

La mise à disposition ou le prêt de main-d'œuvre

302. La mise à disposition de salariés (aussi appelée « prêt de main-d'œuvre » ou « détachement de salarié ») intra-entreprises est une pratique courante dans les groupes de sociétés. Elle se définit comme l'opération par laquelle une entreprise envoie travailler un ou plusieurs de ses salariés au sein d'une autre entreprise pour y accomplir une mission⁵⁷⁹. La mise à disposition de salariés entre sociétés d'un même groupe peut, comme dans le cas du transfert, recouvrir des situations diverses. Ainsi, détachement d'un cadre par la société mère dans une filiale aux fins de contrôle ; société confrontée à un problème technique particulier et temporaire pour la résolution duquel elle ne dispose pas de personnel compétent alors qu'une autre société du groupe emploie un spécialiste de la question ; société ayant à faire face de façon prolongée à l'absence d'un de ses salariés ; société confrontée à un surcroît d'activité alors qu'une autre subit une diminution de charge de travail. Il en va également de même pour le cas de plusieurs filiales constituant ensemble une société en participation gérée par la société mère. Leurs salariés pourraient être employés indifféremment pour l'entreprise de la société en participation (qui peut être un chantier par exemple⁵⁸⁰).

303. D'autre part, la mise à disposition suppose qu'il existe entre l'entreprise prêteuse et le salarié mis à disposition une relation durable qui subsiste pendant le temps où le salarié travaille dans l'entreprise utilisatrice⁵⁸¹. Le travailleur extérieur à la société d'accueil demeure sous l'autorité de la société d'origine, prestataire du service⁵⁸². Aussi, si le rapport de travail entre ce dernier et la société d'origine est rompu, n'est-on plus en présence d'une mise à disposition mais d'un transfert de salarié, ce qui conduit – comme nous l'avons vu – à une novation du contrat de travail par changement d'employeur. En revanche, il n'est pas question que la mise à disposition implique une création d'un lien de subordination entre la société d'accueil et le salarié. Au contraire, très souvent la société d'origine reste le seul employeur de ce salarié. La situation reste toutefois soumise à l'existence d'un contrat de travail, qui met le salarié sous le contrôle de la société d'accueil. Ce dernier peut se

579 Voir : A. Charveriat et coauteurs, *Mémento groupes de sociétés*, préc., n°15110, p.1041.

580 Voir *Mémento, groupes de sociétés*, op. cit., n°15120, p.1041.

581 P. Remy, A Feuerborn et M. Rönmar, *L'impact de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire sur les droits nationaux*, Rev. dr. trav. 2010, p.5.

582 A. Coeuret et alter, *Droit du travail*, op. cit., n°339, p. 240. Ces auteurs définissent la mise à disposition de salarié comme « la mise en œuvre d'un contrat de prestation de service en vertu duquel les salariés venus d'ailleurs demeurent sous l'autorité de l'entreprise prestataire de service. » ; voir encore H. Bardet, A. Beetschen, A. Charveriat et B Gauthiere, *Les holdings, guide juridique et fiscal*, 4^e éd. 2007, n°866, p. 276.

retrouver en l'occurrence en présence de deux employeurs conjointement responsables.

Néanmoins, la mise à disposition soulève en pratique nombre de questions relatives aux règles générales applicables à ce sujet (1^{ère} sous-section), et aux règles particulières à certains cas spéciaux, telle la mise à disposition dont l'objet consiste en l'exercice d'un mandat social, ou d'un travail auprès d'une filiale à l'étranger (2^e sous-section).

Sous-section I : Les règles générales du prêt de main-d'œuvre

304. Hormis le cas de la mise à disposition de salariés d'une société mère auprès d'une filiale à l'étranger, il n'existe pas de règles spécifiques aux prêts de main-d'œuvre entre sociétés d'un même groupe. Le traitement de cette pratique, très courante en la matière, implique ainsi de se focaliser sur les règles générales du droit commun du travail, afin d'en déduire, à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine, des solutions pertinentes pour les salariés des filiales. Nous analyserons donc en deux volets les conditions puis les effets du prêt de main-d'œuvre.

I- Les conditions de prêt de main-d'œuvre

305. Pour que la mise à disposition produise ses effets légaux, trois conditions, exigées par la loi et la jurisprudence, doivent se réunir, à savoir : la condition de licéité prévue par l'article L.8231-1 du Code du travail ; la condition d'information et de consultation du comité d'entreprise prévue par l'article L. 1233-25 du même Code ; et la condition de l'accord du salarié qu'établit la jurisprudence lorsque la mise à disposition s'accompagne d'une modification d'un élément constitutif du contrat de travail. Il convient de les mettre toutes en relief.

A- Condition de licéité

306. En l'absence de disposition légale ou réglementaire spécifique au prêt de main-d'œuvre entre sociétés d'un même groupe, cette opération obéit aux règles du droit commun applicables à tout prêt de main-d'œuvre⁵⁸³, interdisant sous peine de sanction pénale, toute opération à but lucratif qui vise : la fourniture de main d'œuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, cette opération étant dite 'marchandage' (C. trav. art. L.8231-1); ou qui a pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre, dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions

583 Voir A. Charveriat et alter, *Mémento Groupes de sociétés, préc.*, n°15121, p.1042

relatives au travail temporaire (C. trav. art. L.8241-1).

Dans un arrêt rendu le 12 mai 1998, la Cour de cassation⁵⁸⁴ a approuvé les juges du fond d'avoir constaté l'existence d'un délit de prêt illicite de main-d'œuvre. Il s'agit dans cette affaire d'une société mère française (dénommée Comex Service) spécialisée dans l'exécution de travaux sous-marins pour le compte de compagnies pétrolières. Cette société a procédé au licenciement des plongeurs et scaphandriers qu'elle employait et qui ont été mis à sa disposition par sa filiale *Sogexpat*, ayant son siège en Suisse. Cette dernière, dont le seul objet est la mise à disposition de personnel, n'a ni le matériel, ni les matériaux nécessaires à l'activité des salariés, totalement subordonnée à la société mère française. Selon la Cour de cassation, le but lucratif de l'opération a été bien caractérisé par le fait qu'elle est effectuée à titre onéreux, et qu'elle vise une réduction des charges sociales de la société utilisatrice. Elle cause d'autant plus un préjudice aux salariés concernés, les privant des avantages sociaux.

307. Cependant, il faut tenir compte du fait que l'interdiction prévue en l'espèce ne concerne que le prêt de main-d'œuvre à but lucratif : le cas où l'entreprise prêteuse tire de ce prêt des bénéfices. En effet, l'article précité sous-entend que si ces opérations ne visent pas la réalisation d'un quelconque bénéfice, elles sont réputées licites. Tel en est le cas pour une société filiale, en excédent de personnel par suite d'un sinistre ou de difficultés économiques passagères, qui met à la disposition de sa mère ou d'une autre filiale de son groupe en pénurie, une partie de son personnel pour un « coup de main »⁵⁸⁵. Le pouvoir souverain revient en fait au juge du fond qui doit appuyer sa décision sur des motifs économiques et sociaux effectifs, et établir que la société pourvoyeuse de main-d'œuvre se borne à facturer le coût réel des salaires acquittés durant la période de prêt. C'est en ce sens que le Ministère du travail rappelle que « sont considérées comme réalisées à titre non lucratif les mises à disposition pour lesquelles l'entreprise se fait rembourser à prix constant par l'entreprise d'accueil les seules rémunérations et charges sociales correspondant à l'emploi des personnes détachées (...). La facturation et la perception par l'entreprise d'origine de frais de gestion modérés et justifiés ne présentent pas un motif valable de requalification d'un prêt de main-d'œuvre qui demeure à but non lucratif »⁵⁸⁶.

584 Cass. crim. 12 mai 1998 n° 96-86, p.479

585 Voir J. Le Goff, *Le droit du travail et sociétés, les relations individuelles du travail*, 2001, p.208.

586 Rép. Min., n°29546 (JO, 20 mars 2000, p.1834). Cité dans l'ouvrage de J. Le Goff, *op. cit.*, p.208.

308. Du reste, la Cour d'appel de Douai⁵⁸⁷ a refusé de condamner une société mère, ayant mis un salarié à la disposition d'une filiale, d'avoir commis le délit de marchandage. S'opposant à sa mutation dans la filiale, le salarié avait fait l'objet d'une procédure de licenciement par son employeur, la société mère. Il a envoyé celle-ci devant la Cour d'appel de Douai (après avoir été débouté de ses demandes par le Conseil des Prud'hommes de Lille), en qualifiant l'article 4 de son contrat de travail, qui prévoit sa mutation dans la société filiale, comme constitutif d'un prêt illicite de main-d'œuvre, et/ou de marchandage. Mais la Cour d'appel de Douai a confirmé la décision du Conseil des Prud'hommes en affirmant que l'opération de prêt de main-d'œuvre n'a pas eu pour effet de léser le salarié sur ses conditions de rémunération et ses droits sociaux. Elle a fait valoir que « le préjudice invoqué par le salarié, lié à la possibilité en application de l'article 4 du contrat de travail, de lui imposer une mutation, n'est pas constitué du seul fait de la mise à disposition (...) il en résulte que le délit de marchandage n'est pas constitué. ».

B- Absence d'incidence de l'accord du salarié mis à disposition

309. A la différence du transfert du salarié, la mise à disposition (ou le prêt du salarié à but non lucratif) n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail nécessitant un accord préalable du salarié⁵⁸⁸. La raison en est que le salarié continue de dépendre de son employeur d'origine quant à ses droits pécuniaires. Dans ce sens, la chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁸⁹ décide que « la mise à disposition d'un salarié n'entraîne pas en soi une modification de son contrat de travail ; qu'ayant relevé, d'une part, qu'il résultait de l'article 16 de la convention constitutive du 27 juin 2001 que les salariés de la Croix Rouge continueraient à dépendre de leur employeur quant à leur droit, leur rémunération, la gestion de leur carrière et de leur emploi, dans le cadre des dispositions du code du travail et de la convention collective nationale de la Croix Rouge de 1986 et que le pouvoir disciplinaire à leur égard continuerait à être exercé par le responsable hiérarchique du pouvoir de nomination selon les règles qui lui sont propres, d'autre part, que ni le lieu ni la qualification ni la rémunération ni la durée du travail de ces salariés n'étaient modifiés, la Cour d'appel a pu décider que la constitution syndicale inter-hospitalière n'entraînait aucune modification du contrat de travail des salariés de la Croix Rouge française ; que le

⁵⁸⁷ CA Douai, 26 fev. 2010, n°09/01538.

⁵⁸⁸ Voir dans le même sens H. Bardet et alter, *Les holdings*, op. cit., n°866, p.277. Selon ces auteurs « le salarié de la holding est simplement mis à la disposition de la filiale pour y accomplir une mission déterminée ; le contrat de travail liant le salarié à la holding n'est pas modifié ».

⁵⁸⁹ Cass. soc. 02-14.680, 01 avr. 2003 – Bull. 2003 V N° 128 p. 124.

moyen n'est pas fondé⁵⁹⁰ ».

310. Cependant, le consentement du salarié sera exigé si la mise à disposition s'accompagne d'une modification de l'un des éléments qui constituent le socle du contrat de travail (lieu de travail, qualification, rémunération ou durée de travail), ou si l'employeur d'origine abandonne tout ou partie de ses prérogatives d'employeur. La question se pose du reste de savoir à quel moment on peut considérer qu'il existe une modification d'éléments constitutifs du contrat de travail. Cela ne pose pas de problème lorsqu'il s'agit d'une modification de la rémunération du salarié. Selon la Cour de cassation, « la rémunération du salarié, qu'il s'agisse de son niveau ou de son mode de calcul, constitue un élément de son contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord⁵⁹¹ ». Une légère réduction du salaire peut également constituer une modification de la rémunération qui nécessite un accord préalable du salarié si elle est moins favorable pour lui. Il en va pareillement pour la durée du travail mentionnée au contrat, qui constitue un élément essentiel de ce contrat⁵⁹². La société mère ou filiale d'accueil ne peut imposer au salarié mis à sa disposition une durée plus longue ou moins longue que celle prévue dans son contrat. Sinon, on n'est davantage devant une mise à disposition que devant un transfert, impliquant le consentement préalable du salarié. Cependant, puisque le travail se déroulera dans une autre société que celle d'origine, ce changement nécessite souvent une nouvelle répartition des horaires au sein de la journée ou de la semaine, qui peut être librement décidée par cette société. Mais cette répartition est conditionnée, selon la jurisprudence, par le fait qu'elle n'entraîne pas une modification de la durée contractuelle du travail ou de la rémunération contractuelle⁵⁹³. Ainsi si la société mère ou filiale d'accueil suit un horaire variable ou discontinu différent de la société d'origine qui adopte un horaire fixe ou continu, le passage du salarié de l'une à l'autre ne constitue pas une répartition des horaires mais une modification du contrat de travail⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ Voir encore en ce sens : *Cass. com.* 10-27.749 - 16 mai 2012 : « la mise à disposition d'un salarié n'emporte pas modification du contrat de travail dès lors qu'il continue de dépendre du même employeur, et que ni sa qualification, ni sa rémunération, ni la durée du travail ne s'en trouvent modifiées » ; *Cass. soc.* 03-41.371, 15 mars 2005, *Bull.* 2005 V N° 88 p. 77 ; *CA Versailles* – ch. 17 - 07/02953, 10 déc. 2008 ; *CA Rennes*, ch. des Prud'hommes 08 - 08/04144 - 03 sept. 2009.

⁵⁹¹ *Cass. soc.* 28 janv. 1998, n°370 PBR : RJS 3/98 n°274.

⁵⁹² *Cass. soc.* 20 oct. 1998, n° 4194 : RJS 12/98 n° 1445 ; *Cass. soc.* 21 mars 2000, n° 1398 : RJS 7-8/00 n° 74.

⁵⁹³ *Cass. soc.* 11 juill. 2001, n° 3533 FP, *SCP Paris, Marie Saint-Germain c/ Afchain* : RJS 10/01 n° 1111

⁵⁹⁴ *Cass. soc.* 14 nov. 2000, n° 4726 FS-PB : RJS 1/01 n° 10 ; *Cass. soc.* 18 déc. 2000, n° 5232 : RJS 2/01 n° 168.

311. Par ailleurs, la mise à disposition de salariés entre sociétés incluses dans un groupe entraîne en général un changement de lieu de travail, sauf si la société d'accueil est située sur le même site que celle d'origine. Selon la jurisprudence, si le nouveau lieu de travail est situé dans le même secteur géographique que le précédent, il n'y a pas modification du lieu de travail. De même, il n'y a pas modification de contrat lorsque celui-ci ou la convention collective de la société ou du groupe comporte une clause de mobilité géographique prévoyant que le salarié de la société filiale ou mère peut être recruté dans une autre filiale ou sous-filiale située en zone géographique différente. En l'occurrence, la clause de mobilité doit définir avec minutie sa zone d'application sans pouvoir laisser à la société d'accueil ou à celle d'origine la faculté de l'étendre unilatéralement⁵⁹⁵.

De surcroît, selon la Cour de cassation, la mise à disposition entraînera un changement d'emploi sans constituer une modification du contrat de travail si la nouvelle carrière est conforme avec la qualification du salarié. Dans un arrêt rendu en avril 2002, elle a déclaré qu'«il n'y a pas modification du contrat de travail lorsque l'employeur affecte un salarié à une tâche différente de celle qu'il exerçait antérieurement, mais correspondant à sa qualification⁵⁹⁶».

C- Information et consultation du comité d'entreprise

312. L'appartenance de l'employeur à un groupe de sociétés ne l'exonère pas de son devoir de créer un comité d'entreprise si les conditions de cette création sont réunies, ni de son obligation d'informer et consulter ce comité lorsqu'elle projette la mise à disposition des salariés à une autre société du même groupe. Cette information-consultation constitue une obligation relative à la mise à disposition collective qui porte ses effets à l'organisation, la gestion et la marche générale de la société d'origine. Puisque cette opération touche sensiblement le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, le législateur l'a soumise au contrôle direct du comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2323-6)⁵⁹⁷. Lorsqu'il s'agit cependant d'une mise à disposition individuelle, il n'y a pas lieu d'évoquer cette obligation.

595 Cass. soc. 14 oct. 2008 n° 06-46.400.

596 Cass. soc. 9 avr. 2002 n° 1340 : RJS 7/02 n° 785.

597 Cet article dispose que « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ».

En outre, si les mises à disposition proposées entraînent pour les intéressés une modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, la société employeur d'origine doit mettre en œuvre la procédure information-consultation des représentants du personnel prévue en cas de licenciement pour motif économique et établir un plan de sauvegarde, si au moins 10 salariés ont refusé la modification proposée et que leur licenciement est envisagé (C. trav. art. L.1233-25)⁵⁹⁸.

II- Les effets de la mise à disposition

313. La mise à disposition n'entraîne pas modification du contrat de travail : le salarié demeure contractuellement lié à la société d'origine. Mais, sa présence dans la société d'accueil suffit pour l'inclure dans ses effectifs, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'existence d'un lien de subordination avec elle⁵⁹⁹.

Cette situation complexe, très fréquente dans le cadre de groupes, suscite une interrogation sur l'étendue de la responsabilité des sociétés concernées, c'est-à-dire la société d'accueil et celle d'origine.

A- Le statut du salarié dans la société d'origine

314. Bien qu'il ne soit actuellement prévu par aucun texte législatif, le maintien du contrat de travail du salarié à la société employeur d'origine ne souffre en réalité aucune discussion⁶⁰⁰. La mise à disposition du salarié prêté n'a pas en effet d'incidence sur le contrat de travail liant ce salarié à la société prêteuse⁶⁰¹; d'où l'absence de tout changement d'employeur. Le salarié continue à bénéficier pendant la durée de cette mise à disposition du statut collectif applicable dans la société prêteuse. S'il a été prêté par son employeur

598 Selon les dispositions de cet article : « Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L.1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique ».

599 Voir dans le même sens M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, J.G.D.J., p.111.

600 Ce maintien avait trouvé son fondement légal dans l'article L.124-9 de l'ancien Code du travail français, relatif au travail temporaire, applicable en vertu de l'article L.125-3, al. 2 du même Code au prêt de main-d'œuvre non lucratif. Cet article prévoit que : « Sous réserve des dispositions qui précèdent, il n'est pas dérogé au droit commun en ce qui concerne les rapports nés du contrat de travail unissant l'entrepreneur de travail temporaire à des salariés ».

601 Voir encore C. Benoît-Renaudin, *La responsabilité du préposé*, Thèse publiée avec le soutien du Conseil Scientifique de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, n°269, p.217. Selon cet auteur « l'entreprise du travail temporaire (société d'origine) demeure le seul employeur de travail temporaire, car il n'existe aucun contrat de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur. L'entreprise de travail temporaire est liée par un contrat de mise à disposition avec l'entreprise utilisatrice, et c'est un contrat de mission entre le travailleur temporaire et l'entreprise de travail temporaire qui permet à celle-ci de donner au travailleur son affectation au sein de l'entreprise utilisatrice ».

société mère à une filiale, et que la convention ou l'accord collectif applicable dans cette dernière lui octroie un bon salaire ou une réserve de participation, la société filiale ne peut lui imposer une rémunération moins avantageuse. Mais dans la mesure où ce salaire et cette réserve de participation continuent à être payés par la société d'origine, le salarié n'a pas le droit de demander des rémunérations ou une réserve spéciale supplémentaire de la part de la société d'accueil⁶⁰². C'est surtout le cas dans le cadre de groupes de sociétés où l'unité et l'entité économique et financière du groupe conduisent la société mère ou filiale à continuer à payer ses salariés détachés dans une autre société du groupe, considérant que le fruit du travail pour lequel ils y sont affectés revient en pratique à l'ensemble de ce groupe. Ainsi les salariés de cette société n'ont pas à se prévaloir de leur fonction dans la société d'accueil pour être avantagés par une deuxième rémunération.

315. Par ailleurs, il advient parfois que, pendant la mise à disposition du salarié, le statut juridique de la société d'origine subisse certaines modifications, telles que la succession, la vente, la fusion ou la transformation, soulevant la question du sort du contrat de travail du salarié prêté. La réponse se trouve à l'article L. 1224-1 du Code du travail selon lequel « 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 ». Cette hypothèse est vérifiée dans les groupes de sociétés où la société filiale dont le salarié a été détaché dans une société sœur ou dans la société mère se voit absorbée par sa mère ou sœur. En l'état, ce salarié n'a pas vocation à s'opposer à cette opération, car les droits issus de son contrat de travail se transfèrent de plein droit à la société absorbante qui devient son seul lien redevable⁶⁰³. Il en ira de même si l'opération réalisée par la société d'origine consiste à sous-traiter par une autre société du même groupe des marchés de travaux de forage minier, pour autant qu'elle s'accompagne du transfert d'une entité entre deux sociétés et ainsi des salariés liés à cette entité. Il en résulte que leurs contrats de travail seront transférés à la société cédante.

316. Toutefois, à l'issue de la mise à disposition, la société d'origine doit réintégrer le salarié prêté dans le poste qu'il a occupé avant le détachement ou dans un travail équivalent. Elle n'a pas à procéder à son licenciement en prétextant que son poste a été

602 Cass. soc. 23 juin 1988, *comité central d'entreprise de la Cezus c/ SA Cezus* : Bull. civ. V n° 388.

603 L. Gaudin, *La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ?* *Revue de droit du travail*, 2008, p. 162.

occupé par un autre membre du personnel ou qu'il a été licencié par la société d'accueil pour motif économique. Cependant, il n'est pas rare dans le cadre du groupe que les difficultés économiques rencontrées par la société d'accueil aient des incidences sur la société d'origine, de telle manière que le licenciement prononcé par cette société implique en pratique un licenciement du groupe en entier. Mais il faudrait, en tout état de cause, évoquer et prouver pour la société d'origine le motif économique avant de procéder à ce licenciement. L'unité et l'entité économique du groupe ne pourraient en effet occulter la réalité juridique que les sociétés membres demeurent autonomes, et conséquemment concernées d'une façon individuelle par les dispositions du droit du travail applicables en la matière.

317. Par ailleurs, la question qui se pose ici porte sur les effets issus de la faute commise par le salarié détaché sur le contrat de travail. Autrement dit, lorsque ce dernier commet une faute motivant la société d'accueil à mettre fin à sa mutation, la société d'origine, peut-elle de sa part prononcer son licenciement en se fondant sur cette faute ? Selon A. Charveriat⁶⁰⁴ et ses coauteurs « l'employeur d'origine ne peut licencier le salarié pour une faute constatée dans le poste de détachement, alors même que le poste de réintégration nécessite des compétences identiques ». Cette solution, bien que protégeant davantage le salarié mis à disposition, ne semble pas échapper à la critique, car ce dernier reste juridiquement lié à un seul employeur⁶⁰⁵, celui d'origine, et que la faute a été commise lors de l'exécution de sa mission dans la société d'accueil. On ne devrait pas en effet exonérer le salarié d'une faute accomplie dans l'exercice de son travail ; sinon, il se soustrairait à toute responsabilité.

B- Le statut du salarié dans la société d'accueil

318. Le statut du salarié détaché dans la société d'accueil soulève deux interrogations portant sur l'existence d'un contrat de travail le liant à cette société et sur les obligations imposées à cette dernière relatives aux conditions de travail.

1- L'existence d'un contrat de travail avec la société d'accueil

Le prêt de main-d'œuvre n'entraîne pas, en principe, de changement d'employeur. Ainsi

604 A. Charveriat et alter, *Groupes de sociétés*, op. cit., n°15144, p. 1046.

605 Voir dans ce sens Cass. soc. 23 févr. 1994 : Bull. civ. V n° 66 : « les juges du fond qui refusent de reconnaître la qualité d'employeur à une société après avoir, d'une part, estimé que les salariés en cause avaient travaillé au service de celle-ci seulement dans le cadre d'une simple mise à disposition et, d'autre part, relevé qu'aucun lien de subordination juridique n'avait été créé avec cette société, peu importe, à cet égard, que cette dernière ait eu autorité sur eux pour l'exécution du travail ».

le salarié d'une filiale mis à disposition d'une autre société du même groupe ne devient pas le salarié de cette dernière, car il n'y a pas de contrat de travail préexistant entre les deux. En ce sens, la Cour de cassation française déclare que : « la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'indemnités de rupture d'un salarié à l'encontre d'une société, relève qu'aucun contrat n'a été conclu entre lui et cette société et que son travail au sein de ladite société résultait d'une convention de mise à disposition pour une mission précise et temporaire entre son employeur et la société en cause, faisant ainsi ressortir que le salarié est resté sous la seule subordination de son employeur, peu importe que son salaire ait été réglé pendant la période de mise à disposition par l'autre société ». La Cour de cassation n'exige donc pas l'existence d'un contrat de travail liant le salarié à la société d'accueil pour que cette dernière soit qualifiée d'employeur, mais se contente de l'existence d'un lien de subordination entre les deux. Cela peut être interprété par le fait que cette qualité s'acquiert aussitôt que la société d'accueil exerce les pouvoirs d'employeur, qu'elle soit ou non la rétributrice du salaire⁶⁰⁶ .

319. Toutefois, on pourrait évoquer l'hypothèse de l'employeur conjoint (co-employeur). La société d'origine est en lien contractuel avec son salarié mis à disposition, de même que la société d'accueil exerce sur lui un pouvoir de contrôle susceptible de la qualifier « d'employeur ». En l'absence de cessation de contrat, la jurisprudence n'hésite pas à se fonder sur cette théorie en permettant au salarié de solliciter indifféremment chacune de ces sociétés en vue du paiement des salaires et des indemnités de fin de contrat⁶⁰⁷ . Ainsi dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Versailles affirme que « la qualité de co-employeur suppose que la prestation de travail soit exercée sous la subordination juridique de chacun des employeurs de manière alternative ou conjointe, et qui exercent chacun des pouvoirs de direction et disciplinaire⁶⁰⁸ ».

De même, l'existence de l'hypothèse du co-employeur peut être reconnue entre sociétés d'un même groupe sans qu'un lien de domination soit relevé entre ces sociétés. Cela arrive notamment dans les groupes dont l'activité exercée par leurs sociétés se caractérise par une complémentarité et une communauté de dirigeants. Dans un arrêt de la

606 Voir encore *E. Dockes, E. Peskine et C. Wolmark, (Droit du travail, Dalloz, 5e éd, 2009., n°255, p. 228)*, qui ont souligné que « Si le pouvoir de direction demeure entre les mains du cocontractant du salarié, celui-ci est son unique patron, et le tiers bénéficiaire du travail (la société d'accueil) n'est qu'un maître d'ouvrage ou un maître d'œuvre ».

607 Voir encore *F. Duquesne, Droit du travail, 2004, n°79, p. 88.*

608 *CA. Versailles, ch.6, 12 sept. 2010, n°09/03811.*

Cour de cassation rendu en 2008⁶⁰⁹, un ingénieur de recherche se trouvait sous la direction de plusieurs filiales, qui lui demandaient chacune de rendre compte des recherches effectuées en leur faveur. En dépit de leur autonomie juridique, ces sociétés étaient reconnues par la juridiction comme conjointement son employeur et ainsi responsable du versement de ses salaires.

320. En revanche, si le salarié mis à disposition a conclu un contrat de travail avec la société d'accueil, le contrat de travail initial (déjà conclu avec la société d'origine) est suspendu pendant la durée de détachement : ce contrat entre en sommeil et doit reprendre à son issue. Mais pour parvenir à ce résultat, il faut que la société d'origine cesse d'exercer tout pouvoir de direction et disciplinaire à l'égard de ce salarié ; sinon son contrat reste actif et cette dernière pourrait être qualifiée de «co-employeur».

2- Les conditions de travail

321. L'article L. 8241-8 du Code du travail prévoit que « les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées. Dans ce cas, les articles L.1251-21 à L.1251-24, L. 2313-3 à L.2313-5 et L. 5221-4 du présent Code ainsi que les articles L.412-3 à L.412-7 du Code de la sécurité sociale sont applicables ». Ainsi, selon le article L. 1251-21, la société d'accueil (dite «entreprise utilisatrice») doit répondre, pendant la durée de la mise à disposition, aux conditions d'exécution du travail telles qu'elles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail. Il s'agit pour ces conditions : de la durée du travail, le travail de nuit, les repos hebdomadaires, l'hygiène et la sécurité du travail, du travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs. De même, selon l'alinéa 23 de cet article, si l'activité exercée par le salarié mis à disposition nécessite une surveillance médicale spéciale, les obligations correspondant sont à la charge de la société d'accueil. De plus, selon l'alinéa 24 du même article, les salariés mis à disposition ont accès, dans l'entreprise d'accueil dans les mêmes conditions que les salariés de celle-ci : aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration, dont peuvent bénéficier ces salariés.

322. Enfin, selon l'article L. 2313-3 du Code du travail, les salariés mis à disposition peuvent faire présenter, par les délégués du personnel de l'entreprise d'accueil leurs réclamations individuelles et collectives relatives à l'application des dispositions concernant les conditions d'exécution du travail, la rémunération et le paiement des jours

609 Cass. soc., 26-6-2008, n°07-41.294 : RJS 10/08, n°955.

fériés, l'accès aux équipements et aux services collectifs de l'entreprise utilisatrice. L'article L. 2313-3 donne aux salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice (la société d'accueil) la faculté de faire présenter par les délégués du personnel de ces entreprises leurs réclamations intéressant l'application des dispositions relatives à leur rémunération, à leurs conditions de travail et à l'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives.

Sous-section II : Cas particuliers de mise à disposition

323. Dans les groupes de sociétés, on rencontre souvent l'existence de pratiques particulières de détachement, issues des rapports de contrôle et de la complémentarité d'activités qui dominent les sociétés du groupe. La société mère, motivée par ses participations majeures, tend à s'immiscer dans la gestion de ses filiales, sinon directement, tout au moins à travers des personnes interposées telles qu'un salarié, dirigeant ou une filiale. Elle entend par l'adoption de cette pratique combiner deux objectifs contradictoires : conserver la personnalité morale de ses filiales et mettre celles-ci sous sa propre direction économique et financière. De même, il n'est pas rare, dans les groupes multinationaux, que la société mère détache un ou plusieurs salariés pour l'exercice d'une carrière professionnelle ou comme mandataire dans une filiale située à l'étranger. C'est une pratique bien constatée au point que certains législateurs, dont le français, sont intervenus en vue d'un texte spécifique pour la régir.

Il convient à cet égard d'aborder successivement la mise à disposition de salarié dans une filiale située à l'étranger et, ensuite, la mise à disposition de salarié pour l'exercice d'un mandat social.

I- La mise à disposition de salarié dans une filiale située à l'étranger

324. C'est une pratique très fréquente dans les groupes de sociétés multinationales où la société mère et ses filiales ou sous-filiales se trouvent implantées dans des pays différents. Il arrive souvent que cette société détache un ou plusieurs salariés, surtout des cadres supérieurs, pour exercer temporairement une mission dans une filiale située à l'étranger. Cette affectation peut parfois constituer un passage obligatoire pour les salariés détachés lorsqu'elle est prévue dans le contrat de travail ou la convention collective de la société mère.

S'effectuant donc hors du cadre national, cette opération implique une expatriation des

salariés détachés, ce qui complique ses effets juridiques pour les sociétés concernées, comme pour les salariés détachés. Ces difficultés pratiques ont fait l'objet d'un traitement législatif dans le droit français, fourni par l'article L. 1231-5 du Code du travail. L'analyse de ce sujet nous invite à aborder deux points essentiels : la mise en œuvre et les conséquences du détachement.

A- La mise en œuvre du détachement

325. Selon l'article L. 1231-5 du Code du travail, « 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 ».

Ce texte exige la réunion de plusieurs conditions afin que le salarié détaché dans une filiale à l'étranger ait un droit de rapatriement et de reclassement. Il faudrait qu'il existe un rapport entre deux sociétés qualifiant l'une de filiale de l'autre, qu'un contrat de travail entre le salarié et la filiale soit conclu au moment du détachement, et enfin que le salarié soit licencié par la filiale.

1- L'existence d'un lien de filiation entre deux sociétés

326. Aux termes de l'article L. 1231-5 du Code du travail, les liens entre les sociétés doivent être ceux de mère à filiale. Or le problème réside ici dans le fait que cet article exige l'existence de ces liens sans pour autant donner une acception précise, ni avoir renvoyé aux dispositions de l'article L. 233-1 du Code de commerce précédemment analysées⁶¹⁰. Les rapports de filiation sont en effet régis par cet article, dont l'application en la matière nécessite un renvoi particulier que l'article L. 1231-5 aurait dû faire. La jurisprudence adopte une position extensive de la notion de filiale admettant l'application de l'article L. 1231-5 dès lors que le contrôle de la société est caractérisé. La Cour de cassation⁶¹¹ avait, dans un arrêt rendu en juin 1990, retenu l'existence de liens de filiation au sens du droit du travail à partir des indices non capitalistiques, en s'appuyant sur le droit de vote dont dispose la société mère dans sa filiale. Elle a fondé sa décision sur l'assistance technique que la société mère a garanti à sa filiale, laquelle a été considérée par la Cour

610 Cet article dispose que « lorsqu'une société détient plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première ».

611 Cass. soc. 27 juin 1990, n°86-43.483.

comme indispensable pour le fonctionnement de la filiale étrangère⁶¹². Elle a affirmé en ce sens que : « mais attendu que la cour d'appel a relevé que la Société Cobra, d'une part, après avoir complété la formation des époux Bourquin afin qu'ils acquièrent la compétence professionnelle nécessaire pour assurer les fonctions de responsables de fabrication dans la nouvelle Société CMO, avait pris toutes dispositions pour assurer à celle-ci l'assistance technique indispensable à son fonctionnement, d'autre part, avait fait des actes qui auraient dû relever normalement de la seule autorité de la société CMO ; qu'elle a pu déduire de ces constatations que la Société Cobra exerçait son contrôle sur la Société CMO bien qu'elle n'en possédât pas la majorité du capital ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ». Selon *Charveriat* et ses coauteurs⁶¹³, si l'on ne tient pas compte de cet arrêt, « on aurait pu envisager que seuls soient concernés les salariés des filiales entendues au sens de la loi du 24 juillet 1966, c'est-à-dire les entreprises dont la société mère détient plus de la moitié du capital ».

327. Il nous semble que le législateur est appelé à combler cette lacune par un texte spécifique qui régit de manière satisfaisante le contrôle nécessaire à l'application de cet article, ou se réfère tout au moins à un texte existant, tel l'article L. 233 du Code de commerce, évitant toute ambiguïté, voire contradiction, dans la jurisprudence. Mais, en tout état de cause, comme la Cour de cassation, on ne peut renvoyer à une disposition particulière sans texte de référence.

328. En outre, la question peut encore se poser concernant le sort du contrat conclu avec la filiale étrangère lors d'un changement dans sa situation juridique : c'est-à-dire si elle a été absorbée par une autre société ou cède son fonds à celle-ci. Nous avons constaté que la règle applicable aux groupes de sociétés purement français implique que la société absorbante ou cessionnaire se substitue pour ce contrat à celle absorbée ou cédée. Tel n'est pas le cas pour la mise à disposition internationale. Selon la Cour de cassation, la cession par une filiale étrangère de son fonds à une autre société tierce, mettait fin *ipso facto* au contrat de travail liant le salarié à cette société. Elle doit en conséquence engager la responsabilité de la société mère française de rapatrier et de proposer le reclassement à ce salarié⁶¹⁴.

612 Ce sont presque les mêmes fondements sur lesquels la Cour d'appel de Versailles s'appuyait (voir, *CA. Versailles*, 3 mars 2009, n°07/03837).

613 A. *Charveriat et alter*, *Groupes de sociétés*, op. cit., n°15416, p.1060.

614 Voir *Cass. soc.* 13 nov.2008, n° 07-41.700, à paraître au *Bulletin et Soc.* 13 nov. 2008, n° 06-42.583, inédit. Il s'agit dans cette affaire d'un salarié engagé par une société mère française, et affecté quelques mois

2- L'existence d'un contrat de travail entre le salarié et la société mère

329. L'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail implique qu'un contrat de travail soit conclu entre la société mère et le salarié préalablement à la mise à disposition de ce dernier dans la filiale étrangère, et que ce contrat subsiste pendant la période de mise à disposition⁶¹⁵. Cette condition est essentielle au point que son absence conduit à écarter les dispositions dudit article. Ainsi, il ne suffit pas que le salarié mis à disposition d'une filiale étrangère soit en contrat avec une autre filiale française. La Cour de cassation affirme dans un arrêt récent⁶¹⁶ que : « Le salarié d'une société française, filiale d'un groupe international, qui est embauché par une autre société filiale établie à l'étranger, n'a aucun droit à être réintégré dans un emploi de la société filiale française lorsqu'il est licencié par la société filiale étrangère ; qu'en estimant en l'espèce que les conditions d'application de l'article L. 122-14-8 du Code du travail étaient remplies, la Cour d'appel a violé par fausse application le texte précité (nouvel article L. 1231-5 du Code du travail)»⁶¹⁷. Il en va de même lorsque la société filiale française devient postérieurement la société mère de la filiale étrangère⁶¹⁸.

330. Par ailleurs, il arrive parfois que la société mère embauche un salarié, non dans le but de l'employer en son sein, mais pour le mettre à la disposition d'une filiale située à

plus tard en Argentine, au sein d'une filiale de cette dernière. À la suite d'une cession partielle de fonds de commerce, son contrat de travail avait été transféré à l'acquéreur du fonds en application du droit argentin. Après avoir contesté le transfert de son contrat et demandé à la société mère du groupe de le rapatrier en France, le salarié avait néanmoins signé un contrat de travail de droit argentin avec le cessionnaire. Il avait ensuite saisi le juge prud'homal d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société dominante du groupe ainsi que des indemnités de rupture. Pour rejeter sa demande, la Cour d'appel de Paris avait notamment relevé « qu'en l'absence de toute demande claire et non équivoque de rapatriement en France et de toute rupture du contrat de travail de droit argentin antérieures à la cession et alors qu'aucune fraude n'était alléguée », le contrat de travail de l'intéressé avait été transféré et sa novation acceptée, comme en attestait la signature du contrat avec le cessionnaire du fonds. Faute de rupture du contrat, le salarié ne pouvait donc invoquer l'article L. 122-14-8 (devenu L. 1231-5 du Code du travail). La Chambre sociale de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au motif que « la cession par la filiale argentine (...) de son fonds à une société tierce, mettait fin ipso facto au contrat de travail liant M. X... à la filiale argentine et qu'il s'en déduisait qu'il appartenait à la société mère (...) de prendre l'initiative du rapatriement du salarié et de lui proposer un reclassement ».

⁶¹⁵ Voir V. Stulz, *Mise à disposition internationale de salariés, Travail et Protection sociale* n°3, mars 2005, Étude 4 : « dans le cadre de la mise à disposition internationale de salariés, le contrat initial avec la société-mère n'est pas rompu. Il est le plus souvent simplement suspendu, du moins pour la plupart de ses effets ».

⁶¹⁶ Cass. soc. 10 févr. 2010, n° 08-42.860.

⁶¹⁷ Voir en même sens M-C. Amauger-Lattes, *Rapatriement et reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère au sein de la société mère : l'interprétation large d'un texte restrictif*, Soc. 13 novembre 2008, n° 07-41.700, à paraître au Bulletin et Soc. 13 nov. 2008, n° 06-42.583, inédit, revue de droit du travail, 2009, p.29.

⁶¹⁸ Voir : Cass. soc. 15 mars 1994 n° 1426 D, *Mayer c/ Régie nationale des usines Renault* ; Cass. soc. 11-20.013, 09 janv. 2013.

l'étranger. L'hypothèse est fréquente, notamment pour les cadres de haut niveau qui ne s'engagent pas directement avec la filiale étrangère, mais par l'intermédiaire de la société mère. C'est-à-dire qu'ils concluent un contrat initial avec la société mère, prévoyant la rémunération à percevoir de la filiale étrangère et indiquant toutes les autres conditions conformes aux lois du pays d'accueil. La question qui se pose ainsi consiste à savoir si la seule existence d'un contrat de travail liant le salarié détaché à la société mère suffit pour l'application de l'article 1231-5, ou s'il faut encore que ce dernier ait exercé des fonctions auprès de la société mère antérieurement à son détachement.

331. La réponse ne semble pas unanime dans la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, les dispositions dudit article ne s'appliquent qu'aux salariés ayant travaillé pour la société mère avant d'être détachés auprès de la société filiale⁶¹⁹. En revanche, un autre arrêt plus récent de la Cour d'appel de Versailles⁶²⁰, est venu préciser que l'existence d'un contrat liant le salarié à la société mère est établie même si ce contrat (le salarié n'ayant accompli aucun travail au sein de cette société) a été conclu pour l'exercice d'une fonction au sein d'une entreprise du groupe. Elle ajoute que : « dès lors que M.B. (le salarié détaché) lié à la société C.O (la société mère) par un contrat dit de mobilité à la disposition de la société O. Environnemental Groupe (filiale à l'étranger), et que la relation avec cette société a été rompue, il appartient à la société C.O. de rapatrier M.B et de lui procurer un nouvel emploi compatible avec la qualification de classification interne C.O nyx, reconnue par la lettre de 11 décembre 2001 ».

332. En comparant les deux décisions, il semble que la Cour de cassation s'est bien conformée à l'article L. 1231-5 du Code du travail, qui oblige la société mère à procurer au salarié un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein. Le problème que la Cour d'appel de Versailles avait ignoré réside dans le fait que le salarié licencié par la filiale étrangère, bien que disposant d'un contrat avec la société mère, n'a pas été employé au sein de celle-ci, d'autant qu'il est fort douteux que ce contrat puisse être qualifié de « contrat de travail »⁶²¹.

619 Cass. soc. 11 janv. 1995 n° 209.

620 CA de Versailles, Ch11, 03 mars 2009, n° 07/03837.

621 Voir dans le même sens : M-C. Amauger-Lattes, *op. cit.*, p.39 affirmant que « Le salarié doit enfin avoir été engagé par la société mère et avoir travaillé en son sein, même très brièvement, avant d'être mis à disposition de la filiale étrangère. Cette exigence découle de la rédaction du texte qui prévoit le reclassement du salarié dans un emploi compatible avec l'importance des fonctions qu'il occupait au sein de la société mère » ; I. Beyneix, *Le salarié mis, par sa société mère, à la disposition d'une filiale étrangère doit être rapatrié et réintégré au sein de cette dernière, qu'il subsiste ou non un contrat originel entre eux.*, La

3- Conclusion d'un contrat avec la filiale étrangère

333. Un contrat de travail doit être conclu entre le salarié et la filiale étrangère. C'est une condition indispensable pour l'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail, sans quoi le salarié reste associé à un seul employeur, celui-ci étant la société mère⁶²². Mais même dans cette hypothèse, le salarié dispose d'un droit à la réintégration, « non pas en vertu de l'article L. 1231-5 du Code du travail, inapplicable en l'espèce, mais parce que le détachement à l'étranger constitue une modalité d'application de son contrat de travail avec la société mère⁶²³ ».

334. Par ailleurs, ledit texte ne prévoit pas la nature du contrat de travail conclu entre le salarié et la filiale étrangère. Cela conduit à se demander si ce contrat doit être conclu à durée indéterminée, ou peut également être conclu à durée déterminée. Selon A. Charveriat⁶²⁴ et ses coauteurs « une interprétation littérale du texte conduirait à exclure de son champ d'application le cas des salariés liés à la société filiale par contrat à durée déterminée. L'article L. 1231-5 vise en effet le cas du salarié licencié par la filiale. Or au sens strict du terme, le salarié dont le contrat à durée déterminée prend fin, n'est pas licencié ». Ce commentaire amène à conclure que les salariés mis à disposition d'une filiale à l'étranger, par un contrat à durée déterminée, n'ont pas droit à la réintégration, à la différence d'autres salariés liés à cette société par un contrat à durée indéterminée. Ce résultat, bien qu'incontestable, atténue davantage l'efficacité dudit texte en décevant nombre d'employés. En effet, les salariés de la société mère sont souvent détachés dans la filiale étrangère pour l'exercice d'une mission temporaire, qui ne dure parfois pas plus de quelques semaines ou mois. Le fait de les traiter ainsi, moins favorablement que leurs collègues ayant un contrat à durée indéterminée, ne semble pas être justifié. De même, il n'est pas exclu en pratique que la société mère procède, dans le but de se défaire d'un

semaine juridique entreprise et affaires, n°14, 2 avr. 2009, 1358. Elle écrit que « Le seul fait d'avoir travaillé pour le compte de la société mère avant la mise à disposition de la filiale établit l'existence d'un lien de subordination avec la société mère qui subsistera pendant la mise à disposition et qui fonde l'obligation de rapatriement et de réintégration ».

622 Voir en ce sens : CA. Riom, 11 janv. 2011, n°11/01607. La Cour cite dans cet arrêt : « les termes de l'article L 1231-5 du Code du Travail garantissant le rapatriement en France en cas de licenciement par la filiale n'étaient pas applicables. En effet, cet article vise le cas d'un salarié engagé par une société mère et mis à disposition par une filiale étrangère lorsqu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière. En l'espèce, cet article n'était pas applicable puisqu'il n'y avait pas de contrat spécifique avec la filiale polonaise, mais que le contrat de travail de Monsieur Olivier FLORET restait bien conclu avec la Société mère F. Mecanic ».

623 A. Charveriat et alter, *Groupes de sociétés*, op. cit., p. 1059.

624, *idem*, p. 1059.

certain nombre de travailleurs, à leur détachement dans une filiale à l'étranger, qui mettra par la suite fin à leur contrat. Pour éviter un tel paradoxe, nous estimons que la formulation de ce texte nécessite l'emploi d'un autre mot plus compréhensif que « licencié ».

4- Licenciement du salarié par la filiale étrangère

335. L'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail suppose que le salarié détaché ait été licencié par la filiale étrangère. Les dispositions de cet article n'exigent pas un motif précis pour le licenciement. Celui-ci peut ainsi être prononcé pour des raisons économiques telles qu'une crise financière frappant l'entreprise filiale ou pour des motifs professionnels tels qu'une incapacité du travail ou la commission d'une faute⁶²⁵. Dans cette dernière hypothèse, la gravité de cette faute n'importe pas : le salarié licencié par la filiale dispose de son droit au retour et à la réintégration, même si ce licenciement se fonde sur une faute grave ou lourde commise par le salarié ; d'autant que le texte n'apporte aucune restriction sur ce point⁶²⁶.

336. En outre, si la fin du détachement n'a pas été décidée par la société filiale, mais que le salarié lui-même démissionne, rompant unilatéralement les liens l'unissant à cette dernière, il n'a pas donc à se prévaloir d'un droit au retour ni d'un droit au reclassement auprès de la société mère⁶²⁷.

B- Les conséquences du détachement

337. Le détachement du salarié auprès d'une filiale à l'étranger implique des effets aussi bien sur la société mère, employeur d'origine que sur le salarié détaché, lui-même.

1- Les conséquences quant à la société-mère

338. Aux termes de l'article L. 1231-5 du Code du travail, dès lors qu'elle a connaissance de la rupture du contrat du travail entre le salarié et la filiale étrangère, il appartient à la société mère de prendre l'initiative de rapatrier le salarié et de lui proposer un reclassement. Ces obligations s'imposent à la société mère même si le salarié ne

625 Les motifs du licenciement sont soumis à la compétence de la loi du pays d'accueil, la jurisprudence française n'exige pas que le licenciement soit conforme à la loi française. Voir : *Cass. soc. 13 nov. 2008 n° 06-42.583 (n° 1894 FS-PBR) Hernandez c/ Sté Geodis Logistics Ile-de-France : RJS 1/09 n° 68*.

626 Voir encore *P. Coursier, Rapatriement d'un salarié envoyé à l'étranger : peu importe le mode de rupture avec la filiale étrangère. JCP S., n°6, 3 fév. 2009, p. 1055*.

627 *P. Coursier, idem., p. 1055*.

demande pas son rapatriement et sa réintégration dans un emploi en France⁶²⁸.

Il convient dès lors d'aborder successivement : l'obligation de rapatriement et l'obligation de reclassement du salarié licencié par la filiale étrangère.

a- L'obligation de rapatriement

339. La société mère doit assurer le rapatriement du salarié détaché dès lors que celui-ci est licencié. Tout retard peut l'exposer à prendre en charge les frais du séjour engagé par le salarié entre la date de cessation de ses fonctions et celle de son retour. Celui-ci aurait encore droit à des dommages-intérêts s'il a été établi que la société mère était à l'origine de ce retard, malgré sa mise en demeure par le salarié.

En outre, l'obligation de rapatriement implique que la société mère assume les frais de transport du salarié. On peut regretter que ledit texte (L. 1231-5 du Code du travail) ne prévoie pas le rapatriement du conjoint et des enfants du salarié licencié.

b- L'obligation de reclassement

340. En application de l'article L. 1231-5 du Code du travail, la société mère doit procurer au salarié licencié par sa filiale étrangère un nouvel emploi en son sein, faute de quoi elle peut être condamnée à lui verser à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que des dommages-intérêts pour le même motif⁶²⁹.

La société mère n'a pas à obliger le salarié à accepter une réintégration dans une autre société de son groupe, même si celle-ci est située dans le pays d'accueil de la filiale étrangère, ou lui offre une rémunération plus confortable. La seule raison qui pourrait la dispenser de son obligation consiste en l'impossibilité de reclasser le salarié, faute de poste disponible compatible avec ses précédentes fonctions⁶³⁰. Cela arrive en effet lorsque les compétences du salarié ayant réalisé une grande partie de sa carrière à l'étranger, parfois successivement dans plusieurs pays, ne correspondent plus aux postes disponibles au sein de la société mère⁶³¹. Cependant, même en l'occurrence, il incombe à la société mère de justifier des efforts entrepris pour trouver au salarié un nouvel emploi : il ne lui suffit pas

628 Cass. soc. 6 juill. 1982 n° 1419 : Bull. civ. V n° 451 ; Cass. soc. 13 nov. 2008 n° 06-42.583 (n° 1894 FS-PBR) *Hernandez c/ Sté Geodis Logistics Ile-de-France* : RJS 1/09 n° 68.

629 Cass. soc. 4 déc. 1985 : Bull. civ. V n° 569.

630 Cass. soc. 30 mai 1991, *SA Coframines c/ Tamalet* : « l'impossibilité de reclassement d'un salarié détaché à l'étranger, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

631 Voir encore V. Stulz, *op. cit.*, p. 2.

d'invoquer de simples démarches effectuées pour tenter de le reclasser⁶³².

341. Par ailleurs, s'agissant de l'emploi proposé au salarié, il doit, selon ledit article L. 1231-5, être « compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions », exercées au sein de la société mère. Si ces fonctions ne sont plus disponibles, la société mère doit retrouver au salarié un nouvel travail équivalant à son niveau hiérarchique, à sa rémunération et, plus largement, à ses conditions de travail. Face à une impossibilité, elle doit lui notifier son licenciement.

c- Le licenciement à juste motif

342. La société mère peut donc se dégager de son obligation de reclassement en établissant l'impossibilité de reclasser le salarié dans son ancien poste ou dans un poste équivalent disponible. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si cette impossibilité représente le seul motif de ce dégagement ou s'il y en a d'autres. On peut imaginer en pratique deux hypothèses. D'une part, le salarié détaché dans la filiale étrangère peut être licencié par celle-ci en raison d'une faute grave ou lourde. On peut ainsi se demander si son contrat de travail initial fera ou non l'objet d'une résiliation par la société mère employeuse d'origine. D'autre part, il n'est pas exclu que la filiale étrangère procède au licenciement du salarié détaché en son sein au gré d'une crise financière frappant son groupe en entier. Dans ce contexte, la société-mère, peut-elle invoquer le motif économique pour prononcer le licenciement de ce salarié ?

1) Le licenciement de salarié pour faute commise au sein de la filiale étrangère

343. C'est un motif personnel fondé sur l'incompétence ou la faute du salarié commise pendant l'exercice de sa carrière dans la filiale étrangère. Notons d'abord qu'il n'est pas contestable que la filiale étrangère puisse s'appuyer sur ce motif pour licencier le salarié. La question concerne donc la société mère qui considère souvent le groupe de sociétés comme une entreprise particulière au point qu'elle estime impossible le maintien en son sein d'un salarié licencié par une filiale.

Selon un auteur⁶³³, la difficulté de réintégrer le salarié se pose lorsque la résiliation de la mise à disposition par la filiale est fondée sur un motif personnel suffisamment grave pour que la société mère estime que le maintien de l'intéressé n'est plus possible, même au

⁶³² Cass. soc. 30 mai 1991, SA Coframines c/ Tamalet.

⁶³³ V. Stulz, *op. cit.*, p.2.

sein de la société mère. « Ainsi cette dernière peut décider de licencier immédiatement l'intéressé lorsque les faits ayant conduit la filiale à mettre un terme à la mise à disposition rendent impossible le maintien du salarié dans le groupe, c'est le cas, par exemple, lorsque le salarié a commis des indécroissances ou des détournements de fonds ou toute autre faute grave ou lourde».

344. Sur le plan de la jurisprudence, la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1999⁶³⁴ n'était pas convaincue par ces raisonnements. Dans cette affaire, il s'agissait d'un salarié qui avait été détaché par la Société Générale (société mère française) auprès d'une filiale suisse, licencié ensuite par celle-ci pour faute grave, et congédié par la Société Générale pour le même motif. Contre les deux sociétés, ce salarié avait saisi la juridiction française pour qu'elles soient condamnées solidairement au paiement d'indemnités pour rupture du contrat de détachement et pour rupture du contrat de travail, ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts liés aux circonstances de la rupture. Ces demandes ont été rejetées par la Cour d'appel de Paris⁶³⁵ qui a considéré que les fautes reprochées au salarié étaient suffisamment graves, justifiant son licenciement par la société-mère. La Cour de cassation, désapprouvant ce raisonnement, affirme que « si la société filiale met fin au détachement, le salarié peut se prévaloir des règles relatives au licenciement, et que la société mère, tenue de le réintégrer, ne peut le licencier qu'en invoquant une cause réelle et sérieuse de ce licenciement (...); qu'en statuant qu'elle a fait, alors qu'il lui incombait de statuer séparément sur les deux licenciements et d'examiner si chacun d'eux avait une cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

345. Selon la Cour de cassation, il ne suffit donc pas que le salarié soit qualifié de « fautif » dans la société filiale pour justifier son licenciement par la société mère, mais il faut établir l'existence d'une faute commise lors de l'exécution de son contrat dans la société mère. Cette exigence semble logique considérant que le salarié est en lien avec les deux sociétés par deux contrats séparés. Le fait que la filiale étrangère fasse partie du même groupe que la société mère n'implique pas qu'il existe une confusion entre leurs personnels, puisque les deux sociétés disposent chacune de sa personnalité juridique autonome. De plus, la reprise par la société mère du même motif de licenciement pourrait constituer à l'égard du salarié licencié une double sanction, en tant que telle prohibée par la jurisprudence de la Cour de cassation.

634 *Cass. soc.* 30 mars 1999, n°97-40.544, *Bull.* 1999 VN°141, p.101.

635 *CA. Paris*, 1 oct. 1996.

2) Le licenciement du salarié pour motif économique

346. Il est envisageable que la filiale étrangère procède au licenciement du salarié mis à sa disposition suite à des difficultés financières qui portent atteinte au groupe en entier. La société mère peut alors se fonder sur ce motif pour notifier au salarié la résiliation de son contrat initial. Mais avant cela, elle doit établir que les problèmes financiers sont de nature à affecter sa propre trésorerie et ne se limitent pas seulement à celle de sa filiale étrangère. Faute de quoi, le licenciement doit être réputé « sans cause réelle et sérieuse ». La Cour de cassation considéra dans une affaire comme non justifié le licenciement par une société mère française d'un salarié auparavant détaché auprès d'une filiale africaine (licenciement prononcé en raison de la mise en sommeil de cette filiale), au motif que les difficultés rencontrées par la filiale n'affectaient pas la société mère, dont la progression de l'activité était élevée⁶³⁶.

2- Les conséquences du détachement sur le salarié lui-même

347. Aux termes de l'article L. 1231-5 du Code du travail, le salarié licencié par la filiale dispose d'un droit de rapatriement et de reclassement dans la société mère. Pour bénéficier de ces droits, il doit informer cette dernière qui procédera à leur mise en œuvre. La question se pose cependant de l'effet du refus du salarié de son rapatriement ou reclassement : peut-on considérer ce refus comme une cause réelle et sérieuse à son licenciement ? Dans une décision datée du 2 mars 1994, la Cour de cassation⁶³⁷ censura une Cour d'appel pour avoir estimé que la rupture du contrat de travail était imputée à un salarié détaché à l'étranger dans une filiale, lequel, après rupture du contrat, avait refusé d'être rapatrié en France dans son entreprise d'origine sur un poste de cadre supérieur. Selon la Cour de cassation, il fallait établir la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner ; sinon, la rupture devait s'analyser comme un licenciement.

348. Pour autant, si la société mère fait la preuve que le poste proposé au salarié est identique ou équivalent à celui qu'il avait occupé avant son détachement, le refus par ce dernier peut donner lieu à son licenciement. Dans une décision rendue le 26 janvier 1986⁶³⁸, la Cour de cassation déclara que le refus d'un salarié détaché à l'étranger d'accepter à la fin de son détachement le poste qui lui était offert en France constituait une

⁶³⁶ Cass. soc, 17 févr. 1998, n°841.

⁶³⁷ Cass. soc. 2 mars 1994, n°1108.

⁶³⁸ Cass. soc. 26 janv. 1983 n° 144.

cause réelle et sérieuse, dès lors que le poste proposé ne constituait pas un déclassement⁶³⁹.

349. Par ailleurs, il se pourrait que le salarié prétende avoir perçu dans la filiale d'accueil une rémunération plus avantageuse que celle que prévoyait son contrat initial dans le pays d'origine. Cela est en effet envisageable lorsque les conditions de travail dans ce pays sont très différentes de celles existant en France, ou si le salarié a été recruté, au sein de la filiale étrangère, à un poste de haut niveau. On peut ainsi se demander s'il peut s'opposer à sa réintégration dans la société mère avec une rémunération moins favorable. Selon la Cour de cassation⁶⁴⁰, il ne faut pas méconnaître la différence entre les conditions de travail dans les deux pays. Le salarié ne peut pas demander plus que stipule son contrat de travail initial en France.

II- Le détachement du salarié dans une filiale pour l'exercice d'un mandat social

350. Comme nous l'avons constaté, la société mère tend souvent à verrouiller son contrôle sur son groupe, tantôt par ses prérogatives exercées au sein des assemblées générales et du conseil d'administration de ses filiales, tantôt par des mécanismes contractuels de formes différentes. Il arrive souvent qu'elle recrute une personne dans le but de lui confier les fonctions de mandataire social dans une filiale⁶⁴¹. Comme C. Malecki⁶⁴² le suggère, cette situation relativement nouvelle, issue du droit du groupe de sociétés, place le salarié dirigeant sous une double influence. À l'égard de la filiale, c'est en principe un véritable dirigeant, détenteur de toutes les compétences dévolues aux dirigeants sociaux, mais vis-à-vis de la société mère, il n'est en réalité qu'un simple employé, dépourvu de toute autonomie. Il devrait en cette qualité suivre d'une manière stricte les directives quotidiennes de cette dernière.

Cette position délicate soulève en pratique maints problèmes afférents à la protection de ce cadre dirigeant. Il s'agit en premier lieu de la qualification du contrat liant cette personne à la société mère. En l'absence de toute fonction technique distincte du mandat

639 Voir aussi plus récemment *Cass. soc.* 10 nov. 2009, n°08-41.758. Dans cet arrêt la Cour affirme que « le refus du salarié détaché de rejoindre une nouvelle affectation dans un poste équivalent et pour une même rémunération constitue une faute ; qu'en jugeant dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié détaché ayant refusé son rapatriement, sans constater ni un déclassement ni une baisse de rémunération, et au motif inopérant que le poste de chargé de mission serait imprécis, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1231-5, L. 1232-1 du code du travail ».

640 *Cass. soc.* 26 janv. 1983 n° 144.

641 Voir J.-C. Hallouin, *Le dirigeant d'une filiale peut bénéficier de la part de la société mère d'un contrat de travail dont l'objet exclusif est la gestion de la filiale, l'existence d'un lien de subordination étant ainsi caractérisée*, Dalloz, 1998, somm. p.186.

642 C. Malecki, *Les dirigeants de la filiale*, op. cit., 2000, p. 453.

social, on se trouve en effet en droit de douter de l'existence d'un contrat de travail. D'autre part, le salarié détient souvent son poste de dirigeant dans la filiale par un avenant à son contrat de travail avec la société mère, ou par une nouvelle convention ajoutée à ce contrat, ce qui pose la question de la continuité ou la discontinuité de ce contrat initial. De plus, il n'est pas exclu que ce salarié dirigeant soit révoqué de son poste de dirigeant ou de représentant par un acte de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, ou par une décision judiciaire, ce qui pose encore la question de sa réintégration dans la société mère. La question pourrait également se poser *a contrario* lorsque celle-ci résilie le contrat de travail, mettant en cause le sort du mandat social dans la filiale.

La réponse à toutes ces questions nous amène à aborder les conditions et les conséquences de cette forme de détachement.

A- Les conditions du détachement

351. D'abord, il est à signaler que la Cour de cassation émet certaines réserves sur la validité d'un contrat conclu entre le salarié et la société mère ayant pour objet exclusif l'exécution d'un mandat social dans une filiale. Elle exige pour cette validité trois conditions : l'existence d'un lien de subordination entre le mandataire social et la société mère, la rémunération de ce mandataire par la société mère, et l'exercice des fonctions pour lesquelles il était engagé.

1- L'existence d'un lien de subordination

352. Cette exigence apporte à l'acte conclu entre le salarié et la société mère sa caractéristique de « contrat de travail ». Bien que l'objet de ce contrat consiste en l'exercice d'un mandat social dans une filiale, la soumission du salarié aux directives de la société mère est de nature à écarter l'application du régime du mandat social pour le remplacer par celui du contrat de travail. Dans un arrêt daté du 2 octobre 1991⁶⁴³, la Cour de cassation rapporte l'existence d'un lien de subordination à la réception par le dirigeant-salarié des directives de la société mère relatives à l'exécution de son mandat dans la filiale, ainsi qu'à son obligation de rendre compte à cette dernière de toute question importante tenant à l'exercice de ses fonctions de mandataire dans la filiale. Elle affirme en ce sens que « le cumul entre un mandat social et des fonctions salariées n'est possible qu'à la condition que ces dernières correspondent à un emploi subordonné effectif, distinct du mandat social, en

643 Cass. soc. 2 oct. 1991, n°2878 D, SNC Cogesti et Cie c/Klaine.

contrepartie duquel est versé un salaire distinct de la rétribution du mandat ».

353. Du reste, les pouvoirs qu'exercent la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, sur le représentant social de celle-ci, ne suffisent pas en elles-mêmes à établir l'existence d'un lien de subordination entre les deux. La Cour de cassation⁶⁴⁴ a eu l'occasion de déclarer que « le seul fait d'être le mandataire social d'une société contrôlée directement ou indirectement par une autre ne donne pas à l'intéressé la qualité de salarié de la société mère en l'absence d'une subordination directe à celle-ci ; et attendu que la Cour d'appel (...) a relevé que l'intéressé avait été investi de mandats sociaux directement par la société STEF et n'apportait aucune preuve d'une situation de subordination juridique vis-à-vis de la société CGMF ; qu'elle a légalement justifié sa décision ».

Dans une autre affaire⁶⁴⁵, la même Cour avait considéré comme présomption de l'existence du lien de subordination, le fait que la société mère ait licencié le mandataire de la filiale pour n'avoir pas suivi ses instructions. Dans cette affaire, Il s'agit d'une personne engagée par un contrat de travail avec une société mère américaine, dite *Foxboro International*, afin d'exercer les fonctions de mandataire ou de dirigeant auprès des filiales en France et en Europe, membres du groupe *Foxboro*. Elle a été désignée ensuite directeur général de la société *Foxboro France*. S'étant opposé au plan de réduction des effectifs ordonné par le PDG de la société mère, le dirigeant-salarié a été licencié le 2 mars 1991 et révoqué de son mandat social. Il a ainsi saisi le tribunal en vue d'obtenir le paiement des indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ayant confirmé la décision des Prud'hommes, qui avait répondu à ces demandes, l'arrêt de la Cour d'appel fit l'objet d'un recours devant la Cour de cassation. Les sociétés *Foxboro International* et *Foxboro France* firent grief à cet arrêt d'avoir constaté que le contrat de travail était valable sans que soit prouvée l'existence d'un lien de subordination effectif entre le mandataire de la filiale française et la société mère. Elles estimèrent également que les seules directives émanant du conseil d'administration de celle-ci dans le cadre du mandat social ne suffisent pas à créer ce lien. La Cour de cassation, déboutant les sociétés intimées de leurs demandes, déclara que : « Mais attendu, d'abord, que la Cour d'appel a relevé que *M. Schallebaum* (le prétendu salarié) engagé par la société mère pour diriger l'une de ses filiales a exercé ses fonctions sous la dépendance des dirigeants de la

644 Cass. soc. 28 juin 2001, n°3184.

645 Cass. soc. 4 mars 1997, n° 1056.

société mère qui l'ont licencié pour n'avoir pas exécuté leurs instructions; qu'elle a, au vu de ces constatations, caractérisé l'existence d'un lien de subordination ».

354. Dès lors, la jurisprudence française tient compte de la situation concrète des dirigeants des sociétés filiales dans le groupe. Tant qu'il n'existe pas un lien de subordination entre ces dirigeants et la direction centrale de la société mère, celle-ci ne peut être qualifiée « d'employeur », même si elle dispose, en tant qu'associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, d'un certain nombre de pouvoirs⁶⁴⁶. Pour avoir une telle qualification, il faudrait que ses dirigeants dépassent les limites du contrôle normalement exercé par l'associé majoritaire sur le mandataire social.

2- La rémunération du salarié par la société mère

355. Pour caractériser l'existence du contrat de travail entre la société mère et le mandataire social de sa filiale, certaines décisions font référence au versement par la première au second d'une rémunération ou d'une prime. La Cour de cassation⁶⁴⁷ a retenu dans un arrêt l'existence d'un contrat de travail entre une société américaine, mère d'une filiale française, et le directeur général de cette filiale alors même que celui-ci ne percevait qu'une seule et unique rémunération versée par la filiale française.

3- L'exercice des fonctions pour lesquelles l'intéressé a été engagé

356. Les fonctions dévolues au salarié de la société mère, dirigeant de la filiale, consistent essentiellement en l'exercice d'un mandat social auprès de la filiale. Il ne s'agit pas nécessairement de fonctions techniques ou financières, distinctes du mandat social, mais plutôt de fonctions administratives. Le salarié est engagé d'ordinaire pour exercer un poste important dans la filiale : poste de président du conseil d'administration ou de surveillance, ou poste de directeur général. Mais il n'est pas rare aussi d'observer l'existence de salariés exerçant des fonctions plus spécifiques dans la filiale. Par exemple,

646 CA Versailles, 5^e ch. B soc. 9 nov. 2000, *Puret-Denia c/ SAS Asahi Diamond Industrial Europe*; Bull. Joly 2001 § 41, note G. Auzero « s'il est exact qu'une personne engagée pour exercer un mandat social dans une filiale peut avoir, sous certaines conditions, la qualité de salarié de la société-mère de ladite filiale, il ne peut cependant en être déduit que toute personne placée à la tête d'une filiale aurait automatiquement un contrat de travail avec la société-mère (...), en l'espèce, il n'existe pas la moindre présomption de l'existence d'un tel contrat de travail, existence dont la preuve doit être rapportée selon les critères classiques (la prestation de travail, la rémunération et la subordination juridique) ».

⁶⁴⁷ Cass. soc. 2 déc. 2008, 07-44.68507-44.762, inédit. La Cour a déclaré en ce sens que « Alors, de deuxième part, que le versement de la rémunération du salarié engagé par la société mère de droit américain pour diriger l'une de ses filiales en France, par la seule filiale française, n'est pas de nature à exclure l'existence d'un lien de subordination entre ce salarié et la société mère ; qu'en déboutant M. X... de sa demande motif pris de ce qu'il n'avait jamais perçu de rémunération de la société Manpower Inc., la cour d'appel a statué par un motif inopérant, en violation des articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail ».

lorsqu'il s'agit d'un contrat de transfert de technologie, on envoie souvent des dirigeants techniques et financiers, salariés de la société mère propriétaire, avec mission de protéger et de mettre en œuvre la technologie utilisée par la filiale acquéreuse.

En tout état de cause, il ne doit pas y avoir de confusion entre ces fonctions : lorsqu'elles sont exercées par l'intéressé pour l'exécution de son contrat de travail, et lorsqu'elles sont exercées pour mettre en œuvre son mandat social. Les écarts dans cet exercice constituent dans la première hypothèse une violation du contrat de travail dont la sanction est appliquée à la société mère ; alors que cette faute constitue dans la seconde une infraction au mandat social, dont la sanction doit être décidée par la société filiale. La question porte dans les deux cas sur les effets de la rupture du contrat de travail ou du mandat.

B- Les conséquences du détachement de salarié-mandataire

357. La situation particulière du salarié-mandataire soulève maintes difficultés pratiques en cas de licenciement ou de révocation. Le fait que celui-ci soit mandataire d'une entreprise contrôlée par son employeur rend délicat le maintien de son mandat en cas de licenciement. De même, le contrat de travail peut n'avoir pour objet que l'exercice d'un mandat social auprès d'une société filiale. La résiliation de ce mandat par la filiale induirait le cas échéant des conséquences indésirables sur la validité du contrat de travail et la réintégration du salarié au sein de la société mère.

358. En l'absence de traitements législatifs proprement liés à cette question, la jurisprudence estime que les deux rapports doivent être analysés séparément. Comme le groupe auquel appartiennent les deux sociétés ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte, la rupture de l'un ou de l'autre de ces rapports ne peut produire que des effets intrinsèques, même si leur objet est confondu. Par conséquent, si le salarié-dirigeant a été révoqué par la filiale, son licenciement par la société mère ne peut pas être automatique, mais doit s'appuyer sur un motif juste et réel. Dans une affaire rendue en décembre 2008⁶⁴⁸, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Dans ce cas, le fondateur d'une société de conseil en communication financière, a cédé la majorité de ses fonctions à un groupe : il a été décidé qu'il serait alors désigné président et bénéficierait d'un contrat de travail en qualité de directeur consultant. De fait, un contrat de travail était établi avant qu'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires le

⁶⁴⁸ Cass soc 10 Déc. 2008, n°07-43.371, *Société Equity conseil Gavin Anderson/ Balva*.

nomme président. Un an plus tard, l'intéressé était révoqué de son mandat de président puis rapidement licencié pour faute grave. Estimant que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel de Paris a condamné l'employeur à des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice subi par suite de la non-observance par le salarié d'une clause dite « de respect de la clientèle ». La Cour de cassation a confirmé cette décision en déclarant que « c'est à bon droit que la Cour d'appel avait observé que le salarié avait été recruté comme directeur consultant avec la mission de mettre en place, d'animer, de superviser l'équipe commerciale de l'agence, de développer la clientèle acquise, d'animer la prospection, puis que l'intéressé avait été nommé président, chargé de représenter, de diriger, d'administrer la société ».

Dès lors, les missions relatives à la direction générale relevaient du mandat social et non du contrat de travail. Il s'en est suivi selon la Cour de cassation qu'il n'existait pas d'interdépendance en aucune façon entre des fautes susceptibles d'avoir été commises dans le cadre du mandat social et les fonctions exercées dans le cadre d'un contrat de travail et censées être distinctes du mandat.

359. Toutefois, il n'est pas évident dans la pratique que le mandataire social révoqué par la filiale demeure par ailleurs longtemps salarié de la société mère. Si cette dernière entend néanmoins « faire place nette », il lui appartient de licencier le salarié pour des motifs liés au contrat indépendamment du mandat social⁶⁴⁹. Quelque soit la raison de la révocation du mandataire-salarié par la filiale, la société mère ne pourra l'invoquer en vue de mettre fin au contrat de travail de ce dernier. Par exemple, si la révocation a été justifiée par un motif économique, tel que des difficultés d'ordre pécuniaire ou une disparition, absorption ou cession de la filiale, la société mère doit se prévaloir d'un motif économique particulier, ou d'un motif inhérent à son rapport avec le salarié. A défaut, le licenciement donnera lieu au versement des indemnités de rupture prévues par le Code du travail ou par des conventions collectives applicables. Mais, il n'est pas rare que le contrat de travail ait pour objet exclusif l'exercice d'un mandat social dans la filiale, c'est-à-dire, la tâche que confie la société mère au salarié est, en somme, la direction de sa filiale. La fin de ce mandat pour quelque raison que ce soit implique en l'état que le contrat de travail soit dénué de tout objet ; elle doit ainsi donner lieu à sa disparition⁶⁵⁰.

649 Cass. soc. 11 mars 2003 n° 742 FS PB : RJS 10/01 n° 1157.

650 Voir aussi C. Malecki., *op. cit.*, p. 9 : « Il y a davantage disparition du contrat à la suite de la disparition de son objet en raison de la révocation, qui pourrait être une illustration de la caducité ».

360. Par ailleurs, la question peut se poser *a contrario*, lorsque le salarié-mandataire a été licencié par la société mère alors qu'il occupait encore un poste de dirigeant dans la filiale : le licenciement peut-il provoquer la révocation automatique par la filiale ?

Dans un arrêt daté du 12 juin 2007, la Cour de cassation⁶⁵¹ est venue préciser que le licenciement du salarié-mandataire par la société mère doit donner lieu à la révocation *ad nutum* de ce dernier par la filiale. Il s'agit en l'espèce d'un contrat de travail conclu entre le groupe Ingénierie Europe (le Groupe *Ginger*) et *M. Bel* qui a reçu le titre de « directeur du développement de la société *Ginger* » aux fins de diriger « les autres structures et services de *Ginger* et ses filiales pour tout ce qui concerne la coordination nécessaire avec l'exécution de sa mission ». Par décision du conseil d'administration ce salarié a été nommé directeur général délégué de la société Centre d'expertise du bâtiment et des travaux publics (*CEBTP*). Ensuite, à l'occasion d'un litige sur l'organisation de la direction de la société *CEBTP* et sur les modifications des fonctions annoncées dans son contrat de travail, *M. Bel* a été licencié par la société mère (le Groupe *Ginger*). Le jour-même, le conseil d'administration de la société *CEBTP* a procédé à sa révocation sous fondement de perte de confiance.

361. Soutenant que sa révocation ne reposait pas sur de justes motifs et avait été abusive, l'intéressé a saisi le conseil des prud'hommes pour faire constater la résiliation de son contrat de travail et obtenir des dommages-intérêts. La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 2 mars 2006, a donné droit à la filiale en lui reconnaissant la faculté d'invoquer la perte de confiance dans la société mère comme juste motif de révocation dans la filiale. Pour les demandeurs au pourvoi, cette solution n'était pas admissible, tant sur le terrain des droits de l'homme et du droit à un procès équitable que sur celui du juste motif de révocation de l'article L. 225-55 du Code de commerce. Selon eux, la révocation intervenait dans une société différente de celle où avait eu lieu la résiliation du contrat de travail. La Cour d'appel a été approuvée par la Cour de cassation : « à raison de la détérioration des relations devenues conflictuelles entre l'intéressé et les sociétés du Groupe, la perte de confiance dans la société mère justifiait la révocation du mandat dans la filiale ».

On constate ainsi, comme J-P Dom⁶⁵², que la Cour de cassation « reconnaît que, dans

⁶⁵¹ Cass. Com. 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*. Rev. soc. 2008, p.124. note J-P. Dom.

⁶⁵² J-P. Dom. La perte de confiance dans le salarié de la société mère justifie sa révocation en tant que directeur général de la filiale, Note sous Cour de cassation (com.) 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*. Rev. soc.

une logique de management du groupe, la perte de confiance envers le salarié de la société mère transcende les personnalités morales pour légitimer la révocation sans indemnité du mandat social exercé par la même personne dans la filiale ».

362. Mais, Comme *M. Cozian* et co-auteurs l'ont écrit, il faut se rendre compte que la révocation *ad nutum* n'autorise pas « la malveillance gratuite ». Le dirigeant, se fondant sur l'article 1382 du Code civil, peut réclamer des dommages-intérêts si son éviction intervient dans des circonstances injurieuses ou vexatoires⁶⁵³. Autrement dit, et comme a pu le souligner un auteur⁶⁵⁴, « comme beaucoup de droits réputés discrétionnaires celui de révoquer *ad nutum* a été soumis à un contrôle léger de la part du juge, destiné à éviter que cette révocation ne dégénère en abus⁶⁵⁵ ».

2008, p. 124.

⁶⁵³ Voir *M. Cozian, A. Viandier, Deboissy, Droit des sociétés, Litec, éd 17, 2004.*

⁶⁵⁴ *F.-X. Lucas, Le principe du contradictoire en droit des sociétés, in Libertés et droits fondamentaux, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 15^e éd., Dalloz, 2009, n° 945, p. 719.*

⁶⁵⁵ Voir aussi, *A. Albarian, la révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance, RTD Com. 2012, p. 1, n°9.* Après avoir analysé plusieurs affaires judiciaires, l'auteur a conclu que « dans toutes les affaires susmentionnées, l'on sent bien - au-delà de toute considération liée à la pédagogie ou à la simple correction - la volonté des mandants, à travers l'invocation d'une perte de confiance légitime, de se prémunir contre la commission d'un éventuel abus de droit qui les conduirait à verser des dommages-intérêts au mandataire évincé(...) La limitation du pouvoir de révocation de ce type particulier de mandataires sociaux (voire associatifs) paraît, en effet, suffisamment garantie d'autant que la perte de confiance justifiant la révocation du mandat doit être objectivement fondée».

Conclusion du chapitre

363. Il ressort au terme du présent chapitre que les diverses sociétés d'un groupe peuvent être considérées comme une entreprise unique, dès lors qu'elles constituent une unité économique et sociale, caractérisée notamment par la concentration de la direction⁶⁵⁶. Cette adaptation permet à la jurisprudence d'écarter le critère formel qui considère comme seul employeur la filiale qui a recruté le salarié et le rémunère, pour retenir en qualité d'employeur la société mère qui exerce effectivement le pouvoir de direction.

Cependant, fondamentalement, les règles du droit du travail ne sont pas bouleversées par l'irruption du groupe dans les relations individuelles. L'évolution juridique et jurisprudentielle se justifie en la matière par deux motifs logiques : l'immixtion de la société mère dans les relations contractuelles entre la filiale et ses salariés, et l'assurance donnée à ces derniers d'une meilleure protection contre cette ingérence.

Toutefois, dans d'autres situations, les salariés pourraient être affectés par l'existence du groupe au point qu'ils le payent de leur carrière. En effet, les difficultés économiques que traverse la société mère ou certaines filiales impliquent souvent à cette dernière de procéder à la restructuration du groupe. En conséquence, des incidences sur les salariés des filiales touchées par cette opération devraient être constatées.

⁶⁵⁶ Voir aussi, S. Pitz, *Peut-on concevoir la faillite d'un groupe de sociétés*, Mémoire sous la direction de Jean-Luc Vallens, Année universitaire 2001/2002, Université Robert Schuman de Strasbourg, n°8, p.6.