



RAPPORT DE Mme DOUXAMI, CONSEILLÈRE

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

Le rapport comporte une proposition de rejet non spécialement motivé de la troisième branche du moyen unique.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le groupe de protection sociale B2V, constitué en 2005, comprend :

- l'association sommitale B2V,
- l'association B2V Gestion,
- l'association B2V Prévoyance, devenue l'institution de prévoyance A2VIP à son départ du groupe de protection sociale B2V pour rejoindre le groupe APICIL le 1^{er} janvier 2017.

[M] [Z] a été engagé en qualité de directeur du développement, du marketing et de la communication externe par l'association B2V Gestion à compter du 1^{er} janvier 2010.

Licencié pour faute grave par lettre du 9 février 2017, il a saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre pour contester la rupture de son contrat de travail et obtenir le paiement de diverses sommes de nature salariale et de nature indemnitaire.

Le salarié est décédé le 22 juin 2018 et la procédure a été poursuivie par ses ayants droit, Mme [J] et MM. [Z].

Par jugement du 31 juillet 2020, le conseil de prud'hommes a notamment :

- dit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse ;
- condamné solidairement l'association B2V Gestion et l'institution de prévoyance A2VIP à payer aux ayants droit du salarié diverses sommes à titre de rappel de salaire sur mise à pied conservatoire, de congés payés afférents, d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement, d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné solidairement l'association B2V Gestion et l'institution de prévoyance A2VIP aux dépens.

Par arrêt du 25 janvier 2023, la cour d'appel de Versailles a :

- infirmé le jugement en toutes ses dispositions ;
- débouté les ayants droit du salarié de l'intégralité de leurs demandes ;
- condamné in solidum les ayants droit du salarié à payer, à chacune de l'association B2V Gestion et de l'institution de prévoyance A2VIP, une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens.

7 février 2023 : déclaration de pourvoi des ayants droit du salarié à l'encontre de l'association B2V Gestion et de l'institution de prévoyance A2VIP

6 juin 2026 : dépôt du mémoire ampliatif (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 5 000 euros à l'encontre de l'association B2V Gestion et de l'institution de prévoyance A2VIP)

27 juin 2023 : dépôt par l'association BV2 Gestion d'une requête en radiation du rôle de la Cour (article 1009-1)

1er août 2023 : dépôt par l'institution de prévoyance A2VIP d'une requête en radiation du rôle de la Cour (article 1009-1) **8 février 2024** : ordonnance du conseiller délégué rejetant les requêtes

7 août 2023 : dépôt du mémoire en défense pour l'association B2V Gestion (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros à l'encontre des demandeurs au pourvoi)

4 avril 2024 : dépôt du mémoire en défense pour l'institution de prévoyance A2VIP (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros à l'encontre des demandeurs au pourvoi) **14 avril 2024** : dépôt d'un mémoire rectificatif pour l'institution de prévoyance A2VIP

Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

2- Proposition de rejet non spécialement motivée

- Rappel du moyen, pris en sa 3^e branche

Les ayants droit du salarié font grief à l'arrêt de les débouter de leurs demandes, alors « en tout état de cause, que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité professionnelle; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que pour infirmer le jugement qui avait retenu que le contrat de travail de Monsieur [Z] avait été transféré à l'occasion de la cession de l'institution B2V Prévoyance, la cour d'appel a énoncé que " si [M] [Z] intervenait pour B2V Prévoyance c'est dans le cadre de son contrat de travail avec B2V Gestion et de ses fonctions au sein de cette dernière que cette intervention s'inscrivait, peu important qu'elle ait fini par l'occuper l'essentiel de son temps" ; qu'en statuant par de tels motifs, impropres à exclure l'existence d'un lien de subordination à l'égard de B2V Prévoyance, de nature à emporter le transfert du contrat de travail à l'occasion de la cession de cette dernière, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 et L. 1224-1 du code du travail, le dernier interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001. »

-Proposition de rejet non spécialement motivé

L'association B2V Gestion et l'institution de prévoyance A2VIP contestent la recevabilité du moyen. Elles soutiennent qu'il est nouveau et que, mélangé de droit et de fait, il est irrecevable. L'institution de prévoyance A2VPI ajoute qu'il est contraire à l'argumentation développée devant la cour d'appel.

Il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions des ayants droit du salarié que ceux-ci aient invoqué devant la cour d'appel l'existence d'un lien de subordination entre l'association B2V Prévoyance et le salarié ni plus généralement la qualité d'employeur de cette dernière à son égard. Ils se sont bornés à faire valoir que le salarié était administrativement rattaché à l'association B2V Gestion mais avait été affecté, comme l'avaient justement constaté les premiers juges, à l'association B2V Prévoyance depuis sa création en 2013 jusqu'à son intégration au groupe APICIL le 1^{er} janvier 2017 (conclusions P24 à 27).

Le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit, **n'est donc pas recevable.**

3 - Analyse succincte des autres branches du moyen

Les ayants droit du salarié font grief à l'arrêt de les débouter de l'intégralité de leurs demandes, alors :

« 1°/ que 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 ; qu'en retenant, pour infirmer le jugement qui avait considéré que le contrat de travail de M. [Z] avait été transféré à l'occasion de la cession de l'institution B2V Prévoyance au sein de laquelle il exerçait l'essentiel de son activité, que M. [Z] n'était pas le salarié de B2V Prévoyance mais celui de B2V

Gestion, la cour d'appel 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 que 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 formellement son contrat de travail le lie à une autre personne morale ; qu'après avoir notamment relevé que par lettres du 7 décembre 2016 B2V Gestion avait proposé à plusieurs de ses salariés de les transférer au sein du Groupe APICIL en ces termes "Nous vous informons de la sortie de l'IP B2V Prévoyance du périmètre du GPS B2V et de son adossement au GPS APICIL. A cet égard, le GPS B2V et le GPS APICIL sont convenus de proposer à tous les salariés dédiés à l'IP B2V Prévoyance un transfert vers le GPS APICIL, avec maintien de leurs clauses contractuelles, notamment la rémunération, les congés payés et l'ancienneté acquise au sein du GPS B2V (...)" et qu'il ressort du compte rendu d'un comité de pilotage du 26 mai 2015 que "B2V Prévoyance a toujours en cours le recrutement d'un lobbyiste via un cabinet de chasse, cette personne venant seconder [M] [Z] et/ou pouvant être appelé à lui succéder" ce dont elle a déduit que "l'activité de B2V Prévoyance s'était donc vue affecter des propres moyens en personnel", la cour d'appel qui néanmoins, pour infirmer le jugement qui avait retenu que le contrat de travail de Monsieur [Z] avait été transféré à l'occasion de la cession de l'institution B2V Prévoyance, relève que "si [M] [Z] intervenait pour B2V Prévoyance c'est dans le cadre de son contrat de travail avec B2V Gestion et de ses fonctions au sein de cette dernière que cette intervention s'inscrivait, peu important qu'elle ait fini par l'occuper l'essentiel de son temps", s'est prononcée par des motifs impropres à exclure que l'exposant était affecté et dédié pour l'essentiel à l'entité B2V Prévoyance justifiant le transfert de son contrat à l'occasion de la cession de cette dernière et 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. »

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

cession d'une association appartenant à un groupe : transfert du salarié malgré l'absence de contrat de travail avec le « cédant » (CJUE 21 octobre 2010, C242/09, Albron Catering BV c.FNV Bondgenoten)

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Aux termes de l'article L.1224-1 du code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Cet article s'interprète à la lumière de la directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001 qui:
- définit dans son article 2.1.a) le « cédant » 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 ;

- prévoit dans son article 3 §1: « 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 ».

Le juge européen a jugé qu'en cas de transfert, au sens de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001, d'une entreprise appartenant à un groupe à une entreprise extérieure à ce groupe, peut également être considéré comme « cédant », au sens de l'article 2, §1, a, de cette 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.

CUJE, 21 octobre 2010, affaire 242/09, 3^{ème} chambre Albron Catering BV c/ FNV Bondgenoten)

« 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, 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. »

Commentant cet arrêt B Inès a indiqué (Dalloz actualité 7 décembre 2010 « Transfert d'entreprise : transfert de sa salarié malgré l'absence de contrat avec le cédant » :

« Le transfert d'entreprise provoque le maintien des contrats de travail qui y sont attachés lorsque ceux-ci sont en cours de transfert. C'est ce qui ressort expressément de l'article 3, paragraphe 1, de la directive communautaire 2001/23/CE du 12 mars 2001. Il est cependant des hypothèses où le travailleur exerce son activité au sein

d'une société sans avoir conclu avec elle un quelconque contrat. Tel est le cas dans certains groupes de sociétés où l'une des filiales, chargée de la gestion du personnel, concentre l'ensemble des contrats de travail du groupe et répartit le personnel dans les différentes sociétés qui le composent au moyen de multiples mises à disposition. Si l'une de ces filiales devait céder son activité à une société extérieure au groupe, les salariés qui lui ont été mis à disposition par une autre filiale devraient-ils se voir appliquer la directive 2001/23/CE et poursuivre l'exécution de leur contrat de travail avec le cessionnaire ?

Dans l'affaire *Albron Catering BV c. FNV Bondgenoten et John Roest*, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle sur ce point. Elle décide qu'en cas de transfert, au sens de la directive 2001/23, d'une entreprise appartenant à un groupe à une entreprise extérieure à ce groupe, peut être considéré comme un "cédant", au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de cette 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, et ce, bien qu'il existe au sein de ce groupe une entreprise avec laquelle les travailleurs concernés étaient liés par un tel contrat de travail. La Cour adopte ainsi une conception moins contractuelle qu'institutionnelle de la relation de travail : seules l'intégration du salarié dans l'entreprise et son affectation à l'activité semblent prévaloir. Deux arguments ressortent principalement de la décision. D'abord, la filiale utilisatrice, parce qu'elle exerce des prérogatives qui sont celles d'un employeur, perd avec la cession de son activité cette qualité, ce qui lui confère la qualité "cédant" au sens de la directive (art. 2 §1, al). Ensuite, en se référant indifféremment à l'existence d'un contrat de travail ou à celle d'une relation de travail en cours au jour du transfert (art. 2, §2), un lien contractuel avec le cédant n'est pas nécessairement exigé par la directive. Il faut en déduire qu'en raison de l'affectation du salarié à l'activité dont la responsabilité incombe à la filiale utilisatrice, il est possible de faire prévaloir la relation non-contractuelle nouée avec la société utilisatrice sur la relation contractuelle préalablement établie avec une autre société du groupe.

Justifiée, la solution est néanmoins totalement inédite. La Cour avait eu à connaître de certaines hypothèses de transfert d'entreprise intra-groupe (CJUE 2 décembre 1999, *Allen*, aff. C-234/98, D. 2000. IR 25.), mais, est pour la première fois interrogée sur un transfert dirigé en dehors du groupe impliquant des salariés n'ayant conclus aucun contrat avec le cédant. Se pose alors la question de savoir si cette jurisprudence a vocation à s'appliquer à d'autres hypothèses que celle, bien spécifique, où tous les salariés d'un groupe sont embauchés par une des filiales de celui-ci et mis à disposition auprès des autres. Il est bien probable que la portée de l'arrêt doit être circonscrite à ce cas particulier. En atteste les motifs avancés par la Cour qui tirent essentiellement parti des spécificités du groupe en l'espèce. Par ailleurs, les conclusions de l'avocat général Yves Bot, bien qu'elles suggèrent une application plus large de la solution, s'appuient principalement sur le constat qu'en l'espèce, les salariés étaient certes mis à disposition, mais de manière permanente, de telle sorte que la relation qui les liait à la filiale utilisatrice était identique à celle qui se serait établie si un contrat de travail avait été conclu.

La solution a-t-elle également vocation à pénétrer sur le sol français ? Rien n'est moins sûr. Il est tout à fait possible, en théorie, que les modalités de gestion du personnel pratiquées en l'espèce par un groupe hollandais pourraient se retrouver en France. En effet, tant qu'elle n'est pas réalisée afin d'obtenir un bénéfice ou un gain (Crim. 20 mars 2007, Bull. crim. n° 86), la mise à disposition du personnel au sein d'un groupe est parfaitement licite. Il convient également de signaler que la Cour de cassation semble

avoir adopté une position similaire à celle retenue par la Cour de justice. Dans deux arrêts du 24 juin 2009 (Soc. 24 juin 2009, n° 07-45.245, Dalloz jurisprudence; 24 juin 2009, n° 07-45.703, Dalloz jurisprudence), la chambre sociale, interprétant l'article L. 1224-1 du code du travail à la lumière de la directive 2001/23/CE, a décidé que, 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. L'arrêt avait trait à des salariés mis à la disposition d'une filiale par la société mère. En apparence, la solution semble identique à celle de l'arrêt présentement commenté. Cependant, il n'est pas précisé si le détachement des salariés a concrètement donné lieu à la conclusion d'un contrat de travail entre eux et la filiale, d'où la difficulté de savoir si la Cour de cassation a retenu une interprétation aussi compréhensive de la directive 2001/23/CE que la Cour de justice. Surtout, il est fort probable que, dans les circonstances de l'espèce, le juge français tire de la permanence du lien entre le salarié mis à disposition et la filiale utilisatrice l'existence d'un contrat de travail. Ce dernier aurait trois conséquences potentielles, du fait du contrat conclu avec une autre filiale au sein du même groupe : la requalification du contrat initial au profit de la relation nouée avec la filiale utilisatrice ; l'existence d'une pluralité de contrats de travail au sein du groupe; l'existence d'une situation de coemploi (...) Dans tous les cas, la jurisprudence instaurée par l'arrêt *Albron Catering BV C.FNV Bindgenoten et John Roest* n'aurait que peu d'utilité en droit interne français puisque l'existence d'un contrat de travail entre le salarié mis à disposition et la filiale utilisatrice, c'est-à-dire le cédant, justifierait à lui seul son maintien auprès du cessionnaire.

Reste donc à attendre les suites que vont donner à cet arrêt la Cour de cassation et la Cour de justice. »

P. Morvan a expliqué (droit social 2011 P888) :

«L'arrêt *Albron Catering* rendu par la CUJE le 21 octobre 2010 a suscité le trouble en affirmant qu'en cas de transfert, au sens de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, "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, § 1, 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". Ne craignant pas d'engendrer, un monstre juridique, le juge européen consacre la notion d'"employeur non contractuel", défini comme "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 rapport contractuels avec lesdits travailleurs". L'effet translatif de la directive est donc déclenché. Mais qu'est-ce qui est transféré : le "contrat de travail" ou seulement la "relation de travail" de chaque salarié détaché (selon l'expression alternative figurant à l'article 3, § 1, de la directive).

La seconde solution signifie concrètement le transfert au repreneur du contrat de prestation de services constituant le support juridique de la mise à disposition et de l'"activité économique" dont le cédant est "responsable". Si elle est concevable en pratique, elle paraît exclue en droit. Le juge communautaire a déjà estimé que la directive du 12 mars 2001 n'exigeait pas, en cas de transfert d'entreprise, le maintien du contrat de bail d'un local commercial conclu par le cédant de l'entreprise avec un tiers bien que la résiliation dudit contrat risquât d'entraîner l'extinction des contrats de

travail transférés au cessionnaire. En définitive, la directive de 2011 ne transfère jamais que des contrats de travail, non une convention commerciale distincte.

Surtout, selon une conception ancienne mais indémodable, le contrat de travail transféré en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail s'analyse plus en un lien tissé entre le salarié et l'entité économique qu'entre le salarié et l'employeur.

Il suffit ainsi de constater qu'au jour du transfert, le salarié "accomplissait son travail dans la branche d'activité cédée et que cette affectation ne présentait pas un caractère occasionnel"; or, cette exigence traditionnelle en jurisprudence a été rappelée dans une affaire où le salarié de la société mère d'un groupe avait été détaché au sein d'une sous-filiale étrangère en vertu d'un avenant d'expatriation puis, à la suite de la cession de la branche d'activité, transféré à la filiale cessionnaire; pour s'opposer au jeu translatif de l'article L. 1224-1, il prétendait n'avoir pas été rattaché spécifiquement au secteur cédé ; en vain, estime la Cour de cassation (Soc, 24 juin 2009, RJS 11/09 n°837).

Il est donc quelques raisons de penser que le transfert d'entreprise décidé par l'employeur non contractuel, au sens de la directive du 12 mars 2001, emporte transmission des contrats de travail des salariés mis à sa disposition, bien qu'il ne soit pas leur cocontractant. L'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (personne ne peut céder plus de droits qu'il n'en a lui-même) n'érige pas d'obstacle à cela : en aucun cas l'employeur cédant "cède" des contrats de travail auxquels il n'est pas partie ; il cède une entité économique autonome et cette décision provoque une cession légale des contrats qui lient les travailleurs mis de façon permanente à sa disposition ; bref, l'employeur non contractuel cède son activité puis, par voie de conséquence et à titre accessoire, la directive du 12 mars 2001 (art. 3, § 1) impose la cession des contrats de travail.

Partant, l'employeur contractuel se trouve dépouillé de cette qualité : les salariés qu'il a mis à la disposition d'une entreprise tierce passent au service de l'entreprise cessionnaire. A la date de la reprise d'activité, il cesse d'être leur employeur.

En somme, l'identité de l'employeur ("contractuel") compte moins que l'affectation permanente du travailleur à une activité économique donnée, fût-ce auprès d'un tiers employeur ("non contractuel"). Et cette approche s'impose particulièrement lorsque les détachements s'effectuent au sein d'un groupe de sociétés. La circonstance que les deux arrêts précités aient été rendus dans ce contexte n'est pas fortuite. Elle nous paraît même déterminante. »

H. Tissandier (Revue de droit du travail 2011 P35) souligne :

« Quoi qu'il en soit, la Cour adopte une démarche originale pour définir la notion de cédant en la faisant reposer sur celle de "relation de travail". Et la directive vise effectivement à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique. Si la distinction entre contrat de travail et relation de travail, mise en oeuvre par la directive, avait à l'origine pour objectif "de permettre d'inclure dans le champ d'application des situations juridiques ne se caractérisant pas par un contrat de travail", en particulier en droit britannique, elle sert désormais de fondement à une extension inattendue du champ d'application dans les groupes de sociétés. En l'espèce, peut être l'existence d'un contrat de travail aurait-elle pu être caractérisée. Une telle démarche était toutefois inutile, d'abord parce que la définition de l'article 2, § 1, ne l'exige pas, ensuite parce que la directive renvoie sur ce point au droit national, dispensant la Cour d'élaborer une notion de droit communautaire.

Des objections pourraient néanmoins être soulevées. D'abord, cette solution est-elle opportune? La Cour semble présupposer qu'une extension du champ d'application de

la directive sera protectrice des travailleurs. C'est probablement le cas en droit européen, mais pas nécessairement dans les droits nationaux, particulièrement en droit français qui prévoit le transfert du contrat de travail de plein droit. En effet, si la société d'affectation n'avait pas été reconnue comme employeur, la directive transfert n'aurait pas été applicable. Par conséquent, le transfert du contrat de travail n'aurait pu être imposé. Le salarié serait alors revenu dans son entreprise d'origine, la mise à disposition ayant pris fin, ou bien aurait continué à travailler pour l'entreprise repreneuse, mais toujours pour le compte de l'employeur "contractuel".

Ensuite, la solution s'imposait-elle en l'espèce? La situation dans laquelle des travailleurs sont détachés au sein d'un groupe ne serait-elle pas comparable à celle de travailleurs intérimaires, lesquels font partie de l'entité économique constituée par l'entreprise de travail temporaire qui ne peuvent bénéficier de la directive 2001/23 qu'en cas de transfert de celle-ci, et non en cas de transfert de l'entreprise utilisatrice? Les deux situations doivent pourtant être distinguées, car dans un cas comme celui de l'espèce, les salariés sont embauchés pour être mis à la disposition permanente de la filiale. La société d'affectation peut ainsi disposer d'un travailleur pour une durée indéterminée, qu'elle peut former en fonction de ses besoins. Alors qu'un intérimaire est mis à disposition pour une durée nécessairement limitée. Le détachement intra-groupe, tel qu'en l'espèce, serait alors distinct de l'intérim.

En droit français, la question du sort des salariés mis à disposition lors d'un transfert d'entreprise est souvent complexe. Si l'entité économique transférée est l'entreprise employeur (contractuel), le jeu de l'article L. 1224-1 du code du travail doit conduire au transfert du contrat de travail du salarié mis à disposition au cessionnaire - le contrat est transféré en totalité, y compris l'avenant de mise à disposition. Si c'est en revanche la société d'affectation qui fait l'objet d'un transfert d'entreprise, le recours à l'article L. 1224-1 est peu éclairant car ce texte ne se réfère qu'au contrat de travail. Néanmoins, il conviendrait désormais d'apprécier si cette société peut être reconnue comme employeur non contractuel (lorsque la mise à disposition est permanente par exemple) malgré l'absence de contrat de travail. »

R. Vatinet (« La mise à disposition de salariés » Droit social 2011 P656) expose :

«L'arrêt distingue nettement "l'employeur non contractuel" (l'utilisateur) - dont elle rappelle la qualité de "chef d'entreprise, responsable de la conduite de l'activité transférée" - et l'employeur contractuel, le prêteur de salariés, auquel des derniers étaient liés par un contrat de travail.

La CJUE distingue tout aussi nettement le contrat de travail liant les salariés au prêteur et la relation de travail liant les salariés à l'utilisateur.

S'appuyant sur les termes de la directive Transfert qui vise l'existence d'un contrat de travail "ou" d'une relation de travail, elle décide que l'employeur non contractuel, chef de l'entreprise cédée, doit être considéré comme cédant au sens de la directive.

27. Il est à noter que la Cour fait ainsi une interprétation très extensive de la notion de relation de travail, qui ne correspond pas exactement aux intentions du législateur européen. Celui-ci a seulement voulu éviter d'avoir à imposer à tous les pays européens la même définition du contrat de travail. D'où le choix de termes souples ("relation de travail") susceptibles d'englober des situations où tous les droits nationaux n'identifient pas un contrat de travail stricto sensu (48). Autrement dit, il s'agissait de permettre le transfert des emplois de salariés titulaires d'un contrat de travail ou de travailleurs para-subordonnés. Au contraire, prenant les termes " contrat de travail ou relation de travail" au pied de la lettre, la Cour admet qu'un même salarié puisse être titulaire de l'un et de l'autre et que la directive puisse alors imposer le transfert de la

relation de travail au même titre que celui du contrat de travail proprement dit, dès lors que, selon elle, "la position d'un employeur contractuel, qui n'est pourtant pas responsable de l'activité économique transférée, ne saurait systématiquement prévaloir, aux fins de détermination de la personne du cédant, sur la position d'un employeur contractuel" (49). L'utilisateur ayant cédé l'activité économique à laquelle le salarié était affecté est donc considéré comme "cédant" au sens de la directive. Soit. Mais plusieurs questions essentielles demeurent sans réponse.

28. Une première question vient immédiatement à l'esprit : que cède le cédant? Plus précisément, le transfert porte-t-il sur le contrat de travail et va-t-il entraîner un changement d'employeur ? L'arrêt relève que l'employeur non contractuel a perdu, à la suite de la cession, sa qualité d'employeur non contractuel. Certes. Mais le cédant ne peut pas céder plus de droits qu'il n'en a ... On ne voit pas comment il pourrait céder un contrat auquel il n'est pas partie.

Cède-t-il alors la seule "relation de travail", ce qui voudrait dire que la mise à disposition pourrait se poursuivre et le salarié continuer à exécuter son contrat auprès du nouvel utilisateur devenu son nouvel employeur non contractuel tout en conservant le même employeur contractuel? Pourquoi pas?

Pour mesurer la portée exacte de l'arrêt, deux interprétations paraissent envisageables.

29. La première est la plus confortable, dans l'attente de précisions ... Elle est un peu divinatoire car aucun des termes de l'arrêt ne permet de la retenir de manière sûre. Selon cette première interprétation, on doit présumer que le groupe était en réalité co-employeur contractuel dès lors que la société pivot assurait une gestion centralisée du personnel. De toute évidence, les conventions de mises à disposition résultaient elles-mêmes d'un accord intra-groupe. Mais alors, pour mieux comprendre l'arrêt, il faut franchir un pas supplémentaire en considérant que le groupe est aussi le véritable cédant! Faute de quoi rien n'explique qu'une entité du groupe, à laquelle la qualité d'employeur contractuel est clairement déniée (elle n'est même pas co-employeur contractuel), puisse transférer seule des contrats de travail auxquels elle n'est pas partie. En réalité, selon cette première interprétation envisageable, les contrats de travail comme les relations de travail étaient gérés par l'ensemble du groupe qui a alors lui-même transféré les contrats, en « téléguidant » l'opération de transfert (par son rôle stratégique) ou en acceptant la cession opérée par la filiale qui avait en charge la gestion de l'entité transférée ... Les termes de l'arrêt ne confortent guère cette interprétation : pourquoi avoir aussi brutalement et nettement distingué un "employeur contractuel" et un "employeur non contractuel", d'une part, le contrat de travail et la relation de travail d'autre part ? Pourquoi avoir aussi expressément doté l'employeur non contractuel de la qualité de cédant?

30. Une seconde interprétation est encore envisageable, indifférente, a priori, au particularisme de l'organisation des groupes de sociétés. Le cédant, employeur non contractuel, ne cède que la relation de travail, l'employeur contractuel conservant, pour sa part, cette qualité. Le prêteur a mis la force de travail de son salarié à la disposition d'un utilisateur. Cette sous-location de la force de travail faisait partie des moyens humains affectés de manière durable à l'activité cédée (50) et, dès lors, c'est l'ensemble des forces de travail ainsi affectées qui doit être transféré.

31. La directive Transfert serait donc interprétée en ce sens que le transfert d'entreprise emporte transfert des contrats de travail dans leur entier ainsi que des relations de travail résultant d'une opération de mise à disposition ... la relation résultant d'une mise à disposition devant alors être poursuivie par le cessionnaire au même titre qu'un contrat de travail.

Concrètement, cela signifie que le transfert forcé réalisé par la directive Transfert comme par les dispositions nationales de l'article L. 1224-1 ne se limite pas à une cession forcée des contrats de travail. Les textes européens et nationaux emporteraient aussi cession forcée de la convention de mise à disposition qui matérialise et organise la relation de travail unissant le salarié à l'utilisateur. Dire que la relation de travail est obligatoirement transférée revient, en effet à dire que la convention de mise à disposition conclue entre le prêteur et l'utilisateur, dès lors qu'elle est "en cours" au jour du transfert, est elle-même obligatoirement transférée au nouvel utilisateur... Cela évitera le licenciement du salarié. Cette cession forcée permet de maintenir intacte la capacité productive et l'intégrité de l'entité transférée ...

32. S'agissant d'une convention de mise à disposition conclue à titre gratuit - c'est-à-dire à prix coûtant - cette interprétation est parfaitement envisageable. Elle l'est non seulement au sein d'un groupe, dont une société assure la gestion des emplois et des mises à disposition à titre de service commun gratuit, mais aussi plus généralement, dans divers cas de prêts de main-d'oeuvre à titre gratuit, fruits d'une alliance entre deux entreprises, qu'elles appartiennent au même bassin d'emplois, au même réseau contractuel ou à la même branche d'activité (on pense aux mises à dispositions organisées au sein de la métallurgie), afin d'assurer la pérennité des contrats de travail par-delà les fluctuations (et les transferts) d'activités.

Il y a néanmoins un très grand nombre de cas où, à coup sûr, une telle cession forcée de convention de mise à disposition est inenvisageable. Il en va ainsi pour la mise à disposition par un groupement d'employeurs, dès lors que l'utilisateur doit être membre du groupement, qualité qui n'est pas susceptible de cession forcée. Au reste, les opérations de mise à disposition aménagées à titre onéreux, travail temporaire notamment, ne sauraient, elles non plus, se prêter à un pareil transfert. On ne peut concevoir la cession forcée d'un contrat d'entreprise conclu à titre onéreux, auquel le cessionnaire n'est pas partie.

33. Quoi qu'il en soit, cet arrêt permet de conclure à une intégration de la relation de travail à l'entreprise utilisatrice, intégration bien chaotique, qui explique les perturbations que la technique de la mise à disposition provoque aussi dans l'ordonnancement des relations collectives de travail. »

En cas de détachement dans une autre entreprise, la Cour de cassation a jugé que le contrat de travail du salarié suit le sort de l'entreprise qui le détache.

Soc, 14 mai 1997, pourvoi n°94-41.814, Bull n°170

sommaire : « Le salarié d'une société, détaché par celle-ci auprès d'une autre société, demeure, nonobstant son détachement, salarié de la première société. Dès lors, la reprise du fonds de cette société ayant entraîné le transfert d'une entité économique dont l'activité a été poursuivie, le contrat de travail du salarié s'est maintenu avec le nouvel employeur. »

Soc, 1^{er} avril 1998, pourvoi n°95-44.341, Bull n°193

sommaire : « 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. »

La Cour de cassation, interprétant l'article L.1224-1 du code du travail à la lumière de la directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001, a également jugé que 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.

Soc, 24 juin 2009, pourvois n°07-45.703 et 07-45.245

« Vu l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 ;

Attendu qu'en application de ce texte, 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [X], engagé par la société Rhône Poulenc en 1987 en qualité d'ingénieur de recherches, qui exerçait depuis le 1er novembre 1999 des fonctions de "marketing manager" au sein de la société Rhodia PPMC, devenue Rhodia opérations, a été détaché à compter du 1er septembre 2000 auprès de la société [Y] à [Localité 1] pour une durée de trois à cinq ans pour y exercer les fonctions de "marketing and development manager" ; que, le 18 juillet 2002, la société Rhodia PPMC a notifié au salarié que, dans le cadre de la cession des actifs de Latex papier de Rhodia à la société Raisio chemicals, son contrat de travail serait repris à compter du 1er août 2002 par la société [Y] France en application des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail alors applicable; que contestant cette décision et demandant sa réintégration au sein de la société Rhodia PPMC, à défaut, le paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive, le salarié a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour juger que le transfert à la société [Y] de la branche d'activité "latex papier" n'entraînait pas pour M. [X] un changement d'employeur, la cour d'appel a retenu que rien ne prouve qu'au moment du transfert celui-ci était affecté à l'activité latex papier, que la cession des actifs de Rhodia dans la société [Y] à la société Raisio chemicals n'a pas eu pour effet de transférer le contrat de travail de M. [X] et que l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail n'est pas applicable aux salariés détachés auprès de l'entreprise cédée qui ne bénéficient pas d'un contrat de travail en cours ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'à la date du transfert, M. [X] travaillait dans la branche d'activité dont la société [Y] a poursuivi l'exploitation à la suite de ce transfert, et alors que le détachement du salarié auprès de la société [Y] ne faisait pas disparaître le contrat de travail qui l'unissait à la société cédante, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

« Vu l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 ;

Attendu qu'en application de ce texte, 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [X], exerçant des fonctions de "directeur" au sein de la société Rhodia PPMC, devenue Rhodia opérations, a été détaché, à partir du 1er août 2000, auprès de la filiale belge de la société [Y] ; qu'un avenant d'expatriation, conclu le 10 novembre 2000, précisait que la mise à disposition auprès de [Y] était prévue pour une durée de trois à cinq années à l'issue desquelles son rattachement à Rhodia reprendrait tous ses effets ; que, le 10 juillet 2002, la société Rhodia PPMC a notifié au salarié que, dans le cadre de la cession des actifs de Latex papier de Rhodia à la société Raisio Chemicals, son contrat de travail serait repris par la société [Y] en application des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail alors applicable ; que contestant cette décision et soutenant que son contrat de travail avait été unilatéralement rompu par son employeur, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir réparation ;

Attendu que, pour juger que le transfert à la société [Y] de la branche d'activité "latex papier" n'entraînait pas pour M. [X] un changement d'employeur, la cour d'appel a retenu que depuis son entrée dans l'entreprise, en 1976, celui-ci avait travaillé dans divers secteurs d'activité, comme le textile, les additifs papiers, les peintures et matériaux de constructions, avant d'être affecté à la fin de l'année 2000 au secteur "latex" ; que depuis l'origine, ses fonctions n'étaient pas particulièrement rattachées au secteur latex mais lui avaient permis une réelle polyvalence couvrant jusqu'alors l'ensemble des produits fabriqués dans le groupe ; qu'en conséquence, les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail ne sont pas applicables à ce salarié, cadre de haut niveau du groupe Rhodia, dont l'activité depuis 25 ans n'était pas spécifiquement rattachée au secteur latex, dès lors qu'il n'avait accepté qu'une mission temporaire dans ce domaine et qu'il ne pouvait donc lui être imposé un changement d'employeur, en sorte que la décision du groupe Rhodia de se séparer de lui au moment du transfert constitue une rupture du contrat de travail imputable à l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait qu'au jour du transfert, M. [X] accomplissait son travail dans la branche d'activité cédée et que cette affectation ne présentait pas un caractère occasionnel, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, au regard du texte susvisé. »

Cette jurisprudence a été confirmée :

Soc, 16 septembre 2015, pourvoi n°14-16.158

« Mais attendu, d'abord, qu'en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 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 ;

Attendu, ensuite, qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome, le nouvel employeur est tenu d'appliquer les usages et engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur à l'égard des salariés dont le contrat de travail était en cours au jour du transfert ;

Et attendu que, sans être tenue d'effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée, 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 ; »

Au cas présent, la cour d'appel a d'abord rappelé que l'association B2V prévoyance avait été créée en 2013 (arrêt P2 §2) puis a retenu que cette association formait bien une entité économique autonome dont les moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation avaient été repris par l'institution de prévoyance A2VIP à l'occasion de son adossement à GPS APICIL (arrêt P7 §7).

Elle a ensuite écarté comme suit le transfert du contrat de travail du salarié à l'institution de prévoyance A2VPI (arrêt P8 § 2 à 7) :

« Ainsi qu'il a été rappelé et admis de façon constante, B2V Prévoyance n'était pas l'employeur de [M] [Z]. Même interprété à la lumière de la directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001, l'article L. 1224-1 du code du travail ne prévoit le transfert du contrat de travail que des salariés du cédant dont la situation juridique a été modifiée.

Or, au cas d'espèce, la situation juridique de l'employeur, B2V Gestion, n'a pas été modifiée. Seule celle de B2V Prévoyance, qui est le « cédant » au sens de la directive précitée, l'a été.

Certes, les ayants droit du salarié exposent que la Cour de cassation considère que le transfert automatique au titre de l'article L. 1224-1 du code du travail s'applique aux salariés travaillant essentiellement pour l'activité transférée. Les jurisprudences invoquées concernent des cas de transfert partiel d'entreprise, c'est-à-dire celui du transfert d'une des entités économiques autonomes de l'entreprise cédante. En pareil cas, effectivement, lorsqu'un salarié est, au sein de cette entreprise, partiellement affecté à l'activité d'une de ses entités économiques, le contrat de travail de ce salarié doit se poursuivre avec le nouvel employeur seulement pour la part du temps correspondant au temps de travail accompli dans le cadre de l'entité reprise. Cette solution, conduisant à un fractionnement du contrat de travail du salarié, est atténuée notamment lorsque l'activité du salarié était, au sein de l'entreprise cédante, essentiellement consacrée à l'activité partiellement cédée ; auquel cas, l'ensemble du contrat de travail est transféré à la société cessionnaire. Tel est le contexte des arrêts sur lesquels s'appuient les ayants-droit du salarié, arrêts dans lesquels les salariés étaient liés à l'entreprise cédante par un contrat de travail.

Dans l'espèce soumise à la cour, [M][Z] était salarié de B2V Gestion. Seule B2V Prévoyance a été cédée. Et la cession a été totale. Si [M][Z] intervenait pour B2V Prévoyance c'est dans le cadre de son contrat de travail avec B2V Gestion et de ses fonctions au sein de cette dernière que cette intervention s'inscrivait, peu important qu'elle ait fini par l'occuper l'essentiel de son temps.

Dès lors, même si B2V Prévoyance constituait bien une entité économique autonome transférée à A2VIP, cette circonstance est en définitive indifférente à la solution du litige dès lors que [M][Z] n'était pas à cette date le salarié de B2V Prévoyance mais celui de B2V Gestion, laquelle n'a pas perdu sa qualité d'employeur par le seul effet du transfert litigieux précité.

[M][Z] est donc, même après que l'activité de B2V Prévoyance a été transférée à A2VIP, demeuré le salarié de B2V Gestion, de sorte que l'article L. 1224-1 ne lui était pas applicable. »

Le MA soutient que la cour d'appel :

- a méconnu le principe selon lequel 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 (première branche) ;

- s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser le fait que le salarié n'était pas affecté à l'entité à laquelle il consacrait l'essentiel de son activité (deuxième branche).

Le MD pour l'association B2V Gestion réplique que :

- le principe dégagé par la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas applicable à la situation d'un salarié d'une entreprise tierce mis à disposition du cédant lorsqu'il ne bénéficie pas de la qualité de salarié à l'égard de ce dernier, que ce soit par la caractérisation d'un lien de subordination les liant ou d'une situation de co-emploi unissant l'employeur et le cédant ;
- après avoir constaté que le salarié n'était pas le salarié de B2V Prévoyance au sein duquel il avait été uniquement mis à disposition, la cour d'appel en a exactement déduit que, n'étant pas salarié du cédant, il n'était pas fondé à se prévaloir des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail (première branche), peu important que l'association B2V Gestion ait proposé à d'autres salariés de les transférer à B2V Prévoyance (deuxième branche).

Le MD pour l'institution de prévoyance A2VIP fait valoir que :

- la CJUE a pris soin de rappeler que l'existence d'un contrat de travail ou d'une relation de travail devait être appréciée au regard du droit national (§23). En droit français, il ne suffit pas qu'une personne effectue des prestations pour une entreprise pour être considérée comme salariée de celle-ci. En outre, selon la directive, il faut une affectation permanente du salarié au sein de l'entreprise « cédante ». La solution n'est donc pas transposable lorsqu'un salarié est successivement occupé par son employeur, puis détaché, et ce de façon non permanente et alors qu'il reste soumis dans un lien de subordination à son seul employeur contractuel (première branche) ;
- C'est par des motifs pertinents et excluant le transfert du contrat de travail du salarié que la cour d'appel a relevé, d'une part, que les missions qui lui étaient confiées l'étaient en sa qualité de directeur de marketing de l'association B2V Gestion, à savoir qu'aucun lien de subordination n'existait entre B2V Prévoyance et le salarié, d'autre part, que les missions litigieuses, si elles occupaient une grande partie de son temps, ne constituaient pas la totalité de son activité (deuxième branche).

La cour appréciera la pertinence des moyens à la lumière de ces développements.