M. Despax)". Et pour les sociétés confondues arguer de leur autonomie juridique pour refuser au salarié le paiement de sa créance constitue un procédé frauduleux autorisant le juge à faire supporter la totalité de la dette par l'une quelconque d'entre elles, à charge pour cette dernière de se retourner contre ses complices (Cass. soc., 21 mars 1978, n° 77-40.339 : *Bull. civ.* 1978, V, n° 224) » (I. Vacarie, *L'employeur*, préc., n° 161).

(40) « La reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié » (Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 05-16.492 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 22 ; *Dr. soc.* 2008, p. 503, obs. J. Savatier ; *RJS* 2008, n° 304). Cette action en reconnaissance est un droit personnellement attaché à la personne de celui qui prétend que le défendeur est son coemployeur.

(41) De nombreux auteurs évoquent cette possibilité, à demi-mots : « Tout d'abord, la société dominante du groupe pourrait être poursuivie en responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à condition qu'elle puisse se voir reprocher une faute génératrice du préjudice subi par les salariés. Il en ira notamment ainsi lorsque la société dominante aura, par son action, directement conduit sa filiale à la ruine » (G. Auzero, préc.). De même, « on peut également envisager qu'une ou plusieurs sociétés du groupe soient également contraintes de réparer le préjudice causé aux salariés d'un employeur du même groupe en cas d'ingérence fautive, dans la gestion de la société employeur sur le fondement de l'article 1382 du Code civil » (S. Béal et A.-L. Dodet, préc.).

(42) Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 05-21.239 : *JCP S* 2008, 1081, note F. Dumont. En l'espèce, la société Bull SA a cédé à une autre société une branche d'activité d'une filiale, la société BEA, dont elle détenait la quasi-totalité des actions (99,99 %). Deux ans plus tard, la société cessionnaire est placée en liquidation judiciaire et les 630 salariés sont licenciés ; 334 d'entre eux saisissent le tribunal de grande instance d'Angers en réclamant des dommages-intérêts à la société Bull SA fondés sur les préjudices subis du fait de leur licenciement, en raison des fautes commises, selon eux, par celle-ci vis-à-vis de sa filiale. Pour déclarer irrecevable l'action des salariés, la cour d'appel d'Angers juge qu'à les supposer établies, les fautes alléguées contre la société Bull SA seraient à l'origine du préjudice de tous les créanciers de la société en liquidation et « ne caractériseraient donc pas des fautes particulières et distinctes à l'origine du préjudice des seuls salariés de la société BEA ». L'arrêt est cassé au visa notamment de l'article 1382 du Code civil au motif que les salariés qui invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi et de la perte d'une chance de bénéficier du plan social du groupe Bull, justifiaient bien d'un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société en liquidation.

en l'absence de texte, réputées codébitrices solidaires de plein droit du seul fait de leur appartenance à un même groupe de sociétés. L'absence de règle expresse en droit du travail peut conduire à reconnaître aux coemployeurs la qualité de débiteurs conjoints et non solidaires. Le prononcé d'une condamnation judiciaire *in solidum* à l'encontre de la société mère emporte les effets de la solidarité passive⁽⁴³⁾. Notion civiliste, cette solidarité apparaît entre plusieurs débiteurs principaux d'une même dette. Elle vise à prémunir le créancier contre les aléas de la division des poursuites et l'insolvabilité d'un débiteur. Les effets de cette solidarité présentent pour le salarié un intérêt évident. Il peut demander le paiement de toute la dette à l'un quelconque des débiteurs ; chacun est tenu au tout⁽⁴⁴⁾. Le corollaire veut que le paiement de la dette par l'un des débiteurs les libère tous. De plus, il suffit qu'une action soit engagée contre l'un d'entre eux pour que les effets soient produits à l'encontre de tous. La prescription est interrompue, les intérêts courent, la mise en demeure est faite⁽⁴⁵⁾.

366. – Application en droit du travail. Dans l'arrêt *Aspocomp*, les salariés voulaient engager la responsabilité de la société en matière de reclassement. Or, la solidarité ne se présument pas, la société mère ne devrait pas pouvoir être contrainte d'exécuter une obligation qui n'incombe qu'au représentant légal de la société filiale⁽⁴⁶⁾. Néanmoins, selon le professeur Morvan⁽⁴⁷⁾, même si les deux sociétés étaient reconnues codébitrices solidaires, l'article 1208 du Code civil permettrait à la société mère de se libérer à l'endroit des salariés demandeurs. Selon ce texte, « le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation ». Or, l'exécution régulière de l'obligation de reclassement repose sur la société filiale. Dès lors que celle-ci a effectué les diligences nécessaires en ce domaine dans le groupe, toute société, y compris la société mère, est fondée à opposer cette exception extinctive de l'obligation aux salariés qui l'assigneraient en tant que coemployeur.

II. – Les conséquences des obligations

367. – Sémantique. Le coemployeur est un employeur. De ce pléonasme, les conséquences n'ont pas été perçues par les juges. En créant cette chimère, les magistrats de la Cour de cassation n'ont pas mesuré les conséquences juridiques de leur décision. Les obligations à la charge d'un employeur ne se limitent pas aux recherches de reclassement en matière de licenciement pour motif économique⁽⁴⁸⁾. Un salarié pourra ainsi faire condamner ses coemployeurs à lui verser des indemnités à la suite de la rupture anticipée de son contrat de travail à durée indéterminée⁽⁴⁹⁾. Les organismes sociaux, tels les URSSAF, Pôle emploi ou l'AGS, de même

(43) C. civ., art. 1200 et s.

(44) Cass. 3^e civ., 8 nov. 1995 : *Bull. civ.* 1995, III, n° 220 ; *Defrénois* 1996, art. 36272, n° 17, note Ph. Delebecque.

(45) Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd. 2009, n° 1356 et s.

(46) V., pour des décisions en sens contraire, Cass. soc., 6 févr. 1974 : *Bull. civ.* 1974, V, n° 96 (condamnant deux sociétés qui avaient été reconnues conjointement employeurs, « chacune pour le tout »). – Cass. soc., 26 nov. 1975 : *Bull. civ.* 1975, V, n° 564 (« Le salarié était en droit de leur opposer indivisément le contrat de travail »).

(47) P. Morvan, *Restructurations en droit social*, préc., n° 1266.

(48) Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, *Aspocomp* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618, note Ph. Coursier ; *RDT* 2007, p. 543, note F. Jault-Seseke. – V., Cass. soc., 12 sept. 2012, n° 11-12.343, inédit.

(49) Cass. soc., 22 janv. 1997, n° 93-43.742 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 31 ; *RJS* 1997, n° 247.

que l'administration fiscale pourraient leur réclamer, sur la base des voies de recours qui leur sont propres et de celles dont ils disposent par subrogation, le paiement de cotisations sociales ou de taxes sur les salaires ou, le cas échéant, le remboursement de prestations sociales qu'ils ont été amenés à verser aux salariés concernés à l'occasion de l'exécution ou de la rupture des relations de coemploi⁽⁵⁰⁾. Il est impossible que le coemployeur soit considéré comme un employeur classique. Les raccourcis sémantiques de la Cour de cassation font le nid d'incertitudes juridiques importantes.

368. – Intérêt. La qualification de coemployeur au sein d'un groupe de sociétés n'est, et ne doit être, qu'une « technique juridique qui permet de mettre rétrospectivement à la charge d'une société du groupe qui n'a pas contracté avec les salariés licenciés les obligations attachées à la qualité d'employeur en cas de licenciements économiques et de justifier son assujettissement à la dette de réparation en lui faisant supporter les conséquences financières de leur inexécution »⁽⁵¹⁾. L'intérêt du coemploi est, dans l'intérêt des salariés, de transférer la charge financière de l'indemnisation d'une société non solvable, la filiale employeur, vers une société solvable, la société mère reconnue coemployeur. La société déclarée coemployeur judiciairement est toujours prise rétrospectivement en défaut, déclenchant mécaniquement sa dette d'indemnisation. En ce sens, le coemploi apparaît davantage comme une notion fonctionnelle⁽⁵²⁾ que comme un état structurel⁽⁵³⁾.

369. – Toutefois, si la qualité de coemployeur est, dans la jurisprudence actuelle, retenue à la demande de salariés postérieurement à la rupture de leurs contrats de travail, elle pourrait être invoquée, en cours d'exécution, pour d'autres avantages⁽⁵⁴⁾. Plus que le risque d'actions en paiement de dettes de salaire, c'est celui de la revendication d'avantages collectifs, lorsque le statut collectif des salariés de la société mère est plus favorable que celui de ceux de sa filiale, qui est à redouter. En faisant qualifier la société mère de coemployeur, les salariés de la filiale pourraient en effet être fondés à prétendre bénéficier d'avantages dont la première fait profiter ses propres salariés, quitte à le plaider sur le fondement d'une inégalité de traitement. Cette inquiétante perspective, concernant les statuts collectifs, doit être nuancée en raison de la tendance à l'unification des statuts collectifs par l'harmonisation des accords de groupe.

370. – Exigences. La qualification de coemployeur, qui revêt les habits de la sanction, doit être réservée aux situations dans lesquelles la société mère a pris le contrôle « managérial » et s'est saisie de la gestion de la filiale, « la dépouillant de ses prérogatives pour l'exploiter dans intérêt propre ou dans celui du groupe et, [le

(50) En ce sens, V., Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 02-41.176, inédit : RJS 2004, n° 880, concernant le remboursement de l'allocation chômage.

(51) G. Loiseau, *Coemploi et groupes de sociétés* : JCP S 2011, 1528.

(52) V., A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 738, n° 22.

(53) G. Loiseau, *Coemploi et groupes de sociétés*, préc.

(54) V., en ce sens, Y. Pagnerre, *L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ?* : JCP S 2011, 1423. – V., pour un exemple en matière d'indemnisation de la faute inexcusable, TASS Melun, 11 mai 2012, n° 10/00924. – F. Champeaux, *La notion de coemployeurs s'étend à la faute inexcusable* : *Semaine sociale Lamy* 29 mai 2012, n° 1540, p. 13.

cas échéant], la sacrifier quand elle n'est plus utile et/ou rentable »⁽⁵⁵⁾. La société mère coemployeur n'est pas l'employeur juridique. Si elle s'est immiscée dans la gestion sociale de la filiale, elle n'est qu'un employeur de fait, celui « qui s'ingère dans la gestion sociale du personnel de sa filiale en exerçant, soit directement – par une direction confondue – soit indirectement – par l'interposition d'organes de direction dépendants – un pouvoir de direction et de contrôle de l'activité des salariés de celle-ci »⁽⁵⁶⁾.

371. – La confusion de direction des sociétés du groupe constitue un indice d'une situation d'emploi de fait, mais elle n'en est pas elle-même un critère, lequel doit être tiré d'une « analyse sociale du pouvoir entre sociétés »⁽⁵⁷⁾. Quant au lien de subordination juridique qui existe entre la société employeur et ses salariés avec lesquels elle est liée par des contrats de travail, sa constatation est inutile pour déterminer l'employeur de fait. D'une part, la notion même d'employeur de fait, dérivée d'un exercice extracontractuel du pouvoir de gestion sociale, n'a de sens que si elle ne se confond pas avec les conditions de reconnaissance de l'employeur de droit. D'autre part, la qualité d'employeur de fait doit pouvoir être retenue à l'égard d'une collectivité de salariés, en considération d'une gestion globale du personnel de la filiale, sans passer par l'établissement d'un lien individuel de subordination juridique entre chacun des travailleurs et le détenteur réel du pouvoir de gestion⁽⁵⁸⁾. N'ayant pas le statut d'employeur de droit, la société mère coemployeur ne peut être contrainte d'en supporter les sujétions en cours d'exécution des contrats de travail. Il ne peut ainsi lui être réclamé une dette de salaire ou le bénéfice d'avantages qu'elle accorde à ses propres salariés. Seul l'établissement d'un lien de subordination juridique avec la société coemployeur permettrait de revendiquer à son endroit ce que tout salarié est en droit d'obtenir de celui pour le compte duquel il exerce contractuellement son activité.

(55) G. Loiseau, *Coemploi et groupes de sociétés*, préc.

(56) *Ibid.*

(57) P.-H. Antonmattéi, *Groupe de sociétés : la menace du coemploi se confirme ! : Semaine sociale Lamy 2011*, n° 1484, p. 12.

(58) G. Loiseau, *Coemploi et groupes de sociétés*, préc.

UNE RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE RECHERCHÉE

372. – Objet d'un certain volontarisme politique à défaut d'une volonté juridique affichée, la responsabilité de la société mère du fait des filiales ne trouve néanmoins pas place, à ce jour, dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. D'autres, en revanche, l'admettent. Ainsi, le droit de la concurrence retient la responsabilité de la société mère pour les pratiques anticoncurrentielles de ses filiales. Le droit de l'environnement implique financièrement les sociétés mères pour les dommages écologiques causés par leurs filiales. L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations suggère également d'enrichir le Code civil d'une nouvelle responsabilité du fait d'autrui : celle des sociétés mères du fait de leurs filiales. Le rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet a pointé du doigt certaines failles. La disposition méconnaissant l'autonomie des personnes morales, son application n'est permise qu'en cas de consécration du groupe en tant qu'être juridique. Cependant, l'orthodoxie juridique conduit à n'appréhender le groupe que comme « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés »⁽¹⁾. La jurisprudence ne se risque d'ailleurs pas à franchir le Rubicon. Pour reprendre les termes du professeur Despax, « il est difficile, [à propos des groupes], de trouver divorce plus éclatant entre les formes juridiques et leur *substratum* économique »⁽²⁾, si bien que l'autonomie formelle des sociétés semble vouée, systématiquement, à gommer leur dépendance économique.

373. – Dans un groupe de sociétés, l'intérêt du groupe prime. Il est à craindre que les intérêts des filiales soient sacrifiés au profit de ceux du groupe auquel elles appartiennent. Or, l'intérêt du groupe, non compensé par des obligations sur la tête de la société mère, déplace les risques de l'activité vers les créanciers de la filiale, au premier rang desquels figurent les salariés⁽³⁾. Il n'est pas déraisonnable d'espérer que la dépendance économique entraîne, en certaines circonstances, une « levée du voile

(1) C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGD, coll. « Bibl. dr. privé », 1991, t. 216, n° 193.

(2) M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGD, 1956.

(3) « (...) puisque l'intérêt collectif du groupe prévaut sur l'intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens

social »⁽⁴⁾, exposant la société mère aux conséquences de ses décisions. La construction d'un régime de responsabilité autonome doit être envisagée. Partant, doit être recherché dans les mécanismes exceptionnels existants, le fondement d'un régime futur (Section 1) dont la mécanique devra être inspectée (Section 2).

SECTION 1

LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE DU FAIT DE SES FILIALES : UNE QUÊTE

374. – En dépit de l'ampleur prise par le phénomène des groupes de sociétés, la responsabilité de leurs membres, notamment de la société mère, est empreinte d'une orthodoxie certaine⁽⁵⁾. La jurisprudence semble se contenter d'adapter la responsabilité civile au statut des sociétés mères, contraignant les juges à se plier à la fastidieuse recherche d'une faute de celles-ci, avec les limites que comporte cette méthode⁽⁶⁾. La vision obstruée par les œillères du coemploi, le juge social ne perçoit pas, à la périphérie du droit social, les ferments d'une responsabilité de la société issue d'une conception renouvelée de la responsabilité du fait d'autrui. Des mécanismes existent (§ 1). Il faut s'en inspirer (§ 2).

§ 1. – Une responsabilité d'exception de la société mère du fait de ses filiales

375. – L'organisation du groupe de sociétés n'est pas, en soi, une source de responsabilités en cascade. Ainsi, le droit des affaires s'en tient à une responsabilité personnelle fondée sur l'article 1382 du Code civil. Seule une faute de la société mère est de nature à ouvrir l'accès à son patrimoine, contraignant les victimes à prouver le fait illicite qui lui est imputable. Les solutions actuelles se cantonnent à la responsabilité pour abus de la personnalité morale (I) et à la direction fautive de la filiale (II).

I. – Responsabilité pour abus de la personnalité morale

376. – Le droit des procédures collectives offre un exemple de responsabilité de la société mère. Le principe d'autonomie des personnes morales limite aux seules

défavorable à ceux que le législateur protège généralement » (C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 287).

(4) V., Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, 1994, n° 546. – V., également, C. Champaud, *Les méthodes de groupement des sociétés* : *RTD com.* 1967, 1003, n° 19 : « *De lege ferenda* nous persistons à estimer souhaitable que l'exercice du contrôle entraîne une responsabilité pécuniaire personnelle des contrôleurs ».

(5) En ce sens, V., B. Oppetit et A. Sayag, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés* : *Rev. sociétés* 1973, p. 577, n° 9. – D. Schmidt, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés* : *Rev. sociétés* 1981, p. 725.

(6) V., sur ce point, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Armand Colin, 11^e éd. 2005, n° 68. Les auteurs constatent que désormais, « l'on est en présence d'événements dont il est très difficile, voire impossible, de déterminer la cause précise et, notamment, de déceler s'ils sont dus à une faute (...) ». La responsabilité fondée sur la faute suffisait en 1804 parce que, dans les conditions économiques d'alors, l'homme diligent causait peu de dommages, ou n'en causait que d'importance minime. Aujourd'hui, les plus attentifs ne peuvent éviter d'en causer, et de gravité accrue (...) ».

entités en difficulté l'ouverture d'une procédure collective⁽⁷⁾. Lorsqu'une filiale est placée en cessation des paiements, aucune solution de redressement n'est à rechercher au niveau du groupe⁽⁸⁾. S'il existe des dérogations (A), leur opportunité est discutable (B).

A. – Une extension exceptionnelle

377. – Extension. Le principe d'autonomie des personnes morales fait de l'extension de la procédure touchant la filiale à la société mère une exception. Cette extension permet l'ouverture d'une procédure de redressement contre des sociétés à l'égard desquelles l'état de cessation des paiements n'est pas encore démontré. La difficulté réside dans les circonstances de sa mise en œuvre. En effet, celle-ci peut être décidée en raison de la confusion des patrimoines entre les diverses sociétés ou de la fictivité de certaines personnes morales, ces deux cas étant souvent confondus.

378. – Fictivité. La Cour de cassation retient qu'une cour d'appel qui avait relevé qu'une société « était dépourvue d'organe de direction, d'associés participants à la vie sociale, d'apport effectif, de siège social, et était dirigée par un gérant de fait non associé », a pu en déduire la fictivité de la société. Dès lors, l'associé de la société fictive « qui avait créé l'apparence d'une société sous couvert de laquelle il exerçait son activité, devait être tenu des obligations qu'il avait à ce titre contractées »⁽⁹⁾. La cour d'appel de Douai, dans l'affaire *Metaleurop*, rappelle la définition de la fictivité qui, si elle s'apprécie à la date de la création de la société, peut être révélée par des faits postérieurs : « Une société apparaît fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider, dans le cadre des dispositions légales et statutaires, de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant en fait au véritable décideur »⁽¹⁰⁾. Une filialisation peut être remise en cause et entraîner la fictivité de la filiale créée, en cas d'intention frauduleuse d'éluder une responsabilité. En ce sens, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui avait condamné une société mère à payer une dette d'une filiale car la société mère « avait agi sous le couvert de la société [filiale], devenue de son fait une société de façade, de telle sorte qu'elle avait agi en fraude des droits de ses créanciers »⁽¹¹⁾.

(7) Les difficultés des entreprises s'apprécient uniquement au regard de la situation du patrimoine de la filiale, indépendamment de la santé financière du groupe auquel elles appartiennent (Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 177 ; *JCP E* 2007, 2120, note J. Vallansan ; *D.* 2007, p. 1864, obs. A. Lienhard).

(8) Sur ce point, le droit américain de la faillite prévoit un mécanisme radical : la *substantive consolidation*. « Ce mécanisme a pour objet de substituer à plusieurs entités d'un même groupe, jouissant d'un patrimoine et de créanciers propres, un seul et unique débiteur disposant d'un patrimoine consolidé composé des actifs et passifs de chacune de ces entités. Par l'opération de cette consolidation, les créanciers desdites entités se retrouvent donc créanciers du débiteur unique. Cette consolidation n'est bien évidemment pas sans conséquence sur la situation de chacun des créanciers. Alors que les créanciers des entités les moins solvables profitent pleinement de la mesure d'extension de la procédure, le ratio actif sur passif de l'entité consolidée leur étant plus favorable, les créanciers des entités les plus solvables subissent le concours de l'ensemble des créanciers sur le patrimoine consolidé » (X. Vamparys, *Extension de la procédure collective aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux États-Unis : la substantive consolidation* : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 437).

(9) Cass. com., 3 nov. 2004, n° 03-11.974, inédit.

(10) CA Douai, 2 oct. 2003 : *JurisData* n° 2003-221347 ; *JCP E* 2008, 1488 ; *D.* 2003, p. 2571, obs. A. Lienhard. – B. Soinne, *La confusion : le raidissement des juges du fond* : *Rev. proc. coll.* 2004, p. 27 ; *Dr. env.* 2004, p. 83, comm. Y. Razafindratandra.

(11) Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-10.919, inédit.

379. – Cependant, l'intention frauduleuse n'est pas nécessairement exigée par la Cour de cassation comme élément constitutif de la fictivité dans le cadre d'une action en extension de la procédure collective. Il suffit que la société soit fictive ; peu importe l'intention qui animait ses fondateurs⁽¹²⁾. Dans l'arrêt du 2 octobre 2003, la cour d'appel de Douai retient comme indice de la fictivité, l'absence « d'autonomie décisionnelle » de la filiale à l'égard de la société mère. La Cour de cassation ayant déjà admis la condamnation d'une société d'un groupe à supporter les conséquences d'une inexécution contractuelle par une autre société du groupe dès lors qu'étaient caractérisées l'absence d'autonomie de cette société et l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion⁽¹³⁾, la cour d'appel de Douai porte son analyse sur le degré d'autonomie dont bénéficiait la filiale par rapport à la société mère. Elle recherche comment la société a fonctionné, si elle disposait d'une véritable « autonomie patrimoniale et décisionnelle ». En l'espèce, elle relève que la société « disposait d'un patrimoine, employait un grand nombre de salariés, dégageait un important chiffre d'affaires, (...) et que les contrats étaient conclus par elle ou en son nom ». Si la cour d'appel ne nie pas « l'ingérence de la société mère », la situation n'était pas telle qu'on puisse conclure à la fictivité de la filiale. Un arrêt de cette même cour du 16 décembre 2004 confirme cette position⁽¹⁴⁾. Il retient avant tout les circonstances d'une autonomie décisionnelle et patrimoniale, donc juridique. Cette décision permet la levée de l'hypothèque pesant sur les groupes de sociétés qui suppriment l'autonomie économique des filiales. Si chaque société a une existence juridique, un patrimoine et des dirigeants, elle ne pourra être considérée comme fictive, même en cas de dépendance économique. Il en ressort que « sauf pour démanteler quelques montages juridiques grossiers, la fictivité reste (...) un cas d'école »⁽¹⁵⁾.

380. – **Confusion des patrimoines.** Plusieurs indices concourent à l'existence d'une confusion des patrimoines entre sociétés. Ces personnes morales sont réellement distinctes juridiquement ; mais elles ont confondu, imbriqué, leurs patrimoines. La Cour de cassation retient l'indice tiré d'une confusion des comptes, source d'un « désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des personnes concernées »⁽¹⁶⁾, celui d'une imbrication matérielle des patrimoines rendant impossible la détermination du titulaire réel⁽¹⁷⁾ ou encore celui des « flux financiers anormaux » entre les sociétés⁽¹⁸⁾. Le flux n'est anormal que s'il cause un préjudice aux créanciers de la filiale en difficulté. La normalité du flux financier « doit s'interpréter à la lumière de

(12) Cass. com., 6 juill. 1999, n° 96-21.677, inédit. La Cour de cassation valide le raisonnement de la cour d'appel qui a jugé que la société civile « était une structure juridique uniquement destinée à mettre le patrimoine immobilier à l'abri des créanciers », ce qui démontre son caractère fictif.

(13) Cass. com., 4 mars 1997 : *Bull. civ.* 1997, IV, n° 65, cité par F. Aubert et M.-C. Pinot, *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation*, in *Mél. P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 289.

(14) CA Douai, 16 déc. 2004 : *JurisData* n° 2004-263541 ; *D.* 2005, p. 216, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2005, 721, étude B. Roland. – L'analyse de la cour d'appel mérite d'être saluée en ce qu'elle pose implicitement le principe de la validité des montages de groupes qui dissocient les filiales d'exploitation et les holdings financières, pourvu que les indices de la fictivité ne soient pas démontrés.

(15) B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales* : *Rev. sociétés* 2009, p. 715, n° 8.

(16) Cass. com., 4 juill. 2000, n° 98-12.117 : *Bull. civ.* 2000, IV, n° 138 ; *JCP E* 2001, p. 173, obs. M. Cabrillac et P. Pétel.

(17) Sur cet indice, V., J.-M. Deleneuve, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques* : *Rev. proc. coll.* 2002, p. 161.

(18) Sur cet indice, V., D. Tricot, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, Rapport de la Cour de cassation 1997, p. 165.

la logique qui gouverne le mécanisme de l'extension de procédure collective : il s'agit de corriger des abus débouchant sur un préjudice anormal pour les créanciers du débiteur faisant l'objet de la procédure collective »⁽¹⁹⁾. La Cour de cassation vise des « relations financières anormales » entre les sociétés concernées constitutives de la confusion des patrimoines⁽²⁰⁾. Dans l'affaire *Metaleurop*, la cour d'appel de Douai dans l'arrêt du 16 décembre 2004 relève que la filiale se trouvant dans une situation financière très délicate, sa solvabilité « ne dépendait que des capacités financières de la [société mère], de ses paiements, et de sa volonté d'accorder ou non un crédit complémentaire ». Par conséquent, la cour d'appel décide que « la conjonction de ces éléments est suffisamment déterminante, alors que la société [filiale] se trouvait dans une situation de dépendance décisionnelle et financière particulièrement marquée, pour affirmer que les relations financières entre les sociétés [mère et filiale] sont devenues anormales ».

381. – Perplexité. L'analyse précédente laisse perplexé. Il est en effet hâtif de déduire de la dépendance décisionnelle et financière une relation financière anormale. La cour retient les indices de la fictivité pour caractériser la confusion des patrimoines, d'autant qu'elle a refusé d'admettre cette « absence d'autonomie décisionnelle » dans le cadre de son analyse de la fictivité. Dans son arrêt *Metaleurop* du 19 avril 2005⁽²¹⁾, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de Douai un manque de base légale, ce qui s'apparente à une insuffisance de motivation⁽²²⁾ : elle s'est déterminée par des motifs « impropres à caractériser en quoi, 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, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales ». Si la Cour de cassation retient comme anormaux les abandons de créances, l'absence de perception de loyers ou d'intérêts, elle ne s'oppose pas à ce que la société mère, créancière, accorde des délais de remboursement à sa filiale. Cette décision n'est pas constitutive d'une faute dès lors qu'en accordant cet avantage, la société créancière ne met pas en péril sa propre situation. L'appartenance à un groupe de sociétés « normalise » des relations financières ; elle rend plus difficile la reconnaissance du caractère anormal de certaines relations.

B. – Une extension inopportune

382. – Ainsi, dans l'affaire *Metaleurop*, la Cour de cassation resserre son contrôle sur les conditions de l'extension de la procédure à la société mère. L'intégration, même très poussée, des sociétés du groupe n'entraîne pas nécessairement la confusion des patrimoines⁽²³⁾. L'éthique et la morale peuvent déplorer cette immunité

(19) M. Cabrillac et P. Pétel, obs. préc.

(20) Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-13.302, inédit. – Cass. com., 7 janv. 2003, n° 00-13.192 : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 3 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 402, obs. F.-X. Lucas.

(21) Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 92 ; *JCP G* 2005, II, 10088, note O. Bourru et M. Menjuq ; *JCP E* 2005, 721, étude B. Rolland, préc. ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897, note J. Marotte et D. Robine.

(22) V., sur la technique de cassation, Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGD, coll. « Bibl. dr. privé », 1998. – X. Bachelier et M.-N. Jobard-Bachelier, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz-Sirey, coll. « Méthodes du droit », 2008. – F. Béranger, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, préf. Ch. Atias, PUAM, 2003.

(23) « Ni les conventions de trésorerie et de change entre les deux entités, ni les échanges de personnels, ni les avances de fonds par la société mère, ni la mainmise de la société mère sur le pouvoir de gestion de la filiale, ne revêtent le caractère d'un désordre généralisé des comptes, justifiant une réunification des patrimoines » (B. Grimonprez, préc., n° 8).

dont certains groupes de sociétés peuvent jouir. L'extension de la procédure collective de la filiale vers la société mère doit, en raison de sa radicalité, être cantonnée à des circonstances exceptionnelles. Que la société mère entre dans la ronde de la procédure collective et le remède sera pire que le mal : l'ensemble du groupe risque d'être fragilisé et les salariés des sociétés *in bonis* seront soudainement menacés par la contagion des difficultés ; de plus, les créanciers de la société mère endosseront les habits du créancier chirographaire. Ces conséquences inopportunes traduisent la limite de ce mécanisme de recherche de la responsabilité de la société mère. La Cour de cassation, dans l'affaire *Metaleurop*, invite d'ailleurs à délaisser ce régime pour se concentrer davantage sur la responsabilité délictuelle du dirigeant.

II. – Responsabilité pour direction fautive de la filiale

383. – L'exercice fautif du contrôle de la filiale est susceptible d'engager la responsabilité de la société mère⁽²⁴⁾. Deux attitudes peuvent être sanctionnées : l'immixtion intempestive dans les affaires de la filiale et la faute de gestion de la société qui s'est comportée en dirigeant de droit ou de fait de la filiale.

384. – **Apparence.** La responsabilité de la société mère peut être engagée en sa qualité d'associée de la filiale lorsque des faits à l'origine des difficultés de cette dernière peuvent lui être imputés. La preuve d'une telle faute étant délicate, la condamnation de la société mère est retenue sur le fondement de l'apparence créée. Lorsque les tiers ont légitimement cru que la société mère s'était engagée, celle-ci peut être contrainte d'assumer les dettes nées des faits des autres membres du groupe. L'obligation au passif est décidée dès lors que l'immixtion de la société mère dans la gestion de la filiale a créé dans l'esprit du tiers une confusion sur la personne du débiteur⁽²⁵⁾.

385. – **Obscurité.** Des interrogations existent sur l'exigence d'une faute de la société mère à l'origine de l'apparence litigieuse. Le droit civil ne l'exige pas⁽²⁶⁾. Des auteurs estiment qu'il « faut une apparence trompeuse et que cette apparence trompeuse soit consécutive à une faute commise par la société mère »⁽²⁷⁾. La jurisprudence est plus hésitante. Elle ne sait si elle doit porter son attention sur la croyance légitime des tiers ou sur le comportement externe de la société dominante. Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 25 février 2004 retient, malgré les apparences créées et constatées, que l'immixtion de la société mère n'était pas suffisamment grave pour engager sa responsabilité⁽²⁸⁾. En définitive, la théorie de l'apparence suppose « une ingérence de la société mère confinant à la négation de la personnalité de sa filiale »⁽²⁹⁾. Elle n'est donc recevable que dans des circonstances particulières.

(24) V., P. Delebecque, *Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilités des membres du groupe* : *Rev. proc. coll.* 1998, p. 129, n° 14.

(25) Cass. com., 15 juin 1993 : *RJDA* 1993, 776 ; *Rev. sociétés* 1994, 730, note R. Libchaber.

(26) Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : *JCP G* 1963, II, 13105, note P. Esmein ; *D.* 1963, p. 277, note J. Calais-Auloy.

(27) J. Calais-Auloy, *À propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés* : *RJ com.* 1977, p. 85.

(28) Cass. 3^e civ., 25 févr. 2004, n° 01-11.764 : *Bull. civ.* 2004, III, n° 38 ; *D.* 2004, act. jurispr. 703 ; *RDC* 2004, p. 740, obs. F.-X. Lucas.

(29) B. Grimonprez, *préc.*, n° 11.

386. – La responsabilité des dirigeants de sociétés envers les créanciers ou les tiers⁽³⁰⁾ peut s'avérer précieuse en présence d'un groupe de sociétés. Les victimes pourront démontrer que la société mère a revêtu la qualité de dirigeant de la filiale. L'action pour insuffisance d'actif prévue à l'article L. 651-2 du Code de commerce peut être dirigée à l'encontre de la direction de droit ou de fait de la société⁽³¹⁾. La direction de fait est celle qui, sans titre légitime, a directement ou indirectement exercé une activité dans l'administration de la société⁽³²⁾. Des actionnaires seront qualifiés de dirigeants de fait dès qu'ils commandent aux organes statutaires de direction de la société ; cette qualité sera reconnue à une société mère lorsqu'elle prive une filiale de toute autonomie décisionnelle⁽³³⁾.

387. – La tentation est dès lors immense de voir dans toute société mère un dirigeant de fait potentiel de sa filiale. Le droit positif encadre toutefois cette reconnaissance. La Cour de cassation exige ainsi des actes précis pouvant être imputés à la société mère, laquelle, même détentricrice de la filiale à 99 %, n'est pas présumée en exercer la direction de fait⁽³⁴⁾. Les juges s'attachent à identifier l'immixtion réelle de la société. La reconnaissance de la direction de fait se heurte ainsi en pratique à la complexité et à l'opacité des relations intragroupes⁽³⁵⁾. De plus, doit être imputée à la société dirigeante de fait une faute de gestion, qui doit être mise en relation avec la trésorerie défaillante de la filiale⁽³⁶⁾.

§ 2. – Une responsabilité de principe de la société mère du fait de ses filiales

388. – Face à l'insuffisance des schémas actuels de responsabilité, émerge un courant de responsabilité fondé sur les faits commis par la filiale, inspiré de la mécanique de l'article 1384 du Code civil. Mais la construction d'un régime pérenne suppose des fondations solides. Se côtoient une responsabilité proche du droit social (I) et une responsabilité à la marge de celui-ci (II).

I. – Une responsabilité dans le cercle du droit social

389. – **Droit comparé.** D'une approche comparatiste, se dégage un constat : la plupart des systèmes juridiques occidentaux disposent d'un mécanisme permettant aux créanciers d'une société d'écartier l'autonomie juridique de la personne morale. À côté de la *substantive consolidation* précédemment évoquée, le droit américain

(30) C. com., art. L. 223-22 et L. 225-251.

(31) « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables » (C. com., art. L. 651-2, al. 1^{er}).

(32) V., sur la notion de gestion de fait, J.-L. Rives-Langes, *La notion de dirigeant de fait* : D. 1975, chron. 41. – D. Tricot, *Les critères de la gestion de fait : Dr. et patrimoine* janv. 1996, p. 24.

(33) Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15.895, inédit : *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. Porrachia ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 469, note F.-X. Lucas.

(34) F.-X. Lucas, note préc. ss Cass. com., 2 nov. 2005.

(35) B. Grimonprez, préc., n° 13.

(36) V., sur ce point, *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 626, n° 137, obs. B. Saintourens, note ss arrêt Paris, 15 janv. 1999.

dispose d'un arsenal juridique lui permettant de neutraliser la négation ou l'utilisation abusive de la personnalité morale de la filiale par la société mère. Le mécanisme de la « levée du voile social »⁽³⁷⁾ permet de retenir la responsabilité de la société mère lorsque celle-ci a artificiellement dissocié son patrimoine de celui de sa filiale afin de limiter sa responsabilité ou son éventuelle contribution aux pertes de celle-ci. La personnalité morale de la filiale peut alors être ignorée par le juge ; l'actionnaire sera solidairement tenu des dettes de cette dernière. Il s'agit d'une théorie très restrictive puisqu'elle suppose une emprise totale et néfaste sur la filiale. Il faut démontrer que le groupe a fait de la filiale un quasi-instrument de la réalisation de projets illicites⁽³⁸⁾. L'application de cette règle fluctue néanmoins au gré des États et du type de contentieux⁽³⁹⁾. De plus, si le contrôle exercé par une société sur l'une de ses filiales dont elle serait également créancière est abusif, le juge peut subordonner le paiement des créances de la société mère à celui des autres dettes de la filiale⁽⁴⁰⁾. Toutefois, l'équitable subordination « n'est appliquée que lorsque celui dont la créance est ainsi infériorisée a une attitude inéquitable ayant causé des préjudices aux autres créanciers (...) ou lorsque ses manœuvres ont eu pour conséquence de lui conférer un avantage injuste »⁽⁴¹⁾.

390. – Droit de la concurrence. Le droit de la concurrence s'émancipe de l'autonomie des personnes morales. Le droit de l'Union européenne retient que le fait qu'une filiale ait une personnalité juridique distincte est insuffisant pour exclure la responsabilité de la société mère⁽⁴²⁾. Le droit interne s'est approprié cette solution en permettant de rechercher la responsabilité d'une société mère à raison des actes anticoncurrentiels commis par sa filiale⁽⁴³⁾. Les autorités de la concurrence s'attachent ainsi à vérifier l'autonomie réelle des filiales adoptant un comportement anticoncurrentiel sur le marché. Une présomption de responsabilité de la société mère est même posée lorsqu'elle détient la filiale à 100 %, indépendamment du point de savoir si elle a encouragé le comportement illicite de cette dernière⁽⁴⁴⁾. Toutefois, la responsabilité de la société mère n'exonère pas la filiale. Les deux responsabilités s'additionnent. La Commission se réserve ainsi le droit de retenir la responsabilité individuelle de chacune des sociétés ou leur responsabilité conjointe et solidaire⁽⁴⁵⁾.

391. – Avant-projet Catala. On peut lire dans l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations, qu'« est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant en son nom propre, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en

(37) *Piercing the corporate veil*.

(38) *L'instrumentality rule*.

(39) Sur ce point, V., B. Fages, *Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères* : RDC 2007, p. 115.

(40) « The court may under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest » (États-Unis, Code des faillites, § 510).

(41) M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, *Economica*, 2002, p. 220.

(42) CJCE, 21 févr. 1973, aff. C-6-72, *Europemballage Corp*.

(43) V., O. Ancelin-Menais, *L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles* : JCP E 2008, 1428.

(44) V., notamment, Comm. CE, déc. 21 déc. 2005, aff. COMP/F/38.443, *Produits chimiques pour le traitement du caoutchouc* : « Une influence déterminante sur la politique commerciale générale » suffit.

(45) V., notamment, Comm. CE, déc. 3 mai 2006, aff. COM/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate*.

relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires »⁽⁴⁶⁾. Le dessein de cet article est de briser l'écran de la personnalité morale pour faire peser le poids de l'indemnisation sur celui qui contrôle l'activité de l'auteur du dommage.

392. – Évolution écologique. Le droit de l'environnement offre un régime de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale. L'article L. 512-17 du Code de l'environnement prévoit la responsabilité de cette société pour les dommages écologiques causés par la filiale placée en liquidation judiciaire⁽⁴⁷⁾. Ce mécanisme suppose néanmoins l'existence d'une faute en application du principe « pollueur-payeur »⁽⁴⁸⁾. La Cour de cassation retient ainsi qu'en l'absence de faute dans le cadre de sa prise de participation, la société mère n'est pas tenue de financer les opérations de dépollution liées à l'activité de sa filiale ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire⁽⁴⁹⁾.

II. – Une responsabilité à la périphérie du droit social

393. – Le droit de l'arbitrage est le plus avancé en termes de recherche de responsabilité de la société mère. Au nom de la *lex mercatoria*, est admise la levée du voile social de la filiale. Ces règles ne concernent toutefois que les litiges internationaux⁽⁵⁰⁾. Il est ainsi admis qu'une société non signataire de la clause compromissoire⁽⁵¹⁾ soit atraite à l'instance arbitrale en raison des liens de groupe qui l'unissent à l'un des signataires. La question de savoir si la clause peut être étendue à la société mère du signataire (A) procède de celle de sa responsabilité (B)⁽⁵²⁾.

A. – Extension de la clause compromissoire

394. – Sentence Dow Chemical. L'extension de la clause compromissoire est admise depuis la sentence *Isover St Gobain c/ Dow Chemical*⁽⁵³⁾ aux motifs « qu'un

(46) Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit « Avant-projet Catala », art. 1360, al. 2, remis à P. Clément, garde des Sceaux, 22 sept. 2005, p. 158.

(47) « Lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'État dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité » (C. env., art. L. 512-17). L'initiative de ce mécanisme se trouve dans le rapport déposé par M^{me} C. Lepage au terme de sa mission sur la gouvernance écologique. La proposition a été reprise dans la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II » (JO 13 juill. 2010, p. 12905).

(48) C. env., art. L. 160-1. – Texte issu de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (JO 2 août 2008, p. 12361).

(49) Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.619, inédit : *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 183, J.-Ph. Ruffié (arrêt rendu antérieurement à la loi Grenelle II) ; *Environnement* 2009, chron. 2, F.-G. Trébulle. – V., également, Ch. Hannoun, *La responsabilité environnementale des sociétés mères* : *Environnement* 2009, dossier 7.

(50) CA Paris, 28 nov. 1996, *Sté CN France c/ Sté Minhal France* : *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. Loquin.

(51) La clause compromissoire s'entend de la « stipulation d'un contrat, permise seulement en matière commerciale, par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd. 2011).

(52) V., V. Pironon : *JCl. Sociétés Traité, Groupes multinationaux. Filiales et succursales*, 2011.

(53) Sentence intérimaire, 23 sept. 1982, aff. n° 4131 : *JDI* 1983, p. 899 ; *Rev. arb.* 1984, p. 137. – CA Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98, note A. Chapelle.

groupe de sociétés possède en dépit de la personnalité juridique distincte appartenant à chacune de celles-ci, une réalité économique dont le tribunal arbitral doit tenir compte » et que « la clause compromissoire expressément acceptée par certaines sociétés du groupe doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la réalisation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées au premier chef par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler ».

395. – Nuance. D'aucuns ont pu voir dans cette sentence une extension automatique de la clause compromissoire aux sociétés membres du groupe des signataires. Cette conception est toutefois difficilement conciliable avec le principe du consentement à l'arbitrage⁽⁵⁴⁾. Une autre affaire a permis de préciser les conditions de l'extension. Un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la chambre de commerce internationale retient que « l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social ». Mais il ajoute que « lorsqu'une société (...) apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle extension lorsqu'apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire »⁽⁵⁵⁾.

396. – Présomption. La jurisprudence postérieure à la sentence *Dow Chemical* a délaissé la conception objective de l'extension de la clause compromissoire au profit d'une conception plus subjective centrée sur la volonté des sociétés d'être liées par la clause. Tel est le cas si la société a participé à la conclusion ou à l'exécution, voire à la résiliation, du contrat, peu important d'ailleurs que la société appartienne au même groupe de sociétés que les signataires⁽⁵⁶⁾. L'appartenance au groupe serait un « commencement de preuve »⁽⁵⁷⁾ ou « un indice permettant d'envisager plus facilement l'extension de la convention d'arbitrage »⁽⁵⁸⁾.

B. – Responsabilité de la société mère

397. – Extension de responsabilité ? L'extension de la clause compromissoire à la société mère ne signifie toutefois pas qu'elle devient débitrice des obligations de

(54) V., sur ce point, M. Henry, *La théorie du groupe de sociétés appliquée aux arbitrages impliquant un État* : *RD aff. int.* 2006, p. 297.

(55) Sentence CCI dans l'affaire n° 5721 en 1990, citée par Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage*, Litec, 1996, n° 500-503.

(56) Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, *Stés ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a.* : *JCP G* 2007, I, 168, obs. Ch. Seraglini et II, 10118, note C. Golhen ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; *JDI* 2007, p. 968, note C. Legros. – CA Paris, 31 oct. 1989, *Sté Kiss France et a. c/ Sté générale et a.* : *Rev. arb.* 1992, p. 90 et les notes de D. Cohen, p. 74 et L. Aynès, p. 70. – *Adde*, par ex., T. com. Nanterre, 21 juill. 2005 : *RD aff. int.* 2005, p. 848, obs. Ch. Imhoos. – Sentences CCI rendues en 1995 et 1996 dans les affaires n°s 7604 et 7610 : *JDI* 1998, p. 1027, obs. D.H. et p. 1053, obs. J.-J. A. – Sentence CCI de 2005 dans l'affaire n° 12605 : *JDI* 2008, p. 1193, obs. S. Jarvin et C. Truong-Nguyen.

(57) J.-J. Arnaldez, obs. ss sentence CCI rendue en 2000 dans l'affaire n° 10758 : *JDI* 2001, p. 1171.

(58) Ch. Jarrosson, *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés*, in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, LGDJ, 1994, p. 53.

la filiale. Préconisée par l'Institut de droit international⁽⁵⁹⁾, cette extension a toutefois été admise dans certaines sentences arbitrales.

398. – Obligations contractuelles. L'imputabilité à la société mère des obligations contractuelles de la filiale a été admise par une sentence CCI de 1995 sur le fondement conjugué du droit de l'État de New York, siège du tribunal arbitral, du droit belge, lieu de domiciliation de la filiale et de la société mère défenderesse, et de la *lex mercatoria*⁽⁶⁰⁾. Faisant référence à la sentence *Dow Chemical*, l'arbitre relève que la filiale faisait partie d'un groupe constituant « une seule et même réalité économique » et que « la maison mère exerçait un contrôle total sur la filiale ainsi que sur l'exécution et la résiliation des contrats de la filiale ». L'arbitre rappelle également que la levée du voile social est généralement admise dans des circonstances où la filiale est instrumentalisée pour l'exercice d'activités illicites ou temporaires. Il en déduit qu'en l'espèce « l'équité, ainsi que les principes du droit international, permet au voile social d'être levé de façon à protéger les parties contre un abus à leur détriment ».

399. – Cette solution doit être rapprochée des préconisations de l'Institut de droit international aux termes desquelles « la responsabilité découlant des relations contractuelles entre une société et un tiers peut être imputée par une juridiction ou un tribunal arbitral à la société mère ou à une autre entité de contrôle d'une entreprise multinationale lorsque : (i) l'entité de contrôle a participé à la négociation, à l'exécution ou à la terminaison du contrat sur lequel se fonde l'action en responsabilité, d'une manière telle que le demandeur puisse être raisonnablement induit à présumer la responsabilité de celle-ci ; ou (ii) la société en question ou l'entité de contrôle s'est livrée à une fraude ou à une pratique trompeuse à propos de l'obligation sur laquelle se fonde l'action en responsabilité ; ou (iii) une société membre d'une entreprise multinationale cesse ses activités, entre en liquidation, ou est mise en faillite, afin de contribuer à l'indemnisation de ses employés conformément à la loi du lieu d'activité ou d'engagement ».

400. – Obligations extracontractuelles. L'imputabilité à la société mère des obligations extracontractuelles de la filiale a été admise par une sentence CCI de 2003. Le tribunal arbitral impute à la société mère la responsabilité de sa filiale pour l'exploitation déloyale d'un brevet⁽⁶¹⁾. Il retient que « peu importe que l'opération ait été réalisée par une filiale dans la mesure où, outre que des produits ont nécessairement été vendus par [la société mère] à cette dernière en France et [que] le principe de l'unité économique doit prévaloir sur celui de la dualité juridique ». En l'espèce, la prise en considération de l'unité du groupe semble surabondante dans la mesure où la société mère avait elle-même excédé les termes de la licence en vendant les produits litigieux à sa filiale en France⁽⁶²⁾.

401. – L'Institut de droit international va beaucoup plus loin en matière d'extension de la responsabilité extracontractuelle. La résolution de 1995⁽⁶³⁾ prévoit

(59) Institut de droit international, Session de Lisbonne, août-sept. 1995, *Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres* : Rev. crit. DIP 1996, p. 383.

(60) Sentence CCI n° 8385 : JDI 1997, p. 1061.

(61) Sentence CCI n° 10988 : JDI 2006, p. 1408.

(62) V. Pironon : JCI. *Sociétés Traité, Groupes multinationaux. Filiales et succursales*, 2011.

(63) Préc.

que « la responsabilité non contractuelle peut être imputée à l'entité de contrôle dans les circonstances, telles que des catastrophes, dans lesquelles les ressources de la société membre ou des sociétés membres directement impliquées apparaissent comme insuffisantes pour satisfaire complètement aux réclamations présentées ». Il s'agit d'une responsabilité sans faute prouvée⁽⁶⁴⁾.

SECTION 2

LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE DU FAIT DE SES FILIALES : DES INTERROGATIONS

402. – Parce que la responsabilité de la société mère ne doit être ni systématique ni absolue, le choix de règles équilibrées, respectueuses des intérêts tant économiques que sociaux s'impose. L'absence d'un droit des groupes empêche d'accorder aux créanciers des filiales, une créance générale sur la société mère. Une responsabilité du fait d'autrui se justifie pour ne pas opposer aux créanciers de la filiale l'étanchéité des patrimoines des sociétés. Face à l'impécuniosité de l'auteur du dommage, les victimes doivent pouvoir remonter la chaîne des responsabilités pour obtenir réparation⁽⁶⁵⁾. Face à l'insolvabilité de la filiale, les salariés de celle-ci doivent pouvoir remonter jusqu'à l'auteur réel des décisions dont ils subissent les conséquences, la société mère du groupe. In saisissable dans sa définition et dans sa personnalité, le groupe ne peut être un cadre de mise en place d'un régime de responsabilité. La réflexion doit donc être organisée autour de l'axe société mère/filiale. Parce qu'il doit s'appliquer à un couple particulier dans le champ atypique du droit social, le régime de la responsabilité du fait d'autrui prévu à l'article 1384, alinéa 5, du Code civil doit être adapté. Ses conditions d'application doivent toutefois être respectées pour que soit préservée son ossature. Doit ainsi être déterminé un responsable ; la mécanique du régime doit être appréhendée et des conséquences doivent être tirées. Au jeu de la responsabilité (§ 1) succède l'étude de sa portée (§ 2).

§ 1. – Le jeu de la responsabilité

403. – L'étude d'une imputation (I) précède celle du contenu de la responsabilité (II).

I. – Détermination du responsable

404. – **Un contrôle.** Le commettant a le pouvoir de donner des ordres. Le préposé lui est subordonné. Si la notion de « contrôle » et celle de « dépendance »

(64) V. également, en ce sens, P. Manzini, *I Costi ambientali nel diritto internazionale*, Giuffrè éd., Milan, 1996, recensé in *Rev. crit. DIP* 1999, p. 623, par T. Ballarino.

(65) B. Grimonprez, préc., n° 23.

ont donné lieu à débat⁽⁶⁶⁾, la société mère est celle qui, directement ou indirectement, est en situation de gouverner l'activité de la filiale. Cette notion de contrôle soulève néanmoins quelques difficultés d'interprétation⁽⁶⁷⁾. L'article L. 233-3 du Code de commerce associe le contrôle à la possession de droits de vote. Ainsi, une société est dite « contrôlante » lorsqu'en vertu de ses prises de participation, elle est en mesure d'imposer, en droit ou en fait, ses décisions à une autre société, tel le choix des dirigeants, les décisions stratégiques ou la répartition des bénéfices. Cette approche permet une quantification précise du champ de la responsabilité. Néanmoins, d'autres formes de contrôle, liées à l'exercice d'une « influence dominante sur une entreprise »⁽⁶⁸⁾, existent et sont retenues tant par le Code de commerce pour la consolidation des comptes que par le Code du travail pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel⁽⁶⁹⁾. Le critère de « l'influence notable » fait apparaître des formes non capitalistiques de matriarcats⁽⁷⁰⁾, tels les réseaux de concessionnaires ou de franchisés. Ce critère du contrôle est central. Il détermine quelle peut être la responsabilité de la société mère. Le critère de la détention d'une participation lui conférant la majorité des droits de vote, prévu à l'article L. 233-3 du Code de commerce, doit être privilégié pour caractériser l'influence de la société mère dans l'action de la filiale. À mesure que s'accroît la participation, l'autonomie de la filiale s'estompe et la responsabilité de la société contrôlante augmente.

405. – Une animation. La seule référence au contrôle en capital s'avère insuffisante. Toute société mère ne prend pas nécessairement une part active à la vie de la filiale. Il existe une différence entre celle qui n'a qu'une perspective patrimoniale et celle qui, dotée d'un rôle stratégique, a la volonté de dicter la politique du groupe. D'une forme à l'autre varie l'unité de direction. Le droit fiscal a saisi cette dualité et s'attache à séparer les sociétés mères de placement des sociétés mères animatrices⁽⁷¹⁾, réservant des avantages fiscaux à ces dernières⁽⁷²⁾. La Cour de cassation retient la qualification de société mère animatrice lorsque celle-ci définit seule et exclusivement la politique générale du groupe que les organes dirigeants des filiales devront respecter⁽⁷³⁾. L'implication de la société mère atteste, en ce qui concerne sa responsabilité, qu'elle est vraisemblablement à l'origine de la décision de la filiale. Davantage que sa détention, c'est l'exercice effectif du pouvoir qui est source de responsabilité.

406. – La société mère souhaitant s'échapper du champ de la responsabilité doit établir qu'elle est étrangère à la décision litigieuse. L'intérêt du groupe s'avère, dès

(66) V., sur ce point, Forum europaeum, *Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe : Rev. sociétés* 1999, p. 43, n° 2.

(67) V., M. Storck, *Définition légale du contrôle d'une société en droit français : Rev. sociétés* 1986, p. 385. – C. Hillig-Poudevigne et G. Louvel, *La notion de groupe à l'épreuve du droit social : JCP E* 2005, 1393, n° 6.

(68) C. com., art. L. 233-16.

(69) « Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique » (C. trav., art. L. 2331-1, II).

(70) B. Grimonprez, préc., n° 25.

(71) V., sur cette distinction, J.-P. Dom, *Le droit des contrats au service de l'animation effective d'un groupe de sociétés : CDE* nov.-déc. 2006, p. 44.

(72) CGI, art. 145 et 216.

(73) Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 24 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 877, note J.-P. Dom. – V., également, Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 183 ; *Dr. fisc.* 2005, comm. 811 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 69, note J.-L. Médus.

lors, être un indicateur précieux⁽⁷⁴⁾. L'acte commis par la filiale, contraire à l'intérêt de groupe, tend à prouver l'absence d'intervention de la société mère. Partant, les pratiques mises en œuvre par une société sont imputables à celle-ci, et à elle seule, pour autant « qu'elle soit en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique de sa société mère »⁽⁷⁵⁾.

II. – Détermination de la responsabilité

407. – Un fait dommageable. En matière de responsabilité pour fait d'autrui, notamment sur le terrain de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil, la jurisprudence impose, pour que la responsabilité soit engagée, que celle du préposé puisse l'être également. Il ne suffit donc pas que l'activité du préposé ait causé un dommage à autrui ; il faut encore que celui-ci ait commis une faute de nature à engager sa responsabilité personnelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil⁽⁷⁶⁾. Il faut ainsi, pour retenir la responsabilité de la société mère, que la filiale ait commis un manquement susceptible d'engager sa responsabilité en tant qu'employeur. La présomption de responsabilité porte sur des faits commis à l'encontre des salariés de la filiale⁽⁷⁷⁾, leur infligeant un préjudice. Ce mécanisme permet aux salariés victimes de manquements de leur employeur à ses obligations et face à son insolvabilité de se retourner contre l'auteur originel de la décision préjudiciable. S'ouvre ainsi le champ du licenciement pour motif économique. Ce licenciement doit conduire à la fermeture définitive de l'établissement. En cas de manquements de la filiale à ses prérogatives d'employeur en matière de licenciement pour motif économique, les conséquences indemnitaires de ces manquements doivent, en cas d'insolvabilité de la filiale, être supportées par la société mère.

408. – Une présomption. Au-delà de la responsabilité du fait d'autrui, se pose la question de la nature de la responsabilité encourue. Est-elle objective, c'est-à-dire indifférente au comportement du responsable, ou subjective, fondée sur un manquement au devoir d'éviter le dommage ? La responsabilité du fait d'autrui de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil est une responsabilité objective, de plein droit, dès lors qu'un fait générateur de responsabilité a été commis par le préposé. L'« avant-projet Catala » s'est prononcé en ce sens en ne faisant reposer la responsabilité des sociétés mères sur aucune faute de leur part. Une telle orientation présente l'avantage de ne pas faire peser sur la victime la charge d'une preuve trop lourde. Il est, par exemple, très difficile pour les salariés de prouver la faute de gestion ou l'immixtion intempestive de la société mère dans la gestion de la filiale.

409. – Des auteurs suggèrent de fonder la responsabilité de la société mère sur une présomption de faute⁽⁷⁸⁾. La proposition ne convainc pas. D'aucuns considèrent

(74) B. Grimonprez, préc., n° 26. – C. Hannoun, préc., n° 129.

(75) Cons. conc., déc. 31 mars 2003, n° 03-D-17, *Pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes* : BOCC 8 oct. 2003, pt 127.

(76) M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis droit », 2007, n° 127.

(77) Pour les faits commis à l'encontre des tiers, des mécanismes de droit commercial notamment existent.

(78) V., en ce sens, B. Fagues, *Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères* : RDC 2007, p. 115.

que la faute commise correspond à l'exercice effectif du contrôle de la filiale ; or, le fait d'autoriser le responsable à s'exonérer par la preuve qu'il n'a pas commis de faute revient à contester l'exercice même du contrôle⁽⁷⁹⁾. Par suite, c'est davantage le régime même de la responsabilité qui s'effondrerait si une présomption de faute était admise tant il paraît difficile de tenir la direction de la filiale pour automatiquement fautive. De même, appliquer le régime classique de la responsabilité du fait d'autrui conduirait à permettre à la société mère de s'exonérer en présence d'un abus de fonctions de la filiale en sa qualité de préposé⁽⁸⁰⁾. Ce dernier point laisse perplexe. En effet, l'abus de fonctions est caractérisé lorsque le préposé « a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions »⁽⁸¹⁾. Le champ du droit social rend hasardeuse l'identification d'une situation dans laquelle une filiale aurait agi hors de ses fonctions ; tant la notion de personnalité morale que son indépendance s'y opposent. Dans l'hypothèse d'un licenciement pour motif économique, une filiale ne pourrait se placer en situation d'abus de fonctions en procédant à un licenciement sans l'autorisation officielle de la société mère.

§ 2. – La portée de la responsabilité

410. – Hypothèse. Des auteurs estiment que la responsabilité de la société mère ne devrait pas valoir comme substitution de responsabilité mais comme une adjonction⁽⁸²⁾. Il ne serait pas nécessaire d'accorder une immunité à la filiale fautive bien qu'elle ait agi sur ordre de la société mère. Il serait préférable que la garantie de réparation offerte par celle-ci s'ajoute à celle de la filiale. Les salariés disposeraient de deux actions, l'une contre la filiale, le débiteur principal, et l'autre contre la société mère, le débiteur secondaire ou accessoire. Aucune hiérarchie ne devrait être posée entre les deux actions. S'imposerait une obligation de réparation « au tout », les coresponsables pouvant être attirés simultanément en justice et condamnés *in solidum*.

411. – Solution. Toutefois, il semble indispensable que la responsabilité de la société mère ne soit pas automatique. Elle doit être subsidiaire. Elle ne peut intervenir qu'en cas de liquidation préalable de la filiale, débiteur principal. Placée dans cet état, la filiale doit bénéficier d'une immunité totale, similaire à celle dont bénéficie le préposé ayant agi dans le cadre de ses fonctions. Il s'agit d'appliquer l'articulation des responsabilités pour fait d'autrui telle qu'elle existe depuis l'arrêt *Costedoat* qui retient que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »⁽⁸³⁾. Ce

(79) B. Grimonprez, préc., n° 27.

(80) V., sur la notion d'abus de fonctions du préposé, D. Sindres, *L'introuvable abus de fonctions du préposé* : D. 2011, p. 1530.

(81) Cass. ass. plén., 19 mai 1988 : *Bull. civ.* 1988, ass. plén., n° 5 ; D. 1988, p. 513, note C. Larroumet ; *RTD civ.* 1989, obs. P. Jourdain ; *Defrénois* 1988, 1097, obs. Aubert.

(82) B. Grimonprez, préc., n° 28.

(83) Cass. ass. plén., 25 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, ass. plén., n° 2 ; D. 2000, p. 673, note Ph. Brun ; *JCP G* 2000, II, 10295, concl. R. Kessous, note B. Millau ; *RTD civ.* 2000, p. 582, obs. P. Jourdain.

principe doit néanmoins être adapté à la réalité économique. Les obligations violées l'ont été par la filiale qui reste juridiquement l'employeur des salariés lésés. Or, si l'autonomie des personnes morales doit être écartée lorsqu'elle est utilisée à des fins frauduleuses, elle reste un principe fondamental juridiquement et économiquement. Ce n'est donc qu'en cas d'insolvabilité de la filiale que la responsabilité de la société mère devra être engagée. Ainsi, de même que la société mère est un « employeur d'opportunité » lorsque la qualité de coemployeur lui est reconnue, elle est un « débiteur de circonstance » lorsque la filiale est dans l'impossibilité de remplir ses obligations. Par cette articulation sont préservés tant l'intérêt économique du groupe que les intérêts sociaux des salariés qui obtiendront les indemnités dues.

412. – Action récursoire. En cas d'insolvabilité de l'employeur et d'ouverture d'une procédure collective, l'AGS garantit le paiement des sommes qui demeurent dues aux salariés⁽⁸⁴⁾. Ceux-ci peuvent ainsi appeler l'AGS en garantie dans l'hypothèse d'une insolvabilité de leur employeur placé en liquidation judiciaire. Charge reviendrait ensuite à l'AGS de se retourner contre la société mère sur le terrain de sa responsabilité du fait de sa filiale, de la même manière que, par exemple, peut agir le Fonds d'indemnisation des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions contre le commettant sur le terrain de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil lorsqu'il a indemnisé les victimes pour les dommages subis du fait du préposé conformément aux dispositions des articles L. 422-1 et suivants du Code des assurances⁽⁸⁵⁾.

413. – Prescription. Il ne s'agit donc pas de contester le motif économique du licenciement mais, pour les salariés ou pour l'AGS, dans le cadre d'une action récursoire, de demander le versement des sommes qui n'auraient pas été versées par la filiale. Les règles classiques de contestation de la procédure de licenciement pour motif économique s'appliquent. Ce n'est que la prise en charge des conséquences pécuniaires qui peut être demandée à la société mère. Conformément au régime de droit commun, l'action en paiement des sommes en jeu se prescrit par cinq ans⁽⁸⁶⁾.

414. – Jurisdiction. Lorsque la société mère et la filiale sont situées sur le territoire français, la question de la juridiction compétente ne soulève guère de difficulté. Lorsqu'apparaît un élément d'extranéité, la situation est plus délicate. L'article 19 du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit « règlement Bruxelles I », concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dispose pour l'essentiel qu'« un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré devant les tribunaux » de cet État ou « devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ». Sans avoir besoin de s'aventurer plus loin dans les méandres du droit international privé, en présence d'une société mère domiciliée sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, *a fortiori* sur le territoire français, les salariés pourront décider de l'attirer devant les juridictions de cet État, en France devant le conseil de prud'hommes de sa domiciliation ou devant celui du

(84) C. trav., art. L. 3253-6 et s.

(85) V., pour une illustration, Cass. 2^e civ., 12 mai 2011, n° 10-20.590 : *Bull. civ.* 2011, II, n° 110 ; *D.* 2011, p. 1938, note I. Gallmeister ; *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 243, Ch. Radé.

(86) C. trav., art. L. 3245-1. – C. civ., art. 2224.

lieu où ils accomplissent habituellement leur travail⁽⁸⁷⁾. De même, si la société mère est domiciliée hors du territoire de l'Union européenne, l'article 14 du Code civil permet de la citer devant les tribunaux français⁽⁸⁸⁾.

415. – Loi applicable. Lorsqu'existe un élément d'extranéité, peut apparaître la question de l'applicabilité du régime de responsabilité délictuelle de la société mère du fait de sa filiale. L'article 4.1 du règlement CE n° 846/2007 du 11 juillet 2007, dit « règlement Rome II », sur la loi applicable aux obligations non contractuelles prévoit que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ». En présence d'une filiale située sur le territoire français, peu important la domiciliation de la société mère, le régime de droit français sera applicable.

CONCLUSION DU TITRE 1

416. – Risque. La responsabilité de la société mère peut trouver un fondement dans le risque, un risque Janus qui prend le visage de l'autorité, socle de tout mécanisme de responsabilité du fait d'autrui, et le visage de l'entreprise qui témoigne de l'activité économique déployée par le groupe.

417. – Autorité. Le rapport d'autorité sert de schéma à toutes les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui⁽⁸⁹⁾. Le responsable doit exercer un pouvoir sur l'auteur du dommage. Ainsi, le parent dicte la conduite de ses enfants⁽⁹⁰⁾ et le commettant donne des directives à ses préposés⁽⁹¹⁾. Selon la formule consacrée par la Cour de cassation, le répondant⁽⁹²⁾ a « la charge d'organiser et de contrôler »⁽⁹³⁾ l'activité de l'auteur des faits. Il peut ainsi éviter la survenance du dommage. La relation de préposition *lato sensu* esquisse les contours de la responsabilité du fait d'autrui. Dès lors, le raisonnement peut être transposé à la société mère dans ses relations avec les filiales placées sous son contrôle. N'étant pas réellement indépendantes, pourquoi ces dernières devraient-elles assumer seules les conséquences d'actes commandés par la société mère ? L'ensemble des responsabilités fondées sur l'article 1384 du Code civil conduisent à faire assumer par une personne les actes réalisés par une autre personne placée sous son autorité et sous son contrôle. Appliqué au groupe de sociétés, le mécanisme ne nierait ni l'autonomie formelle ni la personnalité morale de la filiale puisque ce serait « pour autrui » que ses actes auraient été réalisés.

(87) En application de C. trav., art. R. 1412-1.

(88) « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français » (C. civ., art. 14).

(89) B. Grimonprez, préc., n° 21.

(90) C. civ., art. 1384, al. 4.

(91) C. civ., art. 1384, al. 5.

(92) B. Grimonprez, préc., n° 21.

(93) Cass. ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : *Bull. civ.* 1991, ass. plén., n° 1 ; *JCP G* 1991, II, 21673, note J. Ghestin ; *D.* 1991, p. 324, note C. Larroumet.

UNE RESPONSABILITÉ ORGANISÉE

418. – Le chef d'entreprise placé devant l'impossibilité matérielle d'exercer seul l'ensemble des prérogatives qui lui incombent peut décider d'associer un tiers à leur exercice. La délégation de pouvoirs désigne la convention par laquelle un délégant habilite un délégataire à exercer un pouvoir⁽¹⁾. En ce sens, elle constitue une technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise. Dans le groupe de sociétés, le recours à la délégation de pouvoirs permet la spécialisation des fonctions. Elle opère une déconcentration des pouvoirs de direction et une décentralisation des responsabilités. La délégation de pouvoirs procède d'un choix individuel. Le délégant décide de confier des responsabilités au délégataire. Si la mise en cause de la personne morale s'en trouvera facilitée, en ce que l'engagement de celle-ci suppose la commission d'une infraction pour son compte par l'un de ses organes ou de ses représentants, la délégation de pouvoirs est avant tout une organisation individuelle de responsabilité (Chapitre 1).

419. – L'existence d'un groupe de sociétés suggère également une organisation plus collective de la responsabilité. La société mère peut faire le choix de « s'auto-responsabiliser » par le biais de normes collectives (Chapitre 2).

(1) La délégation de pouvoirs se distingue ainsi de la délégation de créance visée à l'article 1276 du Code civil, laquelle désigne « l'opération juridique par laquelle un débiteur, appelé délégant, propose à son créancier, appelé délégataire, l'un de ses débiteurs, appelé délégué, qui consent à s'obliger personnellement envers le délégataire » (M. Billiau, *Rép. civ.* Dalloz, V° *Délégation*).

UNE ORGANISATION INDIVIDUELLE DE LA RESPONSABILITÉ

420. – La délégation de pouvoirs permet d'effacer les limites matérielles qui s'imposent au chef d'entreprise dans l'exercice de ses prérogatives. Elle constitue moins une cause d'exonération de responsabilité qu'un mode d'organisation du pouvoir. En ce sens, il n'est guère étonnant que l'institution de la délégation de pouvoirs ait dépassé la sphère de l'entreprise pour gagner celle du groupe. Néanmoins, la construction jurisprudentielle de la délégation de pouvoirs au sein des groupes de sociétés n'est qu'esquissée. Le fondement de son admission est flou. Elle repose sur un constat d'opportunité.

421. – Le groupe n'étant pas une entreprise, le « chef de groupe » n'est pas un chef d'entreprise. Il est cependant admis qu'il puisse transférer une part de ses prérogatives à un ou plusieurs subordonnés afin qu'ils les exercent au sein des entreprises filiales⁽¹⁾. La condition du lien de préposition nécessaire à la validité d'une délégation de pouvoirs peut se heurter à l'autonomie juridique des sociétés. Dans un arrêt du 26 mai 1994, la Cour de cassation ouvre néanmoins une brèche. Elle retient que « rien n'interdit à un chef d'un groupe de sociétés et président de la société chargée des travaux de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe placé sous son autorité hiérarchique »⁽²⁾.

422. – Entre un pouvoir économique unifié et des pouvoirs juridiques morcelés, le lien est établi. L'exigence d'un lien de préposition s'oppose à ce que le dirigeant du groupe soit en mesure de désigner un déléataire parmi des salariés des entreprises du groupe qui ne lui seraient pas subordonnés. La délégation de pouvoirs (Section 1) laisse dès lors place à une organisation de gestion, matérialisée dans le mandat social (Section 2).

(1) Si l'« on peut gouverner de loin, on n'administre bien que de près » (Décret français du 28 mars 1852, exposé des motifs).

(2) Cass. soc., 26 mai 1994, n° 93-83.179 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 208 ; *Dr. soc.* 1995, p. 344, note A. Cœuret ; *RJS* 1994, n° 1275.

LE RECOURS À LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS

423. – Le champ d'application de la délégation de pouvoirs s'étend à toutes les branches du droit « sauf si la loi en dispose autrement ». La Cour de cassation retient que « le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires »⁽³⁾. La délégation de pouvoirs a pour objet non de transférer la titularité du pouvoir mais d'attribuer son exercice. La jouissance du pouvoir délégué n'est donc pas transférée au délégataire mais conservée par le délégant. Ainsi, « la délégation n'est pas un abandon de pouvoirs »⁽⁴⁾. En ce sens, la délégation de pouvoirs doit être appréhendée comme « un mécanisme conventionnel d'attribution de l'exercice d'un pouvoir »⁽⁵⁾. Le particularisme des groupes de sociétés influe sur la construction (§ 1) et sur l'application (§ 2) de la délégation de pouvoirs.

§ 1. – La construction de la délégation de pouvoirs

424. – La construction de la délégation de pouvoirs répond à un régime juridique particulier (I). Le respect de ces règles n'ouvre pas le champ des possibles. Des limites existent (II).

I. – Des exigences

425. – **Conditions de forme.** La délégation de pouvoirs n'est pas une délégation de fonctions. La Cour de cassation retient ainsi que « les fiches descriptives des fonctions [des] préposés, les chargeant, en des termes généraux, de veiller à l'application des règles de sécurité, ne valent pas délégation de pouvoirs »⁽⁶⁾. Elle ne peut pas non plus se déduire d'une clause contractuelle générale et imprécise⁽⁷⁾, ni même prendre la forme d'une note de service⁽⁸⁾. De plus, si une délégation peut

(3) Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931 : *Bull. crim.* 1993, n° 112 ; *JCP E* 1994, II, 571, note J.-H. Robert.

(4) A. Coeuret, *Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger* : *Dr. soc.* 1995, p. 345.

(5) N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », t. 68, 2005, n° 26.

(6) Cass. crim., 30 avr. 2002, n° 01-84.405, inédit. – Dans le même sens, V., Cass. crim., 19 nov. 2002, n° 02-81.730, inédit.

(7) Pour un exemple de clause non retenue par le juge : « M. Y... se voit déléguer les pouvoirs généraux de direction et d'organisation des services d'exploitation ; pour exercer ses pouvoirs, M. Y..., qui dispose notamment de la faculté d'organiser et de coordonner les actions des personnes placées sous sa responsabilité, de surveiller l'exécution des tâches et d'agir par toute voie d'autorité, se conformera aux usages professionnels et aux règles commerciales, sociales et de sécurité en vigueur ; conséquemment aux pouvoirs qui lui sont délégués, M. Y... peut voir sa responsabilité personnelle engagée en raison de ses actes ou de ses omissions ; il peut, notamment, répondre des infractions aux règles sociales ou de sécurité résultant d'une défaillance dans l'exercice de ses pouvoirs ». La Cour de cassation retient en l'espèce que « cette rédaction est faite en termes généraux et imprécis (...) qu'il n'est pas établi que M. Y... disposerait de l'autorité nécessaire, (...) le contrat étant rédigé en termes trop vagues ; que, surtout, il n'est pas établi que M. Y... disposerait des moyens financiers et disciplinaires nécessaires pour contrôler et sanctionner le respect de la réglementation en vigueur » (Cass. crim., 8 oct. 2002, n° 02-82.753, inédit).

(8) Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 05-80.035, inédit.

être cosignée par plusieurs chefs d'entreprise d'un même groupement⁽⁹⁾, la délégation de pouvoirs consentie à plusieurs salariés pour un objet en tout ou partie identique est irrecevable ; la Cour de cassation retient dans cette hypothèse « qu'un tel cumul [est] de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires »⁽¹⁰⁾.

426. – Conditions de fond. La validité de la délégation de pouvoirs est associée au constat que le délégataire dispose des moyens, de la compétence et de l'autorité lui permettant d'exercer les missions confiées. Le transfert de prérogatives n'est admis qu'à la condition que la délégation soit effective. À ces trois conditions, une quatrième doit être ajoutée : l'autonomie du délégataire dans l'exercice de sa mission. La jurisprudence se montre en effet relativement méfiante à l'égard de délégations de pouvoirs ayant pour effet un abus dans le transfert de la responsabilité. La Cour de cassation retient, par exemple, que l'immixtion d'un supérieur hiérarchique dans l'accomplissement de la mission confiée au délégataire fait disparaître la nécessaire autonomie dont ce dernier pouvait se prévaloir et, en conséquence, fait perdre toute efficacité à la délégation consentie⁽¹¹⁾. Toute ingérence ou interférence du délégant dans la mission du délégataire doit être condamnée.

427. – Délégation et modification de la situation juridique. Un changement dans la situation juridique de l'employeur ou dans la personne du délégant n'affecte pas la délégation tant que ce changement n'a pas pour effet de modifier la portée des pouvoirs délégués⁽¹²⁾. En revanche, la Cour de cassation retient qu'une fusion-absorption peut avoir pour effet d'entraîner la caducité des délégations de pouvoirs consenties aux salariés de la société absorbée dès lors que cette opération « avait donné lieu à la création d'une société distincte de la précédente et à un changement de dirigeant social »⁽¹³⁾.

428. – Périmètre. Si, dans un premier temps, la jurisprudence réservait la validité de la délégation de pouvoirs à la démonstration d'un lien juridique unissant le délégant et le délégataire, limitant ainsi les délégations au seul périmètre de l'entreprise, elle a par la suite assoupli sa position en ouvrant la possibilité de conclure une délégation de pouvoirs à l'intérieur d'un groupe⁽¹⁴⁾ ; le lien hiérarchique supplante le lien de subordination.

(9) Cass. crim., 11 févr. 2003, n° 02-81.722, inédit.

(10) Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81.601, inédit.

(11) Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.420 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 384 ; *RJS* 2001, 175 ; *Dr. soc.* 2001, p. 209, obs. J. Savatier.

(12) Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85.889 : *Bull. crim.* 2006, n° 75. – Cass. soc., 13 mai 2008, n° 07-40.002, inédit.

(13) En l'espèce, un salarié d'une entreprise de fabrication d'équipements aéronautiques avait reçu une délégation de pouvoirs de son PDG pour assurer la responsabilité d'un des établissements de la société. Suite à une opération de fusion-absorption au profit d'une société tierce, l'entreprise a été dissoute et radiée du RCS. Les contrats de travail avaient quant à eux été transférés en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le nouveau dirigeant estimait que la délégation de pouvoirs continuait à produire ses effets, pour tenter d'échapper à une condamnation pénale du chef de prêt de main-d'œuvre illicite. Dans son pourvoi, le salarié arguait que le délégant avait changé d'identité, que le périmètre d'intervention de la délégation avait été modifié et qu'il résultait des termes de la délégation que les pouvoirs ne lui avaient été délégués que pour la durée de sa mission au sein de la société d'origine (Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87.348).

(14) Cass. soc., 26 mars 1994, préc., qui admet la validité de la délégation consentie, pour l'ensemble du groupe, par le dirigeant d'une société dominante à un membre d'une société filiale placé sous son autorité hiérarchique.

II. – Un interdit

429. – La délégation de pouvoirs revêt un caractère contractuel. Elle doit se conformer aux règles générales de validité des conventions relatives à la capacité, au consentement, à la cause et à l'objet. Si les trois premières conditions ne posent guère de difficultés, l'objet de la délégation suscite davantage d'interrogations. L'objet de la délégation doit être à la disposition du délégant. Celui-ci ne peut déléguer plus de pouvoirs qu'il n'en détient. De même, la délégation ne peut avoir pour effet de priver le dirigeant de l'intégralité de ses pouvoirs ni de lui substituer un autre organe de la société ou un tiers⁽¹⁵⁾. Deux limites apparaissent : l'une légale, l'autre conventionnelle. Les statuts peuvent en effet s'opposer à toute forme de délégation relative à l'exercice de certaines attributions. Si la délégation est un instrument de gestion, les associés peuvent néanmoins exiger que certaines attributions soient exercées à titre exclusif par le représentant qu'ils ont désigné. La limite légale interdit de conférer aux dirigeants des prérogatives légalement dévolues à d'autres organes⁽¹⁶⁾.

430. – Une limite structurelle peut également être caractérisée, tenant dans le groupe de sociétés à l'autonomie des personnes morales. L'engagement pris par la société mère ne trouvera d'effet qu'à l'égard de celle-ci ; elle sera sans effet à l'égard des filiales.

§ 2. – L'application de la délégation de pouvoirs

431. – La délégation de pouvoirs vise, dans une conception large, à opérer une déconcentration de la direction⁽¹⁷⁾. Le chef d'entreprise ou l'organe dirigeant peut ainsi confier à un tiers l'exercice d'une partie du pouvoir de direction qu'il exerçait initialement de manière exclusive. Dès lors, le délégataire qui accomplit des

(15) En ce sens, V. Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGD, 2^e éd. 1995, n° 279.

(16) La Cour de cassation retient ainsi que « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration » (Cass. civ., 4 juin 1946 : JCP G 1947, II, 3518 ; *Gaz. Pal.* 1946, 2, p. 136). Dans le même sens, la cour d'appel d'Aix-en-Provence juge que « si les statuts peuvent aménager, au mieux des intérêts sociaux, les modalités de l'administration et de la direction, cette liberté s'exerce sous la condition expresse d'absence de bouleversement des principes généraux de hiérarchie et de compétence des divers rouages institués par la loi » (CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1982 : *Rev. sociétés* 1983, p. 773, note J. Mestre).

(17) La jurisprudence tend à distinguer le transfert effectif des responsabilités et le simple aménagement matériel des conditions d'exercice de certaines prérogatives patronales. Ainsi, un chef d'entreprise, même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité central d'entreprise, engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures relevant de son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs (Cass. soc., 15 mai 2007, n° 06-84.318 : *Bull. crim.* 2007, n° 126. – V., dans le même sens, Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82.109 : *Bull. crim.* 1994, n° 100). Même en présence d'une délégation de pouvoirs, l'employeur peut également engager sa responsabilité pénale s'il ne veille pas à la tenue régulière des élections pour le renouvellement des institutions représentatives du personnel. Il a ainsi été jugé qu'il appartenait au président d'une société, dûment informé de la nécessité de procéder au renouvellement des membres de la délégation unique du personnel, de veiller à la tenue régulière des élections, même s'il a confié à un représentant le soin de présider lesdites institutions (Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86.027 : *Bull. crim.* 2007, n° 266). Ces arrêts, toutefois, ne doivent pas tromper le juriste. En aucun cas, ils ne prohibent par principe les délégations de pouvoirs s'agissant des prérogatives des employeurs vis-à-vis des institutions représentatives du personnel. Les pouvoirs peuvent être transférés et le délit d'entrave constitué par le comportement d'un délégataire lors, par exemple, de la présidence d'un comité d'entreprise (Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-83.101 : *Bull. crim.* 2005, n° 129 ; *Dr. soc.* 2005, p. 856, note F. Duquesne).

actes juridiques dans ce cadre exerce une fonction de direction sous l'autorité du chef d'entreprise. Prise dans cette dimension, la délégation de pouvoirs permet, au sein d'un groupe de sociétés, d'organiser les pouvoirs avec une efficience accrue. Elle permet d'unifier l'autorité en attribuant des fonctions transversales aux différentes entités du groupe. Toutes les matières ne peuvent cependant faire l'objet d'une délégation. Plus précisément, les pouvoirs ne peuvent être délégués totalement librement. Si les normes générales ne posent guère de difficultés (I), certaines spécificités doivent être relevées (II).

I. – Des normes générales

432. – La Cour de cassation admet que le directeur des ressources humaines de la société mère peut valablement conduire l'entretien préalable et signer la lettre de licenciement d'un salarié d'une filiale, « laquelle était étroitement associée à la gestion de la carrière des salariés cadres de ses filiales »⁽¹⁸⁾. La cour insiste sur le fait que le directeur des ressources humaines « n'est pas une personne étrangère aux filiales »⁽¹⁹⁾. La Cour de cassation prend ainsi en compte la réalité des groupes de sociétés : l'existence d'un directeur des ressources humaines commun à plusieurs sociétés relève du fonctionnement du groupe et de chacune des entités le constituant, correspondant à un impératif de moyens et de rationalisation de gestion. Elle rappelle de même que l'existence d'un écrit n'est pas une condition *ad validitatem* de la délégation. Celle-ci peut être orale. Ainsi, un directeur financier peut conduire la procédure de licenciement à son terme sans avoir reçu de délégation écrite⁽²⁰⁾.

433. – De la même façon, la rupture du contrat de travail peut être prononcée par le directeur d'une société tierce, associé majoritaire de l'entreprise qui employait le salarié licencié, et ce, dès lors que ledit directeur a agi au nom de l'entreprise employeur⁽²¹⁾. En effet, lorsque l'employeur n'est pas le signataire de la lettre de licenciement, la validité de celle-ci suppose que son auteur ait préalablement reçu une délégation de pouvoirs. Or, en application de l'article 1998 du Code civil, malgré l'absence ou le dépassement de pouvoir par le mandataire, le mandant est tenu s'il a ratifié l'acte du mandataire : la ratification confère rétroactivement un pouvoir au mandataire⁽²²⁾. Dans un arrêt du 10 novembre 2009, la Cour de cassation déduit la ratification des circonstances que la lettre de licenciement avait été signée pour ordre, au nom du directeur des ressources humaines, et que la procédure de licenciement avait été menée à terme⁽²³⁾. La mention « PO » permet l'identification

(18) Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 191 ; *JCP S* 2009, 1535, comm. S. Béal et P. Klein.

(19) La Cour de cassation fait en l'espèce référence à un arrêt rendu le 26 mars 2002 dans lequel elle avait décidé que « la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement » (Cass. soc., 26 mars 2002, n° 99-43.155 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 105 ; *RJS* 2002, n° 669).

(20) Cass. soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 287 : « Aucune disposition légale n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ».

(21) Cass. soc., 6 juill. 2004, n° 02-43.322 : *JurisData* n° 2004-024829.

(22) Ph. Malaurie et L. Aynès, préc., n°s 309 et s.

(23) Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.076 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 250 ; *JCP S* 2009, 1596, comm. L. Draï. Dans un sens contraire, la Cour de cassation exclut la théorie du mandat en présence d'une ratification *a posteriori* suite à la notification du licenciement par un administrateur judiciaire dont la mission avait expiré : « Le jugement du 23 novembre 2007 était postérieur à la notification du licenciement, ce dont il résultait que le licenciement avait été prononcé par une per-

d'une délégation de signature, laquelle suppose le lien de préposition du délégataire, donc son appartenance à l'entreprise⁽²⁴⁾.

II. – Des normes spéciales

434. – Les champs du licenciement (A) et de l'hygiène et de la sécurité (B) soulèvent des interrogations.

A. – Le licenciement

435. – **Sociétés par actions simplifiées.** Un contentieux a surgi concernant la validité des délégations de pouvoirs dans les sociétés par actions simplifiées (SAS). En effet, à la différence de la société anonyme dont l'organisation est strictement réglementée, la SAS offre plus de souplesse ; l'article L. 227-5 du Code de commerce prévoit que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». Toutefois, l'organe dirigeant doit au moins comprendre un président qui représentera la personne morale dans ses relations avec les tiers⁽²⁵⁾. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003⁽²⁶⁾ a ajouté un alinéa à l'article L. 227-6 du Code de commerce prévoyant d'éventuelles délégations de pouvoirs⁽²⁷⁾. Le contentieux dense ouvert par des décisions des cours d'appel de Versailles et de Paris⁽²⁸⁾ a été clos par la Cour de cassation réunie en chambre mixte le 19 novembre 2010⁽²⁹⁾. La cour a confirmé

sonne qui n'avait pas ce pouvoir et qu'il était en conséquence dépourvu de cause réelle et sérieuse » (Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-17.015 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 263). – Pour une critique de ces décisions parfois inconciliables, V., Y. Pagnerre, *L'articulation des normes générales et des normes spéciales*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, ss dir. B. Teysis, Economica, 2011, p. 78, n° 142. L'auteur invite la Cour de cassation à harmoniser sa jurisprudence et à s'inspirer de la Cour de cassation belge, plus respectueuse du droit commun : « En vertu de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil, le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait par le mandataire au-delà du pouvoir donné à celui-ci qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ; la ratification a un effet rétroactif à la condition de ne pas préjudicier aux droits acquis par les tiers ; le congé moyennant préavis donné à un travailleur au nom de l'employeur par un mandataire qui excède son pouvoir ne lie pas l'employeur ; aussi longtemps qu'il n'est pas ratifié par celui-ci, cet acte ne sortit aucun des effets que la loi (...) relative aux contrats de travail attache au congé » (Cass. belge, 13 janv. 2003, n° S020025F, *Pas.*, 2003, n° 29).

(24) V., également, F. Duquesne, *Délégation de pouvoir de licencier dans l'entreprise : vers le statu quo ?* : *RJS* 2011, chron. p. 811. – A. Cœuret et F. Duquesne, *Actualité de la délégation de pouvoir de licencier dans l'entreprise ou le groupe d'entreprise* : *Dr. soc.* 2012, 35.

(25) C. com., art. L. 227-6.

(26) L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003, de sécurité financière : *JO* 2 août 2003, n° 177, p. 13220.

(27) « Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article » (C. com., art. L. 227-6, al. 3). – Cet article fait suite à un arrêt de la Cour de cassation qui avait interprété l'article L. 227-6 comme confiant un monopole de représentation au président : « Il résulte des dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce que la société par actions simplifiées est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président » (Cass. com., 2 juill. 2002, n° 98-23.324 : *Bull. civ.* 2002, IV, n° 112 ; *JCP N* 2003, 1372, note B. Dondero). Les termes lapidaires de l'arrêt ont dû donner lieu à une précision du ministère de la Justice : « Par ailleurs, la SAS peut être dirigée par une ou plusieurs autres personnes dont les modalités de nomination et l'étendue des pouvoirs ne sont pas fixées par la loi. En l'état des textes législatifs et réglementaires, lorsque ces dirigeants sont des associés ou des tiers investis par les statuts du pouvoir de diriger, de gérer ou d'engager à titre habituel la société, ils doivent également être déclarés au RCS et figurer sur l'extrait du registre du commerce et des sociétés, en plus du président, en application de l'article 15 A-10°, a) du décret du 30 mai 1984. Dans son arrêt du 2 juillet 2002, la cour relève que le représentant légal de la SAS est son président. La lecture de l'arrêt n'autorise pas à déduire de ce constat qu'il n'existe nulle possibilité de délégation de pouvoirs statutaire ou conventionnelle dans la SAS. Ces délégations doivent être mentionnées au registre du commerce et des sociétés pour être opposables au tiers » (Question écrite n° 03417 de M. Philippe Marini : *JO Sénat Q* 24 oct. 2002, p. 2445. – Rép. min. Justice : *JO Sénat Q* 19 déc. 2002, p. 3165).

(28) V., notamment, CA Versailles, 24 sept. 2009, n° 08/02615 : *JurisData* n° 2009-379626. – CA Paris, 10 déc. 2009 : *JurisData* n° 2009-016988 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 91, D. Gallois-Cochet.

(29) Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10-30.215. – Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215 : *JCP S* 2010, 1512, note J.-M. Albiol et E. Boucaya. – G. Auzero et N. Ferrier, *La délégation du pouvoir de licencier dans la SAS* (et

la soumission du pouvoir de licencier dans les SAS au droit commun des délégations de pouvoirs. Ainsi, une délégation informelle du pouvoir de licencier semble pouvoir bénéficier à tout membre du personnel de direction, indifféremment directeur des ressources humaines ou directeur général⁽³⁰⁾, dont les fonctions l'amènent à prendre en charge des responsabilités en la matière, peu important que ces attributions ne figurent pas dans les statuts de la société ou n'aient pas été portées au K-bis⁽³¹⁾.

436. – Délégation tacite et organisation. Du contentieux postérieur à l'arrêt du 19 novembre 2010 se dégage un constat : le caractère tacite de la délégation du pouvoir de gestion des sociétés joue un grand rôle dans l'organisation des pouvoirs au sein du groupe de sociétés⁽³²⁾. Néanmoins, le déclenchement des effets de la délégation tacite serait conditionné par l'absence d'une « clause de concentration »⁽³³⁾ en vertu de laquelle le titulaire initial du pouvoir de gestion ne serait pas autorisé à déléguer librement celui-ci, sauf à se plier à un certain formalisme. Un arrêt du 2 mars 2011 en offre une illustration intéressante⁽³⁴⁾. En l'espèce, le salarié soutenait que le licenciement était nul du fait que le directeur général qui avait pris la décision de rompre son contrat de travail ne pouvait être titulaire du pouvoir correspondant, sa délégation ne comportant pas expressément le droit de licencier le personnel de l'association. Une disposition des statuts de cette dernière prévoyait une « clause de concentration ». Le président titulaire du pouvoir de gestion, de recrutement, de nomination, de licenciement et du pouvoir disciplinaire, ne pouvait déléguer ses pouvoirs à un administrateur ou un directeur général qu'avec l'accord du conseil d'administration. Or, la délégation délivrée en l'espèce, dans des conditions conformes aux statuts, ne mentionnait pas expressément le pouvoir de licencier ; elle visait uniquement et explicitement la possibilité « de recruter et signer tous les contrats de travail concernant le personnel de l'association ». La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel considérant le directeur général dépourvu de qualité pour licencier. Ainsi, la présence dans les statuts de l'entité employeur d'une « clause de concentration » restreignant la liberté du titulaire du pouvoir de gestion de le partager par voie de délégation avec des collaborateurs interdit de s'aventurer sur le terrain de l'implicite. Une telle clause oblige à respecter un formalisme important ; en l'espèce, il eût fallu que la délégation reçût l'aval du conseil d'administration et mentionnât expressément les pouvoirs délégués.

437. – C'est à travers les fonctions exercées dans l'entreprise ou le groupe par l'auteur de la décision que le juge social reconnaît ou non les effets de la délégation

autres groupements personnifiés) : RJS 2011, p. 83. – V. Vigneau, *La délégation du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiées* : D. 2011, p. 123.

(30) V., en ce sens, Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 08-43.475. – J.-M. Albiol et C. Gallon, *Admission réitérée de la délégation du pouvoir de licencier dans la SAS* : JCP S 2011, 1229. – Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.642. – A. Lienhard, *Délégation de pouvoirs dans les SAS : après la chambre mixte, la chambre sociale* : Rev. sociétés 2011, p. 100. – V., également, Cass. soc., 5 juill. 2011, n°s 10-23.091 et 10-21.161 : Dr. soc. 2011, p. 1000, obs. F. Duquesne.

(31) La chambre sociale poursuit ainsi son œuvre d'harmonisation des règles de fonctionnement des différentes formes sociales.

(32) V., par ex., Cass. soc., 7 juin 2011, n° 10-19.780 : RJS 2011, n° 973.

(33) A. Cœuret et F. Duquesne, *La délégation du pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles* : JCP E 2011, 1397.

(34) Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-67.237 : *JurisData* n° 2011-002616.

tacite de pouvoirs⁽³⁵⁾ alors même que la délégation, dans son existence ou dans son contenu, ne présente pas toutes les précisions nécessaires. Le juge cherche à faciliter la gestion déconcentrée des pouvoirs, source d'organisation efficiente de l'entreprise ou du groupe. En l'absence d'une délégation formelle, on peut néanmoins présumer la détention du pouvoir du préposé. Cette présomption se présenterait *a priori* comme ayant une portée générale, dépassant le seul pouvoir de licencier, sous réserve de certains domaines spécifiques⁽³⁶⁾.

438. – Aspect temporel. La présomption joue dès lors que l'employeur parvient à démontrer que le délégué occupait effectivement, au moment où la décision a été prise, les fonctions à partir desquelles on reconnaîtra en lui un délégataire compétent⁽³⁷⁾. En effet, l'animateur de l'entretien préalable peut non seulement être distinct de la personne qui prononcera éventuellement le licenciement, mais n'a pas nécessairement à être doté d'une délégation comprenant le pouvoir de décider de l'exclusion du salarié⁽³⁸⁾. Toutefois, une telle règle peut conduire à dénaturer l'esprit même de l'entretien préalable. Il semble indispensable que l'interlocuteur à l'entretien préalable et le décisionnaire du licenciement se confondent⁽³⁹⁾. Il convient donc que la Cour de cassation accorde une attention particulière « à cet aspect du fractionnement du pouvoir et qu'elle indique aux juges du fond qu'ils doivent contrôler la chronologie à partir de laquelle, dans chaque espèce qui leur est soumise, les fonctions d'autorité ont été attribuées »⁽⁴⁰⁾.

439. – Identification des fonctions. Une frontière doit être tracée entre les fonctions qui autorisent la reconnaissance de la présomption de la délégation de pouvoirs et celles qui sont au contraire insusceptibles de produire un tel résultat. Sans doute le juge social doit-il emprunter au juge pénal les raisonnements qui permettent à ce dernier de s'assurer que le préposé désigné comme l'auteur de l'infraction est un délégataire authentique qui était effectivement en situation d'éviter la

(35) Différentes fonctions sont admises : « personne responsable des ressources humaines » (Cass. soc., 25 mai 2011, n° 10-15.426, inédit), « responsable de région doté d'un pouvoir de contrôle et de discipline des magasins » (Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.196, inédit), « directeur des ressources humaines de la société mère » (Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc.), « directeur assurant la représentation de l'employeur dans toutes les actions liées à la gestion des ressources humaines » (Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-42.296 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 206), « directeur général d'une SAS » (Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 08-43.475, préc.). V., sur ces décisions, A. Cœuret et F. Duquesne, *Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué* : *Dr. soc.* 2011, p. 382.

(36) Ainsi, en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation refuse de conférer un effet translatif de responsabilité à des délégations ayant un caractère implicite, en raison de la nécessaire protection de la personne physique à laquelle on entend faire jouer ce rôle de « gardien de la légalité » (E. Fortis et A. Cœuret, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n°s 288 et s.).

(37) V., A. Cœuret, *Le délégataire de pouvoirs*, in *Les pouvoirs du chef d'entreprise*, Dalloz, coll. « Système », 2002, p. 27 et s. L'auteur constate une relative indifférence du juge prud'homal à l'égard des démembrements d'autorité légale-ment consentis lors de certaines phases procédurales antérieures à la décision de licencier.

(38) V., en ce sens, Cass. soc., 18 févr. 1988, n° 85-46.169 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 116, qui admet implicitement la distinction entre le pouvoir d'appréciation et le pouvoir d'exclusion qui sont les deux facettes du « pouvoir de juger » appartenant à l'employeur. De même, V., Cass. soc., 14 juin 1994, n° 92-45.072 : *Cah. soc. barreau Paris* 1994, n° 62, A 42, note J. Morvielle qui affirme que la faculté de représenter l'employeur n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement.

(39) « Il ne faudrait pas, en effet, que par le biais de la représentation, l'employeur fasse de cet entretien une simple formalité sans intérêt réel. Ce serait le cas si l'interlocuteur du salarié n'avait pas à intervenir par la suite, dans la prise de décision concernant le licenciement. Aussi est-il admis (...) que l'employeur ne peut se faire représenter que par une personne ayant qualité pour décider le licenciement et signer la lettre de congédiement ; l'interlocuteur patronal à l'entretien et le signataire de la lettre de licenciement doivent être une seule et même personne » (J. Péliissier, *La réforme du licenciement*, Sirey, 1^{re} éd. 1974).

(40) A. Cœuret : *JCP E* 2011, 1397, préc.

commission de l'acte illicite. Le délégué doit ainsi réunir trois conditions cumulatives : la compétence, l'autorité et les moyens matériels et financiers lui permettant d'exercer sa mission, le tout étant apprécié *in concreto*. Le titulaire du pouvoir de licencier devrait avoir la pleine maîtrise, tant intellectuelle qu'institutionnelle, des conditions de procédure et de fond qui encadrent une telle décision. Il est indispensable que le préposé dispose de la compétence suffisante pour mener contra-dictoirement l'entretien préalable et motiver la lettre de licenciement. La condition d'autorité sera remplie dès lors que le préposé maîtrisera l'ensemble de la procédure. Quant à l'exigence de moyens adéquats, « comment ne pas y rattacher la capacité à rechercher le reclassement du salarié dans l'entreprise ou dans le groupe tel qu'il est exigé pour certains motifs de licenciement »⁽⁴¹⁾ ?

B. – L'hygiène et la sécurité

440. – Débat. La question peut se poser de la mise en place d'un « monsieur hygiène et sécurité » au sein du groupe. Tel avait été le cas dans l'arrêt *Ober* du 26 mai 1994 par lequel la Cour de cassation a retenu la possibilité de procéder à des délégations intragroupe, par-delà les frontières des personnalités morales⁽⁴²⁾. L'idée est attrayante. La spécialisation de l'activité d'un dirigeant n'est que la prolongation de la spécialisation des activités des filiales. Un responsable, doté de compétences importantes en matière d'hygiène et de sécurité, ne peut qu'être plus efficace dans la gestion des thématiques afférentes. Dans l'arrêt *Ober*, voilà le président de la société dominante d'un groupe de sociétés qui donne délégation au dirigeant d'une de ses filiales pour s'occuper des questions d'hygiène et de sécurité dans toutes les filiales du groupe. Une note d'information est adressée à chacun des dirigeants de celles-ci. Si le principe même de la délégation intragroupe ne pose guère de difficulté, l'origine du pouvoir délégué fait débat. À aucun moment en effet les dirigeants des filiales du groupe n'avaient, individuellement, transmis des prérogatives d'autorité et de moyens au délégué désigné par la société dominante. Il apparaît au contraire que c'est le chef de la société mère qui a, seul, conçu une telle délégation. Partant, comment ce dirigeant, fût-il *leader* économique du groupe, pouvait-il déléguer un pouvoir dont il n'était pas titulaire ainsi que des prérogatives qui ne lui appartenaient pas ?

441. – Solution. En réalité, la Cour de cassation n'a « pas entendu aller jusqu'au bout d'une telle rupture institutionnelle »⁽⁴³⁾. La portée de la décision se perçoit lorsqu'est gardé à l'esprit le fait que le chef du groupe était en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux. Partant, la délégation n'a produit d'effets qu'entre le délégué et le délégant. La Cour de cassation ne se prononce pas explicitement sur la validité de la délégation à l'égard des autres entités. Les barrières des personnalités juridiques ne sont pas franchies. Il eût été envisageable que le dirigeant reçoive une délégation de la part de chacune des entités. Deux éléments semblent

(41) *Ibid.*

(42) Cass. soc., 26 mai 1994, n° 93-83.179 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 208 ; *Dr. soc.* 1995, p. 344, note A. Cœuret ; *RJS* 1994, n° 1275.

(43) A. Cœuret, *Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité du travail, délégation de pouvoirs et mise en danger* : *Dr. soc.* 1995, p. 344.

toutefois s'opposer à une telle pratique. D'une part, la particularité même de l'hygiène et de la sécurité imposera au « monsieur sécurité » de procéder à des subdélégations dans chacune des filiales indispensables. D'autre part, l'exigence d'un lien hiérarchique entre le délégrant et le déléataire apparaît comme un obstacle à l'établissement d'une délégation entre deux dirigeants placés dans un rapport d'égalité.

SECTION 2

LE RECOURS AU MANDAT

442. – Garant de la réalisation de l'objectif économique de l'entreprise dans le respect de la loi, le délégrant doit veiller au bon accomplissement de la délégation qu'il a confiée. Le rapport de subordination le lui permet puisqu'il lui offre, à titre exclusif, la possibilité de contrôler l'activité du salarié sans pour autant s'immiscer dans l'exercice de celle-ci. À cette occasion, il appartient au délégrant de corriger les comportements inadaptés de son déléataire et de sanctionner ceux qui révéleraient sa volonté délibérée de mal agir.

443. – Dans une affaire tranchée par la Cour de cassation le 26 janvier 2011, le déléataire se voyait implicitement reconnaître la qualité de préposé du fait de la détention de la délégation de pouvoirs⁽⁴⁴⁾. Le plus souvent, c'est en vertu des termes mêmes de son contrat de travail que le déléataire est investi d'une fraction des prérogatives de direction. Il arrive d'ailleurs qu'une relation de subordination soit établie à cette seule fin. Au sein de l'entreprise, c'est essentiellement la question de la compatibilité du régime du salariat avec d'autres statuts existant à ce niveau qui doit être posée car il pourrait en découler quelques restrictions au développement de la pratique de la délégation. En l'espèce, celle-ci avait été confiée à un directeur général de société par actions simplifiées, ce qui impliquait un cumul des règles applicables au contrat de travail et au mandat social. La jurisprudence n'admet ce type de cumul que sous de strictes conditions (§ 1). Dans le cadre d'un groupe de sociétés, il revêt des particularités (§ 2).

§ 1. – Les conditions générales du cumul

444. – **Sémantique.** Le mandataire social est la personne désignée par la loi ou les statuts en vue d'exercer, en principe en dehors de toute subordination juridique⁽⁴⁵⁾, une fonction d'administration ou de direction au sein d'un groupement ; elle est dotée à cet effet de pouvoirs qu'elle exerce au nom et pour le compte du groupement. Le mandataire social apparaît dès lors comme un déléataire de pouvoirs particulier. La solution ne fait aucun doute lorsque les pouvoirs du mandataire social sont attribués par les seuls statuts. En revanche, l'origine légale de certains pou-

(44) Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 08-43.475, préc.

(45) « Le président du conseil d'administration et le directeur général sont des mandataires de la société révocables à tout moment par le Conseil d'administration, et non des salariés » (Cass. soc., 20 oct. 1976 : *Bull. civ.* 1976, V, n° 503).

voirs exclut tout mécanisme conventionnel de délégation et, partant, rend contestable la qualité de délégataire du mandataire social⁽⁴⁶⁾. Il en est ainsi par exemple du directeur général délégué d'une société anonyme, dont la qualité de délégataire a pu être contestée. La Cour de cassation retient que « le directeur général [délégué] peut agir en justice car il dispose, vis-à-vis des tiers, des mêmes pouvoirs que le chef d'entreprise, en vertu de la loi et non sur simple délégation du conseil d'administration »⁽⁴⁷⁾. Si les opposants à la thèse de l'origine conventionnelle des pouvoirs du mandataire social se fondent sur l'impossibilité pour les membres du groupement d'attribuer ou de répartir librement ces pouvoirs⁽⁴⁸⁾, il convient néanmoins d'admettre la qualité de délégataire de pouvoirs du mandataire social. En effet, la société repose avant tout sur un contrat et laisse donc une place centrale aux volontés. De plus, la prévision légale de certains pouvoirs accordés au mandataire ne s'oppose pas à ce qu'il reçoive également des délégations, d'autant que celles-ci n'ont pas pour effet de retirer un pouvoir à leur auteur mais seulement d'organiser son exercice. Le mandat social est donc bien une technique conventionnelle d'attribution de pouvoirs, le mandataire social pouvant être qualifié de délégataire particulier.

445. – Technique. Le pouvoir de déléguer est fondé sur la technique du mandat. La délégation de pouvoirs serait un sous-mandat⁽⁴⁹⁾ : le dirigeant délègue des pouvoirs, définis par la loi, que les associés ont entendu lui attribuer. Partant, la désignation d'un dirigeant peut comporter deux phases. Une phase contractuelle, d'une part, par laquelle les associés choisissent librement un dirigeant ; ce choix revient en pratique à l'organe dirigeant de la société mère du groupe. Une phase institutionnelle, d'autre part, lors de laquelle est fait le choix des attributions dont le dirigeant sera investi ; ce choix est empreint d'un formalisme important et la liberté des associés est limitée par la forme sociale de la filiale.

446. – Conditions. S'il n'y a pas d'incompatibilité de droit entre un contrat de travail et un mandat social⁽⁵⁰⁾, « c'est à la condition que les fonctions salariées qui doivent correspondre à un emploi effectif soient exercées dans un état de subordination à l'égard de la société et que les intéressés perçoivent une rémunération distincte de

(46) V., N. Ferrier, préc., n^{os} 72 et s.

(47) Cass. ass. plén., 18 nov. 1994, n^o 90-44.754 : *Bull. civ.* 1994, ass. plén., n^o 6 ; *RTD com.* 1995, p. 128, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; *JCP E* 1995, II, 649, note A. Viandier ; *Dr. sociétés* 1995, n^o 32, note D. Vidal ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 61, note P. Le Cannu. – Pour certains auteurs, cette jurisprudence consacrerait l'origine légale des pouvoirs dans la société. Ainsi, M. Jeantin estime que « dès lors que ces pouvoirs sont définis par la loi elle-même et sont insusceptibles d'être modifiés par la volonté des parties dans les rapports avec les tiers, il apparaît avec certitude que le législateur a entendu répudier la thèse du mandat. (...) Le fait que la théorie des pouvoirs légaux (...) réside dans l'engagement de la société par tous les actes des dirigeants, même excédant l'objet social (...) fournit les raisons de l'abandon de la thèse contractuelle. (...) On comprend alors qu'il y ait quelque artifice à tenter de justifier de telles solutions en faisant appel au droit des obligations dont la rationalité paraît exclue de l'élaboration des textes en cause » (M. Jeantin, *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mél. offerts à L. Boyer*, éd. Université des sciences sociales Toulouse, 1996, p. 317).

(48) D'aucuns rejettent l'origine conventionnelle des pouvoirs des mandataires sociaux en raison de l'incapacité pour le groupement à manifester une volonté propre, en raison de sa nature parfois abstraite qui rendrait impossible l'échange de consentement entre le délégant, le groupement, et le délégataire, l'organe de direction. Nicolas Ferrier (*op. cit.*, note 784) considère que « cet argument procède d'une méprise sur la notion de volonté du groupement. Si celui-ci ne détient pas de volonté propre, il serait inexact d'affirmer qu'il ne détient aucune volonté ». Simplement « ce que l'on appelle la volonté du groupe est en fait la volonté des organes du groupe régulièrement qualifiés par la règle organique de celui-ci » (M. Waline, *Droit administratif*, Sirey, 8^e éd. 1959, n^o 454).

(49) Th. Gauthier, préc., n^o 478.

(50) V., pour une synthèse complète des règles de cumul et ses conséquences, L. Dauxerre, *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?* : *JCP S* 2007, 1049.

celle qui peut leur être allouée comme mandataire social »⁽⁵¹⁾. La confusion possible entre l'objet social et l'activité de l'entreprise peut, en pratique, rendre délicate la distinction entre les fonctions salariées et les fonctions sociales. Un auteur propose trois critères de distinction⁽⁵²⁾. Le premier tient aux pouvoirs du dirigeant, s'il détient un pouvoir personnel de décision et de direction. En ce sens, il en déduit que « la direction technique n'est jamais englobée dans la direction générale », sachant que le dirigeant ne saurait « avoir deux fois, sous deux dénominations différentes, les mêmes attributions ». Le deuxième porte sur l'objet social dont la réalisation est fonction des pouvoirs du dirigeant résultant du mandat confié. Toutefois, « la nature de l'activité de la société peut (...) rendre quasiment impossible toute dissociation ». Enfin, le troisième et dernier critère renvoie à la dimension de l'entreprise : la distinction des fonctions de l'intéressé dépend nécessairement de la taille de la société dont il a la charge. La distinction entre les fonctions techniques et sociales est aisée « si la société a atteint une dimension et un degré d'organisation qui justifient et établissent la séparation de fonctions naturellement et généralement confondues en la personne du gérant ».

447. – Application. Dans les sociétés à responsabilité limitée, le gérant non associé et l'associé minoritaire ou égalitaire peuvent cumuler un mandat social et un contrat de travail dès lors que les conditions générales auxquelles ce cumul est subordonné sont respectées. En revanche, celles-ci excluent que l'associé majoritaire bénéficie d'un quelconque cumul, faute de lien de subordination⁽⁵³⁾. Dans les sociétés par actions simplifiées, unipersonnelles ou non, ainsi que dans les sociétés anonymes « classiques » ou à directoire et à conseil de surveillance, le cumul est ouvert aux présidents et membres du conseil d'administration⁽⁵⁴⁾, de surveillance ou du directoire⁽⁵⁵⁾, sous réserve du respect de certaines règles particulières. Ainsi, une personne ne peut être administrateur salarié que si elle est titulaire d'un contrat de travail antérieur à sa nomination en qualité de mandataire.

§ 2. – Les conditions spéciales du cumul

448. – « Cumul multilatéral ». Dans le groupe de sociétés, il est de pratique répandue qu'une même personne conclue un contrat de travail auprès de la société mère et se voie confier un mandat auprès d'une filiale. Le mandataire, en situation de « cumul multilatéral »⁽⁵⁶⁾, peut être placé dans une situation ambiguë. D'un côté, il est sous l'autorité de son employeur, la société mère, au titre du contrat de travail ayant pour objet l'exercice du mandat social dans la filiale. D'un autre, il est sous l'autorité de l'organe de direction de la filiale, au titre du mandat social lui-même. Tel est le cas, au sein d'une

(51) Cass. soc., 5 févr. 1981 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 105 ; *JurisData* n° 1981-701129. – C. Puigelier, *Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice versa* : *JCP E* 1994, I, 358. – Cass. soc., 21 juill. 1981 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 723 ; *JurisData* n° 1981-702789.

(52) F. Mansuy, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux* : *Rev. sociétés* 1987, p. 1.

(53) Cass. soc., 11 janv. 1979 : *D.* 1979, inf. rap. p. 367, obs. F. Derrida.

(54) Cass. soc., 19 févr. 1986 : *JurisData* n° 1986-701627 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 600, note J. Guyénot.

(55) Cass. soc., 17 nov. 1988 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 60 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 232, note B. Petit ; *RTD com.* 1989, p. 682, obs. Y. Reinhard.

(56) Th. Gauthier, *préc.*, n° 313.

filiale constituée sous la forme d'une société anonyme, du salarié titulaire d'un mandat de directeur général ; dans l'exercice de son mandat social, c'est-à-dire dans l'exercice des pouvoirs de direction de directeur général qui lui sont délégués par le conseil d'administration ou le directoire, et dans ses rapports salariés avec la société mère, le directeur général est soumis à deux rapports d'autorité distincts. Une question, alors, surgit : comment la subordination juridique résultant du contrat de travail conclu avec la société mère et ayant pour objet l'exercice d'un mandat social dans une filiale peut-elle se concilier avec la désignation du salarié en qualité de mandataire social de la filiale dès lors que le mandat s'exerce par définition en dehors de toute subordination juridique ?

449. – Subordination. La notion de lien de subordination, telle qu'elle est définie par la jurisprudence, peut être difficilement applicable au dirigeant qui se prévaut d'un cumul. En effet, l'autonomie du mandat social peut s'opposer à la subordination juridique du salarié. Un auteur évoque ainsi non la subordination juridique mais la subordination « psychologique »⁽⁵⁷⁾. Selon cette conception, aucun des dirigeants, même ceux qui exercent personnellement la direction générale de la société, n'est vraiment seul à diriger celle-ci puisqu'il est contrôlé par un autre organe, apte à le révoquer le cas échéant. Ainsi, la simple menace d'être démis de ses fonctions sociales ou de devoir engager sa responsabilité serait constitutive de l'état de subordination⁽⁵⁸⁾. Cette acception de la notion de subordination facilite l'admission de la délégation de pouvoirs dans les groupes de sociétés : le délégataire n'est pas nécessairement le préposé du délégant mais peut n'être « qu'un » dirigeant exerçant ses fonctions dans une société dont le délégant détient le contrôle. Néanmoins, ce réalisme de la Cour de cassation ne va pas jusqu'à oublier les conditions d'exonération des responsabilités attachées aux délégations. Le critère d'effectivité de la délégation reste de mise⁽⁵⁹⁾.

450. – Le « cumul multilatéral » semble porter atteinte à l'indépendance même de la filiale dans la mesure où celle-ci s'apprécie au regard de l'autonomie de ses organes. Elle témoigne de l'immixtion de la société mère dans la gestion de la filiale. Quand bien même le cumul multilatéral conduirait à suspendre le contrat de travail pour laisser le mandat social s'exprimer pleinement, la subordination « psychologique » du mandataire ne mettrait pas fin à l'influence de la société mère.

451. – Principe de réalité. S'il est permis de croire que le contrat de travail n'a été conclu que pour faire bénéficier le mandataire de la protection du contrat, la réalité des groupes de sociétés appelle une interprétation différente. Le contrat de travail n'aurait pour finalité que d'accorder à la société mère une autorité de fait sur le directeur général de la filiale et, partant, de permettre à la société mère d'exercer sa domination sur la filiale. En ce sens, le « cumul multilatéral » apparaît comme un

(57) M. Deslandes, *Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail* : D. 1982, p. 19.

(58) Y. Chartier, note ss Cass. com., 5 juill. 1980 : *Rev. sociétés* 1981, p. 98.

(59) En ce sens, V., CA Paris, 30 nov. 1994 : *RJDA* 1995, n° 169. Le président du conseil d'administration de la société avait été poursuivi et condamné comme responsable de la diffusion auprès du public d'informations inexacts lors d'une opération boursière visant à l'émission d'un emprunt. Pour sa défense, il invoquait l'existence d'une délégation de pouvoirs au profit du directeur général chargé de la gestion des participations du groupe. La cour a rejeté cet argument. Elle a estimé que le président disposait des moyens de s'assurer de l'exactitude des informations communiquées, qu'il n'était pas allégué de circonstances particulières l'ayant mis dans l'impossibilité de connaître et d'empêcher les manquements commis et, enfin, qu'il avait ratifié à deux reprises la note d'information litigieuse.

montage juridique destiné à assurer l'unité de direction dans un groupe de sociétés⁽⁶⁰⁾. La validité de ce cumul est rendue nécessaire par la consécration juridique d'une réalité déjà admise, celle du pouvoir de fait de la société mère sur les filiales au sein du groupe⁽⁶¹⁾. Elle réalise une adaptation indispensable du droit aux réalités économiques et sociales⁽⁶²⁾. En effet, dans les groupes de sociétés, le centre de décision dispose du pouvoir d'intervenir dans l'activité des dirigeants, ce pouvoir résultant de la faculté du groupe de les nommer et de les révoquer par le biais de prises de participation directes ou indirectes.

452. – Intérêt du groupe. Il est admis que le délégataire représente le délégant dans l'exercice du pouvoir délégué. Il doit agir dans l'intérêt de ce dernier⁽⁶³⁾. Lorsque le délégant est l'organe de direction de la société, les pouvoirs de direction doivent être exercés dans l'intérêt social de la société. L'intégration de la société à un groupe justifie parfois le dépassement de son intérêt social par celui du groupe⁽⁶⁴⁾. Cette solution s'explique aisément. L'exercice des pouvoirs de direction immédiatement contraire à l'intérêt de la société peut être bénéfique à court terme pour le groupe et, à moyen terme, profitable pour la société elle-même⁽⁶⁵⁾.

453. – Le droit pénal prévoit la responsabilité des dirigeants pour abus de biens sociaux ou abus du crédit social s'ils accomplissent un acte contraire à l'intérêt social, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils sont intéressés⁽⁶⁶⁾. L'avance de trésorerie consentie par une société peut constituer un tel abus. Or, la Cour de cassation admet qu'une société puisse consentir une telle avance à une autre société du même groupe lorsque ce concours financier est dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, qu'elle n'est pas démunie de contrepartie et ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées et, enfin, n'excède pas les possibilités financières de celles qui en supportent la charge⁽⁶⁷⁾. L'intérêt du groupe justifie ainsi, dans une certaine mesure, le dépassement de l'intérêt social d'une société membre du groupe.

(60) N. Ferrier, préc., n° 133.

(61) Rappr. Th. Gauthier, préc., n° 387, qui estime que les approbations doctrinales de ces « cumuls multilatéraux », « dépeignent certainement la toile de fond, probablement plus économique que juridique, du problème de l'acceptation [d'une telle position] ». Dans cette réalité, les cadres supérieurs sont mis aux commandes des sociétés du groupe sous l'aval de la société mère.

(62) Ch. Hannoun, préc. Partant de l'inadéquation du discours juridique classique à la réalité économique du groupe, l'auteur démontre l'adaptation du droit des groupes aux réalités économiques du groupe, guidée par un « principe de gouvernementalité ».

(63) F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque soulignent que l'action pour le compte d'autrui impose d'agir dans l'intérêt d'autrui (*Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2010).

(64) V., sur ce point, Ch. Hannoun, préc., n° 133. – P. Pariente, *Les groupes de sociétés*, Litec, 1993, n°s 238 et s. – Q. Urban, *La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement des groupes de sociétés* : *Rev. sociétés* 2000, p. 1.

(65) N. Ferrier, préc., n° 221.

(66) Pour les SARL (C. com., art. L. 241-3), pour les SA à conseil d'administration (C. com., art. L. 242-6), pour les SA à directoire (C. com., art. L. 242-30), pour les SCA (C. com., art. L. 243-1), pour les SAS (C. com., art. L. 244-1), pour les sociétés de personnes (C. pén., art. 314-1).

(67) En ce sens, V., Cass. crim., 4 févr. 1985 : *Bull. crim.* 1985, n° 54 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 648, note B. Bouloc ; *JCP E* 1985, II, 14614, note W. Jeandier. – Sur cette question, V., également, B. Bouloc, *Droit pénal et groupe de sociétés* : *Rev. sociétés* 1988, p. 181. – Ch. Freyra et J. Clara, *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés* : *JCP E* 1993, 24. – Adde, W. Feugère et F. Meunier, *Responsabilité pénale et convention de trésorerie : de la légalité des mouvements de fonds au sein des groupes de sociétés* : *LPA* 12 mars 2004, n° 52, p. 5.

UNE ORGANISATION COLLECTIVE DE LA RESPONSABILITÉ

454. – De nombreux groupements de dimension transnationale adoptent des normes privées afin de régir leurs relations, non seulement avec leurs propres salariés, mais aussi avec ceux de leurs fournisseurs et sous-traitants, voire avec l'ensemble des travailleurs du réseau. L'idée d'une responsabilité sociale de l'entreprise ou du groupe vis-à-vis de son environnement, la RSE, prend une place grandissante dans les débats sur la globalisation. Ce « champ émergent, lié à la recherche d'une maîtrise du processus de mondialisation de l'économie et des enjeux politiques et sociaux qui l'accompagnent »⁽¹⁾ est à la croisée de deux influences : investisseurs et consommateurs cherchent aujourd'hui à concilier taux de rentabilité élevé, pouvoir d'achat et comportement éthique. Les entreprises, et plus encore les groupes, ne peuvent rester indifférents à cette double pression.

455. – Définis par l'Organisation internationale des employeurs comme des « déclarations opérationnelles de politique, de valeurs ou de principes qui orientent le comportement des entreprises en fonction du développement de leurs ressources humaines, de la gestion de l'environnement et des interactions avec les consommateurs, les clients, les gouvernements et la communauté, là où elles opèrent »⁽²⁾, les codes de conduite, les chartes, les accords-cadres internationaux et autres engagements dits « socialement responsables » constituent des concepts en expansion en même temps qu'à géométrie variable⁽³⁾ : formes et contenus varient selon le périmètre et l'environnement dans lesquels ils sont adoptés (Section 1). Hétérogènes et protéiformes, ces normes soulèvent néanmoins des difficultés communes concernant leur portée juridique (Section 2).

(1) N. Notat, *Évaluer les performances sociales, environnementales et sociétales des entreprises. Objectifs et méthodes de la nouvelle agence Vigeo*, in *La responsabilité sociale des entreprises*, ANACT, 2003, p. 49. En ce sens, la législation française n'est pas silencieuse. Le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 (JO 26 avr. 2012) relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, pris en application de l'article 12 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (JO 23 mars 2012), étend à certaines sociétés cotées l'obligation d'inclure des informations sociales, environnementales et sociétales dans le rapport annuel du conseil d'administration ou du directoire. Sont concernées les entreprises dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires atteint 100 millions d'euros, et qui emploient 500 salariés permanents au cours de l'exercice. V., JCP S 2012, act. 228.

(2) Conseil général de l'OIE, *Résolution sur les codes de conduite*, 11 juin 1999, Genève.

(3) I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214.

UNE CONSTRUCTION

456. – Le groupe est un niveau important de mise en place de normes de « responsabilisation »⁽⁴⁾. La direction du groupe au sein de la société mère intervient en tant qu'initiatrice de la démarche éthique du groupe. La loi peut également constituer une source d'inspiration en imposant des règles *a minima*. Invention (§ 1) et emprunt (§ 2) se côtoient dans la construction de la norme.

§ 1. – Des normes inventées

457. – Dans son opération d'invention de la norme de « responsabilisation », le groupe en détermine le contenu (I) et le champ d'application (II).

I. – Le contenu des normes

458. – **Typologie.** Les normes de groupes s'inspirent grandement de textes supranationaux⁽⁵⁾. Codes, chartes et accords-cadres internationaux⁽⁶⁾ se caractérisent par une référence quasi systématique aux droits proclamés par la Déclaration de 1998 de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail : droit à la liberté d'association et à la négociation collective, abolition du travail forcé, élimination du travail des enfants et des discriminations dans le travail⁽⁷⁾.

459. – Une négociation collective transnationale voit le jour, s'organisant sur des fondements juridiques *ad hoc*, et devient un lieu de négociation adapté aux réalités des entreprises multinationales. Forme la plus aboutie des techniques de responsabilité sociale⁽⁸⁾, ces accords sont un vecteur de dissémination des droits fondamentaux élaborés par l'OIT, l'OCDE ou le programme de l'ONU Global Compact. Ils

(4) « Il apparaît très nettement que c'est au niveau international que la majeure partie des codes et chartes se développe. Ceci est symptomatique de la volonté d'inscrire une démarche éthique dans le périmètre d'action de sociétés qui elles-mêmes sont multinationales » (G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz, mars 2003, 23).

(5) Incontestablement, les « codes de conduite portent sur une grande diversité de questions, beaucoup étant liées à des préoccupations du grand public. La gestion de l'environnement et les conditions de travail sont les principales questions abordées (...) ; toutefois la protection des consommateurs et la lutte contre la corruption sont également des points longuement traités » (OCDE, *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, 2001).

(6) Les accords-cadres internationaux sont une des initiatives de responsabilité sociale en matière de droit du travail dans lesquelles des entreprises ou des groupes de sociétés s'engagent afin de promouvoir un certain nombre de principes et de valeurs au sein de leurs réseaux de production. Les accords-cadres internationaux se distinguent des autres formes de RSE, tels les codes de conduite, notamment par leur caractère négocié. Ils sont le fruit de discussions entre des représentants d'organisations syndicales internationales sectorielles, les fédérations syndicales internationales (citons, notamment, la Fédération internationale des organisations des travailleurs de la métallurgie [FIOM], la Fédération internationale des ouvriers du transport [ITF], la Fédération internationale des travailleurs de la chimie, de l'énergie, des mines et des secteurs connexes [ICEM], l'Internationale des travailleurs du bâtiment et du bois [IBB], la Fédération internationale des travailleurs du textile, de l'habillement et du cuir [FITTHC], le Syndicat international de l'Association des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, du tabac et des secteurs connexes [UITA]).

(7) Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du travail, 86^e session, Genève, 1998.

(8) M.-A. Moreau, *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal* : Dr. soc. 2009, p. 93.

sont construits « sur mesure » en fonction de la culture du groupe, des spécificités du secteur dans lequel il intervient, des conditions dans lesquelles se déroulent les négociations et du périmètre de l'accord.

460. – De l'analyse du contenu des accords se dégagent plusieurs thématiques récurrentes. D'abord, sont rappelés les droits sociaux fondamentaux. Il s'agit de préserver, au sein du groupe transnational, la liberté syndicale et le droit de la négociation collective, les principes d'égalité et de non-discrimination, d'interdire le recours au travail forcé ou au travail des enfants. Les accords-cadres internationaux se distinguent ainsi des codes de conduite, plus limités dans leur contenu. Ensuite, est abordée l'exportation des normes sociales tournées vers l'amélioration des conditions d'emploi des salariés : santé et sécurité, accès à la formation, rémunération, durée du travail. Enfin, ces accords évoquent la gestion transnationale des conséquences sociales liées aux stratégies et aux restructurations des entreprises⁽⁹⁾.

461. – **Self-service normatif.** L'Organisation de coopération et de développement économique fut la première institution à élaborer un tel ensemble normatif : les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* furent établis en 1976 et révisés le 25 mai 2011. L'Organisation internationale du travail a adopté en 1997 une *Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* qui s'adresse aux gouvernements, aux organisations de travailleurs et d'employeurs ainsi qu'aux entreprises multinationales. Le Bureau international du travail a publié un *Guide à l'intention des utilisateurs* de la Déclaration tripartite de l'OIT. Le *self-service normatif*⁽¹⁰⁾ trouve ainsi sa pleine mesure. Des principes sont offerts aux entreprises. Elles sont invitées à choisir dans cette offre ce qui convient à leurs besoins. Ce choix est facilité par la liste des conventions de l'OIT correspondant aux questions traitées dans la Déclaration, que les entreprises pourront décider d'observer dans les pays qui ne les ont pas ratifiées ou qui ne les appliquent pas.

II. – Champ d'application des normes

462. – **Périmètre.** Certaines firmes internationales ont longtemps été mises à l'index en raison des conditions de fabrication de leurs produits, guère soucieuses du respect des règles du travail décent. En réaction, ont été élaborés des codes de conduite qui constituent un instrument susceptible de trouver application au sein des firmes mais aussi dans leurs rapports avec leurs sous-traitants⁽¹¹⁾. Ils sont

(9) V., en ce sens, l'accord conclu par le groupe Danone le 25 octobre 2001 avec l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation relatif aux garanties apportées aux salariés touchés par la restructuration de sa branche « biscuits » (V., *Liaisons soc. Europe* 2001, n° 42, p. 12). L'accord signé par EDF, le 24 janvier 2005, sur le thème de la responsabilité sociale comporte un volet consacré à la gestion des restructurations, lequel met l'accent sur le principe d'anticipation, à travers la prise en compte des conséquences sociales des décisions stratégiques, le principe de dialogue social avec les syndicats et les représentants du personnel et celui de responsabilité à l'égard des salariés et des économies locales. L'accord conclu par EADS le 28 juin 2005 comporte l'engagement de l'entreprise de « favoriser l'emploi pour tous ses salariés » et, « en cas de réorientation ou de réorganisation (...) de protéger l'emploi en recourant à toutes les mesures possibles ».

(10) A. Supiot, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Études offertes à Jean Pélissier. Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541. L'auteur emprunte cette formule introduite par P. Legendre pour désigner « la privatisation du discours de la Référence, où chacun se pose en mini-État » (in *Le crime du caporal Lortie*, Fayard, 1989, p. 66).

(11) Sont désormais nombreux les « codes que les entreprises adoptent ou auxquels elles souscrivent avec l'intention de les appliquer sur le plan international, notamment dans les opérations d'approvisionnement, pour préciser les règles

conçus comme des modes originaux de coordination dans la mesure où ils s'appliquent au-delà du seul périmètre de la société qui les a adoptés. Or, si les relations de sous-traitance et de groupe reposent sur une autonomie contrôlée des entreprises puisque celles-ci se trouvent dans un état de dépendance vis-à-vis du donneur d'ordre ou de la société mère, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent des entités juridiquement autonomes. C'est la raison pour laquelle il peut être, par exemple, « difficile d'avoir une prise sur les politiques salariales menées respectivement par les donneurs d'ordre et les sous-traitants, d'autant que la politique salariale est un élément important qui s'attache au pouvoir de direction de l'entreprise »⁽¹²⁾. La politique sociale des sous-traitants est indépendante de celle du donneur d'ordre, ce qui est source d'une gestion différente de l'emploi. Ce constat est renforcé lorsque les partenaires commerciaux du groupe relèvent de pays à législation sociale peu avancée. Dans le groupe de sociétés, ce constat peut être nuancé par la volonté d'harmonisation des pratiques sociales entre les différentes entités par la mise en œuvre d'accords de groupe.

463. – Ces codes ont vocation à s'appliquer indépendamment de la norme légale en vigueur sur le lieu de travail⁽¹³⁾. Ils doivent être conjugués avec le principe de territorialité des législations nationales. Tout porte à croire que l'élaboration de normes propres aux multinationales traduit la recherche d'une certaine uniformisation normative alors même que certains groupes sont tentés de faire jouer « pays par pays les législations sociales qui semblent les plus adéquates et les plus avantageuses »⁽¹⁴⁾. L'émergence de ces normes privées constitue une réponse aux conséquences attachées au principe de territorialité des législations nationales qui, s'accompagnant d'une diversité de systèmes, engendre des pratiques de « *shopping social* ». Il semble que la diversité du contenu des codes et chartes de conduite ainsi que l'hétérogénéité de leur champ d'application se conjuguent pour faire de ces normes une réalité particulièrement mouvante et difficile à appréhender dans sa globalité⁽¹⁵⁾.

464. – **Légitimité.** S'agissant des normes négociées, elles ne peuvent souffrir d'illégitimité ou du moins ne peuvent être moins légitimes que n'importe quelle norme négociée de droit commun. Même si des questions demeurent quant aux conditions à remplir pour ouvrir une négociation à l'échelle transnationale, la norme négociée est dotée d'une forte légitimité. Tel est le cas du code de conduite élaboré en 1997 par les partenaires sociaux du secteur européen des textiles et de l'habillement comprenant des dispositions relatives, notamment, au travail forcé, à la liberté syndicale et au travail des enfants, et des accords-cadres internationaux conclus par le groupe ArcelorMittal⁽¹⁶⁾.

465. – S'agissant des normes unilatérales, doit-on admettre que « la charte constitue un instrument juridique nouveau à la disposition de l'employeur » et que, partant, « une

qu'elles demandent à leurs partenaires de respecter » (J. Diller, *Responsabilité sociale : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ?* : *RI trav.* 1999, p. 107).

(12) *Sous-traitance et relations salariales* : *Les Cahiers du LIRHE* 1996, p. 117.

(13) Sous réserve de respecter les dispositions d'ordre public propres à chaque législation locale.

(14) *Le shopping social, remède anti-crise des multinationales*, in *Le Monde Économie* 23 oct. 2001.

(15) I. Desbarats : *JCP G* 2003, I, 112, préc.

(16) V., M.-A. Moreau : *Dr. soc.* 2009, p. 93, préc.

simple autorité privée peut être source de droit »⁽¹⁷⁾ ? L'encadrement dont le règlement intérieur fait l'objet incite à exclure le développement de toute norme interne hors de son champ. La jurisprudence connaît toutefois les « normes d'entreprise atypiques »⁽¹⁸⁾. Mais s'il est possible de soutenir que « les prérogatives patronales se prolongent par un véritable pouvoir normatif ne se limitant pas au champ du règlement intérieur »⁽¹⁹⁾, assurer la légitimité de la norme suppose de garantir, lors de l'élaboration des codes de conduite, « une participation des travailleurs, conformément au modèle social européen et [de] ne pas reproduire le caractère unilatéral des codes de conduite d'origine américaine »⁽²⁰⁾. L'élaboration négociée des codes mérite d'être encouragée d'autant plus qu'elle permet d'éviter une approche sélective de leur contenu⁽²¹⁾.

§ 2. – Des normes empruntées

466. – Diverses dispositions légales imposent aux entreprises des prescriptions minimales en matière d'engagement éthique. À celles-ci, l'entreprise ou le groupe peuvent éprouver la volonté de déroger en décidant d'aller plus loin.

467. – **L'information financière.** L'information sociale et environnementale est devenue, au début des années 2000, « un des aspects de la communication financière obligatoirement réalisé »⁽²²⁾. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce, issu de la loi NRE du 15 mai 2001, prévoit que le rapport annuel présenté à l'assemblée générale des actionnaires doit comprendre « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable ». Le législateur a créé une obligation d'information en matière sociale et environnementale, « marquant à sa manière la prise en considération, par le droit des sociétés cotées, des impératifs (...) de développement durable »⁽²³⁾. L'article 225 de la « loi Grenelle II », appréhendant la situation des groupes de sociétés⁽²⁴⁾, impose aux sociétés mères la divulgation des informations sociales et environnementales à leurs filiales et aux sociétés contrôlées. La situation des groupes de sociétés est ainsi appréhendée et la circulation de l'information sociale et environnementale est accrue entre sociétés mères et filiales. Cette transparence de l'information est prévue également par d'autres textes, telle la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 visant les sociétés anonymes exploitant des

(17) D. Berra, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, in *Mél. dédiés au président M. Despax*, PUSS Toulouse, 2002, p. 125.

(18) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 175.

(19) G. Couturier, *Traité de droit du travail*, 2. *Les relations collectives de travail*, PUF, 2001, p. 73.

(20) A. Sobczak, *Le respect des codes de conduite dans les réseaux de sous-traitance : Liaisons soc. Europe* févr. 2002.

(21) V., en ce sens, J. Diller : *RI trav.* 1999, préc.

(22) S. Rousseau et I. Tchotourian, *Normativité et RSE : l'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique*, in *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, ss dir. F.-G. Trébulle et O. Uzan, *Economica*, 2011, p. 43.

(23) A. Lienhard, *Sociétés cotées : information sociale et environnementale* : D. 2002, p. 874. – V., également, A. Hinfray et B. Hinfray, *La responsabilité sociale des entreprises* : *Gaz. Pal.* 11-12 oct. 2002, p. 1466. – C. Malecki, *Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ?* : D. 2003, p. 818. – A. Sobczak, *L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application* : *JCP E* 2003, 542.

(24) Ainsi, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé doivent nécessairement intégrer la dimension sociale et environnementale de leur activité dans leur rapport de gestion. V., en ce sens, F.-G. Trébulle, *Entreprise et développement durable* : *JCP E* 2006, 1257.

installations classées Seveso⁽²⁵⁾, codifiée à l'article L. 225-102-2 du Code de commerce. Aux termes de ce dernier, le rapport de gestion de ces sociétés doit mentionner « la politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société », rendre compte de « la capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations » et préciser les « moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité ».

468. – L'encadrement de l'actionnariat salarial. L'actionnariat salarial peut être l'objet d'engagements éthiques dans un but d'« investissement socialement responsable »⁽²⁶⁾. Ainsi, la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale⁽²⁷⁾ a mis en place des dispositions destinées à prendre en compte des critères éthiques dans les politiques d'investissement développées par les gestionnaires de l'épargne salariale⁽²⁸⁾. L'article L. 3332-17 du Code du travail⁽²⁹⁾ impose que tout plan d'épargne d'entreprise prévoie la possibilité pour les salariés d'affecter les sommes recueillies au titre du plan d'épargne à l'acquisition de parts de fonds investissant dans l'économie solidaire. De plus, les SICAV et les sociétés de gestion devaient mentionner « dans leur rapport annuel et dans les documents destinés à l'information de leurs souscripteurs les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance »⁽³⁰⁾.

SECTION 2

DES SANCTIONS

469. – Objet d'une réalité protéiforme, les normes issues d'« un mode de production privé du droit »⁽³¹⁾ sont-elles assorties de sanctions⁽³²⁾ ? Le postu-

(25) L. n° 2003-699, 30 juill. 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages : JO 31 juill. 2003, p. 13021.

(26) Un investissement est dit socialement responsable (ISR) s'il optimise ses choix en matière d'actifs non plus uniquement sur la base de critères financiers, mais en y intégrant aussi des préoccupations sociales, éthiques et environnementales. V., en ce sens, C. de Brito, *ISR : comment les critères extra-financiers impactent les objectifs de gestion ?* : *Rev. éco. fin.* 2006, n° 85, p. 151. En imposant une prise en considération des questions sociales et environnementales par les investisseurs, l'ISR agit comme une force extérieure sur les entreprises pour les encourager dans la voie d'un comportement socialement responsable. V., en ce sens, C. Malecki, *L'investissement socialement responsable : un « must have » de la RSE*, in *Dossier RSE : Journ. sociétés* oct. 2009, n° 69, p. 41. – C. Malecki, *L'investissement socialement responsable : quelques problématiques actuelles* : *Rev. Lamy dr. aff.* juill. 2009, p. 61. – N. Cuzacq, *Aspects juridiques de l'investissement responsable*, in *Mél. J. Dupichot, Bruylant*, 2005, p. 129.

(27) JO 21 févr. 2001, p. 2774.

(28) Par ex., la société de gestion du fonds commun de placement d'entreprise (FCPE) peut être contrainte, par son règlement, de respecter « des considérations sociales, environnementales ou éthiques » dans l'achat ou la vente des titres, ainsi que dans l'exercice des droits qui lui sont attachés. Le rapport annuel du fonds « doit rendre compte de leur application dans des conditions définies par l'Autorité des marchés financiers » (C. monét. fin., art. L. 214-39, al. 9).

(29) Article issu de l'article 81 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO 5 août 2008, p. 12471), modifiée par l'article 29 de l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs (JO 2 août 2011, p. 13106).

(30) Cette disposition a toutefois été supprimée par l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011.

(31) D. Berra, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, in *Mél. dédiés au président M. Despax*, PUSS Toulouse, 2002, p. 125.

(32) « La plupart du temps, ces codes de conduite sont considérés comme des engagements qui n'ont qu'une valeur purement morale, sans pouvoir produire des effets juridiques. Cette analyse se trouve d'ailleurs confirmée par la définition même de la responsabilité sociale, telle qu'elle résulte du livre vert de la Commission européenne (Commission européenne, Livre vert, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale*, Doc. COM [2001], 366 final,

lat selon lequel les engagements éthiques étant volontairement adoptés dans l'intérêt de l'entreprise, ils sont toujours et spontanément respectés par celle-ci, est une utopie⁽³³⁾.

470. – Arguant qu'un encadrement légal et contraignant de la RSE serait de nature à décourager les entreprises de s'inscrire dans une telle logique, certains défendent une approche volontaire du concept et font de la sanction du marché la seule possible. D'autres prônent la solution inverse, considérant que sanctionner juridiquement la violation d'un engagement éthique serait un moyen efficace d'assainir les conditions de concurrence et d'homogénéiser les niveaux de protection.

471. – En tout état de cause, « il n'est pas possible d'accepter le discours selon lequel on pourrait souscrire des engagements qui n'engagent pas, adhérer à un système de responsabilité qui ne soit pas juridiquement sanctionné », de sorte que « c'est une chose de ne pas être contraint d'adopter des règles, une autre de ne pas être lié par les règles ainsi acceptées »⁽³⁴⁾. Le terme même d'« engagement » impose cette contrainte ; par renvoi à la notion de « promesse », l'engagement est une « manifestation de volonté par laquelle une personne s'oblige »⁽³⁵⁾. Le juge n'hésitera pas à intervenir, « ne se consid[érant] pas comme automatiquement lié par l'intention proclamée par les parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire, et donc de sanction judiciaire »⁽³⁶⁾.

472. – Partant, se pose la question des sanctions envisageables en cas de violation d'engagements souscrits au titre d'une démarche éthique⁽³⁷⁾. Entre la norme négociée, tel l'accord-cadre international (§ 1), ou unilatérale, tel le code de conduite (§ 2), une distinction s'impose.

§ 1. – La sanction des normes négociées

473. – Sanctionner suppose d'identifier la loi applicable (I) et le juge compétent (II).

Bruxelles, 18 juill. 2001), selon lequel il s'agit de toutes pratiques des entreprises qui vont au-delà de ce que prévoit la loi, ou plus précisément au-delà du droit du travail, qu'il soit imposé par les pouvoirs publics ou négocié par les partenaires sociaux (V., P. Gérard, F. Osty et M. Van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996). Définis comme des normes à caractère volontaire, les codes de conduite sont rangés dans la catégorie du *soft law*, ce droit mou (V., M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris 1998) qui constitue une nouvelle forme de régulation (V., A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd., 2002) des rapports économiques et sociaux, dont l'une des caractéristiques essentielles est l'absence de normes juridiquement contraignantes » (A. Sobczak, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis* : *Dr. soc.* 2002, p. 806).

(33) V., I. Desbarats et G. Jazottes, *La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?* : *JCP S* 2012, 1293.

(34) F.-G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale* : *Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, n° 35, 56.

(35) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd. 2011.

(36) B. Oppetit, *L'engagement d'honneur* : *D.* 1979, chron. p. 109.

(37) V., dans le même sens, I. Dubin, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, 2003. – A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002. – Adde, A. Couret, *Observations sur un angle mort de la réglementation : les agences de notation, Journées d'études, Le droit des sociétés pour 2004* : *D.* 2004, p. 212 concernant les perspectives relatives aux recours possibles contre les professionnels du chiffre ou du droit pouvant connaître de la régularité, voire de la sincérité des engagements.

I. – La loi applicable

474. – Le recours à une loi nationale peut s'avérer réducteur (A). La prise en compte d'une *lex socialia* de dimension internationale peut se révéler plus pertinente (B). De cette dernière, la création d'une norme au niveau européen peut constituer un signe avant-coureur (C).

A. – La loi nationale

475. – **Rattachement.** Contrat, l'accord-cadre international est, selon les règles de droit international privé, soumis à la loi choisie par les parties de manière expresse ou tacite. À défaut, il est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, à savoir celui où se trouve le centre de décision disposant des pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre effective des engagements souscrits⁽³⁸⁾. La loi applicable a vocation à fixer la nature de l'accord. Mais il n'est pas certain que cette démarche soit « adaptée à des accords transnationaux construits en rupture avec un mode de raisonnement dont la référence est l'État »⁽³⁹⁾. Outre que cette recherche risque de ne pas refléter la commune intention des parties, elle peut conduire à des impasses techniques. Tel est le cas du rattachement à la loi française de l'accord passé par un groupe avec une organisation syndicale internationale. Si cette organisation syndicale ne remplit pas les critères de représentativité édictés par le droit français, il est exclu de lui reconnaître la nature d'accord collectif. Échappant au régime des articles L. 2221-1 et suivants du Code du travail, l'accord est soumis, au mieux, au régime du droit commun des contrats, donc au principe de l'effet relatif ; sa dégradation au rang d'engagement unilatéral n'est pas à exclure⁽⁴⁰⁾. Les parties souhaitant garantir les effets de l'accord signé peuvent soit essayer de lui donner la double nature d'accord transnational et d'accord collectif national, soit tenter d'en susciter la transposition dans chacun des États concernés conformément au droit local. La première voie suppose soit que les parties décident dès le temps de la négociation d'y associer ceux dont la participation est nécessaire pour conférer une double valeur à l'accord négocié⁽⁴¹⁾, soit qu'elles décident de soumettre leur accord, *a posteriori*, à la signature d'organisations nationales. Mais rien ne garantit que la seule opposition d'une signature *a posteriori* soit suffisante pour assurer à l'accord la double nature recherchée.

476. – **Transposition.** À défaut d'avoir voulu ou pu donner à l'accord une double nature, les parties vont s'attacher à assurer sa transposition dans chacun des États concernés, par voie d'accords locaux relevant d'une catégorie juridique précisément identifiée. La transposition sera assurée par le jeu d'actes à caractère national, correspondant chaque fois à une catégorie juridique connue, source d'effets

(38) B. Teyssié, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 821, n° 4.

(39) B. Teyssié, préc., n° 4.

(40) B. Teyssié, préc., n° 4.

(41) Telle fut la voie empruntée par EDF lors de la négociation de l'accord conclu le 24 janvier 2005 sur le thème de la responsabilité sociale (V., *Liaisons soc. Europe* févr. 2005, n° 121, p. 5). Cet accord fut signé non seulement par des organisations syndicales internationales (ICEM, USP, OIEM et FMTI), mais également par les représentants des salariés des onze pays dans lesquels le groupe est implanté (pour la France, la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC).

obligatoires pour l'ensemble des parties, voire au-delà⁽⁴²⁾. Le succès de l'opération dépend largement de l'autorité des signataires de l'accord transnational sur ceux qui devront en assurer la transposition.

477. – La transposition dans chaque filiale de l'accord-cadre sous la forme d'un accord local d'application est une voie à explorer pour les groupes qui cherchent à conférer à leurs engagements éthiques un plein effet juridique. Ces accords d'application sont garants d'une efficacité juridique renforcée et d'une adaptation efficiente de la politique éthique aux contraintes nationales et locales.

B. – La loi européenne

478. – Face à une loi nationale trop réductrice et une *lex socialia* émergente, la proposition de la Commission d'introduire, à titre optionnel, l'accord collectif d'entreprise de niveau européen ne manque pas d'intérêt⁽⁴³⁾. La réponse peut apparaître limitée au regard de l'enjeu mondial que représentent les accords-cadres transnationaux de dimension éthique. Néanmoins, l'accord de niveau européen permettrait un premier franchissement des frontières juridiques nationales et offrirait une base juridique solide⁽⁴⁴⁾.

C. – La loi internationale

479. – **Contenu.** De même qu'a progressivement émergé une *lex mercatoria*⁽⁴⁵⁾, se construit lentement une *lex socialia*, nourrie principalement des conventions adoptées dans le cadre de l'OIT. Les accords transnationaux y font souvent référence, illustrant « leur présence au cœur d'une loi sociale internationale de plus en plus fréquemment intégrée à la réflexion des partenaires sociaux lorsqu'ils négocient des accords qui échappent aux frontières des États »⁽⁴⁶⁾. Ainsi, « les droits fondamentaux visés par la Déclaration de l'OIT de 1998 constituent aujourd'hui la base de tout accord négocié sur le plan international »⁽⁴⁷⁾. Le contenu de cette *lex socialia* relève d'un consensus⁽⁴⁸⁾. Elle offre un vecteur d'harmonisation et peut contribuer à dissiper bien des doutes⁽⁴⁹⁾.

(42) B. Teyssié, préc., n° 4. – L'auteur relève que cette technique fut utilisée afin d'assurer la mise en œuvre de l'accord conclu le 22 novembre 2004 par le groupe Total avec les fédérations européennes EMCEF (membre de la Confédération européenne des syndicats), FECCIA et FECE (membre de la Confédération européenne des cadres) en vue de garantir une plateforme sociale européenne (V., sur cet accord, *Liaisons soc. Europe* 2004, n° 116, p. 8). Aux termes de son préambule, « les deux parties, direction du groupe Total et fédérations européennes, s'engagent à demander la reconnaissance et la transposition des trois grands principes contenus dans le présent accord par les différentes entités européennes du groupe ».

(43) Commission européenne, *L'agenda social, communication de la Commission* : Doc. COM (2005), 33 final, 9 févr. 2005. Le régime juridique de ces accords n'existe toutefois pas encore.

(44) C. Neau-Leduc, *RSE et droit social. Présentation*, in *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, ss dir. F.-G. Trébulle et O. Uzan, *Economica*, 2011, p. 113.

(45) H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses* : RCADI 2006, t. 312, nos 132 et s.

(46) B. Teyssié, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* : Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 821, n° 5.

(47) I. Daugareilh, *La négociation collective transnationale* : *Travail et emploi* 2005, n° 104, p. 78.

(48) « Cette exigence [des] fédérations internationales contribue à la construction d'un consensus international autour de la mise en place d'un socle de droits fondamentaux au niveau international. Elle tranche sur la technique du self-service normatif qui prévaut dans un grand nombre de codes de conduite non négociés : il conduit l'employeur à sélectionner les droits "utiles" à la politique du groupe et à fréquemment omettre le droit à la liberté syndicale et à la négociation collective » (M.-A. Moreau, *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal* : *Dr. soc.* 2009, p. 97).

(49) « S'il peut sembler aisé, à premier regard, de fixer les noyaux de la *lex mercatoria* que sont les concepts généraux de bonne foi et d'usage, il est autrement délicat d'aller plus avant et d'en inventorier les prescriptions et proscriptions majeures » (J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Favre et J.-L. Pierre, *Droit du commerce international*, Litec, 2000, n° 103).

480. – L'éventualité d'une absence de force contraignante du texte auquel les signataires de l'accord renvoient⁽⁵⁰⁾ est sans importance dans l'hypothèse où les parties l'ont rangé dans le périmètre de la loi sociale internationale appelée à gouverner leur relation. Elle a alors vocation à s'appliquer non en tant que traité mais en tant que disposition conventionnelle. L'intégration d'une norme internationale dans le périmètre d'un accord de droit privé, ce qu'est un accord transnational de groupe, assure sa mutation en norme conventionnelle pour les besoins de l'application de cet accord⁽⁵¹⁾.

481. – **Suivi.** Les accords-cadres internationaux peinent à trouver une sanction juridique en cas de violation des engagements pris. Mais parce qu'ils exigent légitimité et crédibilité, des mécanismes de suivi sont prévus. Ainsi, l'accord-cadre mondial sur la responsabilité sociale de PSA Peugeot-Citroën de mars 2006 prévoit que « dans chacun des principaux pays seront mis en place des observatoires sociaux locaux, composés des directions des ressources humaines et des organisations syndicales. [Ils] effectueront un suivi annuel de l'application de l'accord (...) à travers un document commun élaboré conjointement par les parties signataires ». De même, l'accord sur la responsabilité sociale du groupe EDF du 25 janvier 2009 dispose qu'« au niveau du groupe, un bilan de la mise en œuvre de l'accord dans les sociétés du groupe sera réalisé et présenté chaque année à une instance spécifique créée à cet effet : le comité de dialogue sur la responsabilité sociale du groupe EDF ». L'accord-cadre mondial sur la santé et la sécurité des travailleurs conclu par le groupe ArcelorMittal en juin 2008 a créé un comité chargé du suivi de l'application de l'accord en cas de changement de périmètre du groupe.

II. – Le juge compétent

482. – **Juge *ad hoc*.** Le contentieux des accords transnationaux est d'une gestion difficile⁽⁵²⁾. Il convient « d'éviter dans toute la mesure du possible, le recours à un juge national »⁽⁵³⁾, celui-ci se prononçant selon ses standards nationaux. Partant, « les différends relatifs à la signification de certaines clauses de l'accord doivent être soumis à une commission d'interprétation dont l'avis doit recevoir force obligatoire à l'égal de l'accord et lier tout juge national qui viendrait à être ultérieurement saisi du litige (...). Tout différend excédant le champ de compétence de la commission d'interprétation (...) doit être soumis à une procédure de conciliation, de médiation ou d'arbitrage »⁽⁵⁴⁾. L'articulation de ces mécanismes relève de la volonté des parties.

(50) Tel peut être le cas d'une convention de l'OIT. Rien n'exclut que le texte n'ait pas acquis de valeur juridique dans un ou plusieurs États où l'accord a vocation à s'appliquer, si ces États n'ont pas ratifié la convention ou si, faute d'avoir recueilli un nombre suffisant de ratifications, elle n'a pas encore acquis force juridique contraignante.

(51) B. Teyssié, préc., n° 6.

(52) V., en ce sens, M.-A. Moreau, *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres transnationaux du groupe ArcelorMittal* : *Dr. soc.* 2009, p. 101.

(53) Dans le sens contraire : « Saisi d'un rapport litigieux, le juge étatique peut contribuer à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un organisme corporatif, dans la mesure où il y voit un standard professionnel dont la violation doit être juridiquement sanctionnée » (F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit* : *RTD civ.* 1995, p. 525), cité par L. Dubin, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, préf. Y. Daudet, PUF, 2003, p. 322. Pour l'auteur, « l'ordre juridique peut (...) fournir des moyens pour juridiciser la sanction de la violation des normes de conduite privées ».

(54) B. Teyssié, préc., n° 8.

483. – Jurisdiction *ad hoc*. Si l'Organisation internationale du travail peut jouer un rôle pour « garantir l'organisation de modes de règlements alternatifs qui intègrent les équilibres de pouvoir entre les parties, éviter les inconvénients de l'arbitrage international et offrir une garantie d'indépendance et d'expertise adaptée à la recherche de solutions *ad hoc* en matière sociale »⁽⁵⁵⁾, celui-ci ne peut qu'être limité. Certes, la conciliation et la médiation sont des notions connues de l'OIT ; les organes de contrôle de l'application des normes internationales du travail vérifient le degré de conformité des législations et des pratiques nationales avec les instruments de l'OIT. Il n'est pas pour autant souhaitable de placer sous l'égide de l'OIT les procédures de sanction de la *lex socialia*. L'OIT ne peut sanctionner que l'application de ses propres normes une fois celles-ci ratifiées. Lorsque la norme litigieuse a été appréhendée par les parties non en sa qualité de convention de l'OIT mais en tant que disposition conventionnelle de leur accord, elle échappe au regard de l'organisation.

484. – L'arbitrage et la médiation ne peuvent intervenir que dans le cadre de chambres *ad hoc*, indépendantes des organisations internationales même s'il est concevable que l'OIT apporte son concours. Une attention particulière doit être accordée aux statuts de ces instances pour que leur appréhension de la *lex socialia* soit totale. La mise en place d'une instance d'arbitrage permettrait la production d'une jurisprudence arbitrale sociale rejoignant le constat selon lequel « la jurisprudence arbitrale est à l'image d'un jardin anglais : le désordre y règne en apparence mais les arbitres sont les jardiniers invisibles d'une composition qui suit la logique [des parties] »⁽⁵⁶⁾. La jurisprudence arbitrale doit jouer un rôle central dans la construction de la *lex socialia*, résultat d'un compromis entre volonté des parties, autorité juridique et climat de confiance⁽⁵⁷⁾.

§ 2. – La sanction des normes non négociées

485. – La sanction d'une norme unilatérale ne saurait se limiter à celle prononcée par le consommateur ou l'investisseur⁽⁵⁸⁾. Si « les mots ont un sens, l'absence d'obligation juridique et de sanction juridique ne signifie pas l'absence d'obligation et de sanction : elle signifie seulement qu'il n'y a pas d'obligation ni de sanction au sens

(55) M.-A. Moreau, *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal* : Dr. soc. 2009, p. 102.

(56) S. Jarvin et M. Boissavy, *Jurisprudence arbitrale* : RD aff. int. 1999, p. 354.

(57) « Soumettre les accords transnationaux d'entreprise ou de groupe à la loi sociale internationale répond à la philosophie qui les anime : ils ont, par essence, vocation à se déployer par-delà les frontières ; ils participent de la construction d'un droit global empruntant à des sources multiples, transcendant les clivages anciens. Accords d'un nouveau type, ils appellent une nouvelle lecture des normes d'identification de la loi susceptible de leur être applicable. Le regard doit se détacher du cercle des États. Il doit [porter] par-delà les frontières, là où les strates nationales cèdent le pas à ces normes en surplomb qui, par touches successives, forment la loi de la société internationale » (B. Teysié, préc., n° 9).

(58) « (...) ce n'est pas parce qu'une règle est adoptée volontairement dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir de droit privé qu'elle est dénuée d'effet obligatoire, loin de là et certains auteurs ont démontré l'existence d'une véritable réglementation de droit privé (V., P. Neau-Leduc, *La réglementation de droit privé*, Litec, 1998) dont l'inexécution peut être sanctionnée par le juge (...). Certes, la nature et l'ampleur de la sanction dépendent du support juridique choisi » (C. Neau-Leduc, *RSE et droit social – Présentation*, in *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, ss dir. F.-G. Trébulle et O. Uzan, Economica, 2011, p. 113).

que le droit donne habituellement à ces mots »⁽⁵⁹⁾. Rechercher des mécanismes efficaces de sanction des normes édictées unilatéralement par une entreprise s'avère nécessaire. À défaut, elles ne sont que « gadgets marketing »⁽⁶⁰⁾ (I). Mais le mécanisme établi ne doit pas être à sens unique : la société émettrice de la norme doit pouvoir sanctionner ceux qui ne la respecteraient pas (II).

I. – Les sanctions infligées à la société émettrice

486. – La question du recours offert à celui qui se plaint du manquement à une norme non expressément sanctionnée appelle un traitement différent selon qu'il est juridiquement lié (A), ou non (B), à la société émettrice de l'engagement.

A. – Les sanctions à la demande d'une personne juridiquement liée à la société émettrice

487. – L'auteur du recours peut être un salarié de l'auteur de la norme (1°) ou un fournisseur ou client de celui-ci (2°).

1° Le recours du salarié

488. – Admettons l'applicabilité du droit français. Un salarié peut-il, en présence d'un engagement éthique, en revendiquer l'application à son profit ou demander réparation en raison d'un préjudice consécutif à sa violation ? De la qualification de l'engagement au regard des catégories juridiques françaises dépend la solution du litige. S'il est des solutions inopportunes (a), certaines qualifications sont prometteuses (b).

a) Solutions inopportunes

489. – **Accord collectif.** La qualification d'accord collectif doit être écartée dès lors que la norme n'a pas fait l'objet d'une négociation avec un syndicat représentatif.

490. – **Engagement contractuel.** L'entreprise demande toutefois à ses salariés de signer la charte qu'elle a édictée afin qu'ils certifient avoir pris connaissance des principes et des valeurs promus. La norme est-elle par là même incorporée au contrat de travail ? L'admettre conduit à conférer valeur contractuelle au document : il est opposable au salarié ; l'employeur contractuellement lié ne peut s'affranchir de la règle édictée qu'avec l'accord du salarié⁽⁶¹⁾. Mais à une telle solution, la jurisprudence n'offre guère d'appui : la signature par le salarié, au moment de l'embauche, d'un livret d'accueil résumant les usages et engagement unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits⁽⁶²⁾. Que décider si une « clause éthique » a été insérée dans le contrat de travail du salarié ? Suffisamment précise, elle peut être source de contraintes pour le salarié

(59) P. Julliard, *Le suivi des instruments OCDE du 21 juin 1976*, in *L'effectivité des organisations internationales*, ss dir. H. Ruiz Fabri, L.-A. Sicilianos et J.-M. Sorel, Sakkoulas, Pedone, 2000, p. 186. – V., E. Daoud et J. Ferrari, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique* : JCP S 2012, 1391.

(60) G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, 13.

(61) V., A. Teissier, *L'éthique, une norme de l'entreprise ?* : TPS oct. 2000, p. 6.

(62) Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-44.148 : Bull. civ. 2000, V, n° 17 ; RJS 2000, n° 151.

et l'entreprise, tenue de respecter les principes posés sous peine d'engagement de sa responsabilité contractuelle.

491. – Règlement intérieur. Dès lors que la norme édictée est porteuse d'une prescription générale et permanente dans les matières relevant du domaine du règlement intérieur, elle peut être considérée comme un élément de ce dernier avec les effets juridiques qui s'y attachent.

b) Qualification prometteuse

492. – À la norme unilatérale, la qualification d'usage (1) et celle d'engagement unilatéral (2) peuvent offrir un support pertinent.

1) Usage

493. – La tentation est grande de ranger les codes et chartes éthiques édictés unilatéralement dans la catégorie des usages. L'usage ressemble à un « quasi-engagement »⁽⁶³⁾, la pratique répétée faisant naître une croyance légitime dans l'esprit des salariés quant à l'existence d'une norme contraignante. Encore faut-il qu'elle réponde aux critères de généralité, constance et fixité⁽⁶⁴⁾. Ces conditions remplies, la violation de la règle justifie un engagement de responsabilité.

2) Engagement unilatéral

494. – Notion. Si une déclaration unilatérale de volonté ne permet pas de créer une dette à la charge d'autrui, elle peut en revanche lui faire acquérir un droit de créance⁽⁶⁵⁾. L'engagement unilatéral est « la manifestation de la volonté d'une personne exprimant son intention de s'obliger vis-à-vis d'autrui »⁽⁶⁶⁾. Si le droit commun des obligations reste circonspect à l'égard de l'engagement unilatéral⁽⁶⁷⁾, le droit du travail le consacre⁽⁶⁸⁾.

L'engagement unilatéral « puise sa force, non dans la permanence d'une pratique générale, mais dans l'acte juridique de volonté émanant de l'employeur »⁽⁶⁹⁾. Il peut

(63) V., également, pour une réflexion plus générale, C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007. L'auteur définit la notion comme une fausse promesse, un engagement qui sciemment n'est pris qu'en apparence et qui a trompé la croyance de son destinataire ; il a dès lors pour objet de rendre obligatoires des engagements *a priori* inefficaces. Ainsi pour sanctionner un débiteur qui a fait fallacieusement croire qu'il voulait s'engager, la sanction opportune est en droit de le prendre au mot en l'obligeant à respecter son engagement.

(64) V., Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-45.447 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 52 ; JCP S 2009, 1178, note I. Beyneix. – Y. Aubrée, *Usages* : JCl. *Travail Traité*, Fasc. 1-20, n° 2. – J. Savatier, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise* : *Dr. soc.* 1986, p. 890.

(65) « S'il paraît plus simple de vouloir tout seul que de vouloir à deux, il n'est pas certain que cela soit pour autant plus facile [V., en ce sens, J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^e éd. 2000, p. 57, selon lequel "il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux"] ; la présence de l'autre aide certainement à conforter et à soutenir sa volonté. Dans le contrat d'ailleurs, c'est bien la volonté de l'autre qui produit et justifie la force obligatoire de sa propre promesse » (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2^e éd. 2010, p. 697).

(66) M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2^e éd. 2010, p. 698.

(67) V., notamment, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2^e éd. 2010, p. 699.

(68) À l'origine, la Cour de cassation a dégagé la notion d'engagement unilatéral de l'employeur à propos des accords signés entre l'employeur et les représentants élus du personnel. La chambre sociale a estimé que, quand bien même ils n'avaient pas la nature et la valeur d'accords collectifs, de tels accords, qualifiés d'« accords atypiques » contenaient, en leur sein, des engagements unilatéraux de l'employeur (Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.020 : *Dr. soc.* 1998, p. 730, obs. G. Couturier). Les salariés peuvent se prévaloir de tous les avantages contenus dans l'accord. Il est assimilé aux engagements unilatéraux (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-44.602 : *Dr. soc.* 2007, p. 108, obs. A. Mazeaud).

(69) A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 2004, n° 79.

être décelé « dans une circulaire de la direction, un courrier individuellement adressé aux salariés, une déclaration du chef d'entreprise devant le comité d'entreprise »⁽⁷⁰⁾, mais aussi dans l'engagement éthique volontairement souscrit par l'entreprise.

495. – Parties. Dans un groupe de sociétés, la société mère peut valablement édicter un code de conduite par lequel elle s'engage à respecter un certain nombre de principes au profit de l'ensemble des salariés du groupe ou des partenaires de ce dernier. Il peut ainsi être utile de solliciter la théorie des coemployeurs qui pourrait justifier la découverte d'un engagement unilatéral de la société mère à l'égard des salariés de ses filiales.

496. – Effets. L'engagement unilatéral de l'employeur « est limité au cas où l'accord n'emporte pas d'obligations significatives pour les salariés »⁽⁷¹⁾. Pareil engagement ne peut fonder la force obligatoire d'une règle éthique si cette dernière crée des obligations à la charge des salariés⁽⁷²⁾. La norme éthique, créatrice d'obligations pour les salariés sans aucune base légale, n'a, à leur égard, pas de force juridique contraignante⁽⁷³⁾.

497. – Mais est-il concevable de se prévaloir de l'engagement pris contre celui qui l'a édicté ? L'admettre suppose que celui qui invoque l'engagement souscrit ait pu légitimement y croire, donc qu'il ait été suffisamment ferme et précis. La charte ou le code éthique qui se contente de rappeler des principes philosophiques généraux est sans effet. Un engagement précis, telle l'interdiction du recours au travail des enfants, peut être plus riche de conséquences. Il n'est pas sûr qu'il en aille de même de la clause.

498. – Limite. La force contraignante de la norme éthique ayant valeur d'engagement unilatéral est limitée par le régime applicable à sa dénonciation. Ce qui a été unilatéralement édicté peut être unilatéralement dénoncé⁽⁷⁴⁾.

2° Le recours du non-salarié

499. – Inclusion. Lorsque la norme édictée a été inscrite dans le contrat conclu avec un fournisseur ou un client, elle entre dans le périmètre contractuel⁽⁷⁵⁾. Une action pour dol peut être envisagée. Il est possible que « de fausses allégations sur le terrain du respect de l'environnement soient regardées comme des manœuvres dolosives dans la mesure où elles auront été de nature à emporter le consentement du cocontractant ». Tel est le cas lorsque la démarche de responsabilité sociale est présentée « par ses promoteurs comme conférant à ceux qui l'adoptent un avantage concurrentiel, un avantage supplémentaire »⁽⁷⁶⁾. La violation de la règle éthique peut conduire à l'annulation du contrat.

(70) J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 25^e éd. 2010, n° 66.

(71) R. de Quenaudon, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Études H. Sinay*, éd. Peter Lang, 1994, p. 269.

(72) V., en ce sens, G. Vachet, *Les accords atypiques : Dr. soc.* 1990, p. 624.

(73) A. Teissier, préc.

(74) La Cour de cassation retient toutefois trois conditions : l'information individuelle de chacun des salariés, l'information des institutions représentatives du personnel et le respect d'un délai raisonnable permettant l'engagement d'éventuelles négociations (Cass. soc., 25 févr. 1988, n° 85-40.821 ; *Bull. civ.* 1988, V, n° 139 ; *JurisData* n° 1988-000125).

(75) De ce point de vue, « rien ne devrait interdire de se rattacher à la figure du contrat pour faire produire effet à la volonté exprimée par une société » (I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable : JCP E* 2006, 1214, n° 16).

(76) F.-G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, n° 45.

500. – Assimilation. L'information donnée au cocontractant peut avoir un effet sur le contenu obligatoire du contrat en élargissant le champ contractuel. La sanction la plus efficace « consiste [dès lors] à faire comme si l'information donnée entrait dans le champ contractuel en tant qu'obligation devant être exécutée par le débiteur de l'obligation d'information »⁽⁷⁷⁾. Cette théorie de l'effet obligatoire de l'information transmise est pertinente dans la mesure où, dès lors que le destinataire de l'information peut légitimement croire à son authenticité et que la société émettrice a les moyens de la contrôler, elle intégrera le champ contractuel. La société a l'obligation de mettre la réalité en conformité avec l'information transmise⁽⁷⁸⁾. Si cette mise en conformité s'avère impossible, il doit être procédé à l'annulation du contrat par application de la théorie des vices du consentement. Une action en responsabilité délictuelle sera éventuellement engagée contre l'émetteur de l'information⁽⁷⁹⁾. Selon la même théorie, si la disposition éthique figure dans un document publicitaire remis au client, elle acquiert une valeur contractuelle : « Le message publicitaire [engage la société] qui le diffuse : son contenu [est] intégré au contrat comme étant ni plus ni moins qu'une annexe de celui-ci, à condition évidemment que le contrat n'ait pas apporté une précision en sens inverse »⁽⁸⁰⁾. La voie d'un éventuel engagement de responsabilité contractuelle est ouverte.

B. – Les recours intentés par des personnes indépendantes de la société émettrice

501. – Celui qui n'est pas juridiquement lié à la société émettrice de l'engagement doit, pour engager la responsabilité de celle-ci, explorer le terrain juridique du droit des obligations (1°) et du droit commercial (2°).

1° Les terres du droit des obligations

502. – Action délictuelle. Rien ne semble s'opposer à la mise en œuvre d'une action en responsabilité délictuelle de droit commun, sous réserve que soient constatés un dommage, une faute et un lien de causalité unissant l'un à l'autre. Le préjudice peut être d'ordre moral. À l'égard « des consommateurs ou des associations [il pourra être] caractérisé chaque fois que la société a fait naître une attente, déterminé par ses affirmations un comportement d'achat ou d'investissement : elle devra répondre des désillusions que ses manquements provoquent »⁽⁸¹⁾.

503. – Quasi-contrats. Définis par l'article 1371 du Code civil, les quasi-contrats sont des « faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». La Cour de cassation, le 6 septembre 2002, a infléchi cette définition en

(77) M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n^{os} 642 et s.

(78) F.-G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, n^o 44.

(79) M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n^o 664.

(80) Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2003, n^o 3713.

(81) F.-G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, n^o 37, cité par I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214, n^o 20.

rompant avec l'idée de remboursement de l'avantage procuré à autrui, jusqu'alors présenté comme un critère fondamental d'identification⁽⁸²⁾. La motivation de cet arrêt est particulièrement instructive. A été déterminant le fait volontaire de la société qui a pris un engagement auquel elle n'entendait pas réellement se soumettre. Lui a été appliqué le régime des quasi-contrats pour des raisons d'opportunité et d'équité. La démarche de responsabilité sociale d'une société serait, du même coup, assimilable à un quasi-contrat. L'engagement éthique est bien un fait volontaire dont résulte un engagement : « Il y a bien une croyance provoquée par des allégations de l'entreprise qui joue sur l'ambiguïté. (...) La souplesse de la solution retenue (...) est très prometteuse ; singulièrement, elle permet de lier l'entreprise à des tiers intéressés, destinataires de son message »⁽⁸³⁾. Qualifié de quasi-contrat, l'engagement éthique en acquiert la force, permettant ainsi d'en demander à un juge l'exécution forcée.

2° Les terres du droit de la consommation

504. – Droit français. Le droit de la consommation offre des mécanismes efficaces pour sanctionner le manquement d'une société à ses engagements éthiques. L'infraction de publicité trompeuse⁽⁸⁴⁾ peut être caractérisée. L'engagement éthique peut revêtir les habits de la « publicité », la Cour de cassation attribuant cette qualification à « tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés »⁽⁸⁵⁾. Une difficulté importante surgit au stade de l'exécution d'une éventuelle condamnation. Si « la cessation de la pratique commerciale trompeuse peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites »⁽⁸⁶⁾, comment rendre effective la cessation du travail des enfants par un sous-traitant situé dans un État éloigné ? De la réponse à cette question dépend la force du régime juridique.

505. – Droit américain. Le droit de la consommation offre, dans le droit américain, un réceptacle juridique pertinent aux engagements éthiques de sociétés. Les juges retiennent que « quand une entreprise commerciale, pour promouvoir et défendre ses ventes, fait des déclarations factuelles sur ses produits ou ses opérations, elle doit dire la vérité »⁽⁸⁷⁾. La société Nike a ainsi été poursuivie pour publicité mensongère en vertu des lois de Californie, jugeant que les informations contenues dans le rapport social de la société étaient fausses et ne reflétaient pas la réalité des conditions de travail prévalant dans les usines du groupe. Le contenu du rapport social est soumis aux strictes normes de vérité imposées par la loi sur la publicité.

(82) Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-14.397 : *Bull. civ.* 2002, ch. mixte, n° 5. – H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 12^e éd. 2008 ; D. 2002, jurispr. p. 2963, note D. Mazeaud ; JCP G 2002, II, 10173, note S. Reifegerste. – La Cour de cassation retient que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par fait purement volontaire, à le délivrer ».

(83) F.-G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, n° 47, cité par I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214, n° 22.

(84) C. consom., art. L. 121-1.

(85) Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527 : *Bull. crim.* 1998, n° 262 ; JCP E 1999, p. 462, obs. Ph. Conte.

(86) C. consom., art. L. 121-3.

(87) Supreme Court of California, 2 mai 2002, n° SO87859, *Mark Kasky c/ Nike*. La Cour suprême fédérale a été saisie (Supreme Court, 26 juin 2003, n° 02-575, *Nike, Inc., and Al., Petitioners c/ Mark Kasky*) mais n'a rendu qu'un avis, suite au règlement amiable du litige (versement par la société d'un don de 1,5 million de dollars à l'association *Fair Labor*).

506. – Droit européen. Le droit européen de la consommation, et plus particulièrement la réglementation relative à la publicité mensongère, offre des mécanismes similaires à ceux en vigueur en droit américain. Ainsi, l'article 2 de la directive du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁽⁸⁸⁾ interdit « toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ». Partant, une association de consommateurs peut tenter un recours devant les juridictions européennes pour faire sanctionner la violation des normes éthiques figurant dans un document publicitaire⁽⁸⁹⁾.

II. – Les sanctions infligées par la société émettrice

507. – L'engagement éthique émis par une société peut être violé par un salarié (A) ou par une société liée à « l'émetteur » (B).

A. – La violation de l'engagement éthique par un salarié

508. – Sanctionner la violation d'une norme éthique dépend du caractère réglementaire (1°) ou non (2°) de la norme.

1° Caractère réglementaire

509. – Si l'engagement éthique relève du domaine du règlement intérieur, sa violation présente un caractère fautif et peut être sanctionnée. Deux tempéraments doivent néanmoins être apportés.

510. – **Absence d'obligation.** Des dispositions du règlement intérieur ne peuvent créer des obligations à la charge des salariés en dehors des domaines prévus par l'article L. 1321-1 du Code du travail⁽⁹⁰⁾. Situées hors du champ tracé, les clauses litigieuses sont dénuées de force obligatoire⁽⁹¹⁾.

(88) PE et Cons. UE, dir. n° 2006/114/CE, 12 déc. 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative : JOUE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 21.

(89) A. Sobczak, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis* : Dr. soc. 2002, p. 806. – L'auteur évoque l'ambivalence de cette solution : « D'un point de vue pragmatique, cette solution constitue indéniablement un progrès, dans la mesure où elle permet de reconnaître une certaine juridicité des codes de conduite, et surtout d'améliorer la situation juridique des travailleurs dans les réseaux de sous-traitance. On ne peut cependant s'empêcher de dénoncer le cynisme d'un tel fondement juridique : le droit dans les États de l'Union européenne semble en effet beaucoup mieux protéger les droits des consommateurs (européens), que les droits sociaux fondamentaux des travailleurs (dans les pays en voie de développement) ».

(90) « Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement : 1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ; 2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ; 3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur » (C. trav., art. L. 1321-1).

(91) V., en ce sens, Cass. soc., 2 oct. 1997, n° 95-43.086 : RJS 1997, n° 1236 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le fait d'apposer sa signature sur le règlement intérieur lors de l'embauche ne manifestait pas, de la part du salarié, la volonté claire et non équivoque d'accepter l'intégration à son contrat de travail de la disposition du règlement intérieur relative au changement de lieu de travail étranger ».

511. – Libertés individuelles. Le règlement intérieur ne peut, de surcroît, contenir « des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »⁽⁹²⁾. La validité des dispositions contenues dans le code de conduite s'apprécie à l'aune de cette règle⁽⁹³⁾.

2° Caractère non réglementaire

512. – Une norme éthique peut être destinée « à faire régner le bon ordre dans une collectivité ou une organisation » sans qu'elle concerne nécessairement la matière disciplinaire⁽⁹⁴⁾. Hors champ réglementaire, une norme éthique peut s'imposer au salarié en raison de son inscription au sein d'un accord collectif ou en vertu de l'obligation de loyauté et de bonne foi attachée au contrat de travail. La cour d'appel de Paris a admis l'application d'une norme éthique sur ce fondement⁽⁹⁵⁾. Reste que toute restriction apportée aux libertés du salarié doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

B. – La violation de l'engagement éthique par une société liée

513. – Sociétés membres d'un réseau. Lorsque « le code de conduite [est] intégré dans les clauses du contrat-cadre qui régit les relations entre les différentes sociétés du réseau »⁽⁹⁶⁾, deux types de sanctions sont envisageables. La rupture des relations commerciales est tout d'abord possible⁽⁹⁷⁾. Ainsi, nombre de codes de conduite émis par des sociétés transnationales d'origine américaine prévoient la « rupture des relations commerciales avec les entreprises qui violent [les principes du code] »⁽⁹⁸⁾. Ces normes de conduite jouent ainsi un rôle dissuasif auprès des par-

(92) C. trav., art. L. 1321-3, 2°.

(93) À défaut, le juge judiciaire, notamment, peut conclure à l'illicéité d'une clause du règlement intérieur, la laisser inappliquée et conclure que sa violation ne revêt pas de caractère fautif. En ce sens, la Cour de cassation retient que la disposition du règlement imposant le respect, dans une profession bancaire, « du principe de non conflit d'intérêt entre le salarié et l'employeur » mais abandonnant à ce dernier l'identification du conflit et l'appréciation de l'intérêt à favoriser « excède, par sa généralité et son imprécision, les restrictions que l'employeur peut légalement apporter à la liberté individuelle du salarié » (Cass. soc., 9 juin 1998, n° 95-45.019 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 315 ; D. 1999, somm. p. 35, obs. C. Giraudet). Dans le même sens, le Conseil d'État déclare illicites des dispositions condamnant toutes conversations étrangères au service (CE, 25 janv. 1989, n° 64296 : *Dr. soc.* 1990, p. 201), interdisant à des hôtesses de caisse d'accepter le passage à leur caisse des membres de leur famille, ou bien celles imposant à des employés de banque d'informer leur employeur de l'existence de comptes qu'ils détiendraient dans d'autres établissements (CE, 9 déc. 1994, n° 119233 : *RJS* 1995, n° 129. – CE, 3 oct. 1997, n° 144006 : *RJS* 1997, n° 1371). – Jurisprudences citées par I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214, n° 30.

(94) « La notion de discipline est assez floue (...). Le plus difficile (...) est de tracer la frontière entre les règles destinées à faire respecter le bon ordre dans l'établissement et celles qui ne sont que l'explicitation du déroulement des tâches productives. Les premières n'ont de sens et de légitimité qu'au service des secondes » (J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 25^e éd. 2011).

(95) « Au regard de ses obligations de loyauté strictement définies dans les règles de conduite dans les affaires, le salarié ne peut se borner à soutenir, sans apporter le moindre élément de preuve, que la société (...) n'ignorait pas sa participation majoritaire avec son épouse, au capital d'une société concurrente (...); il lui appartenait en effet, pour éviter tout malentendu, d'en faire directement part à son employeur, ce qu'il n'allègue même pas avoir fait, ayant manqué ainsi à son devoir de loyauté » (CA Paris, 14 mai 1987, *Lafargue c/ SA IBM France*, cité par I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214, n° 31).

(96) 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. 289.

(97) L. Dubin, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, préf. Y. Daudet, PUAM, 2003, p. 325-326.

(98) V., en ce sens, *Éthique des affaires dans les industries T.H.C (textile, habillement, chaussures)*, *Les codes de conduite, Programme des activités*, BIT, 1997. Le document recense différents exemples : « rupture des relations commerciales

tenaires de la société émettrice. S'ils veulent poursuivre leurs relations commerciales avec celle-ci, ils n'ont d'autres choix que de s'y conformer. L'efficacité de ces sanctions dépend néanmoins de la volonté de la société émettrice d'exercer une action coercitive sur ses partenaires commerciaux⁽⁹⁹⁾. L'engagement d'une action en responsabilité contractuelle est également admis.

514. – **Sociétés membres d'un groupe.** « Fondé sur la participation majoritaire au capital, le pouvoir de sanction du non-respect d'un engagement éthique [se coule] dans le droit discrétionnaire reconnu aux actionnaires de révoquer les dirigeants des filiales »⁽¹⁰⁰⁾. Lorsque les fonctions de mandataire social sont exercées dans le cadre d'un contrat de travail, la faute de gestion tenant au manquement à l'engagement éthique émis par la société mère justifie à la fois la révocation du mandat et le licenciement⁽¹⁰¹⁾.

C O N C L U S I O N D U T I T R E 2

515. – Qu'elle soit individuelle ou collective, l'organisation de la responsabilité dans et par le groupe relève d'une prise de conscience. La réalité sociale du groupe de sociétés impose la mise en œuvre d'outils juridiques qui, s'ils ne fissurent pas l'armure des personnalités juridiques, permettent d'atteindre le centre de décision.

C O N C L U S I O N D E L A D E U X I È M E P A R T I E

516. – Face à l'anomalie conceptuelle consistant à « déresponsabiliser » le décideur, le groupe, par le canal de la société mère, et à « responsabiliser » l'exécutant, la filiale, une mise en cohérence s'impose. Le choix doit être fait de la « responsabilisation » des décideurs. Des outils existent. L'immunité du groupe ne doit plus être.

avec les partenaires commerciaux qui ne respectent pas le code » (GAP), « l'interruption de toute relation commerciale par Wal-Mart avec le partenaire commercial défaillant » (Wal-Mart), « l'arrêt des relations commerciales avec le fournisseur qui ne respecterait pas le code » (Sears, Roebuck et compagnie).

(99) L. Dubin, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, préf. Y. Daudet, PUAM, 2003, p. 327.

(100) I. Desbarats, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214, n° 35.

(101) Cass. soc., 7 avr. 1993, n° 91-42.914, inédit : RJS 1993, n° 673.

Conclusion générale

517. – **Bilan.** Construit autour du paradigme de la subordination juridique du salarié à l'égard de son employeur, le droit du travail néglige la dépendance économique, voire juridique, de ce dernier à l'égard d'entités juridiquement distinctes. L'employeur placé dans une telle situation peut voir ses choix stratégiques influencés ou commandés. S'esquisse alors l'image d'un « décisionnaire » étranger à la relation contractuelle nouée qui, néanmoins, influence l'exécution des relations de travail dans le groupe. Dès lors, les salariés peuvent avoir intérêt à ce que la subordination économique ou juridique de leur employeur soit prise en compte, non pas pour ériger ce donneur d'ordre lointain en employeur, mais pour en rechercher la responsabilité ou la garantie. Cette approche est marquée du sceau de la raison. Dénué de personnalité morale, le groupe ne peut être l'employeur. Titulaire de la personnalité juridique, la société mère ne peut pas non plus être reconnue comme l'employeur tant les conséquences pourraient être désastreuses. La responsabilité de celle-ci doit toutefois pouvoir être recherchée par nécessité.

518. – Le pragmatisme guide la recherche des responsabilités dans le groupe. Appliqué au lien qui unit la société mère à ses filiales, il estompe les frontières des personnalités morales pour laisser place à l'unité économique du groupe. Le pragmatisme doit l'emporter sur les oripeaux juridiques pour identifier l'authentique détenteur de la capacité décisionnelle. À ce titre, la société mère peut être responsable pour les dommages que l'activité de sa filiale cause aux salariés ou aux tiers. Cette démarche n'a pas pour vocation de supplanter la notion de personne morale mais seulement d'en amender les effets juridiques afin que le droit ne reste pas indifférent au réel.

519. – **Perspectives.** La prise en compte de cette réalité impose l'adoption d'un véritable droit des groupes de sociétés conciliant divers intérêts. Celui des sociétés tout d'abord, pour qui la constitution de groupes doit rester un outil juridique d'émancipation économique leur permettant de s'affranchir des contraintes du marché. Celui des salariés ensuite, qui ne doivent plus se retrouver démunis face à un groupe qui, jouant des définitions pour restructurer à moindre coût, en fait de simples variables d'ajustement ; leur appartenance à un groupe doit, au contraire, leur assurer un statut collectif plus protecteur et de meilleures garanties en cas de perte d'emploi. Celui de l'État enfin, qui doit veiller à ce que les règles de fiscalité des sociétés qu'il édicte ne constituent pas des « niches » fiscales. Ce travail implique une définition homogène du groupe valant pour l'ensemble des branches du droit, et sur les terres du droit du travail, pour l'ensemble de ses compartiments⁽¹⁾. Le législateur national ne peut, seul, s'atteler à cet ouvrage. Le développement des groupes de dimension européenne et, au-delà, de dimension

(1) B. Teyssié, *Les groupes de sociétés et le droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 737.

mondiale, élargit le champ du propos. Une harmonisation à l'échelle européenne, voire mondiale, s'impose pour que s'éloignent les risques de *dumping* fiscal ou social. Les pistes de réflexion sont nombreuses mais la tâche ardue. Du volontarisme des acteurs, qu'ils relèvent de l'ordre national, européen ou international, dépendent la construction et l'application de normes nouvelles.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux (Manuels et traités contemporains, dictionnaires)

- A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, t. I, Sirey, 2^e éd. 1978, n° 131.
- G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1968, t. I, p. 87.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige », 9^e éd. 2011.
- P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, 1956, n° 348 ; *Négociations, conventions et accords collectifs*, in traité de G.-H. CAMERLYNCK, t. 7, 2^e éd. 1989, n° 238, p. 422.
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 2. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis droit », 2007, n° 127 ; *Droit des obligations*. 1. *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2^e éd. 2010, p. 697.
- G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd. 1982, p. 114.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Armand Colin, 11^e éd. 2005, n° 68.
- E. FORTIS et A. CCEURET, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n^{os} 288 et s.
- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage*, Litec, 1996, n° 500-503.
- M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales, Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, LGDJ, 19^e éd. 2009, n° 2014.
- Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial et sociétés*, Economica, 10^e éd. 1998, n° 580 ; *Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 2^e éd. 1995, n° 279.
- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FAVRE et J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec, 2000, n° 103.
- J. PÉLISSIER, G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 25^e éd. 2011, n° 66.
- C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, éd. de l'université de Bruxelles, 1998, p. 326.
- E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, 6^e éd. 2012, n° 569.
- O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, PUF, coll. « Premier cycle », 1998, p. 185.
- B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd. 2000, n° 255.
- B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 8^e éd. 2012 ; *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2011, n° 1178 ; *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 6^e éd. 2009, n° 423 ; *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 2^e éd. 1993, n° 318 ; *Droit du travail. Relations individuelles*, Litec, 2^e éd. 1992, p. 232, n° 429 ; *Droit européen du travail*, Litec, 4^e éd. 2010, n^{os} 205 et s.
- M. WALINE, *Droit administratif*, Sirey, 8^e éd. 1959, n° 454.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- P.-H. ANTONMATTÉI, *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, 2^e éd. 2009.
- Y. AUBRY, *Guide pratique et juridique de l'expatriation*, éd. d'Organisation, 3^e éd. 2003.
- F. DE BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, LGDJ, coll. « Bibl. Institut André Tunc », t. 13, 2007, n° 156.

- B. BRUNHES, *Présentation de la comptabilité nationale française*, Dunod, 6^e éd. 1991.
- P. CATALA, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1990, p. XIII.
- J.-F. CESARO (ss dir.), *L'égalité en droit social*, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012.
- Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 220, p. 224.
- C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, coll. « Bibl. droit commercial », t. 5, 1962.
- A. CŒURET, *Le délégataire de pouvoirs*, in *Les pouvoirs du chef d'entreprise*, Dalloz, coll. « Système », 2002, p. 27 et s.
- J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2010.
- Ph. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, LGDJ, 1993, n° 352.
- M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998.
- M. DEL SOL, A. MOYSAN-LOUAZEL et P. TURQUET, *L'intermédiation dans les relations d'emploi au travers des exemples du portage salarial et de l'intérim hautement qualifié. Regards croisés en économie du travail et en droit social*, Rapport DARES, 2005, p. 47.
- M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956.
- I. DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, préf. Y. DAUDET, PUF, 2003, p. 322.
- M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n°s 642 et s.
- A. FABRE-PUJOL, *Face aux grands groupes : quelle politique pour l'emploi et les territoires ?*, Rapp. AN 2 juin 1999, n° 1667.
- N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, t. 68, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 2005, n° 26.
- J.-K. GALBRAITH, *Le nouvel État industriel*, Gallimard, 1967.
- D. GAMBIER et M. VERNIÈRES, *L'emploi en France*, La Découverte, coll. « Repères », 1998.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses : RCADI 2006*, t. 312, n°s 132 et s.
- F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats de travail, Traité des contrats*, ss dir. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 100.
- Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, préf. Y. REINHARD, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 2000, n° 5.
- J.-F. GERME, *Les mobilités professionnelles : de l'instabilité de l'emploi à la gestion des trajectoires*, La Documentation française, coll. « Qualification & Prospective », févr. 2003, p. 40.
- C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, 2007.
- Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1991, t. 216, n° 193.
- Ch. JARROSSON, *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés*, in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, LGDJ, 1994, p. 53.
- B. KANTOROWICZ, *Le portage salarial*, thèse dactyl., Panthéon-Assas, 2011.
- Th. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1998.
- D. LE DU, *Le portage salarial*, Eyrolles, 2008, p. 23.
- Ph. MARIANI, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996.

- A. MARTINON (ss dir.), *Le licenciement pour motif économique*, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012.
- J. MESTRE et C. BLANCHARD-SÉBASTIEN, *Lamy Sociétés commerciales*, 1999, n° 1791.
- P. MORVAN (ss dir.), *Restructurations en droit social*, Litec, 2^e éd. 2010, p. 407.
- P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Litec, 1998.
- Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse dactyl., Panthéon-Assas, 2008.
- M. PATIN, *Transferts d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, préf. B. TEYSSIÉ, PU Aix-Marseille, 2011.
- J. PAUTROT et Y. GIROUARD, *Expatrié : rêve et réalité*, éd. Liaisons sociales, 2004, p. 192.
- J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement*, Sirey, 1^{re} éd. 1974 ; *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2^e éd. 1980.
- J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMEAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 3^e éd. 2004, p. 9.
- P. RODIÈRE, *La convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, n° 39, p. 37-38.
- T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, thèse dactyl., 2009, n° 37.
- G. SAINCAIZE, *Les mises à disposition de salariés*, préf. B. TEYSSIÉ, PU Aix-Marseille, 2009.
- V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, 1994, n° 546.
- A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.
- A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 175.
- M. TANGER, *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préf. J. LARRIEU, *Economica*, 2002, p. 220.
- F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, 1955.
- B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », Paris, 1975.
- D. THIERRY et A. SAURET, *La gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, L'Harmattan, Paris, 1993, p. 23.
- F.-G. TRÉBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Rép. sociétés* Dalloz mars 2003, n° 35, 56.
- F.-G. TRÉBULLE et O. UZAN, *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, *Economica*, 2011, p. 43.
- I. VACARIE, *L'employeur*, préf. G. LYON-CAEN, Sirey, 1979, n° 9.
- M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1959, n° 3.

III. Articles

- J.-M. ALBIOL et C. GALLON, *Admission réitérée de la délégation du pouvoir de licencier dans la SAS* : JCP S 2011, 1229.
- O. ANCELIN-MENAIS, *L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles* : JCP E 2008, 1428.
- P.-H. ANTONMATTÉI, *Groupe de sociétés : la menace du coemploi se confirme ! : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1484, p. 12.
- F. AUBERT et M.-C. PINOT, *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation*, in *Mél. P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 289.

G. AUZERO, *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise* : Dr. soc. 2006, p. 822 ; *PSE et groupe de sociétés, Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1416, p. 6.

G. AUZERO et N. FERRIER, *La délégation du pouvoir de licencier dans la SAS (et autres groupements personnalisés)* : RJS 2011, p. 83.

L. AYNÈS, *Motivation et justification* : RDC 2004, p. 555.

X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz-Sirey, coll. « Méthodes du droit », 2008.

P. BAILLY, *À la recherche du véritable décideur* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1508, suppl., p. 111 ; *Les critiques sur le coemploi sont excessives (entretien)* : *Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1557, p. 3.

M. BARABEL et O. MEIER, *Gestion internationale des ressources humaines*, Dunod, coll. « Les topos », Paris, 2008, p. 50-51.

G. BÉLIER, *Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique* : RDT 2007, p. 284.

F. BÉRENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, préf. Ch. ATIAS, PUAM, 2003.

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^e éd. 1999, n° 275.

D. BERRA, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, in *Mél. dédiés au président M. Despax*, PUSS Toulouse, 2002, p. 125.

G. BLANC-JOUVAN, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise* : Dr. soc. 2005, p. 68.

Th. BONNEAU, H. HOVASSE et D. VIDAL, *La modernisation du droit des sociétés, le rapport Mariani* : Dr. sociétés nov. 1996, chron. p. 4.

B. BOUBLI, *La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, in *Le droit du travail et les groupes de sociétés*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 1999, p. 23 ; *Le recours à la main-d'œuvre extérieure* : Dr. soc. 2009, p. 806 ; *L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle* : JCP S 2012, 1131.

B. BOULOC, *Droit pénal et groupe de sociétés* : Rev. sociétés 1988, p. 181.

M. BOUTONNET, *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats* : D. 2012, p. 377.

J. CALAIS-AULOY, *À propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés* : RJ com. 1977, p. 85.

A. CASADO, *L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010* : JCP S 2011, 1001.

L. CASAUX-LABRUNÉE (ss dir.), Dossier « Groupements d'employeurs » : Dr. soc. 2012, p. 870.

N. CATALA, *Application de l'article L. 122-14-8 du Code du travail* : CDE 1986, n° 4, p. 10.

J.-F. CESARO, *La négociation collective dans les groupes de sociétés* : Dr. soc. 2010, p. 780 ; *La résiliation conventionnelle des contrats de travail* : Dr. soc. 2011, p. 640 ; *Les accords de transfert de salarié* : Gaz. Pal. 2007, 3000.

C. CHAMPAUD, *Les méthodes de groupement des sociétés* : RTD com. 1967, p. 1003.

F. CHAMPEAUX, *La notion de coemployeurs s'étend à la faute inexcusable* : *Semaine sociale Lamy* 2012, 1540, p. 13.

D. CHATARD, *Retour du salarié envoyé à l'étranger* : Cah. DRH oct. 2012, n° 190.

D. CHATARD et F. RIQUOIR, *Mise à disposition de salariés : comment faire en pratique ?* : Cah. DRH oct. 2011, n° 180.

A. CCEURET, *Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité du travail, délégation de pouvoirs et mise en danger* : Dr. soc. 1995, p. 344 ; *Observations sur un angle mort de la réglementation : les agences de notation, Journées d'études, Le droit des sociétés pour 2004* : D. 2004, p. 212.

A. CCEURET et B. DONDERO, *Le reclassement des salariés, le groupe de sociétés, et le FCPR* : JCP E 2010, 1915.

A. CCEURET et F. DUQUESNE, *La délégation du pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles* : JCP E 2011, 1397 ; *Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué* : Dr. soc. 2011, p. 382 ; *Actualité de la délégation de pouvoir de licencier dans l'entreprise ou le groupe d'entreprise* : Dr. soc. 2012, p. 35.

P. COIN, *La mise en conformité des régimes de protection sociale complémentaire au regard de l'égalité de traitement* : JCP S 2012, 1442.

D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in Mél. H. Blaise, *Economica*, 1995, p. 125.

Ph. COURSIER, *Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère* : JCP S 2009, 1092, n° 62 ; *Négociation(s) de groupe, La négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2004, p. 53.

G. COUTURIER, *Plans sociaux et exigences de reclassement* : Dr. soc. 1994, p. 439 ; *La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés* : Dr. soc. 2011, p. 372 ; *Plans de départs volontaires, détermination des emplois supprimés et reclassement interne* : RJS 2012, chron. 243.

N. CUZACQ, *Aspects juridiques de l'investissement responsable*, in Mél. J. Dupichot, Bruylant, 2005, p. 129 ; *La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : éléments de droit positif et de droit prospectif* : RRJ 2009, p. 657.

R. DAMMANN et S. FRANÇOIS, *Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives* : D. 2012, p. 2212.

J. DANIEL, *La cause économique de licenciement à l'épreuve de l'UES* : JCP S 2007, 1931 ; *Le concept d'Unité économique et sociale*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 36.

J. DANIEL et A. DE ROUX, *La prime de partage des profits* : JCP S 2011, 1386.

E. DAOUD et J. FERRARI, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique* : JCP S 2012, 1391.

I. DAUGAREILH, *La négociation collective transnationale* : *Travail et emploi* 2005, n° 104, p. 78.

L. DAUXERRE, *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?* : JCP S 2007, 1049 ; *Les concepts de branche, de territoire et de GPEC*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 4.

N. DAUXERRE et G. LAFERRIÈRE, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 1996, 1775.

C. DE BRITO, *ISR : comment les critères extra-financiers impactent les objectifs de gestion ?* : *Rev. éco. fin.* 2006, n° 85, p. 151.

C. DEFÉLIX, M. DUBOIS et D. RETOUR, « *GPEC : une gestion prévisionnelle en crise* », *GRH face à la crise : GRH en crise ?*, Presses HEC, Montréal, 1997.

Ph. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilités des membres du groupe* : *Rev. proc. coll.* 1998, p. 129, n° 14.

J.-M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques* : *Rev. proc. coll.* 2002, p. 161.

M. DEL SOL, *L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux* : JCP S 2005, 1314.

J. DÉPREZ, *Un remède à la précarité des avantages acquis, l'incorporation dans le contrat de travail* : *Dr. soc.* 1986, p. 906.

I. DESBARATS, *La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable* : JCP E 2006, 1214.

I. DESBARATS et G. JAZOTTES, *La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?* : JCP S 2012, 1293.

M. DESLANDES, *Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail* : *D.* 1982, p. 19.

- M. DESPAX, *Groupe de sociétés et contrat de travail* : Dr. soc. 1961, n° 12, p. 596.
- E. DEVEAUX, *La négociation d'unité économique et sociale* : JCP S 2012, 1441.
- J. DILLER, *Responsabilité sociale : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ?* : RI trav. 1999, p. 107.
- J.-P. DOM, *Le droit des contrats au service de l'animation effective d'un groupe de sociétés* : CDE nov.-déc. 2006, p. 44.
- G. DUCHANGE et A. SAURET, *La mise à disposition de salariés* : Gaz. Pal. 2011, n° 351, p. 9.
- Y. DUPUY, F. LARRÉ et S. SUBLET, *Prestation de travail et activité de service*, ss dir. M.-L. MORIN, Paris, La Documentation française, 1999, spéc. p. 143.
- F. DUQUESNE, *Délégation de pouvoir de licencier dans l'entreprise : vers le statu quo ?* : RJS 2011, p. 811.
- P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail* : JCP 1944, I, 387.
- B. FAGES, *Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères* : RDC 2007, p. 115.
- F. FAVENNEC-HÉRY, *Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1291, p. 3 ; *La GPEC : l'environnement juridique* : Dr. soc. 2007, p. 1068 ; *Les plans de départs volontaires autonomes* : JCP S 2010, 1384 ; *Les plans de départs volontaires* : Dr. soc. 2011, p. 622 ; *Plans de départs volontaires : le jeu des distinctions* : Dr. soc. 2012, p. 351.
- W. FEUGÈRE et F. MEUNIER, *Responsabilité pénale et convention de trésorerie : de la légalité des mouvements de fonds au sein des groupes de sociétés* : LPA 12 mars 2004, n° 52, p. 5.
- P. DE FONTBRESSIN, *La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes* : RJ com. 1988, p. 285.
- Ch. FREYRIA et J. CLARA, *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés* : JCP E 1993, 24 ; *De l'abus de biens sociaux et de crédit en groupe de sociétés* : JPC CI 1993, I, 247, n° 6.
- M. FRISON-ROCHE, *Droit économique, concentration capitaliste et marché*, in *Philosophie du droit et économie : quel dialogue ?* : Mél. en l'honneur de G. Farjat, Frison-Roche, 2000, p. 37.
- J.-Y. FROUIN, *Retour sur la notion de sauvegarde de la compétitivité* : RJS 3/1006, chron. p. 187.
- F. GAUDU, *Le retour du salarié* : Dr. soc. 1991, p. 906.
- F. GÉA, *Causes (économiques) enchevêtrées* : RDT 2010, p. 297.
- P. GÉRARD, F. OSTY et M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.
- G. GODARD, A. LE FUR et M. DEL SOL, *Prévoyance des expatriés et caractère collectif des garanties de protection sociale complémentaire : comment concilier l'inconciliable* : JCP S 2012, 1328.
- R. GOURY, X. JASPAR et E. PENNEC, *Société de gestion, notion de groupe et obligation de reclassement* : JCP S 2010, 1255.
- J. GRANGÉ et J. CRÉDOZ-ROSIER, *Unité économique et sociale. La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008* : JCP S 2012, 1268.
- B. GRIMONPREZ, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales* : Rev. sociétés 2009, p. 715, n° 8.
- Ch. HANNOUN, *L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail* : RDT 2008, p. 288 ; *Méthodologie d'un droit des montages contractuels* : RDC 2007, p. 1036.
- F. HÉAS, *Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* : JCP S 2008, 1300.
- M. HENRY, *La théorie du groupe de sociétés appliquée aux arbitrages impliquant un État* : RD aff. int. 2006, p. 297.
- C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, *La notion de groupe à l'épreuve du droit social* : JCP E 2005, 1393, n° 6.

- A. HINFRAY et B. HINFRAY, *La responsabilité sociale des entreprises* : *Gaz. Pal.* 11-12 oct. 2002, p. 1466.
- R. HOUIN, *Le groupement d'entreprise vu à l'échelle européenne* : *Rev. int. dr. comp.* 1965, p. 321.
- C. JACQUELET, *Le concept de groupe de reclassement*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 27.
- S. JARVIN et M. BOISSAVY, *Jurisprudence arbitrale* : *RD aff. int.* 1999, p. 354.
- A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299.
- E. JEANSEN et Y. PAGNERRE, *Variation autour de la circulaire DGT n° 6 du 27 juillet 2011* : *JCP S* 2011, 1477 ; *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction* : *JCP S* 2012, 1338.
- M. JEANTIN, *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mél. offerts à L. Boyer*, éd. Université des sciences sociales Toulouse, 1996, p. 317.
- D. JOURDAN, *La mise à disposition de personnel* : *JCP S* 2012, 1281 ; *Plan d'épargne d'entreprise* : *JCP S* 2012, 1392.
- P. JULLIARD, *Le suivi des instruments OCDE du 21 juin 1976*, in *L'effectivité des organisations internationales*, ss dir. H. RUIZ FABRI, L.-A. SICILIANOS et J.-M. SOREL, Sakkoulas, Pedone, 2000, p. 186.
- J. KIBALO-ADOM, *L'obligation de reclassement et les groupes de dimension internationale* : *D.* 1999, p. 310.
- J.-P. LABORDE, *La considération du fait par le droit du travail*, in *Mél. en l'honneur de H. Blaise*, *Economica*, 1995, p. 277.
- X. LAGARDE, *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement* : *Dr. soc.* 1998, p. 891.
- P. LAGESSE, *Le concept de secteur d'activité*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 16.
- P. LAGESSE et N. LAURENT, *Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?* : *JCP G* 2009, I, 101.
- L. DE LAUNAY, *La tectonique des motifs économiques de licenciement* : *Dr. soc.* 2011, p. 570.
- P. LE COHU, *La subvention de fonctionnement du comité d'entreprise* : *CDE* 2002, n° 2, p. 10.
- Ch. LENOIR et F. SCHECHTER, *Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés* : *Dr. soc.* 2012, p. 771.
- Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2003, n° 3713.
- A. LIENHARD, *Délégation de pouvoirs dans les SAS : après la chambre mixte, la chambre sociale* : *Rev. sociétés* 2011, p. 100 ; *Sociétés cotées : information sociale et environnementale* : *D.* 2002, p. 874.
- G. LOISEAU, *Coemploi et groupes de sociétés* : *JCP S* 2011, 1528.
- P. LOKIEC, *Le retour du salarié détaché – Actualité* : *Dr. soc.* 2012, p. 266 ; *Le double visage du plan de départs volontaires* : *Semaine sociale Lamy* 2012, 1524, p. 8.
- A. LYON-CAEN, *Le contrôle judiciaire des motifs économiques et ses turbulences* : *Dr. ouvrier* 2007, p. 157.
- G. LYON-CAEN, *Observations sur les licenciements dans les groupes internationaux de sociétés* : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 439 ; *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux* : *Dr. soc.* 1995, p. 492.
- Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd. 2009, n°s 1356 et s.
- C. MALECKI, *Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ?* : *D.* 2003, p. 818 ; *L'investissement socialement responsable : un « must have » de la RSE*, in *Dossier RSE : Journ. sociétés* oct. 2009, n° 69, p. 41 ; *Les dirigeants des filiales* : *Rev. sociétés* juill.-sept. 2000, p. 453 ; *L'investissement socialement responsable : quelques problématiques actuelles* : *Rev. Lamy dr. aff.* juill. 2009, p. 61.

F. MANSUY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux* : Rev. sociétés 1987, p. 1.

L. MARQUET DE VASSELLOT, *Contrat et contentieux du licenciement*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 138.

A. MARTINON, *L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIÉ, *Economica*, 2011, p. 29 et s. ; *La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* : Dr. soc. 2011, p. 613.

A. MAZEAUD, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 738 ; *Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise* : Dr. soc. 2005, 737.

D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 616.

M. MORAND, *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* : Dr. soc. 2009, p. 900.

M.-A. MOREAU, *La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée* : *Travail et emploi* 1992, n° 53, p. 58 ; *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal* : Dr. soc. 2009, p. 93.

M.-L. MORIN, *L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique de licenciement*, in *L'emploi en rupture*, ss dir. B. GOMEL, D. MÉDA et E. SERVERIN, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 168.

P. MORVAN, *Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés* : Dr. soc. 2011, p. 888 ; *Groupe d'entreprises et rémunérations du travail* : Dr. soc. 2010, p. 748 ; *Le juste en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIÉ, *Economica*, 2010, p. 23 ; *Aspects sociaux de la confidentialité dans les restructurations* : Dr. soc. 2010, p. 541 ; *L'étrange action en justice Flodor. Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement de salariés dans une filiale en difficulté ?* : JCP S 2009, 1489 ; *La mise à mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale* : JCP S 2011, act. 79 ; *Le consentement des salariés dans le plan de sauvegarde de l'emploi* : Dr. soc. 2011, p. 632 ; *Variations sur la rémunération dans les groupes de sociétés* : JCP S 2009, 1594 ; *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'« ostéopathie » juridique*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 7 ; *À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?*, in *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140.

Ch. NEAU-LEDUC, *RSE et droit social. Présentation ?*, in *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, ss dir. F.-G. TRÉBULLE et O. UZAN, *Economica*, 2011, p. 113 ; *Les sanctions de la GPEC* : Dr. soc. 2007, p. 1081.

S. NÉRON, *Statut des salariés mis à disposition en droit américain* : JCP S 2012, 1064.

N. NOTAT, *Évaluer les performances sociales, environnementales et sociétales des entreprises. Objectifs et méthodes de la nouvelle agence Vigeo*, in *La responsabilité sociale des entreprises*, ANACT, 2003, p. 49.

J.-M. OLIVIER, *L'affaire Flodor : suite et presque fin* : JCP S 2010, 1225.

B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur* : D. 1979, chron. p. 109.

B. OPPETIT et A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés* : Rev. sociétés 1973, p. 577.

P.-H. D'ORNANO, *Le coemployeur* : JCP S 2010, n° 1533.

F. OSMAN, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit* : RTD civ. 1995, p. 525.

Y. PAGNERRE, *L'articulation des normes générales et des normes spéciales*, in *L'articulation des normes en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIÉ, *Economica*, 2011, p. 78, n° 142 ; *L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ?* : JCP S 2011, 1423.

J. PAILLUSSEAU, *Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réformes* : RTD com. 1972, p. 813.

- M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la loi de 1966* : Rev. sociétés 1996, p. 465.
- M. PATIN, *Licenciement pour motif économique : information et consultation du CE et du CHSCT* : JCP S 2010, 1425 ; *Transfert d'entreprise : l'aménagement conventionnel de la reprise des salariés* : JCP S 2011, 1292.
- J. PÉLISSIER, *Droit civil et contrat individuel de travail* : Dr. soc. 1988, p. 387 ; *La cause économique du licenciement* : RJS 1992, chron. p. 527.
- F. PELLETIER, *Le prêt de main-d'œuvre exclusif* : JCP S 2011, 1397.
- M.-P. PIOT et O. HAINAUT, *La participation dans l'UES : un devoir d'anticipation* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1353, p. 6.
- M. POIRIER, *Pour un affermissement des droits de la défense des salariés* : Dr. ouvrier 2010, p. 516.
- X. PRÉTOT, *Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale* : Dr. soc. 2002, p. 244.
- C. PUIGELIER, *Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice versa* : JCP E 1994, I, 358.
- R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Études H. Sinay*, éd. Peter Lang, 1994, p. 269.
- B. REYNÈS, *Groupes de société : la théorie du coemploi* : JCP S 2012, 1292.
- J.-L. RIVES-LANGES, *La notion de dirigeant de fait* : D. 1975, chron. 41.
- Ph. ROZEC, *Les responsabilités*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 65.
- L. SABLÉ, *Restructurations préalables et opérations de marché* : *RD bancaire et fin.* 2008, étude 3.
- G. SAINCAIZE, *À la lisière du licenciement*, in *Le licenciement pour motif économique*, ss dir. A. MARTINON, LexisNexis, coll. « Actualité », Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 119.
- J. SAVATIER, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise* : Dr. soc. 1986, p. 890 ; *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?* : Dr. soc. 1990, p. 154 ; *La cessation d'activité de l'entreprise, motif économique de licenciement* : Dr. soc. 2001, p. 413.
- D. SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés* : Rev. sociétés 1981, p. 725.
- D. SINDRES, *L'introuvable abus de fonctions du préposé* : D. 2011, p. 1530.
- A. SOBCZAK, *Le respect des codes de conduite dans les réseaux de sous-traitance : Liaisons soc. Europe* févr. 2002 ; *L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application* : JCP E 2003, 542 ; *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis* : Dr. soc. 2002, p. 806.
- B. SOINNE, *La confusion : le raidissement des juges du fond* : Rev. proc. coll. 2004, p. 27.
- M. STORCK, *Définition légale du contrôle d'une société en droit français* : Rev. sociétés 1986, p. 385.
- A. SUPLOT, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Études offertes à J. Péliissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541.
- A. TEISSIER, *L'éthique, une norme de l'entreprise ?* : TPS oct. 2000, p. 6.
- B. TEYSSIÉ, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* : *Mél. en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 821, n° 4 ; *Les groupes de sociétés et le droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 735 ; *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 643, spéc. p. 645.
- F.-G. TRÉBULLE, *Entreprise et développement durable* : JCP E 2006, 1257 ; *Le paquet « entreprises responsables »* : D. 2012, p. 144.
- D. TRICOT, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, Rapport de la Cour de cassation 1997, p. 165 ; *Les critères de la gestion de fait* : Dr. et patrimoine janv. 1996, p. 24.

Q. URBAN, *La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement des groupes de sociétés* : *Rev. sociétés* 2000, p. 1 ; *Le licenciement pour motif économique et le groupe* : *Dr. soc.* 1992, p. 272.

G. VACHET, *Les accords atypiques* : *Dr. soc.* 1990, p. 624.

X. VAMPARYS, *Extension de la procédure collective aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux États-Unis : la substantive consolidation* : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 437.

R. VATINET, *La pieuvre et l'Arlésienne* : *Dr. soc.* 2010, p. 801 ; *Une étrange prime de partage des profits* : *JCP S* 2011, 1385 ; *Négociation d'entreprise et négociation de groupe* : *JCP S* 2012, 1238.

P.-Y. VERKINDT, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* : *Dr. soc.* 2010, p. 771.

V. VIGNEAU, *La délégation du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiées* : *D.* 2011, p. 123.

Ph. WAQUET, *Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique*, in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ss dir. A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 121.

IV. Notes, observations, conclusions, commentaires

J.-M. ALBIOL et E. BOUCAYA, note ss Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215 : *JCP S* 2010, 1512.

P. ALLEMANDOU, note ss T. civ. Seine, 9 févr. 1959 : *JCP* 1959, 1106.

M.-C. AMAUGER-LATTES, note ss Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583 : *RDT* 2009, p. 29.

P.-H. ANTONMATTÉI, note ss Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 191 ; *Rev. Lamy dr. aff.* nov. 2009, p. 49.

J.-J. ARNALDEZ, obs. ss Sentence CCI rendue en 2000 dans l'affaire n° 10758 : *JDI* 2001, p. 1171.

J.-L. AUBERT, obs. ss Cass. ass. plén., 19 mai 1988 : *Bull. civ.* 1988, ass. plén., n° 5 ; *Defrénois* 1988, 1097.

F. AUBONNET, note ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JCP E* 2011, 1291.

F. AUBONNET et L. GAMET, note ss Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-40.200 : *Semaine sociale Lamy* 29 mars 2010, n° 1439, suppl., comm. p. 125.

G. AUZERO et B. LARDY-PÉLISSIER, note ss Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 91 ; *RDT* 2009, p. 647.

P. BAILLY, note ss Cass. soc., 5 mars 1997, n° 95-41.230, inédit : *D.* 1997, jurispr. p. 522. – Rapp., Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1476, p. 6.

A. BARÈGE, comm. ss Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-40.822 : *JCP S* 2011, 1041 ; comm. ss Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.708 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 83 ; *JCP S* 2009, 1295.

J. BARTHÉLÉMY, note ss Cass. soc., 13 nov. 1996 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 386 ; *JCP E* 1997, II, 911.

S. BÉAL et A.-L. DODET, note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *JCP E* 2010, 1206.

S. BÉAL et P. KLEIN, comm. ss Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-40.200 : *JCP S* 2009, 1535.

P. BERTRAND, note ss Cons. prud'h. Aubenais, 15 avr. 2008, n° 06/0153 : *Dr. ouvrier* 2008, p. 478.

I. BEYNEIX, note ss Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-45.447 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 52 ; *JCP S* 2009, 1178.

G. BLANC-JOUVAN, note ss Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 04-40.332 : *JCP S* 2007, 1698 ; note ss Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 06-40.117 : *JCP S* 2008, 1231.

S. BOLLÉE, note ss Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, *Stés ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a* : *D.* 2007, p. 2077.

- B. BOSSU, comm. ss Cass. soc., 24 janv. 2008, n° 06-45.088 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 23 ; *Dr. soc.* 2008, p. 498 ; comm. ss Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 209 ; *JCP S* 2006, 1917 ; comm. ss Cass. soc., 14 oct. 2008, 5 arrêts, n°s 07-40.092, 07-40.523, 07-41.454, 06-46.400, 07-42.352 : *JCP S* 2008, 1668.
- B. BOUBLI, note ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *Gaz. Pal.* 4 mars 2011, n° 63.
- B. BOULOC, note ss Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : *Rev. sociétés* 1985, 648 ; note ss Cass. crim., 4 févr. 1985 : *Bull. crim.* 1985, n° 54 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 648.
- O. BOURRU et M. MENJUCQ, note ss Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 92 ; *JCP G* 2005, II, 10088.
- F. BOUSEZ, note ss Cass. soc., 20 oct. 1999 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 391 ; *JCP E* 2000, 944.
- S. BRISSY, note ss Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 : *JCP S* 2010, 1518 ; comm. ss Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-17.015 : *JCP S* 2012, 1057.
- Ph. BRUN, note ss Cass. ass. plén., 25 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, ass. plén., n° 2 ; *D.* 2000, p. 673.
- M. CABRILLAC et P. PÉTEL, obs. ss Cass. com., 4 juill. 2000, n° 98-12.117 : *Bull. civ.* 2000, IV, n° 138 ; *JCP E* 2001, p. 173.
- J. CALAIS-AULOY, note ss Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : *D.* 1963, p. 277.
- J. CARBONNIER, note ss Cass. soc., 24 mai 1958 : *JCP G* 1958, II, 10868.
- J.-F. CESARO, note ss Cass. soc., 28 oct. 2009, n°s 08-40.457 à 08-40.486 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 239 ; *JCP S* 2010, 1008.
- F. CHAMPEAUX, obs. ss Cass. soc., 14 oct. 2008, 5 arrêts, n°s 07-40.092, 07-40.523, 07-41.454, 06-46.400, 07-42.352 : *Semaine sociale Lamy* 3 nov. 2008, p. 11.
- A. CHAPELLE, note ss CA Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98.
- Y. CHARTIER, note ss Cass. com., 5 juill. 1980 : *Rev. sociétés* 1981, p. 98.
- D. CHENU, comm. ss Cass. soc., 16 nov. 2011, n° 10-40.071 : *JCP S* 2012, 1028.
- A. CHIREZ, note ss Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 191 ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 17.
- A. CCEURET, note ss Cass. soc., 26 mai 1994, n° 93-83.179 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 208 ; *Dr. soc.* 1995, p. 344.
- M. COHEN, note ss Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 20 ; *Dr. ouvrier* 1990, 216 ; obs. ss Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 92-21.437 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 327 ; *Dr. soc.* 1995, p. 40.
- Ph. CONTE, obs. ss Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527 : *Bull. crim.* 1998, n° 262 ; *JCP E* 1999, p. 462.
- D. CORRIGNAN-CARSIN, comm. ss Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 03-45.422 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 17 ; *JCP G* 2006, II, 10055.
- Ph. COURSIER, note ss Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 214 ; *JCP S* 2009, 1018 ; note ss Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.544 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 141 ; *JSL* 1999, chron. 42-1 ; comm. ss Cass. soc., 12 juin 2007, n° 05-42.551 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618 ; note ss Cass. soc., 18 oct. 2000, n° 98-42.272 : *JurisData* n° 2000-007274 ; *TPS* 2001, comm. 79 ; note ss Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 214 ; *JCP S* 2009, 1055 ; note ss Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618 ; note ss Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-41.293 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 182 ; *JCP E* 1993, II, 523 ; note ss Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.544 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 141 ; *JSL* 1999, chron. 42-1 ; *RJS* 2009, n° 754 ; note ss Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-40.787 : *JurisData* n° 2007-041828 ; *JCP S* 2008, 1135 ; obs. ss Cass. soc., 3 mars 1993, n° 91-45.697 : *Dr. soc.* 1993, p. 386.
- G. COUTURIER, note ss Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.020 : *Dr. soc.* 1998, p. 730 ; chron. ss Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 98-40.769 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 422 ; *Dr. soc.* 2000, p. 189 ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *Dr. soc.* 2010, p. 474 ; note ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *Dr. soc.* 2011, p. 372 ; obs. ss Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-41.838 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 368 ; *Dr. soc.* 1999, p. 1112 ; obs. ss Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-41.838 : *Dr. soc.* 1999, p. 1112.

- J. DANIEL, note ss Cass. soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.473 : *JCP S* 2010, 1514 ; note ss Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.736 : *JCP S* 2012, 1448.
- J. DANIEL et L. SÉBILLE, note ss Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-12.043 : *JCP S* 2012, 1344.
- P. DARVES-BORNOZ, note ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *Dr. ouvrier* 2011, p. 273 ; note ss Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 26 ; *Dr. ouvrier* 2009, p. 309 ; note ss Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 : *Dr. ouvrier* 2011, p. 187.
- L. DAUXERRE, obs. ss Cass. soc., 12 juin 2012, n° 11-18.578 : *JCP S* 2012, act. 318 ; obs. ss Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-30.219 : *JCP S* 2012, act. 368 ; comm. ss Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 09-67.367 : *JCP S* 2012, 1066.
- N. DAUXERRE, obs. ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JCP S* 2011, act. 54 ; obs. ss Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-28.537 : *JCP S* 2012, act. 101 ; obs. ss Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.736 : *JCP S* 2012, act. 344 ; obs. ss Cass. soc., 9 oct. 2012, n° 11-23.142 : *JCP S* 2012, act. 462.
- N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, obs. ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JCP G* 2011, 149.
- Ph. DELEBECQUE, note ss Cass. 3^e civ., 8 nov. 1995 : *Bull. civ.* 1995, III, n° 220 ; *Defrénois* 1996, art. 36272, n° 17.
- J.-M. DELENEUVILLE, note ss Cass. com., 18 mars 2008, n° 02-21.616 : *JCP E* 2008, 2022.
- F. DERRIDA, obs. ss Cass. soc., 11 janv. 1979 : *D.* 1979, inf. rap. p. 367.
- M. DESPAX, note ss T. civ. Seine, 9 févr. 1959 : *Dr. soc.* 1961, p. 598.
- J.-P. DOM, note ss Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 24 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 877.
- B. DONDERO, note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 98-23.324 : *Bull. civ.* 2002, IV, n° 112 ; *JCP N* 2003, 1372 ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *D.* 2010, p. 1129.
- L. DRAI, comm. ss Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.076 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 250 ; *JCP S* 2009, 1596.
- F. DUMONT, comm. ss Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.599 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 94 ; *JCP S* 2010, 1274 ; note Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 26 ; *JCP S* 2009, 1174 ; note ss Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 05-21.239 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 188 ; *JCP S* 2008, 1081.
- J.-J. DUPEYROUX, note ss Cass. soc., 13 nov. 1996 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 386 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067.
- F. DUQUESNE, note ss Cass. soc., 5 juill. 2011, nos 10-23.091 et 10-21.161 : *Dr. soc.* 2011, p. 1000 ; note ss Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-83.101 : *Bull. crim.* 2005, n° 129 ; *Dr. soc.* 2005, p. 856 ; note ss Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 90-45.755 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 151 ; *JCP G* 1995, II, 22379.
- P. ESMEIN, note ss Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : *JCP G* 1963, II, 13105.
- F. FAVENNEC-HÉRY, note ss Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 10 ; *JCP S* 2006, 1076 ; note ss Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581 : *JCP S* 2011, 1200 ; obs. ss Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 209 ; *JCP S* 2006, 1917.
- J.-Y. FROUIN, note ss Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 26 ; *RDT* 2009, p. 233.
- I. GALLMEISTER, note ss Cass. 2^e civ., 12 mai 2011, n° 10-20.590 : *D.* 2011, p. 1938.
- D. GALLOIS-COCHET, comm. ss CA Paris, 10 déc. 2009 : *JurisData* n° 2009-016988 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 91.
- L. GAMET, note ss Cass. soc., 27 juin 2000, nos 99-41.135 à 99-41.140 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 247 ; *JCP G* 2000, II, 10446.
- B. GAURIAU, obs. ss Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 155 ; *Dr. soc.* 2003, p. 732.
- F. GÉA, note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *RDT* 2010, p. 230.
- J. GHESTIN, note ss Cass. ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : *Bull. civ.* 1991, ass. plén., n° 1 ; *JCP G* 1991, II, 21673.
- C. GIRAUDET, obs. ss Cass. soc., 9 juin 1998, n° 95-45.019 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 315 ; *D.* 1999, somm. p. 35.
- C. GOLHEN, note ss Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, *Stés ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a.* : *JCP G* 2007, II, 10118.

- J. GRANGÉ et B. ALIX, note ss Cass. soc., 23 sept. 2008, n° 07-42.862 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 171 ; *JCP S* 2008, 1564.
- J. GUYÉNOT, note ss Cass. soc., 19 févr. 1986 : *JurisData* n° 1986-701627 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 600.
- M.-C. HALLER, obs. ss Cass. soc., 14 oct. 2008, 5 arrêts, nos 07-40.092, 07-40.523, n° 07-41.454, 06-46.400, 07-42.352 : *JSL* 2008, n° 243, p. 13.
- Ch. IMHOOS, obs. ss T. com. Nanterre, 21 juill. 2005 : *RD aff. int.* 2005, p. 848.
- F. JAULT-SESEKE, note ss Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, *Stés ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a* : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 798 ; note ss Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *RDT* 2007, p. 543.
- A. JEAMMEAUD, comm. ss Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572 : *Dr. soc.* 2001, p. 231.
- W. JEANDIDIER, note ss Cass. crim., 4 févr. 1985 : *Bull. crim.* 1985, n° 54 ; *JCP E* 1985, II, 14614.
- E. JEANSEN, comm. ss Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-21.199 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 82 ; *JCP S* 2010, 1206 ; comm. ss CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, *Albron BV c/ FNV Bondgenoten et a.* : *JCP S* 2011, 1008 ; note ss CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliito c/ Fujitsu Siemens* : *JCP S* 2009, 1493.
- L. JOINT, concl. ss Cass. ass. plén., 27 nov. 1998, n° 96-44.358 : *Bull. civ.* 1998, ass. plén., n° 7 ; *Dr. soc.* 1990, p. 19.
- P. JOURDAIN, note ss Cass. ass. plén., 19 mai 1988 : *Bull. civ.* 1988, ass. plén., n° 5 ; *RTD civ.* 1989 ; note ss Cass. ass. plén., 25 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, ass. plén., n° 2 ; *RTD civ.* 2000, p. 582.
- B. LARDY-PÉLISSIER, note ss Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 255 ; *RDT* 2009, p. 228.
- C. LARROUMET, note ss Cass. ass. plén., 19 mai 1988 : *Bull. civ.* 1988, ass. plén., n° 5 ; *D.* 1988, p. 513 ; note ss Cass. ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : *Bull. civ.* 1991, ass. plén., n° 1 ; *D.* 1991, p. 324.
- P. LE CANNU, note ss Cass. ass. plén., 18 nov. 1994, n° 90-44.754 : *Bull. civ.* 1994, ass. plén., n° 6 ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 61.
- N. LÉGER, obs. ss Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 246 ; *JCP S* 2009, act. 602.
- C. LEGROS, note ss Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, *Stés ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a* : *JDI* 2007, p. 968.
- J.-Ph. LHERNOULD, note ss Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 214 ; *Dr. soc.* 2008, p. 69.
- R. LIBCHABER, note ss Cass. com., 15 juin 1993 : *RJDA* 1993, 776 ; *Rev. sociétés* 1994, 730.
- A. LIENHARD, obs. ss CA Douai, 16 déc. 2004 : *JurisData* n° 2004-263541 ; *D.* 2005, p. 216 ; obs. ss CA Douai, 2 oct. 2003 : *JurisData* n° 2003-221347 ; *JCP E* 2008, 1488 ; obs. ss Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 177 ; *D.* 2007, p. 1864.
- J.-S. LIPSKI, note ss Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-28.526 : *JCP S* 2012, 1165.
- G. LOISEAU, note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 214 ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 214.
- P. LOKIEC, comm. ss Cass. soc., 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 185 ; *JCP E* 2005, 1190.
- E. LOQUIN, note ss CA Paris, 28 nov. 1996, *Sté CN France c/ Sté Minhal France* : *Rev. arb.* 1997, p. 380.
- F.-X. LUCAS, note ss Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15.895 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 469 ; obs. ss Cass. com., 7 janv. 2003, n° 00-13.192 : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 3 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 402 ; obs. ss Cass. 3^e civ., 25 févr. 2004, n° 01-11.764 : *Bull. civ.* 2004, III, n° 38 ; *RDC* 2004, p. 740.
- A. LYON-CAEN, note ss CA Paris, 27 nov. 1986 : *Rev. crit. DIP* 1988, p. 314 ; obs. ss Cass. soc., 25 févr. 1988, n° 85-41.655 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 138 ; *D.* 1988, somm. p. 321.
- G. LYON-CAEN, note ss Cass. soc., 22 nov. 1972, n° 71-40.718 : *Bull. civ.* 1972, V, n° 638 ; *JCP G* 1973, II, 17404.

- J. MAROTTE et D. ROBINE, note ss Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 92 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897.
- A. MAZEAUD, note ss Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-44.602 : *Dr. soc.* 2007, p. 108.
- J.-L. MÉDUS, note ss Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 183 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 69.
- Ph. MÉLIN et F. MÉLIN, note ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 5 ; *JCP E* 2010, 1332.
- J. MESTRE, note ss CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1982 : *Rev. sociétés* 1983, p. 773.
- J. MESTRE et M. BUY, note ss CA Aix-en-Provence, 31 mars 1980 : *D.* 1981, 2^e esp.
- B. MILLAU, note ss Cass. ass. plén., 25 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, ass. plén., n° 2 ; *JCP G* 2000, II, 10295.
- M.-A. MOREAU, note ss Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-41.293 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 182 ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 323, 3^e esp.
- N. MORELLI, note ss Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.02 : *RJS* 2011, n° 742 ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 906 ; note ss Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 994.
- P. MORVAN, note ss Cass. soc., 1^{er} juin 2005, n° 03-30.295 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 186 ; *JCP S* 2005, 1101 ; note ss Cass. soc., 14 nov. 2005, n° 03-44.380 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 365 ; *JCP S* 2006, 1136 ; note ss Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 03-47.880 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 89 ; *JCP S* 2006, 1474 ; note ss Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JCP S* 2011, 1065 ; comm. ss Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964 : *JCP S* 2012, 1052 ; note ss Cass. soc., 17 janv. 2012, n° 11-81.669 : *JCP S* 2012, 1282.
- J. MORVIELLE, note ss Cass. soc., 14 juin 1994, n° 92-45.072 : *Cah. soc. Barreau Paris* 1994, n° 62, A 42.
- Ch. NEAU-LEDUC, note ss Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 191 ; *RDC* 2010, p. 151.
- M. NÉVOT, note ss Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 20 ; *JCP G* 1990, II, 21529.
- N. NORD, note ss Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 08-45.579 : *JCP S* 2010, 1179.
- P.-H. D'ORNANO, note ss Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-30.045 à 10-30.048 : *JCP S* 2011, 1095.
- Y. PAGNERRE, note ss Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70.306 : *JCP S* 2011, 1257.
- J. PÉLISSIER, note ss Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581 : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1484.
- L. PERRIN, obs. ss Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 214 ; *D.* 2008, p. 2944.
- Ph. PÉTEL, obs. ss Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 93-41.877 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 268 ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 9.
- B. PETIT, note ss Cass. soc., 17 nov. 1988 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 60 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 232.
- F. PETIT, note ss Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 255 ; *D.* 2009, p. 986.
- M. PICQ, note ss Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.720 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 312 ; *JCP S* 2006, 1276.
- G. PIGNARRE, note ss Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-45.579 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 175 ; *RDT* 2008, p. 744.
- D. PORRACHIA, note ss Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15.895, inédit : *Rev. sociétés* 2006, p. 398.
- C. PUIGELIER, comm. ss Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-18.681 : *JCP S* 2012, 1294.
- Ch. RADÉ, note ss Cass. 2^e civ., 12 mai 2011, n° 10-20.590 : *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 243.
- J.-E. RAY, obs. ss Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 10 ; *Dr. soc.* 2006, 138 ; obs. ss Cass. soc., 14 oct. 2008, 5 arrêts, n° 07-40.092, 07-40.523, 07-41.454, 06-46.400, 07-42.352 : *Liaisons soc.* déc. 2008, p. 54.
- Y. REINHARD, note ss Cass. soc., 17 nov. 1988 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 60 ; *RTD com.* 1989, p. 682.
- J.-H. ROBERT, note ss Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931 : *Bull. crim.* 1993, n° 112 ; *JCP E* 1994, II, 571.
- B. SAINTOURENS, note ss Paris, 15 janv. 1999 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 626, n° 137.

- J. SAVATIER, obs. ss Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.420 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 384 ; *Dr. soc.* 2001, p. 209 ; note ss Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.647 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 10 ; *Dr. soc.* 2001, p. 413 ; note ss Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 255 ; *Dr. soc.* 2009, p. 500 ; note ss Cass. soc., 23 févr. 1994, n° 92-11.442 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 66, p. 47 ; *Dr. soc.* 1994, p. 542 ; note ss Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 26 ; *Dr. soc.* 2009, p. 497 ; note ss Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 598 ; *Dr. soc.* 1991, p. 99 ; obs. ss Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-45.394 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 244 ; *Dr. soc.* 2005, p. 1045 ; obs. ss Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 20 ; *Dr. soc.* 1990, 322 ; obs. ss Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 05-16.492 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 22 ; *Dr. soc.* 2008, p. 503 ; obs. ss Cass. soc., 24 janv. 2008, n° 06-45.088 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 23 ; *JCP S* 2008, 1250 ; obs. ss Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 00-43.826 : *Dr. soc.* 2003, p. 433.
- Ch. SERAGLINI, note ss Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, *Stés ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a.* : *JCP G* 2007, I, 168.
- J.-J. SERRET, note ss Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 93-41.877 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 268 ; *JCP E* 1996, II, 862.
- A. STOCKI, obs. ss Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-83.902 : *JurisData* n° 2010-025688 ; *JCP S* 2011, 1226.
- F. TAQUET, note ss Cass. soc., 10 avr. 1991, n° 89-18.485 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 179 ; *JCP E* 1991, II, 188 ; obs. ss Cass. soc., 21 avr. 2010, n° 08-70.314 : *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 186.
- B. TEYSSIÉ et A. VIANDIER, note ss Paris, 10 juin 1986 : *JCP G* 1986, II, 20678.
- J.-E. TOURREIL, comm. ss Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 95 ; *JSL* 2008, n° 234, p. 14 ; note ss Cass. soc., 1^{er} avr. 2003, n° 02-14.690 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 1109 ; *JSL* 2003, n° 123.
- J.-P. TRICOIT, comm. ss Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-42.979 : *JurisData* n° 2011-007774 ; *JCP S* 2011, 1494 ; comm. ss Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-28.537 : *JCP S* 2012, 1269 ; comm. ss Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 11-17.096 : *JCP S* 2012, 1353.
- I. VACARIE, obs. ss Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 96-40.692 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 432 ; *Dr. soc.* 1999, p. 95.
- J. VALLANSAN, note ss Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 177 ; *JCP E* 2007, 2120.
- R. VATINET, comm. ss Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-60.234 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 34 ; *JCP S* 2006, 1281 ; note ss Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-40.331 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 254 ; *JCP S* 2006, 2013.
- P.-Y. VERKINDT, comm. ss Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 57 ; *JCP S* 2009, 1190.
- A. VIANDIER, note ss Cass. ass. plén., 18 nov. 1994, n° 90-44.754 : *Bull. civ.* 1994, ass. plén., n° 6 ; *JCP E* 1995, II, 649.
- D. VIDAL, note ss Cass. ass. plén., 18 nov. 1994, n° 90-44.754 : *Bull. civ.* 1994, ass. plén., n° 6 ; *Dr. sociétés* 1995, n° 32.
- Ph. WAQUET, obs. ss Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 04-40.332 : *RDT* 2007, p. 584 ; obs. ss Cass. soc., 21 déc. 2006 : *RDT* 2007, p. 104.

Index alphabétique

(Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes)

A

Accord de groupe :

- autonomie, 201.
- entreprise dominante, 188.
- expansion, 207 et s.
- extraterritorialité, 209,
- harmonisation, 196-199.
- hiérarchie des normes, 190.
- modification contractuelle, 200-206.
- normes impératives, 214, 215.
- objet, 192, 193.
- représentants des salariés, 189.

C

Cessation d'activité :

- *Goodyear*, 303, 304.
- légèreté blâmable, 302.
- notion, 301.
- périmètre, V. *Coemploi*.

Clause de mobilité :

- encadrement, 102.
- mécanisme, 103.
- périmètre, 104-106.
- principe, 101.

Coemploi :

- droit civil, 365.
- emprise, 355.
- fondement économique, 354 et s.
- intérêt, 368-371.
- lien de subordination, 357, 358.
- procédure, 363.
- reclassement, 360 et s.
- unité contractuelle, 362.

Comité de groupe :

- fonctions, 184-186.
- formation, 183.
- textes, 182.

Communauté de travail, 175-179.

Contrat de travail, 51-53, V. *Clause de mobilité*, *Mise à disposition*, *Rémunération*, *Mobilité*, *Droit au retour*.

D

Délégation de pouvoirs :

- conditions de fond, 426.
- conditions de forme, 425.

- hygiène et sécurité, 440 et s.
- licenciement, 435 et s.
- périmètre, 428.

Difficultés économiques :

- critique, 297.
- notion, 291.
- périmètre, 292.
- procédures collectives, 293-296.

Dirigeant :

- centre de décision, 54, 55.
- contrôle économique, 56, 57.
- pouvoirs, V. *Délégation de pouvoirs*.
- salarié dirigeant, 59, V. *Mandat*.

Droit au retour :

- clause de rapatriement, 134.
- expatrié, 163, 168.
- filiale, 146.
- fondements, 131-133, 139.
- indemnité, 164-166.
- *lex contractus*, 140, 141.
- *lex loci labori*, 142.
- licenciement, 147, 148, 159-163.
- lien contractuel, 144.
- préavis, 167.
- priorité de réembauchage, 136.
- promesse de réembauchage, 135.
- rapatriement, 151, 152.
- reclassement, 155-156, 159.
- réintégration, 153, 157.
- société mère, 145.

E

Entreprise, 8, 10.

G

GPEC :

- entreprise, 260.
- groupe, 258, 259.
- licenciement, 266 et s.
- thèmes, 261 et s.

Groupe de reclassement :

- activités, 328-330.
- fonds d'investissement, 334.
- périmètre, 327 et s.
- permutabilité, 331.
- réseau franchisé, 333.

Groupe de sociétés :

- droit des sociétés, 22-26.
- droit fiscal, 16-21.
- droit pénal des sociétés, 27.
- droit social, 28-31.
- finalité, 4.
- réforme, 5.

Groupement d'employeurs :

- contrat, 122.
- convention collective, 120.
- définition, 117.
- entreprises, 119.
- inadaptation, 123-126.
- personnalité juridique, 121.

I

Intéressement :

- calcul, 225.
- mise en place, 224.
- répartition, 226.

L

Licenciement, V. *Cessation d'activité, Délégation de pouvoirs, Droit au retour, GPEC.*

M

Mandat :

- cumul, 444 et s.
- intérêt du groupe, 452.
- principe de réalité, 451.

Mise à disposition :

- avenant, 92, 93.
- conditions, 82-85.
- convention de mise à disposition, 95.
- convention tripartite, 96.
- durée, 100.
- facturation, 99.
- imparfaite, 80 et s.
- *loi Cherpion*, 88 et s.
- modification contractuelle, 91.
- mutation concertée, 81.
- parfaite, 88 et s.
- période probatoire, 94.
- retour, 86.

Mobilité :

- clause, V. *Clause de mobilité.*
- contrat, 64-67, V. *Contrat.*
- intérêt, 70-73.
- période d'essai, 62.
- rapatriement, 63.

Motif économique :

- anticipation, 256, V. *GPEC.*
- cause économique, 308-310, V. *Difficultés économiques, Cessation d'activité, Mutations technologiques, Sauvegarde de la compétitivité.*

- convergence, 317-322.
- étanchéité, 313-316.
- fait économique, 287, 288.

Mutations technologiques, 298, 299.

P

Participation :

- équivalence des avantages, 222.
- mise en place, 220.
- réserve spéciale de participation, 221.

Plan de départs volontaires :

- articulation, 282, V. *GPEC.*
- autonomie, 281.
- objectifs, 280.

Plan d'épargne de groupe, 227, 228.

Portage :

- contrats, 110, 111.
- définition, 109.
- inadaptation, 114, 115.
- intérêt, 112, 113.

Prime de partage des profits :

- groupe international, 231.
- régie, 229, 230.

Protection sociale :

- détachement, 250.
- expatriation, 251.

R

Reclassement :

- débiteur, 337 et s.
- obligation, 325, 326.
- périmètre, 327 et s., V. *Groupe de reclassement.*

Réflexions, 1.

Rémunération :

- débiteur, 233-236.
- détachement, 245.
- égalité, 238-241.
- expatriation, 246-248.
- variabilité, 242, 243, V. *Intéressement, Participation, Plan d'épargne de groupe, Prime de partage des profits.*

Responsabilité :

- abus de personnalité morale, 376 et s.
- action récursoire, 412.
- avant-projet Catala, 391.
- clause compromissoire, 394 et s.
- contractuelle, V. *Coemploi.*
- direction fautive, 383 et s.
- droit de la concurrence, 389.
- écologie, 392.
- fait dommageable, 407.
- juridiction, 414.
- loi applicable, 415.
- organisée, V. *Délégation de pouvoirs.*
- portée, 410 et s.

- prescription, 413.
- présomption, 408.
- risque, 416.
- société mère, 388 et s.

RSE :

- actionnariat, 468.
- engagement unilatéral, 494 et s.
- information financière, 467.
- légitimité, 464, 465.
- périmètre, 462, 463.
- quasi-contrats, 503.
- sanction, V. *Sanctions*.
- self-service normatif, 461.
- typologie, 458-460.
- usage, 493.

S**Sanctions :**

- acte réglementaire, 509 et s.

- arbitrage, 484.
- droit de la consommation, 504 et s.
- juridiction, 483-484.
- *lex socialia*, 479.
- loi applicable, 474.
- loi européenne, 478.
- loi nationale, 475 et s.
- recours, 488 et s.
- réseau, 513.

Sauvegarde de la compétitivité, 305, 306.

Société :

- contrôle, 14.
- définition, 9.
- influence, 15.
- participation, 12, 13.

Statistiques, 3.

Table des matières

Principales abréviations.....	IX
Préface.....	XIII
Introduction.....	1
I. – Le déploiement économique des groupes de sociétés.....	1
II. – L’entrelacs des normes.....	2
A. – L’identification normative du groupe de sociétés.....	4
B. – La norme sociale dans le groupe de sociétés.....	12

PREMIÈRE PARTIE

LE GROUPE, UN EMPLOYEUR ESQUISSE

Titre 1 : LE DÉPLOIEMENT DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE

Chapitre 1 : L’AFFIRMATION DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE.....	21
Section 1 : UN LIEN CONTRACTUEL.....	21
§ 1. – L’identification du lien contractuel.....	22
I. – Le contrat externalisé.....	22
II. – Le dirigeant subordonné.....	23
§ 2. – Le sort du lien contractuel.....	25
I. – Des indices.....	26
II. – Une solution.....	27
Section 2 : UN LIEN CONTRACTUEL EN EXPANSION.....	29
§ 1. – Les facteurs de l’expansion du lien contractuel.....	29
§ 2. – La gestion de l’expansion du lien contractuel.....	30
I. – Des outils à efficacité certaine.....	31
A. – Les mises à disposition.....	31
1° Les mises à disposition imparfaites.....	31
a) Une définition.....	31
b) Des conditions.....	33
2° Les mises à disposition parfaites.....	34
a) Une définition.....	34
b) Des conditions.....	34
B. – Les clauses de mobilité.....	38
II. – Des outils à efficacité incertaine.....	41
A. – Le portage salarial.....	41
1° Les conditions.....	41
2° Les éléments d’inadaptation.....	43
B. – Les groupements d’employeurs.....	44
1° Les conditions.....	44
2° Les éléments d’inadaptation.....	46
Chapitre 2 : LA RÉAFFIRMATION DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE.....	49
Section 1 : UNE NORME LÉGALE.....	49

§ 1. – Les fondements du droit au retour.....	49
I. – Une base légale.....	50
II. – Des additions conventionnelles.....	50
§ 2. – Les conditions du droit au retour.....	52
I. – Une loi.....	52
II. – Un contrat.....	53
A. – Un contrat persistant.....	53
B. – Un contrat rompu.....	55
Section 2 : DES APPLICATIONS PRATIQUES.....	55
§ 1. – Un lien contractuel restauré.....	56
I. – Le rapatriement du salarié.....	56
II. – Le reclassement du salarié.....	57
§ 2. – Un lien contractuel effacé.....	58
I. – Le motif de licenciement.....	58
II. – La gestion du licenciement.....	59
Conclusion du Titre 1.....	61
Titre 2 : LE DEVENIR DE LA RELATION DE TRAVAIL DANS LE GROUPE	
Chapitre 1 : L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	65
Section 1 : LA CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UNE COMMUNAUTÉ.....	65
§ 1. – Une communauté de travail.....	65
I. – La construction d'une communauté de travail.....	66
A. – Une communauté de travail ébauchée.....	66
B. – Une communauté de travail inachevée.....	67
II. – La cristallisation d'une communauté de travail.....	68
A. – Le comité de groupe, cadre d'expression d'une communauté de travail.....	68
1° La constitution du comité de groupe.....	68
2° Le rôle du comité de groupe.....	69
B. – Les accords de groupe, manifestation de l'expression d'une communauté de travail.....	71
1° Les parties à l'accord.....	71
2° La force de l'accord.....	72
§ 2. – Une communauté de normes.....	73
I. – Une exigence d'harmonisation.....	74
A. – Le périmètre de l'harmonisation.....	74
B. – L'impact de l'harmonisation.....	74
1° La dynamique conventionnelle.....	75
2° Le verrou contractuel.....	76
II. – Une volonté d'expansion.....	77
A. – Le vecteur de l'expansion.....	78
B. – Les freins de l'expansion.....	79
Section 2 : LA GESTION FINANCIÈRE D'UNE COMMUNAUTÉ.....	81
§ 1. – La construction de dispositifs intégrés.....	81
I. – L'organisation de dispositifs intégrés.....	82
A. – Participation.....	82
B. – Intéressement.....	83
C. – Plan d'épargne de groupe.....	85

D. – La prime de partage des profits.....	86
II. – Les difficultés rencontrées.....	87
A. – Le cercle des débiteurs.....	87
1° L'exigence d'identification.....	88
2° L'exigence de transparence.....	89
B. – La communauté des égaux.....	90
1° La quête de l'égalité.....	90
2° L'impératif de variabilité.....	91
§ 2. – La nécessité de dispositifs individualisés.....	92
I. – L'individualisation de la rémunération de base.....	93
II. – L'individualisation de la protection sociale du salarié.....	94
Chapitre 2 : L'EXTINCTION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	97
Section 1 : LE GROUPE, AIRE DE DÉFINITION DU MOTIF ÉCONOMIQUE.....	97
§ 1. – L'anticipation du motif économique dans le groupe.....	97
I. – L'anticipation par la négociation.....	98
A. – Le recours à la GPEC de groupe.....	98
1° Niveau de négociation.....	99
2° Thèmes de la négociation.....	100
B. – L'application d'une GPEC de groupe.....	101
1° Identification du lien entre GPEC et droit de la rupture du contrat de travail.....	102
a) <i>Identification légale</i>	102
b) <i>Identification jurisprudentielle</i>	103
2° Portée du lien entre GPEC et droit de la rupture du contrat de travail.....	104
a) <i>Le fond</i>	104
b) <i>La procédure</i>	105
II. – L'anticipation par le volontariat.....	107
§ 2. – La réalisation du motif économique dans le groupe.....	109
I. – L'appréhension des motifs.....	110
A. – Le fait économique.....	110
B. – La qualification du fait économique.....	111
1° Difficultés économiques.....	111
a) <i>Régime</i>	111
b) <i>Exception</i>	112
2° Mutations technologiques.....	114
3° Cessation d'activité.....	114
a) <i>Notion</i>	114
b) <i>Limite</i>	115
4° Sauvegarde de la compétitivité.....	117
II. – La redéfinition des notions.....	118
A. – L'obsolescence des notions.....	118
B. – La dilution des notions.....	119
1° L'étanchéité des motifs.....	119
2° La convergence des motifs.....	121
a) <i>Identification de la convergence</i>	121
b) <i>Conséquences de la convergence</i>	122
Section 2 : LE GROUPE, AIRE DE RECLASSEMENT.....	124
§ 1. – L'impératif de reclassement.....	124

§ 2. – Le périmètre de reclassement.....	125
I. – Des activités.....	125
II. – Une organisation.....	126
III. – Un lieu d'exploitation.....	129
§ 3. – Le débiteur du reclassement.....	130
I. – Les termes du débat.....	130
II. – Les solutions du débat.....	131
Conclusion du Titre 2.....	133
Conclusion de la première partie.....	133

DEUXIÈME PARTIE

LE GROUPE, UNE RESPONSABILITÉ SUGGÉRÉE

Titre 1 : UNE RESPONSABILITÉ RÉVÉLÉE

Chapitre 1 : UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE PARTAGÉE.....	139
Section 1 : LE FONDEMENT DU PARTAGE DE RESPONSABILITÉ.....	140
§ 1. – Le fondement économique.....	141
§ 2. – Le fondement juridique.....	142
Section 2 : LA MISE EN ŒUVRE DU PARTAGE DE RESPONSABILITÉ.....	145
§ 1. – Une pluralité de contrats ?.....	145
§ 2. – Une pluralité de débiteurs.....	147
I. – La nature des obligations.....	147
II. – Les conséquences des obligations.....	148
Chapitre 2 : UNE RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE RECHERCHÉE.....	151
Section 1 : LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE DU FAIT DE SES FILIALES : UNE QUÊTE.....	152
§ 1. – Une responsabilité d'exception de la société mère du fait de ses filiales.....	152
I. – Responsabilité pour abus de la personnalité morale.....	152
A. – Une extension exceptionnelle.....	153
B. – Une extension inopportune.....	155
II. – Responsabilité pour direction fautive de la filiale.....	156
§ 2. – Une responsabilité de principe de la société mère du fait de ses filiales.....	157
I. – Une responsabilité dans le cercle du droit social.....	157
II. – Une responsabilité à la périphérie du droit social.....	159
A. – Extension de la clause compromissoire.....	159
B. – Responsabilité de la société mère.....	160
Section 2 : LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE DU FAIT DE SES FILIALES : DES INTERROGATIONS.....	162
§ 1. – Le jeu de la responsabilité.....	162
I. – Détermination du responsable.....	162
II. – Détermination de la responsabilité.....	164
§ 2. – La portée de la responsabilité.....	165
Conclusion du Titre 1.....	167

Titre 2 : UNE RESPONSABILITÉ ORGANISÉE

Chapitre 1 : UNE ORGANISATION INDIVIDUELLE DE LA RESPONSABILITÉ.....	171
--	-----

Section 1 : LE RECOURS À LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS.....	172
§ 1. – La construction de la délégation de pouvoirs.....	172
I. – Des exigences.....	172
II. – Un interdit.....	174
§ 2. – L'application de la délégation de pouvoirs.....	174
I. – Des normes générales.....	175
II. – Des normes spéciales.....	176
A. – Le licenciement.....	176
B. – L'hygiène et la sécurité.....	179
Section 2 : LE RECOURS AU MANDAT.....	180
§ 1. – Les conditions générales du cumul.....	180
§ 2. – Les conditions spéciales du cumul.....	182
Chapitre 2 : UNE ORGANISATION COLLECTIVE DE LA RESPONSABILITÉ.....	185
Section 1 : UNE CONSTRUCTION.....	186
§ 1. – Des normes inventées.....	186
I. – Le contenu des normes.....	186
II. – Champ d'application des normes.....	187
§ 2. – Des normes empruntées.....	189
Section 2 : DES SANCTIONS.....	190
§ 1. – La sanction des normes négociées.....	191
I. – La loi applicable.....	192
A. – La loi nationale.....	192
B. – La loi européenne.....	193
C. – La loi internationale.....	193
II. – Le juge compétent.....	194
§ 2. – La sanction des normes non négociées.....	195
I. – Les sanctions infligées à la société émettrice.....	196
A. – Les sanctions à la demande d'une personne juridiquement liée à la société émettrice.....	196
1° Le recours du salarié.....	196
a) Solutions inopportunes.....	196
b) Qualification prometteuse.....	197
2° Le recours du non-salarié.....	198
B. – Les recours intentés par des personnes indépendantes de la société émettrice.....	199
1° Les terres du droit des obligations.....	199
2° Les terres du droit de la consommation.....	200
II. – Les sanctions infligées par la société émettrice.....	201
A. – La violation de l'engagement éthique par un salarié.....	201
1° Caractère réglementaire.....	201
2° Caractère non réglementaire.....	202
B. – La violation de l'engagement éthique par une société liée.....	202
Conclusion du Titre 2.....	203
Conclusion de la deuxième partie.....	203
Conclusion générale.....	205
Bibliographie.....	207
Index alphabétique.....	223

Photocomposition Nord Compo Multimédia
59650 Villeneuve-d'Ascq

Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés

À l'heure de la globalisation des relations économiques, il est nécessaire que les décisions stratégiques soient prises au plus haut niveau, celui, dans un groupe, de la direction centrale. Or, construit autour du paradigme de la subordination juridique du salarié à l'égard de son employeur, le droit du travail néglige la dépendance économique, voire juridique, de ce dernier à l'égard d'entités juridiquement distinctes. L'employeur placé dans une telle situation peut voir ses choix stratégiques influencés ou commandés.

S'esquisse alors l'image d'un « décisionnaire » étranger à la relation contractuelle nouée qui, néanmoins, influence l'exécution des relations de travail dans le groupe. Cette dichotomie dans l'adoption des décisions ne doit pas avoir pour corollaire l'oubli des responsabilités légitimes. Sans aller jusqu'à faire plier l'autonomie juridique des entités constituant le groupe, il convient d'en amender les effets pour que chacun assume les conséquences de ses décisions. Le droit ne peut rester indifférent au réel.

L'auteur

► **DAMIEN CHATARD**, docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II).

Planète Social est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Écoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

VB432901

Prix : 40 €

EAN : 978-27110-1845-1

www.lexisnexis.fr



Couverture : LCG Concepts



9 782711 018451