

La mobilité des salariés de la filiale

270. Le salarié d'une société faisant partie d'un groupe peut effectuer l'ensemble de sa carrière au sein de cette seule société, sans avoir nécessairement des rapports avec d'autres sociétés membres de ce groupe. Mais cette situation devient de plus en plus rare face aux pratiques adoptées en matière des groupes, où le parcours professionnel du salarié le conduit à travailler successivement ou parallèlement pour plusieurs sociétés⁵²¹. La société mère se trouve souvent dans l'obligation de prendre des mesures économiques qui peuvent affecter son propre personnel ou celui de ses filiales. Elle détache parfois un salarié dans une filiale afin de la contrôler ou de résoudre un problème technique dont la résolution nécessite un spécialiste compétent indisponible, ou pour faire face à l'absence prolongée d'un de ses salariés. Idem pour une filiale confrontée à un surcroît d'activité alors qu'une autre subit une diminution de sa charge de travail. Ce besoin s'impose lors de la création d'une succursale ou d'une filiale, auquel cas la société fondatrice se trouve contrainte d'y adjoindre un certain nombre de ses propres salariés.

Dans de telles hypothèses, l'affectation du personnel prend en pratique deux formes légales : le salarié de la filiale peut être employé dans une autre société du groupe de manière temporaire ou définitive (à titre de « prêt »). On parle dans le premier cas d'un détachement du salarié (1^{ère} section), et dans le second d'un transfert du salarié (2^e section). Dans les deux cas, l'acte de détachement ou celui de transfert pose en matière de groupes maintes questions sur ses effets relatifs aux rapports entre les trois parties contractantes : le salarié et la société filiale d'origine et la société d'accueil, mère ou sœur.

Section I : Le transfert du salarié de la filiale

271. Bien que les règles relatives au transfert s'appliquent aux salariés indépendamment de la nature juridique et de la position économique de l'employeur, il apparaît que ce mécanisme contractuel intervient d'une manière plus fréquente au sein de groupes de sociétés, entre société mère et filiale ou entre filiale et co-filiale. Il tend à la mise en application de la stratégie commune du groupe définie par la société mère, ou à une limitation de problèmes financiers posés au niveau du groupe. Force est de constater que le

521 Voir encore M. Claire, *Le groupe de sociétés au regard du Droit social*, op. cit., n° 262, p.138 : « si un salarié peut se voir confier un mandat social, il est plus fréquent encore de l'affecter successivement au sein de plusieurs filiales du groupe car ses compétences peuvent être utiles non seulement à l'entreprise qui l'a recruté mais aussi aux sociétés liées. Parfois cette affectation vise aussi au développement ou à l'enrichissement des capacités du travailleur qui, au retour de « mission » pourra se révéler utile à son employeur d'origine »

transfert à motif économique constitue en la matière la cause la plus évidente de la mutation des salariés, notamment au cours d'une crise économique mondiale, touchant durement le marché du travail⁵²². Cette situation met donc les salariés devant une alternative brutale : être mobilisés professionnellement et géographiquement, ou être exclus pour motif économique.

Souvent l'opération de transfert se réalise à l'initiative de la société mère par l'intermédiaire de ses salariés désignés au sein de ses filiales en qualité de dirigeants. Elle permet de réduire le nombre des employés dans certaines filiales en difficulté afin de combler un déficit de personnel dans d'autres sociétés. Elle peut également procéder ainsi en vue de profiter de personnes étrangères dotées de compétences particulières, en les recrutant dans ses filiales étrangères, pour les transférer ensuite vers la société mère ou vers d'autres filiales à l'intérieur. Autrement dit, cette technique pourrait exercer un rôle positif favorable au groupe de sociétés et conséquemment au pays d'accueil.

272. Plusieurs questions se posent à propos de cette notion :

Comment caractériser le transfert de salarié ? Celui-ci, implique-t-il une modification du contrat de travail comportant un changement d'employeur ? Le salarié transféré est-il en mesure de s'opposer à son transfert vers une autre société du groupe ? Le transfert peut-il être prévu au préalable dans une clause contractuelle ? Le salarié peut-il réclamer ses droits antérieurs au transfert à la société d'accueil, ou doit-il se retourner contre la société d'origine ? Y a-t-il lieu de parler dans ce contexte d'un «employeur conjoint» («co-employeur») ?

La réponse à ces questions appelle à envisager dans un premier temps la notion juridique de transfert de salariés et à aborder dans un deuxième temps les conséquences qui résultent de cette opération.

Sous-section I : Les caractéristiques du transfert de salariés

273. En dépit de l'absence de définition légale du transfert de salarié, la doctrine s'accorde sur l'effet essentiel de cette opération : la rupture du contrat de travail avec la société d'origine et la conclusion d'un nouveau contrat avec la société d'accueil. Selon *B. Boubli*, cette opération se traduit par la mutation d'un salarié d'une société vers une autre

522 Voir : *J-E Ray, Droit du travail, droit vivant, 18e éd., 2009-2010, n°354, p.246* : « il s'agit moins de savoir si *M. DUPONT* va accepter sa mutation de Grenoble à Nancy que de transférer des dizaines sinon des centaines de salariés d'un bout à l'autre de la France, avec de nouvelles conditions de travail en application de l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences »

sans perspective de retour⁵²³. Autrement dit, ce terme désigne l'opération par laquelle deux sociétés conviennent du passage définitif d'un salarié de l'une à l'autre⁵²⁴. À cet égard, le transfert s'oppose à la mise à disposition d'un salarié auprès d'une autre société qui se caractérise par sa nature temporaire et par le maintien du lien contractuel avec la société d'origine.

De ce fait, il n'y a pas de transfert de salarié mais plutôt mise à disposition (dite aussi « détachement de salarié »), lorsque le travailleur demeure soumis à son premier employeur dont il continue de recevoir directement des instructions. Cette technique s'avère en pratique moins adaptée que celle du détachement lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés où la société d'origine, mère ou filiale, se préoccupe souvent de maintenir son contrôle sur le salarié affecté. La technique la plus adéquate en l'occurrence est le détachement du salarié qui n'interrompt pas l'unité du contrat de travail.

274. Toutefois, le transfert de salariés est une opération triangulaire qui associe trois parties : l'employeur d'origine, le salarié et l'employeur d'accueil⁵²⁵. Il pose en pratique plusieurs questions relatives à ses aspects juridiques, à savoir : modification ou non du contrat de travail, nécessité ou non de l'accord du salarié, l'incidence des clauses de mobilité du salarié sur le contrat de travail, et la possibilité de prévoir le transfert du salarié par une convention ou un accord collectif intra-groupe.

I- Modification ou non du contrat de travail

275. L'appartenance de la filiale employeur à un groupe de sociétés ne vaut pas en soi pour le salarié de disposer de plusieurs contrats de travail car ce dernier n'est en relation contractuelle qu'avec la filiale. Ce principe a été clairement réaffirmé par un arrêt de la

523 B. Boubli, *Le groupe de sociétés et le droit du travail (la détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés)*, éd Panthéon-Assas, Paris 1999, n°34, p.23.

524 Voir aussi la thèse de M. Claire, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, op. cit., n°279. P.145. Il écrit que « le terme de "transfert", mesure définitive, est utilisé lorsque les liens contractuels avec l'entreprise d'origine sont rompus et qu'un nouveau contrat avec l'entreprise d'accueil est conclu ».

⁵²⁵ Le transfert de salarié ne doit pas être confondu avec le transfert d'entreprise, qui n'induit pas seulement un changement d'employeur, mais également un changement, voire une disparition du statut juridique de l'entreprise transférée en faveur de celle d'accueil. L'article L.1224-1 du Code du travail prévoit que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'entreprise, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Ce texte ne relève pas l'hypothèse du transfert de salarié, qui n'affecte pas les statuts de l'entreprise d'origine mais intègre ce dernier à l'entreprise d'accueil. Les opérations de mutation des salariés d'une filiale à une autre société membre de son groupe sont ainsi étrangères au champ d'application de ce texte dès lors qu'elles ne produisent pas de modification dans la situation juridique de la filiale initiale. La différence entre les deux situations se constate également par l'accord du salarié transféré. Alors que cet accord est indispensable en cas de transfert du personnel, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un transfert d'entreprise où l'ensemble des contrats de travail est transféré avec l'ensemble d'éléments de ces contrats.

Cour de cassation⁵²⁶, rendu en janvier 2010. Selon cette décision, « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier, d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi⁵²⁷ ». Bien que portant sur le reclassement du salarié, cet arrêt établit dans la pratique une règle générale applicable à toute opération de nature à affecter les salariés des sociétés membres d'un groupe, y compris celle de transfert⁵²⁸.

276. Par ailleurs, on est en droit de s'interroger sur la possibilité de maintenir le même contrat de travail avec la filiale d'accueil, avec une simple modification. Autrement dit, est-il concevable que le contrat de travail d'origine se poursuive avec un simple changement d'employeur, ou faut-il considérer l'opération comme de nature à rompre le contrat initial et conclure un nouveau contrat ?

La réponse à cette question revêt en pratique une importance primordiale, compte tenu du fait que les conséquences juridiques de chacune de ces solutions ne semblent pas identiques. Si l'on décide que le contrat initial se poursuit avec une seule et simple modification d'employeur, les autres conditions de ce contrat n'auront pas à être négociées, soit : la nature de travail, la rémunération, la durée, la clause de non-concurrence (si elle existe), le lieu du travail, notamment ; et inversement si le transfert du salarié rompt le contrat de travail.

⁵²⁶ Cass. soc. 08-15.776 – 13 janv. 2010 – Bull. 2010, V, n° 5.

⁵²⁷ Voir aussi Cass. soc. 18 janv. 2011, n°09-69.199 ; Cass. soc. 10-13.897, 15 févr. 2012 ; Cass. soc. 10-23.657, 29 mars 2012. Selon ce dernier arrêt « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; que, à défaut d'une telle obligation légale, il ne résulte pas de l'accord d'entreprise du 25 juillet 2005 faisant état, d'un côté, d'une simple possibilité de reclassement d'un nombre limité de salariés dans la société LC MAITRE en cas de poursuite du contrat Volkswagen et indiquant, de l'autre, devoir examiner le cas des autres salariés et étudier un plan social pour tous, un engagement ferme de la société EURODEC INDUSTRIE, qui n'a pas la qualité d'employeur, de procéder au reclassement de l'ensemble des salariés de la société BRIFFAZ, et en particulier de Monsieur Y... ; qu'en jugeant que la société EURODEC INDUSTRIE avait violé l'engagement pris aux termes de l'accord du 25 juillet 2005 et engagé sa responsabilité extracontractuelle, la Cour d'appel a violé les articles 1134 et 1382 du Code civil ».

⁵²⁸ Voir dans le domaine du transfert, Cass. soc. 5 mai 2004, n° 901 F-P, Filali c/ SA Adislor. La Cour affirme dans ce sens qu'« Attendu, cependant, que le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord, peu importet que ces sociétés aient à leur tête le même dirigeant ». Voir encore H. Bardet, A. Beetschen, A. Charveriat et B. Gouthiert, *Les holdings*, guide juridique et fiscal, 4^{ème} éd. 2007, n°866, p. 277 : « Cette opération de transfert se caractérise par la conclusion d'un nouveau contrat de travail que le salarié est en droit de refuser. Il en est ainsi même si le transfert a lieu dans une société appartenant au même groupe ».

277. Il n'existe aucune règle législative afférente à cette question⁵²⁹. Selon la doctrine et la jurisprudence, le transfert de salarié est une opération qui implique une novation du contrat de travail par le changement d'employeur. M. Claire a écrit en ce sens que « lorsque l'opération de transfert est réalisée dans le cadre d'un groupe de sociétés⁵³⁰, il existe une relation triangulaire entre le salarié et ces deux sociétés (employeur d'origine et d'accueil). Les clauses contractuelles pourraient prévoir, par exemple, la reprise de certains avantages dont le salarié était bénéficiaire ou la prise en compte de l'ancienneté acquise précédemment». Mais, selon ce même auteur : à la suite de son transfert, le salarié n'a plus aucun contrat avec l'entreprise d'origine si l'entreprise d'accueil rompt le contrat de travail. Son contrat aura une valeur novatrice par changement d'un des contractants.

278. De son côté, la jurisprudence fonde ses décisions sur le maintien ou non du critère d'autorité ou de contrôle de l'entreprise d'origine sur le salarié durant toute la période de la mise à disposition⁵³¹. Ainsi, en cas de maintien du contrôle, les juges tendent à refuser la novation du contrat de travail, décidant de conserver le contrat d'origine. Cela se voit clairement dans le domaine des groupes de sociétés où la mutation s'effectue dans des sociétés étroitement imbriquées au point qu'elles sont dirigées par les mêmes mandataires sociaux et disposent d'une activité confondue⁵³². La Cour de cassation a eu en la matière plusieurs opportunités pour réaffirmer son intention. Dans un arrêt daté du 16 juin 1988⁵³³, elle a déclaré qu'« appréciant la valeur probante et la portée des éléments de fait qui lui étaient soumis, la Cour d'appel a estimé qu'il y avait entre les sociétés *BREGER AINE* et *SUD EMBLLAGE* des liens étroits, que l'activité de l'une prolongeait l'activité de l'autre et que toutes deux s'inscrivaient "dans une même finalité économique" ; que de ces constatations, non critiquées par le pourvoi, qui impliquaient que M. X... avait fait l'objet d'une simple mutation au sein d'un seul et même groupe; les juges d'appel ont, sans se référer à une quelconque modification dans la situation juridique de l'employeur, au sens des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du Code du travail, déduit la continuation du contrat de travail initial⁵³⁴ ».

529 Voir M. Claire, *op. cit.*, n°275, p.149.

530 Le groupe de sociétés a été défini, en matière de transfert de salariés, par une jurisprudence récente comme « l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de gestion ». (CA. Metz, 9 mars 2010, n°07/02302)

531 M. Claire, *op. cit.*, n°284, p.148.

532 Voir Cass. soc. 24 mars 1969.

533 Cass. soc. 16 juin 1988, n° 85-45.874.

534 Commentant la première affaire, M. Claire (*idem*) estime que la confusion des dirigeants et des activités

II- La nécessité d'un accord du salarié

279. Le transfert de salarié est une modification du contrat, comportant une novation par changement d'employeur. L'accord du salarié est en principe nécessaire⁵³⁵. Le contrat primitif est rompu, et la société d'accueil devient ainsi employeur⁵³⁶. La société d'origine doit à ce titre proposer au salarié à transférer la modification de son contrat et obtenir son accord avant de procéder à son transfert. La proposition, envoyée au salarié par une lettre recommandée, doit contenir tous les éléments nécessaires à l'information de ce dernier, c'est-à-dire l'objet de transfert, l'employeur d'accueil, le lieu et la nature du nouveau travail. Le salarié dispose toujours de son droit à refuser cette proposition sans qu'il soit jugé fautif, sur ce seul motif⁵³⁷. À défaut qu'on lui propose et qu'on l'informe des conditions exactes, le salarié peut contester sa mobilité et obtenir la nullité de son transfert. Dans ce sens la jurisprudence déclare de façon constante que le transfert d'un salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord. Dans un arrêt rendu le 10 octobre 2006, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question⁵³⁸. Il s'agit en l'espèce d'une société française dénommée *KODAK-PATHE* qui avait une succursale à Marne-la-Vallée où quarante-six salariés occupaient des tâches différentes. En octobre 2000, un centre européen de distribution a été créé, dont la direction a été confiée à la société *CATERPILLAR* France. La société *KODAK-PATHE* avait transféré à cette dernière les contrats de travail de quarante-six salariés aux mêmes conditions de rémunération et de lieu de travail. Un certain nombre de salariés n'acceptant pas ce changement d'employeur ont assigné la société *KODAK-PATHE* devant le Conseil de Prud'hommes pour obtenir leur réintégration en son sein ainsi que des dommages et intérêts. On ignore ce qu'avait décidé le Conseil de Prud'hommes, mais la Cour d'appel de Versailles a débouté les salariés en estimant que les parties avaient appliqué scrupuleusement l'article L. 122-12 (devenu l'article 1224-1 du Code du travail) et que le consentement des salariés à cette modification de leur contrat résultait de ce qu'ils ne

crée aux yeux du travailleur une incertitude sur son véritable employeur, ainsi que l'absence d'une conscience suffisante sur les modifications qui affectent son contrat de travail lors de son transfert au service d'une autre filiale. Il a ainsi écrit que « pour les juges, la solution est de regarder le groupe comme une seule et même entreprise. Le salarié qui est transféré d'une filiale à une autre se trouve alors dans une situation identique à celle du travailleur muté dans un établissement d'une entreprise unicellulaire.

535 Mémento Pratique Francis Lefebvre, social, 2009, 17360, p.256.

536 Voir aussi : G. Auzero, *Les clauses de « mobilité » intragroupes condamnées*, note sous cassation sociale 23 sept. 2009, pourvoi n°07-44.200., *Rev. dr. trav.* 2009, p.647.

537 Voir : P. Waquet, *Application volontaire de l'article L.122-12 du Code du travail*, *Rev. dr. trav.* 2006, p.391.

⁵³⁸ Cass. soc. 10 oct. 2006, n°04-46.134, *Bull.* 2006 VN° 294, p.281.

s'étaient pas opposés au transfert malgré leurs critiques et de ce qu'ils avaient effectivement commencé à travailler pour la société CATERPILLAR France. Cette décision a été cassée. La chambre sociale a ainsi déclaré dans sa dite décision que «lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2 ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail». Selon les termes de cet arrêt, il faut opérer une distinction claire entre le cas du transfert d'entreprise, régi par l'article 1224-1 du Code du travail, où le changement d'employeur provoqué par la modification de la situation juridique de l'entreprise s'impose aux salariés, et le cas du transfert de salarié où l'accord de ce dernier constitue un élément essentiel pour la validité du transfert. On ne peut contraindre un salarié à accepter le changement de son employeur : cette règle vaut pour tous les cas de transfert, que l'entreprise employeur soit une société isolée ou appartenant à un groupe.

280. Au demeurant, la proposition et l'information au salarié, ainsi que l'acceptation de celui-ci de son transfert doivent faire l'objet d'une preuve établie par l'employeur, nonobstant le motif du transfert. Il en sera ainsi pour la mobilité du salarié, justifiée par des raisons particulières, telles une incapacité ou inaptitude au travail, ou par des appréciations économiques de l'entreprise. Mais dans cette dernière occurrence, le salarié doit disposer d'un délai de réflexion d'un mois au minimum, dont le non-respect interdit à l'employeur de se prévaloir ni du refus ni de l'acceptation de la modification par le salarié⁵³⁹ (C. trav. art. L. 1222-6). Si le transfert est envisagé pour d'autres motifs, la loi ne fixe pas de délai minimum. Malgré cette absence, le salarié doit disposer d'un délai raisonnable dont l'appréciation revient toujours au juge du fond.

281. En outre, il est question de savoir si le salarié peut ou non s'opposer à sa mobilité. Selon l'article L. 1222-6 du Code du travail français, celui-ci doit donner sa réponse à l'issue du délai prévu ou apprécié. Si le transfert est dicté par des raisons économiques, le silence du salarié vaut acceptation de transfert. Mais si le transfert est dicté par d'autres

539 Cass. soc., 23 sept. 2008, pourvoi n°07-42.602. La Cour affirme dans cette affaire que « la modification du contrat de travail pour motif économique est soumise aux formalités prescrites par l'article L. 321-1-2 du Code du travail. Il en résulte que l'employeur qui n'a pas respecté ces formalités ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié ». L'article L. 321-1-2 du Code de travail, auquel se réfère ladite Cour prévoit que « Lorsque l'employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1, envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

raisons, l'accord du salarié ne peut être tacite. En particulier, il ne peut être déduit de la simple poursuite du travail dans la nouvelle entreprise⁵⁴⁰. L'employeur, société filiale ou mère, devra dans tous les cas rapporter la preuve de l'accord du salarié. Faute de quoi, la validité de la mobilité peut être mise en cause par le salarié transféré. Parfois le transfert proposé implique au salarié une modification importante de ses conditions de travail, telle qu'un changement du lieu de travail, de fonction ou de salaire, ce qui le motive à refuser sa mobilité. L'employeur, société filiale ou mère, ne peut en l'état lui imposer le transfert contre sa volonté même si celui-ci est envisageable dans une société du même groupe. Il doit ainsi renoncer au transfert.

282. Il convient encore de s'interroger sur la possibilité pour l'employeur, filiale ou mère, de procéder au licenciement de son salarié qui refuse le transfert.

Lorsque le transfert proposé est dicté par des motifs économiques, l'opposition du salarié pourrait mettre en péril l'intérêt de l'entreprise filiale ou mère. Cette dernière serait dès lors en droit de lui notifier son licenciement, mais elle doit motiver sa décision par des raisons économiques. En d'autres termes, pour que le licenciement du salarié soit légitime, il doit s'inscrire dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise, justifiée par la sauvegarde de la compétitivité de celle-ci⁵⁴¹.

283. De plus, la seule référence à l'intérêt de la filiale ou du groupe de sociétés ne suffit pas comme motif de transfert pour justifier le licenciement du salarié⁵⁴². Ainsi, le recours à une nouvelle technologie qui remplirait la tâche du salarié ne saurait en soi justifier le licenciement du salarié fondé sur son refus de transfert. De même, la filialisation

540 Voir : Cass. soc. 10 oct. 2006, n° 04-46.134 (n° 2233 FS-PB) Fabre et a. c/ Sté Kodak Pathé. Dans ce sens elle affirme qu'« Attendu que pour débouter les salariés de leur demande, l'arrêt attaqué, retenant qu'il ne s'agissait pas d'une application de plein droit de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail mais de son application volontaire énonce qu'ils ne se sont pas opposés au transfert critiqué et qu'ils ont effectivement travaillé pour la société Caterpillar logistics France à compter de la date prévue, manifestant par là leur consentement au dit transfert ; Attendu cependant que lorsque les conditions de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

541 Dans ce sens la Cour de cassation a déclaré dans un arrêt rendu la 10 déc. 1996 que « si un salarié est toujours en droit de refuser la modification de son contrat de travail et si l'employeur, qui entend maintenir cette modification, est alors tenu de le licencier, le licenciement qui est prononcé n'est pas, en soi, dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge, saisi du litige, de rechercher si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. Qu'en statuant alors qu'elle avait relevé que la mutation s'inscrivait dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise et sans rechercher si celle-ci n'était pas nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise et ne caractérisait pas, en conséquence, une cause économique de licenciement, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

542 Cass. soc. 30 oct. 1997 n° 3924.

d'activités de l'employeur suppose que celui-ci procède au recrutement d'une partie de son personnel dans sa nouvelle filiale. Ce besoin n'a pas à lui-seul vocation à justifier le licenciement des salariés refusant leur transfert. En revanche, selon la Cour de cassation, le refus du salarié de changer de lieu d'affectation, rendu nécessaire par la perte du marché, constitue une cause de licenciement. Ainsi dans un arrêt rendu le 9 novembre 2005 elle a déclaré que « si le refus du salarié de changer d'employeur ne constitue pas en lui-même (...) une cause de licenciement, le refus du salarié d'accepter un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte d'un marché, qui ne modifie pas le contrat de travail, constitue un motif de licenciement⁵⁴³ ».

284. En tout état de cause, l'employeur, société filiale ou mère, doit respecter la procédure requise en cas de licenciement. Il doit convoquer le salarié à un entretien préalable et lui notifier le licenciement en précisant ses motifs. Si le salarié, lors de l'entretien, accepte la modification qu'il avait tout d'abord refusée, l'employeur ne pourra pas rompre le contrat. Pendant le préavis, le salarié à licencier doit bénéficier des conditions prévues dans son contrat de travail. Ainsi, s'il refuse le transfert de son lieu de travail de la filiale à une autre société du groupe, filiale employeur doit le maintenir. Mais si ce maintien devient impossible, tel qu'en cas de mutation géographique liée au déménagement de l'entreprise, l'employeur doit dispenser le salarié d'effectuer son travail pendant le préavis.

III - Incidences des clauses de mobilité

285. Dans un groupe de sociétés, la société mère ou sa filiale trouve assurément intérêt à stipuler dans les contrats de travail des clauses de mobilité lui conférant la possibilité d'affecter ses salariés dans d'autres entreprises du groupe. Il est question de connaître la portée d'une telle clause sur l'opération de transfert⁵⁴⁴. La Cour de cassation⁵⁴⁵ a eu l'occasion de se prononcer sur cette question (relative, en l'espèce, à un groupe de sociétés), tout en affirmant qu'une telle clause ne peut qu'être qualifiée de nulle. Dans cette affaire, un salarié avait été engagé en 1999 par la société Renault France automobiles

543 Cass. soc. 9 nov. 2005 n° 2403.

544 Est en l'état exclue la clause de mutation de salariés au sein de la même société, dont la validité est reconnue par la jurisprudence française sous réserve que le champ d'application de cette clause soit définie d'une manière claire et précise. Dans ce sens la Cour de cassation affirme : « Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » (cass. soc. 07 juin 2006, n°04-45.846). Voir aussi, *Mémento Pratique* Francis Lefebvre, 2009, 17370, p.257.

545 Cass. soc. 23 sept. 2009 n° 07-44.200.

(filiale de la société *Reagroup*) pour exercer des fonctions de responsable du service marketing auprès de l'établissement de Caen (devenu société Renault France automobile Val de Seine). Il signa avec cette dernière un avenant à son contrat de travail par lequel il acceptait l'ajout d'une clause de mobilité stipulant qu'il pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société de Renault France automobiles, et que la mise en œuvre de cette clause donnerait lieu à la rédaction d'un nouveau contrat auprès de la société d'accueil. Ayant refusé une mutation annoncée vers une autre société du groupe, ce salarié a été convoqué à un entretien préalable au licenciement par le directeur des ressources humaines (DRH) de la société *Reagroup*, puis licencié par cette dernière pour non-respect de la clause de mobilité par lettre du 03 janvier 2006. La Cour de cassation reprocha à la Cour d'appel d'avoir constaté qu'une telle clause était licite, faisant état d'une mutation d'un salarié entre sociétés d'un même groupe. Elle déclara ainsi que ce salarié « ne peut accepter par avance un changement d'employeur ; qu'en statuant ainsi, alors que la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ⁵⁴⁶ ».

La Cour de cassation, comme on le constate, n'a pas explicité la raison pour laquelle elle a remis en cause la licéité de cette clause, mais on pourrait néanmoins imputer cette lourde conséquence à l'ambiguïté qu'introduit la clause dans l'objet du contrat de travail. Ce contrat reste soumis aux règles du droit commun exigeant que son objet soit « déterminé ou déterminable ». L'obligation de préciser les lieux et conditions de la mobilité devrait, au regard des conditions de la validité des contrats, être appliquée ⁵⁴⁷.

IV- Le transfert de salariés prévu par convention ou accord collectif

286. La convention collective est un acte conclu entre un ou plusieurs syndicats représentants de salariés, et un employeur ou un ou plusieurs syndicats d'employeurs, lequel détermine les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que les garanties sociales des salariés ⁵⁴⁸. Au sein des groupes de sociétés, cette convention se négocie et se conclut entre la société-mère (ou les représentants des filiales intéressées par le champ de la convention) et les organisations syndicales de salariés représentés dans

⁵⁴⁶ Voir encore : *Cass. soc.*, 23 nov. 1999, n°97-41.295.

⁵⁴⁷ Voir en ce sens : *M-A. Moreau, La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée* « <http://www.travail-solidarite.gouv.fr> », p.62.

⁵⁴⁸ Voir, *A. Coeuret, B. Gauriau et M. Mine, Droit du travail, Sirey université, 2006, n°23, p.17.*

le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention⁵⁴⁹.

La validité d'une telle convention est subordonnée depuis le 1^{er} janvier 2009 (date d'entrée en vigueur de la loi 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail) à l'existence de deux éléments essentiels⁵⁵⁰ : la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives, ayant recueilli dans les entreprises comprises dans le périmètre de cet accord au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires des comités d'entreprises ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ; l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés, ayant recueilli dans le même périmètre la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.

287. Par ailleurs, la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application, constitué de tout ou partie des entreprises des sociétés constitutives du groupe. Ladite loi n'a pas établi une notion précise de groupe d'entreprises. On ne peut néanmoins laisser cette définition à l'initiative des parties⁵⁵¹, c'est-à-dire des entreprises du groupe et des syndicats, car c'est un élément essentiel pour l'application de cette loi. A notre avis, cette définition devrait, de préférence, relever de l'appréciation des juges compétents, à qui il incombe de retenir l'existence des rapports réels de subordination entre les entreprises dominées et celles dominantes⁵⁵². En outre, malgré le principe d'équivalence, accord entreprise / accord groupe, posé par la loi, ce dernier ne peut valablement comporter de dispositions dérogatoires à celles qui sont applicables en vertu des conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises du groupe, sauf si ceux-ci le prévoient expressément⁵⁵³.

549 *Mémento Pratique Francis Lefebvre, social*, 2009, n°51920, p.780.

550 La nature juridique de tels accords était incertaine jusqu'à ce que la Cour de cassation reconnaisse à un accord de groupe la valeur d'un véritable accord collectif de travail (*Cass. soc.* 30/04/2003, n°01-07.027). Cette analyse a été adoptée par la loi du 04 mai 2004. Voir : *J-E Ray, op. cit.*, n°1081, p.704 ; *Mémento, groupes de sociétés*, n°18010, p.1145.

551 *Comp.* : *Mémento Pratique Francis Lefebvre, op. cit.*, n°51920, p.780 : « La loi ne définissant pas la notion de groupe, les parties semblent avoir toute liberté à ce sujet ».

552 La Cour d'appel de Metz a récemment défini le groupe de sociétés dans le but d'apprécier la mobilité de salarié d'une société à une autre qui appartiennent au même groupe. Elle déclare en l'espèce qu'« attendu qu'un groupe se définit comme l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de gestion ». (*Voir CA. Metz*, 9 mars 2010, n°07/02302)

553 *J-E Ray, op.cit.*, n°1086, p.705

288. Touchant notre étude, il importe, lorsqu'il s'agit d'une clause de transfert de salariés, stipulée dans une convention collective d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, d'examiner la validité de cette clause et la nécessité de l'accord du salarié. Il est certain que la réponse à cette question revêt une importance majeure dans le cadre du groupe, où l'organisation de l'emploi et du travail s'insèrent dans la stratégie commune des sociétés membres, qui assurent le bon fonctionnement du groupe. En effet, l'introduction dans la convention ou l'accord collectif de groupe, d'une clause de mobilité de salariés confère à la société mère et à ses filiales une liberté beaucoup plus large que d'introduire cette clause dans les contrats de travail d'une manière individuelle, car elle sera applicable à l'ensemble des salariés compris dans son périmètre. Comme l'objet des conventions et accords collectifs est de définir l'ensemble des conditions d'emploi et de travail des salariés⁵⁵⁴, il n'est pas interdit de prévoir par ces conventions la mutation des salariés des groupes de sociétés. Mais en l'occurrence, la convention ou l'accord collectif doit fixer de façon claire les conditions à remplir pour que tout ou partie des salariés d'une filiale ou de l'ensemble des sociétés regroupées puissent être transférés⁵⁵⁵.

289. L'accord ou la convention de groupe doit s'appliquer sur toutes les sociétés entrant dans son champ d'application, pouvant englober tout ou partie du groupe. Quant aux accords propres aux sociétés membres du groupe, ils ne s'appliquent qu'à leur propre personnel sans que les salariés des autres sociétés du groupe puissent en revendiquer les bienfaits, même s'ils forment ensemble une entité économique et sociale⁵⁵⁶. Comme l'affirment *Charveriat* et ses coauteurs⁵⁵⁷, « Les filiales ne sont pas soumises de plein droit à la convention collective applicable à la société-mère, pas plus qu'à la convention dont relève l'activité principale du groupe ou à la convention collective la plus favorable. Chaque société reste donc en principe soumise à son statut conventionnel propre, et ses salariés ne peuvent pas réclamer, pour la seule raison qu'il y a des liens de groupe, les avantages issus du statut conventionnel d'une autre société ».

290. Néanmoins, nonobstant qu'il s'agisse d'un accord collectif relatif à l'ensemble des sociétés membres du groupe ou à certaines d'entre elles, une fois réunies les conditions requises pour l'application de cet accord, ce dernier sera obligatoire pour les sociétés employeurs de la même manière que pour leur personnel. Selon l'article L. 2232-33 du

554 Voir *Mémento social*, op. cit., n°51930, p.781.

555 P. Waquet, *Transfert conventionnel du personnel et représentants des salariés.*, Rev. dr. trav. 2008, p.176.

556 Cass. soc. 02/12/2003, n°01-47.010.

557 Voir *Mémento*, groupe de sociétés, op. cit., n°18055, p. 1150.

Code du travail, la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise. Il s'ensuit que la clause de mutation, prévue par l'accord de groupe, peut être applicable aux salariés d'une filiale entrant dans son champ d'application, même si ces derniers s'y opposent. La principale condition en la matière est que cette clause soit définie de façon explicite⁵⁵⁸.

291. De même, l'employeur d'origine, que ce soit la société filiale ou mère, est également obligé de respecter la clause de mutation prévue dans la convention collective. Il n'a pas à faire obstacle à la mobilité du salarié ou à l'imposer contrairement à la loi ou aux conditions stipulées par la convention collective. Comme la loi impose à l'employeur sortant le respect de la procédure de licenciement⁵⁵⁹, la responsabilité de ce dernier doit être engagée en cas de manquement à cette obligation⁵⁶⁰. De même, si la procédure collective prescrit que les salariés d'une filiale ne peuvent être mutés que dans la société mère ou dans certaines filiales définies, ou qu'ils ne peuvent être transférés avant une période déterminée, la filiale employeur ne saurait contrevenir à cette condition. Il en est d'ailleurs de même pour la société filiale ou mère, employeur d'accueil, liée par une convention collective de groupe, qui n'est pas en mesure d'empêcher les salariés d'une autre société du groupe d'occuper de nouveaux postes si les conditions de leur transfert vers elle sont remplies. La Cour de cassation⁵⁶¹ a eu l'occasion de décider en 1998 que « lorsqu'il est prévu par convention ou accord collectif, le transfert des contrats de travail ne s'opère pas de plein droit, mais suppose que les entreprises se succédant sur le marché remplissent certaines conditions. Si ces conditions sont remplies, les contrats de travail passent conventionnellement de l'entreprise sortante à l'entreprise entrante. Le nouveau détenteur du marché est alors obligé de reprendre les salariés qui y étaient affectés, son refus s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ». Cet arrêt n'a pas en revanche défini la sanction que l'entreprise d'accueil (entrante) doit supporter en cas de refus de

558 Voir encore *J-E. Ray, op. cit.*, n°393, p.273, qui signale en ce sens que « Si l'accord collectif qui prévoyait une clause de mobilité a été remis au salarié, il s'applique sans possibilité de refus : effet impératif et automatique des conventions collectives à conditions que le salarié ait été informé de son existence et mis en mesure d'en prendre connaissance ».

559 Au sens de l'article L. 1232-2 du Code de travail, l'employeur qui envisage le licenciement d'un salarié doit avant tout convoquer ce dernier à un entretien préalable.

560 Cass. soc. 2 déc. 2009, n° 08-43.722. Confirmant l'arrêt d'appel qui avait condamné la société employeur sortant de rupture sans juste motif du contrat de travail, la Cour déclara ainsi qu' « attendu que la Cour d'appel, qui n'était saisie d'aucun recours en garantie de la société ISP contre la société Audit sécurité et qui a constaté que la première avait pris l'initiative de rompre le contrat de travail de son salarié, sans procédure de licenciement, en a exactement déduit que, le changement d'employeur organisé par l'accord ne s'opérant pas de plein droit, la société ISP était tenue au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

561 Cass. soc. 15 juill. 1998, Bull. civ. V. n° 377

reprise des contrats de travail dont les conditions de transfert sont réunies. Une question se pose ainsi : qu'advient-il si celle-ci n'exécute pas ses obligations ? Le transfert n'est pas de plein droit. Comme l'affirme un auteur⁵⁶², il est impossible de résoudre la difficulté en soutenant que c'est désormais l'entreprise entrante qui est le nouvel employeur des salariés concernés. C'est au juge de préciser laquelle des deux entreprises, a effectivement fait obstacle au transfert des contrats de travail.

292. Dans une affaire récente, la Cour de cassation⁵⁶³ a considéré l'entreprise d'accueil comme responsable du fait de son refus de la reprise des contrats de travail dont les conditions de transfert étaient remplies. Elle a soutenu en l'occurrence que « lorsque les conditions de fond de l'accord du 5 mars 2002, applicables aux personnels rattachés à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité sont remplies et que, sans raison valable, la société entrante n'a pas rempli son obligation conventionnelle de convocation du salarié en vue de la reprise de son contrat de travail, refusant ainsi de poursuivre la procédure conventionnelle du transfert de contrat de travail, elle est responsable à compter de la date de la prise d'effet du marché de l'absence de poursuite du contrat de travail, qui lui est seul imputable ». En application de cette jurisprudence sur un groupe des sociétés liées par une convention collective, on s'aperçoit que la clause de transfert, introduite dans cette convention, doit être respectée par toutes les sociétés intéressées. Ainsi une société mère n'a pas à s'opposer à la mutation d'un salarié de sa filiale contrairement à un accord collectif lui imposant cette mutation, faute de quoi elle se voit imputer la responsabilité contractuelle issue de cette convention.

293. En outre, nous essayerons d'élargir la réflexion en nous demandant si le salarié peut cumuler cette action en responsabilité contractuelle avec l'action en responsabilité délictuelle, c'est-à-dire qu'il agit contre la société entrante ayant empêché sans juste motif le changement d'employeur, et la société sortante ayant pris l'initiative de la rupture du contrat en ne respectant pas la procédure du licenciement. Cette question s'avère du reste plus fréquente dans le cadre de groupes de sociétés où la société mère agit souvent de son propre chef en considérant le personnel de ses filiales comme s'il était affilié de la même entreprise collective. Par le biais de son salarié, désigné directeur général d'une filiale, elle procède à un transfert d'un ou plusieurs travailleurs de cette filiale sans respecter la

562 A. Fabre, *Contre qui le salarié peut-il agir en cas d'obstacle au transfert conventionnel de son contrat de travail ?* Rev. dr. trav. 2010, p.166.

563 Cass. Soc. 2 déc. 2009, n° 08-43.722.

procédure de licenciement, en les intégrant dans une autre filiale, selon des conditions moins favorables que celles prévues dans l'accord collectif du groupe. La filiale d'origine contrevient à la loi par son inobservation de la convention collective, engageant du coup sa responsabilité délictuelle fondée sur 1382 du Code civil. La filiale d'accueil passe également outre la convention collective, engageant sa responsabilité contractuelle. La question se pose ainsi de savoir si le salarié dispose d'un choix entre ces deux types de responsabilités ou s'il ne jouit que d'un seul ?

La Cour de cassation, statuant récemment sur cette question, a condamné à titre exclusif la société sortante pour son ignorance de la procédure de licenciement, sans pour autant se prononcer sur la responsabilité de la société entrante qui s'était opposée à l'accueil du salarié transféré. A. Fabre⁵⁶⁴ constate dans son commentaire de cet arrêt que la Cour suprême « ne dit pas que le salarié peut « à son choix » demander au repreneur la poursuite de son contrat ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice causé ». Selon lui, il semble permis au salarié d'agir contre l'une ou l'autre des sociétés ou contre les deux en même temps s'il estime qu'elles ont contribué, chacune à leur manière, à la perte de son emploi. Cette opinion nous paraît d'autant plus pertinente lorsqu'il s'agit d'un salarié d'une société filiale, vu la position dominante qu'exerce la société mère, et qui rappelle que les filiales d'origine et d'accueil font partie d'une même entreprise. L'option ou le cumul offrent au salarié un gage important pour la continuité de son emploi dans l'une ou l'autre de ces sociétés, sinon pour l'octroi de son indemnité.

Sous-section II- Les conséquences du transfert sur le statut du salarié

294. Le transfert du salarié d'une société à une autre du même groupe pose différentes questions relatives au sort des droits de ce salarié, issus de son contrat de travail avec la société d'origine. Comme le fait observer *Verkindt*⁵⁶⁵, l'autonomie des contrats successifs ne paraît qu'artificielle dans un contexte économique unifié par la stratégie du groupe. La jurisprudence considère que la mobilité d'un salarié n'emporte qu'un simple changement d'employeur, mais ce changement fragilise certains droits originaires du contrat de travail. Il en va ainsi de la période d'essai, de l'ancienneté, des avantages contractuels, du mandat social, mais aussi du licenciement par la seconde société employeur, qui met en cause même la continuité du salarié.

⁵⁶⁴ Voir A. Fabre, *op. cit.*, p.106.

⁵⁶⁵ P-Y. Verkindt, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, *op. cit.*, p. 54.

A- Période d'essai

295. Il s'agit d'une période durant laquelle l'employeur porte une appréciation sur les aptitudes du salarié, tandis que celui-ci vérifie s'il est disposé à poursuivre plus avant l'expérience. L'essai n'est pas automatique, mais il doit être prévu dans une clause contractuelle ou conventionnelle et prouvé par l'employeur⁵⁶⁶. La période d'essai s'impose donc au salarié pour la première fois lors de son contrat avec l'employeur et continue jusqu'à ce qu'elle arrive au terme prévu par le droit du travail. Pendant ce temps là, l'employeur peut librement rompre le contrat de travail, sans être tenu à recourir à une notification écrite.

296. Ces règles ne soulèvent pas de difficultés en pratique lorsque le salarié continue d'exercer son travail chez le même employeur. La question apparaît en cas de mobilité du salarié d'un employeur à un autre. On peut se demander s'il est possible d'imposer au salarié une période d'essai au titre de son nouveau contrat. Si l'on se réfère à la finalité de la période d'essai, la réponse doit être la négative. Comme on le sait, cette période est admise par la loi en vue de permettre à l'employeur et au salarié de se connaître et d'apprécier la compatibilité entre la candidature et le poste offert. Or, en cas de transfert d'un salarié dans une autre société pour l'exercice des mêmes fonctions, ses qualités professionnelles sont déjà connues du groupe⁵⁶⁷. On l'exposera en vain à une autre période d'essai.

La Cour de cassation a été convaincue de ce raisonnement. A plusieurs occasions, elle a réaffirmé qu'en cas d'une simple mutation d'un salarié au sein d'une entreprise appartenant à un même groupe, une nouvelle période d'essai ne peut être imposée au salarié si la mutation ne s'accompagne d'aucune modification de fonctions. Dans un arrêt relativement ancien⁵⁶⁸, elle a énoncé que les mutations de salariés, opérées au travers des sociétés d'un même groupe ne doivent pas être préjudiciables aux intéressés lorsque ceux-ci continuent d'exercer, après leur mutation, les mêmes fonctions qu'auparavant⁵⁶⁹. En conséquence, « lorsqu'un salarié en période d'essai fait l'objet d'une simple mutation au sein d'un même groupe, le point de départ de l'essai, initialement fixé à trois mois, part de

566 Voir A. Coeuret et alter, *Droit du travail*, op. cit., n°298 et s., p.220.

567 Voir, *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Groupe de sociétés*, 2009-2010, n°15321, p. 1055.

568 Cass. soc. 6 mai 1975, n° 235.

569 Elle déclare dans ce sens qu'« Attendu qu'en l'état de ces constatations, les juges du fond (...) ont estimé d'une part que FUSTY, en passant du service de la société ASSECO à celui de la société BARBOT, avait fait l'objet d'une simple mutation, au sein d'un seul et même groupe, d'autre part que le licenciement de FUSTY, le 24 mars 1972, était intervenu bien que la période d'essai de trois mois, dont le point de départ était le 8 novembre 1971, fût terminée ; qu'ainsi l'employé était fondé dans sa demande d'indemnité de préavis ».

son entrée au service de la première société, la seconde ne pouvant imposer à l'intéressé une deuxième période probatoire⁵⁷⁰»

297. Au demeurant, il faudrait tenir compte que la prohibition d'imposer au salarié une nouvelle période d'essai n'existe que si la nouvelle fonction est de la même nature que celle exercée auparavant dans la société d'origine. Lorsqu'elle est différente, la société d'accueil est en mesure d'engager le salarié pour une nouvelle période d'essai. En ce sens la Cour de cassation⁵⁷¹ a reproché à la Cour d'appel de Douai de ne pas avoir constaté que le salarié, transféré d'une société à une autre qui appartient au même groupe, avait exercé le même emploi de chef de cuisine « auprès du même employeur qui avait déjà apprécié ses capacités professionnelles, puis auprès d'une société franchisée au sein du même groupe hôtelier ».

B- Sort de l'ancienneté

298. La continuité dans la carrière du salarié s'exprime juridiquement dans la notion d'ancienneté dont la détermination est en rapport avec l'unicité du contrat⁵⁷². Lorsqu'il s'agit d'une mobilité d'un salarié entre deux sociétés membres d'un même groupe, la question majeure porte sur la prise en compte de la durée exécutée par le salarié au service de la société d'origine. Cette question se pose puisque, comme nous l'avons constaté plus haut, le transfert de salarié implique une novation du contrat de travail par changement d'employeur. À la suite de son transfert, ce salarié n'a plus aucun contact avec la société d'origine si la société d'accueil rompt le contrat de travail. Si on applique cette règle à la mobilité effectuée entre sociétés relevant d'un même groupe, on arrive à ce qu'elle soit de nature à fragiliser l'ancienneté et donc les droits et avantages qui s'y attachent. Comme l'a remarqué un auteur⁵⁷³, «la seule ancienneté que peut revendiquer le salarié est celle correspondant au dernier en date des contrats».

De ce fait, il est particulièrement important pour le salarié d'une filiale d'accueil de maintenir l'ancienneté acquise au sein de son employeur d'origine (filiale ou mère), eu égard à la fréquence de telles opérations au sein des groupes. Ce maintien est parfois prévu expressément par la loi : ainsi s'agissant du congé sabbatique et congé pour création et

570 A. Charveriat et alter, *Mémento groupe de sociétés*, op. cit., n° 15321, p. 1055 ; voir encore Cass. soc., 6 mai 1975, n°233.

571 Cass. soc. 28 sept. 2005 n° 2050.

572 P-Y. Verkindt, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, op. cit., n°79, p.54.

573 J. Savatier, *Détachement ou mutation d'un salarié entre sociétés d'un même groupe et calcul de l'ancienneté* : Dr. Social 1994, p.542.

reprise d'entreprise pour exercer des responsabilités de direction au sein d'une entreprise répondant aux critères de « jeune entreprise innovante ». Selon l'article L 3142-107 du Code du travail, l'ancienneté requise pour bénéficier d'un de ces congés est calculée en tenant compte de l'ancienneté acquise dans toute autre entreprise du groupe. De plus, les parties aux contrats successifs pourraient convenir d'une reprise conventionnelle d'ancienneté. La poursuite des relations de travail avec l'employeur d'accueil implique d'ailleurs le maintien de l'ancienneté acquise chez l'employeur d'origine⁵⁷⁴. Ce maintien peut être prévu par une convention ou un accord collectif du groupe de sociétés. La société d'accueil doit alors respecter son obligation en prenant en considération pour le calcul de l'ancienneté du salarié la durée qu'il a passée au service de la société d'accueil.

299. Mais que se passe-t-il en l'absence d'une de ces hypothèses ? Doit-on rechercher *in fine* la diversité apparente des sociétés ou l'unité de l'entreprise du groupe pour en retenir une unité du contrat de travail ?

Selon une affaire traitée par la Cour de cassation⁵⁷⁵, l'ancienneté du salarié doit être calculée à compter de son engagement initial par la première société lorsque celle-ci et la société d'accueil appartiennent au même groupe et que le transfert du salarié entre ces deux sociétés, sans rupture du contrat de travail en cours, résulte d'une décision prise au niveau de ce groupe⁵⁷⁶. On constate dans cette affaire que la Cour rattache la reprise de l'ancienneté à la double condition de l'absence de rupture du contrat de travail et de la prise de décision des mutations au niveau du groupe. Cette exigence révèle en réalité que la reprise d'ancienneté suppose qu'il existe entre la société d'origine et la société d'accueil des intrications des activités qui montrent que ces deux sociétés font partie d'une même entreprise du groupe. Lorsque ces dernières sont sur le plan économique indépendantes, le salarié transféré passe par un recrutement véritable, qui induit pour lui une rupture de contrat, et ainsi d'ancienneté⁵⁷⁷.

C- Sort du salarié licencié par la seconde société

300. Il est envisageable que la société d'accueil procède au licenciement du salarié après son transfert. Il est dès lors question de savoir si ce dernier peut se retourner contre la société d'origine. Au sujet du détachement, le législateur français a institué au profit du

574 P-Y. Verkindt, *op. cit.*, n°79, p.55.

575 Voir à titre d'exemple Cass. soc. 14 déc. 2005 n° 2652.

576 Voir encore Cass. soc. 23 févr. 1994 ; Cass. soc. 18 févr. 1998 n° 868.

577 Voir dans le même sens P-Y. Verkindt, *op. cit.*, n°80, p.55.

salarié d'une société mère, mis par celle-ci à la disposition d'une filiale étrangère et licencié par cette dernière, un droit au reclassement dans la première. Cependant, il n'existe pas de texte particulier applicable au salarié transféré dans une société française. Celui-ci ne dispose ainsi, en principe, d'aucun droit à la réintégration dans la société employeur d'origine, qui n'est plus son employeur.

On peut néanmoins se demander si cette dernière est à l'abri de toute poursuite judiciaire. En effet, il n'est pas impossible qu'elle procède au transfert de son salarié dans l'unique dessein de le licencier par l'intermédiaire de la société d'accueil. C'est le cas de la société mère qui transfère son propre salarié ou un salarié d'une filiale dans une autre filiale en difficulté. A notre connaissance, la juridiction n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question. Mais il existe pourtant une jurisprudence importante relative à la cession d'une filiale qui occasionne le transfert de ses salariés. Cette jurisprudence pourrait sans doute offrir le cas échéant une intéressante solution. On peut évoquer à titre d'illustration une affaire récente s'agissant d'une société mère qui avait cédé une filiale à une autre société en difficulté qui ne pouvait pas éviter sa liquidation judiciaire. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont admis la responsabilité de la société mère cédante, à l'égard des salariés de son ex-filiale, et l'ont condamnée à indemniser ces derniers pour le préjudice issu de leur licenciement dans le cadre de la liquidation. La Cour de cassation a reconnu que les salariés d'une société liquidée pouvaient rechercher la responsabilité de l'ancienne société mère de cette dernière en réparation d'un préjudice particulier⁵⁷⁸.

301. Même si cette affaire concerne la cession d'une filiale plutôt que le transfert d'un salarié, la solution semble curieuse s'agissant de la protection de ce dernier. Il est en effet concevable que la société mère ou filiale, au lieu de licencier son salarié et d'encourir le risque de le reclasser ou de l'indemniser, procède à son transfert dans une autre filiale en difficulté qui ferait *a posteriori* faillite. Ce salarié risquerait alors de ne pas obtenir gain de cause de la part de son employeur d'accueil en raison de son insolvabilité. C'est par analogie qu'il disposerait d'une forte chance de pouvoir poursuivre la société d'origine en se fondant sur sa responsabilité délictuelle (C. civ. art. 1382).

⁵⁷⁸ Voir Cass. soc. 14 nov. 2007.