



**AVIS DE Mme GRIVEL,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n°1138 du 10 décembre 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-11.819

Décision attaquée : 25 janvier 2023 de la cour d'appel de Versailles

Consorts [Z]

C/

L'association B2V Gestion et l'institution de prévoyance A2VIP

Renvoyant au rapport pour un exposé plus complet des faits et de la procédure, il convient simplement de rappeler ici que par l'arrêt infirmatif attaqué, le salarié, engagé en 2010 comme directeur du développement, du marketing et de la communication externe par l'association de moyens B2V Gestion et licencié le 17 février 2017 pour faute grave, s'est vu débouter de sa demande de condamnation solidaire de l'association B2V Gestion et de l'institution de prévoyance (IP) A2VIP à laquelle son contrat de travail aurait dû, selon lui, être transféré, à lui payer diverses indemnités au titre de la rupture de son contrat de travail, intervenue en fraude des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail.

Le moyen unique en trois branches du salarié soutient que :

1) lorsqu'une branche d'activité formant une entité économique autonome est transférée, le salarié qui, au jour du transfert, est affecté à cette entité pour l'exécution de sa tâche habituelle passe au service du cessionnaire, alors même que son contrat de travail le lie à une autre personne morale, si bien que la cour d'appel, qui a retenu qu'il n'était pas le salarié de B2V Prévoyance mais celui de B2V Gestion, a violé l'article L.1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 ;

2) en tout état de cause, en retenant que s'il intervenait pour B2V Prévoyance, c'était dans le cadre de son contrat de travail avec B2V Gestion, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à exclure qu'il était affecté à l'entité B2V Prévoyance et a violé l'article susvisé ;

3) enfin, l'existence d'une relation de travail ne dépendant pas de la volonté exprimée par les parties, les motifs susvisés sont impropres à exclure l'existence d'un lien de subordination à l'égard de B2V Prévoyance, de nature à emporter le transfert de son contrat de travail à l'occasion de sa cession.

Ecartons en premier lieu **la troisième branche** du moyen qui n'appelle pas d'autres observations ni réponse que celles proposées par votre rapporteur, étant irrecevable comme nouvelle et mélangée de fait et de droit, le salarié et ses ayants droit n'ayant jamais revendiqué un lien de subordination avec B2V Prévoyance mais uniquement avec l'IP A2VIP lors de son transfert au groupe APICIL, transfert qui seul pouvait justifier celui de son contrat de travail.

Reste donc la question, posée par **les deux premières branches**, de ce transfert du contrat de travail d'une institution de prévoyance à une autre, alors qu'aucun contrat de travail ne liait le salarié à aucune d'elles, étant seulement employé par l'association B2V Gestion. L'existence d'une entité économique autonome et de son transfert ayant été reconnue par les juges du fond et n'étant plus discutée, seule demeure en effet la question de la nécessité d'un contrat de travail avec cette entité cédée.

On sait en effet que l'article L.1224-1 du code du travail n'envisage que l'hypothèse d'une modification « *dans la situation juridique de l'employeur* », et que la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, *concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements*, à la lumière de laquelle il doit être interprété, définit elle-même le cédant, dans son article 2.1.a), comme « *toute personne physique ou morale qui, du fait du transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement* ». C'est dans ces conditions que « *les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* » (article 3.1).

Par un arrêt du 21 octobre 2010, rendu sur question préjudicielle dans l'hypothèse où, « *dans le cadre d'un groupe de sociétés dont l'une des entités économiques fait office d'employeur central et détache ses travailleurs auprès de diverses sociétés qui constituent ce groupe* », intervient le transfert des activités d'une société dudit groupe à une société extérieure, la Cour de justice de l'Union européenne, s'appuyant sur la notion de « relation de travail » visée par la directive, a entendu de manière très extensive ce texte, en précisant que l'existence d'un lien contractuel avec le cédant n'était pas requise pour que les travailleurs puissent bénéficier de la protection conférée par la directive 2001/23. Pour comprendre son raisonnement, il n'est pas inutile de rappeler sa motivation :

« 24. L'exigence, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23, soit d'un contrat de travail, soit, de manière alternative et donc équivalente, d'une relation de travail, à la date du transfert, conduit à considérer que, dans l'esprit du législateur de

l'Union, un lien contractuel avec le cédant n'est pas, en toutes circonstances, requis pour que les travailleurs puissent bénéficier de la protection conférée par la directive 2001/23.

25. En revanche, il ne ressort pas de la directive 2001/23 que le rapport entre le contrat de travail et la relation de travail soit un rapport de subsidiarité et, partant, qu'il faille, dans la situation d'une pluralité d'employeurs, systématiquement privilégier l'employeur contractuel.

26. Ainsi, dans un contexte tel que celui de l'affaire au principal, la directive 2001/23 ne fait pas obstacle à ce que l'employeur non contractuel, auprès duquel des travailleurs sont affectés de manière permanente, soit susceptible également d'être considéré comme un «cédant», au sens de la directive 2001/23.

27. Enfin, il découle des dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, sous b), de la directive 2001/23 qu'«est considéré comme transfert, au sens de [ladite] directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire».

28. Dès lors, un transfert d'entreprise, au sens de la directive 2001/23, suppose notamment le changement de la personne morale ou physique qui est responsable de l'activité économique de l'entité transférée et qui, à ce titre, établit en tant qu'employeur des travailleurs de cette entité des relations de travail avec ces derniers, le cas échéant en dépit de l'absence de rapports contractuels avec lesdits travailleurs.

29. Il s'ensuit que la position d'un employeur contractuel, qui n'est pourtant pas responsable de l'activité économique de l'entité économique transférée, ne saurait systématiquement prévaloir, aux fins de la détermination de la personne du cédant, sur la position d'un employeur non contractuel responsable de ladite activité.

30. Cette analyse est confortée par le troisième considérant de la directive 2001/23, lequel souligne la nécessité de protéger les travailleurs en cas de changement de «chef d'entreprise». Cette notion peut, en effet, dans un contexte tel que celui de l'affaire au principal, désigner l'employeur non contractuel, responsable de la conduite de l'activité transférée.

31. Dans ces conditions, si, au sein d'un groupe de sociétés, coexistent deux employeurs, l'un ayant des rapports contractuels avec les travailleurs de ce groupe et l'autre ayant des rapports non contractuels avec ces derniers, peut également être regardé comme un «cédant», au sens de la directive 2001/23, l'employeur responsable de l'activité économique de l'entité transférée qui, à ce titre, établit des relations de travail avec les travailleurs de cette entité, et ce en dépit de l'absence de rapports contractuels avec lesdits travailleurs.

32. Il convient donc de répondre aux questions posées que, en cas de transfert, au sens de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, d'une entreprise appartenant à un groupe à une entreprise extérieure à ce groupe, peut également être considéré comme un «cédant», au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de ladite directive, l'entreprise du groupe à laquelle les travailleurs étaient affectés de manière permanente sans toutefois être liés à cette dernière par un contrat de travail, bien qu'il existe au sein de ce groupe une entreprise avec laquelle les travailleurs concernés étaient liés par un tel contrat de travail.» ([CJUE, 21 octobre 2010, aff. 242/09, Albron Catering BV c/ FNV Bondgenoten et John Roest](#)).

On peut relever comme l'a fait la doctrine¹ que la Cour a, ce faisant, interprété de manière très libre la notion de « relation de travail » employée par le législateur européen, lequel a moins entendu ne pas exiger de lien contractuel entre le cédant et le salarié que ne pas imposer à tous les Etats membres une même définition du contrat de travail qu'il laisse dans le cadre de cette directive aux droits nationaux (article 2.2). Elle préfère donc retenir une définition plus économique que juridique du cédant, en relevant que le troisième considérant introductif de la directive parle de changement de « chef d'entreprise » et non d'employeur. Pour autant, elle se prononce dans un contexte précis, celui d'une « pluralité d'employeurs », l'un *contractuel* et l'autre « *responsable de l'activité économique de l'entité transférée qui, à ce titre, établit des relations de travail avec les travailleurs de cette entité* » dans le cadre d'un détachement : le salarié conserve dans cette hypothèse un lien contractuel avec son employeur initial et exerce ses fonctions sous un lien de subordination avec l'entreprise dans laquelle il est détaché, qu'il y ait ou non contrat de détachement. Elle tire de cette double relation de travail la possibilité de retenir le second employeur en qualité de cédant, à la condition, toutefois, que cette relation soit **permanente** : il ne doit pas s'agir d'une affectation occasionnelle, provisoire, temporaire.

Bien que l'on ait rapproché les deux solutions², cette position est bien différente de celle adoptée par la chambre sociale quelques années auparavant. Celle-ci a en effet admis le transfert du contrat de travail, par deux arrêts, non publiés, du 24 juin 2009 ([n°07-45245](#) et [n°07-45.703](#)), dans une configuration de détachement, par un attendu de principe beaucoup moins restrictif au visa de l'article L.1224-1 du code du travail interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 : « (...) *lorsqu'une branche d'activité formant une entité économique autonome est transférée, les salariés qui, au jour du transfert, sont affectés à cette partie de l'entreprise pour l'exécution de leur tâche habituelle passent au service du cessionnaire* ». Telle quelle, la solution avait de quoi surprendre puisqu'il s'agissait de deux arrêts de cassation, dans des hypothèses où les salariés avaient été détachés auprès d'une filiale belge par un avenant d'expatriation d'une durée temporaire de trois à cinq années à l'issue desquelles leur rattachement à la société mère reprenait expressément tous ses effets. Les salariés contestaient donc le transfert de leur contrat de travail au sein de la société cessionnaire de la branche d'activité à laquelle ils avaient été affectés qui leur avait été notifié par leur employeur. Or dans une telle hypothèse, ainsi qu'il était rappelé au rapport, la chambre juge depuis toujours qu'en cas de détachement dans une autre entreprise, le contrat de travail initial du salarié subsiste avec la société qui l'a détaché et qu'ainsi, conformément à l'article L.1231-5, celle-ci doit assurer son rapatriement au terme du détachement et le reclasser en son sein en cas de licenciement par sa filiale étrangère (Soc., 13 novembre 2008, n°06-42.583, Bull. n°214), sauf à pouvoir le licencier pour des motifs qui lui sont propres (Soc., 13 juin 2006, n°04-40256, Soc., 24 juin 2015, n°13-25.522, Bull. n°127). Il en résulte que, en principe, si un événement survient au sein de la société auprès de laquelle le salarié effectue son détachement tel que cessation d'activité, liquidation judiciaire, modification dans la situation juridique de l'employeur dans les conditions de l'article L.1224-1 du code du travail, le salarié devrait retourner auprès de la société mère. Ce n'est que si le salarié détaché est

¹ R. Vatinet, « la mise à disposition de salariés », Droit social 2011, p.656.

² B. Inès, Dalloz actualité, 7 décembre 2010, « transfert d'entreprise : transfert de sa salariée malgré l'absence de contrat avec le cédant »).

spécialement et exclusivement affecté, de façon permanente, au sein de l'entreprise cédante, à l'unité transférée, qu'il doit suivre son sort et être transféré au cessionnaire. C'est ainsi qu'un arrêt de la chambre, publié celui-là, du 1^{er} avril 1998, n°95-44341, Bull n°193, cité au rapport, a jugé, dans un cas de cession de la filiale par l'employeur initial, qu'il n'y avait pas transfert, en se fondant sur la persistance du lien de subordination initial : *« Une cour d'appel qui constate qu'une personne, malgré son détachement auprès d'une société dont son entreprise d'origine détient une partie du capital, continue à être rémunérée par cette dernière qui lui a expressément maintenu le statut collectif, a fait ressortir que cette société était demeurée son employeur pendant la période de détachement et a pu en déduire que la cession par l'entreprise d'origine des parts qu'elle détenait dans l'entreprise de détachement ne suffisait pas à faire de cette dernière le nouvel employeur de l'intéressée et que l'article L. 122-12 du Code du travail n'était pas applicable. »* Mais dans cette affaire, c'est bien l'employeur initial qui cédait l'entité économique, contrairement au cas qui nous est soumis.

Comme le fait remarquer le mémoire en défense, cette dernière configuration n'était guère éloignée d'une situation de coemploi, caractérisée non par l'immixtion permanente d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre mais par la coexistence, dans le cadre d'un même contrat de travail, de rapports de subordination avec plusieurs employeurs (v. Soc., 17 novembre 2004, n°02-44.337). Est-ce pour cette raison que le salarié avait, dans l'affaire qui nous occupe, d'abord invoqué une situation de coemploi ? Toujours est-il qu'il a abandonné cette thèse devant le conseil de prud'hommes, comme les juges du fond l'ont constaté.

La chambre a confirmé sa jurisprudence de 2009 dans deux arrêts du 25 octobre 2011, n°10-19773 et n°10-19772, et, sur un second pourvoi formé par un des salariés ayant donné lieu à la décision de 2009 (n°07-45245), par une confirmation de sa solution, rappelant implicitement à cette occasion que les dispositions d'ordre public de l'article L.1224-1 prévalent sur la volonté contractuelle des parties et sur des dispositions conventionnelles contraires, en continuant de n'exiger comme seule condition au transfert du contrat de travail que son exécution « de manière habituelle » au sein de l'entité économique transférée (Soc., 23 octobre 2014, n°13-15.510).

C'est par un arrêt du 16 septembre 2015 (n° 14-16.158) concernant un salarié lié par un contrat de travail à la SA Electrolux, puis affecté au sein d'une filiale, Electrolux Loisirs, dont l'activité avait été transférée à la SARL Electrolux, devenue Dometic, que la chambre, tout en reprenant l'attendu des précédents de 2009 (*« lorsqu'une branche d'activité formant une entité économique autonome est transférée, les salariés qui, au jour du transfert, sont affectés à cette partie de l'entreprise pour l'exécution de leur tâche habituelle passent au service du cessionnaire »*), s'est alignée sur la CJUE, en ajoutant aux conditions de ce transfert la précision que *« la cour d'appel, qui a constaté que le salarié était détaché de manière permanente auprès de la société Electrolux Loisirs lors de la cession de cette société, en a déduit à bon droit que son contrat de travail avait été transféré à la société Electrolux devenue la société Dometic et que le nouvel employeur était tenu de respecter l'engagement unilatéral pris par l'ancien employeur en l'absence de dénonciation »*.

Cet élément sera nécessairement à prendre en compte dans la réponse à apporter à l'avenir à ce type de transfert, en retenant qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome, le salarié qui est affecté à cette entité qui n'est pas son

employeur contractuel pour l'exécution de sa tâche habituelle ne peut voir son contrat de travail transféré que dans le cas où il y exerce son activité de manière permanente.

Mais on doit noter que dans la présente affaire, la jurisprudence européenne et celle sociale qui s'en est suivie n'ont pas été invoquées devant la cour d'appel, qui n'a donc pas eu à préciser dans quelles conditions le salarié exerçait ses activités au sein de B2V Prévoyance puisque cela ne lui était pas demandé. Le salarié, qui n'était pas détaché au sein de B2V Prévoyance, ne soutenait pas qu'il exerçait ses fonctions dans le cadre de « *relations de travail avec le responsable de l'activité économique* » de l'entité transférée, comme l'exige la jurisprudence européenne - ce d'ailleurs pourquoi la troisième branche du moyen, regret tardif, doit être rejetée -. S'il est constant qu'il consacrait « l'essentiel » de son activité à la création puis au développement de l'institution de prévoyance, c'est dans le cadre de ses fonctions de directeur du développement au sein de B2V Gestion, la cour d'appel le relève. Ainsi, sa situation était totalement différente des hypothèses jurisprudentielles visées et n'appelle donc pas la même réponse.

Mais indépendamment des considérations de technique juridique qu'appellent les conditions dans lesquelles s'exerçait l'activité du salarié, la demande de condamnation solidaire formée à l'encontre des deux « employeurs » amène également à s'interroger sur la finalité de son fondement juridique, une prétendue collusion frauduleuse entre la société B2V Gestion et l'IP A2VIP pour contourner l'application de l'article L.1224-1.

Les demandeurs au pourvoi invoquent à cet effet une jurisprudence constante selon laquelle, « *si le licenciement d'un salarié prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie est privé d'effet, le salarié licencié dans ces conditions peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat de travail rompu ou demander à l'auteur du licenciement réparation du préjudice qui en est résulté* » (Soc., 8 juillet 2020, n°18-20.109 ; Soc., 28 janvier 2004, n°01-47.356).

Ils rappellent également que la jurisprudence admet en outre que le salarié dirige son action contre les deux employeurs successifs lorsque l'un et l'autre ont contribué par leurs actes à la perte de son emploi, l'un en prenant l'initiative d'un licenciement dépourvu d'effet, l'autre en refusant de poursuivre le contrat de travail ainsi rompu (Soc., 28 janvier 2015, n°13-16.719, Bull n°11 ; Soc., 13 mai 2009, n°08-41.434).

Mais nous ne sommes pas dans ce cas de figure classique d'un salarié qui se trouve privé d'emploi, comme il le soutient et comme l'a retenu le premier juge, à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome, le repreneur ne voulant pas reprendre le contrat de travail et l'ancien employeur prenant alors (ou non) l'initiative de la rupture. Dans cette hypothèse, l'article L.1224-1 prend tout son sens puisqu'il permet, sinon de prévenir, du moins de réparer la perte d'emploi que le changement d'employeur entraînait. Il s'agit ici d'un salarié qui ayant été licencié disciplinairement par son employeur, vient soutenir que ce licenciement est privé d'effet, et donc de cause réelle et sérieuse, car ayant été affecté à l'institution de prévoyance (IP) B2V Prévoyance, depuis sa création en 2013 jusqu'à son intégration le 1^{er} janvier 2017 sous la dénomination A2VIP au groupe mutualiste APICIL, son contrat de travail aurait dû être et a été de plein droit transféré à A2VIP au 1^{er} janvier 2017 (donc antérieurement au licenciement). Il s'agit donc pour lui de « neutraliser » un licenciement disciplinaire qui aurait été pris, selon lui, par un employeur qui n'avait plus cette qualité (étant souligné que l'IP ayant acquis cette qualité suivant sa thèse pouvait lui faire le même grief, à

savoir un manquement à son obligation de loyauté en déposant une marque à titre personnel qu'il savait devoir être utilisée par cette dernière). Si fraude il y a à l'article L.1224-1, on peut donc légitimement se demander si ce n'est pas du côté du salarié, qui cherche à l'utiliser pour tourner les rigueurs d'un licenciement disciplinaire. Le dispositif légal cherche à prévenir les licenciements, non à contourner le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Or en l'espèce, la cour d'appel, en relevant que le salarié avait exercé son activité dans le seul cadre de ses fonctions au sein de B2V Gestion et que l'employeur avait usé de son pouvoir disciplinaire en sanctionnant le manquement à l'obligation de loyauté de son salarié, a fait ressortir que, bien qu'il fut appelé à effectuer des travaux pour B2V Prévoyance, l'intéressé restait sous la subordination de son employeur d'origine B2V Gestion (étrangère au transfert), de sorte que le transfert de l'IP B2V Prévoyance vers le groupe APICIL n'emportait pas transfert de son contrat de travail. A l'instar de l'arrêt publié précité du 1^{er} avril 1998, n°95-44341, Bull n°193, qui s'est fondé sur la persistance du lien de subordination initial pour dire qu'il n'y avait pas eu transfert du contrat de travail, **je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.**