

Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés

-Aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne-

Etienne Pataut

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris 1)

IRJS

Note préliminaire :

ce texte constitue la version orale, dépouillée de tout appareil de note, d'une étude présentée à la réunion du 8 octobre 2010 de l'Association française de droit du travail. Une version écrite est en cours de publication.

* *

*

La tension classique entre l'unité du groupe de sociétés et la fragmentation des diverses personnes morales qui le constitue a été maintes fois démontrée et analysée, en droit du travail comme dans toutes les branches du droit qui touchent aux entreprises. Cette tension, toutefois, se renforce encore en présence d'un groupe international.

Dans ce cas, en effet, les éléments du groupe seront éparpillés entre différents Etats et, donc, entre différents systèmes de droit. Dès lors, apparaissent toutes les difficultés du droit international privé. Certes, ces difficultés sont pour la plupart classiques. Il faudra ainsi déterminer un tribunal compétent et une loi applicable en présence d'éléments de rattachements variés (siège des différentes sociétés, lieux d'exécution des contrats de travail, notamment) situés dans plusieurs Etats, tout cela en présence de lois substantielles qui prévoient le plus souvent des solutions divergentes. Mais il n'y a là rien que de très habituel, et telle est bien la mission séculaire du droit international privé que de coordonner des lois différentes.

En matière de groupes de sociétés, toutefois, cette pluralité de rattachements et cette divergence de lois renforce considérablement la fragmentation. Non seulement, en effet, chaque question, de droit fiscal, de droit des sociétés, de droit du travail, devra être régie par sa loi propre, avec ses critères de rattachements propres, mais encore, au sein d'une même question, plusieurs lois pourront être applicables au sein d'un même groupe, en fonction des lieux où se trouvent les différentes composantes du groupe. Dès lors, dans l'ordre international, l'unité du groupe est extrêmement difficile à retrouver.

Ce constat d'impuissance relative des règles de droit international privé incite bien entendu à se tourner vers le droit matériel et à rechercher s'il existe un véritable droit des groupes internationaux et, plus particulièrement, un droit du travail des groupes. Mais, en l'état actuel des choses, ce droit n'existe pas.

Insuffisances du conflit de lois, d'un côté, inefficacité du droit matériel, de l'autre... Le constat n'est pas très enthousiasmant. Il est vrai qu'il n'est que la projection dans l'ordre international des très grandes difficultés du droit interne, dont on a pu moquer « l'impuissance pathétique ». Faudrait-il dès lors se résigner à un hiatus définitif entre l'unité économique et la partition juridique ? Posée en ces termes, la réponse ne peut qu'être négative, sous peine d'être en décalage complet par rapport à la réalité économique et sociale, il apparaît extrêmement difficile de se contenter du double cloisonnement des personnalités morales, d'une part et des systèmes juridiques, d'autre part.

Les résistances, bien entendu, sont fortes, et elles supposent de faire appel à une assez grande créativité juridique. Celle-ci est aujourd'hui à l'œuvre dans le contentieux, comme l'a montré l'acharnement dont ont fait preuve les salariés dans l'affaire *Flodor*, qui est au centre de la discussion de ce soir. En cas de licenciement, tout particulièrement, les juristes font preuve d'une grande imagination pour essayer de rechercher d'une façon ou d'une autre, une forme de responsabilité des différentes parties du groupe, au-delà du seul employeur.

Dans les groupes transnationaux, toutefois, cette créativité pose des problèmes particuliers de droit international privé. Les catégories du droit international privé sont des projections dans l'ordre international de celles du droit matériel. Dès lors, à partir du moment où le droit matériel, de source interne ou de source européenne, fait une place à la notion de groupe, il faut que le droit international privé s'adapte et assouplisse ses propres instruments, catégories ou critères de rattachement. Bien entendu, la difficulté est n'est pas mince puisque, précisément, le droit du travail peine à donner un sens juridique au groupe. Il n'en reste pas

moins que, là où des évolutions de droit français se font sentir, les règles de droit international privé se sont effectivement adaptées, avec plus ou moins de bonheur.

C'est de cela que je voudrais vous parler ce soir, à travers les deux questions classiques de la compétence internationale, tout d'abord ; de la loi applicable, ensuite.

I. Compétence juridictionnelle

Les règles en la matière sont de source européenne et doivent être trouvées dans l'important règlement dit Bruxelles 1 du 22 décembre 2000.

Dans l'ensemble, le schéma s'est assez bien adapté aux particularités des actions menées contre les groupes de sociétés. Parce qu'en la matière, même si les actions au fond ont des fondements différents, l'objectif procédural est toujours le même : attirer plusieurs sociétés du même groupe devant un seul tribunal ; recréer judiciairement le lien économique qui unit le groupe (A). Pour autant, cette concentration est parfois à envisager avec une certaine méfiance, comme le montre l'exemple de l'insolvabilité (B).

A. L'adaptation des dispositions du règlement Bruxelles 1

Pour parvenir à concentrer le contentieux à l'encontre de différentes sociétés d'un même groupe, les techniques procédurales ne manquent pas. L'une des plus simple est d'utiliser le même critère de rattachement à l'encontre de l'ensemble des codéfendeurs. Le demandeur, par exemple, pourra attirer ses co-employeurs devant le lieu d'exécution du travail, comme dans l'affaire *Aspocomp*.

Une solution identique pourrait être obtenue en matière délictuelle : la concentration pourrait se faire devant les tribunaux du lieu du délit.

Autre possibilité : utiliser les ressources de l'article 6 du règlement Bruxelles 1, qui est spécifique à la jonction de plusieurs contentieux devant un même tribunal. L'affaire *Flodor* a ainsi montré que la disposition pouvait servir à attirer plusieurs défendeurs devant le domicile de l'un d'eux en cas d'action contre le plan social.

Dans tous ces cas, sans difficulté majeure, l'utilisation des ressources les plus éprouvées de la compétence internationale permettent effectivement de parvenir à l'objectif contentieux

principal en la matière : concentrer devant le même juge des litiges concernant différentes sociétés du groupe.

Les solutions ne sont pas toujours aussi heureuses, toutefois, comme le montre une décision étonnante et critiquable de la Cour de justice, la décision *Glaxosmithkline* de 2008, qui a fermé la voie à l'une des options procédurales possibles, en refusant à un salarié individuel d'attirer deux employeurs devant le domicile de l'un d'eux. La solution a été très critiquée, elle est en effet très critiquable, mais elle reste relativement marginale.

Dans l'ensemble, donc, l'adaptation des règles de compétence internationale se fait sans trop de difficulté.

Cela étant, la concentration du contentieux n'est pas nécessairement une si bonne idée. C'est ce que montre l'exemple de l'insolvabilité.

B. Concentration du contentieux et insolvabilité

Lorsqu'il s'agit de multiplier les débiteurs potentiels en cas de licenciement, et tout particulièrement de licenciements collectifs, la concentration ne peut qu'être approuvée. D'un côté, en effet, elle permet de coller à l'unité économique du groupe et, de l'autre côté, elle est nécessairement favorable aux salariés, qui peuvent ainsi multiplier leurs éventuels débiteurs.

Mais la situation est tout à fait différente lorsqu'il s'agit de concentrer les procédures de licenciement elles-mêmes. C'est ce que montre l'exemple des faillites internationales.

En Europe, cette question fait l'objet d'un règlement particulier, dit règlement insolvabilité. Ce règlement organise une coordination des différentes procédures d'insolvabilité en assurant une certaine concentration devant le juge du « centre des intérêts principaux ».

De ce fait, se pose la question de savoir comment on comprend cette expression lorsqu'est en cause l'insolvabilité simultanée de plusieurs sociétés autonomes d'un même groupe. Dans ce cas, en effet, si l'autonomie des personnes morales incite, conformément à une lecture stricte du règlement, à l'ouverture de plusieurs procédures principales pour chacune des sociétés, l'unité économique du groupe peut inciter le juge saisi de l'une des faillites à étendre celle-ci aux autres sociétés du groupe. Dès lors, un seul tribunal, celui de la société-mère, sera saisi de l'insolvabilité de celle-ci comme de ses filiales. La solution peut poser de graves difficultés en matière sociale. La question, et les conséquences sociales qui peuvent y être attachées, s'est posée avec beaucoup d'acuité, notamment dans l'affaire *Daisyteck* de 2006, où

le tribunal britannique de la société mère s'était déclaré compétent pour connaître aussi de la procédure d'insolvabilité de la filiale française.

La solution, pourtant, n'est pas sans risque pour les créanciers des filiales, au premier rang desquels les salariés. Dans ce cas, en effet, l'insolvabilité sera entièrement pilotée depuis le pays de la société-mère, et la spécificité de la situation des créanciers de la filiale risque d'être diluée. Plus spécifiquement, en matière d'insolvabilité, chaque pays applique sa propre loi. Sans entrer dans les détails du conflit de lois, le risque est donc bien que la situation des salariés dans ce cas soit appréciée non pas en application de la loi qui les unit à leur employeur, mais bien en application de la loi de la société mère. Tel était exactement le cas dans l'affaire *Daisyteck*, puisque ce que reprochaient les salariés français à la décision anglaise, c'était de ne pas avoir procédé à l'audition des représentants du personnel. La solution était conforme à la loi anglaise, mais pas, bien entendu, à la loi française. Les salariés, pourtant, ne pouvaient plus faire grand-chose. Ils ont bien tenté de s'opposer à la reconnaissance en France du jugement d'ouverture, mais en raison du mécanisme de circulation automatique des décisions, leur action n'a pu aboutir. Le juge français est en effet dépourvu du pouvoir de contrôler la compétence du juge d'origine, et l'ordre public, en l'espèce, n'apparaissait pas de nature à pouvoir s'opposer à la reconnaissance.

La solution n'est guère satisfaisante. Cette insatisfaction, il faut y insister, vient de l'étendue trop grande que le juge anglais a donné à sa propre compétence. Aussi faut-il féliciter la Cour de justice d'avoir imposé une lecture plus stricte, et directement contraire à celle du juge anglais, dans une importante décision *Eurofood*, rendue peu après. Dans cet arrêt, elle a redonné toute sa valeur à la présomption en faveur de la compétence du juge du siège, en estimant que celle-ci ne pouvait être renversée que si des éléments « objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation au siège statutaire est censée refléter ». Elle ajoute qu'un simple contrôle des choix économiques de la filiale par la société mère ne saurait suffire. Une telle solution semble donc bien condamner la lecture qui a été faite par les juges anglais de leur propre compétence et laisse penser que des situations de cette nature ne devraient désormais plus se représenter à l'avenir.

Le débat, pourtant, continue aujourd'hui. En France, tout particulièrement, il est parfois suggéré d'utiliser les ressources du droit des procédures collectives pour procéder à l'extension des procédures ouvertes en France aux sociétés étrangères du groupe. La question est actuellement pendante devant la Cour de justice, qui a été interrogée par la Cour de

cassation sur la question de savoir si le juge saisi d'une procédure collective pouvait, en cas de confusion de patrimoines, étendre cette procédure à une autre personne morale dont le siège se trouverait sur le territoire d'un autre Etat membre.

Sans spéculer sur la réponse de la Cour de justice, il faut souligner que l'exemple des faillites laisse penser que la traduction contentieuse de l'unité économique du groupe n'est pas toujours souhaitable. Une chose est de multiplier les débiteurs potentiels pour les salariés d'une entreprise face à une procédure de licenciement. Dans ce cas, la mise en cause d'autres sociétés du groupe apparaît en effet comme un moyen efficace de rendre compte de l'implication dans la décision de licenciement d'autres que l'employeur. Tout autre chose est d'accepter que les licenciements des salariés de deux sociétés distinctes quoiqu'appartenant au même groupe, soient connus d'un seul juge. En l'état actuel du droit, les règles en matière de licenciement et de procédures collectives sont tellement divergentes d'un Etat à l'autre qu'une telle solution poserait de graves difficultés. On peut douter, même qu'il serait politiquement acceptable qu'un tribunal, même situé sur le territoire d'un Etat membre, soit chargé du licenciement collectif d'un ensemble de salariés situés en France et employés par une société dont le siège serait en France. Plus techniquement, la solution poserait de très importants problèmes d'articulation entre la loi de l'insolvabilité, qui est nécessairement celle du juge saisi, et la loi de la relation d'emploi, qui est celle du lieu d'exécution du travail.

Techniquement impraticable, politiquement inacceptable. La concentration des contentieux en la matière apparaît donc bien comme à rejeter. Dans les exemples discutés, c'est bien le juge du lieu d'emploi, qui est aussi celui du siège de l'employeur, qui doit garder la main sur les licenciements. C'est ce juge qui est le plus proche des salariés, celui devant lequel ils s'attendent à mener leur débat judiciaire. Dès lors, si la concentration du contentieux doit être faite, il apparaît impératif que celle-ci ait lieu devant ce juge uniquement.

On aboutit à une solution finalement assez similaire en matière de loi applicable.

II. Loi applicable

En matière de loi applicable comme en matière de compétence juridictionnelle, les règles sont désormais principalement de source européenne. Tout particulièrement, le règlement Rome 1, qui pose les règles de conflit de lois en matière de contrat, s'applique au contrat de travail. Le règlement Rome 2, pour sa part, pose les règles de conflit de lois en matière délictuelle. Il

s'applique de la façon la plus générale, y compris, donc, aux rapports de travail s'il y a lieu. Les règlements Rome 1 et 2 prévoient par ailleurs la possibilité pour le juge saisi d'appliquer certaines règles, qualifiées de lois de police en matière de contrat (article 9 du règlement Rome 1) et, curieusement, de « dispositions impératives dérogatoires » en matière de délit (article 16 du règlement Rome 2). Dans les deux cas, il s'agit bien du même mécanisme, celui qui permet à un juge d'appliquer certaines dispositions internationalement impératives de sa propre loi, y compris à l'encontre de la loi normalement applicable.

De ce survol très rapide, on retiendra qu'il n'existe aucune disposition spécifique aux relations de travail dans les groupes de société, non plus qu'aucune règle de conflit particulière pour les rapports collectifs de travail. C'est donc à un travail d'adaptation qu'il a fallu se résoudre.

Les conclusions en sont à peu près les mêmes qu'en matière de compétence juridictionnelle : là où il s'agit simplement d'ajouter des débiteurs à une obligation qui pèse fondamentalement sur une société locale, le conflit de lois s'adapte sans peine et parvient à une certaine unité de loi applicable (A). Les difficultés sont en revanche beaucoup plus sérieuses dès qu'il s'agit de relations de travail véritablement transnationales, pour lesquels un certain fractionnement est peut-être plus difficilement évitable (B). Aussi peut-on chercher une voie moyenne, qui commence à être explorée par le droit de l'Union européenne (C).

A. Unité de la loi applicable

Dans une perspective contentieuse, il ne suffit pas d'attirer plusieurs sociétés du groupe devant le même juge (on supposera désormais qu'il s'agit du juge français) ; encore faut-il que ce juge parvienne effectivement à faire peser une obligation sur les sociétés du groupe qui n'ont pas la qualité d'employeur. C'est tout l'enjeu du débat de droit du travail - dans le détail duquel il n'est pas ici question de rentrer : trouver des voies de droit susceptibles de permettre la mise en cause d'une façon ou d'une autre les sociétés du groupe qui n'ont pas à première vue la qualité d'employeur. Plusieurs voies judiciaires ont été explorées, avec plus ou moins de succès. Dans tous ces cas, comme on l'a d'ailleurs déjà fait remarquer, les règles de conflit de lois ne posent pas vraiment de difficulté, beaucoup moins, en tout cas, que le principe même de l'admission de ces actions en droit interne du travail.

C'est vrai, tout d'abord, lorsqu'on se tourne du côté du *contrat*. La première solution pour parvenir à attirer la société mère, c'est de la qualifier de co-employeur, c'est-à-dire, en

général, d'attirer une société dans le rapport contractuel initial. Si tel est bien le cas, alors, aucune difficulté réelle ne se présente : il y aura bien une unité de loi applicable, puisque deux employeurs seront liés à un seul salarié, mais par un même contrat. La loi applicable à ce contrat sera donc bien unique. C'est bien la solution qui a été adoptée dans le deuxième arrêt *Aspocomp*. Après avoir vérifié que le juge du fond avait bien établi la confusion des intérêts entre l'employeur initial français et la société mère finlandaise, la Cour de cassation n'a pas hésité à faire peser sur la mère les diverses obligations de la loi française. C'est bien la loi française, dont il n'est pas discutée qu'elle était bien applicable au contrat de travail, qui est ici étendue pour venir se voir imposer à l'encontre de la société mère étrangère co-employeur. Deux employeurs, un seul contrat : l'unicité de la loi applicable est sauvegardée.

Aussitôt posé, il faut toutefois nuancer ce constat, en notant que l'unicité sera d'autant plus facilement acceptée que la loi applicable est la loi française. Lorsqu'au contraire le contrat de base est soumis à la loi étrangère, la solution est peut-être un peu plus floue. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu, dans une même décision du 18 octobre 2000, qualifier une société française de co-employeur et la condamner au paiement d'une série de sommes d'argent en application de la loi française, tout en notant que le contrat de travail initial était soumis pour sa part au droit camerounais. La solution est difficile à faire rentrer dans les cadres d'analyse classiques, sinon dans celui, maintes fois souligné, de la réticence de la chambre sociale devant le conflit de lois.

En tout état de cause, dans toute sa rigueur, le recours au mécanisme des co-employeurs permet effectivement de sauvegarder l'unicité de la loi applicable. En théorie, celle-ci devrait être la loi du contrat de travail, c'est-à-dire la loi française comme, à l'occasion, la loi étrangère ; que la Chambre sociale ait une réticence manifeste à aller jusqu'au bout de ce raisonnement conflictuel est ici sans importance.

A côté du contrat, pour rechercher la responsabilité des autres sociétés du groupe, il est permis de se tourner du côté des *délits*. La solution serait alors de rechercher la responsabilité civile délictuelle de celles des sociétés du groupe qui ont participé aux décisions économiques ayant conduit aux licenciements. Certaines actions particulières, comme l'action en comblement de passif du droit des procédures collectives, sont envisageables. Plus largement, il n'est pas impossible que les actions délictuelles de droit commun soient promises à un certain avenir en la matière. C'est en tout cas l'une des voies explorées dans l'affaire *Flodor*.

D'une façon générale, ces actions posent d'importantes difficultés de droit français, puisqu'il faudra établir avec précision la faute dont se serait rendue coupables des sociétés du groupe

qui ne sont pas débitrices de l'obligation de reclassement. Le régime de cette responsabilité reste donc encore largement à construire. Pour autant, du point de vue du droit international privé qui est le nôtre, cette élaboration théorique ne posera pas de problème de conflit de lois.

L'unicité de la loi applicable résulte de l'application du règlement Rome 2. Sera applicable la loi du lieu où est subi le dommage, soit la loi d'un seul pays : celui où sont employés les salariés. Au vu de la nature de ces contentieux et des règles de compétence juridictionnelle, il s'agira en général de la loi française, qui sera aussi la loi du licenciement. L'unité de loi applicable est donc bien assurée.

Là situation, en revanche, se complique beaucoup lorsqu'il faut saisir un rapport juridique directement transfrontalier. Il faut ici raisonner à partir des obligations de rapatriement et de reclassement du code du travail.

B. Fractionnement de la loi applicable : l'amplitude internationale des obligations de reclassement

Les difficultés de détermination de la loi applicable sont beaucoup plus importantes lorsque l'on veut, en dehors de l'hypothèse du co-employeur, faire peser une obligation spécifique en matière de licenciement et de reclassement à une entreprise dont le personnel se trouve dans un autre pays que celui du siège.

Plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Le premier, qui vient de trouver une brutale condamnation devant la Cour de cassation, est l'hypothèse où l'on voudrait faire peser sur d'autres sociétés du groupe que l'employeur les obligations naissant du plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par l'employeur. C'était la voie ouverte par l'affaire *Flodor*, qui avait fait grand bruit et qui vient d'être refermée par la Cour de cassation

L'analyse détaillée de cette décision en droit du travail a déjà été faite, et il n'est pas utile d'y revenir, sinon sur un point, propre au droit international privé : le principe même de l'application de la loi française n'a pas été, semble-t-il, discuté.

Celle-ci, pourtant, n'a rien d'évident. Si en effet la société mère n'est pas considérée comme un coemployeur, comment justifier l'applicabilité de la loi française ? L'élaboration de mesures de reclassement et l'établissement d'un plan de sauvegarde font partie des obligations qui n'existent qu'en raison de la relation contractuelle qui unit le salarié et l'employeur, dès lors, les imposer à ceux qui n'entrent pas dans le contrat oblige à une

justification qui n'est pas aisée à trouver, ni du point de vue du droit substantiel du travail ni, du point de vue qui est le nôtre, celui du champ d'application international de la loi française.

Le refus sec de la Cour de cassation permet d'éviter le débat de droit international privé. Celui-ci, pourtant, mérite d'être mené. Il l'a d'ailleurs été dans l'hypothèse inverse : les obligations qui pèsent sur une société mère française.

Il y a ici deux hypothèses. La *première*, la plus récente et sur laquelle les données manquent encore un peu est celle qui résulte des nouveaux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail qui forcent à prendre en considération l'ensemble des sociétés du groupe, y compris celles situées à l'étranger, pour la réalisation de l'obligation de reclassement. La mise en œuvre de cette loi pose d'importantes difficultés de droit du travail. Pose-t-elle des difficultés de droit international privé ? Sauf cas limites, on peut en douter. Dans les situations principalement visées, auxquelles on se limitera, il s'agira d'une société française, qui est liée à un salarié dont le contrat de travail est régi par la loi française. L'applicabilité de la loi française ne sera dès lors guère difficile à justifier.

En réalité, c'est la *deuxième hypothèse*, plus ancienne, qui pose difficulté : celle de l'obligation de rapatriement et de reclassement qui pèse sur une société française qui aurait mis un salarié à disposition d'une de ses filiales étrangères en application de l'article L. 1231-5 C. Trav. (ex. L. 122-14-8), introduite dans le code du travail en 1973. Cette disposition, qui est sans doute la règle matérielle internationale la plus connue du droit du travail, est de lecture et donc d'interprétation complexe.

Tout particulièrement, l'ambiguïté du texte naît du caractère assez incertain de la relation contractuelle visée. L'obligation, en effet, pèse sur la société mère, mais, par hypothèse, la société mère n'est plus l'employeur, en tout cas plus l'employeur principal. Dès lors, la nature du lien entre le salarié et la société mère n'est pas toujours très aisé à déterminer.

Au départ, deux conditions ont été élaborées par la jurisprudence pour que l'obligation de rapatriement et de reclassement soit mise en œuvre : d'une part qu'un lien contractuel subsiste entre la société et le salarié, même atténué, d'autre part que ce lien contractuel soit soumis à la loi française.

La première condition est assez fréquemment discutée devant les prétoires. L'analyse des arrêts montre que la Cour de cassation est très flexible et découvre plutôt libéralement l'existence d'un lien de subordination et, donc, d'un contrat de travail. L'analyse est sans doute ici plus fonctionnelle que conceptuelle : il s'agit de découvrir un lien de subordination

dans le but de d'assurer le retour et le reclassement d'un salarié envoyé à l'étranger. Ceci justifie peut-être que le lien de subordination ne soit pas apprécié avec la même rigueur qu'en droit interne. Le lien contractuel est dès lors effectivement atténué, au point, parfois, de frôler la fiction.

On retrouve cette même flexibilité avec la seconde condition qui n'est, à dire vrai, que très rarement discutée. Celle-ci, pourtant, est essentielle. Le tout n'est pas en effet de connaître la règle matérielle française, encore faut-il justifier que cette règle soit applicable. Or, ceci n'a rien d'évident. Par hypothèse, nous discutons d'une relation de travail dont le lieu d'exécution se trouve à l'étranger. En application de la règle de conflit de lois, la loi applicable à un contrat de travail est celle du lieu d'exécution habituelle du contrat, sauf choix des parties plus favorable au salarié.

Dès lors, le risque est que les deux contrats, liant le salarié respectivement à la société mère et à la société filiale soient régis par le droit étranger. Dans ces conditions, l'application de la loi française devient difficile à justifier : si celle-ci n'est pas applicable au contrat unissant la société mère et le salarié, comment expliquer l'applicabilité de l'article L. 1231-5 ? Dans la plupart des situations, lorsque la question est discutée, les juridictions françaises concluent au contraire à l'applicabilité de la loi française, notamment en découvrant de façon très libérale des choix implicite en faveur de la loi française. Cette solution, pourtant, est directement contraire au règlement Rome I, qui n'admet que les choix exprès.

Un contrat largement fictif, implicitement soumis à la loi française... L'ensemble de cette construction semble tout de même assez fragile. On en perçoit bien l'utilité technique, puisqu'elle permet de justifier l'applicabilité d'une règle française sans doute utile et protectrice qui risquerait, à défaut, de rester lettre morte. Mais il n'en reste pas moins qu'elle conduit tout de même à découvrir un contrat de travail là où on peut douter qu'il en existe réellement un, puis à soumettre ce contrat à la loi française, le plus souvent en inventant un très improbable accord, dont l'existence même ne semble pas conforme aux exigences de la règle de conflit de lois.

Dès lors, est-ce qu'on ne pourrait pas se passer complètement du contrat ?

La solution aurait l'avantage de ne plus solliciter de façon contestable la notion de contrat, et d'être plus conforme à la lettre comme à l'esprit de la règle de conflit de lois. En revanche, elle aurait le défaut de ne pas expliquer très clairement pourquoi l'article L. 1231-5 est applicable. Si la loi française n'est plus la loi d'un contrat de travail, comment justifier de son

applicabilité ? D'autant que, comme l'affirme l'article L. 1231-5, si la société mère après avoir rapatrié le salarié entend procéder à son licenciement, elle doit le faire en application du droit français. Le droit français du licenciement serait donc applicable dans une situation où le seul contrat de travail qui est identifié est celui qui unit non pas la mère, mais la filiale et le salarié, contrat éventuellement soumis au droit étranger. On concèdera que la solution n'est pas aisée et permet de mieux comprendre pourquoi, au départ, la Cour de cassation s'était tournée vers l'artifice d'un contrat de travail quasiment virtuel.

Il n'est pourtant pas impossible que sa position soit en train d'évoluer. Dans un premier arrêt, en 2008, elle a en effet affirmé sans ambages que l'article L. 1231-5 ne subordonnait pas son application au maintien d'un contrat de travail avec la mère. Encore récemment, la Cour de cassation a simplement exigé d'une Cour d'appel, pour que fonctionne l'article L. 1231-5, qu'elle caractérise « l'existence d'une société mère ayant initialement engagé le salarié et l'ayant ensuite mis à disposition d'une filiale étrangère ». Il n'est plus, en tout cas plus explicitement, question de contrat entre la société mère et le salarié.

Comment justifier cette solution ?

Une analyse, qui aurait le mérite d'une certaine orthodoxie, serait de passer par le détour de la notion de loi de police. Les lois de police sont, au sens traditionnel du droit international privé, des règles internationalement impératives, qui s'imposent, y compris à l'encontre de la loi normalement applicable. Il s'agit donc d'un mécanisme exceptionnel, qui permet à l'Etat d'imposer une politique législative particulière en lui donnant un champ d'application spatial plus étendu que ce à quoi conduirait l'application normale de la règle de conflit de lois.

On peut contester ce raisonnement, notamment en faisant remarquer que la vraie question n'est pas celle de savoir si la loi française est ou non internationalement impérative ; elle est bien celle de bâtir un raisonnement de conflit de lois qui permette de prendre en compte l'unité économique du groupe. Indépendamment de la multiplication des contrats de travail et des employeurs, la décision portant sur l'emploi est prise au niveau du groupe ; c'est cette unité là qu'il faut chercher à retrouver.

En l'état actuel des textes, toutefois, la tâche est inatteignable, car le règlement Rome 1, non plus qu'aucun autre texte, ne comprend pas de disposition satisfaisante en matière de groupe de société. Dès lors, le recours à la loi de police apparaît comme la seule technique qui permette effectivement d'assurer l'efficacité internationale de la loi française, sans nécessiter de recourir à l'artifice du contrat. La solution, en tout cas, paraît plus conforme à ce qu'est

réellement l'article L. 1231-5 : une obligation qui pèse sur une société mère de siège français qui profite de l'unité économique du groupe pour faire évoluer un salarié dans un espace indépendant de la partition des différentes personnalités morales.

Peu importe, en réalité, le maintien d'un contrat. Ce qui compte, c'est bien le mécanisme de mise à disposition international réalisé au sein du groupe par la société mère française, qui y trouve un intérêt propre. La contrepartie de cet intérêt, c'est l'applicabilité d'une partie des dispositions de la loi française, quand bien même il n'y aurait plus de contrat de travail entre la société mère et le salarié. Il y a ici une autonomisation des règles sur le reclassement par rapport au contrat.

A défaut d'une règle de conflit de lois particulière adaptée à la réalité économique du groupe, le pis-aller qu'est le recours à la notion de loi de police paraît politiquement opportun et techniquement acceptable.

Maintenant, pourrait-on imaginer l'inverse ? En d'autres termes, et pour revenir à l'affaire *Flodor*, pourrait-on imaginer de faire peser sur la société mère étrangère les obligations qui pèsent sur la filiale française et résultent de la loi française applicable comme loi du contrat de travail ? Certes, comme on l'a vu, l'applicabilité de la loi française est beaucoup plus facile à justifier si la mise en cause de la société mère se fait par l'intermédiaire de la recherche de sa responsabilité civile ou encore par le biais d'actions spécifiques comme l'action en comblement de passif.

Pour autant, aller plus loin et étendre certaines obligations de la loi française liées au plan de sauvegarde et aux obligations de reclassement n'est pas unimaginable. L'analyse de droit international privé de l'article L. 1231-5 qui vient d'être faite permet de montrer qu'il est possible de détacher du contrat de travail un certain nombre d'obligations, et d'en justifier une applicabilité autonome, détachée de ce fait de l'applicabilité de la loi du contrat. Dès lors, à supposer que la Cour de cassation revienne sur sa position, il sera toujours possible de proposer la technique des lois de police pour justifier de l'applicabilité de la loi française à une entreprise étrangère qui n'entretient pas de lien contractuel avec les salariés considérés.

Une telle solution supposerait en tout cas un travail assez long et précis de droit interne de détermination des obligations qui pèsent sur les autres sociétés du groupe et de justification de l'applicabilité de ces obligations, qui s'appuierait par exemple sur l'implication particulière de la société mère dans la gestion de la filiale française. C'est d'ailleurs peut-être comme cela qu'il faut comprendre l'incise de la Cour de cassation dans l'affaire *Flodor*, qui a bien précisé

que la société relevant du groupe auquel appartient l'employeur n'est pas « en cette seule qualité » débitrice de l'obligation de reclassement. *A contrario*, il y aurait donc d'autres qualités qui justifierait la condamnation de la société mère... En toute hypothèse, tout ce travail reste à faire en droit interne. A supposer que l'on y parvienne, les règles de droit international privé pourraient suivre et expliquer cette application extra-territoriale de la loi française.

Il reste, bien entendu, à trouver quelles sont ces obligations dont seraient débitrices les sociétés du groupe, et tout particulièrement la société mère. La recherche est en cours en droit interne, elle est peut-être déjà plus avancée en droit de l'Union européenne.

C. Naissance d'une obligation nouvelle ? Le droit de l'Union européenne

Lorsqu'on se tourne vers le droit social de l'Union européenne, l'ironie voire la violente critique est fréquemment de mise. On brocarde les résultats décevants des directives d'harmonisation, ou les contre performances auxquelles parviendraient certains textes comme la directive temps de travail.

Sans sombrer dans un angélisme de mauvais aloi, peut-être est-il permis d'essayer d'apporter un jugement un peu plus nuancé, en ne raisonnant que sur le cas des groupes européens de sociétés.

La directive vers laquelle on peut se tourner en premier lieu est celle relative aux licenciements collectifs. A très grands traits, ce texte prévoit des obligations d'information et de consultation des travailleurs lorsqu'une entreprise dans l'Union européenne envisage de procéder à des licenciements collectifs. Cette obligation d'information et de consultation pèse sur l'employeur et uniquement sur lui. Ceci, le récent arrêt *Akavan* de 2009 l'a affirmé avec force. L'affaire concernait le licenciement d'un grand nombre de salariés d'une société, dans un hypothèse où la décision avait été prise par la société mère. Se posait donc la question de savoir s'il était possible d'imputer directement à la société mère les obligations d'information et de consultation prévues par la directive.

La réponse de la Cour est très nettement négative. Même si la décision économique a été prise par la maison mère, il n'en reste pas moins que seul l'employeur est débiteur des obligations posées par la directive. La jurisprudence européenne, *Akavan* et française, *Flodor* se rejoindraient donc pour refuser d'étendre aux autres sociétés du groupe les obligations qui pèsent sur l'employeur, pour refuser, donc, de tirer les conséquences juridiques de l'intégration économique du groupe. Immunité de la maison mère ?

Une lecture plus attentive laisse penser que le cloisonnement n'est peut-être pas aussi étanche qu'il n'y paraît. La directive, tout d'abord, n'ignore pas la notion de groupe et précise bien que les obligations pesant sur l'employeur s'appliquent même si la décision n'émane pas de lui, mais de la société qui le contrôle, ce qui est bien le moins. Plus intéressant, l'article 4§2 ajoute que :

« En ce qui concerne les infractions alléguées aux obligations d'information, de consultation et de notification prévues par la présente directive, toute justification de l'employeur fondée sur le fait que l'entreprise qui a pris la décision conduisant aux licenciements collectifs ne lui a pas fourni l'information nécessaire ne saurait être prise en compte ».

Cette disposition recèle peut-être d'intéressantes potentialités. Il en ressort qu'un transfert d'information doit nécessairement avoir lieu d'une société à l'autre pour que les obligations de la directive soient respectées. Certes, une telle exigence ne rend pas la société-mère directement débitrice de l'une des obligations de la directive. Dès lors, si la société mère se refuse à transmettre l'information nécessaire, ou le fait trop tardivement, seul l'employeur, la filiale, donc, en subira les conséquences.

Pour autant, l'immunité est-elle complète ? Plus précisément, ne pourrait-il être soutenu que la directive fait naître sur le chef de la société mère au moins une obligation de transférer l'information, dans le but de mettre sa filiale à même de respecter la procédure ? La Cour ne l'affirme pas clairement, et sur ce point sa réponse n'est pas dénué d'ambiguïté. On peut pourtant penser que tel est bien le sens de la jurisprudence. Comme l'a Cour a déjà eu l'occasion de le juger, la procédure d'information et de consultation doit nécessairement avoir lieu avant que la décision de procéder aux licenciements soit prise. Transposé au groupe, cela implique, selon la Cour, que la décision de la société mère ne peut être prise avant que la procédure soit menée à son terme. L'affirmation est très ambiguë, car elle fait naître une obligation qui pèse sur la mère, mais dont la sanction, elle, pèse sur la filiale. L'avocat général, pour sa part, est plus clair et il estime nettement que :

« Dans le cas où la société mère prend la décision conduisant aux licenciements collectifs , cette dernière est tenue de fournir l'information nécessaire à l'employeur concerné (...). Cette obligation de la société-mère est donc uniquement valable dans la relation employeur-société mère. Elle ne concerne pas l'obligation de consultation proprement dite ».

Il y aurait donc bien une obligation, particulière, pesant uniquement sur la société mère. Cette obligation reste encore un peu mystérieuse et la Cour s'est bien gardée d'aller aussi loin que

son avocat général. Il n'en reste pas moins qu'il y a à les prémisses d'une mise en cause possible de la société-mère, pour violation d'une obligation qui lui est propre.

L'analyse convaincra peut-être si elle est rapprochée de la jurisprudence relative au comité d'entreprise européen.

Comme on le sait, et à très grands traits, l'idée générale de la directive comité d'entreprise européen est que la direction centrale du groupe doit entamer des négociations, de sa propre initiative ou sur la demande d'au moins 100 travailleurs venant de deux États membres différents, en vue de constituer un comité d'entreprise européen (article 4). Pour ce faire, est créé un groupe spécial de négociation composé de représentants des travailleurs venant de différents établissements de l'entreprise ou du groupe (article 5). La direction centrale et le groupe spécial de négociation doivent ensuite négocier « dans un esprit de collaboration », en vue de mettre en place le comité d'entreprise européen, ou la procédure d'information et de consultation des travailleurs, à défaut de comité. Le contenu de l'accord lui-même est assez peu précisément défini, l'article 6§2 de la directive se contentant de donner la liste d'un certain nombre de questions qui doivent être résolues dans l'accord (entreprises visées, composition du comité, fréquence des réunions, mécanismes d'information et de consultation, etc.).

Pour l'élaboration comme le fonctionnement d'un comité d'entreprise européen, de nombreuses et difficiles questions peuvent émerger au stade des négociations, dont certaines sont essentielles pour l'existence même de cette négociation. Du fait de l'imprécision de la notion de direction centrale, les représentants des travailleurs peuvent tout d'abord devoir être éclairés sur la structure du groupe, dans le but de déterminer quel sera leur interlocuteur. La mise en place du groupe spécial de négociations supposera aussi de connaître précisément, outre la structure du groupe, le nombre de travailleurs dans les différents États membres ou encore l'identité de leurs représentants. Toutes ces informations ne sont pas nécessairement centralisées dans un seul État et doivent donc circuler, d'un État membre à l'autre, pour que puissent être réalisés les objectifs de la directive.

La création de comités d'entreprise européens s'est donc heurtée à des difficultés pratiques, liées au caractère transnational de la circulation de l'information. C'est de ces difficultés qu'a été saisie à plusieurs reprises la Cour de justice.

L'affaire qui, sans doute, les résume le mieux, est celle qui a été résolue par la Cour dans l'arrêt *Kühne et Nagel* de 2004. Dans cette affaire la maison mère était située en dehors du

territoire de l'Union. Or, arguant à juste titre qu'elle n'était pas soumise aux dispositions du droit européen, celle-ci refusait de transmettre les informations nécessaires à l'ouverture de négociations en vue de créer le comité d'entreprise européen. L'entreprise du groupe employant le plus de personnes sur le territoire communautaire étant située en Allemagne, c'est à celle-ci que se sont adressés les représentants des travailleurs en vue d'obtenir l'ouverture de négociations visant à la création d'un comité d'entreprise européen. Sans contester qu'elle était bien débitrice des informations demandées au sens de la directive, en sa qualité de ce que la Cour appelle « direction centrale présumée », la direction de la société allemande a fait valoir que ces informations n'étaient pas en sa possession, mais en la possession de la maison mère Suisse qui refusait de les fournir. Il est acquis, et d'ailleurs non discuté, que les juridictions allemandes ne peuvent contraindre une société suisse à fournir des renseignements à une société allemande. Mais, en l'espèce, les informations demandées ne portaient que sur les entreprises établies sur le territoire communautaire. Il paraissait donc possible de demander non pas à la direction centrale effective mais aux différentes sociétés du groupe établies sur le territoire communautaire de fournir ces informations qui, ensuite, permettraient par recoupement de déterminer la structure globale des éléments de ce groupe situés sur le territoire communautaire.

C'est bien cette solution que va consacrer la Cour. Indifférente, en effet, aux limites qui sont inhérentes aux lois nationales de transposition, la Cour estime que l'objectif et l'économie de la directive imposent que l'article 4 §1 soit interprété en ce sens que « la direction centrale présumée est tenue de demander aux autres entreprises membres du groupe situées sur le territoire des États membres et a le droit de recevoir d'elles les informations indispensables à l'ouverture de négociations pour l'institution d'un CEE » ; et cette obligation pesant sur la direction centrale a « pour corollaire l'existence d'une obligation, pour les directions des autres entreprises membres du groupe, de lui fournir les dites informations qu'elles détiennent ou qu'elles sont en mesure d'obtenir ».

Ces obligations, qui pèsent sur les différentes sociétés du groupe situées en Europe, doivent enfin pouvoir être imposées par les différents États membres. A ce titre, ces derniers doivent prévoir « des mesures appropriées » pour sanctionner le non-respect des exigences de la directive et, en particulier, doivent veiller « à ce qu'il existe des procédures administratives ou judiciaires qui permettent d'obtenir l'exécution des obligations en résultant ».

L'ensemble de solutions dégagé par la Cour est original et assez audacieux. Il en résulte une obligation spécifique, pesant sur la société mère ou sur les autres sociétés du groupe, de

transfert de l'information, obligation qui doit pouvoir être mise en oeuvre par une action en justice spécifique. Cette action en justice, il reste à en définir les contours. Il reste à savoir précisément, notamment quelles seraient les sanctions du refus ou de la réticence de la société mère à transmettre l'information. Pour autant, imposée par la Cour de justice, cette action constitue aujourd'hui un outil intéressant susceptible d'être mobilisé par les salariés.

Incontestablement, la jurisprudence sur le comité d'entreprise européen va plus loin que celle sur les licenciements collectifs. La directive comité d'entreprise concerne par essence des groupes internationaux, et son effet utile suppose donc bien que des mécanismes ou des procédures spécifiquement transnationaux soient mis en place. Il n'en reste pas moins qu'elle peut parfaitement servir de modèle pour la mise en oeuvre de la directive licenciement collectifs dans le cadre des groupes internationaux de société. Exiger de la société mère qu'elle mette en mesure sa filiale de mener les procédures d'information et de consultation ce n'est certes pas l'obliger elle-même à mener ces procédures ; ce pourrait parfaitement être, en revanche, accepter que cette obligation de transmission d'information pèse directement sur la société mère et soit juridiquement sanctionnée.

Il y a là la perspective d'une action propre, originale, directement secrétée par le droit de l'Union européenne, mobilisable dans les restructurations qui frappent les groupes internationaux de société. Cette action, bien entendu, n'est pas une panacée. Elle ne permettrait pas, tout particulièrement, d'impliquer directement la société mère dans la mise en oeuvre du plan de sauvegarde ou dans l'élaboration des mesures de reclassement. Ajoutée pourtant, à celles qui résultent déjà du droit français, elle pourrait constituer un intéressant moyen de pression et de mise en jeu de la responsabilité d'autres sociétés du groupe. Elle contribuerait donc au décroisement juridique des groupes de société, au-delà des fermes refus des jurisprudences *Flodor* et *Akavan*.

Du point de vue procédural, elle force chaque État membre à inventer une action nouvelle, permettant de contraindre une société à délivrer une information et de sanctionner l'éventuelle réticence. Cette action prend appui sur l'efficacité du système judiciaire européen et tout particulièrement sur le mécanisme de circulation automatique des décisions qui résultent du règlement Bruxelles 1. De ce fait, les moyens procéduraux de pression, y compris à l'encontre de sociétés étrangères, sont réels.

Du point de vue du champ d'application spatial de la règle, ensuite, cette obligation de transférer l'information ne s'applique qu'aux sociétés dont le siège est en Europe. Il y a là l'émergence, encore très balbutiante, d'un droit spécifiquement européen des groupes de

société. Cette solution posera elle-même de futurs problèmes de conflit de lois, car il faudra bien déterminer le champ d'application international de ces règles dont la source se trouve dans l'Union européenne et délimiter avec précision leur applicabilité aux groupes dont une partie se trouve en Europe et une partie hors d'Europe.

Mais ceci pourra faire l'objet d'une autre séance de l'association.

Je vous remercie.