Le groupe *sui generis* au sens de l'article L. 1231-5 du Code du travail
Commentaire sous Soc., 8 juillet 2021, avis n° 15014

Pour mémoire, l'article L. 1231-5 du Code du travail dispose que « *lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein. Si la société mère entend néanmoins licencier ce salarié, les dispositions du présent titre sont applicables* ». La principale protection de ce dispositif est en réalité de rapatrier dans le champ d'application du droit français du licenciement, le salarié mis à la disposition d'une filiale étrangère puis licencié par cette dernière. Cet article L. 1231-5 est unique en son genre. Sur le fond, il est une des rares dispositions du Code du travail à imputer une obligation à un tiers ex-employeur (Soc., 13 novembre 2008, n° 07-41.700, *Bull*. V, n° 214 ; 30 mars 2011, n° 09-70.306, *Bull.* V, n° 82 : l'article L. 1231-5 « ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison-mère »). Sur la forme, il est issu de l'article 8 de la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 réformant en profondeur le régime du licenciement et peut se flatter de ne pas avoir été modifié une seule fois depuis 1973. Pourtant, rien ne présageait une telle longévité. En effet, il n'était pas prévu à l'origine que la loi du 13 juillet 1973 s'intéresse groupes internationaux de sociétés. On remarquera d'ailleurs que le législateur de l'époque disposait d'une vision étriquée des groupes de sociétés, dans la mesure où les groupes de droit interne étaient exclus de son analyse. Adopté dans la précipitation lors d'une séance parlementaire, l'article 8 a été unanimement critiqué par la doctrine notamment pour son imprécision relative aux groupes concernés par un tel dispositif (G. LYON-CAEN, « Observations sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés (Article 8 de la loi du 13 juillet 1973) », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 439 ; N. CATALA, « Application de l'article L. 122-14-8 », *Cah. dr. entr.* 1986, n° 4, p. 10). Le législateur contemporain s'est refusé le droit de parfaire l'article L. 1231-5. C'est donc la jurisprudence qui a dû préciser au fil de ses arrêts le régime juridique de l'article L. 1231-5 (Pour une étude d'ensemble, v. not. Ph. COURSIER, « Mobilité internationale. Détachement dans une filiale étrangère », *JCl. Travail*, 2 février 2021, fasc. 19-60). Dans un avis n° 15014 du 8 juillet 2021, la Cour de cassation a eu à nouveau l'occasion de préciser les conditions d'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail.

L'espèce. Un salarié a été engagé par une société mère française, puis mis à disposition d'une filiale suisse. Cette dernière lui notifie son licenciement en raison de ses critiques permanentes sur la situation de l'entreprise. Le salarié tout en contestant les motifs de son licenciement a sollicité sa réintégration au sein de la société mère française en application de l'article L. 1231-5 du Code du travail. La société française n'a pas fait droit à sa demande considérant que les dispositions de cet article ne lui étaient plus opposables puisqu'elle ne revêtait plus la qualité de société mère. En effet, pendant la mise à disposition du salarié à l'étranger, la filiale a été cédée à une société tierce du groupe laquelle est devenue la société mère. Saisie de cette affaire, la cour d'appel de Paris a formulé le 27 mai 2021 (CA Paris, Pôle 6, ch. 7, 27 mai 2021, n° 18/08869) la demande d'avis suivante : « *À quelle date convient-il déterminer si les conditions d'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail sont réunies (la date de la mise à disposition du salarié à l'étranger ou celle de la cessation de la mise à disposition du salarié à l'étranger (i.e., date du licenciement du salarié par la société étrangère)) ?* ». La réponse de

la Cour de cassation est claire : le contrôle de la société mère à l'encontre de sa filiale s'apprécie à la date du licenciement du salarié. Ce n'est pas tant la réponse apportée qui surprend mais plutôt le raisonnement emprunté que l'on peut qualifier de double détour. D'une part, la Cour de cassation délivre son interprétation des termes de « société mère » et de « filiale » au sens de l'article L. 1231-5 du Code du travail, alors que la demande d'avis n'envisageait pas une telle précision d'ordre terminologique (I). D'autre part, la Haute juridiction semble sur-interpréter sa jurisprudence antérieure afin d'aboutir à la présente solution (II).

I : Une interprétation extra-large du contrôle exercé par la « société mère » sur sa « filiale »

Par un *obiter dictum*, la Cour de cassation prend le soin de préciser que « *par l'emploi des termes "société mère" et "filiale", éclairés par les travaux parlementaires 1973, ce texte doit être interprété comme subordonnant les garanties de rapatriement et de réintégration dont répond la société qui met à disposition le salarié au contrôle que celle-ci exerce sur la société d'accueil, auteur du licenciement* ». Autrement dit, la « société mère » et la « filiale » au sens de l'article L. 1231-5 du Code du travail ne sont pas des « vraies » sociétés mères ou des filiales au sens où l'entend l'article L. 233-1 du Code de commerce, c'est-à-dire celles ayant entre elles une relation capitalistique d'au moins 50 %. On peut regretter que les mots n'aient désormais plus grand sens… Mais cette confusion provient en réalité du législateur de l'époque.

Lors d'une séance ordinaire de l'Assemblée nationale du 26 juin 1973, deux députés débattent de ce que sera l'article 8 de la loi du 13 juillet 1973 : – « *Je suggère donc à la commission et au gouvernement de préciser de quelle société filiale et de quelle société mère il s'agit. Nous pourrions indiquer, par exemple, qu'il s'agit des sociétés filiales au sens de la loi du 24 juillet 1966* », observe l'un ; – « *Effectivement, la loi du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales, donne une certaine définition de la société filiale par rapport aux participations. C'est une définition très rigoureuse. […]. Je pense donc que nous pourrions laisser un peu plus de flou dans la définition de la filiale et ne pas exiger, pour que l'article en question s'applique que la société mère détienne la moitié du capital de la filiale* », rétorque l'autre ; – « *La formule retenue peut être beaucoup plus souple, mais nous ne pouvons pas laisser au juge le soin d'apprécier ce qu'est une société mère et ce qu'est une filiale. Il appartient au législateur de le faire* », conclut le premier (*JOAN*, n° 49, 27 juin 1973, spéc. p. 2513).

Ces propos étaient assez visionnaires car ils obligent la Cour de cassation à avoir une interprétation exégétique dans son avis du 8 juillet 2021. Malgré tout, l'avis de 2021 va peut-être un peu plus loin que l'intention du législateur de l'époque. En effet, si l'on sait désormais que le contrôle d'une « société mère » sur sa « filiale » au sens de l'article L. 1231-5 du Code du travail peut découler d'une détention capitalistique de moins de 50 %, il faut caractériser un minimum de contrôle capitalistique. Par conséquent, l'article L. 1231-5 est inapplicable lorsque la mise à disposition s'opère de filiale à filiale en l'absence de contrôle de l'une sur l'autre (Soc., 15 mars 1994, n° 91-40.869, inédit), ou de filiale à société mère ou encore entre des sociétés qui n'ont aucun lien capitalistique entre elles (Soc., 23 janvier 1991, n° 88-44.649, inédit). En l'espèce, la Cour de cassation semble aller plus loin puisqu'elle ne précise pas dans son avis qu'il s'agit d'un contrôle capitalistique. Ce faisant, elle laisse la porte ouverte à ce que le contrôle entre la « société mère » et la « filiale » au sens de l'article L. 1231-5 puisse

découler d'un contrôle contractuel, comme a pu le décider par le passé la cour d'appel d'Aix-en-Provence à travers une convention d'assistance (CA, Aix-en-Provence, 31 mars 1980 : *D*. 1981, 301, 2ème esp., note J. MESTRE et M. BUY. *Adde* Soc., 27 juin 1990, n° 86-43.483, inédit : arrêt reconnaissant la qualité de « société mère » à une société qui la contrôle en lui assurant une assistance technique et en passant des actes relevant normalement de l'autorité de cette dernière).

Au-delà du fait que cette dernière interprétation ne correspond pas à l'intention du législateur de l'époque, elle semble également discutable d'un point de vue stratégique. Il faut prendre garde à une interprétation trop extensive de la notion de groupe au sens de l'article L. 1231-5. En effet, si l'on observe la tendance législative actuelle en matière de périmètre de groupe en droit du travail, celle-ci va clairement dans le sens d'un rétrécissement, pour contrecarrer les élargissements jurisprudentiels précédents. On pense bien évidemment au secteur d'activité ou au groupe de reclassement. Pour le dire trivialement, à trop vouloir tirer sur l'élastique, en l'occurrence sur le périmètre, on prend le risque d'irriter le législateur qui n'hésitera pas à le rétrécir. La même réflexion vaut d'ailleurs pour le groupe de moyen en matière de PSE.

Après ce détour terminologique, il fallait répondre à la demande d'avis.

<u>II : La temporalité du contrôle</u>

La Cour de cassation est d'avis que « *la société mère qui a mis un salarié à la disposition d'une filiale étrangère est tenue aux obligations prévues à l'article L. 1231-5 du Code du travail dans la mesure où, à la date du licenciement de ce salarié, elle contrôle cette dernière société* ». Pour que le dispositif s'applique, il faut donc que la société mère originelle conserve cette qualité jusqu'à la rupture du contrat de travail par la filiale. Or en l'espèce, la société n'était plus la maison-mère car elle avait cédé ses participations de la filiale à une société tierce pendant la mise à disposition du salarié.

Pour fonder sa décision, la Cour de cassation aurait pu raisonner par analogie avec le licenciement où l'existence d'une cause réelle et sérieuse s'apprécie à la date de la rupture du contrat (Soc., 12 décembre 1995, n° 94-41.765, *Bull.* V, n° 342). Elle préfère toutefois se référer à un de ses anciens arrêts relatifs à l'article L. 1231-5 du Code du travail (Soc., 13 novembre 2008, n° 06-42.583, *Bull.* V, n° 214 : *RDT* 2009, p. 29, note M.-C. AMAUGER-LATTES). Si la référence se comprend, c'est l'interprétation faite de cet arrêt qui interroge.

Dans son avis, la Haute juridiction se réfère à un arrêt du 13 novembre 2008 (n°06-42.583 : *supra*), où en l'espèce la filiale argentine auprès de laquelle le salarié avait été mis à disposition avait cédé son fonds à une société tierce, sans lien avec la société mère. Conformément au droit argentin applicable, le salarié était alors susceptible d'être repris par cette société tierce. Le rapport annuel de la Cour de cassation de 2008 avait d'ailleurs précisé la portée de l'arrêt : « *la chambre sociale énonce que cette cession mettait fin ipso facto au contrat de travail liant le salarié à la filiale et estime que cette rupture entre dans les prévisions de l'article L. 122-14-8 devenu L. 1231-5 du Code du travail qui pose comme condition d'application du régime protecteur "le licenciement par la filiale"* ». Autrement dit, il n'était pas question dans cet arrêt de 2008 de temporalité du contrôle d'une société sur une autre, mais de savoir si l'article L.

1231-5 pouvaient englober d'autres ruptures du contrat de travail que le licenciement. Pourtant, la Cour de cassation précise dans son avis que « *par un arrêt publié du 13 novembre 2008 (pourvoi n° 06-42.583, Bull. 2008, V, n° 214),* en considération du contrôle de la filiale à la date de la rupture du contrat de travail*, la chambre sociale a jugé qu'il appartient à la société mère de prendre l'initiative du rapatriement du salarié et de lui proposer un reclassement dès la rupture du contrat de travail du salarié avec la société filiale* » (nous soulignons). Déduire de cet arrêt une prise en compte de la temporalité du contrôle de la « société mère » sur sa « filiale » nous semble être une extrapolation.

Quoi qu'il en soit et en l'espèce, la société mère n'étant plus la même à la fin de la mise à disposition, l'article L. 1231-5 ne lui serait plus opposable. Peut-on opposer cet article L. 1231-5 à la société devenue mère pendant la mise à disposition ? Les obstacles à franchir sont nombreux, mais pas infranchissables. D'une part, l'on ne peut pas reprocher au salarié de n'avoir exercé aucune fonction au sein de la nouvelle société mère car les dispositions de l'article L. 1231-5 n'exigent en rien que le salarié ait exercé une activité effective au sein de la société mère préalablement au détachement (Soc., 7 décembre 2011, n° 09-67.367, *Bull.* V, n° 286). D'autre part, et c'est peut-être là le principal obstacle, si la nouvelle société mère est étrangère, l'imputation d'une disposition de droit français semble compromise en vertu du principe de territorialité de la loi. La solution pourrait se situer dans l'identification de la véritable « société mère » au sens de l'article L. 1231-5 du Code du travail. En l'espèce, la structuration du groupe est difficile à déterminer, mais on apprend grâce à la lecture de l'arrêt d'appel que l'ex-société mère française est en réalité la société contrôlaire du groupe. Elle était l'associé fondateur du groupe. Elle avait créé la filiale suisse. Elle était aussi membre du conseil d'administration de la nouvelle société mère. N'y-a-t-il pas là une sorte de contrôle capitalistique indirect qu'une interprétation jurisprudentielle extra-large de la notion de contrôle au sens de l'article L. 1231-5 aurait permis d'englober ?

Sébastien Ranc
Maître de conférences à l'Université de Toulouse 1 Capitole