



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE RETOUR DES EXPATRIÉS DANS LES GROUPES INTERNATIONAUX - . - UN DROIT CONFORTÉ PAR LA JURISPRUDENCE

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES

Référence de publication : Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2013, dossier 23

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE RETOUR DES EXPATRIÉS DANS LES GROUPES INTERNATIONAUX - . - UN DROIT CONFORTÉ PAR LA JURISPRUDENCE

Le législateur a, dès 1973, consacré un droit au retour dans les groupes internationaux, aujourd'hui prévu à l'article L. 1231-5 du Code du travail. Soucieuse de préserver les intérêts des salariés, la jurisprudence s'efforce depuis toujours et plus encore ces dernières années, tout à la fois de garantir au sein des groupes transnationaux, un droit au retour qui soit le plus large possible et d'en préciser les modalités concrètes afin que ce retour s'effectue dans des conditions acceptables pour les intéressés.

« L'expatrié est infidèle... » titrait il y a plusieurs années un périodique^{Note 1}. Choc culturel inversé, accueil peu chaleureux des collègues, expérience à l'étranger peu valorisée, poste de reclassement décevant... Les raisons sont nombreuses qui expliquent que de retour au sein de l'entreprise qui les a envoyés à l'étranger auprès d'une autre société du groupe, le plus souvent, les expatriés la quittent. En moyenne ils démissionneraient deux fois plus que les autres pour, généralement, partir à la concurrence. On comprend dans ces conditions que soigner le retour des expatriés soit devenu pour certaines entreprises un objectif central de leur politique de mobilité internationale. Cependant, toutes ne s'inscrivent pas dans une telle dynamique. D'autres souhaitent, au contraire, s'affranchir des difficultés inhérentes à la gestion délicate du retour des expatriés même si, à l'origine de l'envoi du salarié à l'étranger et de l'éviction du droit applicable au contrat initial, elles ont pris une part, plus ou moins directe, dans la rupture du contrat par la société étrangère. Tel est à tout le moins le cas lorsque l'employeur initial est la société mère d'un groupe qui en raison de son poids économique influe nécessairement sur les décisions de gestion de ses filiales.

Pour remédier à ces situations qui peuvent résulter de stratégies de contournement de la loi française lourdes de conséquences pour les salariés, le législateur a, dès 1973, consacré un droit au retour dans les groupes internationaux, aujourd'hui prévu à l'article L. 1231-5 du Code du travail^{Note 2}. Ce texte ancien, rédigé sans débats ni travaux préparatoires susceptibles d'en guider l'interprétation, fixe un champ d'application apparemment limité aux obligations de rapatriement et de réemploi qu'il énonce et dont il ne précise guère, ou de façon incomplète, les modalités. C'est pourquoi, soucieuse de préserver les intérêts des salariés, la jurisprudence s'efforce depuis toujours et plus encore ces dernières années, tout à la fois de garantir au sein des groupes transnationaux, un droit au retour qui soit le plus large possible (1) et d'en

préciser les modalités concrètes afin que ce retour s'effectue dans des conditions acceptables pour les intéressés (2).

1. L'EXTENSION PAR LA JURISPRUDENCE DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 1231-5 DU CODE DU TRAVAIL

Il résulte de l'article L. 1231-5 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 ».

S'agissant de la définition de son champ d'application, quelques certitudes se dégagent du texte. Tout d'abord, en sont exclues les mises à disposition à partir d'une filiale vers une société étrangère du groupe^{Note 3}. Dans cette hypothèse en effet les sociétés sont, soit placées sur un pied d'égalité, soit dans un rapport de dépendance économique défavorable à la filiale, qui ne permet pas de soupçonner de sa part une quelconque interférence ou influence sur la décision ultérieure de rupture du contrat. Ensuite, la société mère à l'origine de la mise à disposition et la filiale doivent être de nationalités différentes. En outre, un contrat de travail doit avoir été conclu entre la filiale étrangère et le salarié. Enfin, ce contrat doit avoir été rompu.

Pour le reste, les imprécisions de rédaction confèrent un large pouvoir d'interprétation aux juges, lesquels pour garantir un véritable droit au retour au sein des groupes transnationaux étendent le champ de l'obligation. La tendance est ancienne (A), elle s'est cependant accentuée ces dernières années à la faveur d'un revirement de jurisprudence, certes avantageux pour les salariés, mais qui suscite des interrogations (B).

A. - L'interprétation compréhensive des conditions du droit au retour : une tendance ancienne de la jurisprudence

Pour endiguer les tentatives d'éviction du droit français et tenir compte du poids économique des sociétés mères, très tôt, la jurisprudence a adopté une interprétation compréhensive des conditions d'application de l'article L. 1231-5.

C'est ainsi que la notion de société mère retenue n'est pas celle, étroite, du droit commercial qui implique une participation financière au capital de la filiale d'au moins 50 %. Une participation financière est nécessaire mais les juges n'exigent pas de pourcentage minimum, ni même de participation substantielle ou suffisante. Il suffit que la société ait une participation dans le capital de la société étrangère et qu'elle exerce sur elle un véritable contrôle économique^{Note 4} dont il a été jugé qu'il pouvait résulter d'une convention d'assistance technique au profit de cette dernière ou de l'accomplissement d'actes de gestion en son nom^{Note 5}.

Par ailleurs, si la jurisprudence considère depuis longtemps que tout licenciement, y compris pour faute grave^{Note 6}, impose le retour du salarié en application de l'obligation légale, le licenciement ne constitue pas le seul mode de rupture compris dans le périmètre du texte. Toute rupture non imputable au salarié semble devoir justifier son retour. Un arrêt l'a admis en cas de transfert d'entreprise^{Note 7} mais on songe également à la force majeure ou à l'échéance du terme d'un contrat à durée déterminée. Bien plus, malgré l'utilisation du terme licenciement qui peut inciter à penser que le législateur a voulu limiter l'obligation de retour aux cas de ruptures imputables à la filiale, la jurisprudence tend à en étendre le champ à la démission. Certes, après l'avoir admis dans un arrêt en 1992^{Note 8}, la chambre sociale de la Cour de cassation l'avait exclu en 2005^{Note 9}. Toutefois, l'arrêt *L'Oréal* de 2008^{Note 10} incite à considérer que, tout du moins lorsqu'elle est justifiée par un motif légitime, la rupture imputable au salarié n'exclut pas son droit au retour au sein de la société mère. La solution est logique et doit même être étendue à toutes les démissions, si l'on admet que le fondement de l'obligation réside dans la survivance du lien contractuel avec la société mère. Ce dernier étant autonome, l'obligation devrait s'imposer à la société mère indépendamment de la qualification de la rupture du contrat avec la filiale. Cependant, si pendant longtemps cette analyse a prévalu en jurisprudence, tel ne semble plus être le cas aujourd'hui. Dès lors, l'extension du champ des obligations de la société mère en cas de démission du salarié pour un motif qui ne serait pas un motif légitime pourrait être écartée^{Note 11}.

Ainsi que l'illustrent ces exemples, la jurisprudence a de tout temps procédé à une interprétation compréhensive des termes de l'article L. 1231-5 dans le but de faire bénéficier de la protection qu'il instaure des salariés que le texte semblait exclure. L'extension du champ de l'obligation résultant d'un revirement confirmé récemment s'inscrit dans la même logique de protection. Cependant, peu

compatible avec les termes de l'article L. 1231-5, ce revirement soulève des interrogations qui touchent à la cohérence du dispositif.

B. - Un revirement audacieux, source d'interrogations

Pendant longtemps, c'est la survivance d'un lien contractuel entre la société mère et le salarié qui semblait justifier les obligations de rapatriement et de réemploi résultant de l'article L. 1231-5. Mis en sommeil pendant l'exécution du contrat avec la filiale étrangère, ce lien avec la société mère était en quelque sorte réactivé du fait de sa rupture. En décidant que l'article L. 1231-5 « ne subordonne pas son application au maintien du contrat de travail entre le salarié et la maison mère », la Cour de cassation rompt avec cette analyse et offre ainsi une protection aux salariés dont le contrat de travail avec la société mère a été rompu au moment de leur départ. Mais un autre fondement, plus pertinent, pourrait-il justifier les obligations de la société mère à l'égard de son ex-salarié et avec quelles conséquences ?

1° L'affirmation de l'indifférence du maintien du contrat avec la société mère

Pendant longtemps, la jurisprudence a exclu l'application de l'article L. 1231-5 en l'absence de lien contractuel entre la société mère et le salarié^{Note 12}. Cette solution semblait s'imposer, la loi mentionnant la « mise à disposition » du salarié, laquelle laisse en effet supposer la permanence du lien entre le salarié et l'entreprise qui le met à disposition^{Note 13}. Il convient de souligner cependant que la jurisprudence admettait de façon plutôt libérale l'existence de ce lien contractuel qui n'avait que peu à voir avec la définition du contrat de travail en droit interne. Il pouvait ainsi résulter de manifestations de subordination, parfois extrêmement ténues, ou même découler de la dépendance économique de la filiale employeur qui, en quelque sorte, rejaillissait sur le salarié. Autrement dit, les cas dans lesquels l'obligation était écartée concernaient des situations où, d'une part, la rupture du contrat n'était pas contestable – rupture formalisée ou résultant de l'échéance du terme – et, d'autre part, tout lien, même informel, entre la société mère et le salarié avait disparu.

Cependant, indépendamment de l'existence d'un risque de contournement, sans doute peu important au vu de la jurisprudence, force est de constater que c'est en présence de la rupture du contrat

que l'article L. 1231-5 présente le plus d'intérêt pour le salarié. En effet, la caractérisation d'un lien de subordination – fût-il apprécié de manière extensive – implique en toute hypothèse une obligation de réintégration du salarié au terme de la mise à disposition, l'obligation de rapatriement pouvant être pour sa part rattachée à l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat. C'est peut-être pour cette raison – à moins que ce ne soit à cause du caractère souvent fictif de l'existence du contrat avec la société mère^{Note 14} – que la Cour de cassation a opéré un revirement.

C'est un arrêt de 2008 qui a ouvert la voie^{Note 15}. Dans cette affaire, la salariée avait accepté par écrit de mettre fin à son contrat avec la société mère française et de signer un nouveau contrat de travail avec la filiale chinoise du groupe. N'ayant finalement pas gagné son poste en Chine, elle avait demandé à bénéficier des dispositions de l'article L. 1231-5 ce que, contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation avait admis au motif que le texte « ne subordonne pas son application au maintien du contrat de travail entre le salarié et la maison mère ». La formule est reprise dans un arrêt de 2011^{Note 16}, dans lequel la Cour confirme le revirement. En l'espèce, le contrat conclu initialement avec la société mère était d'une durée de deux mois.

Le maintien du contrat de travail entre la société mère et le salarié ne constitue donc plus une condition d'application de l'article L. 1231-5. Pourtant, pour plusieurs raisons, il semble difficile de faire abstraction de cet élément.

2° L'existence d'un lien contractuel avec la société mère, une condition difficilement contournable

Écarter le fondement contractuel de l'obligation posée à l'article L. 1231-5 pose deux questions essentielles. Tout d'abord, faut-il en déduire que l'obligation s'impose chaque fois qu'embauché par une société mère, le salarié est ensuite envoyé dans une filiale à l'étranger, puis licencié par cette dernière ? Autrement dit, la question de la loi applicable au contrat ne se poserait pas pour l'application du texte. Ensuite, comme le relève un auteur^{Note 17}, comment concilier l'indifférence du maintien du contrat avec la société mère avec l'obligation faite à cette dernière de licencier le salarié auquel elle ne peut procurer un nouvel emploi ?

a) Application de l'article L. 1231-5 et applicabilité de la loi française au contrat

Autrefois présenté comme une règle matérielle de droit international privé applicable indépendamment de la loi du contrat, l'article L. 1231-5 supposait au contraire, depuis l'arrêt *Robertson*^{Note 18}, que le contrat soit soumis à la loi française.

En affirmant que « l'obligation de reclassement à la charge de la société mère ne concernant que les relations entre celle-ci et le salarié qu'elle met à disposition, peu importe que le contrat conclu entre ce dernier et la filiale ait été soumis au droit étranger », l'arrêt *Demarle* n'opère-t-il pas un revirement de jurisprudence ?

Une réponse négative s'impose.

En effet, l'arrêt souligne simplement l'indifférence de la loi applicable au contrat conclu avec la filiale étrangère, ce qui ne constitue pas une solution nouvelle. Ce qui importait en revanche pour les juges c'était l'application de la loi française au contrat avec la société mère.

Mais, en décidant que le maintien du contrat avec la société mère n'est pas une condition d'application de l'article L. 1231-5, la Cour de cassation ne prive-t-elle pas d'intérêt la question de la loi applicable – ou qui était applicable – à cette relation ? Il y aurait alors véritablement revirement par rapport à la jurisprudence *Robertson*, l'arrêt *Demarle* consacrant « le retour à la règle matérielle »^{Note 19}.

On peut cependant en douter pour au moins deux raisons. Tout d'abord, on notera que cette résurgence de la règle matérielle va à contre-courant de l'évolution générale du droit international privé, marquée au contraire par la raréfaction des règles matérielles nationales^{Note 20}. Ensuite, comment justifier l'application de l'article L. 1231-5 si ce n'est par le maintien du contrat ? Un rattachement au territoire français est en effet nécessaire pour l'application de la règle.

Avant le revirement de 1993, et bien que le texte ne le précise pas, les auteurs considéraient que ce rattachement résidait dans la nationalité française de la société mère.

Mais cet élément ne semble plus pouvoir être invoqué ; en effet, en droit international privé, la doctrine tend à considérer aujourd'hui que l'application d'une règle substantielle de source interne suppose l'applicabilité de la loi du pays qui l'énonce, laquelle doit avoir été préalablement identifiée selon la méthode indirecte ou conflictuelle^{Note 21}. L'application de l'article L. 1231-5 serait donc assujettie à l'application de la loi française désignée par la règle de conflit^{Note 22}.

L'apport de la jurisprudence dans l'affirmation des droits des salariés au sein des groupes transnationaux se traduit (...) par l'extension du champ de leur droit au retour

Ainsi, la soumission au droit français du contrat conclu avec la société mère constituerait, aujourd'hui comme hier, une condition nécessaire à l'application de l'article L. 1231-5, et ce même en cas de disparition du contrat. La solution n'est pas illogique si l'on analyse l'obligation résultant de l'article L. 1231-5 comme « une obligation accessoire légale post-contractuelle (...) puisant sa source dans le contrat initial de droit français »^{Note 23} et « qui naît automatiquement de la mise à disposition »^{Note 24}. Cette obligation serait ainsi autonome par rapport au contrat – un peu comme une clause de non-concurrence – mais découlerait de la soumission de ce dernier à la loi française^{Note 25}.

b) Disparition du contrat et licenciement du salarié par la société mère

En vertu du Code du travail, à défaut de pouvoir procurer un nouvel emploi au salarié, la société mère doit le licencier conformément aux dispositions du droit français. Il faut donc admettre que le contrat existe toujours entre cette dernière et le salarié dans la mesure où, comme le souligne M. Auzero, « pour rompre unilatéralement un contrat de travail, encore faut-il que celui-ci existe »^{Note 26}.

Le contrat n'aurait donc pas disparu et on en reviendrait au fondement classique des obligations imposées à la société mère : la survivance du contrat initial, finalement seulement suspendu.

En effet, le licenciement n'est envisageable que « si l'on considère qu'en fait la société mère n'a jamais cessé d'être employeur, nonobstant la cessation formelle de la relation contractuelle qui l'unissait au salarié »^{Note 27}. L'obligation serait donc bien justifiée par la dualité des contrats et par la présence d'employeurs conjoints.

Comment dès lors écarter les inconvénients résultant pour les salariés de la condition du maintien du contrat pour l'application de l'article L. 1231-5 ?

Ne pourrait-on soutenir que, dès lors qu'il est soumis au droit français, le contrat de travail d'un salarié, engagé par une société mère, puis envoyé dans une filiale à l'étranger, ne peut pas être rompu. L'envoi du salarié à l'étranger s'analyserait en fait et comme le précise l'article L. 1231-5 en une simple « mise à disposition » qui, quelle que soit par ailleurs la qualification de la mesure donnée par les parties, ne pourrait entraîner que la suspension du contrat initial.

Autrement dit, la seule rupture du contrat envisageable au regard de l'obligation prescrite à l'article L. 1231-5 serait celle conduisant le salarié à quitter le groupe.

2. L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE DANS LA DEFINITION DES MODALITES DE RETOUR

L'apport de la jurisprudence dans l'affirmation des droits des salariés au sein des groupes transnationaux se traduit non seulement par l'extension du champ de leur droit au retour mais également par la reconnaissance de garanties qui touchent aux modalités de mise en œuvre.

Selon l'article L. 1231-5, le droit au retour se matérialise par le rapatriement du salarié, le droit à un nouvel emploi et, en cas d'impossibilité, son licenciement en application du droit français. Le texte est cependant imprécis ce qui ouvre le champ à l'interprétation du juge. Les décisions sont nombreuses et pour certaines relativement anciennes. Toutes s'inscrivent dans une logique de protection des intérêts des salariés. Elles consistent tout d'abord dans l'obligation pour l'employeur de prendre l'initiative du rapatriement et du reclassement (**A**), ensuite dans la définition de nouvelles exigences quant au reclassement (**B**), enfin dans la définition de règles de calcul des droits du salarié licencié qui prennent en compte son expatriation (**C**).

A. - L'obligation d'initiative de l'employeur

Qu'il s'agisse du rapatriement ou du reclassement du salarié, l'initiative en incombe à l'employeur. La solution est constante en ce qui concerne le rapatriement : lorsque cesse le contrat à l'étranger, le

salarié n'a pas à réclamer la mise en œuvre. Les juges décident en effet qu'il appartient à la société mère d'en prendre l'initiative^{Note 28}. Ainsi, le rapatriement doit en principe intervenir dès la rupture du contrat par la filiale, mais, en cas d'immobilisme de la société mère, le salarié peut en réclamer l'exécution plusieurs mois après^{Note 29}. Dans ce cas, il peut alors prétendre à des indemnités correspondant aux frais de séjour imputables au retard de l'employeur – à charge pour celui-ci de prouver que le retard ne lui pas imputable^{Note 30}.

Il appartient également au seul employeur de proposer au salarié un poste de reclassement conforme aux exigences légales. La jurisprudence récente a apporté des précisions sur la forme et le contenu de cette proposition.

B. - Des garanties nouvelles en matière de reclassement

La loi impose à l'employeur de procurer un nouvel emploi au salarié « *compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein* ». Habituellement, cette obligation est analysée comme une obligation de reclassement dont on peut se demander si elle implique la conclusion d'un tout nouveau contrat, indépendant du contrat initial avec la société mère, et donc sans reprise d'ancienneté et d'avantages contractuels. Comme le souligne M. Auzero, ce serait sans doute la conséquence logique de la disparition du contrat et, sans doute aussi, un argument supplémentaire en faveur de son maintien^{Note 31}.

S'agissant des modalités de l'obligation, la doctrine se prononce pour un alignement sur l'obligation de reclassement applicable en cas de licenciement pour motif économique^{Note 32}. La proposition semble logique et, même si elle n'en a jamais affirmé le principe général, la jurisprudence semble s'y conformer^{Note 33}. Elle a par ailleurs récemment renforcé les garanties des salariés et ce d'un double point de vue.

1° Le remodelage de l'obligation de reclassement

L'emploi proposé au salarié en vertu de l'article L. 1231-5 doit être compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère. Conformément à l'idée que l'obligation découle du contrat initialement conclu, le reclassement impliquait, en vertu d'une jurisprudence constante, que le

salarié ait, avant d'être mis à disposition de la filiale, exercé des fonctions effectives au sein de la société mère. Étaient donc privés du droit au retour, les salariés embauchés par la société mère pour travailler à l'étranger^{Note 34}. De même, s'en tenant aux termes de la loi, les juges n'imposaient pas la prise en compte des compétences acquises par le salarié auprès de la filiale étrangère. Cette restriction, logique si l'on considère qu'il y a une dualité de contrats, était généralement perçue comme une injustice par les salariés, les conduisant le plus souvent à juger inacceptables les conditions de leur retour.

Or, si la Cour de cassation a opéré un revirement sur le premier point, il n'est pas exclu qu'une évolution soit en marche s'agissant du second.

En ce qui concerne la reconnaissance d'un droit au reclassement indépendamment de l'exercice de fonction effective au sein de la société mère, le revirement résulte d'un arrêt du 7 décembre 2011^{Note 35}.

En l'espèce le salarié avait été embauché par une société mère française, en vue d'une affectation en qualité de chef de centre au sein de sa filiale tchèque. Licencié pour faute grave par cette dernière, puis par la société mère, son reclassement semblait être exclu dans la mesure où il n'avait jamais exercé de fonctions au sein de cette dernière.

Marquant une rupture par rapport à sa jurisprudence antérieure, la Cour décide « que le seul fait que le salarié n'ait pas, avant son détachement, exercé des fonctions effectives au service de l'employeur qui l'a détaché ne dispense pas celui-ci de son obligation d'assurer son rapatriement à la fin du détachement et de le reclasser dans un autre emploi en rapport avec ses compétences ».

L'utilisation de cette dernière formule, bien plus compréhensive que celle du législateur, permet d'affirmer que la société mère doit reclasser le salarié dans un emploi compatible avec ses compétences au jour du reclassement, et donc, compte tenu de l'expérience acquise à l'étranger. Se pose cependant la question de savoir si cette décision ne concerne que les salariés qui n'ont pas préalablement exercé de fonctions au sein de la société mère ou si elle doit être généralisée à tous les salariés^{Note 36}.

2° L'exigence d'une proposition précise et d'une acceptation expresse du salarié

Eu égard aux difficultés inhérentes à la gestion des retours des expatriés au sein de leur entreprise d'origine, il n'est pas rare que l'employeur tarde à mettre en œuvre ses obligations, singulièrement son obligation de reclassement.

C'est ainsi que confronté à la difficulté de se réadapter à son environnement, le salarié doit aussi patienter en attendant que les vagues pistes de reclassement évoquées se transforment en une proposition de reclassement sérieuse.

Très souvent c'est au cours de cette période que le salarié prendra la décision de quitter son employeur. Mais, au-delà de la perte que peut représenter pour l'entreprise le départ d'un salarié à la concurrence, un arrêt récent permet de mettre en évidence qu'elle peut avoir un coût direct important^{Note 37}.

En effet, dans une telle situation, en l'absence d'une offre d'emploi « sérieuse, précise et compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société-mère » et à défaut d'accord exprès de l'intéressé quant à une éventuelle proposition de poste, l'entreprise manque à ses obligations^{Note 38}.

Dès lors, pour la Cour de cassation, la prise d'acte de la rupture du contrat décidée par le salarié s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. S'agissant le plus souvent de cadres supérieurs bénéficiaires de rémunérations importantes, le coût de l'opération peut s'avérer élevé : en l'espèce, l'entreprise avait été condamnée à verser au salarié 150 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse auxquels s'ajoutaient 320 000 € d'indemnité conventionnelle de licenciement.

À défaut de reclassement, l'employeur doit procéder au licenciement en application du Code du travail français.

C. - Le licenciement du salarié : la prise en compte de la période à l'étranger

Ce licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse différente du motif de la rupture du contrat avec la filiale étrangère^{Note 39} ; il en va toutefois différemment si le motif invoqué par la filiale – en pratique la faute grave – est susceptible d'affecter l'intérêt de la société mère^{Note 40}.

Mais si le licenciement prononcé par la société mère doit reposer sur une cause autonome – le plus souvent l'impossibilité du reclassement –, les droits du salariés sont en partie déterminés en tenant compte de sa période d'emploi à l'étranger. C'est ce qui résulte notamment du dernier alinéa de l'article L. 1231-5 qui énonce que le temps passé au service de la filiale est pris en compte pour le calcul du préavis et de l'indemnité de licenciement versée par la société-mère.

Dans le même esprit, la jurisprudence décide que les indemnités de rupture versées au salarié – indemnités de préavis, de congés payés afférents au préavis et de licenciement – « doivent être calculées par référence aux salaires perçus par le salarié dans son dernier emploi », c'est-à-dire au salaire d'expatriation^{Note 41}, et non au « salaire théorique de référence avec la société mère »^{Note 42}.

On le constate, l'importance de la jurisprudence dans la protection des salariés au sein des groupes de sociétés n'est pas récente. Elle s'est cependant accentuée ces dernières années au gré de décisions dont certaines s'avèrent difficiles à concilier avec la lettre et même l'esprit de l'article L. 12321-5. Il est vrai que la rédaction de ce dernier est parfois approximative et sa logique d'ensemble n'est pas nécessairement évidente. Pourtant les groupes constituent aujourd'hui et plus que jamais une réalité incontournable à l'origine de nombreuses difficultés qui touchent notamment aux droits des salariés. Aussi, quarante ans après son adoption, le moment n'est-il pas venu d'envisager, à la lumière des apports de la jurisprudence, une remise en ordre de l'article L. 1231-5 ?

Note 1 Le Monde Initiatives, févr. 2002.

Note 2 Le droit au retour peut aussi résulter des stipulations conventionnelles applicables au sein du groupe (V. M.-A. Moreau, La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire, résultat d'une enquête sur les pratiques contractuelles : Travail et emploi 1994, n° 3, p. 44), ou d'une clause contractuelle.

Note 3 Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-42.860.

Note 4 Cass. soc., 23 janv. 1991 : Cahiers sociaux du Barreau de Paris 1991, n° 23, S46.

Note 5 CA Aix-en-Provence, 31 mars 1980 : D. 1981, jurispr. p. 301 et CA Aix-en-Provence, 27 juin 1990 : Cahiers sociaux du Barreau de Paris 1990, n° 23, S140.

Note 6 Cass. soc., 4 déc. 1985 : Bull. civ. 1985, V, n° 569. – Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 09-67.367 : JurisData n° 2011-027344 ; JCP E 2012, 1039.

Note 7 Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583 : JurisData n° 2008-045806 ; JCP E 2009, 1358 ; RDT 2009, 29, comm. M.-C. Amauger-Lattes.

Note 8 Cass. soc., 2 avr. 1992 : RJS 6/92, n° 718.

Note 9 Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-47.891 : JurisData n° 2005-031431.

Note 10 Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700 : JurisData n° 2008-045815 ; JCP E 2008, 2517 ; Dr. soc. 2009, 69, comm. J.-P. Lhernould ; JCP S 2009, 1018, comm. P. Coursier ; RDT 2009, 29, comm. M.-C. Amauger-Lattes ; Rapp. H. Gosselin, RJS 1/09, p.19.

Note 11 V. infra.

Note 12 E. Pataut, Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés : RDT 2011, étude 14, p. 14, et la jurisprudence citée notes 34 et 35.

Note 13 G. Lyon-Caen, Observations sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés : Rev. crit. DIP 1974, p. 442.

Note 14 En ce sens, E. Pataut, préc.

Note 15 Cass. soc., 13 nov 2008, n° 07-41.700, préc.

Note 16 Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70.306 : JurisData n° 2011-004878 ; Bulletin Joly Sociétés 2011, n° 6, p. 519, obs. G. Auzero ; Dr. ouvr. 2011, n° 757, commentaire V. Lacoste-Mary ; JCP S 2011, 1257, obs. Y. Pagnerre.

Note 17 G. Auzero, Rapatriement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère et loi applicable au contrat : Bulletin Joly Sociétés 2011, n° 6, p. 519.

Note 18 Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-41.293 : JurisData n° 1993-001406. – M.-A. Moreau, De la loi applicable à un contrat de travail commencé en France et poursuivi à l'étranger : Rev. crit. DIP 1994, p. 323.

Note 19 V. Lacoste-Mary, La mise à l'écart de la loi française et l'obligation de reclassement du salarié détaché dans une filiale étrangère : finalisation d'un revirement : Dr. ouvr. 2011, n° 257, p. 480.

Note 20 M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé : LGDJ, 3e éd., 2011, n° 71.

Note 21 M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, préc., n° 71, 1°, p. 69 : « Il apparaît donc que les règles matérielles de droit international qui sont d'origine législative ne s'appliquant que par l'intermédiaire de la règle de conflit ne peuvent se passer du support de cette dernière et conservent toute sa portée à la méthode conflictuelle ». – B. Audit, Droit international privé : Éd. Economica, 5e éd., 2008, n° 10 : « Internationales par leur objet, des dispositions de ce type sont nationales par leur source. Elles n'échappent donc pas aux conflits de lois : leur application à un rapport donné suppose que l'ordre juridique qui les édicte soit préalablement désigné par la méthode indirecte ».

Note 22 Il convient de souligner que le contrat initial avec la société mère n'est pas nécessairement un contrat international. Plus précisément, ce contrat est indépendant du contrat conclu avec la filiale, chaque contrat ayant un lieu d'exécution propre. Dans ce cas, lorsque le contrat initial était purement interne, il n'est nullement besoin de passer par la méthode conflictuelle.

Note 23 Y. Pagnerre, Spécificités de la mise à disposition d'un salarié auprès d'une filiale étrangère : JCP S 2011, 1257.

Note 24 Préc.

Note 25 Ne peut-on alors considérer, comme l'a suggéré E. Pataut (préc.), que l'article L. 1231-5 relève du champ des lois de police, ce qui autoriserait le juge français à en faire application quelle que soit la loi du contrat ? L'obligation pourrait ainsi être imposée par le juge français, quelle que soit la loi applicable au contrat. Il paraît cependant difficile de retenir cette qualification : peut-on dire en effet de l'article L. 1231-5 qu'il constitue, pour reprendre les termes de l'article 9 du règlement Rome 1, « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial pour la sauvegarde des intérêts publics » du pays, « au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application » ? Cela n'est pas certain, d'autant plus que l'obligation ne concerne pas toutes les hypothèses de mobilité intra-groupe et n'a pas d'équivalent en droit interne.

Note 26 G. Auzero, préc.

Note 27 Préc.

Note 28 Cass. soc., 6 juill. 1982, n° 80-41.092 : Bull. civ. 1982, V, n° 451. – V. également, Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-42.583 : JurisData n° 2008-045806.

Note 29 Cass. soc., 16 janv. 1991 : Sem. Soc. Lamy 1991, n° 539, p. 16.

Note 30 Cass. soc., 5 mai 1982 : Bull. civ. 1982, V, n° 274.

Note 31 G. Auzero, préc.

Note 32 P. Lokiec, Le retour du salarié détaché : Dr. soc. 2012, p. 268 ; J.-P. Lhernould, L'obligation de rapatriement en cas de rupture du contrat de travail avec la filiale : Jurisp. Soc. Lamy 2012, n° 314.

Note 33 Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-42.919 : JurisData n° 2000-007571 ; JCP E 2001, p. 400, proposition d'un emploi de catégorie inférieure.

Note 34 Cass. soc., 18 déc. 1984 : Jurisp.Soc. UIMM 1987, 294.

Note 35 Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 09-67.367 : JurisData n° 2011-027344 ; JCP E 2012, 1039 ; JCP S 2012, 1066.

Note 36 Dans un arrêt du 21 novembre 2012 (Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 10-17.978, FS-P+B, Sté BNP Paribas personal finance c/ M. R. : JurisData n° 2012-026457) la Cour s'en est tenue à la formule légale.

Note 37 Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 10-17.978, préc.

Note 38 En l'espèce, il semble qu'aient en outre été reprochés à l'employeur l'absence de formalisme concernant la proposition de reclassement et le défaut d'accord exprès du salarié préalablement à son rapatriement.

Note 39 V. P. Lokiec, préc. – Par exemple, Cass. soc., 13 juin 2006, n° 04-40.256. - Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-45.439 : JurisData n° 1999-002120. - Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-40.544 : JurisData n° 1999-001391.

Note 40 Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.695 : JurisData n° 2010-021346, atteinte au renom de la société-mère ; V. P. Lokiec, préc.

Note 41 Cass. soc., 6 avr. 2005, n° 03-42.021. – Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 02-40.648 : JurisData n° 2004-025392.

Note 42 V. Stulz et N. Barbret, Mise à disposition internationale de salariés : la Cour de cassation précise le régime des indemnités de rupture ! : TPS 2005, étude 4.