

Lucie Bertrand

Mai 2013

Master 2 DJCE Juriste d'affaires

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II

**La responsabilité des sociétés mères vis-à-vis de leurs
filiales en droit social**

Sous la direction des Professeurs Raymonde Vatinet et Michel Germain

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-Economie-Sciences Sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Sommaire

INTRODUCTION

Chapitre 1 – L'émergence du co-emploi, ou la recherche de la « revanche sociale »

Section 1. L'efficacité limitée du droit des sociétés quant à la recherche du véritable responsable

Section 2. L'utilisation du co-emploi dans la recherche du véritable responsable

Chapitre 2 – La place incertaine du co-emploi face au droit français de la responsabilité

Section 1. Les effets incontrôlés du recours au co-emploi

Section 2. L'encadrement du co-emploi : entre protection du salarié et sécurité juridique

CONCLUSION

Liste des abréviations

AGS : Association de garantie des salaires

ANI : Accord national interprofessionnel

AP : Assemblée plénière

Art. : Article

Bull. : Bulletin

Cass. : Cour de cassation

CA : Cour d'appel

Civ 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation

C. com : Code de commerce

CC : Conseil constitutionnel

Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

CPH : Conseil des prud'hommes

D : Dalloz

Dirrecte : Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

Ex. : Exemple

J-Cl : Jurisclasseur

JCP G : Semaine juridique édition générale

JCP E : Semaine juridique entreprise et affaires

JCP S : Semaine juridique social

Joly Soc. : Bulletin Joly Sociétés

MEDEF : Mouvement des entreprises de France

PSE : Plan de sauvegarde et de l'emploi

Obs. : Observations

RJS : Revue de jurisprudence sociale

SAS : Société par action simplifiée

Soc. : Chambre sociale

TGI : Tribunal de Grande Instance

« Le droit est l'ordre de la justice, mais elle s'y pervertit ; la justice est le désordre du droit, mais il s'y renouvelle. »¹

Un groupe de sociétés est, par nature, constitué par « *un ensemble de sociétés qui, tout en étant juridiquement distinctes, se trouvent liées les unes aux autres, de telle sorte que l'une d'entre elles, qualifiée de société mère ou dominante, est en mesure d'imposer, en fait ou en droit, une unité de décisions aux autres composantes du groupe, qui se trouvent ainsi dans la situation de sociétés dominées* ». ²

Cet ensemble de personnalités juridiques distinctes, comme autant d'individualités fonctionnant comme un seul corps, crée naturellement des situations de mise en cause de la responsabilité des décisionnaires envers les autres.

Le droit des sociétés, pour appréhender le groupe, envisage seulement cette notion sous l'angle du contrôle.³ En effet, le groupe, s'il peut être un moyen pour des sociétés de coopérer entre elles, est essentiellement caractérisé par « *une situation de subordination d'une ou plusieurs personnes morales* ».

Le « *groupe de subordination* » est composé de « *plusieurs sociétés, juridiquement autonomes, mais situées les unes par rapports aux autres, dans un état de dépendance économique, susceptible d'altérer leur autonomie juridique* »⁴. Il représente une réunion de sociétés, dotées chacune de la personnalité morale, qui se situent dans une relation de dépendance économique ; cette dépendance résultant de lien de contrôle étroit, comme la participation au capital.

A l'inverse, dans la jurisprudence sociale, il n'y a pas de vision unitaire du groupe avec la notion de contrôle.

¹ P. Moor *Pour une théorie micropolitique du droit*, coll. Les voies du droit, PUF, 2005, p. 265

² Y. Chartier *Droit des affaires*, t II : PUF, 1992, n° 28

³ L 233-1, L 233-2, L 233-3 du Code du commerce

⁴ M. Germain, *les sociétés commerciales, traité de droit commercial*, tome 1, vol 2, LGDJ 19^e édition 2009 n° 2014

Le droit du travail adopte une conception réaliste du groupe qui gomme les frontières que trace le droit des sociétés. Il en résulte un droit des groupes de sociétés très hétérogène ; d'un texte à l'autre, le concept de groupe reçoit une interprétation différente.

La définition servant à déterminer le champ d'application des régimes obligatoires de participations des salariés aux résultats de l'entreprise,⁵ n'est pas la même que celle qui permet la mise en place d'accords collectifs de groupe, consacrés par la loi du 4 mai 2004⁶. De même, le groupe entendu au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, pour la création d'un comité de groupe obligatoire,⁷ est différent de celui qui sert à délimiter l'étendue de l'obligation de reclassement. La recherche de postes de reclassement doit être conduite dans le cercle des sociétés dont les activités ou l'organisation offrent au salarié la possibilité d'exercer des fonctions comparables à celles dont il est actuellement investi. Le « groupe de reclassement » obéit à des critères encore différents et ne répond pas à une définition financière.⁸

Quand des sociétés décident de se structurer ainsi, le principe d'autonomie de la personnalité morale est ébranlé par le fait que les groupes s'organisent en pôles, qui peuvent être de nature décisionnelle ou bien économique. Ce système organisationnel est considéré comme licite et légitime. Il permet d'améliorer le fonctionnement interne du groupe et de le rendre plus transparent.

Les actionnaires majoritaires de ces centres de directions cherchent à homogénéiser la stratégie et le fonctionnement global du groupe en imposant des directives et instructions aux autres sociétés. D'autres opérations de centralisation sont également mises en place, par exemple concernant le personnel, ce qui permet l'instauration d'une politique sociale de groupe uniformisée. Des politiques de mutualisation du personnel se développent aussi pour réaliser une meilleure redistribution des ressources.

La volonté de rationaliser l'organisation des groupes passe par cette polarisation dans ces divers domaines et se retrouve encore à travers la gestion financière du groupe.

L'ensemble des flux financiers se concentre le plus souvent vers la société mère. Un pôle financier est créé à la tête du groupe avec, à son actif, des prises de participations dans les

⁵ L 3322-2 du code du travail

⁶ L 2232-30 du code du travail (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)

⁷ Obligation qui existe depuis la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982

⁸ Cass soc, 27 octobre 1998, n° 96-40.626 à 629

différentes filiales du groupe.⁹ Dès lors qu'une société membre rencontre des problèmes financiers, la tendance des autres entités sera de venir à son secours avec des conventions d'aides et des accords financiers.¹⁰

La filialisation est une opération mise en place systématiquement dans un groupe. Elle est le mécanisme juridique par lequel une société qui gère plusieurs activités, va décider d'en isoler une dans une entité juridiquement autonome, qui demeure liée sur le plan financier aux autres sociétés du groupe.¹¹ Elle permet de diviser les activités, les pertes, les bénéfices, mais aussi – et surtout – les risques. L'intérêt de créer une filiale est d'isoler un risque.

La concentration des activités en structures juridiques distinctes, dans le but de rationaliser l'organisation d'un groupe, aboutit à ce que chacune de ces structures assume seule la responsabilité découlant de l'activité qu'elle exerce. Ceci est la stricte application du principe de personnalité juridique distincte des sociétés membres du groupe. Le niveau de responsabilité est abaissé au sein de chaque société.

A force de diviser ainsi la structure de groupe, il est parfois peu aisé d'identifier le véritable responsable des décisions prises dans une société. « *Derrière la complexité de la structure de groupe, il faut rechercher l'unité décisionnelle, l'auteur intellectuel.* »¹²

Ces décisions, sont-elles le résultat d'un choix venant du pôle décisionnel, ou le fruit d'une réflexion personnelle de la société filiale en question ? Jusqu'où l'autonomie réelle des sociétés s'exerce-t-elle au sein d'un groupe ?

Dès lors, s'est rapidement posée la question de la responsabilité des groupes.

Le droit de la concurrence, comme le droit de l'environnement, ont déjà bâti des constructions juridiques pour appréhender facilement le centre de décision du groupe.

S'y ajoute la difficulté de faire la distinction entre les interventions régulières et saines d'une société mère dans les affaires de sa filiale, et une immixtion anormale dans la gestion de celle-ci, la privant d'autonomie réelle. Si, par définition, les groupes peuvent en toute licéité entretenir des relations commerciales étroites, procéder à des opérations de centralisation, à des transferts d'actifs, et développer une politique de pratique salariale uniformisée et

⁹ R. Vatinet, « La pieuvre et l'Arlésienne », *droit social* 2010, p. 801

¹⁰ B. Grelon, « la confusion des patrimoines au sein d'un groupe » *Revue des sociétés* 2006 p. 281

¹¹ P. Bailly *Semaine sociale Lamy* n° 1476

¹² A. Lyon-Caen « Retrouver l'entreprise » *revue droit ouvrier* mars 2013

cohérente, la différence est ténue entre ces pratiques-ci et celles qui relèvent de l'ingérence illicite d'une personne morale dans les affaires d'une autre.

Dès lors, les dérives qui peuvent naître de la mise en place d'une structure de groupes ne sont plus à démontrer : *« grande peut être en effet la tentation, pour un groupe de dimension internationale, de supprimer des entreprises exerçant leur activité dans un pays où la main d'œuvre est coûteuse, à seule fin de transférer cette activité dans un pays où le niveau de vie est moins élevé, alors même que la situation du secteur dans lequel s'exerce l'activité est prospère »*.¹³ Les soucis de nationalisation à l'échelle globale, de rentabilité et de flexibilité peuvent aujourd'hui encourager certains groupes de sociétés à agencer au mieux leurs activités et faire des économies de coûts en se séparant d'activités peu rentables ou en délocalisant certaines autres, encore viables, dans des zones géographiques différentes. La filialisation peut, à cet égard, constituer un outil « instrumentalisé » pour répondre à des besoins d'externalisation.

Le groupe étant une fiction juridique dépourvue de la personnalité morale, il est, de ce fait, très difficile devant un juge de remonter jusqu'au véritable responsable. Le groupe, en effet, ne peut pas contracter, ni ester en justice, assigner ou être lui-même assigné. Il n'a pas de patrimoine propre sur lequel il pourrait répondre des condamnations prononcées. Chaque société membre du groupe dispose de la personnalité morale, écran qui fait obstacle pour remonter au centre décisionnaire réel.

Une société mère peut légitimement placer une de ses filiales en état de cessation des paiements, sans engager pour autant son patrimoine personnel. Dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre d'une filiale, des licenciements pour motif économique seront prononcés par le liquidateur judiciaire qui aura apprécié la situation financière de celle-ci. Etant entendu que, par principe, la filiale ne peut solliciter quelque aide financière que ce soit à un autre membre du groupe.

La solution posée par la Chambre commerciale est constante : *« Pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde d'une filiale, il est indifférent de savoir quelle sera la position que prendra la société mère dans le cadre de la période d'observation et l'éventuelle élaboration d'un plan de sauvegarde »* (...) *« la situation de la société débitrice doit être appréciée en*

¹³ P. Bailly *Semaine sociale Lamy* n° 1476

elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient ». ¹⁴

Le motif économique de licenciement est évalué après analyse, de la part du liquidateur, des propres difficultés économiques de la filiale, et une fois prononcé, il sera irrévocable. ¹⁵

En effet, il est de jurisprudence constante que le principe de l'autorité absolue de la chose jugée attachée aux décisions rendues dans le cadre d'une procédure collective, empêche de pouvoir contrôler, et *a fortiori* contester, le motif économique du licenciement. ¹⁶

L'obligation de reclasser les salariés et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi incombera donc à la filiale, qui le financera seule.

La Cour de cassation pose, dans une décision du 13 janvier 2010, ¹⁷ avec clarté, qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés, d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi.

In fine, les salariés de ces sociétés filiales placées en situation de procédure collective, se trouveront avec un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) souvent minimaliste, des mesures de reclassement limitées aux aides publiques du Fonds national pour l'emploi, s'accompagnant d'indemnités peu importantes. ¹⁸

Dans le meilleur des cas, pour les quelques salariés qui s'en iraient contester la validité de la procédure ou de la cause de leur licenciement devant le Conseil des prud'hommes, il en résultera un versement d'indemnités supplémentaires par l'Association de garantie des salaires (AGS), au montant un petit peu plus élevé, suite à la reconnaissance de l'insuffisance du PSE ou encore, de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Les autres membres du groupe s'en sortiront sans avoir été inquiétés, quand bien même ils seraient responsables de la défaillance de la société filiale.

¹⁴ Cass. Com., 26 juin 2007 n° 06-20.820

¹⁵ La jurisprudence considère que la cause des licenciements autorisés par le juge commissaire est acquise : Cass, soc, 2 mars 2004, n° 12-41.932

¹⁶ Chambre réunies le 24 mars 1857 ; Cass, Com 2 mars 1976

¹⁷ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-15.776, FS-P+BB

¹⁸ P. Morvan, « le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeurs et co-employeurs *JCP S* 2010 n°1407

Le recours au droit des procédures collectives et aux actions qu'il propose – action en extension de procédure, action en responsabilité pour insuffisance d'actifs – paraît salvateur. En raison des liens financiers, économiques qui se tissent entre les entités d'un même groupe, des problématiques de responsabilité, en cas de difficulté financière d'une des filiales, peuvent se poser sur ces deux fondements.

Mais, le droit des sociétés est peu utile pour les salariés d'une filiale placée en procédure collective, dans cette recherche du véritable responsable de leur licenciement.

Précisément, s'agissant de l'action en extension de procédure, seuls les organes de la procédure collective peuvent l'exercer. Cette action permet de faire supporter les effets de la liquidation judiciaire de la filiale, à la société mère. Etendre la procédure collective d'une filiale, à la société mère, a pour effet de qualifier automatiquement la société mère de co-employeur des salariés licenciés de la filiale ; dès lors, il y a deux débiteurs, face à une procédure collective unique.

Dans les faits, cette action est rarement couronnée de succès.¹⁹

Le constat est le même s'agissant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article L. 651-2 du Code de commerce, intentée contre la société mère qui s'est comportée en « *dirigeant de fait* » de la filiale et qui a commis une « *faute de gestion* » lui ayant causé un préjudice.²⁰ La société fautive est alors condamnée à payer tout ou partie des dettes sociales.

En réaction à l'efficacité relative du champ commercial, les salariés se sont tournés vers le droit du travail pour satisfaire leur désir de voir la société mère tenue pour responsable de leur licenciement, et plus généralement, de la faillite de leur employeur. A leurs côtés, le plus souvent, l'Etat, certains députés, des syndicats, les institutions représentatives du personnel, des commissions (« Agir en justice »), des associations en charge de la défense des anciens salariés (dans l'affaire Metaleurop, l'association « Chœur de fondeurs ») partagent eux aussi cette volonté de s'en prendre aux véritables responsables.²¹

La problématique qui s'est en effet posée pour ces salariés d'une filiale en difficultés, licenciés pour un motif économique, est celle de vouloir **rendre effectif leur droit** de contester leur licenciement. Ils veulent voir sanctionner, en plus de leur employeur, une autre

¹⁹ Cass. Com., 19 avril 2005 n° 05-10.094

²⁰ CA de Douai, 19 septembre 2012, n° 07-01.415

²¹ Françoise Champeaux et Sandrine Foulon - *Dernier Recours – Le monde du travail devant les tribunaux* - Seuil, mars 2012

société du groupe, solvable, pour l'ensemble des décisions qu'elle aurait discrétionnairement prises envers la filiale employeur desdits salariés, laissant cette dernière assumer seule les suites sur le plan économique et social, de choix qui ne furent, à l'origine, pas les siens.

En qualifiant une autre société du groupe de co-employeur, les juges offrent aux salariés un nouveau débiteur des indemnités de licenciements ainsi que de toutes les obligations sociales qui leurs sont dues, faisant suite à un licenciement irrégulièrement intervenu. Les droits des salariés sont plus effectifs si l'obligation de reclassement repose sur une société tête de groupe, *a fortiori*, solvable.

Les limites du droit des procédures collectives dans la quête du véritable responsable seraient donc surmontées grâce à l'apparition, en droit du travail, du concept de co-emploi (chapitre 1). Mais les effets de cette notion jurisprudentielle ne sont pas encore complètement mesurés. Si le co-emploi a pu apparaître salvateur pour répondre à certaines demandes sociales ; des outils juridiques déjà existants, et aux définitions bien établies, permettent aux salariés d'atteindre le patrimoine du véritable responsable. La place du co-emploi, face au droit français de la responsabilité, demeure donc incertaine (chapitre 2).

Chapitre 1 - L'émergence du co-emploi, ou la recherche de la « revanche sociale »

Sous l'apparence d'une entité unique et homogène, un groupe de société cache en réalité une multitude de personnalités morales distinctes, liées entre elles par des rapports étroits, parfois conflictuels.

Il arrive en effet, que cette « *symbiose dégénère en parasitisme* »²²; dès lors se pose la question de la responsabilité des décisionnaires vis-à-vis des autres sociétés.

Précisément, comment appréhender la responsabilité d'un membre du groupe dans ses choix qui ont *in fine* entraîné l'insolvabilité d'une autre société du groupe ? Dans quelle mesure une procédure collective touchant une filiale, peut elle se propager à d'autres sociétés, responsables de cette faillite ?

Les impératifs de sécurité et d'efficacité juridique doivent guider en filigrane cette réflexion, les créanciers de chaque société devant être protégés contre les abus commis au sein des groupes de sociétés. Les salariés d'une société filiale en faillite d'un groupe, sont apparus comme étant des créanciers particulièrement vulnérables et victimes d'une certaine passivité du droit des procédures collectives face à des pratiques indécrites de groupe (Section 1). Le droit social leur a offert des outils efficaces pour remédier à cette inefficience. Les salariés, licenciés pour motif économique au sein d'une filiale en difficulté, peuvent désormais former contre la société mère du groupe, une action en arguant de sa qualité de co-employeur (Section 2).

Section 1. L'efficacité limitée du droit des sociétés quant à la recherche du véritable responsable

Deux principaux fondements juridiques permettent, en droit des procédures collectives, de mettre en cause la responsabilité des sociétés mères. L'action en extension de procédure (1§) et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (2§) peuvent être engagées par les mandataires de justice.

²² R. Dammann et G. Podeur – « Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité » – *revue Lamy droit des affaires* – 2007

1 § L'action en extension de procédure

Une société mère peut être la cible d'une action visant à lui étendre la procédure collective ouverte à l'encontre d'une de ses filiales. L'article L 621-2 du Code de commerce consacre deux fondements jurisprudentiels aptes à justifier une telle extension : la fictivité de l'une des sociétés du groupe (A), et la confusion des patrimoines des sociétés concernées (B).

A- La fictivité de l'une des sociétés du groupe

La reconnaissance de la fictivité d'une société suppose, tout d'abord, d'identifier ses critères (1). Après avoir qualifié une société de fictive, le régime de l'extension de procédure, à laquelle aboutit cette reconnaissance, est dominé par le principe d'unicité de la procédure (2). Il demeure malgré tout, que la jurisprudence a posé certains *garde-fous* pour éviter une constatation trop aisée de la fictivité d'une société membre d'un groupe (3).

1- Les critères de la fictivité

La notion de fictivité se retrouve en droit des sociétés ainsi qu'en droit des procédures collectives. Une société fictive est une entité dont l'existence, la substance, la personnalité morale n'est que façade ; cette situation renvoie précisément à l'aspect artificiel de l'autonomie juridique des membres d'un groupe de sociétés.

S'agissant du droit des procédures collectives, elle constitue l'un des deux fondements de l'action en extension de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.²³

Selon la doctrine, une société fictive est soit une « société écran », une « coquille vide » sans substance, disposant d'une personnalité morale factice ; soit une société dont la fictivité peut résulter de l'absence de vie sociale réelle ou de l'absence d'activité autonome – en d'autre terme de l'absence d'un des éléments constitutifs de la société (en particulier l'*affectio societatis*). Paul Didier parle également de « société simulée » ; « *en droit des sociétés, la simulation consiste à constituer une société apparemment régulière, alors qu'il est convenu entre les signataires de l'acte qu'il n'y aura pas de société entre eux, qu'une seule des parties*

²³ B. Rolland – « l'extension de procédure entre fictivité et confusion de patrimoine – Commentaires de CA Douai, 16 décembre 2004 et de Cass, com, 19 avril 2005 Metaleurop » *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 20, 19 mai 2005, 721

fera tous les apports, profitera de tous les bénéfices, assumera toutes les pertes et dirigera seule l'entreprise prétendument commune »²⁴.

La Cour de cassation a tendance à caractériser cette situation de fait en reprenant une formule jurisprudentielle, désormais classique : *« la fictivité d'une société, qui doit s'apprécier à la date de sa création, peut être révélée par des faits postérieurs à sa constitution ; une société apparait fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider (...) de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant au véritable maître de l'affaire »*²⁵.

A titre illustratif, la Cour de cassation a pu considérer qu'une Cour d'appel qui avait relevé qu'une société *« était dépourvue d'organe de direction, d'associés participant à la vie sociale, d'apport effectif, de siège social, et était dirigée par un gérant de fait non associé »*, avait pu en déduire valablement que cette société était une personne morale fictive.²⁶

2- Les effets de la fictivité

Par principe, en application du principe d'autonomie des personnes morales, la procédure collective qui affecte une société appartenant à un groupe n'atteint pas ses autres membres.

Une exception notable demeure, en cas de fictivité d'une des sociétés du groupe. Par extension de la procédure initiale, les autres personnes morales se trouvent alors soumises à la procédure collective.

Hypothétiquement, en demandant l'extension de la procédure collective, il va être possible d'appréhender les actifs de la totalité du groupe. Le voile de la personnalité morale des sociétés est percé,²⁷ une procédure unique en résulte, que ce soit une procédure de sauvegarde, une procédure de redressement ou encore de liquidation judiciaire.²⁸ L'article L. 621-2 du Code de commerce consacre cette solution, d'origine jurisprudentielle.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 13 octobre 1998,²⁹ constitue un exemple illustratif de cette jurisprudence.

²⁴ P. Didier – *Les sociétés commerciales*, Tome 2 Economica corpus droit privé

²⁵ Lienhard « Affaire Metaleurop, CA de Douai, 2 octobre 2003 » *D.* 2003. 2571

²⁶ Cass. Com., 3 novembre 2004 n° 03-11.974

²⁷ B. Grelon – « la confusion des patrimoines au sein d'un groupe » – *Revue des sociétés* 2006 p. 281

²⁸ F. Pérochon et R. Bonhomme - *entreprises en difficultés – instruments de crédit et de paiement* - 8^e édition LGDJ Lextenso édition manuel n° 155 et suivants.

²⁹ Cass, Com, 13 octobre 1998 n° 96-10.293

Dans les faits, la procédure de liquidation judiciaire de la société Y a été étendue à Monsieur Y. La Chambre commerciale relève que « *la création de la société Y n'a été que la perpétuation, sous une forme juridique distincte, d'une seule entité économique, contrôlée par une seule personne, marquant ainsi la fictivité de la société en raison du caractère artificiel de sa création qui ne pouvait être démontré qu'à partir de faits postérieurs à celui-ci* ». Dès lors, l'extension de procédure est décidée par les juges, avec confusion des masses actives et passives.

3- *Les insuffisances de la fictivité*

D'une analyse précise de la jurisprudence commerciale, il ressort l'idée que l'extension de procédure demeure véritablement l'exception au principe d'indépendance des personnes morales.

Les juges n'admettent la fictivité que si celle-ci est nettement caractérisée.

En pratique, elle l'est de manière assez symptomatique. En particulier, la jurisprudence relève que « *la similitude des sigles, l'identité des dirigeants et de sièges de deux sociétés et le fait qu'une des deux sociétés ait une activité de holding, ne suffit pas à caractériser la fictivité de la holding, ni à justifier l'extension du redressement judiciaire d'une société à une autre* ». ³⁰

La jurisprudence ne retient la fictivité qu'après avoir apprécié l'existence d'une série de critères qu'elle ne cesse de compléter et complexifier.

Les arrêts rendus dans le cadre de l'affaire Metaleurop sont, à cet égard, éclairants.

Les arrêts rendus par la Cour d'appel de Douai, le 2 octobre 2003, ainsi que celui rendu le 16 décembre 2004, ont défini la fictivité, avant de décider de ne pas la retenir en l'espèce. Les juges relèvent que la société « *disposait d'un patrimoine, employait un grand nombre de salariés, dégageait un important chiffre d'affaire, dont la réalité n'est pas contestée, et que les contrats étaient conclus par elle ou en son nom* » ; en outre, « *rien ne permettait de dire que la filiale était dépourvue des attributs de la personnalité morale et de toute autorité décisionnelle* » - « *aucune volonté de fraude n'était par ailleurs invoquée* ». ³¹ « *Il ne ressort*

³⁰ Cass, com 27 octobre 1998, Bull Joly sociétés 1999 § 40

³¹ B. Rolland – « : l'extension de procédure entre fictivité et confusion de patrimoine – Commentaires de CA Douai, 16 décembre 2004 et de Cass, com, 19 avril 2005 » *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 20, 19 mai 2005, 721

pas des éléments de la procédure, que la création de la société résulte d'une volonté du propriétaire du site de Noyelles-Godault de porter atteinte aux droits de ses créanciers ».

Aux juges d'ajouter que, sans doute « *la fragilité financière* » du montage, lors de la mise en place de la filialisation, est à souligner, mais elle ne constitue pas pour autant « la preuve d'un apport fictif, ni d'une fraude lors de l'opération de restructuration par voie de scission ».

Contrairement à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation³² qui retient la fictivité dans le cadre d'une extension de procédure collective sans preuve à rapporter de l'existence d'une fraude, la Cour d'appel dans l'affaire dite Metaleurop, l'exige.

Ainsi, par cette tendance à durcir leurs exigences en multipliant les critères de la fictivité, les juges se montrent frileux pour reconnaître cette notion.

B- La confusion des patrimoines des sociétés concernées

La confusion des patrimoines est le deuxième fondement, d'origine jurisprudentielle et non défini par la loi, qui justifie une extension de procédure collective.

L'étude de ses deux critères (1) précédera l'analyse de ses conséquences (2), identiques à celles relevées dans le cas de la fictivité de la société : l'unicité de la procédure collective en raison de l'extension de procédure. Pour des raisons tant théoriques que pratiques, s'agissant d'une exception au principe d'autonomie des personnes morales, la Cour de cassation est exigeante et ne reconnaît la confusion des patrimoines, qu'exceptionnellement³³ (3).

1- Les critères de la confusion des patrimoines

Cette notion repose sur deux critères en principe alternatifs, mais qui parfois sont considérés comme étant cumulatifs.

D'une part, l'imbrication des patrimoines, c'est-à-dire la confusion des éléments d'actifs et de passifs de chacun des patrimoines considérés.

³² Cass com 8 juillet 2003 n° 01-15.676

³³ F.Pérochon et R. Bonhomme - *entreprises en difficultés – instruments de crédit et de paiement* - 8^e édition LGDJ Lextenso édition manuel n°155

Si les sociétés demeurent juridiquement distinctes, elles ont, en fait, confondu leurs actifs et leurs passifs.

Cette imbrication se déduit le plus souvent d'une confusion des comptes des sociétés, au point qu'il n'est plus possible de dissocier quel passif ou quel actif appartient à telle ou telle société. Par exemple, un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 12 juin 2001³⁴ relève qu'« *un désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des personnes concernées* » - « *impossible la détermination du titulaire réel* » est caractéristique d'une situation de confusion des patrimoines.

D'autre part, l'existence de flux financiers anormaux entre les deux sociétés du groupe, qui s'illustrent principalement par des transferts d'un patrimoine à un autre, sans contrepartie financière (ex : bail sans versement de loyers). Par définition, le flux est anormal s'il cause un préjudice aux créanciers de la société en difficulté.³⁵

La Cour de cassation évoque également la présence de « *relations financières anormales* ».³⁶

En effet, depuis une dizaine d'année, la jurisprudence a tendance à retenir une confusion de patrimoine en l'absence de flux financiers anormaux entre les sociétés, mettant uniquement en lumière, l'existence de « *relations financières anormales* ».

Cet état jurisprudentiel est récemment rappelé dans un des nombreux arrêts rendus dans le cadre de l'affaire dite Metaleurop, par la Chambre commerciale, le 19 avril 2005 : « *les conventions de gestion de trésorerie, et de change, les échanges de personnel et les avances de fond par la société mère, [ne] révélaient [pas] des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoine entre elle et sa filiale* ».

Des hypothèses de confusion des patrimoines dans le cadre des groupes de sociétés ont été caractérisées et ont permis de sanctionner des montages sociétaires où les mères privaient de leurs actifs certaines de leurs filiales.

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 5 février 2002 a, par exemple, retenu la confusion de patrimoine dans le cadre d'un montage financier assez particulier. Des sociétés avaient décidé d'isoler dans une entité distincte, les passifs et, dans une autre, les actifs utiles

³⁴ Cass, com. 12 juin 2001, arrêt n° 1150 – Cass com 4 juillet 2000 JCP E 2001, p. 713

³⁵ B. Rolland – « Metaleurop : l'extension de procédure entre fictivité et confusion de patrimoine – Commentaires de CA Douai, 16 décembre 2004 et de Cass, com, 19 avril 2005 » *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 20, 19 mai 2005, 721

³⁶ Cass. Com. 15 mars 2005 n° 003-13.136 ; 14 janvier 2004 n° 00-19.418 ; Cass. Com. 7 décembre 2004 n° 03-12.030

au groupe. Ce montage a eu pour effet de nuire au bon fonctionnement et à la santé de l'une des filiales à cause des décisions défavorables prises par la tête de groupe à son encontre.

La confusion des patrimoines a été retenue.

Il en a été de même, dans le cas où une convention de trésorerie permettait à une société holding de bénéficier d'avances de trésorerie, non rémunérées.³⁷

Ce fondement permet de sanctionner des montages financiers orchestrés au sein d'un groupe de sociétés, où la société tête de groupe entreprend de vider de toute sa substance une société filiale.

2- Les effets de la confusion des patrimoines

Les effets de la confusion des patrimoines sont les mêmes que ceux exposés précédemment en cas de fictivité d'une société du groupe : l'extension d'une procédure collective à une autre entité du groupe.

Si l'action en extension est accueillie, elle donne lieu à une unité de la procédure collective avec l'appréhension de tous les patrimoines des sociétés du groupe alors même que les critères d'ouverture de la procédure ne sont pas reconnus à leur égard, mais uniquement à l'encontre de la société initialement en situation de procédure collective.

Il est fait masse commune de tous les biens et l'ensemble des actifs des sociétés sont mis en cause. Les créanciers des différentes sociétés qui font l'objet de l'extension de procédure, se retrouvent en concurrence avec ceux de la société à l'origine de l'action en extension de procédure. Cela permet *in fine* le paiement d'un passif commun grâce à un actif commun.³⁸

Les conséquences d'une action en extension de procédure, s'agissant plus précisément des créanciers salariés, sont significatives. Etant donné que cette action conduit à appréhender deux patrimoines, à l'origine distincts, en une masse unique, la seconde société, à qui la procédure a été étendue, sera qualifiée, automatiquement, de co-employeur des salariés de la première société.

³⁷ Cass, com, 15 février 2000 RJDA 2000 n° 1003

³⁸ F. Pérochon et R. Bonhomme - *entreprises en difficultés – instruments de crédit et de paiement* - 8^e édition LGDJ Lextenso édition manuel n°158

Les premiers arrêts sur le co-emploi ont été rendus dans ces circonstances ; le co-emploi se présentant alors comme une conséquence supplémentaire d'une action en extension de procédure rendue sur le fondement de la confusion des patrimoines.

3- *Les insuffisances de la confusion des patrimoines*

Les juges de la Cour de cassation se montrent frileux quant à la reconnaissance d'une situation de confusion des patrimoines.

Les illustrations jurisprudentielles ne manquent pas.

Il est de jurisprudence constante qu'une intégration, même très poussée, des sociétés du groupe n'entraîne pas forcément une confusion des patrimoines. Pour parvenir au succès de l'action en extension de patrimoine, il faut que les relations entre les sociétés du groupe traduisent « *un enchevêtrement d'éléments d'actifs et de passifs* ». ³⁹

La Cour de cassation exerce un contrôle très strict quant à la reconnaissance de ce faisceau d'indices.

A titre d'exemple, la « *main mise de la société mère sur le pouvoir de gestion* » de la filiale ne justifie pas une réunion de leurs patrimoines. De même, « *l'identité des associés ou des dirigeant* », « *un siège social commun* », sont insuffisants pour caractériser la confusion des patrimoines. ⁴⁰ Egaleme nt, sont censurées les décisions étendant la procédure collective, en contemplation d'une simple « *communauté d'intérêts, d'objectifs et de moyens* ». ⁴¹

L'affaire dite *Metaleurop*, vient mettre en lumière cette sévérité. Dans l'arrêt du 19 avril 2005, les juges de la Chambre commerciale ⁴² refusent d'adopter une acception extensive de cette notion alors que la Cour d'appel, ⁴³ à l'inverse, a relevé une mise à disposition du personnel par la filiale pour toutes les sociétés du groupe et cela, sans contrepartie de la part de la société mère.

Précisément, la Cour d'appel juge que « *la conjonction de ces éléments – [à savoir ; la situation financière anormale de la société filiale, qui ne dépendait que des capacités financières de la société mère, de ses paiements, et de sa volonté d'accorder ou non un crédit*

³⁹ CA de Paris, 18 mai 2001, Bull Joly 2001, p. 224

⁴⁰ Cass, com, 25 mars 1997, Dr sociétés 1997, comm. 125

⁴¹ Cass com 9 avril 1991 n° 89-17.525

⁴² Cass. Com. 19 avril 2005 n° 05-10.094

⁴³ CA de Douai, 16 décembre 2004, D 2005 II 10088

complémentaire ; la structure de groupe, organisée autour d'« *un centre de profit* » où le directeur de la « *ligne plomb* » au sein de la société mère, assurait la direction de la production du plomb notamment sur le site de la filiale, sans être ni salarié, ni mandataire social de la société filiale] – *est suffisamment déterminante, alors que la société Noyelles-Godault (la société filiale) se trouvait dans une situation de dépendance décisionnelle et financière particulièrement marquée, pour affirmer que les relations financières entre les sociétés Metaleurop SA (la société mère) et Metaleurop Nord (la société filiale) sont devenues anormales* ».

La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de Douai de ne pas avoir caractérisé en quoi ces éléments « *révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines de la société mère avec celui de la filiale* » ; la Cour de cassation d'ajouter que la Cour d'appel s'est déterminée par des motifs « *impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de société, les conventions de gestion de trésorerie, et de change, les échanges de personnel et les avances de fond par la société mère révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoine entre elle et sa filiale* ».

Selon la Chambre commerciale, les anormalités qui pourraient être relevées dans le cadre de relations intra-groupe ne se confondent pas avec la caractérisation des deux critères de la confusion des patrimoines.

Un communiqué spécial de la part de la Cour de cassation a accompagné l'arrêt rendu. Il précise que « *même si ces conventions avaient parfois été fixées tardivement, leur mise en œuvre n'avait pas modifié sensiblement la constitution des patrimoines respectifs des deux sociétés* ». ⁴⁴

Le périmètre de la liquidation judiciaire de la société filiale du groupe Metaleurop a donc été cantonné à son seul patrimoine.

La doctrine a tenté de définir l'« *anormalité* » des relations financières, comme « *traduisant la méconnaissance d'un devoir, d'une obligation* », renvoyant en quelque sorte à la notion civiliste de faute.

En fait, les relations financières sont anormales car les transferts entre les deux membres du même groupe sont dénués de contrepartie.

⁴⁴ Alain Lienhard – « Affaire Metaleurop : cassation de l'arrêt d'extension de la procédure collective à la société mère » *Recueil Dalloz* 2005, p. 1225

L'arrêt dit Air Lib⁴⁵ est un exemple supplémentaire de cette frilosité des juges, s'agissant de la reconnaissance d'une situation de confusion des patrimoines.

Dans cet arrêt, la société tête de groupe (la société Holco) avait reçu des sommes provenant du principal actionnaire des sociétés AOM Air Liberté, qui lui avait permis d'acheter un certain nombre d'actifs, de financer l'activité du groupe, ainsi que la rémunération des dirigeants. La société Holco avait produit des prestations à la société Air Lib, sans lui facturer. La filiale du groupe avait supporté la totalité des frais liés à l'intervention des banques dans ces opérations ; en outre, il avait été mis à la charge de la seule filiale, la totalité du coût du transport des passages titulaires de billets émis non utilisés.

Les liquidateurs ont également relevé un abandon de créance assorti d'une clause de retour à meilleure fortune.

L'ensemble de ces relations financières ont été analysées, par la Cour de cassation, comme normales au sein d'un groupe de sociétés. Elles sont appréhendées comme des avances en trésorerie ou des fournitures de crédits ne permettant pas à elles seules de caractériser une confusion des patrimoines.

Il n'est pas déséquilibré et anormal qu'une société mère entretienne des relations financières particulières avec ses filiales.

Dans l'arrêt Air Lib, comme dans l'arrêt Metaleurop, les juges ne donnent que très peu d'indices permettant aux organes de la procédure d'envisager sereinement le fondement de la confusion des patrimoines.

Le Professeur P. Pétel⁴⁶ souligne que les situations de fait de ces deux arrêts précités sont « *symptomatiques des faillites de filiales de groupes orchestrées stratégiquement par la société mère* ». Il ajoute également que les juges s'astreignent à ne pas « *dévoier la théorie prétorienne de la confusion des patrimoines – qui constitue un mécanisme correcteur des injustices du droit* ». Un mécanisme qui doit rester l'exception.

D'autres auteurs, plus critiques,⁴⁷ mettent en lumière une certaine inadaptation du droit commercial, pour connaître de la réalité économique et sociale des entreprises et des groupes

⁴⁵ Cass com, 10 janvier 2006, n° 04-18.917

⁴⁶ P. Pétel *La semaine juridique Entreprise et Affaire* n° 36, 8 septembre 2005, 1274

⁴⁷ P. Morvan « le licenciements des salariés d'une filiale (action Aspocomp) », *semaine juridique* : 12 et 19 octobre 2010 ; P. Darves-Bornoz et P. Masanovic « L'Après Sodimédical : que faire ? (à propos de Cass, com, 3 juillet 2012) » – *revue droit ouvrier* mars 2013

dont elles dépendent. Ils insistent sur le fait que la prise en considération de l'immixtion d'une société mère dans les affaires d'une de ses filiales avec l'action en extension de procédure, reste réservée aux mandataires judiciaires, au Ministère public et au tribunal. Le fait que ces actions ne soient pas ouvertes aux salariés et à leurs représentants, montre qu' « *il ne faut pas trop compter sur les initiatives de ces acteurs* ».

2§ L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

La clôture de la liquidation judiciaire est prononcée par un jugement en principe définitif. Toutefois, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, la liquidation peut être reprise s'il apparaît que « *certain actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées* (action en responsabilité contre les dirigeants ou des tiers) pendant le cours de la procédure ». ⁴⁸ Ainsi, en cas de fraude, une sanction patrimoniale, accessoire à la procédure de liquidation judiciaire d'une personne morale, peut être prononcée contre l'un de ses dirigeants de fait ou de droit : l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Il s'agira de préciser les conditions de la mise en œuvre de cette action en responsabilité pour insuffisance d'actif (A) et ses effets (B), pour ensuite s'attarder sur une analyse de la jurisprudence rendue en la matière. La tendance actuelle semble être une certaine sévérité de la part des juges, dans la reconnaissance de la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif, comme ils en font preuve également dans le cas de l'action en extension de procédure (C).

A- Les critères de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et sa mise en œuvre

Les articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce, définissent les conditions de fond de l'« *action en responsabilité pour insuffisance d'actif* » (ex action en comblement du passif) ouverte contre le « *dirigeant de droit ou de fait* » qui a commis, en toute indépendance, (1) une « *faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif* » (3). Il faut en outre que soit caractérisée, une activité positive de gestion et de direction (2) de la part du dirigeant de fait.

⁴⁸ Article L. 643-13 du Code de commerce

Dès lors, il est possible de faire supporter, totalement ou partiellement, une insuffisance d'actif à cet associé qui, en tant que dirigeant de droit ou de fait, a conduit la société dans cette situation, par sa faute.⁴⁹

Un dirigeant peut être poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif seulement en cas de mise en liquidation judiciaire de la société ayant fait apparaître une insuffisance d'actif.⁵⁰

Le dirigeant de droit est la personne qui bénéficie, au sein de la société, d'un pouvoir de décision institutionnalisé lui permettant d'administrer, de gérer, de contrôler le fonctionnement de la société. L'origine de ses pouvoirs est légale. A l'inverse, le dirigeant de fait tire les siens d'une immixtion anormale dans la gestion de la société. Il a exercé un certain pouvoir décisionnaire au sein de la société sans en avoir été régulièrement investi, au mépris des dispositions légales.⁵¹

Faute de définition du dirigeant de fait posée par le législateur, ce sont les juges et la doctrine qui ont comblé cette lacune : « *est dirigeant de fait, celui qui, accomplit, des actes positifs de gestion ou de direction en toute indépendance* ». ⁵²

Cette immixtion dans la gestion se voit donc sanctionnée par l'application du droit de la responsabilité spécial du droit des sociétés.

1- Une indépendance dans la prise de décision

Le dirigeant de fait doit disposer d'un véritable pouvoir de décision ; il doit être en mesure de décider du sort commercial et financier de l'entreprise, d'imposer ses choix et de peser de façon déterminante sur sa gestion.⁵³

En outre, comme le relève le Professeur D. Tricot, « *le dirigeant, qu'il soit de fait ou de droit, est, par nature, indépendant* ». ⁵⁴

⁴⁹ L 651-2 du Code de commerce

⁵⁰ C. com. art. L 651-2

⁵¹ N. Dedessus-Le-Moustier « La responsabilité du dirigeant de fait » – *revue des sociétés* 1997, p. 499

⁵² J.L Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens » : *D.* 1975, p. 41

⁵³ Cass, com, 20 juillet 1973, Bull Civ, IV, n° 260 p. 233

⁵⁴ D. Tricot, « les critères de la gestion de fait », *RD patr.* 1996. 24

La condition d'indépendance est inhérente à l'exercice d'un pouvoir de direction. Le dirigeant de fait ne s'est pas cantonné à la simple mise en œuvre de politiques commerciales et financières de la société décidées par autrui.

Par ailleurs, un lien de subordination ne doit pas exister entre le dirigeant de fait et la société. Les qualités de dirigeant et préposé sont naturellement incompatibles ; en effet, le dirigeant de fait serait réduit au rang de salarié, lié aux directives du chef d'entreprise par un contrat de travail.

Quand bien même règne un dirigeant de droit, légalement institué, un dirigeant de fait peut aussi exercer, parallèlement, de façon autonome, un pouvoir de direction au sein de la même société.⁵⁵ C'est l'étude des faits qui permet de révéler le degré d'autonomie et d'indépendance du dirigeant de fait.

2- Une activité positive de gestion et de direction

Comme l'écrit le Professeur D. Tricot, « *c'est l'activité qui crée le dirigeant de fait* ».⁵⁶

L'existence d'un dirigeant de fait est révélée essentiellement par son action, c'est-à-dire l'activité positive de gestion qu'il mène.

Ce critère renvoie à l'immixtion anormale dans la gestion de la société. S'immiscer, c'est *intervenir indûment et indiscretement dans ce qui est de la compétence d'autrui*.⁵⁷

De nombreux arrêts évoquent cette intrusion dans la direction de la société.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 juin 1987, relève une « *immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* ». L'accent est mis sur le caractère durable et régulier de cette intrusion. Cette immixtion ne peut effectivement pas se résumer à des faits isolés, mais au contraire, doit être continue et régulière.⁵⁸

⁵⁵ N. Dedessus-Le-Moustier, précité

⁵⁶ D. Tricot, précité

⁵⁷ Le petit Larousse, 2003

⁵⁸ CA Douai, 3 nov. 2005 *JCP E* 2006, n° 1406 note Delattre

D'autres arrêts évoquent une « *prise active dans la gestion* »⁵⁹, le fait d'intervenir « *directement dans la gestion* »⁶⁰ ou encore l'existence d'un « *véritable animateur de la société* ».⁶¹

La Cour de cassation se réserve un contrôle de la motivation des juges du fond, sur ce critère.⁶²

Cette activité positive de gestion distingue le dirigeant de fait, du dirigeant de droit. L'abstention ne permet pas de retenir la direction de fait, alors que le dirigeant de droit peut se contenter de disposer d'un pouvoir légal, sans pour autant l'exercer. Le cas échéant, sa responsabilité pourrait toutefois être engagée pour faute d'omission.

L'appréciation de la qualité de dirigeant de fait s'opère de façon individuelle, dirigeant par dirigeant, et non de façon globale.

L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 2 novembre 2005 (Société Nord-Est c/ M. Villa) traite de l'hypothèse où une société mère serait le dirigeant de fait de sa filiale.⁶³

La jurisprudence pose, de façon constante, qu'aucune responsabilité ne peut être déduite de la seule qualité de société mère. Cependant, il est évident que compte tenu de l'étroitesse des rapports entretenus entre les sociétés d'un même groupe, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif pourrait trouver son terrain d'élection dans la structure de groupe.

En l'espèce, un actionnaire personne morale, de la société mère, a été reconnu dirigeant de fait de la filiale.

La filiale était dirigée par le biais de la société mère. Précisément, la société actionnaire s'était immiscée dans la gestion de la filiale et avait imposé une nouvelle politique sans trouver de contestation de la part de ses gérants.

Une absence totale d'autonomie de la filiale a été caractérisée. En effet, lors des réunions du conseil d'administration de la filiale, la situation de celle-ci était examinée en même temps que celle de la mère, sans faire de distinguo.

⁵⁹ Cass, Crim, 11 avril 1963, *revue sociétés* 1983. 817

⁶⁰ Cass, Com, 18 mai 1981, Bull civ IV n° 240 p. 189

⁶¹ Cass, Com, 15 novembre 1978 Bull civ, IV, n° 265 p. 219

⁶² Cass. Com. 12 juillet 2005, n°02-19.860

⁶³ Cass, com 2 novembre 2005, Nord Est c/ M. Villa - *Rev. Sociétés* 2006, p. 398, note D. Poracchia

Cet actionnaire-dirigeant de fait de la filiale, a exercé un important pouvoir au sein de la société mère, pour lui faire prendre des décisions, caractérisant une direction de fait de la filiale.

La responsabilité de l'actionnaire a été reconnue pour l'insuffisance d'actif qu'il a provoqué dans la filiale, par ses fautes de gestion.

S'agissant du critère de l'indépendance dans la gestion, cet associé de la mère possédait 47,3 % du capital de la mère donc il détenait le pouvoir de cette dernière et pouvait agir en toute indépendance. La société mère, elle, détenait 99% du capital de ses filiales.

S'agissant maintenant du critère tenant aux actes positifs de gestion et de direction de l'associé ; ils se sont traduits par la mise en place d'une politique commerciale désastreuse au sein de la mère et de la filiale. C'est par la prise de telles décisions, matérialisant son immixtion dans la filiale, que la direction de fait est caractérisée.

Ainsi, s'il est peu fréquent, dans la pratique, qu'une société mère soit dirigeant de droit de sa filiale, les organes de la procédure collective tentent de prouver que la direction de fait est malgré tout présente.⁶⁴

Une société mère a donc un risque d'être dirigeant de fait de sa filiale quand ses propres salariés sont nommés dirigeants de droit de la société filiale tout en continuant d'obtempérer aux directives de la société mère. La gestion de fait est restée entre les mains de la société mère, qui l'exerce à travers ses salariés.

Il en est ainsi, si les dirigeants de la filiale sont privés de leur autonomie, allant jusqu'à agir dans l'intérêt exclusif de la société mère et négligeant celui de la filiale.

L'arrêt dit Banque Worms,⁶⁵ illustre cette situation de fait.

Monsieur Aîm, dirigeant de la société SPAD 24 a voulu réaliser une opération de croissance externe (acquisition d'entreprise) et s'est entretenu avec la banque Worms pour la mise en place du financement de cette opération. Ce financement s'est concrétisé par la création d'une société commune entre les deux acteurs. En outre, une sous filiale de la banque a pris une participation importante dans société SPAD 24 et a conclu un pacte d'actionnaire avec des

⁶⁴ « Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité » - *Revue Lamy droit des affaires* 200716

⁶⁵ Cass. Com., 27 juin 2006 n° 04-15.831

associés de la société, permettant à la banque de désigner un nombre important de personnes au sein du conseil d'administration.

Il en est résulté que la plupart des cadres de la banque Worms sont devenus des membres du conseil d'administration de la société SPAD 24.

Plusieurs temps après, la dite-société a connu d'importantes difficultés. La banque a exigé alors le remboursement d'un certain nombre de ses concours financiers avant de sortir du capital de la société SPAD 24. Celle-ci a ensuite été placée en procédure de redressement judiciaire.

Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif a été exercée par un organe de la procédure, contre la banque Worms, estimant les critères de la direction de fait réunis à son égard.⁶⁶

La Cour de cassation, confirmant l'arrêt d'appel, a relevé que « *la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaire, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société* » [ici, la banque WORMS détenait la majorité des sièges au conseil d'administration de la filiale] - « *la banque, personne morale avait, en fait et par l'intermédiaire de M. F..., réalisé en toute indépendance des actes positifs de direction de la société SPAD* ».

3- Une faute de gestion

Conformément aux dispositions du Code de commerce, le dirigeant de fait ne peut être condamné à supporter tout ou partie de la dette sociale que s'il a commis une, ou plusieurs, fautes de gestion, ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

A cet égard, toute faute de gestion - que ce soit une faute légère, une faute d'imprudence ou de négligence - peut entraîner la mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux.

Le demandeur à l'action doit prouver l'existence d'une faute de gestion, que le dirigeant de fait en est l'auteur, ainsi que la présence d'un lien de causalité entre cette faute et l'insuffisance d'actif qui en résulte.

⁶⁶ R. Dammann et J. Paszkudzki – Revue D. 2006 p. 2534

Une des fautes les plus courantes, relevée par la jurisprudence, est celle du dépôt de bilan tardif, ou encore, la poursuite d'activité déficitaire. Ont également été retenues comme fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, « *le fait pour un gérant de n'avoir pas déclaré la cessation des paiements de sa société dans le délai légal* »⁶⁷ ; « *le fait pour une personne, devenue administrateur pour rendre service au président, de ne s'être aucunement préoccupée de la bonne marche de la société* »⁶⁸ ; ou encore, « *le fait de n'avoir pas accordé toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile* ». ⁶⁹

Le tribunal compétent pour statuer sur l'action en comblement de passif est celui qui a prononcé la liquidation judiciaire de la première société.⁷⁰

Cette action ne peut être introduite que par le liquidateur judiciaire ou le ministère public. Le tribunal peut aussi être saisi par la majorité des créanciers, nommés contrôleurs, lorsque le liquidateur n'a pas engagé l'action, après une mise en demeure, de la part des créanciers, restée sans suite.⁷¹

B- Les effets de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

L'effet de cette action consiste à condamner le dirigeant de fait à réparer sa faute : son ingérence dans les affaires d'une société dont il n'était pas le dirigeant de droit.

Le dirigeant de fait qui exerce son activité au mépris des textes doit réparer le préjudice - c'est-à-dire l'insuffisance d'actif, la dette sociale – qu'il a causé, par sa faute de gestion.

Si le montant de la condamnation est porté au passif du responsable ; pour autant, les créanciers de la société ne sont pas personnellement créanciers du dirigeant. Seul le liquidateur judiciaire a qualité pour agir aux fins de recouvrement à l'encontre du dirigeant.

Cette action en responsabilité pour insuffisance d'actif revêt un caractère indemnitaire avant tout.⁷²

Une fois entrées dans le patrimoine du débiteur, les sommes versées par le dirigeant sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc, c'est-à-dire au prorata de leur créances,

⁶⁷ Cass. com. 30 novembre 1993 : RJDA 4/94 n° 460

⁶⁸ Cass. com. 31-1-1995 : RJDA 7/95 n° 902

⁶⁹ Cass. com. 11-6-1991 : RJDA 10/91 n° 852

⁷⁰ C. com art. R 651-1

⁷¹ C. com L 651-3, al. 1 et 2

⁷² F. Pérochon et R. Bonhomme - *entreprises en difficultés – instruments de crédit et de paiement* – 8^e édition LGDJ Lextenso édition manuel N° 571 p. 659

abstraction faite de tout droit de préférence, et du rang prioritaire des créances super privilégiées.⁷³

En outre, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif permet d'«ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants.»⁷⁴

C- Les réticences à l'admission de la responsabilité pour insuffisance d'actif

La jurisprudence commerciale se montre exigeante pour retenir les critères caractérisant la gestion de fait, limitant ainsi, le plus possible, la mise en jeu de la responsabilité d'un associé, dirigeant de fait.

C'est la volonté de préserver le principe de l'autonomie juridique des personnes morales qui explique, en filigrane, cette frilosité. Ce principe équilibré permet au groupe de profiter de la mise en place d'une structure rationalisée et économiquement intéressante, en filialisant les activités ainsi que les risques qu'elles engendrent.

Le fait de porter atteinte à ce principe cardinal trop systématiquement, dissuaderait les sociétés dans la mise en place de telle structure de groupe.

Dans le volet commercial de l'affaire dite Metaleurop, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai,⁷⁵ qui confirme le jugement du Tribunal de Grande Instance de Béthune⁷⁶ selon lequel « *Recyclex SA (ex Metaleurop SA) n'a pas la qualité de dirigeant de fait de Metaleurop Nord SAS* », illustre cette sévérité du juge dans la reconnaissance de cette notion.

En effet, les relations qui étaient tissées entre les deux acteurs du groupe auraient permis d'envisager la direction de fait.

Le liquidateur judiciaire de la société SAS Metaleurop Nord arguait que la société Recyclex SA était dirigeante de fait de la société filiale en faillite :

« La SAS a été enserrée par la SA de conventions destinées à masquer la dépendance de la filiale par rapport à la société mère(...). Le recours aux business units, entités transversales qui ont eu pour effet de rattacher les différentes fonctions au sein de la

⁷³ C. com. L 651-2 al 3

⁷⁴ L. 651-4 al 2 du Code de commerce

⁷⁵ CA de Douai 19 septembre 2012 n° 07-01.415

⁷⁶ TGI de Béthune - 27 février 2007 n° 2006/1253

SAS aux dirigeants et aux cadres sup de la SA (...). Les décisions stratégiques étaient prises par la société mère (...) ».

Le Procureur Général près de la Cour d'appel de Douai a conclu à la recevabilité des actions des liquidateurs judiciaires.

Il a exposé que la direction de fait par la société Recyclex SA est démontrée « *nonobstant les responsabilités particulières de la SAS dans sa propre gestion* ».

A l'inverse, la société Recyclex SA, alléguait que « *l'expertise n'apporte pas la preuve d'une gestion de fait par la SA, de la SAS. Il faut juger la relation dans sa globalité, entre les deux sociétés, évaluer un équilibre dans les rapports entre les deux entités. A travers des réunions, des échanges, des décisions collectives, METALEUROP fonctionnait simplement comme un groupe, en contredit d'une gestion de fait.* »

La Cour d'appel de Douai dans son arrêt, a jugé qu'entre septembre 1994 et octobre 2000 la société mère ne s'est pas comportée en dirigeant de fait :

« Les conventions conclus entre la société mère et la filiale correspondent à un système d'organisation fréquent dans les groupes industriels pour assurer un fonctionnement optimal du site industriel, le directeur technique du site (le Président de Metaleurop NORD) était responsable et gérait (...) la ressource humaine (...). Une convention d'assistance technique et de gestion de trésorerie était mise en place entre la SA et la SAS mais la SAS intervenait dans le cadre d'un contrat de mandat(...) la SAS dans le cadre de toutes les conventions conclus avec la SA a joué le rôle de mandant, donnait des instructions à ses mandataires, fermes et précises (...) ».

Pour la période allant d'octobre 2000 à juillet 2002, le groupe a mis en place des unités d'organisations transversales qui ont eu, pour conséquence, une concentration des pouvoirs dans les mains de la société mère. Selon la Cour d'appel, ces unités n'ont pas pour conséquence d'assurer elles mêmes la direction et la gestion d'autres entités du groupe.

Sur la période courant du 1^e juillet 2002 au 28 janvier 2003, la preuve d'une direction de fait de la société filiale par la société mère n'est pas rapportée non plus.

Alors que les faits et leur chronologie semblaient révéler une certaine ambiguïté dans les relations entre la société mère et la société filiale, les juges n'ont pas admis la recevabilité de cette action et ne la réservent qu'à des cas exceptionnels.

Ainsi, la société mère est en pratique, relativement peu qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale.

Récemment, un arrêt a été rendu, dans le droit fil de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Il s'agit d'une hypothèse différente de celle de la responsabilité pour insuffisance d'actif, mais qui illustre encore cette tendance des juges de la Chambre commerciale à ne pas reconnaître facilement la responsabilité de la société mère dans l'état de faillite d'une filiale.

Cette hypothèse vise à contester les choix de gestion élaborés par la société mère, vis-à-vis de sa société filiale.

Cet arrêt du 3 juillet 2012,⁷⁷ dit Sodimédical, a été rendu aux visa des articles L. 631-1 (qui définit la cessation des paiements) et L. 640-1 (qui pose les conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire) du Code de commerce.

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la question de la responsabilité d'une société mère dans la cessation des paiements de sa filiale.

En l'espèce, le groupe allemand Sodimédical avait cloisonné les structures administratives et de commercialisation du groupe d'un côté, les structures de production de l'autre.

Une des structures de production, mise en concurrence direct avec les autres structures de production du groupe qui étaient installées dans deux pays à bas coûts de main d'œuvre, a connu une période de forte fragilité suite à une baisse de son activité. Elle n'a pu alors survivre que grâce aux avances de trésorerie faites par le reste du groupe. Le groupe allemand a par la suite décidé de délocaliser cette activité déficitaire en Chine et de ne plus la soutenir financièrement.

La filiale fût placée en procédure de liquidation judiciaire après que sa cessation des paiements eut été déclarée.

⁷⁷ Cass, Com, 3 juillet 2012 n°11-18.026

Précisément, la cessation totale de l'activité de cette société filiale, avait pour origine l'arrêt des commandes passées par le groupe ; et le défaut de paiement de ses dette résultait de la décision prise par le groupe, de ne plus la soutenir économiquement.

La Cour d'appel de Reims, le 14 mars 2011, a considéré l'ouverture de cette procédure collective comme abusive.

En effet, par la décision de mise en liquidation judiciaire, les licenciements sont automatiquement prononcés dans les quinze jours de l'ouverture, par le liquidateur, et de ce seul fait, ils voient leur cause réelle et sérieuse présumée, et ceci, irrévocablement.⁷⁸ « *La corrélation automatique entre liquidation judiciaire et caractère réel et sérieux du motif économique constitue donc une mesure alternative pour un employeur se trouvant dans l'impossibilité de justifier d'un tel motif* ». ⁷⁹

Selon la Cour d'appel, c'est pour contourner la difficulté que rencontre le groupe pour justifier une cause économique, à l'appui de sa décision de fermer le site et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, qu'il a pris la décision de faire prononcer la liquidation judiciaire de la filiale ainsi que sa cessation des paiements.

Le groupe était prospère ; prendre en compte celui-ci dans l'appréciation de la cause économique de licenciement, comme l'exige le droit social, revenait par conséquent à rendre impossible toute mise en place d'un PSE. En effet, quand l'entreprise appartient à un groupe, les difficultés économiques doivent s'apprécier au regard du secteur d'activité de ce dernier. La demande de mise en liquidation judiciaire de la filiale n'a donc été motivée par la société mère, que pour se dispenser d'avoir à prouver un motif économique ; *in fine*, pour pouvoir prononcer des licenciements dont la cause serait incontestable par l'effet de la décision d'ouverture de la liquidation judiciaire.

Néanmoins, la cassation de l'arrêt d'appel est intervenue le 3 juillet 2012.⁸⁰

Selon la Chambre commerciale, « *la situation de cessation des paiements ne s'apprécie qu'à l'égard de la société considérée* », peu importe la situation financière du groupe. L'ouverture de la procédure collective est automatique, dès lors que la cessation des paiements est avérée.

⁷⁸ C. Com L 631-17

⁷⁹ R. Dammann, S. François, « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation du droit des procédures collectives » – *Recueil Dalloz* 2012, p. 2212

⁸⁰ Cass, com, 3 juillet 2012 n° 11-18.026

L'absence totale d'autonomie de la filiale est sans incidence, pour les juges de la Cour de cassation, qui n'en tirent pas comme conclusion qu'il y aurait une immixtion anormale de la maison-mère dans la gestion de sa filiale.⁸¹

Le principe d'autonomie patrimoniale des personnes morales demeure bien ancré dans le droit des sociétés. Les actions en extension de procédure, en responsabilité pour insuffisance d'actif ainsi que l'appréciation objective de la cessation des paiements en sont les illustrations les plus significatives.

L'examen de la jurisprudence du droit des procédures collectives révèle que les actions qui pourraient conduire la société mère à être tenue pour responsable du passif de sa filiale, ne prospèrent guère dans toutes les hypothèses de restructuration de groupe conduisant à la faillite de l'un de ses membres.

Ces actions – action en extension de patrimoine et action en responsabilité pour insuffisance d'actif – ne permettent aux créanciers de l'entité en faillite, d'accéder que difficilement au patrimoine de la société tête de groupe. Certaines filiales n'ont aucune autonomie réelle et assumeront tout de même, seules, les décisions qui ont été prises, pour elle, par un autre membre du groupe, et particulièrement leurs retombées sur le plan social.

Dans cette volonté de développer une certaine forme de responsabilisation de la société mère vis-à-vis des choix et des décisions qu'elle prend dans la gestion de certaines de ses filiales et qui ont, *in fine*, des conséquences sur le plan social importantes, le droit des entreprises en difficultés se montre plus timide que le droit du travail.

Certains auteurs relèvent que « *lorsqu'il s'agit des incidences sur l'emploi et les droits des salariés, le juge met en oeuvre une démarche beaucoup plus souple que lorsqu'il s'agit d'une confrontation entre agents économique* ». ⁸²

Les salariés, victimes des restructurations de groupe de sociétés, apparaissent comme étant des créanciers privilégiés.

⁸¹ P. Darves-Bornoz et P. Masanovic – « L'Après Sodimédical : que faire ? (à propos de Cass, com, 3 juillet 2012) » – *revue droit ouvrier* mars 2013

⁸² G. Canivet, « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005. 951

D'une part, ils bénéficient de la garantie fournie par l'Association pour la garantie des salaires (AGS) qui va s'acquitter des créances concernant le personnel. Ce fonds, financé par une cotisation patronale, prend en charge les salaires et les primes conventionnelles de licenciement.

Par définition, l'AGS a pour rôle de « *couvrir le risque de non paiement des sommes dues aux salariés en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* »⁸³. Elle va indemniser les avances promises aux salariés si leur employeur est placé en situation de procédure collective. Cette garantie ne s'actionne qu'en cas de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Malgré le fait qu'il existe un plafond, au delà duquel l'AGS ne peut pas être tenue, ce mécanisme demeure très protecteur pour les salariés.⁸⁴ Après avoir versé cette garantie, l'AGS peut valablement demander le remboursement de ses avances, suite à la déclaration de sa créance à la procédure collective de l'employeur.

D'autre part, c'est surtout la possibilité, avec l'action sur le fondement du co-emploi, qui s'offre à eux, d'aller chercher un second employeur, un second débiteur de leurs obligations sociales.

L'exemple de l'affaire, dite Metaleurop est, à cet égard, parlant.

Après avoir agi sur le volet commercial, avec l'action en extension de procédure, qui s'est soldée par un échec, c'est le volet social qui a offert aux salariés de la société Metaleurop Nord, filiale en faillite, un second débiteur de leurs obligations sociales (indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et plan de reclassement).

Les salariés se sont effectivement tournés, suite au rejet de l'action en extension de procédure fondée sur la fictivité de la société Metaleurop Nord, vers les juges prud'homaux et ont obtenu gain de cause, sur le fondement du licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif qu'il existait une « *confusion d'intérêt, d'activité et de direction* » entre la société mère et leur employeur. La société mère a été qualifiée de co-employeur des salariés de la filiale.

⁸³ L 3253-6 et suivant du Code du travail

⁸⁴ Ce plafond est décrit aux articles L 3253-17 et D 3253-5 du Code du travail et il est fixé à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage.

Les salariés ont massivement mené des actions en justice pour contester, devant le juge judiciaire, leur licenciement, suite à des fermetures de filiales sacrifiées par des décisions du groupe.

La notion de co-emploi a permis de dépasser les apparences juridiques pour que le juge puisse imputer la responsabilité des licenciements à leur véritable responsable. Le voile de la personnalité morale est enfin levé.⁸⁵

Section 2. L'utilisation du co-emploi dans la recherche du véritable responsable

Par définition, le groupe est sourd aux licenciements économiques prononcés dans une filiale, aux obligations de reclassements et à toutes les exigences sociales, quand bien même ce ne serait pas la filiale à l'initiative des choix de restructurations.

Pour pallier à cet inconvénient, la théorie du co-emploi permet d'atteindre le véritable responsable de ces licenciements pour aller chercher un patrimoine payant afin de satisfaire les éventuelles demandes sociales.

La Chambre sociale a pu appréhender cette notion grâce à deux outils : la subordination juridique ainsi que la constatation d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction (1§). En outre, les conséquences sur le plan pratique de la reconnaissance d'une situation de co-emploi, sont importantes ; en sa qualité de co-employeur, la société mère devra supporter les conséquences de la rupture des contrats de travail des salariés (2§).

1§ La dualité des critères du co-emploi

Si la triple confusion « d'intérêts, d'activité et de direction » est devenue le fondement privilégié des actions individuelles, menées collectivement, par les salariés à l'encontre de la société mère pour contester leur licenciement (B), le co-emploi a dans un premier temps, été caractérisé par l'existence d'un lien de subordination entre les salariés et l'associé défendeur (A).

A- Les critères selon l'approche juridique

⁸⁵ B. Reynès – « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi » - *La Semaine Juridique Social* n° 27, 3 Juillet 2012, 1292

Avec l'approche juridique du co-emploi, en plus de l'employeur contractuel des salariés (la société filiale), le co-employeur exerce effectivement un pouvoir de direction et de contrôle sur lesdits salariés.⁸⁶ Ceux-ci se trouvent sous la subordination directe d'un autre que celui avec lequel ils ont contracté.

Cette première approche est centrée sur l'existence d'un lien de subordination juridique classique, qui est identifié à l'égard des salariés de la filiale, par les deux sociétés co-employeurs. Les salariés sont sous la subordination juridique d'« *un seul employeur à plusieurs têtes* »⁸⁷.

La Cour de cassation n'exige pas pour autant que le coemployeur, envers qui le lien de subordination est caractérisé, exerce un pouvoir de direction plein et total (pouvoir d'affectation, pouvoir disciplinaire, influence sur la carrière des salariés, etc.).

C'est la jurisprudence classique du co-emploi qui a fondé sa reconnaissance sur l'existence d'un lien de subordination juridique entre la société mère et les salariés de la filiale.

Il est bien établi dans la jurisprudence, que le lien de subordination se décline en trois pouvoirs : « *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* ».⁸⁸ L'arrêt précurseur qui définit le lien de subordination a été rendu le 13 novembre 1996 par la Chambre sociale de la Cour de cassation.⁸⁹

Les premiers arrêts rendus sur le co-emploi retenaient cette approche strictement. Dans un arrêt de mai 1969, les juges de la Chambre sociale de la Cour de cassation ont considéré qu'« *un salarié employé dans la filiale française d'un groupe, qui s'était trouvé soumis également aux instructions de la société-mère italienne à laquelle il fournissait des comptes-rendus d'activité, était lié simultanément aux deux sociétés, lesquelles avaient la qualité d'employeurs conjoints* ».⁹⁰ D'autres arrêts, évoquent encore la « *commune situation de subordination juridique de l'intéressé à l'égard de la première comme de la seconde société* ».⁹¹

⁸⁶ Cass. Soc., 23 octobre 1985 n° 83-46.112 ; Cass. Soc., 1 juin 2004 n° 01-47.165

⁸⁷ A. Mazeaud – « le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés – Aspect de droit du travail. » *Droit Social*, 2010, p. 738

⁸⁸ Cass. Soc., 4 octobre 2007 n° 06-44.486

⁸⁹ Cass. Soc., 13 novembre 1996 n° 94-13187

⁹⁰ Cass. Soc. 13 mai 1969, n° 68-40.415

⁹¹ Cass soc, 26 avril 2007 n° 05-42.256

Un arrêt récent rendu en 2011⁹² a retenu le critère de la subordination juridique. Il était question dans cet arrêt, d'une société, la société Briffaz, dénuée d'autonomie financière et de gestion. Une confusion totale existait entre la société filiale Briffaz et la société mère, ce qui a amené la Cour de cassation à considérer que la société filiale était traitée comme un établissement de la société mère. Cette dernière donnait des ordres aux salariés de la société Briffaz et de manière générale, s'occupait de la gestion de son personnel.

Bien que la Cour de cassation ait retenu une approche juridique dans cet arrêt, ce type de décision demeure marginal, les juges de la Chambre sociale semblant se tourner vers une approche économique, souvent plus souple.

La subordination juridique a été reconnue à plusieurs reprises par la Cour de cassation dans des litiges ne mettant en cause, souvent, qu'un seul salarié.⁹³ Ainsi, le salarié est lié à plusieurs personnes exerçant l'autorité de l'employeur (le lien de subordination juridique est retenu à l'égard de toutes les sociétés co-employeurs).⁹⁴

Cette analyse de l'existence d'un rapport de subordination juridique est permise uniquement dans le cadre d'un contentieux individuel, car l'étude du pouvoir de subordination ne peut se mettre en place seulement que vis-à-vis d'un salarié en particulier.

L'hypothèse de licenciements massifs, survenus lors de restructuration de groupe de sociétés, a conduit les juges à adopter une approche économique nouvelle du concept de co-emploi, étant donné qu'il s'agira d'apprécier désormais son existence à l'égard d'une collectivité de salariés.

B- Les critères selon l'approche économique

Pour ne pas trop forcer et dénaturer la notion de subordination juridique, la Chambre sociale a recours à une seconde méthode.⁹⁵

Cette méthode, ou approche, économique retient la qualification de co-employeur au moyen du critère de « la confusion des intérêts, des activités et des structures de direction » entre

⁹² Cass, soc, 28 septembre 2010 n° 09-41.243 et 15 février 2012 n° 10-13.897

⁹³ Intervention de B. Chauvet, conseiller à la Cour de cassation thème 4, modifications et rupture du contrat de travail : faut-il sortir du périmètre de l'entreprise ?

⁹⁴ Cass, Soc. 15 mars 2006 n° 04-45.518 ; 30 juin 2010 n° 09-67.496

⁹⁵ Intervention de B. Chauvet, précité

deux personnes morales distinctes : la société filiale et la société mère ou sœur, appartenant au même groupe.

Cette conception économique et sociale se concentre sur une analyse des rapports de dépendance et de pouvoir entre les sociétés d'un groupe ; en un mot, sur les liens réels les unissant, par delà l'autonomie de la personnalité morale de chacune d'entre elle.

Les juges de la Chambre sociale privilégient de plus en plus cette approche.

Suite à une analyse des éléments de fait, une certaine ingérence directe d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre est caractérisée. Cette ingérence conduit quasi systématiquement à une absence d'autonomie de la filiale.⁹⁶

En 1994, la Cour de cassation relève timidement cette confusion. Elle se contente d'une « étroite imbrication entre les deux sociétés » mais pas d'une triple confusion. Ce n'est qu'en novembre 2000, que la confusion d'intérêts, des activités et des structures de direction⁹⁷ est pour la première fois admise : « *le salarié employé par un groupe de société entre lesquelles il existe une confusion d'intérêts, d'activité et de direction, a, pour coemployeur les diverses sociétés appartenant à ce groupe de société* ».⁹⁸

Par la suite, d'importants arrêts ont été rendus dans des contextes de restructuration de groupe de sociétés, conduisant à des licenciements pour motif économique ; les salariés ont trouvé dans le co-emploi, une manière de rendre plus efficace leurs droits de contester ces licenciements.

L'arrêt Aspocomp⁹⁹ rendu en juin 2007, est apparu dans un contexte de délocalisations d'emplois. Comme dans l'arrêt de septembre 2012 dit Metaleurop, l'arrêt Aspocomp s'est intéressé à la relation mère-filiale particulièrement étroite.

La filiale Aspocomp était détenue à près de 100% par la société mère, une holding de droit finlandais, la société Aspocomp Groupe OYJ. La société française filiale employait plusieurs centaines de personnes, avant que des délocalisations vers l'Inde et la Chine ne soient organisées par la société tête du groupe.

⁹⁶ B. Reynès – « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi » - *La Semaine Juridique Social* n° 27, 3 Juillet 2012, 1292

⁹⁷ Expression empruntée à P. Morvan dans « le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeurs et coemployeurs » *JCP S* 2010 1407

⁹⁸ Cass, Soc., 11 novembre 2000 n° 98-40.146

⁹⁹ Cass, Soc., 19 juin 2007 n° 05-42.570

Celle-ci, dans le même temps, a décidé de ne plus financer sa filiale française, entraînant son dépôt de bilan puis sa mise en liquidation judiciaire quelques mois plus tard.

Le mandataire-liquidateur de la société filiale Aspocomp a licencié la totalité de son personnel. De nombreux anciens salariés ont saisi le Conseil des prud'hommes.

Les conseillers prud'hommes ont jugé les licenciements sans cause réelle et sérieuse et ont condamné la société-mère à payer aux salariés des dommages et intérêts. La Cour d'appel de Rouen a confirmé cette décision.

Les juges de la Chambre sociale ont, à leur tour, suivi la Cour d'appel dans son raisonnement, en évoquant l'existence d'un lien de subordination, tout en se détachant d'une approche stricte de celui-ci (le déduisant plutôt, d'une situation de fait globale).

La triple confusion n'est pas le fondement sur lequel les juges sont venus clairement confirmer l'arrêt de la Cour d'appel. Cependant, alors que la qualification d'une relation de travail, dont découle la définition de l'employeur, exige en principe la réunion de trois éléments, une prestation de travail, une rémunération, un pouvoir de direction ; la Cour de cassation reconnaît à la société finlandaise, la qualité d'employeur des salariés du site d'Evreux, simplement en ce « *qu'elle profitait de leur activité et qu'elle les dirigeait* ».

L'élément pertinent pour retenir la qualité d'employeur est l'exercice du pouvoir de direction.

Quelques années après, la Cour de cassation a rendu un arrêt charnière dans le développement du co-emploi.

Cet arrêt du 13 janvier 2010, dit Flodor¹⁰⁰ a tout d'abord été remarqué par sa volonté de rappeler que l'« *obligation de reclasser* [posée à l'article L. 1233-4 du Code du travail] *les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi* [article L. 1233-61 du Code du travail] *répondant aux moyens du groupe, n'incombe qu'à l'employeur* ».

Faute de présenter les traits caractéristiques de l'employeur contractuel, les autres sociétés du groupe, auquel appartient la société qui a procédé aux licenciements, ne sont pas débitrices de cette obligation.

¹⁰⁰ Cass, Soc., 13 janvier 2010 n° 08-15.776

Par ailleurs, cet arrêt pose la question de la responsabilité juridique des sociétés du groupe, au regard du rôle qu'elles ont à jouer dans la recherche du reclassement des salariés licenciés par une filiale appartenant au groupe.

En effet, si une situation de co-emploi avait été caractérisée à l'égard d'une des sociétés du groupe, les juges laissent entendre dans leur motivation, en filigrane, que la solution aurait été différente. Si le seul fait d'appartenir au même groupe que l'employeur, se révèle insuffisant pour rendre une société, débitrice des obligations de reclassement ; à l'inverse, en présence de co-emploi, l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe, incombe aux deux sociétés, co-employeurs.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation ouvre, certes implicitement, mais suffisamment clairement, une voie permettant aux salariés de contester la validité de leur licenciement : le co-emploi.¹⁰¹

Dès lors, quand la société mère est fortement impliquée dans la gestion de la filiale, au point que les décisions de compression d'effectif sont prises à son niveau, les salariés ont aujourd'hui la possibilité d'atteindre ce véritable décideur, grâce au fondement du co-emploi.

La conclusion du volet social de l'affaire dite Metaleurop, avec l'arrêt du 12 septembre 2012,¹⁰² apporte un autre éclairage sur ce sujet, en contradiction totale avec la décision rendue par les juges de la Chambre commerciale dans le volet commercial, qui n'ont pas retenu une fictivité ou une confusion des patrimoines de la filiale et de la société mère.

La société mère Metaleurop SA, téléguidée par son actionnaire de référence,¹⁰³ le courtier suisse Glencore, a décidé, suite à la chute du cours du plomb, de se séparer de cette activité, faisant comme victime la société Metaleurop Nord. Implantée à Noyelles-Godault depuis 1894, la société Metaleurop Nord, filiale à 100% de la société mère, y produisait 112 000 tonnes de plomb. Quelque temps plus tard, elle fut donc vidée de ses actifs, qui furent transférés aux Bermudes.

Il ne lui restera plus que des dettes et des actifs pourris.

¹⁰¹ F. Géa – « Groupe de sociétés et responsabilité – les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor. 13 janvier 2010 » – *Revue de droit du travail*, 2010, p. 230

¹⁰² Cass soc 12 septembre 2012 n° 11-12..343, 11-12.344, 11-12.345, 11-12.346, 11-12.347, 11-12.348, 11-12.349, 11-12.350, 1819

¹⁰³ Pour reprendre les termes évocateurs de Françoise Champeaux - F. Champeaux et S. Foulon, *Dernier Recours – Le monde du travail devant les tribunaux*, Seuil, mars 2012

Outre l'identité des organes de direction de la filiale et de la société mère, cette dernière assurait le paiement des fournisseurs et l'encaissement des clients de la société Metaleurop Nord ; elle participait activement au recrutement des cadres ainsi qu'à la gestion de leur carrière.

La société mère attribuait directement des primes à des cadres de la filiale, elle engageait les salariés de la filiale.

Enfin, c'est elle qui s'adressait directement à l'administration pour la sollicitation d'un moratoire des dettes sociales et fiscales de la filiale.

L'actionnaire majoritaire, le groupe Glencore, face aux pertes de la filiale, a décidé de fermer l'usine Metaleurop Nord le 17 janvier 2003, laissant à l'Etat le soin de gérer près de huit cent trente licenciements sans plan social (un protocole d'accompagnement social et d'aide au reclassement des personnels de la société Metaleurop Nord est signé en préfecture d'Arras, en présence de François Fillon et Jean-Paul Delevoye) et de prendre à sa charge le nettoyage de ce site, l'un des plus pollués d'Europe (cent millions d'euros).

En outre, le Fonds social européen et les collectivités territoriales ont accordé des dotations exceptionnelles pour la réindustrialisation du site et le paiement des indemnités de licenciement.

Quatre cent soixante dix salariés licenciés ont alors engagé des procédures prud'homales contre la société mère Recyclex (anciennement, la société SA Metaleurop) pour obtenir la réparation du préjudice lié à la perte de chance de conserver leur emploi et des dommages et intérêts pour leur licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation¹⁰⁴ a rendu une décision très claire :

« Qu'ayant constaté qu'au-delà de la communauté d'intérêts et d'activités résultant de l'appartenance à un même groupe, (...) la Cour d'appel a pu en déduire qu'il existait une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés, qui se manifestait notamment par une immixtion directe dans la gestion du personnel de la filiale, et qu'en conséquence la société Métaleurop était co-employeur du personnel de sa filiale sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de

¹⁰⁴ Cass, soc, 12 septembre 2012 n° 11-12.343

***subordination individuel** de chacun des salariés de la société Métaleurop Nord à l'égard de la société mère . »*

Après avoir caractérisé la triple confusion, la Haute juridiction en tire des conséquences concrètes pour les salariés :

*« Le licenciement pour motif économique décidé et prononcé par l'un des co-employeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences, notamment au regard de l'obligation de reclassement ; qu'ayant constaté qu'aucune recherche de reclassement n'avait été effectuée dans l'ensemble du groupe avant la notification des licenciements, sans qu'il soit justifié d'une impossibilité, la cour d'appel en a exactement déduit que **chacun des co-employeurs devait indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, peu important que la qualité de co-employeur n'ait été reconnue qu'après les licenciements, dès lors que cette situation existait au moment de leur mise en œuvre** ».*

Avec cet arrêt qui clôture l'affaire Metaleurop, « l'immixtion directe dans la gestion du personnel de la filiale » devient l'élément novateur qui complète la triple confusion ; il ne cessera ensuite d'être rappelé par les juges de la Chambre sociale.

Tel n'était pas le cas avant cet arrêt de septembre 2012. En effet, depuis les arrêts Jugheinrich du 18 janvier 2011 et du 30 novembre 2011¹⁰⁵, c'était l'« absence d'autonomie décisionnelle de la filiale » qui constituait le critère déterminant du co-emploi.

Ces deux arrêts constituent, en outre, une illustration supplémentaire de ces restructurations au sein de groupes d'envergure internationale, aux conséquences sociales importantes.

La société mère, Jugheinrich, pour « avoir assuré la direction opérationnelle et la gestion administrative de la filiale », a été qualifiée de co-employeur des salariés de sa filiale, qui « ne disposait d'aucune autonomie » :

- « l'activité économique de la filiale était sous la dépendance du groupe »
- « Le groupe absorbait 80 % de sa production et fixait les prix »

¹⁰⁵ Cass soc 18 janvier 2011 09-69.199 et 30 Novembre 2011 N° 10-22.964, 10-22.965, 10-22.966, 10-22.967, 10-22.968, 10-22.969, 10-22.970, 10-22.971, 10-22.972, 10-22.973, 10-22.974, 10-22.975, 10-22.976, 10-22.977, 10-22.978, 10-22.979, 10-22.980, 10-22.981, 10-22.982, 10-22.983, 10-22.984, 10-22.985, 10-22.994

- « la société mère détenait la quasi-totalité de son capital »
- « il existait une gestion commune du personnel des filiales sous l'autorité de la société mère, laquelle avait dicté les choix stratégiques de la filiale et était intervenue constamment dans les décisions concernant sa cessation d'activité et le licenciement de son personnel ».

Ce sont ces éléments factuels qui permettent de caractériser cette « absence d'autonomie » et la triple confusion.

Dans chacun de ces arrêts, un faisceau d'indices assez exhaustif est dressé par les juges de la Chambre sociale.

Un arrêt important a été rendu en 2011, constituant un autre exemple du comportement d'une société tête de groupe, sorti du périmètre d'intervention acceptable dans une de ses filiales.¹⁰⁶ Cet arrêt dit Nocéram,¹⁰⁷ a relevé l'existence d'une société mère dont l'attitude est similaire à celle mise en lumière dans les arrêts précédents, Jugheinrich.

La filiale était « la seule cliente de la société mère », celle-ci « définissait le prix des marchandises », « partageait toutes les matières premières avec sa filiale » et « assumait le recrutement de son personnel, ainsi que la gestion de cette dernière sur le plan administratif, financier, commercial, technique et juridique. ». La société mère a, en conséquence, été qualifiée de co-employeur des salariés de la société filiale.

Une jurisprudence très récente a tendance à assouplir davantage les critères du co-emploi.

Dans une décision du 7 février 2013¹⁰⁸, rendue par la Cour d'appel de Toulouse, les juges ont retenu uniquement « la confusion d'intérêt et de direction » - et non la triple confusion – pour caractériser le co-emploi, ce qui illustre une approche récente, laxiste de la part des juges, dans la reconnaissance de la responsabilité de la société mère.

Dans cet arrêt, suite aux licenciements économiques massifs mis en œuvre, certains salariés de l'entreprise française, filiale de la société mère basée aux Etats-Unis, ont saisi le Conseil de prud'hommes de Toulouse, mettant dans la cause la responsabilité de la société de droit américain. Dans un jugement du 28 juin 2012, le Conseil de prud'hommes s'est déclaré compétent et a reconnu la qualité de co-employeur à la société mère américaine.

¹⁰⁶ Intervention de Bernard Chauvet, précité

¹⁰⁷ Cass, soc, 22 juin 2011 n° 09-69.021

¹⁰⁸ CA de Toulouse, 7 février 2013 n° RG : 12/04150

La Cour d'appel de Toulouse a confirmé ce jugement : « *la société Molex France avait, comme associé unique, la maison mère américaine, (...) celle-ci avait lancé un plan de réorganisation mondiale touchant le site français (...) les co-gérants de la société française étaient tous issus du groupe, lequel avait organisé la délocalisation de l'outil de production aboutissant aux licenciements économiques des salariés français. Il y a donc confusion d'intérêt et de direction, la maison mère se comportant en co-employeur.* »

Si les juges tendent à reconnaître plus facilement une situation de co-emploi en assouplissant ses critères, il demeure qu'un arrêt rendu fin février 2013 signe un retour, ou plutôt une confirmation, pour la triple confusion, critère traditionnel de l'approche économique du co-emploi.

A été rendu l'arrêt Société Aurecia AG c/ CGEA, le 20 février 2013¹⁰⁹. Il rappelle clairement le parti pris par les juges de la Chambre sociale pour la triple confusion économique.

Dans cet arrêt de principe, les salariés d'une filiale, licenciés pour motif économique après la mise en liquidation judiciaire de celle-ci, ont contesté leur licenciement devant le Conseil de prud'hommes, demandant réparation, non seulement contre la filiale, mais aussi contre la société mère avec laquelle ils n'avaient conclu aucun contrat de travail.

Les juges prud'homaux ont relevé qu'il existait une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés.

Celle-ci suffisait à conférer à la société mère, la qualité de co-employeur des salariés de la filiale. A ce titre, les juges ont relevé un faisceau d'indices exhaustif :

- « *la filiale était détenue à 100 % par la mère* »,
- « *le président de la filiale exerçait des fonctions équivalentes au sein de la société mère* »,
- « *le domaine exclusif d'activité des sociétés du groupe était identique* »,
- « *les sociétés avaient une clientèle, des fournisseurs et des prestataires communs* »,
- « *la société mère avait conçu, financé et mis en oeuvre le plan de relance de la filiale et un consultant choisi par la société holding avait assuré la direction de fait de la filiale pendant la mise en oeuvre de ce plan* » (...).

Au fil de cette analyse des arrêts rendus par la Cour de cassation, ces dernières années, en matière de co-emploi, il semble que l'approche économique avec la triple confusion ait convaincu définitivement la Chambre sociale. Depuis l'arrêt de clôture de l'affaire

¹⁰⁹ Cass, Soc, 20 février 2013 n°11-19.305 (n° 320 F-D), Sté Autania AG c/ CGEA d'Annecy

Metaleurop, l'immixtion dans la gestion du personnel est l'élément qui se joint à cette triple confusion.

2§ Les conséquences du co-emploi cantonnées au droit du licenciement pour motif économique

La fonction première de la théorie du co-emploi consiste dans la responsabilisation des groupes et dans la sanction d'une immixtion illicite dans la gestion d'une société par une autre, en particulier, la neutralisation d'une ingérence dans les décisions de cessation d'activité et de suppression d'emplois d'une filiale.¹¹⁰

Dès lors, la reconnaissance d'une situation de co-emploi a pour corollaire essentiel, l'indemnisation du licenciement requalifié sans cause réelle et sérieuse, suite à une appréciation nécessairement différente du motif économique de licenciement, dès lors qu'une autre société du groupe est reconnue co-employeur (A). L'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) est aussi reconsidérée suite à cette qualification, étant donné que chaque co-employeur doit mettre en place un PSE suffisant, accompagné d'un plan de reclassement (B).

A- Les incidences du co-emploi dans l'appréciation du motif économique de licenciement

Quand une décision de justice reconnaît la qualité de co-employeur d'une société du groupe, ladite décision est déclarative ; elle ne fait que prendre acte d'une situation de fait déjà existante. La société est déclarée rétrospectivement co-employeur et elle devra donc assumer la responsabilité de licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Le salarié se trouve avec plusieurs co-employeurs, tous débiteurs des différentes obligations sociales qui lui sont dues.

C'est la responsabilité contractuelle de la société co-employeur qui sera engagée, et les salariés pourront profiter de son patrimoine solvable, peu important que la qualification de co-employeur ne soit retenue que postérieurement à la rupture des contrats de travail.

¹¹⁰ B. Reynès. « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi. » *La semaine juridique sociale* n° 27, 3 juillet 2012, 1292

La Chambre sociale emploie une formule générale pour exprimer cette situation : le co-employeur doit « *supporter toutes les conséquences de la rupture d'un contrat de travail d'un salarié – alors même que l'employeur nominal en avait pris l'initiative* ». ¹¹¹

Les juges posent que ces obligations dérivent d'un seul et même contrat de travail : « *lorsque le salarié est lié à des co-employeurs par un contrat de travail unique, le licenciement prononcé par un est réputé prononcé par tous* » ¹¹² ; « *il n'existait qu'une seule relation de travail liant indivisément la salariée aux deux sociétés signataires de contrats de travail apparemment distincts, lesquelles avaient la qualité d'employeur* ». ¹¹³

Ainsi, les co-employeurs sont responsables *in solidum* si un licenciement a été prononcé sans cause réelle et sérieuse : « *la société est conjointement, avec la société MIC co-débitrice, in solidum, des sommes dues aux salariés* » ¹¹⁴ (1). En outre, en cas de co-emploi, la cessation d'activité n'est plus considérée comme un motif économique de licenciement autonome (2).

1- Le nouveau champ d'appréciation du motif économique de licenciement

Il est bien établi dans la jurisprudence, que la cause économique de licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise, sans se soucier du reste du groupe.

Dès lors, si la filiale en difficulté ne parvient pas à supporter le coût de sa propre fermeture, l'AGS est habilitée pour garantir celui-ci.

Certains groupes prospères ont abusé de cette jurisprudence en mettant en place des stratégies de groupe, visant à asphyxier certaines filiales pour réaliser à moindre coût des délocalisations, des restructurations, pour déplacer certains actifs et bénéfices vers d'autres entités situées dans des lieux fiscalement et économiquement plus intéressants.

Le périmètre d'appréciation du motif économique de licenciement a donc été revu pour remédier à ces dérives. Le co-emploi tire les conséquences de ces innovations.

Le contrôle de la validité du motif économique s'effectue aujourd'hui au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel les co-employeurs opèrent.

¹¹¹ Cass, soc, 22 juin 2011 n° 09-69.021

¹¹² Cass soc, 1 juin 2004 n° 01-47.165

¹¹³ Cass soc 18 janvier 2011 n° 09-69.199

¹¹⁴ Cass, soc 10 juillet 2007 n°06-40.406

Pour juger du caractère réel et sérieux du motif de licenciement, la Cour de cassation estime que les difficultés invoquées doivent être appréciées au niveau « *du groupe* » ou « *du secteur d'activité du groupe* » dont relève l'entreprise qui souhaite réduire ses effectifs.

*«Les difficultés économiques doivent être mesurées au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprise situés sur le territoire national ».*¹¹⁵

Ces solutions s'appliquent également en cas de co-emploi.

Les deux co-employeurs doivent justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. En une phrase : autant d'employeurs que de motifs économiques de licenciements, doivent être caractérisés.

Si aucune des deux entités ne justifie d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, alors le Conseil des prud'hommes requalifiera les licenciements intervenus, en licenciements non causés.

Récemment, le Conseil des prud'hommes de Paris, le 25 octobre 2012, a jugé qu'« *une absence de difficulté économique dans la société sœur de la filiale du groupe (co-employeur) induisait une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement* ». Dans les faits, la qualité de co-employeur avait été reconnue à la société sœur en raison d'une immixtion anormale de la sœur dans la gestion de la filiale.

S'agissant de la motivation de la lettre de licenciement, en principe, une seule lettre de licenciement suffit, un envoi est réputé intervenir et prononcé pour tous les employeurs.¹¹⁶ Or, dès lors qu'il y a co-emploi, les sociétés co-employeurs doivent faire face à des difficultés économiques ayant des répercussions sur l'ensemble des activités du groupe. Si elles allèguent cela, il faut que les lettres de licenciement fassent état de ces difficultés à chaque niveau ; ainsi, la lettre de licenciement doit être motivée au regard des deux co-employeurs, autrement les licenciements seront réputés sans causes réelles et sérieuses.

2- La portée de la cessation d'activité en présence de co-emploi

¹¹⁵ Cass. soc., 12 juin 2001, n°99-41.571, Cass. soc., 10 déc. 2003, n°01-47.147, Grillot et a. c/ Sté Bostitch Simax

¹¹⁶ Cass, soc, 1 juin 2004 n°01-47.165

En principe, une entreprise peut parfaitement arguer de la cessation définitive de son activité pour entamer des licenciements collectifs.

Cette cessation constitue, en elle-même, un motif économique autonome, s'additionnant à ceux déjà énumérés par l'article L. 1233-3 du Code du travail ; nul besoin de faire état de difficultés économiques supplémentaires.

Ce principe est posé depuis un arrêt, dit Brinon, en date du 31 mai 1956,¹¹⁷ rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation : « *l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer la stabilité de l'emploi* ».

Ainsi, même si l'entreprise fait partie d'un groupe, il suffit que l'employeur argue d'une cessation de son activité pour pouvoir licencier son personnel, sans établir que sa décision repose sur une autre cause, qu'elle soit de nature économique ou technologique.

Le Conseil constitutionnel a également entériné cette jurisprudence sociale, dès 2002¹¹⁸ quand il a statué sur la loi de modernisation sociale et qu'il a jugé contraire à la Constitution, le texte qui donnait une définition restrictive du motif économique, en excluant l'arrêt de l'activité de l'entreprise.

Cette solution de principe a encore été récemment rappelée dans un arrêt du 1^{er} février 2011.¹¹⁹

Les exceptions à ce principe résident dans la constatation d'une faute – des erreurs de gestion ne suffisant pas à la caractériser¹²⁰ - ou d'une légèreté blâmable de la part de l'employeur, ayant entraîné la fermeture de l'entreprise.

Un arrêt du 28 octobre 2008,¹²¹ rendu par la Chambre sociale, précise que pour apprécier la présence d'une faute ou d'une légèreté blâmable, le juge peut prendre en compte la situation économique de l'entreprise.

En l'espèce, la légèreté de l'employeur a été caractérisée car il avait agi uniquement dans l'intérêt du groupe et répondu aux instructions de la société tête de groupe pour prendre des

¹¹⁷ Cass. soc., 31 mai 1956 : JCP 1956, II, 9397, note P. Esmein

¹¹⁸ CC, 12 janvier 2002, n°2001-455

¹¹⁹ Cass, soc, 1^{er} février 2011, n° 09-40.709

¹²⁰ Cass, soc, 14 décembre 2005

¹²¹ Cass, soc 28 octobre 2008 n° 07-41.984

décisions concernant sa société filiale. Ces décisions ont poussé cette dernière à cesser son activité et à licencier son personnel.

Cependant, en cas de co-emploi, il n'y a plus d'autonomie du motif de licenciement tiré de la cessation d'activité de l'entreprise où travaille le salarié.

La cessation d'activité ne peut pas, à elle seule, justifier le licenciement économique des salariés de la filiale en difficulté. S'ils ne sont pas justifiés par un autre motif, les licenciements seront considérés comme sans cause réelle et sérieuse.

La cessation d'activité de l'une des entités qui forme le groupe ne peut constituer un motif économique de licenciement valable que s'il est complété par un des motifs de l'article L. 1233-3 du Code du travail (*difficulté économique, mutation technologique ou nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent*).

La cessation d'activité d'une entreprise doit s'expliquer par une raison économique qui doit elle-même s'apprécier au niveau du groupe de co-employeurs.

L'arrêt du 18 janvier 2011, dit Jugheinrich,¹²² pose cette solution.

La Cour de cassation y établit pour la première fois que « *lorsque le salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement, qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent* ».

Etant donné, en l'espèce, que « *la cessation d'activité de la société MIC ne résultait que de choix stratégiques décidés au niveau du groupe, sans que des difficultés économiques les justifient, au niveau du secteur d'activité du groupe* », les licenciements, faute de reposer « *sur une raison économique* » ont été requalifiés en licenciements sans cause réelle et sérieuse. Les motifs économiques qui sont allégués doivent s'apprécier au niveau du secteur d'activité du groupe auquel les co-employeurs appartiennent.

B- Les effets du co-emploi sur l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi

Dans les entreprises qui emploient au moins cinquante personnes et qui ont envisagé un licenciement d'au moins dix salariés ou plus dans une période de trente jours, ceux-ci

¹²² Cass soc 18 janvier 2011 09-69.199

bénéficient de mesures particulières contenues dans un plan de sauvegarde de l'emploi. La mise en place de ce PSE est obligatoire.¹²³ Avant l'intervention de la loi du 11 avril 2003 *relative à la sécurisation de l'emploi*, encore à l'état de projet le 5 mai 2013,¹²⁴ le PSE était un acte juridique unilatéral élaboré par le chef d'entreprise et présenté aux institutions représentatives du personnel.

En principe, l'obligation de reclasser les salariés et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe, n'incombe qu'à l'employeur.¹²⁵ Mais, dès lors qu'un co-employeur est reconnu, c'est la validité du PSE, mis en place uniquement en fonction des moyens de l'employeur société filiale, qui va être remise en cause et le PSE nécessairement déclaré insuffisant (1). Le co-employeur sera, en outre, tenu lui-même à l'obligation de reclassement (2).

1- L'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi et les demandes indemnitaires

Une des conséquences les plus significatives, en pratique, de la reconnaissance d'une situation de co-emploi, tient dans le constat fait de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.

En cas de co-emploi, le PSE l'est nécessairement car il a été fait en tenant uniquement compte des moyens de l'employeur et pas de ceux du co-employeur. En outre, le co-employeur n'a pas fait lui-même de PSE alors qu'en tant qu'employeur, il y est tenu.

Par définition, un PSE doit comporter des mesures de nature à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre. L'employeur doit, à cette fin, prévoir toutes les mesures possibles pour maintenir les emplois (développement d'activités nouvelles, passage à temps partiel, réduction ou aménagement du temps de travail, réduction du nombre d'heures supplémentaires, etc.).

Le PSE doit aussi intégrer des mesures qui visent à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement serait inévitable.¹²⁶ « *La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe.* »¹²⁷

Le plan sera suffisant si ces exigences ont été satisfaites. Il sera en revanche nul, s'il est considéré comme insuffisant.

¹²³ L. 1233-61 du code du travail

¹²⁴ Pour le régime postérieur à l'ANI du 11 janvier 2013 et le projet de loi du 11 avril 2013, cf infra p. 56

¹²⁵ Flodor, 13 janvier 2010 – déjà cité

¹²⁶ Mémento F. Lefebvre social 2013, n° 48210

¹²⁷ L 1235-10 Code du travail

Depuis l'arrêt La Samaritaine,¹²⁸ la Cour de cassation estime que la nullité qui affecte le plan social, déclaré insuffisant, s'étend aux licenciements.

Les syndicats et le comité d'entreprise peuvent donc contester la validité du PSE devant le tribunal de grande instance en raison de son inexistence ou de son insuffisance.

Ils chercheront ainsi à obtenir la nullité du PSE et à condamner la société à reprendre la procédure de licenciement économique à son commencement, ainsi qu'à réintégrer les salariés éventuellement licenciés en application du PSE annulé.

Une société co-employeur doit mettre elle-même en place un PSE, en tenant compte des moyens dont elle dispose.¹²⁹

Dans l'arrêt, dit Novoceram,¹³⁰ du 22 juin 2011, la Cour de cassation met en exergue qu'une fois la preuve rapportée d'une situation de co-emploi, la mise en place d'un PSE s'impose et doit tenir compte des moyens dont dispose chacun des co-employeurs. Le caractère suffisant ou non du PSE s'appréciera au niveau du périmètre de la société co-employeur en plus de la première société, employeur contractuel.

Si le plan est établi uniquement par une seule des sociétés en cause, en fonction de ses seuls moyens, il est par nature insuffisant ; la procédure de licenciement sera nulle ainsi que les licenciements eux-mêmes.¹³¹

Il en résulte que, *in fine*, les salariés sont créanciers d'autant de plans de sauvegarde, que de co-employeurs. Ils peuvent obtenir par le biais de leurs syndicats et de leur comité d'entreprise, la condamnation conjointe et solidaire, des différents employeurs, pour que chacun mette en place un PSE.

Deux contentieux peuvent alors se présenter : soit le co-employeur qui a pris l'initiative de licencier est seul condamné à avoir mis en place un PSE insuffisant car non élaboré conjointement ou sans tenir compte des moyens du co-employeur ; une indemnité sera donc versée aux salariés par ce seul employeur et une action récursoire de celui-ci contre le co-

¹²⁸ Soc, 13 février 1997, n° 1300 Grands arrêts, 4^e édition, n° 110

¹²⁹ Cass, soc, 28 septembre 2011 n°10-12.278

¹³⁰ Cass, soc, 22 juin 2011 n° 09-69.021

¹³¹ A Arseguel « Droit du travail, droit décapant : à propos du co-employeur » *Revue des procédures collectives* n° 1, Janvier 2012, dossier 6

employeur sera juridiquement envisageable. Soit les salariés intentent une action contre le second co-employeur, qui n'a pas pris l'initiative de licencier, et ce dernier pourra alors être condamné à mettre en place un PSE et verser une indemnité.¹³²

Enfin, au titre de l'article L. 3253-8 du Code du travail, étant donné que les créances indemnitaires des salariés, nées des licenciements prononcés par leur employeur contractuel, sont couvertes par la garantie de l'AGS si l'employeur ne peut pas les payer ; une fois que la seconde société aura recouvert la qualité de co-employeur, elle devra rembourser l'AGS, pour les avances versées, avec son patrimoine solvable.

2- Une obligation de reclassement démultipliée

Le reclassement, alternative au licenciement économique, au sein d'un groupe, s'opère par un transfert des contrats de travail d'une société à une autre du même groupe « *dans l'entreprise, ou dans les entreprises, du groupe auquel l'entreprise appartient (...) là ou il est possible d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »¹³³.

Le groupe, au regard de l'obligation de reclassement, n'est pas défini selon des critères financiers. En effet, « *la seule détention d'une partie du capital de la société employeur par d'autres sociétés du groupe, n'implique pas en soi la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie de leur personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devrait s'effectuer* ».¹³⁴

Le groupe de reclassement est fondé sur le critère de permutabilité. Ce critère est défini par la jurisprudence ainsi : « *il appartient à l'employeur de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement au sein d'un groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé, des emplois de même catégorie ou à défaut, de catégorie inférieure, fût ce par voie de modification des contrats de travail, en assurant au besoin l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emplois* ».¹³⁵

¹³² R. Vatinet - « Sur le devenir des contentieux des PSE », *La Semaine Juridique Social* n° 19, 7 mai 2013, 1210

¹³³ L 1233-4 et L 1233-61 du Code du travail

¹³⁴ Cass soc, 27 octobre 1998 n° 96-40.626 à 629

¹³⁵ Cass soc, 7 avril 2004 n° 01-42.882

Il faut, en toute rigueur, imposer la présentation aux salariés, de l'ensemble des postes disponibles dans les diverses sociétés du groupe, sachant qu'une proposition de reclassement hors du cercle national ne peut se traduire par un amoindrissement de la rémunération perçue en France.¹³⁶

En principe, seul l'employeur qui prononce un licenciement pour motif économique est tenu d'assurer le reclassement des salariés concernés dans l'entreprise, ou dans le groupe. Cependant, dès lors qu'il y a une situation de co-emploi, le licenciement économique prononcé par l'un des co-employeurs va mettre fin au contrat de travail unique.

Chaque co-employeur va devoir assumer les conséquences de cette rupture, et spécialement l'obligation de reclassement.

Une société qualifiée ultérieurement de co-employeur, qui n'avait pas procédé à une recherche sérieuse de reclassement, devra indemniser les salariés pour le licenciement intervenu sans cause réelle et sérieuse.

Un arrêt rendu le 19 juin 2008¹³⁷ retient que le co-employeur est tenu d'une obligation de reclassement. Si celui-ci exécute mal ou n'exécute pas cette obligation, il aura « *à supporter les conséquences de la rupture des contrats de travail même si cette qualité ne lui est reconnue qu'après que les licenciements dans la première société (l'employeur contractuel) aient été prononcés* ».

Si le principe d'indépendance juridique des sociétés du groupe est indétrônable, un certain degré de dépassement de celui-ci est apparu pertinent pour remédier à des comportements abusifs de la part de groupes faisant comme victimes quelques unes de leurs filiales.

Les organes de la procédure collective de la filiale en question disposent de moyen (action en extension de procédure, action en responsabilité pour insuffisance d'actif) pour étendre les conséquences d'une procédure collective aux autres sociétés du groupe qui sont directement responsables de cette faillite ; cependant, ces actions demeurent très exceptionnellement

¹³⁶ Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010

¹³⁷ Cass soc, 19 juin 2008 n° 07-42.547

couronnées de succès et ne revêtent que peu de sens pour les salariés licenciés de la filiale, étant donné qu'ils ne sont pas autorisés à les exercer.

Le droit social a toujours eu pour souci de prendre en compte la réalité économique de l'exercice du pouvoir dans une société. Les salariés, accompagnés par leurs syndicats, leur comité d'entreprise et les pouvoirs publics, ont à leur tour eu pour ambition d'aller chercher la responsabilité de sociétés du groupe qui font le choix de sacrifier certaines filiales insuffisamment rentables sans assumer les destructions d'emplois engendrées. Le co-emploi était né.

Les critères du co-emploi sont beaucoup plus souples que ceux de la confusion des patrimoines, de la fictivité ou encore de la direction de fait.

Les juges prud'homaux peuvent ainsi répondre aux différentes réalités se présentant à eux en adaptant le critère économique de la triple confusion.

Des auteurs parlent même de « concept fonctionnel ».¹³⁸ La méthode économique aujourd'hui amplement privilégiée par les juges de la Chambre sociale, rend ce concept fluctuant aux contours malléables pouvant épouser les différentes situations factuelles.

L'affaire dite *Metaleurop*, illustre parfaitement cette approche différente qu'ont les juges de la Chambre commerciale par rapport à ceux de la Chambre sociale, s'agissant de la notion de « confusion ». Le droit social retient une acception beaucoup plus large que la « confusion des patrimoines » à l'oeuvre en droit commercial.¹³⁹

Cette différence entre le droit des procédures collectives et le droit du travail s'explique par le fait que les concepts ne répondent pas aux mêmes attentes, aux mêmes créanciers.

Quatre cents salariés dans l'affaire *Aspocomp*, cinq cents pour l'affaire *Metaleurop*.

Dans le cadre d'une procédure collective, un seul mandataire judiciaire, qui agit pour l'intérêt collectif des créanciers, sans faire de *distinguo*. Il n'a aucun pouvoir pour défendre une catégorie spéciale de créanciers, les salariés.¹⁴⁰

Le co-emploi répond à une finalité beaucoup plus étroite.

¹³⁸ A Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société. Aspect de droit du travail » *Droit social* 2010, p. 738

¹³⁹ Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278 à n° 10-12.325 et s., F-D, AGS et a. c/ SA Recylex et a.

¹⁴⁰ L. 622-20 du Code de commerce

Ce concept, réapparu depuis une dizaine d'années, est la réponse à une demande sociale qui se comprend si elle est replacée dans le contexte de récession économique dans lequel elle est née. Ce climat, créé par la crise financière, a conduit de nombreuses entreprises à se restructurer, notamment sur le plan social. Une frustration a pu se développer chez certains salariés, passifs et condamnés à voir leur employeur sombrer alors que d'autres membres du groupe continuent de prospérer.

C'est dans une volonté de « *juste indemnisation du plus faible* »¹⁴¹ que la Chambre sociale a décidé d'ouvrir sa porte largement à ces salariés.

Une démarche pragmatique au prix de l'orthodoxie juridique ? Au prix d'un empiètement sur les pouvoirs du législateur ? Au prix d'un bouleversement de l'organisation des structures d'entreprises ?

La fin justifie-t-elle tous les moyens, quand d'autres existent par ailleurs, qui ont fait leur preuve dans cette quête du véritable responsable, et dont les effets ont déjà été mesurés.

¹⁴¹ P. Lagesse et N. Laurent « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de société lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? » *La semaine juridique Edition Générale* n° 1 7 janvier 2009, I 101

Chapitre 2 – La place incertaine du co-emploi face au droit français de la responsabilité

Le co-emploi a pu apparaître comme une réponse juridique adaptée à la demande de justice sociale provenant de salariés licenciés, suite à la faillite de leur employeur. Les juges de la Chambre sociale ont largement accueilli ces actions fondées sur le co-emploi pour offrir un second débiteur à ces demandeurs salariés.

Mais, par-delà les effets du co-emploi cantonnés au licenciement pour motif économique, il existe certains dangers générés par cette notion, dont la portée n'a pas encore précisément été évaluée (Section 1). Il en résulte un certain questionnement autour de l'opportunité même du concept de co-emploi. Malgré le fait qu'elle n'ait pas donné lieu à un texte législatif définitif, la proposition de réforme du droit de la responsabilité, dirigée par le professeur Terré, a envisagé l'hypothèse d'une responsabilité de la société mère pour son fait personnel.¹⁴² Une part importante de la doctrine encourage cette analyse civiliste et de nombreux arrêts ont été rendus sur ce fondement qui constitue une alternative au co-emploi, pertinente dans ses effets et rigoureuse juridiquement.

Entre protection du salarié et sécurité juridique, un encadrement du co-emploi a semblé nécessaire, pour renouveler cette notion et la lire à travers le prisme de la direction de fait. Elle constitue le critère d'identification de la faute, condition pour engager la responsabilité de la société mère sur le fondement civil délictuel (Section 2).

Section 1. Les effets incontrôlés du recours au co-emploi

L'adoption d'un critère économique d'identification du co-employeur soulève inévitablement la question de ses effets au-delà de son application en droit du licenciement pour motif économique.¹⁴³ Le « séisme juridique »¹⁴⁴ que risque d'engendrer l'application du co-emploi, est dénoncé par une part importante de la doctrine, qui critique l'interférence des rapports entre les membres d'un groupe dans les relations individuelles de travail (1§). La

¹⁴² Article 7 alinéa 2 du « projet Terré » de réforme du droit des obligations

¹⁴³ Y. Pagnerre. « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? » *la semaine juridique sociale* n°39, 27 septembre 2011, 1423.

¹⁴⁴ P-H Antonmattei – « Groupes de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! » *Semaine sociale Lamy* 2011 – 1484

reconnaissance de la qualité de co-employeur de la société mère à l'égard du personnel de la filiale emporte, de surcroît, des conséquences importantes sur le plan économique (2§).

1§ Les risques juridiques générés par le co-emploi

Si le principe de l'écran de la personnalité morale fait obstacle à ce qu'un groupe ou une autre société du groupe puisse être qualifiée d'employeur contractuel des salariés d'une filiale, cette pierre angulaire du droit des sociétés se voit écorchée en cas de reconnaissance d'une situation de co-emploi (A). Quant au principe de séparation des pouvoirs, il est à son tour heurté, par la création même de cette construction prétorienne. Le co-emploi est une notion montée de toute pièce exclusivement par les juges de la Chambre sociale, dont la légitimité pour s'engager dans une telle entreprise peut être discutée (B).

A- Une atteinte à la personnalité morale

En principe, l'écran de la personnalité morale empêche qu'un groupe ne puisse être considéré comme employeur des salariés d'une filiale.

Avec le co-emploi, c'est donc la personnalité morale des sociétés membres d'un groupe qui est mise à mal. La qualité d'employeur est reconnue à une autre personne morale que l'employeur contractuel du salarié et cela, en l'absence de tout lien de subordination au sens de la jurisprudence sociale.

Octroyer une autonomie patrimoniale à chaque membre du groupe permet au contraire de diviser les risques, les responsabilités, installer une opacité entre chaque société pour ne pas qu'un « maillon faible » ne vienne contaminer l'ensemble des autres.

Le recours à des structures sociétaires à responsabilité limitée n'est pas un hasard. Les associés de chaque société peuvent ainsi connaître avec précision leur risque financier maximal en fonction de leurs apports.

La société mère n'est donc pas responsable des dettes de sa filiale et elle ne commet aucune faute civile en décidant de ne pas accorder son soutien financier à une de ses filiales en difficulté.¹⁴⁵ Une société d'un groupe qui aurait des difficultés peut être délaissée par les

¹⁴⁵ Cass, com, 26 juin 2007 n° 06-17.821, 06-20.820

autres sociétés appartenant au groupe, étant donné que l'intérêt de ces autres sociétés justifie que celles-ci laissent la première gérer seule ses problèmes. En effet, dans un groupe, chaque membre doit veiller à sauvegarder son propre intérêt social, sans égard aux autres sociétés du groupe.

Plus précisément, les relations entre sociétés du groupe doivent se conformer aux critères posés par l'arrêt dit Rozemblum, du 4 février 1985¹⁴⁶, rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Cet arrêt énonce plusieurs exigences à respecter.

Tout d'abord, le groupe doit être composé de sociétés unies par des liens structurels, mettant en œuvre une politique commune ; ensuite, le crédit octroyé par une société du groupe à une autre doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun ; enfin, ce concours financier ne doit pas constituer une charge excessive pour la société qui l'octroie et une contrepartie doit être caractérisée.

Aussi, pour évaluer si les difficultés d'une société justifient l'ouverture d'une procédure collective, il n'est pas tenu compte de la situation financière de la société mère.¹⁴⁷

Ces principes sont donc froissés quand c'est un autre patrimoine qui va servir à désintéresser les salariés d'une filiale, personne morale autonome.

En outre, certains auteurs¹⁴⁸ mettent en avant une certaine manipulation des concepts juridiques de droit du travail avec un retour peu souhaitable de la subordination économique comme critère du contrat de travail.

En effet, il est acquis désormais dans la jurisprudence, qu'il n'est plus nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination juridique, individuel, de chacun des salariés de la société filiale à l'égard de la société mère, pour parler de co-emploi.

Le lien contractuel traditionnellement assis sur la subordination juridique est bouleversé avec l'approche économique du co-emploi : c'est effectivement la responsabilité contractuelle de la société co-employeur qui est engagée, alors qu'aucun lien de subordination n'est identifié entre les salariés de la filiale et ce co-employeur.

¹⁴⁶ Cass, crim, 4 février 1985 n° 84-91.581

¹⁴⁷ CA Versailles, ch. Com. 15 juin 2006 n° RG 05/05371

¹⁴⁸ G. Loiseau – « Coemploi et groupes de sociétés » – *semaine juridique social* n°47, 22 novembre 2011, 1528 ; P-H Antonmattai – « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! » *Semaine sociale Lamy* 2011 1484

B- Un mauvais procès par des accusateurs illégitimes ?

Le combat judiciaire, somme toute assez manichéen, entre les salariés d'une filiale victime d'une instrumentalisation du droit des procédures collectives et une société mère ou autres « patrons voyous », acteurs sans merci de ces destructions d'emplois, ne doit pas éclipser une réalité bien plus nuancée, peu souvent mise en lumière dans toutes ces sagas judiciaires.

D'une part, certaines sociétés peuvent se trouver tributaires des conditions de marchés (de la part des fournisseurs, des institutions financières) ce qui peut contraindre leurs actionnaires à supprimer des soutiens financiers déjà en place, vis-à-vis d'autres membres du groupe, voir même à prendre la décision de fermer un site, dans l'intention de sauver le reste du groupe.

D'autre part, l'étude de la problématique du licenciement économique ne doit pas occulter l'investissement institutionnel de la part de fonds souvent placés à l'étranger, comme en fût victime la société Metaleurop avec le groupe suisse Glencore, actionnaire principal du groupe Metaleurop.

Cette recherche de mise en cause de « *la responsabilité sociale du groupe* » dans l'objectif d'« *assurer l'indemnisation du plus faible* »¹⁴⁹ mériterait, sans mettre de côté toutes les demandes sociales qu'impliquent des restructurations de groupe, certains questionnements pour se tourner vers d'autres perspectives.

Le co-emploi semble être une réponse instable juridiquement et inadaptée à ces situations économiques qui posent *in fine* la question de la responsabilité des fonds d'investissement dans le processus décisionnel qu'ils mettent en place au sein des sociétés qu'ils détiennent.

Cette réponse donnée avec le co-emploi a été créée de toute pièce en réaction à certains comportements peu scrupuleux de la part de sociétés têtes de groupes, manipulées par ces fonds, pour la plupart étrangers.

D'autres solutions auraient pu être apportées de façon plus préventive, ce qui est entrepris en partie dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 avec la mobilité interne des salariés.

¹⁴⁹ P. Lagesse et N. Laurent « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de société lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? » *la semaine juridique Edition Générale* n° 1 7 janvier 2009, I 101

Le projet de loi sur la sécurité de l'emploi, qui applique l'ANI, incite à la conclusion d'accords collectifs de mobilité. Ces accords ont pour but d'anticiper les mobilités des salariés, tout en permettant d'éviter des licenciements, notamment par la mise en place de changements de postes ou de lieux de travail au sein de la même entreprise. Les articles L. 2242-23 et L. 5125-2 du Code du travail, issus du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi, disposent que « *la rupture résultant d'un refus par un salarié de l'application de l'accord de mobilité, repose sur un motif économique* » et sera prononcée selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique.

En outre, l'article 10 du projet de loi relatif à l'accord de mobilité interne, précise que cet accord doit comporter des mesures d'accompagnement et de reclassement en cas de refus du salarié.

Se pose enfin le problème de la légitimité des juges, qui organisent le champ d'application et les effets du co-emploi.

L'imprévisibilité de l'issue du procès (la société va-t-elle être reconnue co-employeur par les juges ?) est attachée à chaque action intentée. En effet, ce concept est fondé sur un faisceau d'indices laissant une place importante au pouvoir d'appréciation des juges. De même, tous les effets de la décision de reconnaissance du co-emploi ne sont pas appréhendés juridiquement et économiquement.

La doctrine exprime également cette crainte : « *seul le législateur pourrait se permettre de porter des atteintes ponctuelles et précisément circonscrites à la personnalité morale qui est un des piliers fondamentaux de l'organisation juridique de la vie économique* ». ¹⁵⁰ Le co-emploi est une situation de fait créée par la jurisprudence qui n'a jamais été réglemée, ni circonscrite, par le législateur alors que ses effets sont considérables tant sur le plan pratique que juridique.

Un sujet aussi sensible que celui-ci attend une réaction de la part du législateur pour ne pas laisser ainsi le champ libre aux juges. La frilosité de la part de celui-là à s'engager sur ce terrain permet de questionner l'opportunité même de la notion de co-emploi ; à défaut du concours du législateur, il faudrait s'attarder davantage sur les outils juridiques qui existent déjà.

¹⁵⁰ R. Vatinet, « La pieuvre et l'Arlésienne » - *droit social* 2010, p. 801

2§ Les risques économiques générés par le co-emploi et sa fin programmée

La finalité première de cette construction jurisprudentielle réside dans la responsabilisation du groupe ; dans les faits, co-emploi est un outil efficace pour accéder au patrimoine de la société mère grâce à ses critères économiques.

Avec la triple confusion, la frontière est fragile entre l'ingérence illicite d'une société dans la gestion d'une autre et les interventions régulières d'une société mère dans les affaires de sa filiale, accompagnées d'une culture de groupe marquée ainsi qu'un ensemble de politiques sociales uniformisées dans tout le groupe.

Dès lors, le co-emploi risque d'atteindre aveuglément un nombre très important de sociétés mères ; les dangers sur le plan économique sont donc considérables (A). La menace consistant à se servir du co-emploi comme d'un « prétexte » pour « financer la liquidation judiciaire » d'une filiale, quand le droit commercial ne le permet pas, ne doit pas être occultée.

En outre, le récent projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi semble vouloir réduire l'effectivité du co-emploi à peau de chagrin (B).

A- Des politiques sociales bouleversées

Les situations de co-emploi les plus récentes ont tendance à mettre en exergue un critère supplémentaire de celui de la triple confusion : l'immixtion dans la gestion du personnel.¹⁵¹

Un arrêt du 22 juin 2011¹⁵² a distingué le cas d'une société dominante, dont la qualité de co-employeur a été retenue car elle dictait sa conduite à sa filiale, notamment dans la gestion de son personnel, de celui d'une autre société du même groupe, dont la qualité de co-employeur avait été écartée, en l'absence de toute immixtion dans la gestion du personnel.¹⁵³

Les juges de la Chambre sociale, depuis les années 2011 et 2012, ont une forte tendance à joindre à la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction, la gestion commune du personnel de la société filiale, par la société co-employeur.

¹⁵¹ Pour l'étude de l'évolution des critères du co-emploi, cf Chapitre 1, Section 2, 1§ B p.36

¹⁵² Cass, Soc, 22 juin 2011 n° 09-69.021

¹⁵³ P. Bailly - *Semaine Sociale Lamy* 2011 – 1504

Dès lors, les groupes de sociétés se focalisent sur ce faisceau d'indices et travaillent sur leur politique de ressource humaine pour éviter de voir leur responsabilité engagée sur le fondement du co-emploi.

Il se peut qu'en réaction à un tel développement du co-emploi, les groupes prévoient des politiques sociales de groupe très éclatées qui, à terme, soient défavorables aux salariés.

Des accords de groupe, des accords de participation ou d'intéressement, consolidés au niveau du groupe, qui jadis profitaient à la collectivité du personnel, demain, peut-être, disparaîtront.

La menace du co-emploi risque certainement de dissuader les sociétés d'un même groupe d'organiser une mutualisation de leurs activités sociales et toutes sortes d'avantages aux salariés. A terme, paradoxalement, les salariés peuvent donc voir, un certain nombre d'intéressements, supprimés.

B- La viabilité incertaine du co-emploi avec l'arrivée du projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi

L'avant-projet de loi du 11 février 2013, devenu ensuite projet de loi le 11 avril 2013, *relatif à la sécurisation de l'emploi*, transcrit les dispositions de l'article 20 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 qui réforme les règles en matière de plan de sauvegarde de l'emploi. Il bouleverse l'architecture des recours à la disposition des salariés qui veulent contester la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Jusqu'à présent, le juge judiciaire avait un rôle essentiel dans la procédure de licenciement pour motif économique. Les salariés, dont le licenciement était envisagé, avaient la possibilité de saisir le juge judiciaire des référés pour demander la suspension d'une procédure de licenciement estimée irrégulière.

Le juge judiciaire avait une compétence exclusive pour prononcer la nullité des licenciements intervenus si le plan de reclassement et le plan de sauvegarde étaient jugés insuffisants ou ne respectaient pas les obligations légales.¹⁵⁴

En outre, après que l'employeur ait mis en place le plan de sauvegarde de l'emploi, les juges judiciaires continuaient d'exercer un contrôle sur son exécution.

¹⁵⁴ Cass, Soc, 3 décembre 1996, SA Framatome, Dr Soc. 1997. 24

L'ANI s'intitule « *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés* ». En creux, il signe la volonté de marier flexibilité et sécurisation de l'emploi. Cet accord a également réenvisagé le rôle de l'administration du travail ainsi que celui du juge administratif.

L'administration du travail devra désormais valider les plans sociaux prenant la forme d'un accord collectif, ou homologuer les documents unilatéraux de l'employeur.

Le paragraphe XXV de l'article 13 du projet de loi introduit huit nouveaux articles (L. 1233-57-1 à L. 1233-57-8 du Code du travail) dans le nouveau paragraphe 3 relatif au contrôle du PSE par l'administration.

Selon ces textes, le PSE doit être transmis à l'administration, qui notifie dans les huit jours, sa décision de validation, et dans les vingt et un jours sa décision d'homologation - son silence valant acceptation.

Si le PSE prend la forme d'un accord collectif majoritaire, la décision de l'administration sera éventuellement une décision de validation, alors que s'il s'agit d'un document élaboré par l'employeur, c'est une décision dite d'homologation.

L'administration compétente est celle du lieu où l'entreprise ou l'établissement concerné par le projet de licenciement collectif est établi.

Enfin, sa décision est portée à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur leurs lieux de travail.

L'article L. 1233-57-5 confère dorénavant à la Direccte un pouvoir d'injonction avant la transmission de la demande de validation ou d'homologation.

Le paragraphe XXXVII supprime quant à lui, le premier alinéa de l'article L. 1235-7 du Code du travail qui donne la possibilité de saisir en référé le Tribunal de grande instance pour contester la procédure de consultation des instances représentatives du personnel lors du licenciement économique.

En effet, l'article L. 1235-10 du Code du travail prévoit que, sauf cas de redressement ou de liquidation judiciaire, (L. 1235-10 alinéa 3) « *la procédure de licenciement est nulle tant que le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel qui doivent être réunis, informés, et consultés* ».

Avec le nouveau dispositif législatif, le premier alinéa de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail indique que le PSE et son contenu, ainsi que les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure du licenciement collectif, ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation.

L'hypothétique recours contre la décision de l'administration doit être présenté dans un délai de deux mois par l'employeur, à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation ; pour les salariés et les organisations syndicales, le délai court à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance. Cet article unifie le contentieux relatif aux décisions de la Direccte devant le juge administratif.

Le juge administratif contrôlera désormais ces nouvelles décisions administratives relatives à la procédure de licenciement économique et au PSE.

Si le Conseil des prud'hommes demeurera compétent pour les litiges individuels des salariés licenciés pour motif économique, les syndicats et le comité d'entreprise ne pourront plus se tourner vers le Tribunal de grande instance pour arguer de l'insuffisance du PSE et obtenir la nullité des licenciements.

A terme, c'est donc la jurisprudence du juge judiciaire – et en particulier la jurisprudence relative au co-emploi – qu'il ne sera plus possible d'invoquer pour contrôler et, *a fortiori*, contester un PSE homologué par l'administration.

Les salariés et leurs représentants continueront de pouvoir poursuivre une autre société co-employeur, en cours de procédure, et l'administration du travail, sous la surveillance du juge administratif, aura alors pour tâche d'identifier celle-ci. Cependant, dès l'instant où le PSE

sera homologué et les licenciements notifiés, le plan de sauvegarde deviendra incontestable passé le délai de deux mois (recours administratif).¹⁵⁵

Section 2 – L’encadrement du co-emploi : entre protection du salarié et sécurité juridique

Une part importante de la doctrine tente de guider les juges de la Chambre sociale, en leur proposant de retravailler les critères du co-emploi pour les délimiter davantage et rendre l’utilisation de cette notion plus exceptionnelle (1§) ; tandis que d’autres auteurs, non moins nombreux, développent un plaidoyer pour un retour systématique à la responsabilité civile délictuelle, tout en conservant la notion de co-emploi pour définir la faute civile (2§).

Ces deux solutions, propices à reconstruire les droits des salariés, ne ferment pas complètement la porte au co-emploi, mais le redessinent pour le mettre au profit d’une quête du véritable responsable plus rigoureuse juridiquement.

1§ Circonscrire le co-emploi à la « confusion sociale »

Ecarter définitivement toute référence à la subordination juridique pour admettre l’existence d’une situation de co-emploi emporte le risque d’une manipulation accrue des concepts de droit du travail. Certains auteurs conseillent de s’attarder plus précisément sur une analyse du pouvoir entre les membres du groupe pour atteindre la réalité du lieu d’exercice de la subordination juridique (A). En d’autres termes, si l’exercice du pouvoir est reconnu à l’encontre de la société mère parce que son immixtion dans la gestion sociale de sa filiale rend fictive l’action de cette dernière, le véritable employeur réside en la personne de cette société mère.¹⁵⁶ Abandonner la triple confusion au profit d’un examen de la confusion dans la gestion sociale permet, en outre, de faire se réconcilier les concepts de droit des sociétés et de droit du travail car l’immixtion dans la gestion constitue le point de recoupement de ces deux approches : il est le critère de la confusion sociale ainsi que celui de la direction de fait (B).

¹⁵⁵ R. Vatinet - « Sur le devenir des contentieux des PSE », *La Semaine Juridique Social* n° 19, 7 mai 2013, 1210

¹⁵⁶ P-H Antonmattei – « Groupes de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! » *Semaine sociale Lamy* 2011 – 1484

A- Renouer avec la rigueur juridique de la recherche du lien de subordination pour caractériser le co-employeur, dirigeant de fait.

Les arrêts récents rendus en matière de co-emploi insistent sur un élément qui tend à devenir le socle identitaire de cette notion : « *l'immixtion dans la gestion du personnel de la société employeur* », parfois aussi appelé, l'« *employeur de fait* », ¹⁵⁷ le salarié étant en réalité placé sous la subordination de la société mère et de la filiale. ¹⁵⁸

A titre illustratif, un arrêt de la Chambre sociale rendu le 18 janvier 2011 ¹⁵⁹ énonce dans un attendu de principe que « *l'employeur, qui, sans faute de sa part, n'a plus le pouvoir de donner du travail, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné en raison de décisions de la société mère qui le contrôle, conserve la qualité d'employeur de droit mais perd sa qualité d'employeur de fait au profit de cette dernière* ».

Dans un arrêt du 22 juin 2011 ¹⁶⁰, la société dominante a été reconnue co-employeur car elle « *dictait la conduite de sa filiale, ainsi privée de toute autonomie économique et sociale spécialement dans la direction de son personnel* ». Enfin, dans l'arrêt, dit Briffaz, ¹⁶¹ la Cour de cassation, le 15 février 2012, retient « *l'absence d'autonomie de la filiale en matière de gestion de son personnel* » - « *elle n'avait aucun pouvoir pour leur donner des instructions* » - ce dont il se déduisait que « *la société mère avait un pouvoir de direction et de contrôle sur l'ensemble des salariés de la fille* » et « *qu'ils étaient à son égard en état de subordination* ».

Le véritable responsable apparaît, sans pour autant nier l'existence d'un lien de subordination juridique. Le pouvoir de direction et de contrôle qu'exerce la filiale sur ses salariés l'est en réalité par la société mère. Le lien de subordination juridique réel se trouve entre les salariés de la filiale et la société mère.

Une part non négligeable de la doctrine ¹⁶² invite par conséquent à se détacher de la confusion d'intérêts, d'activités et de direction pour se concentrer sur la seule « *confusion sociale* ».

¹⁵⁷ Cass soc 18 janvier 2011 n° 09-42.451 ; 22 juin 2011 Cass soc n°09-69.021 ; 28 septembre 2011 Cass soc n° 10-12.278

¹⁵⁸ Cass soc 13 juin 2006, n° 04-43.878

¹⁵⁹ Cass soc 18 juin 2011, précité

¹⁶⁰ Cass soc 22 juin 2011, précité

¹⁶¹ Cass, soc, 15 février 2012 n° 10-13.897

¹⁶² . Entre autres : P-H Antonmattei -« Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! » *Semaine Sociale Lamy* – 2011 n° 1484 ; P-H d'Ornano *Semaine Juridique Sociale* n° 50 14 décembre 2010

Celle-ci permettra de mettre en lumière que l'exercice du pouvoir par la filiale, sur ses salariés, est en fait dicté par la société mère.

Le décideur réel du pouvoir est identifié, en se focalisant sur la recherche de la personne morale qui exerce dans les faits le pouvoir de subordination juridique sur les salariés de la filiale.

Pierre Bailly, conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation, met en exergue cette confusion sociale : « *cette confusion établit que l'employeur avec lequel le salarié a conclu un contrat de travail ne dispose en réalité d'aucune autonomie de décision et par-là, que l'autorité qu'il exerce sur son personnel est partagée avec un autre, qui lui dicte sa conduite, spécialement dans la gestion de son personnel, de sorte qu'il n'est plus possible de distinguer chacun des employeurs* ». ¹⁶³ Le conseiller d'ajouter que, c'est bien celui qui prend les décisions les plus graves en matière d'emploi (qui détermine la politique sociale d'une société) qui doit en assumer les conséquences.

En cherchant à centrer le débat sur la localisation du lien de subordination, les juges se réconcilient avec la jurisprudence classique en matière de co-emploi qui envisageait le co-employeur comme un employeur contractuel classique et donc relevaient ce qui l'identifie : l'exercice du lien de subordination sur les salariés.

En effet, par définition, un employeur est « *une personne qui exerce l'autorité caractérisée par le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné.* » ¹⁶⁴ Le lien de subordination juridique est révélateur du pouvoir qui s'exerce sur un salarié.

Pour analyser le lieu où se concrétise le lien de subordination juridique, il faut se concentrer sur l'immixtion dans la gestion sociale de la filiale, et non sur un faisceau d'indices révélant simplement une implication économique de la mère dans la filiale. Pour reprendre l'expression de P-H Antonmattei, c'est une « *analyse sociale du pouvoir entre sociétés qui doit primer* », c'est bien la confusion dans la gestion du personnel salarié de la filiale, et non une confusion économique, qui fonde la qualité de co-employeur de la société mère.

¹⁶³ P. Bailly *Semaine Sociale Lamy* 2011 – 1504

¹⁶⁴ Cass, soc, 12 juillet 2005 n° 03-45.394

L'immixtion dans la gestion du personnel implique souvent une unité de direction du personnel ; en outre, cette ingérence dans la gestion du personnel doit être continue et se manifester en amont des licenciements.

D'autres auteurs¹⁶⁵ ont déjà tenté de définir l'employeur de fait comme « *celui qui s'ingère dans la gestion sociale du personnel de sa filiale en exerçant, soit directement – par une direction confondue – soit indirectement – par l'interposition d'organes de direction dépendants – un pouvoir de direction et de contrôle de l'activité des salariés de celle-ci.* »

Il semblerait judicieux et pertinent juridiquement que la Chambre sociale centre son analyse uniquement sur la gestion du personnel, fasse une étude précise de la politique de ressource humaine de la société mère pour retenir comme critère du co-emploi, la direction de fait du personnel.

Autrement, s'en tenir à une approche économique et à une immixtion dans les choix stratégiques de la filiale conduirait à toucher un nombre trop important de groupes de sociétés et à bouleverser la structure sociale de tout le groupe.

Avec cette approche stricte et plus étroite, la Cour de cassation cantonnerait la jurisprudence relative au co-emploi à sa fonction première : la responsabilisation des groupes et la sanction d'une immixtion excessive et exceptionnelle dans la gestion du personnel de la filiale.

B- Une alliance entre les concepts de droit des sociétés et de droit du travail

En focalisant le co-emploi sur la confusion sociale, la similarité qui existe entre ce concept et la direction de fait en droit des sociétés est mise en évidence.

Pour retenir la direction de fait, les juges doivent identifier des actes positifs, une faute de gestion (une immixtion anormale dans la gestion) ainsi qu'un préjudice (l'insuffisance d'actif de la personne morale).

Des arrêts rendus par la Chambre commerciale ont déjà été amenés à qualifier, un employeur, de dirigeant de fait : « *à la qualité de dirigeant de fait d'une association, l'ancien dirigeant de cette dernière qui a exercé ses fonctions de directeur général sans aucun contrôle du conseil*

¹⁶⁵ G. Loiseau – « Coemploi et groupes de sociétés » – *semaine juridique social* n°47, 22 novembre 2011, 1528

d'administration, et a, en particulier, engagé l'association envers des tiers et mis en oeuvre des sanctions disciplinaires à l'égard des membres du personnel qui le considéraient comme leur employeur. »¹⁶⁶

Le faisceau d'indices retenu pour parler de co-emploi (l'« *immixtion anormale dans la gestion* », « *absence d'autonomie de la filiale* ») est celui également retenu par les juges de la Chambre commerciale pour donner gain de cause aux différents organes de la procédure collective qui agissent sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ; c'est l'immixtion anormale qui constitue le critère déterminant de la direction de fait, ainsi que du co-emploi.

Pour reprendre les propos de Maître Morelli, « *la triple confusion semble, en effet, pouvoir – à tout le moins partiellement – se fondre dans le moule commercialiste de la direction de fait, pour en devenir une sorte de déclinaison en droit du travail* ».¹⁶⁷

Le dirigeant de fait qui s'est immiscé dans la gestion sociale de la filiale est, du même coup, employeur de fait de celle-ci. Dès lors, une fois que la Chambre commerciale a caractérisé la direction de fait, il sera logique que la Chambre sociale retienne le co-emploi, et vice-versa, les critères étant les mêmes.

Un associé reconnu dirigeant de fait sera responsable des dettes sociales ; de même, la société qu'il dirige sera – elle – débitrice des indemnités dues aux salariés de la filiale qui a procédé à des licenciements irréguliers. Le dirigeant de fait accusé d'ingérence dans la gestion sociale de la filiale est employeur de fait des salariés de celle-ci.

Ainsi, rattacher le co-emploi à la direction de fait et caractériser une « *immixtion fautive dans la gestion du personnel* », permettrait de sanctionner les cas où la société mère s'est comportée comme un dirigeant de fait du personnel de la filiale. Il en résulterait une cohérence des jurisprudences commerciales et sociales, ainsi qu'une prévisibilité des décisions ainsi rendues par les deux Chambres.

L'affaire dite *Metaleurop*, est un exemple de ce divorce entre l'approche commerciale et l'approche sociale de la notion d'immixtion d'une société mère dans une de ses filiales. Par l'arrêt du 19 avril 2005, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait écarté toute

¹⁶⁶ Cass. Com. 27 juin 2006 n° 825, F-D Chaieb c/ Garnier ès qual. RJDA 1/07 n° 49

¹⁶⁷ N. Morelli, « Co-emploi : enfin l'arrêt *Metaleurop* ! », *Bull. Joly Sociétés* 2012. 59.

confusion ou fictivité entre la société filiale Metaleurop Nord et sa maison mère.¹⁶⁸ La Chambre sociale le 12 septembre 2012, quant à elle, retient cette immixtion pour engager la responsabilité de la société mère, en ayant recours à la notion de co-emploi.¹⁶⁹

De même, dans l'affaire Sodimédical, il y a également une incohérence entre la décision rendue par la Chambre commerciale et celle rendue par Chambre sociale. Le 3 juillet 2012,¹⁷⁰ la Chambre commerciale de la Cour de cassation pose que la cessation des paiements s'apprécie de façon autonome pour chaque société appartenant au groupe, peu important l'existence d'un groupe ainsi que sa situation économique et financière. « *L'absence d'autonomie entre la fille et la maison mère n'a pas pour conséquence de poser le constat d'une immixtion anormale de la seconde dans la gestion de la première.* » En revanche, la juridiction sociale retiendra dans un second temps la qualité de coemployeur des deux sociétés, la SARL Sodimédical et sa maison mère.¹⁷¹

*« A terme, une jurisprudence sociale sur la direction de fait est ainsi susceptible de voir le jour ».*¹⁷²

2§ Sur le chemin de la réparation

Parallèlement aux actions fondées sur le concept prétorien de co-emploi, certains arrêts de la Chambre sociale accueillent l'action de salariés licenciés qui agissent sur le terrain du droit civil, contre la société mère, en raison de ses fautes, conduisant à la ruine de leur employeur ; cette ruine étant directement liée à leur préjudice personnel : leur licenciement.

Si le fondement du co-emploi tisse entre la société mère co-employeur et les salariés de la filiale, un lien contractuel ; la société mère dont la responsabilité est, cette fois, recherchée sur le terrain délictuel, sera débitrice à leur encontre d'une indemnité, soit du fait de sa filiale (A), soit pour son fait personnel (B).

A- Responsabilité de la société mère du fait de sa filiale

La responsabilité du fait d'autrui est une responsabilité de nature délictuelle.

¹⁶⁸ Cass, com, 19 avril 2005 n° 05-10.094

¹⁶⁹ Cass, soc, 12 septembre 2012, n° 11-12.351

¹⁷⁰ Cass, com, 3 juillet 2012 n° 11-18.026

¹⁷¹ CA Reims, 11 juillet 2012, n° 12/00274, SARL Sodimedical : JurisData n° 2012-018373.

¹⁷² J-Cl Commercial, cote : 01, 2007 Fascicule 2905

C'est à partir de l'arrêt Blieck rendu en 1991,¹⁷³ que la Cour de cassation a développé, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, du Code civil, la responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre. Tous les cas de responsabilité du fait d'autrui engagent la responsabilité de celui qui exerce une autorité sur l'auteur réel du dommage.

Il est envisageable, juridiquement, de tenir la société mère pour responsable, du fait de sa filiale car dans la plupart des groupes de sociétés, elle tient un rôle central dans l'architecture du groupe, et peut être amenée à « *organiser, diriger et contrôler l'activité* » de la filiale ; ces trois verbes étant les trois conditions posées par l'arrêt de principe de 1991, propre à retenir la responsabilité pour le fait d'autrui.¹⁷⁴

La responsabilité du fait d'autrui est un mode de responsabilité objective donc aucune faute de la part de la société mère n'est à prouver par le demandeur.

L'arrêt Blieck s'est également fondé, en sus de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, sur la notion de risque. C'est précisément la théorie du risque qui pourrait servir de fondement pour engager la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale.

En effet, la société mère, par définition, est tenue d'assumer les risques liés à l'exercice de l'activité à l'origine du dommage et ses conséquences, car cette activité est exercée en partie dans son intérêt. Partant de ce postulat, les éventuels dommages - que ce soit sur le plan économique (dégâts environnementaux), ou bien social (licenciements collectifs prononcés suite à la mise en liquidation judiciaire de la filiale) – devront être pris en charge par la société mère, responsable du fait de sa filiale.

Si la théorie du risque peut servir de fondement cohérent pour engager sa responsabilité, il reste également que considérer une société mère, solvable, responsable du fait de sa filiale, permet d'assurer une indemnisation quasi automatique de la victime.

Dans l'arrêt Blieck, un handicapé mental, placé dans un centre d'aide par le travail, avait mis le feu à une forêt appartenant aux conjoints Blieck. La Cour d'appel de Limoges avait condamné le Centre à indemniser ces derniers, bien qu'on ne se trouvât pas dans un des cas spéciaux de responsabilité délictuelle du fait d'autrui prévus par la loi. Cette solution est approuvée par la Cour de cassation.

C'est la préoccupation morale d'indemnisation de la victime qui a guidé les juges à rendre une

¹⁷³ Cass, Assemblée Plénière 29 mars 1991n°89-15.231

¹⁷⁴ Cass, Assemblée Plénière 29 mars 1991n°89-15.231

telle décision. Une motivation similaire pourrait pousser la Chambre sociale à tenir pour responsable la société mère du fait de sa filiale.

Le souci d'imputation matérielle du dommage s'efface derrière le souci d'imputation morale. Peu importe l'auteur matériel, il faut pouvoir indemniser la victime. Même si le responsable n'a pas causé le dommage, n'a pas agi directement, il a profité d'un risque.

Certains auteurs¹⁷⁵ invitent donc la jurisprudence sociale à prolonger la réflexion qui a motivé l'arrêt Blicck, au sujet de la responsabilité des sociétés mères dans le cadre d'un groupe.

Elsa Peskine a analysé la notion d'imputation dans le contexte de groupe de sociétés.

Imputer une action à quelqu'un, *c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable.*¹⁷⁶

Elle encourage les juges de la Chambre sociale à focaliser leur réflexion sur la notion de risque et d'imputation. S'engager dans une organisation, une structure de groupe implique de penser la responsabilité autrement et se détacher d'une approche stricte de la causalité.

Il n'est pas nécessaire que la société mère ait influé sur le processus décisionnel au sein de la filiale, ni qu'elle ait exercé un contrôle réel sur elle ; le fait même de la structure de groupe, de sa situation de domination naturelle sur les autres entités du groupe, fait qu'elle sera débitrice d'un certain nombre d'obligations.

Il ne s'agit pas d'imputer une action, une décision, mais « *de lui imputer les effets d'une décision éventuellement prise par quelqu'un d'autre* ».

Ce qui sous-tend cette approche globale est la volonté de responsabiliser les membres d'un groupe, et d'aller chercher le patrimoine le plus intéressant financièrement, la société la plus solvable, pour satisfaire les demandes d'indemnisations venant de victimes de ces comportements abusifs de la part de certaines sociétés d'un groupe.

Cette exigence morale d'indemnisation des victimes avait motivé la solution de l'arrêt Blicck, elle continue encore d'exercer une certaine influence sur la doctrine d'aujourd'hui, même si aucune décision n'a clairement engagé la responsabilité de la société mère sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil et la notion de risque.

¹⁷⁵ E. Peskine « L'imputation en droit du travail - À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif » - *Revue de droit du Travail*, 2012 p. 347

¹⁷⁶ P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », in *Le juste*, Esprit, p. 41, spéc. p. 60

L'avant projet Catala de réforme du droit des obligations comprend une partie sur la responsabilité, confiée à un groupe de travail présidé par Geneviève Viney.

L'article 1360 de cet avant projet consacre l'existence d'une responsabilité sans faute du fait d'un état de dépendance économique.

Il dispose qu'« *en l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.*

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires. »

Avec l'adverbe « de même », le second alinéa se situe dans le prolongement du premier. Il s'agit donc toujours de cas où le lien de préposition est absent.

Le champ d'application de cet article recouvre des situations dans lesquelles l'activité économique est conduite dans le cadre de relations de dépendance, qu'elles soient de nature contractuelle, économique ou encore capitalistique.

Le projet Catala offre au mot « dépendance » une signification particulière. Elle renvoie à « *la situation de celui qui, bien qu'agissant pour son propre compte, en professionnel juridiquement autonome, n'a pas le contrôle de son activité économique ou patrimoniale* ».

La situation entre la société dépendante et la société contrôlante est assise sur une certaine dépendance et non sur le lien de préposition.

Suite au dépôt de cet avant projet, des incertitudes se sont manifestées.

S'agit-il d'une responsabilité de plein droit ? Aucune réponse n'est donnée. L'exigence du principe cardinal d'autonomie des personnes morales, conduit à donner une réponse négative...

Ensuite, le texte pose que « *le fait* » de la filiale doit être en relation « *avec l'exercice du contrôle* ». Cela conduit à penser qu'un simple fait dommageable ne suffit pas pour engager la responsabilité de la société mère, si ce fait n'est pas en relation avec l'exercice du contrôle que la mère exerce sur la filiale.

Enfin et surtout, les terminologies employées sont floues et l'article ne précise pas de façon précise quel acte pourrait conduire la société mère à voir sa responsabilité engagée.¹⁷⁷

Des critiques venant de toutes parts sont venues répondre à ces incertitudes.

Le rapport fait par un groupe de travail de la Cour de cassation sur cet avant projet, appelle « *les plus expresses réserves* ». Ce groupe de travail met en évidence l'imprécision du champ d'application de la mesure proposée, et les risques qu'elle contient : « *le dépaysement des holding implantées en France* », « *les délocalisations des fonctions de direction et de contrôle de certains pans de l'économie* ».

Il fait également remarquer que le principe de personnalité morale des membres du groupe est heurté par cette disposition.

La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, le 12 janvier 2012, a publié, quant à elle, son rapport¹⁷⁸ concernant le projet de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales. Il souligne qu'au regard de l'importance des enjeux économiques – en particulier, l'« *attractivité de notre territoire pour les groupes de sociétés* » - il serait prudent dans un premier temps, pour apprécier l'opportunité de cet avant projet, de faire une analyse d'impact, un travail d'expérimentation de la nouvelle mesure « Grenelle II » sur la responsabilité des sociétés mères en matière environnementale, pour identifier les situations concrètes susceptibles d'engager la responsabilité des sociétés mères.

Le Mouvement des entreprises de France a aussi évoqué le risque de perte d'attractivité du territoire français si l'avant projet Catala venait à voir le jour.

Ce sont les raisons pour lesquelles, le groupe de travail de la commission des lois¹⁷⁹ a déposé son rapport d'information le 15 juillet 2009, et a rejeté cet avant projet.

¹⁷⁷ B. Fages - « réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères » *Revue des contrats*, 01 janvier 2007 n° 1, p115

¹⁷⁸ Synthèse du rapport de Dominique Norguet, « Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile » – Consultation de la Chancellerie – 12 janvier 2012

¹⁷⁹ Rapport d'information n° 558 (2008-2009)

Il ne s'est pas montré favorable à la consécration d'une responsabilité sans faute du fait d'un état de dépendance économique et estime préférable de favoriser une acception plus souple du comportement fautif d'une personne ayant autorité économique sur une autre, par le jeu de la responsabilité pour faute.

C'est donc la responsabilité civile délictuelle pour faute qu'il s'agit maintenant de développer, fondement opportun à tous les égards.

B- La responsabilité de la société mère pour son fait personnel

Pour que la société tête de groupe soit poursuivie en responsabilité civile délictuelle, sur la base de l'article 1382 du Code civil, les conditions pour agir sur ce fondement doivent être réunies (1) et leurs preuves rapportées par le salarié, demandeur à l'action.

En outre, une telle action est envisageable si le comportement de la société mère s'assimile à celui du dirigeant de fait qui s'est immiscé fautivement dans la gestion de la société, dont il doit assumer la dette sociale (2). La Chambre sociale s'alignerait alors sur la Chambre commerciale pour ne faire allusion qu'aux critères de la direction de fait, tout en conservant l'article 1382 du Code civil pour fonder sa décision.

Une illustration récente de cette jurisprudence est offerte par l'arrêt dit Klarius, rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 31 octobre 2011 (3).

In fine, la responsabilité de la société mère pour son fait personnel semble être, à tous les égards, le fondement à retenir par les juges pour que les demandes de justice sociale soient entendues et satisfaites dans le respect de l'orthodoxie juridique (4).

1- Les conditions pour engager la responsabilité délictuelle de la société mère

L'article 1382 du Code civil fonde le principe général de responsabilité sur la faute. C'est une responsabilité subjective, qui s'appuie sur l'étude du comportement de l'auteur du dommage.

Le demandeur à l'action, pour obtenir réparation, doit prouver une faute la part de l'auteur du dommage (i), un dommage spécial et certain (ii), ainsi qu'un lien de causalité entre la faute et le dommage (iii). Cette action de droit commun fondée sur l'article 1382 du Code civil a été ouverte déjà bien avant le développement du co-emploi, par la Cour de cassation, aux anciens salariés qui cherchaient à engager la responsabilité civile personnelle de la société mère du

groupe. Une part importante de la doctrine insiste aujourd'hui sur l'opportunité de revenir plus systématiquement à ce fondement.¹⁸⁰

i- Une faute

Sans être reconnue co-employeur, une société mère peut être déclarée responsable pour une faute qu'elle a commise et qui cause un préjudice aux salariés.

Le panorama des fautes retenues pour engager la responsabilité de la société mère sur le terrain délictuel est particulièrement hétérogène. La jurisprudence retient aussi bien une abstention, qu'un acte positif ; par exemple, a été récemment jugé constitutif d'une faute causant un préjudice aux salariés « *le fait pour une société mère, d'assécher la trésorerie de sa filiale et ne permettant pas le remboursement d'un prêt* ». ¹⁸¹

D'autres arrêts retiennent la faute lorsque, « *par le transfert litigieux, la société avait éludé les droits et garanties dont les salariés auraient bénéficié en cas de licenciement économique.* » Est ainsi « *caractérisée la faute commise par elle au regard d'une exécution loyale des contrats de travail* » ¹⁸².

Dans le jugement dit Flodor, du 18 août 2009, les juges du fond ont caractérisé une faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en relevant que « *les sociétés du groupe n'avaient pas exécuté l'obligation qui leur incombait* » – « *l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté* » ¹⁸³.

La faute était la suivante : « *le refus de s'impliquer dans la procédure pour aider leur filiale à s'acquitter de son obligation légale de présenter un PSE suffisant* ».

Ainsi, si l'obligation de mettre en place un plan social n'incombe qu'à l'employeur, ¹⁸⁴ les autres sociétés du groupe ont à leur charge une obligation de bonne foi, de coopération à l'égard de la société employeur qui cherche à reclasser ses salariés et peuvent, en conséquence, engager leur responsabilité du fait d'un comportement négligent.

Rien n'empêche juridiquement les salariés, qui se voient privés d'une chance de travailler et d'être reclassés dans une autre société du groupe, d'exercer une action délictuelle envers ce

¹⁸⁰ J. F Césaro – « le coemploi » – *RJS* janvier 2013

¹⁸¹ T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010/11170

¹⁸² Cass soc 21 juin 2006 n° 05-42.418

¹⁸³ TGI Peronne 18 août 2009 n° 07/00856

¹⁸⁴ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-15.776

tiers (société mère, société sœur appartenant au groupe de son employeur) quand celui-ci fait obstacle à l'exécution, par sa société employeur, de son obligation de reclassement.

En outre, certains comportements sont expressément qualifiés de fautifs par la loi. C'est le cas du soutien financier abusif¹⁸⁵ en cas de fraude, de l'« immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur » ou de la disproportion dans les garanties prises en contrepartie des concours consentis, ainsi que la rupture brutale d'une relation commerciale établie.¹⁸⁶

Sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, certaines décisions ont retenu la responsabilité délictuelle de la société mère sur le fondement du soutien financier abusif; par exemple, « *la société mère a accordé et maintenu un crédit à sa filiale, alors même qu'elle ne pouvait ignorer la situation irrémédiablement compromise de celle-ci.* »¹⁸⁷. Dans ce cas, la société mère devra combler l'insuffisance d'actif créée au cours de la période de soutien abusif.

Depuis la loi de sauvegarde, l'article L 650-1 du Code du commerce dispose que : « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.* ». Sur ce nouveau fondement, la responsabilité de la société mère peut donc être engagée au titre d'un concours financier jugé abusif.

Ainsi, il existe une grande diversité des fautes susceptibles d'engager la responsabilité civile délictuelle de la société mère. Mais cette première condition tenant à la faute n'est pas suffisante, encore faut-il relever la présence d'un dommage subi par le salarié demandeur à l'action.

ii- Un dommage spécial et distinct

Pour fonder un droit à réparation, le salarié demandeur doit rapporter la preuve d'un dommage certain, direct et légitime.¹⁸⁸

¹⁸⁵ C. com., art. L. 650-1

¹⁸⁶ C. com., art. L. 442-6, I, 5°

¹⁸⁷ Cass, com, 25 mars 2003 n° 01-01.690, Bull. civ IV n°50, JCP G 2004, II, n° 10164, note Croze H.

¹⁸⁸ Cass, Civ 1°, 9 décembre 1997, Bull civ, I, n° 361

Le dommage doit être certain ; sans dommage, pas de droit à réparation. Ce critère renvoie à l'exigence d'actualité du dommage. Il peut être également certain, mais futur. En outre, la perte d'une chance réelle et sérieuse constitue un préjudice certain, appelant à réparation.¹⁸⁹

Le dommage doit être direct ; cela signifie qu'il doit résulter directement du fait générateur de responsabilité.

Enfin, il doit être légitime. Cette exigence n'est que le prolongement, en matière de responsabilité civile, d'une règle de droit processuel consacrée par les textes : l'action en justice est ouverte « *à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention...* ». ¹⁹⁰

S'agissant de la problématique d'une action exercée contre une société mère, alors que les salariés sont membres d'une filiale en faillite ; la procédure est stricte quant à ces demandeurs à l'action, étant donné qu'elle est gouvernée par le droit des procédures collectives.

En droit des procédures collectives, en principe, le liquidateur judiciaire détient un monopole pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers. Les dispositions du Code de commerce sont claires : « *le mandataire judiciaire, désigné par le tribunal, a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* », à l'exclusion des créanciers pris individuellement.¹⁹¹

Toutefois, l'action individuelle, engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers, est recevable « *s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers* ».

Il est donc possible pour les salariés licenciés, créanciers d'une société en procédure collective, d'agir en justice sur le terrain délictuel, contre les autres membres du groupe.

Ils n'ont pas à démontrer l'existence d'un lien de subordination, en revanche, ils doivent rapporter la preuve d'un acte illégal de la part de la société, qui a eu un rôle déterminant dans la décision de restructurer le groupe et, indirectement, dans celle de licencier le personnel d'une filiale. Ils doivent également apporter celle d'un préjudice spécial et personnel subi en conséquence de cet acte.

Tel sera le cas de salariés licenciés invoquant, par exemple, « *le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale [qui les employait], de la perte de leur emploi ainsi que de la*

¹⁸⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette – *Droit civil, les obligations* – droit privé, précis Dalloz, 7^e édition

¹⁹⁰ Article 31 Nouveau Code de Procédure Civil

¹⁹¹ L. 622-20 du Code de commerce,

*diminution de leur droit à participation dans la société [cédante] et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe [auquel appartenait ladite filiale], ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société ».*¹⁹²

Dans cet arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 14 novembre 2009, la situation était assez particulière car il s'agissait de salariés qui étaient employés par la filiale et qui, par suite de la cession la branche d'activité dans laquelle cette dernière opérait, sont devenus les salariés de la société cessionnaire, devenant leur nouvel employeur.

C'est cette dernière société qui a fait l'objet d'une décision de liquidation judiciaire.

Etant donné qu'elle était cessionnaire, elle n'était pas une filiale intégrée au groupe, placée sous le contrôle de la société mère. Pour autant, la Cour de cassation juge que « *la recevabilité de l'action engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers dépend seulement du point de savoir s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui éprouvé par les autres créanciers.* »

Ainsi, la responsabilité délictuelle de la société mère peut être recherchée par d'anciens salariés de l'une de ses anciennes filiales.

Récemment, un jugement du 1^{er} juin 2012¹⁹³ a reconnu l'existence d'un préjudice moral pour les salariés qui n'avaient pas été licenciés, en jugeant que « *le préjudice qui résulte d'une perte d'emploi ou d'un stress compte tenu notamment de l'incertitude sur la poursuite éventuelle de son contrat de travail est un préjudice spécial, personnel et distinct de l'ensemble des autres créanciers* ».

iii- Un lien de causalité entre le préjudice et la faute

Si le demandeur doit prouver qu'il souffre d'un dommage direct, ce caractère-ci signifie plus exactement que le préjudice doit résulter directement de la faute. En d'autres termes, c'est un rappel de l'exigence de la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage. Le salarié doit donc également rapporter la preuve de cette causalité.¹⁹⁴

¹⁹² Cass, com, 14 novembre 2007 n° 05-21.239

¹⁹³ T. com. Orléans 1^{er} juin 2012 n°2010/11170

¹⁹⁴ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, précité

Il faut que le dommage se rattache directement au fait générateur de responsabilité (la faute) par un lien de cause à effet ; les « *dommages indirects étant ceux qui sont trop éloignés de l'enchaînement des circonstances pour qu'on puisse valablement les rattacher à la faute* ». ¹⁹⁵

S'agissant du salarié, il semblerait précisément qu'il souffre de dommages qui ne sont qu'indirectement provoqués par le fait générateur de responsabilité, la faute de la société mère.

La jurisprudence civile admet que le dommage puisse atteindre, au-delà de sa victime directe et première, des victimes qualifiées d'« *indirectes* » qui subissent ce qui est appelé, un « *préjudice par ricochet* ». ¹⁹⁶

La victime subit un dommage personnel « *par ricochet* », en ce qu'il est le contrecoup que produit sur elle le préjudice de la première victime. Si son dommage lui est personnel, les deux préjudices n'ont pas toujours la même nature. L'un peut être moral ou économique tandis que l'autre sera corporel, par exemple.

Un assèchement de la trésorerie atteint la filiale matériellement et lui cause un dommage immédiat, direct ; elle est la victime première.

En outre, ce dommage matériel atteindra, par contrecoup, le salarié qui subira un préjudice personnel et distinct de celui de la filiale, à savoir la perte de son emploi, car la filiale tombera en procédure collective suite à cet assèchement de trésorerie.

Dans l'arrêt Klarius, rendu par la Cour d'appel de Versailles le 31 octobre 2011 ¹⁹⁷, la faute de la société mère consiste à avoir exécuté une politique commerciale visant à asphyxier la filiale, ce qui a conduit à la cessation des paiements de celle-ci puis à sa mise en liquidation judiciaire. La filiale est donc la victime directe de la faute.

Les salariés, victimes par ricochet, souffrent de la perte de leur emploi, et d'un ensemble de « *préjudices qui sont consécutifs à la cessation d'activité de la société via sa liquidation judiciaire* ».

Il y a donc une véritable autonomie de ce dommage subi par ricochet, par rapport à celui de la victime initiale, car il est personnel au salarié. Pour autant il « *est en relation directe avec le*

¹⁹⁵ A. Bénabent – *droit civil, les obligations* – 11^e édition Domat droit privé - Montchretien

¹⁹⁶ A. Bénabent cf, infra

¹⁹⁷ CA Versailles 31 octobre 2011 n° 10/00578

fait dommageable et trouve sa source dans le dommage causé à la victime ». ¹⁹⁸ C'est bien la faute de la société mère, qui cause l'assèchement de la trésorerie de la filiale qui, *in fine*, causera la perte d'emploi du salarié, les deux étant étroitement liés à la même source (la faute de la société mère).

Il est de jurisprudence constante, que la victime par ricochet puisse souffrir d'un préjudice qui soit matériel ou bien moral. Cette diversité des dommages se retrouve également en la personne du salarié, selon les arrêts. L'existence d'un *«stress compte tenu notamment de l'incertitude sur la poursuite éventuelle de son contrat de travail»* ¹⁹⁹ a été considérée récemment comme un préjudice moral réparable.

Le droit d'obtenir des dommages et intérêts pour la victime par ricochet est conditionné à la preuve, outre du caractère personnel du préjudice, de la réalité de celui-ci, ce qui implique que la victime par ricochet prouve que la victime directe lui procurait des ressources.²⁰⁰

La jurisprudence, désormais, admet que des organismes ayant versé des prestations à la victime directe – employeur – puissent demander au responsable, réparation de ces débours.²⁰¹ De même, un dommage causé à un groupement peut atteindre par contrecoup ses membres, considérés comme des victimes par ricochet par la jurisprudence.²⁰²

La victime par ricochet a donc un droit à réparation autonome, indépendant de la réparation due à la victime première.²⁰³

Par application de toutes ces solutions jurisprudentielles, il semblerait juridiquement cohérent et juste de raisonner sur le concept de victime par ricochet, s'agissant des salariés licenciés par une filiale en procédure collective, du fait de la société mère.

2- L'auteur de la faute, un dirigeant de fait.

La difficulté qui pourrait dissuader un juge judiciaire à retenir la responsabilité civile délictuelle comme fondement pour engager la responsabilité de la société mère, tient à la preuve de la faute commise par cette dernière.

¹⁹⁸ Cass. 2e civ., 23 oct. 2003, Galland c/ SA Axa Assurances n° 01-15.391

¹⁹⁹ T. com. Orléans 1e juin 2012 n°2010/11170

²⁰⁰ Civ. 2^e 2 février 1994, Bull, civ, II, n° 46

²⁰¹ Civ, 1^e, 3 décembre 1985, Bull Civ, I, n° 332

²⁰² Com, 4 mars 1986 Bull, Civ, IV n° 42 pour un associé,

²⁰³ G. Viney « L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet », *D* 1974

C'est une preuve peu aisée à rapporter par le demandeur et à caractériser par les juges. De plus, la grande diversité des fautes qui peuvent être retenues cache une insécurité juridique évidente.

Il faut donc que cette faute soit davantage précisée, afin de donner plus de prévisibilité aux comportements des sociétés du groupe.

Ce sont ces deux difficultés qui amènent à se tourner de nouveau vers les critères du co-emploi.

Il semble en effet pertinent de réutiliser les critères du co-emploi, mais en les alignant strictement sur ceux qui permettent de caractériser le dirigeant de fait en droit des sociétés.

La société mère pourrait être tenue responsable sur le terrain délictuel pour la gestion fautive d'une société filiale ou pour la mauvaise exécution du PSE de cette filiale, en raison de son immixtion dans la gestion de celle-ci, en particulier dans la gestion de son personnel.

Cette immixtion anormale étant le dénominateur commun du co-emploi et de la direction de fait, l'assimilation de la direction de fait à un fait délictuel permet alors à la Chambre sociale d'engager la responsabilité civile de la mère, dirigeant de fait, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.²⁰⁴

L'alliance entre les concepts du droit des sociétés, du droit du travail et du droit civil, semble pertinente pour déterminer le comportement susceptible d'engager la responsabilité civile délictuelle de la société mère. Cette utilisation renouvelée du co-emploi centrée sur l'« *immixtion dans la gestion du personnel de la filiale* » et ainsi calquée sur les critères de la direction de fait, va servir de faisceau d'indices pour caractériser le comportement fautif.

La Chambre sociale sera amenée à apprécier si les conditions de la direction de fait se trouvent réunies dans le cas d'espèce, et le cas échéant, engagera la responsabilité de la société mère sur le terrain de l'article 1382 du Code civil. Plus le contrôle exercé par la société mère sur sa filiale sera important, plus il deviendra possible de mettre en jeu sa responsabilité dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle.

²⁰⁴ Sur la similitude entre co-emploi et direction de fait, cf, Chapitre 2, Section 2, 1§, B. page 68

3- Une illustration récente offerte par l'arrêt du 31 octobre 2011 dit Klarius ²⁰⁵

Par un arrêt du 31 octobre 2011, la Cour d'appel de Versailles a rendu une décision en écartant le co-emploi, et en se plaçant sur le terrain de la faute, pour condamner les sociétés britanniques à indemniser les salariés.

Dans cette affaire, les premières demandes - formées par les salariés et l'AGS - s'élevaient contre les organes de la procédure. Elles arguaient de l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements, du manquement à l'obligation de reclassement, ainsi que de l'insuffisance du PSE.

Le coemploi était le fondement sur lequel ces demandes s'exprimaient.

Mais celles-ci sont rejetées par la Cour, relevant que « *la seule immixtion dans la gestion de la société Klarius SAS, société cible rachetée dans le cadre d'un LBO par la société holding, est insuffisante pour caractériser un lien de subordination des salariés de cette société cible, en l'absence de pouvoir de la société mère, sur les salariés de la filiale.* »

Les salariés trouveront donc satisfaction sur un autre fondement, à savoir la poursuite de la responsabilité civile délictuelle des autres membres du groupe. Une fois les sociétés devenues parties intervenantes au procès, le conseil des salariés a demandé à l'audience de plaidoirie que « *les sociétés-mères versent des dommages-intérêts aux salariés* » sur ce fondement.

C'est donc la faute délictuelle des sociétés Klarius Group Ltd et Klarius UK Ltd qui sera retenue par la Cour d'appel de Versailles.

Cette faute ne consistait pas dans les choix stratégiques de restructurations élaborés par la société mère, mais dans l'abandon d'une filiale à son propre sort - la procédure collective - et dans l'absence de participation de la société mère à son redressement.

La Cour lui a reproché d'*«avoir exécuté une stratégie commerciale délibérée de sociétés britanniques à la tête d'un groupe qui visait à asphyxier la filiale française, en ne mettant en oeuvre ni les restructurations, ni les relances nécessaires, en la maintenant uniquement par un système de trésorerie à court terme, ce qui l'a conduit à une cessation des paiements puis à sa liquidation judiciaire, en organisant une remontée de trésorerie ayant servi à financer la restructuration d'une société britannique, en maintenant des choix économiques irréalistes et*

²⁰⁵ CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578

incohérents à l'égard de la filiale française qui était structurellement déficitaire, le tout afin de permettre aux sociétés britanniques de se réorganiser à moindres frais en s'exonérant des conséquences financières de la faillite prévisible, voire programmée, de la société française. »

Et la Cour a ensuite retenu les arguments suivants :

« *Considérant qu'il résulte du rapport d'expertise comptable, que la décision de fermeture de la société Klarius SAS a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer la propre rentabilité du groupe, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise française, ce qui prive de cause réelle et sérieuse le motif économique tiré de la cessation d'activité de cette société,* » ;

« Considérant qu'il convient de retenir, à la lecture du rapport d'expertise comptable, la responsabilité délictuelle des sociétés britanniques pour avoir mis en oeuvre une stratégie commerciale visant à l'abandon de la filiale française, et ce dans le but de se réorganiser à moindre frais en s'exonérant des conséquences financières de la faillite prévisible, voire programmée, de la société Klarius France (...) ».

La Cour a retenu la responsabilité *in solidum* des sociétés britanniques, et les a condamnées à payer à l'AGS une somme de deux millions d'euros au titre des avances effectuées au profit des salariés. À cela s'ajoutent, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à verser aux salariés.

La Cour d'appel en tira les conséquences concrètes suivantes, s'agissant des demandes sociales :

« Cette faute délictuelle est à l'origine du préjudice spécial et distinct subi par les salariés de la société Klarius SAS, du fait de la perte de leur emploi [...] » ;

« Les préjudices des salariés tous licenciés qui sont consécutifs à la cessation d'activité de la société Klarius France via sa liquidation judiciaire ne sont donc pas liés uniquement aux difficultés économiques du marché, [mais] ont pour origine essentielle les choix d'une stratégie commerciale des sociétés britanniques du Groupe Klarius qui visaient à asphyxier à court ou moyen terme la filiale française aux fins de rentabiliser une réorganisation de l'activité de l'ensemble du groupe ».

La Cour d'appel dans cet arrêt, a voulu rechercher un équilibre, entre liberté d'entreprendre et droit à l'emploi.

En elle-même, une stratégie de groupe qui cherche à optimiser sa rentabilité et, pour cela, pousse une société du groupe à prononcer sa fermeture et opérer des licenciements n'est pas répréhensible « *dès lors que cette stratégie est menée de manière loyale et transparente* ». « *Mais, provoquer volontairement la cessation des paiements d'une société, en vue de faire prendre en charge par la collectivité, le coût social de fermeture, constitue une faute, qui doit être réparée par les voies du droit commun.* ».²⁰⁶

4- *L'efficacité indiscutable du fondement civil délictuel*

Le recours à la responsabilité civile délictuelle paraît opportun à plusieurs égards.

Sur le plan juridique, l'utilisation de l'article 1382 du Code civil, pour engager la responsabilité de la société mère, permet de renouer avec le respect du principe d'autonomie de la personne morale des sociétés du groupe.

Il n'est nullement évoqué une quelconque responsabilité sociale de groupe, l'existence de chaque patrimoine est respectée et, partant de là, les structures de groupe n'ont plus à craindre de devoir redessiner leur politique sociale et de gestion de groupe.

Une seule société sera inquiétée car elle aura commis une faute, causant des préjudices certains et directs à des salariés.

En outre, c'est une réconciliation avec une certaine orthodoxie juridique et avec le principe de l'effet relatif des contrats.²⁰⁷ Ceux-ci appellent à ne retenir le fondement juridique contractuel et l'existence d'un contrat de travail qu'entre un salarié et son employeur contractuel. Or, le co-emploi résultait d'une certaine manipulation des concepts juridique pour créer de toute pièce un co-employeur des salariés de la filiale sur le terrain contractuel, mais sans contrat de travail et sans lien de subordination.

²⁰⁶ E. Serverin, T. Grumbach. « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire Versailles, 31 octobre 2011, RG n° 10/00578 » - *Revue de droit du travail* 2012, p. 49

²⁰⁷ Article 1165 du Code civil

Avec la responsabilité civile délictuelle, la responsabilité d'une société mère, tierce au rapport contractuel, ne peut être engagée que sur le terrain délictuel.²⁰⁸

Sur le plan pratique, le versement de dommages et intérêts aux salariés peut se montrer dissuasif. En effet, ces indemnités, qui sont parfois importantes, constituent une menace pour l'ensemble des sociétés d'un groupe qui chercheraient à restructurer celui-ci, organiser la cessation des paiements d'une filiale en perte d'altitude pour parvenir à licencier un ensemble de salariés de façon irrévocable et à faible coût.

En outre, c'est l'efficacité économique de ce recours qui doit être soulignée, en ce qu'il « *impute le coût final des licenciements aux sociétés décisionnaires, et non à l'entreprise liquidée* ». ²⁰⁹

Pour terminer, il faut relever que le droit des procédures collectives encourage la sanction sur le plan délictuel, d'une société mère peu scrupuleuse, avec la loi du 12 mars 2012 ²¹⁰ dite « *loi Petropolis, relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet* ». ²¹¹

Désormais, quand une société mère organise volontairement l'asphyxie de sa filiale, le liquidateur est tenu de rechercher la responsabilité de la société mère qui aurait une part de responsabilité dans la faillite de celle-ci. Cette récente loi, applicable en cas de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, prévoit que des mesures conservatoires peuvent être ordonnées en justice sur les biens de la tierce personne responsable, qu'elle soit une personne physique ou morale, afin de garantir le paiement de frais « de gestion », incluant toutes les créances indemnitaires des salariés licenciés par l'employeur en cessation des paiements.

Le plan de sauvegarde de l'emploi de cette filiale sera financé par la cession des biens sous mesure conservatoire.

²⁰⁸ Cass, Assemblée Plénière 6 octobre 2006, n° 05-13.255

²⁰⁹ E. Serverin, T. Grumbach. « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire Versailles, 31 octobre 2011, RG n° 10/00578 » - *Revue de droit du travail* 2012, p. 49

²¹⁰ La loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 (dite loi Petropolis),

²¹¹ R. Dammann, S. François, « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation du droit des procédures collectives » - *Recueil Dalloz* 2012, p. 2212

CONCLUSION

La « découverte » d'un employeur solvable, d'un patrimoine payant, avec le co-emploi, présente un intérêt²¹² important pour les salariés victimes des restructurations des groupes de sociétés.

Les salariés qui font l'objet d'un licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse obtiennent ainsi la réparation de leur préjudice, celle-ci ne se trouvant nullement limitée par les plafonds de l'AGS. La notion de co-emploi est en outre, utilisée comme un « *marchepied* »²¹³ qui permet d'accéder à la société mère. Mais les risques engendrés par cette construction jurisprudentielle ont mis en évidence ses limites, tant sur le plan juridique, qu'économique.

Dès lors, une part importante de la doctrine sociale invite les juges de la Chambre sociale à se tourner vers les outils déjà existants dans l'ordre juridique français, et qui permettent d'atteindre eux aussi la responsabilité de la société mère.

Les salariés qui rapportent la preuve d'une faute, d'un préjudice spécial et certain, ainsi que celle d'un lien de causalité entre les deux, peuvent engager la responsabilité de la société mère pour son fait personnel, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La société mère qui s'est immiscée dans la gestion sociale de la société filiale sera qualifiée de dirigeant de fait des salariés de celle-ci, et verra sa responsabilité engagée conformément au droit commun et non pas en application de la théorie du co-emploi, ni de la responsabilité spéciale du droit des sociétés. Le champ d'application de la responsabilité civile délictuelle est alors étendu à ces nouvelles victimes par ricochet.

L'opportunité du recours à la responsabilité civile délictuelle se retrouve à travers de nombreux aspects.

En plus de répondre à la demande de cohérence juridique, la menace d'une action en responsabilité délictuelle revêt un véritable effet dissuasif pour les entreprises. Outre les dommages et intérêts, souvent importants, versés aux demandeurs à l'action, c'est l'image même de l'entreprise fautive qui subit les conséquences d'une condamnation sur le terrain de l'article 1382 du Code civil.

²¹² F. Jault-Seeke « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés » – *Revue de droit du travail* 2007 p. 543

²¹³ M. le Professeur Mazeaud, *Droit social* 2010, p. 738

Cependant, quand bien même la responsabilité civile délictuelle semblerait être le fondement idéal, susceptible d'engager la responsabilité de la société mère en cas d'immixtion fautive de sa part dans les affaires d'une de ses filiales, un obstacle réside dans le droit international privé.

Les deux voies qui permettent de parvenir à responsabiliser les sociétés mères, le co-emploi (où les juges imposent des obligations à la société mère à travers la reconnaissance de sa qualité de co-employeur) et la responsabilité civile délictuelle (qui oblige la société mère à réparer sa faute), intéressent le plus souvent des groupes internationaux où le siège statutaire de la société mère est à l'étranger.

Or, mise à part l'existence de certaines conventions internationales qui gèrent des problématiques de droit international privé ciblées géographiquement, aucun outil légal ou jurisprudentiel ne permet de régler, de façon générale et universelle, le problème, insoluble, de l'effet à l'étranger d'une décision rendue par une juridiction française.

Par principe, un juge français peut engager la responsabilité de la société tête de groupe qui a son siège à l'étranger, en la qualifiant de co-employeur ; la circonstance que celle-ci ait son siège hors du territoire français n'ayant aucune conséquence.²¹⁴

De même, en application de la loi française (*lex loci delicti*), le fait que la société dominante ait son siège statutaire à l'étranger n'est pas non plus un obstacle à sa condamnation, par les juridictions françaises, sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, avec l'article 1382 du Code civil.

Le problème est identique quelque soit le fondement sur lequel la société se voit condamnée.

Dans le cadre international, hors du champ d'application des textes européens sur la procédure d'insolvabilité²¹⁵, une décision rendue par un juge français n'a d'effet sur le territoire étranger qu'après qu'une juridiction de cet Etat ait procédé à l'exequatur de la décision française.

L'exequatur est nécessaire pour que la décision française (reconnaissant la responsabilité civile délictuelle de la société mère) bénéficie, dans un autre pays que la France, de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire.

²¹⁴ Cass com 27 janvier 2010 n° 08-45.579

²¹⁵ Règlement européen (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000

À défaut d'exequatur, la décision française est dépourvue d'autorité de la chose jugée. L'absence d'exequatur induit aussi le défaut de force exécutoire, ce qui interdit de procéder à des actes d'exécution sur les biens du débiteur situés hors du territoire français.

Ainsi, une décision française, qui retient la responsabilité civile délictuelle d'une société qui a son siège social à l'étranger, n'a d'effet que « *dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers* », en d'autres termes, dans la mesure où la décision française obtient l'exequatur dans l'État du siège de la société.²¹⁶

La reconnaissance immédiate et de plein droit des décisions rendues, qui existe en droit européen des procédures d'insolvabilité, n'est pas transposable dans le cadre international où il n'y a aucune coordination, ni harmonisation, des règles de conflit de lois.²¹⁷

Partant de ce constat, la portée des effets d'une action en responsabilité civile délictuelle se trouve limitée dans un cadre transnational.

Dès lors, la nature particulière de la créance salariale nécessiterait de privilégier une politique législative plus préventive, qui permettrait de mieux protéger l'ensemble des salariés.

L'unique sésame résiderait peut être dans la recherche d'autres outils, davantage en amont.

Dans l'objectif recherché par les salariés, d'éviter la fermeture de sites, la proposition de loi contre la fermeture des sites rentables,²¹⁸ dite Florange, actuellement en cours, constitue un exemple des réflexions sur ce sujet en proposant l'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture d'un site, selon le texte, encore à l'état de proposition. Si les salariés considèrent que l'entrepreneur n'a pas fourni les efforts demandés pour trouver un repreneur en refusant les offres qu'ils jugent crédibles, ils pourront saisir le tribunal de commerce qui prononcera éventuellement une pénalité pouvant aller jusqu'à vingt salaires minimums mensuels, par salarié licencié.²¹⁹

Ce type de solution semble toutefois incertain sur le plan juridique, au regard des principes de liberté d'entreprendre, d'établissement et de droit de propriété, constitutionnellement et conventionnellement garantis et protégés.

²¹⁶ Cass. com., 21 mars 2006 : Bull. Joly Sociétés 2006, § 185, note D. Bureau ; Cass. 1re civ., 19 nov. 2002, n° 00-22.334

²¹⁷ M. Menjucq « Effet en France d'une décision de liquidation judiciaire étrangère en l'absence d'exequatur », *Revue des procédures collectives* n°6, novembre 2012, 192

²¹⁸ Les députés socialistes ont présentés à l'Assemblée Nationale le mardi 30 avril 2013 une proposition de loi contre la fermeture des sites rentables

²¹⁹ <http://www.francebleu.fr/infos/la-loi-florange-debarque-l-assemblee-pour-protoger-les-sites-rentables-525598>

Bibliographie

Jurisprudence

Chapitre I

- Com, 13 octobre 1998, n° 96-10.293
- CA de Reims, 11 juillet 2012, n° 12/00274
- Soc, 2 mars 2004, n° 12-41.932
- Com, 12 juillet 2005, n° 02-19.860
- Soc, 10 décembre 2003, n° 01-47.147
- Soc, 31 mai 1956, JCP 1956 II. 9397
- Soc, 28 octobre 2008, n° 0741.984
- Soc, 14 décembre 2005
- Soc, 01 février 2011, n° 09_40.709
- Chambre réunies, 24 mars 1857
- Soc, 12 juin 2001, n° 99-41.571,
- Soc, 10 déc. 2003, n° 01-47.147, Grillot et a. c/ Sté Bostitch Simax
- Com, 2 mars 1976
- Com, 20 juillet 1973, Bull Civ, IV, n° 260 p. 233
- Soc, 13 janvier 2010, n° 08-15.776
- Com, 26 juin 2007 n° 06-20.820
- Com, 19 avril 2005 n°05-10.094
- CA de Douai, 19 septembre 2012, n° 07-01.415
- CA de Douai, 2 octobre 2003, D 2003. 2571. Obs. Lienhard
- Crim, 11 avril 1963, Revue sociétés 1983. 817
- Com, 18 mai 1981, Bull civ IV n° 240 p. 189
- Com, 15 novembre 1978, Bull civ, IV, n° 265 p. 219
- Com, 30 novembre 1993, RJDA 4/94 n° 460
- Com, 3 janvier 1995, RJDA 7/95 n° 902
- Com, 11 juin 1991, RJDA 10/91 n° 852
- Com, 27 octobre 1998, Bull. Joly sociétés 1999 § 40

- Com, 26 juin 2007, n° 06-20.820
- Soc, 2 mars 2004, n° 12-41.932
- Com, 3 novembre 2004, n° 03-11.974
- Com, 8 juillet 2003, n° 01-15.676
- Soc, 13 février 1997, n° 1300 Grands arrêts, 4^e édition, n° 110
- Com, 12 juin 2001, arrêt n° 1150, n° 99-41.571
- Com, 4 juillet 2000, JCP E 2001 p. 713
- Com, 15 mars 2005, n° 003-13.136
- Com, 14 janvier 2004, n° 00-19.418
- Com, 7 décembre 2004, n° 03-12.030
- Com, 25 mars 1997, Dr sociétés 1997, comm. 125
- CA de Paris, 18 mai 2001, Bull Joly 2001, p. 224
- Com, 9 avril 1991, n° 89-17.525
- Com, 15 février 2000, RJDA 2000 n° 1003
- Com, 19 avril 2005, n° 05-10.094
- CA de Douai, 16 décembre 2004
- Com, 10 janvier 2006, n° 04-18.917
- Com, 12 juillet 2005, n°02-19.860
- CA de Douai, 3 nov. 2005, JCP E 2006, n° 1406 note Delattre
- Com, 2 novembre 2005, Nord Est c/ M. Villa
- Com, 27 juin 2006, n° 04-15.831
- CA de Douai, 19 septembre 2012, n° 07-01.415
- TGI de Béthune du 27 février 2007, n° 2006/1253
- Com, 23-11-1999, RJDA 4/00 n° 457
- CA de Dijon, 30-6-2005 n° 04-1777, RJDA 1/07 n° 78
- Com, 30 juin 2009, n° 08-13.464
- Com, 12 juillet 2011, n° 09-72.406
- Soc, 26 avril 2007, n° 05-42.256
- Soc, 23 octobre 1985, n° 83-46.112
- Soc, 1 juin 2004, n° 01-47.165
- Soc, 4 octobre 2007, n° 06-44.486
- Soc, 13 novembre 1996, n°94-13187
- Soc, 15 mars 2006, n° 04-45.518
- Soc, 30 juin 2010, n° 09-67.496

- Soc, 13 mai 1969, n° 68-40.415
- Soc, 18 janvier 2011, n° 09-69.199
- Soc, 31 mai 1956 : JCP 1956, II, 9397, note P. Esmein
- Soc, 30 Novembre 2011 n° 10-22.964, 10-22.965, 10-22.966, 10-22.967, 10-22.968, 10-22.969, 10-22.970, 10-22.971, 10-22.972, 10-22.973, 10-22.974, 10-22.975, 10-22.976, 10-22.977, 10-22.978, 10-22.979, 10-22.980, 10-22.981, 10-22.982, 10-22.983, 10-22.984, 10-22.985, 10-22.994
- Soc, 28 septembre 2011, n° 10-12.278
- CA de Reims, 11 juill. 2012, n° 12/00274, SARL Sodimedical : JurisData n° 2012-018373.
- Soc, 11 novembre 2000, n° 98-40.146
- Soc, 13 janvier 2010 n° 08-15.776
- Soc, 19 juin 2007, n° 05-42.570
- Soc, 12 septembre 2012, n° 11-12..343, 11-12.344, 11-12.345, 11-12.346, 11-12.347, 11-12.348, 11-12.349, 11-12.350, 1819
- Soc, 22 juin 2011, n° 09-69.021
- Soc, 28 septembre 2011, n°10-12.278
- Com, 14 novembre 2007, n° 05-21.239
- Soc, 19 juin 2008, n° 07-42.547
- Soc, 1 juin 2004, n° 01-47.165
- Soc, 10 juillet 2007, n° 06-40.406
- Soc, 28 octobre 2008 n° 07-41.984
- Soc, 14 décembre 2005
- CA de Toulouse, 7 février 2013, n° RG :12/04150
- Soc, 20 février 2013, n° 11-19.305
- CC, 12 janvier 2002, n°2001-455
- Soc, 1^{er} février 2011, n° 09-40.709
- Soc, 27 octobre 1998 n° 96-40.626 à 629
- Soc, 7 avril 2004, n° 01-42.882
- Soc, 28 sept. 2011, n° 10-12.278 à n° 10-12.325 et s., F-D, AGS et a. c/ SA Recylex et a.
- Com, 26 juin 2007, n° 06-17.821, 06-20.820
- Soc, 28 septembre 2010, n° 09-41.243

- Com, 25 mars 2003, n° 01-01.690, Bull. civ IV n°50, JCP G 2004, II, n° 10164, note Croze H.

Chapitre 2

- Com, 21 mars 2006 : Bull. Joly Sociétés 2006, § 185, note D. Bureau
- 1re civ, 19 novembre. 2002, n° 00-22.334 : JurisData n° 2002-016420
- 2° civ, 2 février 1994, Bull, civ, II, n° 46
- 1° civ, 3 décembre 1985, Bull Civ, I, n° 332
- Com, 4 mars 1986 Bull, Civ, IV n° 42
- Com, 27 janvier 2010, n° 08-45.579
- Soc, 21 juin 2006, n° 05-42.418
- Soc, 14 novembre 2007, n°05-21.239
- Assemblée Plénière 29 mars 1991, n°89-15.231
- 1° civ, 9 décembre 1997, Bull civ, I, n° 361
- 2e civ, 23 octobre. 2003, Galland c/ SA Axa Assurances n° 01-15.39
- Soc, 15 février 2012, n° 10-13.897
- Crim, 4 février 1985, n° 84-91.581
- CA de Versailles, ch. Com., 15 juin 2006 n° RG 05/05371
- Soc, 3 décembre 1996, SA Framatome, Dr Soc. 1997. 24
- Soc, 18 janvier 2011, n°09-42.451
- Soc, 22 juin 2011, n°09-69.021
- Soc, 28 septembre 2011, n° 10-12.278
- Com, 27 juin 2006, n° 825, F-D Chaieb c/ Garnier ès qual. RJDA 1/07 n° 49
- Soc, 13 juin 2006, n° 04-43.878
- Soc, 12 juillet 2005, n° 03-45.394
- T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010/11170
- CA de Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578 :
- Soc, 25 mars 2003, n° 01-10.690
- TGI de Péronne, 18 août 2009, n° 07/00856
- Com., 3 juillet 2012, n°11-18.026
- AP, 6 octobre 2006, n° 05-13.255

Ouvrages, manuels, traités

Chapitre 1

- F. Champeaux et S. Foulon, *Dernier Recours – Le monde du travail devant les tribunaux*, Seuil, mars 2012
- P. Didier, *Les sociétés commerciales*, Tome 2 Economica corpus droit privé
- F. Pérochon et R. Bonhomme - *entreprises en difficultés – instruments de crédit et de paiement* - 8^e édition LGDJ Lextenso édition manuel
- Edition Fr. Lefebvre, *Mémento droit social*, 2013
- Le petit Larousse, 2003
- P. Moor *Pour une théorie micropolitique du droit*, coll. Les voies du droit, PUF, 2005,
- Y. Chartier *Droit des affaires*, t II : PUF, 1992,
- M. Germain, *les sociétés commerciales, traité de droit commercial*, tome 1, vol 2, LGDJ 19^e édition 2009

Chapitre 2

- J-CI Commercial, Fascicule 2905
- P. Ricoeur, « *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique* », in *Le juste, Esprit*,
- F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, droit privé, précis Dalloz, 7^e édition
- A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, 11^e édition Domat droit privé – Montchretien

Articles de doctrine

Chapitre 1

- P. Bailly, *Semaine sociale Lamy* n° 1476
- P. Morvan, « le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeurs et co-employeurs », *JCP S* 2010 n°1407
- R. Dammann et G. Podeur, « Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité », *revue lamy droit des affaires* 2007
- B. Rolland, « Metaleurop : l'extension de procédure entre fictivité et confusion de patrimoine – Commentaires de CA Douai, 16 décembre 2004 et de Cass, com, 19 avril 2005 » *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 20, 19 mai 2005, 721,–
- Lienhard - *D.* 2003. 2571

- B. Grelon, « la confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *revue des sociétés* 2006 p. 281
- A. Lyon-Caen, « Retrouver l'entreprise », *revue droit ouvrier* mars 2013
- A. Lienhard, « Affaire Metaleurop : cassation de l'arrêt d'extension de la procédure collective à la société mère », *recueil Dalloz* 2005, p. 1225
- P. Pétel, *La semaine juridique Entreprise et Affaire* n° 36, 8 septembre 2005, 1274
- J.-L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.* 1975, p. 41
- D. Tricot, « les critères de la gestion de fait », *RD patr.* 1996. 24
- D. Poracchia, *Rev. Sociétés* 2006, p. 398
- « les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité », *Revue Lamy droit des affaires* 200716
- R. Dammann et J. Paszkudzki – *Revue D.* 2006, p. 2534
- N. Morelli, « Propos commercialistes sur la « confusion d'intérêts, d'activité et de direction » » *la semaine juridique Entreprise et Affaires* n° 50 10/12/2009 N°2173
- Intervention de B. Chauvet, conseiller à la Cour de cassation, thème 4, « modifications et rupture du contrat de travail : faut-il sortir du périmètre de l'entreprise ? »
- G. Canivet, « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005. 951
- B. Reynès, « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi », *La Semaine Juridique Social* n° 27, 3 Juillet 2012, 1292
- A. Mazeaud, « le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés – Aspect de droit du travail » *Droit Social*, 2010, p. 738
- F. Géa, « Groupe de sociétés et responsabilité – les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor. 13 janvier 2010 », *Revue de droit du travail*, 2010, p. 230
- R. Dammann, S. François, « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation du droit des procédures collectives » *Recueil Dalloz* 2012, p. 2212
- P. Darves-Bornoz et P. Masanovic, « L'Après Sodimédical : que faire ? (à propos de Cass, com, 3 juillet 2012) », *revue droit ouvrier* de mars 2013
- A. Arseguet, « Droit du travail, droit décapant : à propos du co-employeur », *revue des procédures collectives* n° 1, Janvier 2012, dossier 6
- A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société. Aspect de droit du travail » *Droit social* 2010, p. 738

- N. Dedessus-Le-Moustier, « La responsabilité du dirigeant de fait », *revue des sociétés* 1997, p. 499

Chapitre 2

- P. Lagesse et N. Laurent, « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de société lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? », *la semaine juridique Edition Générale* n° 1 7 janvier 2009, I 101
- M. Menjucq, « Effet en France d'une décision de liquidation judiciaire étrangère en l'absence d'exequatur », *revue des procédures collectives* n°6, novembre 2012, 192
- P-H Antonmattei, « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! » *Semaine sociale Lamy* 2011 1484
- R. Vatinet, « La pieuvre et l'Arlésienne » - *droit social* 2010, p. 801
- R. Vatinet, « Sur le devenir des contentieux des PSE », *La Semaine Juridique Social* n° 19, 7 mai 2013, 1210
- P. Morvan, « le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeurs et coemployeurs » *JCP S* 2010 1407
- P. Bailly, *Semaine Sociale Lamy* 2011 – 1504
- A. Lyon-Caen, « Retrouver l'entreprise » *revue droit ouvrier* mars 2013
- P-H d'Ornano, *Semaine Juridique Social* n° 50 14 décembre 2010
- E. Serverin, T. Grumbach, « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire Versailles, 31 octobre 2011, RG n° 10/00578 » *revue de droit du travail* 2012, p. 49
- J. F Césaro, « le coemploi », *RJS* janvier 2013
- E. Peskine, « L'imputation en droit du travail - À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *revue de droit du travail*, 2012 p. 347
- B. Fages, « réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *revue des contrats*, 01 janvier 2007 n° 1, p115
- Table ronde sur le coemploi – *JCP* février 2013
- Y. Pagnerre, « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? » *la semaine juridique sociale* n°39, 27 septembre 2011, 1423.
- P-H Antonmattei, « Groupes de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! » *Semaine sociale Lamy* 2011 – 1484

- N. Morelli, « Co-emploi : enfin l'arrêt Metaleurop ! » *Bull. Joly Sociétés* 2012. 59.
- F. Jault-Seeke, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *Revue de droit du travail* 2007 p. 543
- M. le Professeur Mazeaud, *Droit social* 2010, p. 738
- G. Viney, « L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet », *D* 1974
- G. Loiseau, « Coemploi et groupes de sociétés » *semaine juridique social* n°47, 22 novembre 2011, 1528

Internet

- <http://www.francebleu.fr/infos/la-loi-florange-debarque-l-assemblee-pour-proteger-les-sites-rentables-525598>

Table des matières

SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION.....	5
Chapitre 1- L'émergence du co-emploi, ou la recherche de la « revanche sociale ».....	12
Section 1. L'efficacité limitée du droit des sociétés quant à la recherche du véritable responsable	12
1 § L'action en extension de procédure.....	13
A- La fictivité de l'une des sociétés du groupe	13
1- Les critères de la fictivité	13
2- Les effets de la fictivité	14
3- Les insuffisances de la fictivité	15
B- La confusion des patrimoines des sociétés concernées	16
1- Les critères de la confusion des patrimoines.....	16
2- Les effets de la confusion des patrimoines.....	18
3- Les insuffisances de la confusion des patrimoines.....	19
2§ L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	22
A- Les critères de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et sa mise en œuvre	22
1- Une indépendance dans la prise de décision	23
2- Une activité positive de gestion et de direction.....	24
3- Une faute de gestion	27
B- Les effets de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	28
C- Les réticences à l'admission de la responsabilité pour insuffisance d'actif.....	29
Section 2. L'utilisation du co-emploi dans la recherche du véritable responsable	35
1§ La dualité des critères du co-emploi.....	35
A- Les critères selon l'approche juridique	35
B- Les critères selon l'approche économique	37
2§ Les conséquences du co-emploi cantonnées au droit du licenciement pour motif économique	45
A- Les incidences du co-emploi dans l'appréciation du motif économique de licenciement	45

1-	Le nouveau champ d'appréciation du motif économique de licenciement	46
2-	La portée de la cessation d'activité en présence de co-emploi.....	47
B-	Les effets du co-emploi sur l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi	49
1-	L'insuffisance du PSE et les demandes indemnitaires	50
2-	Une obligation de reclassement démultipliée.....	52
Transition	53
Chapitre 2 –	La place incertaine du co-emploi face au droit français de la responsabilité .	56
Section 1.	Les effets incontrôlés du recours au co-emploi.....	56
1§	Les risques juridiques générés par le co-emploi	57
A-	Une atteinte à la personnalité morale	57
B-	Un mauvais procès par des accusateurs illégitimes ?.....	59
2§	Les risques économiques générés par le co-emploi et sa fin programmée	61
A-	Des politiques sociales bouleversées.....	61
B-	La viabilité incertaine du co-emploi avec l'arrivée du projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi.....	62
Section 2.	L'encadrement du co-emploi : entre protection du salarié et sécurité juridique	65
1§	Circonscrire le co-emploi à la « confusion sociale ».....	65
A-	Renouer avec la rigueur juridique de la recherche du lien de subordination pour caractériser le co-employeur, dirigeant de fait	66
B-	Une alliance entre les concepts de droit des sociétés et de droit du travail.....	68
2§	Sur le chemin de la réparation.....	70
A-	La responsabilité de la société mère du fait de sa filiale	70
B-	La responsabilité de la société mère pour son fait personnel	75
1-	Les conditions pour engager la responsabilité délictuelle de la société mère ...	75
i-	Une faute	76
ii-	Un dommage spécial et certain	77
iii-	Un lien de causalité entre le préjudice et la faute.....	79
2-	L'auteur de la faute, un dirigeant de fait	81
3-	Une illustration récente offerte par l'arrêt du 31 octobre 2011, dit Klarius.	83
4-	L'efficacité indiscutable du fondement civil délictuel	85
CONCLUSION	87
BIBLIOGRAPHIE	91