

La restructuration impliquant un changement notable dans la situation du salarié

415. Au cours de la vie sociale, la société filiale et sa mère procèdent à des opérations entraînant une transmission partielle ou universelle de leur patrimoine social et ainsi un changement dans la situation juridique de leurs salariés. Ces opérations prennent dans les groupes plusieurs formes, telles la fusion, la cession, la transformation, la mise en société⁷⁵³. La situation n'est pas simple ; en raison de la présence de « multinationales », de sociétés de droit étranger et d'entreprises de taille européenne, pouvant développer leur croissance à l'intérieur de l'Union européenne. La question s'était posée de savoir si de telles opérations autorisaient soit la rupture unilatérale du contrat de travail, soit une modification essentielle de celui-ci⁷⁵⁴.

416. Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail français, « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». De même, au terme de l'article 49 du Code de travail libyen « 1- Lors d'une opération de restructuration, issue d'une dissolution, une liquidation, une faillite, une fusion, une cession ou un changement d'employeur pour quelque raison que ce soit, les contrats de travail en cours sont transférés automatiquement au repreneur ; 2- exceptés les cas de dissolution, de faillite et de fermeture définitive de l'entreprise, les contrats de travail à durée déterminée subsistent jusqu'au terme ; le nouveau et l'ancien employeur sont tenus pour responsables solidairement d'exécuter les obligations issues de ces contrats ».

417. Au plan communautaire, la directive 2001/23 du 12 mars 2002 définit les conditions dans lesquelles les droits des travailleurs sont maintenus en cas de transfert d'entreprise ou d'établissement. Ce texte ainsi que les interprétations du juge communautaire exercent une influence importante sur la jurisprudence française. L'application de ces règles nécessite que les conditions qu'elles prévoient soient réunies. Dans le cas contraire, le transfert des contrats de travail peut s'opérer hors de ce cadre, soit en application de la convention collective, soit par la volonté des parties au vue des

753 A. Mairot, *La société-partie au procès civil, thèse en droit soutenue le 23 octobre 2010, à l'université de Franche-Comté.*, n°626, p.414.

754 F.-J. Pansier, *Droit du travail, relations individuelles et collectives*, Litec, 5e éd, n°330, p.165.

dispositions pré-étudiées.

418. Les cas évoqués dans ces dispositions diffèrent donc de l'hypothèse de transfert de salariés d'une société à une autre étrangère à leur champ d'application tant qu'elle ne produit aucune modification statutaire dans l'entreprise initiale. Cependant, si l'activité à laquelle participait le salarié était elle-même modifiée – transférée ou disparue –, lesdites dispositions et d'autres doivent être appliquées. On n'est en l'occurrence plus en présence d'un contrat de travail transféré avec modification ou non, mais plutôt d'un changement dans la situation juridique de l'entreprise filiale, lequel emporte des effets importants sur le statut des salariés concernés. Cette modification peut, dans la pratique des groupes, revêtir plusieurs formes juridiques comme par exemple la cession totale ou partielle de l'activité de la filiale, la mise en société, la fusion, la dissolution ou la transformation de la filiale. En d'autres termes, elle peut impliquer pour la filiale une cession totale ou partielle de son activité et de ses salariés, une dissolution de son statut juridique et ainsi une résiliation de ses contrats de travail, ou une transformation.

Sous-section I : Les droits des salariés en cas de cession de la filiale ou de son entité

419. Conformément à une jurisprudence bien établie, l'article L. 1224-1, tel qu'interprété au regard de la directive communautaire, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise. C'est-à-dire un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁷⁵⁵. Pour une filiale, l'entité économique peut être une succursale, une agence, une usine ou une branche d'activité. Son autonomie doit être appréciée au regard de son objectif commercial, consistant en l'obtention des résultats spécifiques et des finalités propres. C'est une autonomie économique détachée de la personnalité juridique.

Il importe à ce titre de distinguer la cession d'entité économique de celle de contrôle ou de participation que la société mère opère sur sa filiale. L'application desdites dispositions ne relève en effet que de la première, car le transfert de la filiale n'entraîne aucune modification dans la situation juridique de celle-ci qui garde son autonomie et ainsi son lien avec ses salariés⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, social 2009, op. cit., n°74585, p.1174.*

⁷⁵⁶ Voir, *M. Albadawi-Alazhari, Droit des activités économiques, premier livre, les règles et les principes*

I- La cession de filiale

420. La cession de filiale constitue une cession de contrôle. Il s'agit de vente massive de droits sociaux détenus par la société mère, qui entraîne la prise de contrôle de la filiale par un tiers⁷⁵⁷. Autrement dit, cette opération induit un transfert massif des titres détenus par la société mère dans sa filiale au profit d'une société tierce. Elle implique à cet égard un changement de société contrôlée et, conséquemment une modification dans la situation économique et administrative de la filiale. Dans une affaire relativement ancienne, la Cour de cassation⁷⁵⁸ définit la cession de filiale en déclarant que « s'il est vrai que la vente, régulièrement conclue entre particuliers, d'actions ou parts d'une société constitue, en règle générale, une opération d'ordre privé à laquelle les dispositions du code du travail ne sont pas applicables, il en va autrement dans le cas où la transmission négociée d'une partie du capital social est utilisée comme un moyen de placer la société qui exploite une entreprise sous la dépendance d'une autre société ; qu'une telle opération (...) équivaut dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même».

De même, à la différence des fusions qui entraînent la disparition de la société absorbée, la cession de filiale laisse subsister la personnalité juridique de celle-ci, assurant en conséquence la continuité de ses contrats de travail⁷⁵⁹. Elle n'implique pas de changement d'employeur pour les salariés⁷⁶⁰ : la société filiale reste toujours le seul employeur⁷⁶¹. Dans cette logique la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que «les dispositions des articles L. 122-12 du Code du travail (devenu C. trav. L. 1224-2) et L. 122-12-1 (C. trav. L.1224-2) ne s'appliquent pas en cas de changement de majorité dans la détention du capital social d'une personne morale⁷⁶²».

généraux, *centre national des recherches et des études scientifiques*, 1997, p.326 et s.

757 Voir en même sens A. Charveriat et alter, *Groupe de sociétés*, op. cit., n°320, p.53.

758 Cass. crim. 2 mars 1978, *Ets Haulotte*, Dr. soc. 1978.396, note J. Savatier, Dr. ouv. 1978.310.

759 B. Boubli, *Les groupes de sociétés et le droit du travail : La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°59, p.38. Ce professeur a écrit « En cas de prise de participation dans le capital d'une société, l'employeur ne change pas ; il demeure la société d'origine (...). Lorsqu'une filiale est cédée et quitte le groupe, le personnel affecté quitte également le groupe, et suit l'employeur qui reste juridiquement le même ».

760 Voir P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n°551, p.369 : « Le changement de majorité ne vaut pas changement d'employeur ».

761 Dans un arrêt daté du 12 déc. 1972, la Cour de cassation reprocha à une Cour d'appel d'avoir qualifié de fusion une opération de cession partielle d'actif réalisée par une société au capital d'une autre. Selon la Cour « lorsqu'elle n'est que partielle, la fusion ou l'absorption d'une société par une autre n'implique pas la disparition de cette société ». Elle a considéré la société en cause comme existante et intéressée par toutes les règles relatives au personnel.

762 Cass. soc. 12 févr. 1985, Bull civ. V, n°93.

421. En revanche, la cession de filiale peut assurer une grande souplesse dans l'orientation économique de l'activité de celle-ci par le cessionnaire. Elle est, à l'inverse, de cette façon susceptible de présenter pour les salariés un certain nombre d'inconvénients. D'une part, la filiale cédée peut perdre son indépendance juridique en raison de l'ingérence du cessionnaire, et ainsi faire l'objet de restructurations génératrices de suppressions d'emploi et d'abandons d'activité. D'autre part, les salariés participant au capital peuvent voir affaiblir la valeur de leurs titres à cause de l'entrée de leur société dans un groupe en difficulté. Il est en effet possible que les dirigeants de la filiale se trouvent obligés de sacrifier son intérêt particulier en vue de satisfaire l'intérêt commun du groupe, bien que la situation économique de l'ancien groupe fût saine. En troisième lieu, la société filiale peut passer du contrôle de sa mère à risque illimité à une autre société mère à risque limité, ce qui entraîne pour ses salariés la perte d'un gage important attaché au patrimoine de l'ancienne société mère. Il est en effet concevable que la cession ait lieu entre sociétés de formes différentes⁷⁶³. Ce problème peut également se rencontrer lorsque le passage du contrôle sur la filiale se fait d'une société mère française à une société mère étrangère. La différence de nationalité ne fait pas, en soi, obstacle à la cession.

Dans de telles situations on doit se demander si les salariés de la filiale peuvent se protéger contre ces comportements préjudiciables. Au regard de la doctrine et la jurisprudence en vigueur, la protection est assurée au moyen de deux mécanismes juridiques : sont accordés un droit d'agir en responsabilité contre la société mère cédante, en vue d'invoquer un préjudice né de la cession, ainsi qu'un droit à l'information et à la consultation des représentants du personnel.

A- L'action en responsabilité dirigée contre la société mère cédante

422. Tout d'abord, il est à souligner que les cessions de contrôle ne sont pas soumises à un régime juridique d'ensemble particulier. Les conséquences économiques importantes qu'elles peuvent avoir « ont conduit les pouvoirs publics et les tribunaux à prendre des mesures ponctuelles afin d'éviter certains abus⁷⁶⁴ ». En effet, il existe dans la jurisprudence une tendance constante à protéger les salariés de la filiale cédée lorsque le cessionnaire est en difficulté et que la société mère cédante est au courant de cette situation. Dans une

763 A. Mairot, *thèse précédée*, n°628, p.415 ; R. Routier, *note sous Cass. com. 6 janv. 1998, Bull. Jolie sociétés 1998*, p.370.

764 A. Charveriat, *Groupe de sociétés*, op. cit., n°325, p.54.

affaire, la Cour de cassation⁷⁶⁵ a reproché à une Cour d'appel d'avoir dégagé la société mère cédante de sa responsabilité issue de la cession de sa filiale. Elle a déclaré en ce sens que «doit être cassé l'arrêt qui déclare irrecevable l'action de salariés employés par un repreneur à la suite de la cession d'une filiale de la société mère au motif que les fautes alléguées contre cette dernière étaient des fautes générales dans la gestion de la filiale, alors qu'ils invoquaient un préjudice né des conséquences de cette cession, particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective⁷⁶⁶».

423. On peut également évoquer une autre affaire plus récente relative à une société mère ayant cédé sa filiale à une autre société en difficulté. Celle-ci, ne pouvant éviter la liquidation judiciaire, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont saisi la responsabilité de la société mère cédante à l'égard des salariés de son ex-filiale, licenciés à cause de cette liquidation. La Cour de cassation a reconnu que les salariés d'une société liquidée peuvent retenir la responsabilité de l'ancienne société mère de leur employeur pour réparation d'un préjudice particulier⁷⁶⁷.

La question portait en l'occurrence sur le fondement de la responsabilité de la société mère qui n'était pas en lien avec les salariés licenciés. Ces derniers, victimes de la cession, sont en effet liés à la société filiale, et n'ont aucun rapport contractuel avec la mère, ni avant ni après la cession. Selon certains auteurs⁷⁶⁸, la responsabilité peut être recherchée à titre exceptionnel sous le fondement du droit commun (l'article 1382 du Code civil). La société mère a commis une faute lorsqu'elle a cédé sa filiale à une société ou à un groupe de sociétés en difficulté.

B- Le droit d'information et consultation des représentants du personnel

424. Les cessions de participation et de contrôle sont soumises à l'information et à la consultation du comité d'entreprise⁷⁶⁹. L'article L. 2323-19 du Code du travail⁷⁷⁰ renvoie,

⁷⁶⁵ Cass. soc. 14 nov.2007, n°05-21.239, Bul 2007, V, N, n°188.

⁷⁶⁶ La Cour ajoute encore dans cet arrêt « *qu'en statuant ainsi, alors que les salariés invoquaient le 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 dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société Act MF, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* »

⁷⁶⁷ V. Cass. soc. 14 nov. 2007.

⁷⁶⁸ Voir O. Guéguen et I. Marguet, *Quel risque pour l'actionnaire deep pocket face aux difficultés financières de la filiale ?* Un article publié sur internet http://www.dechert.com/library/102-chro_dechert.pdf

⁷⁶⁹ La constitution du comité d'entreprise est obligatoire en droit français lorsque le nombre de salariés dépasse les cinquante. En deçà, les représentants du personnel sont choisis par les salariés. Il existe encore un cadre de représentation au-delà, qui est le comité de groupe et le comité d'entreprise européenne. Les procédures d'information et de consultation au sujet de cession se restreignent cependant au niveau du comité

pour définir la cession de filiale, à l'article L. 233-1 du Code de commerce. Selon ce dernier, cette cession existe lorsque la société mère possédant plus de la moitié de sa filiale transfère ce bloc de participations. De même, selon la doctrine⁷⁷¹, la cession doit faire l'objet de la procédure d'information et de consultation préalable lorsqu'elle vise une minorité des actions permettant soit une prise de contrôle majoritaire soit une influence sur la marche générale de l'entreprise filiale (en créant par exemple une minorité de blocage par le franchissement d'un des seuils prévus au Code de commerce). Il en va de même lorsque la cession sans contrôle traduit, eu égard à son importance, un déplacement de la propriété sociale risquant d'hypothéquer l'avenir et d'avoir des conséquences sur l'emploi du personnel.

Néanmoins, l'obligation d'information et de consultation concerne à la fois la direction de la société mère cédante, celle de la société cessionnaire, et celle de la filiale cédée. Mais si le projet n'emporte de conséquences que sur les salariés de cette dernière, seul son comité d'entreprise sera informé et consulté sur les mesures envisagées à l'égard de ces salariés (Circ. DRT 12 du 13-11-1984, n°1-4 : BOMT n°84/8 bis). Pour pouvoir formuler un avis motivé, l'article L. 2323-4 du Code du travail⁷⁷² prévoit que les comités concernés doivent disposer d'informations précises et écrites, transmises par le dirigeant de leur société, le président, le directeur général ou le gérant, en fonction du type social. Selon la Cour de cassation⁷⁷³, les dispositions de cet article imposent seulement au chef d'entreprise qui consulte le comité d'entreprise sur un projet de décision de fournir des informations précises et écrites, mais elles ne lui font pas obligation de communiquer le projet lui-même, sauf disposition légale particulière.

425. S'agissant de la sanction prévue en cas de violation de cette obligation, elle prend deux formes essentielles : pénale et civile. La violation par le chef d'entreprise concernée (le président, directeur général ou le gérant de la filiale cédée, mère cédante ou le cessionnaire) de ses obligations en matière d'information et de consultation du comité d'entreprise constitue en droit français le délit d'entrave au fonctionnement de cette

d'entreprise.

770 Au terme de cet article « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition et de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce* ».

771 M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J, 2003, p.575.

772 Aux termes de cet article « *Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations* ».

773 Cass. crim. 6 avr. 1993, n°92-80.864.

institution. Ce délit est constitué non seulement en cas d'absence de consultation du comité, mais aussi en cas de consultation tardive ou d'insuffisance d'informations remises au comité⁷⁷⁴. De plus, le non respect de ladite obligation constitue sur le plan du droit civil un trouble illicite qui peut donner lieu aux salariés victimes à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. La Cour de cassation a souligné (dans une affaire relative à un comité central d'entreprise n'ayant reçu d'informations précises sur le projet de cession qu'une semaine avant la date à laquelle il devait exprimer son avis) que le juge des référés avait pu ordonner la mesure de remise en état qui s'imposait pour faire cesser ce trouble sans encourir le risque d'avoir, en reportant la consultation du comité à une date postérieure à celle prévue par les vendeur et acquéreur de la cession, suspendu une opération patrimoniale d'ordre privé⁷⁷⁵.

C- Le sort des mandats sociaux et représentations du personnel

426. En application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les salariés protégés doivent en principe se soumettre au transfert lorsque la cession est totale, c'est-à-dire quand l'entreprise passe entièrement sous le contrôle du cessionnaire. Il en résulte ainsi que le transfert des contrats de travail des représentants du personnel au nouvel employeur s'opère de plein droit sans formalité particulière⁷⁷⁶. Sont concernés par cette protection les membres élus du comité d'entreprise et représentants syndicaux au comité d'entreprise, les délégués du personnel et les délégués syndicaux⁷⁷⁷. Cependant, il faut se rendre compte que l'application de cet article repose sur la conservation de l'autonomie juridique de l'identité et de l'activité économique de l'entreprise transférée. En effet, il existe deux dispositions qui mettent en œuvre cette condition, à savoir : la directive du 14 février 1977⁷⁷⁸ (devenue la directive 2001/23 du 12 mars 2001⁷⁷⁹) qui prévoit le maintien du statut et de la fonction des représentants des travailleurs concernés par un transfert, dans la mesure où l'établissement conserve son autonomie⁷⁸⁰ ; la loi du 28 octobre 1982 - relative

774 A. Charveriat et alter, *Groupes de sociétés*, op. cit., n°19540, p.1207.

775 Cass. soc. 16 avr. 1996 n°93-15.417 : RJS 5/96 n°559.

776 Mémento social, op. cit., n°47910, p.1185.

777 C. Pizzio-Delaporte, *Droit du travail, théorie et pratique*, 2011, n°650, p.313.

778 (concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements)

779 Voir *Journal officiel des communautés européennes*, 22/3/2003.

780 L'article 6 de la nouvelle directive dispose que « Si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert en vertu d'une disposition législative, réglementaire, administrative ou d'un accord, sous réserve que les conditions nécessaires pour la formation de la représentation des

au développement des institutions représentatives du personnel – prévoyant que « le mandat des représentants subsiste lorsque l'entreprise conserve son autonomie juridique⁷⁸¹ ». De même, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour décider que si le cessionnaire modifie - même d'une manière partielle - l'activité sociale ou son organisation, ledit article du Code du travail n'est plus applicable⁷⁸². Cette exigence répond en effet à la spécialisation et la compétence des représentants de filiale cédée, considérant que le changement d'activité par le cessionnaire entrave par sa nature la capacité d'exercer le nouveau mandat.

En revanche, les salariés investis des mandats de direction ou de gérance dans la filiale cédée ne sont transférés au nouvel employeur que si l'activité initiale est poursuivie par ce dernier. Il en est ainsi même si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies au contrat de travail, vu la différence entre l'objet de chaque mission.

II- Le transfert d'une entité économique détenue par la filiale

427. L'entité économique autonome se définit comme « l'ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁷⁸³ ». Par exemple, peut constituer une entité économique détenue par la filiale : la branche ou le secteur d'activité, le fonds commercial, la succursale, etc. L'entité économique doit néanmoins constituer une unité distincte et détachée des autres activités exercées par la filiale, dotée d'une organisation particulière et suivant un objectif propre.

En pratique, la cession d'entité économique de la filiale peut prendre deux formes essentielles, à savoir le transfert par la vente de l'entité visée ou la mise en société-filiale.

travailleurs soient réunies».

781 C'est au jour du transfert qu'il convient de se placer pour décider si l'établissement (la filiale) cédé a conservé son autonomie et son caractère distincts. v. *Cass. soc. 3 févr. 1998, S.A. Sécurité prévention Grand Ouest (S.P.G.O), R.J.S. n327.*

782 *Cass. soc., 12 déc. 1990, Bull civ. V, n°654 ; Cass. soc., 31 mai 1994, n°93-40.887 ; M. Cohen, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, éd. L.G.D.J, 2003.p.890.* Par une lettre officielle datée le 10 mai 1988, l'administration tient également pour critères essentiels l'autonomie de la structure et la poursuite de l'activité (voir : *Lettre min. trav., 10 mai 1988, Rev. Franç. aff. soc. 1988, n°3, p.3.*)

783 *CA. Dijon, ch. soc., 24 mars 2011, 10/00508 ; voir aussi, CA. Paris, 31 mars 2011, n°09/06487* : l'entité économique est « *un ensemble organisé de personnes ou d'éléments incorporels, à savoir des locaux, du matériel ou des équipements, ou incorporels, comme une clientèle ou un droit au bail, ainsi que du personnel propre, permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre* » ; *CA Basse-Terre, 10/01886, 26 mars 2012* : « *l'entité économique devant s'entendre comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique...».*

A- Le transfert par la vente

428. Il y a transfert d'entité économique lorsque les moyens d'exploitation indispensables à la poursuite de l'activité ont été repris par le nouveau titulaire du marché (le cessionnaire)⁷⁸⁴. Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail tel qu'interprété par la jurisprudence, le transfert d'une entité économique détenue par une filiale emporte automatiquement maintien des contrats de travail sans qu'on puisse déroger par des conventions particulières⁷⁸⁵. Le salarié détaché auprès de la filiale dont l'entité économique a été transférée passe ainsi au service du nouvel employeur. Cette règle, d'ordre public,⁷⁸⁶ explique que toute clause de non reprise ou de reprise partielle des salariés de l'entité cédée par le cessionnaire doit être réputée non écrite. La Cour de cassation française a décidé dans un arrêt⁷⁸⁷ qu'« il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail (devenu l'article L. 1224 même Code) que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et qui poursuit la même activité ou une activité similaire ».

429. En outre, pour l'application de l'article L. 1224 dudit Code, il faut que l'entité économique transférée conserve son identité en poursuivant la même activité ou une activité similaire. Selon la Cour de cassation⁷⁸⁸, le maintien de l'identité doit être apprécié au moment même du transfert et cette exigence doit porter sur l'activité exercée et sur les conditions principales d'exercice de l'activité. Une modification des modalités de fonctionnement de l'entité économique transférée décidée par le nouvel exploitant après le changement d'employeur ne peut suffire en elle-même à affecter l'identité de l'entité cédée⁷⁸⁹. De la même manière, la même Cour jugea dans une affaire plus récente⁷⁹⁰ que «

⁷⁸⁴ Cass. soc. 15 mars 2011, n°09-67.932.

⁷⁸⁵ Cass. soc., 13 juin 1990, n° 86-45.217, SA Société Blois Les Saules Automobiles c/ Mlle Level et autres, inédit N° Lexbase : A8814AAP ; Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705, M. Launay c/ Société Baume et autre, publié N° Lexbase : A6396ABI). Aux termes de ce dernier arrêt « *La convention entre deux sociétés portant sur la cession d'un secteur de l'entreprise exploité par le cédant et excluant du transfert un salarié employé en partie au secteur cédé, ne peut faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail et reste sans effet. En conséquence, le salarié doit passer au service du cessionnaire pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé* ».

⁷⁸⁶ Soc. 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 273 ; D. 1990. IR. 184 ; Soc. 22 juin 1993, Bull. civ. V, n° 171 ; Dr. soc. 1993. 769 ; RJS 1993, n° 844.

⁷⁸⁷ Cass. soc. 13 nov. 2007, pourvoi n° 06-41.512 et 06-41.800, inédits. Note : F. Waquet, *Transfert d'une entité autonome, perte d'identité. Revue de droit du travail*, 2008, p.35.

⁷⁸⁸ Soc. 10 juill. 2007, n° 06-40.406.

⁷⁸⁹ Arrêt préc. (du 10 juill. 2007).

la cour d'appel ayant constaté que le nouvel adjudicataire du marché, la société *RENOSOL*, avait poursuivi l'activité de préparation des véhicules de la société *HERTZ* antérieurement assurée par la *SNA ORGANISATION*, dans les mêmes locaux mis à disposition par la société *HERTZ*, ce dont il résultait qu'il avait repris les moyens d'exploitation utilisés par son prédécesseur ; qu'en disant cependant que le contrat de travail du salarié n'avait pas été transféré à la *SAS RENOSOL*, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article L. 1224-1 du Code du travail ». Mais il faut souligner que cet article ne peut pas interdire à l'entreprise cessionnaire d'évoluer et de se réorganiser. «Elle n'est pas figée définitivement au stade où la reprise du fonds ancien s'est produit ». En ce sens l'arrêt du 10 juillet 2007 précité énonce qu' « une modification des modalités de fonctionnement de l'entité économique transférée, décidée par le nouvel exploitant après le changement de l'employeur ne peut suffire en elle-même à affecter l'identité de l'entité cédée⁷⁹¹ ». Cependant, l'identité n'existe plus en cas de changement d'activité⁷⁹², de cessation pure et simple de l'activité sans reprise de son exploitation par le successeur⁷⁹³.

430. De même, selon une jurisprudence dominante, le fait que le repreneur des éléments constitutifs de l'entité économique ait été placé en redressement judiciaire à l'époque du transfert n'empêche pas l'application de l'article L. 1224 du Code de travail⁷⁹⁴. Il importe pour autant de savoir si les salariés peuvent se retourner contre la filiale cédante sous fondement de sa faute personnelle. Nous avons vu que la jurisprudence française tend à protéger les salariés d'une filiale en cas de cession de celle-ci si le cessionnaire est en difficulté et que la société mère cédante est au courant de cette situation. Il n'existe pas de difficulté à appliquer cette jurisprudence au cas présent si la filiale cédante est consciente que le repreneur de son entité est en difficulté et que les salariés de cette entité risquent d'être licenciés. La responsabilité peut en l'état être recherchée sous le fondement du droit commun (l'article 1382 du Code civil).

B- Le transfert par la mise en société d'une entité économique distincte

431. La mise en société (dite aussi apport partiel d'actif⁷⁹⁵) peut entraîner un risque

790 Cass. soc. 15 mars 2011, n° 09-67. 932.

791 Voir encore Cass. soc. 13 nov. 2007, pourvoi n° 06-41.512 et 06-41.800 : « qu'au jour du transfert la branche d'activité cédée constituait une entité économique autonome, et que les modifications ensuite apportées dans son fonctionnement par la société cessionnaire n'avaient pas affecté son identité à la date du changement d'employeur ».

792 Cass. soc. 9 juin 1983, n° 81-40.257.

793 Cass. soc. 3 mars 1988, n° 84-43.596.

794 Cass. soc. 2 juill. 2007, n° 06-40.594.

795 L'apport partiel d'actif n'est pas défini par la loi. La doctrine s'accorde néanmoins à voir dans l'apport

majeur pour les salariés de la filiale. Cette dernière, en vue de limiter sa responsabilité, peut procéder à la sous-filialisation d'une succursale ou d'une agence, lui conférant la forme d'une société à risque limité. Elle décide ainsi soit l'abandon de toute activité opérationnelle, se cantonnant dans le rôle de pure et simple holding, soit la poursuite d'une partie de son activité principale en en confiant le reste à la nouvelle société. La mise en société peut également déboucher sur la création d'une filiale commune lorsque « deux groupes, plutôt que de continuer à se concurrencer dans un segment précis, décident d'unir leurs efforts ; chacun fera apport à la filiale commune de l'activité mise en commun⁷⁹⁶ ».

432. En tout état de cause, l'opération de sous-filialisation peut donner lieu à un transfert massif des salariés de la filiale fondatrice à la nouvelle société. D'où deux hypothèses : d'une part, la filiale peut constituer sa nouvelle société sous la forme d'une société à risque limité, privant les salariés transférés de toute possibilité de poursuite. D'autre part, le capital consacré à l'objet de la nouvelle société peut être manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée si bien que celle-ci se trouve abandonnée à la liquidation. On se demande dans de telles situations si les salariés disposent d'un droit de recours contre la société filiale apporteuse.

L'article L. 1224-1 du Code du travail, prévoyant la transmission et le maintien automatique des contrats de travail, n'apporte pas de réponse à cette question. On pourrait néanmoins invoquer dans la jurisprudence française deux solutions applicables en la matière. D'une part, il est possible que la faute de gestion soit concomitante à la création de la société en raison de choix d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement⁷⁹⁷. En ce sens, la Cour de cassation a déclaré que « s'il y a faute de gestion il ne s'agit tout au plus que de l'imprudence commise lors du choix de l'activité économique de l'entreprise et dans le financement de l'investissement initial et qu'aucune faute n'a lieu au stade de l'exploitation proprement dite⁷⁹⁸ ». La Cour rejeta dans cette affaire l'idée selon laquelle la faute de gestion ne pourrait être commise qu'à partir du moment où l'exploitation sociale a débuté, en donnant lieu à une action en comblement de

partiel d'actif « une opération par laquelle une société apporte à une autre société une partie de son patrimoine et reçoit en échange des titres sociaux ». Voir M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés*, 8^e éd. *op.cit.*, n°22, p.243.

⁷⁹⁶ Voir en même sens *M. Cozian et alter, op. cit.*, n°1419, p.631.

⁷⁹⁷ Voir J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de P. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, droit 360°, n°1676, p.754 : « la faute de gestion peut être contemporaine de la constitution de la société en raison de choix d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement ».

⁷⁹⁸ Cass. com., 19 mars 1996: Bull. civ. IV, n° 91, p. 77; voir Rapp. C. cass. 1996, p 295 – Cass. com., 23 nov. 1999: RJDA 4/2000, n° 457, p. 361.

passif (C. com. art. L. 652-1). La filiale peut à cet égard se voir imputer une faute de gestion lorsqu'elle met en société son entité économique sans qu'elle lui accorde un capital suffisant à son activité⁷⁹⁹.

433. D'autre part, les salariés transférés sont également en mesure d'invoquer l'article 1382 du Code civil pour assigner la société filiale cédante. Une décision de la Cour de cassation⁸⁰⁰, relative à une société mère cédante d'une filiale à une autre société en difficulté, vient confirmer cette possibilité. À l'issue de la liquidation judiciaire de celle-ci, la société-mère a été mise en cause au profit des salariés de son ex-filiale et condamnée à les indemniser du préjudice résultant de leur licenciement dans le cadre de la liquidation. La Cour de cassation a reconnu que les salariés d'une société liquidée peuvent rechercher la responsabilité de l'ancienne société mère de leur filiale employeur cédé, pour réparation d'un préjudice particulier.

Bien que cette affaire concerne la cession d'une filiale plutôt que la mise en société d'une entité économique, elle apparaît intéressante pour la protection de ses salariés. En effet, il est envisageable que la société filiale, au lieu de licencier ses salariés et encourir une responsabilité, s'en défasse par la mise en société de l'entité économique dans laquelle ils travaillent. Ces salariés risqueraient en l'état de ne pas obtenir leurs salaires de leur nouvel employeur du fait de son insolvabilité. Ils pourraient poursuivre la filiale créatrice sur le fondement du droit commun (C. civ. fr. art.1382/C. civ. lib. art.166).

434. De même, il existe dans certains droits étrangers des dispositions particulières relatives à la responsabilité des fondateurs sociaux en cas de faillite issue d'insuffisance de capital social. On peut évoquer à titre d'exemple l'article 456-4 du Code belge des sociétés qui prévoit que « une responsabilité aggravée des fondateurs des sociétés lorsque survient la faillite de la société dans les trois ans de sa constitution et que le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins ». Selon un auteur⁸⁰¹, « le capital dont les fondateurs doivent examiner le caractère suffisant au regard de l'activité projetée, englobe tous les moyens de financement raisonnablement prévisibles. Il s'agit avant tout du capital statutaire, mais également de toute autre source de financement (crédits bancaires, prêts ou avances d'associés, crédits usuels des fournisseurs, recettes,

799 Voir dans ce sens : *Sh. Gannam, La faillite des groupes multinationaux – la responsabilité de la société mère étrangère des dettes de ses filiales –, Dar Al-Nahda Aljadida, 2006, p.114.*

800 V. *Cass. soc. 14 nov. 2007.*

801 J.-F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^{ème} éd. Larcier, 2004, point 34.

subsides,...) ».

435. En application de cet article, si l'entité mise en société est déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution, la filiale fondatrice peut être tenue de payer le passif social si elle n'a pas respecté deux conditions essentielles : si elle n'avait pas, lors de la mise en société, prévu un capital suffisant pour exercer l'activité sociale de la nouvelle société pendant au moins deux ans ; si l'insuffisance d'actif était à l'origine de la faillite de celle-ci, arrivée dans les trois ans suivant sa constitution. À la réunion de ces deux conditions, les salariés auront vocation à poursuivre leur ancien employeur (filiale) pour obtenir leurs droits aux salaires et à l'indemnité que leur nouvel employeur ne pouvait payer. Néanmoins, quand bien même la déclaration de faillite a été prononcée au-delà de cette période, les salariés licenciés pourraient à notre sens avoir raison de mettre en cause la responsabilité délictuelle de la filiale créatrice sur le fondement du droit commun. Cette dernière commet une faute de gestion lorsqu'elle met en société une entité économique sans lui accorder le capital suffisant au règlement de ses dettes.

Sous-section II : Les droits des salariés en cas de transformation de la société filiale ou mère

436. Transformer une société, c'est changer sa forme juridique, c'est-à-dire le passage d'une forme de société à une autre forme⁸⁰² : une filiale SA se mute en filiale SARL ou en filiale SAS, une filiale SNC devient commandite simple...etc. Selon l'article 1844-3 du Code civil «la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle». Par conséquent, les contrats en cours se poursuivent et les engagements des tiers sont maintenus⁸⁰³. Les salariés de la filiale transformée y restent donc rattachés mais avec une modification dans leur situation juridique. L'importance de cette modification diffère en fonction de la forme choisie pour la société transformée. Chaque forme juridique a des règles qui lui sont propres et qui peuvent affecter les droits des salariés. Lorsque la transformation conduit à adopter la forme d'une société à responsabilité limitée, les salariés se voient défavorisés puisque les associés sont à l'abri de toute poursuite. En revanche, si la nouvelle forme choisie est celle d'une société à risque illimité, les salariés se trouvent avantagés dès lors que les associés de la société transformée deviennent indéfiniment responsables des dettes sociales.

802 Voir M. Germain et J-P Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, Litec, 7e éd, n°4, p.40 : « La transformation est l'opération qui consiste à donner une nouvelle forme à une société tout en conservant la personnalité morale. Elle se présente comme une modification des statuts ».

803 A. Constantin, *Droit des sociétés, droit commun et droit spécial des sociétés*, éd. Dalloz 2004, p.93.

L'importance s'accroît d'ailleurs s'agissant des salariés d'une société filiale, car le changement de forme induit l'entrée ou la sortie de la société mère et de sociétés sœurs, associées parfois.

437. Toutefois, bien que les Codes de commerce français et libyen ne prévoient pas de règles purement relatives aux salariés, ces derniers ne sont pas privés de toute protection, étant considérés comme créanciers, voire actionnaires. Ils jouissent à ce titre de la protection que le Code de commerce offre aux créanciers et actionnaires, consistant en l'opposition à la résolution de transformation⁸⁰⁴. De même, l'article L. 1224 du Code du travail précité prévoit le maintien des contrats de travail conclus antérieurement à un changement dans la situation juridique de l'entreprise employeur⁸⁰⁵. Nonobstant que cet article n'évoque pas expressément la transformation de la société, la doctrine et la jurisprudence estiment que la généralité des termes « toute modification » employés dans le texte peut inclure cette opération, d'autant plus que les pratiques dont il fait mention ne sont pas limitatives⁸⁰⁶.

Il convient dès lors d'aborder cette applicabilité au sein du groupe de sociétés, c'est-à-dire sur la société-filiale et la société-mère, lorsqu'elles subissent une transformation.

I- La transformation de la société filiale

438. La transformation de société est une pratique connue dans les Codes de commerce français et libyen, régie par des règles générales, applicables à toute société que ce soit en groupe ou non. Néanmoins, l'organisation de la protection offerte aux créanciers de la société transformée ne semble pas identique dans les deux Codes. Selon l'article 293 du Code de commerce libyen « sauf accord tacite des créanciers, la transformation d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple en société à responsabilité limitée, commandite par actions ou anonyme, ne dispense pas leurs associés, dont la responsabilité est illimitée, des obligations antérieures à l'immatriculation de la décision de transformation dans le registre du commerce. L'agrément des créanciers est néanmoins présumé s'ils n'ont pas contesté expressément la mutation dans un délai de trente jours, daté

⁸⁰⁴ Cf. infra, n° 700.

⁸⁰⁵ C. Pizzio-Delaporte, *Droit du travail*, Yuibert, janvier 2011, n°644, p.310. Il écrit pour expliciter ce texte « *Le principe est le suivant : le changement d'employeur, pour quelque motif que ce soit (en raison de l'adverbe notamment), ne doit pas avoir pour conséquence directe la perte des emplois des salariés concernés par le transfert. Les droits des salariés doivent ainsi être maintenus* ».

⁸⁰⁶ Voir M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°435, p.241 ; CA. Angers, ch., soc., le 10 nov. 2009. n°08/02505 : « *La liste de situations ainsi fixées n'est en rien exhaustive et il est considéré qu'il y a maintien des contrats de travail en cours chaque fois qu'il y a continuité de la même entreprise* ».

de leur avertissement écrit ».

Au vu de ce texte, on signale que la transformation d'une société à risque illimité en société à risque limité est inopposable à l'encontre des créanciers qui ne l'acceptent pas expressément. Les associés demeurent dès lors responsables des dettes sociales antérieures à cette opération. Mais le législateur du droit du travail – ayant constaté que cette protection est bien fragile, car conditionnée par l'opposition à la décision de transformation dans un délai de trente jours à dater de l'immatriculation de cette décision au registre de commerce – a introduit au Code du travail l'article 49 qui a offert aux salariés une protection particulière en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur. Aux termes de cet article « la modification dans la situation juridique de l'employeur qui implique pour lui une dissolution, une liquidation, une faillite, une fusion, une absorption, une vente ou une transformation, ne peut interdire l'exécution des obligations prévues dans cette loi. Excepté les cas de la dissolution, la faillite et la fermeture définitive l'employeur, les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le salarié. L'ancien employeur demeure, un an à dater de la modification, responsable en solidarité avec le nouvel pour l'exécution des obligations résultant de ces contrats ».

En application de cette disposition au groupe de sociétés, la transformation d'une filiale à risque illimité en société à risque limité s'opère sans aucune incidence pour les droits de ses salariés face à la société-mère. Certes cette dernière n'est pas leur co-employeur, étant devenue après la transformation de sa filiale leur ancien employeur, mais elle reste néanmoins obligée, car le premier alinéa de cet article interdit toute atteinte aux droits des salariés.

439. S'agissant cependant de la situation en droit français, la transformation de société doit être publiée par l'insertion dans un journal d'annonces légales, l'immatriculation dans le registre de commerce et des sociétés, et l'insertion au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Elle prend effet à compter du jour où elle est décidée, mais ne devient opposable aux tiers (créanciers) qu'après l'achèvement des opérations de publicité⁸⁰⁷. Cette règle n'intéresse d'ailleurs que les contrats conclus *a posteriori*. Il en résulte qu'en cas d'adoption d'une forme juridique dans laquelle la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports, les associés restent tenus solidairement et

807 G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°1138, p.119.

indéfiniment de toutes les dettes contractées par la société avant sa transformation⁸⁰⁸. Comme J-P Legros et M. Germain l'ont remarqué « la transformation ne saurait être un moyen de limiter les engagements découlant des dettes sociales d'ores et déjà existantes. Elle ne peut préjudicier aux droits des tiers ».

Cette règle a d'ailleurs été reprise par l'article L. 1224-1 du Code du travail qui prévoit la transmission et le maintien automatique des contrats de travail conclus au préalable d'un changement dans la situation juridique de l'entreprise employeur. Les salariés d'une filiale à risque illimité transformée en société à risque limité garderont ainsi leur droit de recours contre la société mère, acquis antérieurement à la transformation. Ils conservent également l'applicabilité des conventions et des accords collectifs de travail dans la nouvelle structure filiale, sauf accord, dit "de substitution", conclu au cours de cette période (C. trav. art. L. 2261-9).⁸⁰⁹ Selon la Cour de cassation⁸¹⁰ « une convention collective ne peut cesser de produire effet qu'à la suite d'une dénonciation ou d'une mise en cause ; un employeur ne peut décider unilatéralement de ne plus appliquer une convention collective à laquelle son entreprise est soumise ».

440. Par ailleurs, malgré le maintien des contrats de travail et conventions collectives, il est possible que la transformation de la filiale emporte certaines modifications dans l'activité sociale, telle le cas pour la transformation d'une société civile en société commerciale avec changement de nature de l'activité⁸¹¹. Ceci nécessite par conséquent de modifier ou de suspendre ces contrats et conventions. La question se posait en l'occurrence de savoir si les salariés peuvent réclamer le maintien de leur contrat et de leurs droits prévus dans ces conventions collectives. En règle générale, la transformation ne doit pas modifier, même d'une manière partielle, la forme initiale de l'activité filiale, dans le cas contraire l'article L. 1224-1 du Code du travail n'est plus applicable. La convention collective perdure donc dans la mesure de sa compatibilité avec la nouvelle activité, ce qui n'est pas très protecteur pour les salariés. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une cession d'entreprise que la Cour de cassation avait considéré l'article L. 1224-1 du Code du travail comme inapplicable si elle s'ensuit d'un changement d'activité sociale⁸¹². Cette solution paraît transposable dans le cadre de la transformation d'une filiale avec modification de son

808 *Mémento, op. cit., n°4100, p.274.*

809 *M. Cozian et alter, op.cit., 435, p.241 ; C. Pizzio-Delaporte, op. cit., 684, p.312 : « les droits collectifs des salariés perdurent dans la limite de leur compatibilité avec ceux existants chez le nouvel employeur ».*

810 *Cass. soc. 12 nov. 2001, Bull. civ. V, n°344; D. 2001. IR 3585 ; RJS 2002.62, n°60.*

811 *A. Constantin, Droit des sociétés, Droit commun et droit spécial des sociétés, éd Dalloz 2004, p. 92.*

812 *Cass. soc., 12 déc. 1990, Bull civ. V, n°654 ; Cass. soc., 31 mai 1994, n°93-40.887.*

activité. La convention ou l'accord collectif ne serait plus opportun pour s'appliquer à la filiale dans sa nouvelle forme : un accord collectif adapté à l'activité d'une filiale civile transformée en filiale commerciale.

441. S'agissant cependant des contrats de travail antérieurs à la transformation, ils sont maintenus de plein droit (C. trav. Art. L. 1224-1). Leurs titulaires n'ont pas à être lésés par la transformation ; *a contrario*, ils peuvent se retourner contre la filiale pour licenciement sans juste motif.

En outre, si certains salariés disposent à côté de leur contrat de travail d'un mandat de représentation du personnel ou d'un mandat social dans la filiale transformée, celui-ci perdure jusqu'à son terme tant que la transformation ne produit pas la disparition de son objet. Lorsqu'il s'agit ainsi d'une filiale anonyme qui se transforme en SARL ou en commandite simple ou en nom collectif, les représentants de son comité d'entreprise au sein du conseil d'administration perdent *ipso facto* leur «strapontin» du seul fait de la disparition du conseil d'administration.

II- La transformation de la société mère

442. La transformation soulève une difficulté majeure lorsqu'il s'agit d'une société mère à risque illimité (SNC, SC, SCS), transformée en société à risque limité (SA, SAS, SARL). On se demande le cas échéant si cette opération peut empêcher les salariés d'une filiale ayant la même forme de se retourner contre les associés de la société mère. La question n'a pas lieu de se poser avant la transformation, car les associés ne sont pas à l'abri des poursuites des salariés. En effet, la transparence de la SNC permet de faire remonter ses déficits jusqu'aux associés de la société mère ayant la même forme. Cependant, après la transformation de cette dernière en société à risque limité, ses associés ne deviennent responsables qu'à concurrence de leurs participations. Cela implique ainsi de se demander si les salariés de la filiale dont le contrat est antérieur à la transformation peuvent se retourner contre les associés de la société mère mutée en société à risque limité.

D'après le texte libyen, la transformation de la société ne dispense pas les associés dont la responsabilité est illimitée des dettes antérieures à son immatriculation dans le registre de commerce. Ce texte fait mention des créanciers sans tenir compte de leurs rapports directs ou indirects avec la société. Il n'est pas impossible à notre avis que les salariés d'une filiale à risque illimité puissent se renvoyer contre les associés de la société-mère ayant la même forme. Par conséquent, la transformation de cette dernière en société à

risque limité peut être contestée par ces salariés dans le délai prévu à l'article 638 du Code de commerce. Cette conclusion semble transposable en droit français sans contradiction.

Sous-section III : Les droits des salariés en cas de fusion de la filiale ou de sa mère

443. La fusion de sociétés traduit une opération de restructuration, couramment adoptée dans les groupes de sociétés. Elle vise l'économie d'échelle ou la simplification de l'organigramme des groupes. Par exemple une société mère absorbe certaines filiales, une filiale en absorbe d'autres, certaines filiales fusionnent entre elles pour donner naissance à une nouvelle filiale. Comme le laissent entrevoir *M. Cozian* et ses coauteurs, cette opération est tantôt exigée pour la modification de l'agencement des filiales et sous-filiales de façon plus cohérente (passage d'une architecture pyramidale à une architecture en peigne⁸¹³), tantôt pour la concentration des capitaux et la minoration de la taille du groupe en vue d'assurer la capacité de concurrence et la fidélité des clients et des fournisseurs, tantôt pour la limitation de l'effectif du groupe afin de décharger le trop-plein⁸¹⁴.

La fusion prend en pratique deux formes essentielles : fusion-absorption et fusion par la création d'une nouvelle société. Dans le premier cas, la société absorbée disparaît et la société absorbante s'enrichit de sa valeur⁸¹⁵, et dans le second, la société absorbée s'unit avec une autre société pour en faire naître une troisième⁸¹⁶.

444. L'opération de fusion entraîne selon l'article L.236-1 du Code de commerce

813 Voir *M. Cozian et alter, op.cit., n°1357, p. 608.*

814 Une définition de la fusion a été donnée par l'article 3 de la troisième directive (*Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes*). Aux termes de cet article : « *au sens de la présente directive, est considérée comme fusion par absorption l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions dans la société absorbante, et éventuellement d'une seule en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de la valeur nominale, de leur pair comptable* ».

815 À la différence de la cession et de la transformation, la fusion porte un risque majeur sur la société fusionnée qui se trouve dissoute et assimilée sans liquidation dans le patrimoine d'une autre société, faisant ensemble une seule et même personne morale. L'article L. 236-3,1 du Code de commerce français dispose que la fusion et la scission entraînent la dissolution sans liquidation des sociétés. Voir pour la distinction entre la fusion et d'autres opérations voisines : *P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n°1605, p.1025* : « *La fusion diffère de la cession de contrôle. La société absorbante n'acquiert pas les actions de l'absorbée : ces actions disparaissent avec la société absorbée. En revanche, la société dont le contrôle est cédé continue d'exister avec une majorité nouvelle (...). La fusion est en outre distincte de la transformation : aucune personne morale ne disparaît lors d'une transformation. Mais il existe une certaine continuité entre la société absorbée et la société absorbante* ».

816 Voir : *C. sup. libyenne, Ch. civ. 12 déc. 1983, n°31/28, p117* : « *la fusion entraîne la dissolution de la société absorbée, et ainsi l'entrée de ses biens, actifs et passifs, dans le patrimoine de la société absorbante. Il s'ensuit selon la jurisprudence constante de cette cour que la société absorbante détient seule le droit de saisir la juridiction, à l'exclusion de la société absorbée dont la personnalité juridique a disparue* ».

français⁸¹⁷ (C. Com. lib. art. 299) la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ou à une nouvelle, laquelle laisse place au transfert automatique de l'ensemble des contrats de travail⁸¹⁸. Cette règle du Code de commerce a été reprise par les Codes du travail français et libyen qui ont instauré le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur, mentionnant plusieurs cas dont la fusion (C. trav. fr. art. 1224-1/ C. trav. lib. art. 49). Relevant d'ordre public, cette règle s'impose au salarié comme à la société absorbante qui devient la seule et unique responsable de toutes les obligations de celle absorbée⁸¹⁹. Cette société n'a pas la qualité de tiers à l'égard des salariés employés par la société absorbée, qui conservent tous les avantages découlant de leur contrat⁸²⁰.

445. Par ailleurs, même si la transmission des contrats de travail s'opère de plein droit, il importe de savoir si les salariés de la filiale peuvent s'opposer à l'opération de fusion qui débouche sur un changement de leur employeur⁸²¹. Comme un auteur⁸²² le décrit, la transmission universelle du patrimoine peut se heurter au caractère *intuitu personae* des contrats. Les contrats conclus *intuitu personae* « sont, en effet, par nature intransmissibles puisque les parties ont décidé de s'engager en considération de la personne de leur cocontractant et que la disparition de celui-ci fait tomber le contrat⁸²³ ».

En droit des contrats, le changement de l'une des parties suppose le consentement de l'autre lorsque l'on est en présence de contrats marqués par une forte prise en considération

817 Aux termes de cet article « *Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent* »

818 M. Dubertret, *L'intuitus personae dans les fusions*, Rev. soc. 2006, p.721 : « *Cette règle empruntée par le droit des sociétés au droit des successions dispose que la société absorbante, telle les héritiers du de cujus, poursuit la personne de la société absorbée et recueille l'intégralité de son patrimoine sans qu'il y ait lieu de procéder à un règlement préalable du passif comme en matière de liquidation* ». Voir aussi : Cass. crim. 20 juin 2000, note sous cet arrêt, I. Urbain-Parleani, *La responsabilité de personne morale à l'épreuve des fusions*, Rev. Soc. 2001 : « *Encourt la cassation l'arrêt qui a retenu la responsabilité pénale d'une société absorbante au motif que la société absorbée quoique radiée du registre du commerce à la suite de la fusion-absorption n'a pas été liquidée et n'a pas disparu, la société absorbante s'étant substituée à elle avec transmission universelle de ses droits et obligations alors que l'absorption avait fait perdre son existence juridique à la société absorbée et que nul n'est responsable pénallement que de son propre fait* ».

819 Voir Ph. Derouin, *Les fusions triangulaires de sociétés* : Bull. Joly. 2008, p.1016 : « *La définition de la fusion que comportent la loi et les directives communautaires s'en ressent encore et mêle les éléments essentiels de la fusion que sont la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbant et la disparition de la société absorbée...* ».

820 Cass. com. 16 janv. 1990. Bull. civ. v. n°11 : « *c'est par le seul effet de la loi que les contrats de travail subsistent et cette transmission s'impose aux salariés comme à l'employeur* ».

821 P. Le Canu, *Sociétés cotées, franchissement de seuils, fusion, action de concert*, Bull. Joly, juin 2008, n°6, p.492.

822 M. Dubertret, *L'intuitus personae dans les fusions*, Rev. Soc. 2006 p.721.

823 *Idem*, p. 721.

de la personne du cocontractant⁸²⁴. Ce principe a été accueilli par le Code de commerce libyen dont l'article 302 procure aux créanciers des sociétés constituant la fusion le droit de contester celle-ci dans un délai de trente jours daté de son immatriculation au registre du commerce. Etant créanciers, les salariés de la filiale jouissent de leur droit de s'opposer à la fusion qui menace l'existence de leur employeur. Le tribunal d'instance dispose selon ce texte d'un large pouvoir d'appréciation pour annuler la fusion ou l'approuver malgré l'opposition.

De même, le traitement de cette question est similaire en droit français. L'article L. 236-14 du Code de commerce, après avoir affirmé la responsabilité de la société absorbante vis-à-vis des créanciers non obligataires de la société absorbée, énonce que «les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. Une décision de justice rejette l'opposition, ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes».

446. Ayant la qualité de créanciers, les salariés d'une filiale absorbée peuvent s'opposer auprès de la juridiction au projet de fusion. Le tribunal compétent dispose ainsi du pouvoir de rejeter l'opposition ou de l'accueillir, en décidant soit la constitution d'une garantie soit le remboursement des créances.

Cependant, ce pouvoir n'a plus à s'exercer si le contrat conclu par l'absorbée prévoit expressément que les droits et obligations dévolus ne sont pas cessibles ou transférables sans accord préalable du cocontractant⁸²⁵. La Cour de cassation française déclare qu'« aux termes de l'article L. 236-14 du Code de commerce, la société absorbante devient débitrice des créanciers de la société absorbée, sans que cette substitution emporte novation à leur égard ; que seule une stipulation expresse peut faire échec à la transmission au profit de la société absorbante des droits et obligations découlant des conventions conclues par la société absorbée⁸²⁶ ».

824 J-P Garçon, *La transmission du contrat de franc Joly*. 2008, p.905.hisse par fusion-absorption ou par l'effet d'un apport partiel d'actif impose l'accord du franchisé, Bull.

825 Voir dans le même sens : G. Ripert, R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°1975, p.683 : «On s'interroge en revanche sur la transmission de contrats conclus intuitu personae. La jurisprudence paraît décider qu'ils ne se transmettent pas à la société absorbée. Il est naturellement possible d'exclure à l'avance la transmission de certains contrats» ; J-L. Navarro, *Mémento de la jurisprudence Droit des sociétés*, vol 2 : *Le juge et la société*, 2011, Hachette supérieur, pp. 133 à 145

826 Cass. com. 13 déc. 2005, n°3-16.808. Bull. 2005 IV. N°255, p. 283.

447. Enfin, il résulte de l'article L.2323-19 du Code du travail⁸²⁷ que la filiale absorbée, mais aussi la société absorbante, doivent informer les représentants du personnel des motifs de l'opération, de ses conséquences juridiques, économiques et sociales, et des mesures engagées à l'égard des travailleurs. L'information du comité d'entreprise de chacune des sociétés concernées doit porter sur les motifs de l'opération, ses modalités financières, ainsi que sur les mesures envisagées à l'égard des salariés. Il y a également lieu de consulter le comité de la filiale absorbée et de la société absorbante. Cette consultation est obligatoire même si aucun licenciement n'était envisagé. La consultation doit être effectuée suffisamment à l'avance, afin que le comité d'entreprise des deux sociétés dispose d'un délai d'examen suffisant pour examiner le projet. Les deux sociétés, absorbée et absorbante, doivent fournir au comité d'entreprise des informations précises et écrites sur les modifications projetées, lesquelles lui sont communiquées suffisamment à l'avance.

L'absence d'information et le fait que des documents n'ont été remis au comité d'entreprise que sous la contrainte d'une assignation caractérisent un comportement déloyal de l'entreprise. La déloyauté de la filiale absorbée et de la société absorbante vici l'intégralité de la procédure d'information-consultation et le fait que des informations parcellaires aient été apportées par la suite ne sauraient remédier à ce défaut originel. En conséquence, le juge fait droit aux demandes du comité d'entreprise de dire que les procédures d'information-consultation sur le projet de restructuration et sur le projet de licenciement collectif pour motif économique qui en résulte ne sont pas valablement mises en œuvre. Le cas échéant, la société défaillante à son obligation doit reprendre une procédure d'information-consultation régulière. L'absence de consultation régulière constitue une atteinte aux prérogatives du comité d'entreprise qui lui cause nécessairement un préjudice donnant droit à une réparation⁸²⁸.

⁸²⁷ Aux termes de cet article « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce. L'employeur indique les motifs des modifications projetées et consulte le comité d'entreprise sur les mesures envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci. Il consulte également le comité d'entreprise lorsqu'il prend une participation dans une société et l'informe d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet lorsqu'il en a connaissance* ».

⁸²⁸ Voir en ce sens, *Tribunal de Grande Instance de Lyon, Chambre des Urgences, n° DE R.G. : n° 10/11935, 19 oct. 2010*.

Conclusion du chapitre

448. On constate dès lors que l'appartenance de l'employeur à un groupe de sociétés n'implique pas de façon certaine un traitement particulier des conditions prévues pour le licenciement économique. La filiale employeur doit s'assurer de l'existence d'un motif économique réel et sérieux, et de l'absence de toute possibilité de reclassement du salarié licencié, ni dans son sein ni au sein des sociétés de son groupe. Elle doit également faire preuve de son respect de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise, et de sa communication à l'administration du travail et au juge prud'homal tous les documents nécessaires à l'examen de la régularité du licenciement. La difficulté réside néanmoins dans ces deux objets essentiels, à savoir l'encadrement juridique du groupe d'entreprises et la mise en œuvre de l'obligation de reclassement afférante à une société membre du groupe non employeur.

En substance, il serait bon d'introduire deux textes législatifs : un texte définissant le groupe de sociétés (ou renvoyant sa définition à un texte existant), et un autre imposant à chaque société membre l'obligation de révéler ses possibilités de reclassement des salariés licenciés dans une société mère ou sœur. En effet, il apparaît difficile, sans l'établissement de cette obligation, d'imposer le reclassement, car la filiale employeur ne dispose pas de moyens légaux.

Conclusion de la partie I :

449. L'étude de la première partie nous a permis de constater que les créanciers internes des sociétés membres du groupe jouissent d'une protection non négligeable face à la société mère. En effet, en dépit de l'absence de réglementation particulière aux groupes, le législateur français, et la jurisprudence pour une grande partie, ne cessent d'apporter des retouches amélioratives en faveur des associés minoritaires et du personnel des sociétés filiales. Ainsi, des modifications importantes ont été introduites aux règles régissant les différentes formes de conventions (réglementées, interdites, et libres), lesquelles ont suffisamment harmonisé deux exigences contradictoires : d'un côté la protection de l'intérêt des filiales et celle de leurs associés minoritaires ; et de l'autre, la nécessité de procurer à la société mère du groupe une certaine marge d'action pour mettre en place une stratégie commune fondée sur une complémentarité d'activités des sociétés liées. Les actes conclus entre la société filiale et les autres sociétés de son groupe sont en principe soumis aux mêmes règles régissant les conventions réglementées ou celles interdites.

Des évolutions importantes ont cependant favorisé sensiblement l'intérêt commun du groupe au détriment de celui afférent aux sociétés membres. D'une part, l'article L. 511-7 (3°) du Code monétaire et financier vient ajouter une dérogation au monopole de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier qui interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banques à titre habituel. Par le biais de cette modification, la société mère du groupe est en mesure de procéder à des opérations de trésorerie avec ses filiales directes ou indirectes, de la même manière que les filiales peuvent procéder à telles opérations entre elles. De même, dans l'appréciation des conventions dites libres, conclues entre la filiale et d'autres sociétés de son groupe, la jurisprudence montre une forte tolérance en faveur de la particularité du groupe. Les critères objectifs de l'opération courante et des conditions normales ont été adoucis en la matière pour faciliter les relations financière et techniques entre sociétés membres d'un même groupe.

De plus, la personnalité morale indépendante des sociétés membres du groupe participe efficacement à la protection de leurs associés minoritaires. Ces derniers sont en effet classés sous le même régime de protection applicable aux associés des sociétés isolées. Le fait que leur société soit membre d'un groupe n'est en soi de nature à mettre en jeu leurs droits à l'égard de cette dernière. De même, l'indépendance juridique des sociétés filiales assure à ces dernières une autonomie administrative et de gestion à l'égard de leur mère. Celle-ci ne peut s'ingérer dans les affaires particulières de ses filiales sans avoir la qualité de dirigeant. Même avec cette qualité, elle reste soumise dans l'exercice de ses pouvoirs aux mêmes dispositions régissant les organes des sociétés non-affiliées d'un groupe. Le groupe de société ne lui permet pas d'empiéter sur les prérogatives dévolues aux autres organes.

450. En outre, l'évolution jurisprudentielle relative au droit des groupes témoigne également de singularités dans le domaine du droit du travail. Deux notions fondamentales ont été adoptées en la matière : la notion d'unité économique du groupe et la notion de coemployeur. Dès les années 1970, la Cour de cassation a estimé que les sociétés affiliées d'un groupe, ayant une même direction et présentant une communauté d'intérêts, pouvaient être regardées comme « une unité économique et sociale », assimilable à une entreprise pour l'application de la législation relative à la représentation du personnel et à la représentation syndicale. Cette création jurisprudentielle a été consacrée par la loi du 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel. De

même, la jurisprudence s'est également attachée depuis longtemps à l'emploi de la théorie de l'employeur conjoint, considérant la société mère comme coemployeur des salariés de sa filiale. La mise en œuvre de cette théorie permet alors d'appréhender le groupe de sociétés dans sa dimension globale en «gommant» en quelque sorte la pluralité des personnes morales qui le composent.