

Cession d'une société filiale, responsabilité du cédant et nature du préjudice causé aux salariés

rapport de *Marie-Laure Morin*, Conseiller à la Cour de cassation

PLAN

I. Rappel des faits et de la procédure

II. Analyse succincte des moyens

III. Identification du ou des points de droit faisant
difficulté à juger

IV. Discussion

I. Rappel des faits et de la procédure

Les salariés demandeurs sont tous des anciens salariés de la société BEA filiale de la SA Bull qui a été cédée à la société Act Manufacturing France (Act MF). Cette cession est l'un des épisodes des restructurations successives du groupe Bull. La société Bull SA détenait 99,99 % des actions de la société BEA qui avait deux branches d'activités : l'une qui a été cédée à une société membre du groupe Bull, une autre qui a été cédée à la société de droit américain Act MF, membre du groupe Act Inc., par acte du 12 juillet et 31 août 2000, après échec des négociations avec un autre repreneur éventuel.

La société Act MF a été placée en redressement judiciaire par le tribunal d'Angers le 16 octobre 2002 et en liquidation judiciaire le 20 décembre suivant. Les 680 salariés de la société ont été licenciés, aucune solution de reprise n'a été possible, ni aucun reclassement dans le groupe Act Inc. qui n'avait pas d'autres filiales en France et en Europe, la société mère américaine Act Inc., ayant elle-même été déclarée en faillite.

C'est dans ces circonstances que 331 anciens salariés de la société Act MF, ainsi que le syndicat CGT des métaux d'Angers, ont saisi le Tribunal d'instance de demandes en dommages-intérêts dirigés contre la société Bull SA, en alléguant des fautes qu'elle aurait commises vis-à-vis de sa filiale BEA avant la cession ou dans son exécution et qui auraient conduit aux difficultés financières à l'origine, selon eux, de la liquidation de la société Act MF.

Les salariés invoquaient trois types de faute de la société Bull :

a) un abus de position :

- la perception abusive de "management fees" (frais de gestion et d'administration, redevances) qui a fait l'objet d'un redressement fiscal,

- la distribution illicite de dividende aux actionnaires de Bull SA, en violation des dispositions du Code de commerce à l'origine de la diminution des capitaux propres de la société BEA (absence de provision pour des préretraites),

- la perte de plus de la moitié du capital social en 1998 et 1999 et la non-reconstitution du capital social ;

b) Ils invoquaient également une faute dans le choix du repreneur qui n'aurait pas eu la surface financière suffisante et qui n'était pas implanté en Europe, alors que la rupture du contrat avec l'un des principaux clients était annoncée avant même la cession ;

c) enfin dans les deux années ayant suivi la cession, la société Bull s'est fait rembourser une avance de 48 millions de dollars consentie à la société BEA par avance en compte courant.

Ils invoquaient d'une part un préjudice moral, né de la non-exécution d'un engagement qu'aurait pris le groupe Bull, dans le cadre du redressement judiciaire, d'apporter une somme pour financer le plan social, d'autre part un préjudice financier né de la perte de leur emploi, de la perte de droits à participation au sein de BEA, et de la perte d'une chance de bénéficier du plan social du groupe Bull.

Le Tribunal de grande instance d'Angers a estimé que l'action du syndicat fondée sur l'article L. 411-11 du Code du travail n'était pas recevable, en l'absence de préjudice à l'intérêt collectif de la profession, qui n'était pas distinct de celui subi personnellement par les salariés.

Il a estimé en revanche que l'action des salariés était recevable, alors que la SA Bull soutenait en application de l'article L. 621-39 du Code de commerce (1) que seul le liquidateur avait qualité pour agir. Le tribunal a relevé que

(1) NDLR : les dispositions de l'art. L 621-39 ont été transposées à l'art. L 622-20 du Code de commerce par la loi 2005-845 du

26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises.

les préjudices dont les salariés demandaient réparation étaient des *"préjudices particuliers aux demandeurs nés des liens antérieurs qu'ils ont eus avec le groupe Bull et dont les autres créanciers de la société Act MF ne pouvaient pas se prévaloir"*. Après avoir constaté que la SA Bull avait commis des fautes tirées d'un abus de position, mais qu'il n'y avait pas de lien de causalité avec le licenciement, la liquidation de la société Act MF étant due selon lui à l'éclatement de la bulle internet au printemps 2001, après une année florissante où cette dernière avait fait des bénéfices, le tribunal a rejeté leurs demandes.

Sur appel des salariés, la Cour d'appel d'Angers par un arrêt du 5 octobre 2005 a confirmé le jugement en ce

qu'il avait déclaré irrecevable l'action du syndicat, mais il a en revanche estimé que l'action des salariés n'était pas recevable par application de l'article L. 621-39 du Code de commerce, au motif que *"les fautes alléguées sont des fautes générales dans la gestion de la filiale puis dans les conditions de la cession de nature à conduire l'entreprise à la liquidation. A les supposer établies, elles seraient à l'origine du préjudice de tous les créanciers de la société Act MF et ceux-ci seraient fondés à s'en plaindre. Elles ne caractérisent pas des fautes particulières et distinctes à l'origine du préjudice des seuls anciens salariés de la société BEA"*.

C'est l'arrêt attaqué à la fin du premier paragraphe de cette colonne.

II. Analyse succincte des moyens

Le pourvoi soulève deux moyens.

Le premier moyen critique l'arrêt d'avoir déclaré irrecevable l'action du syndicat CGT des métaux d'Angers, en violation de l'article L. 411-11 du Code du travail.

Le second moyen en une seule branche, critique l'arrêt d'avoir déclaré irrecevable l'action des salariés tendant à la réparation des préjudices personnels, moraux et financiers subis par eux du fait des fautes commises par la société Bull SA résultant d'une perte de chance de voir éviter leur licenciement, de la perte du bénéfice des possibilités de reclassement dans le groupe Bull, de la minoration de leur droit à participation antérieure à la cession, et d'une perte de revenu, qui seraient distincts de celui dont le liquidateur peut se prévaloir au nom de l'ensemble des créanciers, de sorte que la Cour aurait

violé les articles L. 621-39 et L. 622-4 du Code de commerce.

Dans leurs observations complémentaires, les demandeurs soutiennent en outre que la solution retenue par la Cour d'appel aboutirait à méconnaître le principe de la relativité des conventions, puisque les salariés agissaient en vertu du contrat initial les ayant liés à BEA, ce qui les plaçait en qualité de tiers par rapport à la faute commise dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire de sorte que le préjudice subi notamment du fait de la perte du bénéfice du plan social, ne pouvait pas figurer au passif de la liquidation d'Act MF. Ils ajoutent que la solution retenue par la Cour d'appel aboutit à les priver de toute possibilité de recours contrairement à l'article 6-1 CEDH, en réparation de ce préjudice.

III. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Détermination du caractère personnel et distinct du préjudice subi par un créancier, de celui subi par tous les

autres créanciers du fait d'un tiers, au regard des articles L. 621-39 et L. 622-4 du Code de commerce.

IV. Discussion

[IV-1 ...]

IV-2. Sur le second moyen :

Ce moyen pose une question délicate dont les solutions divergentes du tribunal et de la Cour d'appel permet de déterminer en partie les termes :

- Selon le tribunal, qui a apprécié *la nature des préjudices allégués*, les préjudices allégués par les salariés sont des préjudices particuliers *nés des liens antérieurs qu'ils avaient avec la société Bull*, dont les autres créanciers ne pourraient pas se prévaloir (perte de

leur emploi, perte des avantages sociaux, participation, plan social dont ils auraient bénéficié s'ils étaient restés salariés de BEA, préjudice moral né du non respect de la société Bull de verser une somme).

- Selon la Cour d'appel les fautes alléguées sont des fautes générales de gestion *à l'origine des préjudices* de tous les créanciers de la société Act Manufacturing.

La recevabilité de l'action dépend-elle de la nature du préjudice subi du fait de la faute d'un tiers, personnel et distinct de celui subi par les autres créanciers, ou plus

précisément du droit propre que les créanciers peuvent faire valoir contre le tiers, ou de la cause du préjudice, c'est-à-dire de la faute commise, qui aurait affecté tous les créanciers ?

Les observations complémentaires [...] posent la question de savoir, si la faute étant reconnue, elle peut ou non permettre la réparation des préjudices allégués dans le cadre de la liquidation. Le caractère distinct du préjudice serait alors caractérisé par le fait qu'il ne peut pas être réparé dans le cadre de la liquidation.

L'action *ut singuli*, c'est-à-dire l'action individuelle d'une personne, distincte de celle que le liquidateur peut exercer au nom de tous les créanciers, a été assez largement admise jusqu'à un arrêt de l'Assemblée plénière du 9 juillet 1993 qui a statué sur la possibilité pour des créanciers d'agir contre une banque dont le comportement avait aggravé le passif d'une entreprise, en réparation de leur préjudice personnel. Cet arrêt décide que : "Attendu que dès lors que le syndic, représentant de la masse des créanciers, exerce l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers... aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir contre le tiers en réparation du préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance, inhérente à la procédure collective" (à propos d'une action du fait de la suspension des intérêts).

Cette solution a été appliquée notamment dans un arrêt de la Chambre commerciale du 3 juin 1997 (2), dans une hypothèse où en raison de la carence du liquidateur, un créancier avait exercé l'action *ut singuli* dans l'intérêt collectif des créanciers à l'encontre d'un tiers dont la faute aurait aggravé le passif du débiteur. Cet arrêt ne précise pas les critères du préjudice personnel et distinct qui pourrait fonder une telle action, le créancier ayant agité dans l'intérêt collectif des créanciers.

Un arrêt du 4 mars 2003 (3), précise pour sa part que la fraction personnelle du préjudice subi par l'ensemble des créanciers n'est pas distincte de ce dernier, si bien que l'action dans l'intérêt collectif des créanciers ne pouvait être exercée que par le liquidateur.

L'irrecevabilité est par ailleurs d'ordre public (4). Dans cette affaire a été déclarée irrecevable l'action d'un syndicat de copropriétaires en paiement de charges de copropriété à l'encontre d'un tiers qui avait prêté à une société qui avait acquis des biens immobiliers dans cette copropriété et été mise en liquidation.

Par ailleurs il a été récemment jugé que lorsque les opérations de liquidation sont clôturées pour insuffisance d'actif, sans que le liquidateur ait agité contre un tiers, les

créanciers ne peuvent pas agir à titre individuel pour réparation d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui des autres créanciers, sans pour autant que cela constitue une atteinte à l'article 6-1 CEDH, que le moyen invoquait (5).

Dans toutes ces hypothèses les créanciers exerçant l'action *ut singuli*, agissaient en réalité sur le fondement d'une créance produite à la liquidation.

En revanche a été jugé recevable l'action d'un emprunteur en nullité d'un prêt contre une banque, alors que le co-emprunteur était en liquidation (6). Il semble que la solution soit fondée sur le fait que le préjudice de l'emprunteur est distinct de celui des créanciers du co-emprunteur, dans la mesure où l'emprunteur n'agissait pas comme créancier du co-emprunteur, mais sur le fondement d'un lien de droit direct avec le prêteur.

Il a également été jugé qu'était recevable l'action d'une société mère, dirigée contre des banques, en réparation du préjudice moral subi et pour perte de chance de n'avoir pas à honorer une lettre d'intention établie pour une filiale qui avait ainsi obtenu des concours bancaires qui ont été brutalement interrompus, ce qui avait été à l'origine de la cessation de paiement de la filiale, au motif que ce préjudice était distinct de celui né de la perte de sa participation dans sa filiale (7). Là encore il semble que l'action soit fondée sur un droit propre de la société mère contre les banques qui avaient prêté à la filiale sur la foi de la lettre d'intention, sans que la créance correspondant à la faute des banques, ne figure au passif de la liquidation, l'arrêt condamne d'ailleurs la société au remboursement des sommes dues par la filiale sur le fondement de la lettre d'intention.

Enfin nous avons jugé que l'action en reconnaissance d'un contrat de travail d'un dirigeant, dont la société avait été mise en liquidation, étant exclusivement attachée à la personne du salarié, et était recevable (8).

Il semble résulter de cette jurisprudence sur l'application de l'article L. 621-39 du Code de commerce et sous réserve de l'analyse autorisée des spécialistes, que l'action personnelle contre un tiers fautif est recevable, soit lorsqu'il y a un lien de droit direct entre la personne et le tiers, soit lorsque l'action est attachée à la personne du demandeur, si bien que le liquidateur ne peut pas l'exercer, soit encore lorsque le préjudice subi est un préjudice purement personnel (préjudice moral, perte d'une chance) et ne découle pas d'une créance produite à la liquidation, le demandeur serait-il par ailleurs créancier.

La doctrine pour sa part souligne qu'il résulterait de l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1993 que le préjudice collectif est celui inhérent à la procédure collective, ce qui conduit à déclarer irrecevable le préjudice lié à la

(2) BC IV n° 163.

(3) Com. 4 mars 2003 BC IV n° 37.

(4) Com. 4 octobre 2005, BC IV n° 195.

(5) Com. 16 mai 2006, n° 0417362.

(6) AP 4 mars 2005, B n° 2.

(7) Com. 11 janvier 2005, n° 02-12370.

(8) Soc. 13 juillet 2004, BCV n° 217.

dépréciation de la créance, et les conséquences dommageables de leur immobilisation. Ne pourrait ainsi invoquer un intérêt distinct de celui des autres créanciers que celui qui a été victime d'une escroquerie du débiteur, ou celui qui n'a pu encaisser une créance d'un tiers avant l'ouverture de la procédure du fait de la faute de ce tiers (9).

Elle souligne également que toute action individuelle contre un tiers fautif, fondée sur l'article 1382 du Code civil, parallèle à celle des organes de la procédure est proscrite dès lors que le préjudice invoqué par eux est inhérent à cette procédure collective, ce qui reviendrait à exclure toute action individuelle, sous couvert de la distinction entre préjudice collectif et préjudice individuel (10).

Mais ce dernier auteur relève qu'il serait plus juste de retenir comme critère de l'action individuelle la notion de "droit propre du créancier" et non celui de "préjudice individuel", ce qui expliquerait que le créancier est recevable à agir contre une société mère lorsqu'a été conclu avec elle une convention, un cautionnement ou une lettre d'intention ferme ; il a alors un droit propre contre un patrimoine tiers, auquel aucun autre créancier ne peut prétendre, le représentant des créanciers n'ayant pas vocation à représenter l'intérêt lié à ce droit propre (11).

En l'espèce la question posée n'est pas celle de savoir si les fautes alléguées étaient ou non la cause de la liquidation de la société Act MF et donc la cause du

licenciement des demandeurs (le tribunal avait estimé que tel n'était pas le cas), mais avant même de déterminer l'existence de faute et du lien de causalité avec le licenciement, si les salariés étaient recevables à agir contre la société mère de leur ancien employeur. Au vu de la jurisprudence citée, deux raisonnements semblent possibles :

- soit l'on considère que les fautes alléguées à l'encontre du tiers étaient de nature à diminuer l'actif ou à aggraver le déficit du débiteur, ce qui était à l'origine du licenciement des salariés, le préjudice subi étant alors commun à tous les créanciers ;

- soit l'on considère que quand bien même les fautes commises aurait contribué à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du déficit au détriment de tous les créanciers (préjudice collectif, dont le préjudice né du licenciement lui-même n'est pas distinct), les salariés avaient des droits propres résultant de leur contrat de travail avec la société BEA qui auraient été méconnus compte tenu des fautes commises dans la cession et l'exécution de la cession de leur ancien employeur et source d'un préjudice distinct de celui directement né de leur licenciement, tiré de leur préjudice moral, de la diminution de leurs droits à participation (dans la société BEA) et de la perte de chance de bénéficier du plan social du groupe Bull, droits propres que le liquidateur ne pouvait pas exercer.

Marie-Laure Morin

(9) Juris-class. *Procédures collectives*, fasc. 2720 n° 58.

(10) Ch. Hannoun, Juris-class. *Procédures collectives*, n° 3190 n° 36 et s.

(11) *ibid.* n° 42.

Annexe

LICENCIEMENT – Caractère illicite – Filialisation d'activités par transfert partiel d'actifs – Cession de la filiale – Cessionnaire placé ultérieurement en liquidation judiciaire – Action en responsabilité des salariés à l'encontre du cédant – Recevabilité.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 14 novembre 2007

A. et a. contre SA Bull

(...)

Sur le second moyen :

Vu les articles L. 621-39 du Code de commerce dans sa rédaction applicable, ensemble l'article 1382 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Bull SA a cédé par actes des 12 juillet et 31 août 2000 à la société Act manufacturing France (Act MF) une branche d'activité de sa filiale, la société BEA dont elle détenait 99,99 % des actions puis que par jugements du Tribunal de commerce d'Angers des 16 octobre 2002 et 20 décembre 2002 la société Act MF a été placée en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire ; que les 630 salariés de la société ont été licenciés ; que 334 d'entre eux ont saisi le Tribunal de grande instance de demandes en dommages et intérêts fondées sur les préjudices moraux et financiers qu'ils disaient avoir subis du fait de leur licenciement, en raison des fautes commises, selon eux, par la société Bull SA vis-à-vis de sa filiale ;

Attendu que pour déclarer irrecevable l'action individuelle des salariés, l'arrêt retient que les fautes alléguées contre la société Bull SA sont des fautes de caractère général dans la gestion de la filiale, qu'à les supposer établies, elles seraient à l'origine du préjudice de tous les créanciers de la société Act MF et ne caractériseraient donc pas des fautes particulières et distinctes à l'origine du préjudice des seuls salariés de la société BEA ;

Attendu cependant 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 évoqué par les autres créanciers ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les salariés invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de

bénéficiaire des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société Act MF, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, sauf en ce qu'il a déclaré irrecevable l'action du syndicat CGT des métaux et parties similaires

d'Angers, l'arrêt rendu le 5 octobre 2005, entre les parties, par la Cour d'appel d'Angers ; remet, en conséquence, sur les autres points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Poitiers.

(Mme Collomp, prés. - Mme Morin, rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau, av.)

Note.

Près de 400 pièces (dont la plupart consiste en des documents de plusieurs dizaines de pages), 660 salariés, cinq ans de procédure, trois décisions de justice à ce jour, voici en quelques chiffres ce dossier dont sera saisi dans quelques semaines la Cour d'Appel de Poitiers qui usera de son pouvoir souverain pour dire si les ex salariés de Bull peuvent prétendre à une indemnisation du préjudice que leur a fait subir leur ancienne société-mère.

Le défi

Dans les années 1990, 660 salariés travaillent sur le site de Bull Angers à la fabrication de cartes électroniques et de circuits impression. A cette époque, l'activité est florissante, mais les nuages de l'éclatement de la bulle Internet sont déjà dans les esprits des concepteurs de la politique industrielle ; il faut aussi prévoir le jour où les clients se fourniront en Asie.

Bull sait ce que signifie s'adapter à la demande et combien lui coûtent les plans sociaux (au printemps 2003, l'Etat a versé à Bull une « aide à la restructuration » de 517 millions d'euros. Cette aide sert à financer les plans sociaux à raison de 50.000 € par salarié licencié). D'où ce triple défi que Bull doit s'approprier à relever le moment venu : se séparer d'une activité vouée à disparaître, éviter le coût d'un plan social de 660 salariés et répondre à un besoin urgent et constant de trésorerie.

La stratégie

Le 13 septembre 1995, la société d'informatique Bull SA, filialisait son activité de fabrication de cartes électroniques en créant la société BEA par apport partiel d'actifs ; Bull SA devient actionnaire majoritaire à hauteur de 99,99 % de BEA.

Après avoir successivement perçu de sa filiale BEA des redevances ("managements fees") abusives, procédé à une distribution illicite de dividendes de sa filiale BEA, refusé de reconstituer les capitaux propres de sa filiale BEA devenus inférieurs à la moitié du capital social, la Société Bull SA s'empressait de céder la totalité du capital de sa filiale BEA devenue exsangue à un groupe américain (Act inc.) qui financera cette acquisition en vampirisant à son tour la filiale devenue Act Manufacturing. Malgré les vives inquiétudes manifestées lors de la réunion du comité d'entreprise du 14 juin 2000 qui précéda la cession intervenue le 31 août 2000, les 660 salariés ne purent s'opposer à cet enrôlement forcé chez ACTMF, pas plus qu'ils n'avaient pu s'opposer cinq ans plus tôt au transfert de leur contrat de travail lors de la filialisation de BEA.

Le résultat est le suivant :

- 1) Bull a perçu plus de 140 millions d'euros ;
- 2) deux ans après la cession, ACTMF est en liquidation judiciaire, mais Bull SA n'a pas à contribuer aux pertes puisqu'elle n'en est plus actionnaire ;
- 3) les salariés d'ACTMF sont licenciés, mais peu importe : Bull SA n'étant pas leur employeur, elle n'a pas à financer de plan social.

Compte tenu du traumatisme social que représentait ce naufrage économique et social entraînant la perte sèche de 660 emplois, le préfet de Maine-et-Loire ne put que tenter une négociation à laquelle furent sommés de participer le liquidateur d'ACTM et des dirigeants de Bull SA.

Au cours de ces négociations, Bull fit la promesse de verser six millions d'euros qui viendraient abonder un plan de sauvegarde de l'emploi ; constatant que cette somme ne serait pas payée (et elle ne le fut jamais), les salariés occupèrent leur usine.

S'ensuivit une procédure de référé-expulsion. Dans son ordonnance, le président déplore le refus opposé par Bull à la proposition de médiation judiciaire faite par le liquidateur d'ACTM en ces termes : « *Attendu en conséquence qu'il incombera à la société Bull d'assumer la responsabilité, et à tout le moins la responsabilité morale, ainsi que toutes les conséquences de son refus ; mais à cet égard, il suffit de se référer aux motifs des précédentes ordonnances que nous avons rendues, d'abord le 11 octobre 1999 (Bull c/ Comité d'entreprise) au moment où elle a transféré diverses activités à ses filiales, puis le 5 septembre 2002 (Act c/ Comité d'entreprise)* »

pour constater qu'elle gère aussi bien sa stratégie économique et financière que sa stratégie en matière de ressources humaines par l'intérêt qu'elle porte au sort de ses salariés, actuels ou anciens ».

Dans les jours qui suivirent 324 des anciens salariés de BEA/ACTMF ont assigné Bull SA en justice, afin que soit reconnue à leur égard sa responsabilité civile délictuelle. L'auteur de ces lignes est leur Avocat. L'action est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil. Il appartient donc aux demandeurs de démontrer l'existence : d'une faute (A) ; d'un préjudice (B) ; d'un lien de causalité (C).

A. Les fautes

1) Abus de position de Bull SA sur BEA

1.1) Perception abusive de *management fees* par Bull sur BEA

Le caractère abusif de cette perception est incontestable, l'Administration fiscale ayant établi que Bull SA avait procédé à des surfacturations pour un montant total de plus de 7 millions d'euros au cours des années 1997 à 1999. Il en est de même au titre de l'année 2000, mais le contrôle fiscal ne portait que sur les exercices 1997 à 1999.

1.2) Distribution illicite de dividendes de BEA au profit de Bull SA

Si le 30 juin 1999 Bull SA a pu décider à son profit d'une distribution de dividendes à hauteur de 52 millions de francs au titre de l'exercice 1998, c'est uniquement parce qu'une provision de 133 millions de francs au titre des plans de pré-retraite progressive n'a été volontairement inscrite qu'en 1999, au lieu de 1998. Les comptes annuels de 1998 ne donnaient donc pas une image fidèle de BEA.

1.3) Refus de Bull SA de reconstituer les capitaux propres de BEA

Au 31 décembre 1999, les capitaux propres de BEA deviennent inférieurs à la moitié du capital social. Le conseil d'administration de BEA, présidé par l'un des plus hauts cadres de Bull, n'enclenche pas la procédure nécessaire à la reconstitution des capitaux propres (art. L 225-248 du Code de commerce). Les actions BEA seront cédées six mois plus tard...

2) Faute dans le choix de l'acquéreur des actions BEA

Comme le prouve une lettre du 30 août 2000, jour de la cession des actions BEA, signée du vice-président de Bull SA, Bull SA savait, avant la cession, que EMC2, le client représentant plus de 60% du chiffre d'affaires de BEA, avait décidé de se tourner vers d'autres fournisseurs. L'activité de BEA étant amputée de 60% à court terme, la survie de la société était plus que compromise au jour de la cession.

Dans ces conditions, et après les vampirisations successives de BEA, Bull SA s'est empressée de céder la totalité du capital de BEA à Act INC, seulement au quinzième rang mondial, très endetté par le financement de sa croissance externe, et ne disposant d'aucun établissement en Europe...

Au surplus, Bull savait pertinemment qu'Act avait prévu de financer cette acquisition par la ponction de 48 millions de dollars sur la trésorerie de BEA, et donc par une nouvelle vampirisation, ce qui ne laissait décidément aucune chance de survie à la filiale cédée !

B. Le préjudice

Le préjudice des salariés est très important : après 30 ans d'ancienneté pour beaucoup d'entre eux, ils perdent leur emploi, toute possibilité de reclassement interne, et surtout le bénéfice de l'indemnité plancher de 48.000 € prévue par les plans sociaux Bull... Ils ont par ailleurs perdu les sommes qui leur revenaient au titre de la participation salariale, les résultats de BEA ayant été minorés du fait de l'abus de position commis par Bull SA sur BEA. Leur préjudice moral est également très important, les perspectives d'emploi étant restreintes.

C. Lien de causalité entre les fautes de Bull SA et le préjudice des demandeurs

Le redressement judiciaire de BEA/ACTMF a été prononcé parce qu'elle ne pouvait recourir qu'à un actif disponible de seulement 1 million €, pour un passif exigible d'environ 5 millions €.

Or, si BEA/ACTMF avait pu bénéficier des sommes dont elle a été privée du fait des vampirisations successives (« *management fees* » : 7 millions € ; distribution de dividendes : 8 millions € ; ponction par Act INC : 28 millions €), jamais la procédure collective ayant débouché sur les licenciements des salariés et sur leurs préjudices n'aurait été ouverte.

C'est donc de cette affaire qu'a eu à connaître la Cour de cassation le 14 novembre 2007. La Cour de cassation n'avait (malheureusement) qu'à statuer sur la recevabilité de la demande puisque, sans examen au fond, la Cour d'appel d'Angers avait déclaré d'emblée l'action des demandeurs irrecevable en ces termes :

« Toutefois, il apparaît que les fautes alléguées sont des fautes de caractère général dans la gestion de la filiale puis dans les conditions de la cession, de nature à conduire l'entreprise à la liquidation. A les supposer établies, elles seraient ainsi à l'origine du préjudice de tous les créanciers de la société Act MF et ceux-ci seraient tous fondés à s'en plaindre. Elles ne caractérisent pas des fautes particulières et distinctes à l'origine du préjudice des seuls anciens salariés de la société BEA.

Le fait dommageable né des fautes de la société Bull, à l'origine du préjudice dont les appelants demandent réparation n'est donc pas distinct de celui dont le liquidateur aurait pu se prévaloir pour rechercher la responsabilité de la société Bull au nom de l'ensemble des créanciers.

Les préjudices allégués sont inhérents à la procédure collective.

Il en résulte que l'action engagée par les appelants n'est pas recevable.

Il est indifférent à cet égard que le liquidateur n'ait pas cru devoir engager lui-même une action en responsabilité et ils ne peuvent se substituer à son inertie.

Ils ne peuvent non plus arguer du fait que les dommages-intérêts susceptibles de leur être alloués n'avaient pas vocation à profiter à l'ensemble des créanciers de la société ».

Outre que la Cour d'appel a confondu faute et préjudice, stigmatiser « l'inertie » du liquidateur était de peu de secours pour les victimes car à supposer que ce dernier obtienne quelques dommages et intérêts de Bull SA à l'issue de son action en comblement de passif, les ex salariés d'Act n'étant pas créanciers de la liquidation Act n'auraient rien à espérer de la distribution au marc le franc.

Le 14 novembre 2007, la Cour de cassation a fait justice de cet arrêt en deux attendus : « Attendu cependant 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 évoqué par les autres créanciers ; Qu'en statuant ainsi, alors que les salariés invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société Act MF, la Cour d'appel a violé les textes susvisés » (ci-dessus).

La voie reste donc ouverte pour les ex salariés BEA de se voir indemnisés de la privation de l'indemnité du plan social que leur devait Bull si, après trente ans d'ancienneté, plutôt que de les « embarquer sur (un) navire promis au naufrage » (Alain Supiot, Droit Social n° 3, mars 2006 p. 267, n. 47), leur société-mère les avait conservés sur le navire amiral.

Même si les questions juridiques concernent plus la cession des titres de BEA que la filialisation opérée en amont, il convient d'appréhender l'opération dans son ensemble, la filialisation n'ayant pour but que de permettre la cession ultérieure. Sans la filialisation, les 660 salariés ne seraient jamais devenus des « malgré nous ».

En présence d'une telle opération, force est de constater que la législation créée pour protéger les salariés se retourne aujourd'hui contre eux.

Peut-on parler d'"abus d'obligation" ?

Le fait est que les ex-Bull ont été contraints d'agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil une fois leur préjudice consommé, faute d'avoir eu les moyens en amont pour s'opposer à ce qui était mis en place non sans cynisme.

Gageons que Alain Supiot soit entendu : « Le statut salarial doit aujourd'hui s'ouvrir à la liberté et à la responsabilité des salariés, qui ne peuvent plus être traités comme de simples appendices des machines, transférables comme elles et avec elles. Le législateur communautaire le dit expressément dans les considérants de la directive 98/50/CE du 29 juin 1998, qui présentent la participation des travailleurs comme l'une des conditions de la réussite des restructurations. Le législateur français vient d'en tenir compte en consacrant explicitement le droit d'opposition du salarié en cas de transfert d'une entité économique à une personne publique.

Reste un pas à franchir par la Chambre sociale pour se mettre en conformité avec les droits fondamentaux du travailleur et le droit communautaire applicable au transfert d'entreprise. Ce pas consiste à renoncer à l'envers de l'article L. 122-12 et à reconnaître clairement à tout salarié la liberté d'accepter ou non l'application de l'article L. 122-12 à son contrat de travail » (ibid., p. 271).

Jean-Pierre Bougnoux, Avocat au Barreau d'Angers