

Licenciement pour motif économique et responsabilité des groupes de sociétés

par *Pierre-François LEGRAND*,
 Doctorant à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. La responsabilité extra contractuelle ou quasi délictuelle des groupes de sociétés en matière de licenciement économique.

- A. L'échec de l'action *Flodor*
- B. L'échec dans l'action *Flodor*
- C. Le caractère artificiel des difficultés économiques, fondement d'une action quasi délictuelle

II. Autonomie et personnalité morale : l'action en responsabilité contractuelle révélée par l'interposition frauduleuse de personne morale.

- A. L'action suspecte *en nom propre pour le compte d'autrui*
- B. L'interposition frauduleuse de personne morale en matière d'obligation sociales
- C. La conséquence contractuelle de l'interposition frauduleuse de société

Si l'on en juge par les déboires récents des groupes *Métaleurop*, *Molex*, *Continental* ou encore *Caterpillar*, il n'est plus à démontrer que les sociétés holdings et autres sociétés-mères, souvent étrangères, ne laissent à leurs filiales qu'une marge d'appréciation, et d'action, restreinte, voire inexistante. De ce fait, la thématique du licenciement pour motif économique a tendance à se complexifier dès lors qu'elle s'envisage dans le contexte d'un groupe, puisqu'en droit positif français (aussi bien en droit social qu'en droit commercial), celui-ci n'a pas d'existence juridique. Seules les sociétés le composant bénéficient, au nom du *principe de l'autonomie de la personnalité morale* (1), d'un traitement juridique, tandis que le groupe est tout au plus un périmètre de recherche de reclassement en matière de licenciement pour motif économique, un niveau de négociation collective et un périmètre d'information et de consultation d'instances représentatives du personnel.

Pourtant, du fait des imbrications de sociétés permises par le législateur depuis 1995 (avec l'invention de la société unipersonnelle (2) et la création de la société par action simplifiée (3)), la composition des groupes s'est intensément complexifiée et perturbe l'appréciation des causes économiques de licenciement. De ce fait, par division de l'entreprise en sous-ensembles dits *autonomes*, les groupes ont réussi à abaisser leur niveau de responsabilité, civile en général et sociale en particulier.

La question de la responsabilité des *groupes* n'est cependant pas une problématique nouvelle et certaines branches du droit privé ont déjà franchi le pas (4). En droit social, l'idée de recomposer l'entreprise et de passer outre le principe d'autonomie de la personnalité morale a aussi naturellement fait son chemin. Cette intention s'est alors traduite en premier lieu par l'idée de démultiplier la qualité d'employeur, afin d'engager la responsabilité contractuelle d'un autre employeur

Cependant, la responsabilité d'un groupe relativement à ses salariés est délicate, et ne se limite probablement pas à sa seule responsabilité contractuelle, l'engagement de sa responsabilité civile extracontractuelle ou quasi délictuelle étant aussi envisageable (I), si tant est que la responsabilité sociale du groupe se limite quant à elle à la seule caractérisation d'un co-employeur (II).

(1) Aussi appelé *principe de l'indépendance de la personnalité morale*.

(2) Grâce à laquelle l'unique associé est curieusement associé exclusivement avec lui-même.

(3) Souvent présentée, à tort, comme une porte ouverte à la *fraude légale*.

(4) Notamment le droit de la concurrence et le droit de l'environnement.

I. La responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle des groupes de sociétés en matière de licenciement économique

A L'échec de l'action *Flodor*

1. Une action quasi délictuelle inédite

Le versant contractuel n'est pas l'unique voie de l'engagement de la responsabilité des autres sociétés du groupe, comme le montre notamment la récente affaire connue sous le nom de « *Flodor* » ou « *Unichips* ».

Le propre de cette action en justice, mise en mouvement entre 2005 et 2010, est justement de faire appel à la responsabilité quasi délictuelle des diverses sociétés d'un même groupe de manière originale, afin d'obtenir la réparation que les salariés n'ont pu avoir par la reconnaissance d'un co-employeur de la société filiale-employeur.

A la suite de la cessation d'activité de l'entreprise, et de la mise en liquidation judiciaire en février 2005, de la Société anonyme Péronne Industrie (société du groupe italien Unichips), le mandataire liquidateur avait établi un plan de sauvegarde de l'emploi préalable au licenciement pour motif économique des salariés. Des salariés de l'entreprise en cause ont alors engagé une série d'actions en justice de natures différentes. L'une d'entre elles (celle qui a justement provoqué l'intérêt doctrinal) a été introduite devant le Tribunal de grande instance de Péronne afin de rechercher la responsabilité quasi délictuelle des sociétés de droit italien et néerlandais du groupe Unichips, pour défaut de soutien financier à sa filiale en difficulté.

Par ce jugement (5), les juges du premier degré ont accueilli la demande des salariés et condamné les deux sociétés mises en cause à leur verser des dommages-intérêts particulièrement importants, avec saisie-conservatoire de produits de la marque Unichips, en raison de la perte de chance d'être reclassés dans l'une des sociétés du groupe.

Cette action en justice souvent dite *Flodor* ou *Unichips* était fondée (et c'est ce qui en a fait son originalité) sur l'article 1382 du Code civil (6) (« *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »), la faute civile étant matérialisée par la non-exécution d'obligations légales (7) par les différentes sociétés poursuivies, puisqu'en disposant, à l'article L. 1235-10 alinéa 2 du Code du travail, que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou le groupe, « *le législateur a nécessairement fait peser sur les sociétés commerciales valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté* » (8).

Le 10 avril 2008, les magistrats de la Cour d'appel de Paris (9) confirmaient la condamnation des différentes sociétés impliquées du groupe et estimaient que les salariés bénéficiaient d'une créance fondée en son principe au regard des exigences posées par le législateur, du fait que « *le liquidateur ne saurait lui-même mobiliser les moyens du groupe sur lequel il ne dispose d'aucun pouvoir* », ce dont ils déduisaient que « *chacune des sociétés du groupe même établie à l'étranger, apparaît ainsi tenue de mobiliser les moyens et ses propres possibilités de reclassement sur demande du liquidateur* ». Qu'ainsi, « *la faute des sociétés étrangères consistait dans leur refus de s'impliquer dans la procédure pour aider leur filiale à s'acquitter de son obligation légale de présenter un PSE suffisant (et par conséquent d'un plan de reclassement et d'une recherche de reclassements suffisant), obligation qui ne pèse que sur cette dernière* » (10).

Mais la Chambre sociale de la Cour de cassation (11) a affirmé de manière particulièrement péremptoire que « *l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de*

(5) TGI Péronne, 18 août 2009, n° 07/00856, *Ancelin et a. c/ San Carlo Gruppo Alimentare SPA et a.*

(6) Il s'agit de ce fait d'une action en responsabilité quasi délictuelle de droit commun qui justifie l'intervention du Tribunal de grande instance, plutôt que celle du juge de la relation individuelle de travail, du fait de l'absence de liens contractuels entre ces sociétés et les salariés.

(7) Et en particulier les articles L. 1233-61 et 1235-10 alinéa 2 du Code du travail, le TGI de Péronne estimant qu'« *en décidant la mobilisation de l'ensemble des moyens d'un groupe de sociétés pour éviter ou réduire les licenciements rendus inéluctables dans l'une des sociétés du groupe, le législateur a nécessairement fait peser sur les sociétés valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté* ». Et dès lors « *considérer que l'article précité n'impose qu'au seul chef de l'entreprise en difficulté une obligation de moyen tendant à requérir*

l'assistance des autres sociétés du groupe [...] reviendrait à priver de toute effectivité cette disposition légale dont la rédaction et l'économie générale illustrent clairement la volonté du législateur de rendre les sociétés d'un groupe solidaires du plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'une d'entre elles ».

(8) TGI Péronne, *prec.*

(9) CA Paris, 10 avr. 2008, n° 07/10060, *Sté San Carlo Gruppo Alimentare SPA c/ Ancelin et a.*

(10) Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin, « *La saga judiciaire Flodor* », *Revue de droit du travail* 2009 p. 693.

(11) Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776, *Dr. Ouv.* 2010 p. 214.

sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que les salariés ne justifiaient d'aucun principe de créance à l'égard de la société San Carlo, qui n'était pas tenue envers eux d'une obligation de reclassement, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

2. Une issue logique

Selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'action en justice en cause marque la volonté de mettre l'obligation de reclassement de l'article L. 1233-61 du Code du travail (12) (matérialisée, dans le Plan de Sauvegarde de l'emploi, par le plan de reclassement) à la charge conjointe de la société-mère et/ou d'une ou plusieurs sociétés-sœurs et de la société-employeur.

La Cour de cassation a cependant censuré cette approche de glissement de destinataire de l'obligation de reclassement, opérée selon elle par les juges du fond, qui consistait à trouver dans les articles L. 1233-61 et L. 1235-10 du Code du travail, par une interprétation téléologique, une pluralité de débiteurs de l'obligation en question. Pour la Haute cour, une telle obligation n'incombe qu'à l'employeur qui, seul, répond des manquements corrélatifs à celle-ci, sauf à ce que celui-ci se voit adjoindre éventuellement un co-employeur (13).

De ce fait, les sociétés du groupe poursuivies sont mises hors de cause au double motif que celles-ci n'étaient aucunement débitrices ou co-débitrices de l'obligation de reclassement (14) et que leur inaction n'était de ce fait pas fautive puisque les salariés ne disposaient pas à leur égard d'un *principe de créance*.

La solution de la Cour est conforme à la logique juridique. L'article L. 1233-61 du Code du travail dispose

que « l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi » et la Cour de cassation en tire la conséquence que « 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 n'incombe qu'à l'employeur ». Le constat est incontournable : l'obligation de reclassement incombe à celui qui licencie (pour pouvoir reclasser, il faut pouvoir déclasser), et seul l'employeur licencie. Donc seul l'employeur doit répondre des insuffisances de mesures de reclassement mettant en lumière une carence dans l'exécution de son obligation de reclassement.

Néanmoins, la question de mettre l'obligation de reclassement à la charge conjointe des différentes sociétés du groupe n'a pas fait son chemin seule : cette tentative juridique s'est inspirée de la jurisprudence même de la Cour de cassation (15), dans la mesure où un « *plan de sauvegarde de l'emploi est nul s'il s'avère que des postes de reclassement, non proposés aux salariés, étaient disponibles dans d'autres sociétés du groupe, fussent-elles étrangères* » (16).

L'action *Flodor* a été déduite de cette condition de validité du plan de sauvegarde de l'emploi selon laquelle il ne résulterait pas que l'employeur français est seul débiteur d'une obligation de reclassement des salariés dont le licenciement est envisagé, mais que toutes les sociétés du groupe sont tenues à titre personnel de participer à celle-ci, car « *si la Cour de cassation refusait de consacrer cette thèse, elle introduirait dans sa jurisprudence une contradiction : elle ne pourrait continuer à exiger qu'un PSE comprenne, à peine de nullité, les postes disponibles dans d'autres sociétés du groupe sans imposer à ces dernières l'obligation de proposer ces mêmes postes aux salariés licenciés par la filiale en difficulté (à sa demande), soit une obligation de reclassement* » (17). Pourtant, si l'on revient sur l'essence de cette jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (18), l'on aperçoit clairement que le seul dépositaire de l'obligation de reclassement est l'employeur en sa qualité de partie au contrat de

(12) La solution est évidemment transposable aux licenciements pour motif économique hors plan de sauvegarde de l'emploi, avec un fondement textuel néanmoins différent : l'article L. 1233-4 du Code du travail.

(13) Cela ressort de l'incise présente dans la seconde phrase de l'attendu de la Cour : « *qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement* ».

(14) La caractérisation de co-employeur avait été refusée aux salariés dans l'espèce.

(15) Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690, Dr. Ouv. 1995 p. 284, n. A. Lyon-Caen : il ressort de cet arrêt que l'employeur doit rechercher les possibilités de reclassement au sein de son entreprise, mais également au sein de celles du groupe auquel elle appartient, tant en France qu'à l'étranger, à la condition que les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation de ces

entreprises permettent la permutation de tout ou partie de leur personnel.

(16) Patrick Morvan, « *L'étrange action en justice Flodor - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ?* », La Semaine Juridique Sociale n° 44, 27 oct. 2009, 1489.

(17) id.

(18) Cass. soc., 4 mars 2009, p. n° 07-42381, Dr. Ouv. 2009 p. 395, n. F. Dumoulin : « *L'employeur est tenu avant tout licenciement économique, d'une part, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, d'autre part, de proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure* ».

travail, et que les tiers (ce que sont juridiquement les autres sociétés du groupe) n'y sont nullement assujettis.

Au regard de cet arrêt, l'horizon semble alors bien sombre pour les sociétés-filiales car « *même si les sociétés-employeur, ou le liquidateur judiciaire en cas de licenciements pour motif économique, ont l'obligation de rechercher activement toutes les possibilités de reclassement au sein des autres sociétés du groupe* (19), *ces autres sociétés ne sont tenues, en tant que telles, d'aucune obligation de reclassement sauf à percer l'écran de la personnalité morale* », ce qui implique de facto qu'à peine de nullité du plan de sauvegarde de l'emploi, celles-ci sont tributaires « *d'une obligation de reclassement de leurs salariés dans des sociétés où elles n'exercent juridiquement aucun pouvoir et où elles se trouvent donc soumises « au bon vouloir » des autres dirigeants du groupe (qui peuvent ne leur proposer aucun poste de reclassement même s'il existe des possibilités dans leur entreprise)* » (21). Cependant, si l'action en justice *Flodor* a indubitablement échoué, l'avenir juridique de l'impunité des groupes est néanmoins plus qu'incertain, tant sur le plan contractuel qu'extracontractuel ou quasi délictuel.

B. L'échec dans l'action *Flodor*

1. La subtilité du recours des salariés

À la lecture du jugement du Tribunal de grande instance de Péronne et de l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Paris, on semble toutefois être passé à côté d'une opportunité de mettre en cause la responsabilité quasi délictuelle des autres sociétés du groupe Unichips en raison d'une confusion conceptuelle et sémantique.

Contrairement au point de vue d'une partie de la doctrine (22), avec sa décision du 13 janvier 2010, la Cour de cassation est certes venue « *placer un éteignoir sur la mèche* » (23) mais une « *mèche dont on ne sait pas, toutefois, si elle est aujourd'hui complètement éteinte* » (24). Et il semblerait *a priori* que celle-ci ne le soit pas, ce dont nous allons maintenant faire la démonstration.

Pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, la faiblesse juridique de l'action *Flodor* était qu'elle avait pour effet d'opérer un *glissement de destinataire* de l'obligation de reclassement. Pourtant, nous ne retrouvons pratiquement pas dans le jugement du Tribunal de grande instance de Péronne, et encore moins dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, la trace d'une telle co-titularité de l'obligation de reclassement préalable au licenciement économique.

Dans le jugement du 18 août 2009 (25), les juges estiment, en premier lieu, qu'« *en décidant la mobilisation de l'ensemble des moyens d'un groupe de sociétés pour éviter ou réduire les licenciements rendus inéluctables dans l'une des sociétés du groupe, le législateur a nécessairement fait peser sur les sociétés valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté* » ; alors que, dans un second temps, les magistrats du Tribunal de grande instance déduisent de cette constatation que « *considérer que l'article précité (L. 1235-10 du Code du travail) n'impose qu'au seul chef de l'entreprise en difficulté une obligation de moyen tendant à requérir l'assistance des autres sociétés du groupe [...] reviendrait à priver de toute effectivité cette disposition légale dont la rédaction et l'économie générale illustrent clairement la volonté du législateur de rendre les sociétés d'un groupe solidaires du plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'une d'entre elles* ».

Les juges du premier degré ont franchi un pas intéressant et ont fait preuve d'une audace certaine en tentant de faire coïncider les dimensions économiques et juridiques, afin de mettre en échec l'idée (26) selon laquelle « *la réalité économique est souvent celle des groupes* » (27), tandis que « *la réalité juridique, à s'en tenir à la norme légale, est ordinairement celle de l'entreprise* » (28).

Néanmoins, le trouble se fait sentir dans ce raisonnement, dont le premier temps est opportun tandis que le second semble inapproprié : mettre une *obligation d'assistance* dans l'exécution du plan social, et notamment du plan de reclassement, à la charge de la société-mère ou d'une société contrôlante (voire d'une

(19) Dans l'arrêt rendu également le 13 janv. 2010 (Cass. soc., 13 janv. 2010 : RJS 2010, n° 248) qui confirme une jurisprudence constante, la Chambre sociale décide que ne satisfait pas à cette obligation le liquidateur qui se borne à envoyer aux autres sociétés du groupe une lettre-type sans que soient précisées les caractéristiques des emplois occupés par les salariés, ni leur qualification.

(20) Jean-Michel Olivier, « *L'affaire Flodor : suite et presque fin* », La Semaine Juridique Social n° 23, 8 Juin 2010, 1225.

(21) Patrick Morvan, même article.

(22) Jean-Michel Olivier, article précité : « *Pour sympathiques qu'elles soient, les démarches des juges du fond, qui traduisent plus une sorte d'élan du cœur qu'un solide*

raisonnement juridique, ne pouvaient guère franchir le cap de la Chambre sociale ».

(23) Alain Couret et Bruno Dondero, « *Le reclassement des salariés, le groupe de sociétés et le FCPR (affaires Unichips, Sublistatic et SGD)* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 42, 21 oct. 2010, 1915.

(24) Idem.

(25) TGI Péronne, prec.

(26) Qui rend compte d'une réalité éprouvée, mais tend à s'essouffler ces dernières années.

(27) Bernard Teyssié, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Editions Panthéon-Assas, 1999, n° 1, p. 5.

(28) Idem.

simple société-sœur) semble plus qu'envisageable, mais mettre l'*obligation de reclassement* elle-même, en dehors d'un recours à la théorie des co-employeurs, à la charge de celle-ci peut paraître hasardeux car matérialisant une négation de la teneur intimement contractuelle de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique.

Or deux éléments de cette affaire mettent en lumière cette obligation d'assistance : la nature de l'indemnisation réclamée par les salariés en demande et le préjudice invoqué.

Premièrement, si les salariés de la SA Péronne Industries avaient entendu mettre l'*obligation de reclassement* à la charge des différentes sociétés du groupe Unichips, en plus de celle incombant à leur employeur de droit, ils auraient demandé que soient déclarés dépourvus de cause réelle et sérieuse leurs licenciements du fait d'une *insuffisance des mesures de reclassement*. Pourtant, dans le jugement de première instance, il n'est nullement fait référence à une telle demande : il n'y a pas de demande de constatation de l'insuffisance des mesures de reclassement... et pour preuve : il n'est même pas demandé la reconnaissance d'un défaut de cause réelle et sérieuse des licenciements (qui pourtant est le corolaire de la carence de l'employeur en la matière) ! Les demandeurs ne réclament aux différentes sociétés du groupe que (certains auteurs (29) l'ont évoqué) la réparation de leur préjudice pour *perte d'une chance de reclassement* (30), ce qui est assurément un indice en défaveur de la thèse selon laquelle les magistrats péronnais ont tenté de procéder à un *glissement de destinataire* de l'obligation en cause et implique dès lors, non plus la violation de l'obligation de reclassement, mais la violation d'une autre obligation.

Cette autre obligation est le cœur névralgique de l'action quasi délictuelle des ex-salariés de la SA Péronne Industrie et explique cette demande d'indemnisation atypique : il s'agit d'une *obligation d'assistance au reclassement des salariés*. En effet, les magistrats péronnais ont estimé que « *le législateur a nécessairement fait peser sur les sociétés valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté* ». Il n'est alors pas question d'une obligation de rechercher

des opportunités de reclassement à la place de l'employeur, ni même de rechercher conjointement celles-ci : il n'est question que de « *mobiliser ses moyens en guise de soutien à l'exécution par la filiale-employeur de ses obligations* ».

Néanmoins, la raison de l'échec judiciaire des demandeurs n'est pas incompréhensible pour autant et réside dans le fondement juridique employé au soutien de cette *obligation d'assistance* que la Cour de cassation ne pouvait entériner... Le changement de base juridique permettrait de faire apparaître l'éclaircie, *la possibilité d'une île* (31).

2. Le fondement de l'obligation d'assistance au reclassement des salariés d'une filiale en difficulté

L'erreur des juridictions du fond aura été de déduire une *obligation d'assistance au reclassement des salariés* de la filiale-employeur en difficulté des articles L. 1233-61 et L. 1235-10 du Code du travail. Bien que le Tribunal de grande instance de Péronne ait estimé qu'il ressortait de l'intelligence de ces textes que les sociétés du groupe sont débitrices d'une *obligation d'aide ou d'assistance*, il serait juridiquement erroné d'admettre que ces dispositions légales mettent directement à la charge de tiers aux contrats de travail une quelconque obligation : ce qui découle de ces textes semble incomber à l'employeur et à lui seul (32). Alors, quel fondement textuel peut-on envisager pour cette *obligation d'assistance dans l'exécution de l'obligation de reclassement* ? En effet, rien dans le Code du travail ne transcrit l'existence d'une telle obligation et rien ne semble non plus permettre de la consacrer directement.

Néanmoins, lorsque le droit du travail ne se suffit plus à lui-même, on peut mobiliser les ressources du droit commun et appliquer la réciprocité de l'adage *specialia generalibus derogant*. Cette expression d'origine latine traduit deux idées : d'une part, que le spécial (ici, la *loi spéciale*, au sens de *droit du travail*) déroge au général (ici, le *droit général* ou *droit commun*, au sens de *droit civil*), et, d'autre part, que lorsque le droit spécial avoue ses limites, il convient de se tourner à nouveau vers le droit général. Et c'est précisément dans cette optique que l'on peut s'autoriser à exhumer l'article L1221-1 du Code du travail (« *Le contrat de travail est soumis aux règles*

(29) Au premier chef : Grégoire Loiseau, note sous Cass Soc 13 janv. 2010 (08-15.776), Dr. Ouv. avril 2010, n° 741, p. 214 ; Frédéric Géa, « *Groupe de sociétés et responsabilité : les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor* », Revue de droit du travail 2010 p. 230 ; Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin, « *La saga judiciaire Flodor* », Revue de droit du travail 2009 p. 693.

(30) TGI Péronne, jugement précité : « *Attendu que le préjudice des demandeurs ne peut s'apprécier que dans le cas d'une perte de chance d'être reclassés dans l'une des sociétés du*

groupe Unichips International ». Add. Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin, prec. : « *la faute des sociétés étrangères consistait, comme le relevait la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 10 avril 2008, dans leur refus de s'impliquer dans la procédure pour aider leur filiale à s'acquitter de son obligation légale de présenter un PSE suffisant, obligation qui ne pèse que sur cette dernière* ».

(31) Michel Houellebecq, Editions Fayard, 2005.

(32) Propos défendu en toute logique par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 13 janv. 2010.

du droit commun ») qui va permettre d'accéder à un corps supplémentaire de règles. Le Code civil va alors devenir une ressource essentielle et notamment son article 1165 (33), comme l'indiquait Grégoire Loiseau (34) dans une note sous l'arrêt du 13 janvier 2010. Le principe d'effet relatif des contrats (35) (le contrat est opposable tant aux parties qu'aux tiers, lesquels ne peuvent porter atteinte aux conventions légalement formées), lui-même extrait de cet article 1165 du Code civil, va fournir la base légale de cette obligation d'assistance en matière de reclassement.

Cet état du droit, dont l'assise juridique n'est plus à présenter, met en lumière le fait que le contrat est opposable aux tiers (36), ce qui implique que « le contractant, victime de l'inexécution du contrat, peut demander sur le terrain de la responsabilité délictuelle réparation de son préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable » (37). Ainsi, dès lors que « l'on voit dans l'obligation de reclassement une obligation inhérente à l'exécution du contrat de travail, on pourrait concevoir la responsabilité, à l'égard des salariés licenciés, de la société du groupe qui n'a pas répondu aux sollicitations de l'employeur en matière de reclassement ou qui n'a pas mobilisé, malgré la demande qui en a été faite, ses propres possibilités de reclassement : en connaissance de cause, elle a alors compromis, par son abstention, l'exécution par l'employeur de son obligation de reclassement » (38).

Mais une difficulté se dresse sur la route d'une telle action extracontractuelle. Il est acquis qu'en matière quasi délictuelle la faute de l'auteur peut « consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif » (39) et « que toute faute, même non intentionnelle, engage la responsabilité de son auteur » (40). Néanmoins, en matière de responsabilité des tiers (qui pourtant est une forme de la responsabilité quasi délictuelle reposant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil), la

reconnaissance de la faute par abstention est rarement admise (41). L'hypothèse envisagée serait alors subordonnée à une moindre exigence dans la reconnaissance, par le juge judiciaire, de la responsabilité des tiers fautifs par abstention, ou bien encore de créer une bipartition entre le refus et l'omission. En effet, *s'abstenir* vient du latin *abstinere* qui signifie *se tenir à l'écart*. Pourtant, *refuser* est un acte positif de non-acceptation qui ne traduit pas le fait de *se tenir à l'écart*, mais celui de *se mettre à l'écart* (*ne pas faire* est alors ici une manière de *faire*), tandis qu'*omettre* est le fait de *taire*, voire d'*oublier* plus ou moins volontairement une information, ce qui constitue réellement une attitude de *maintien à l'écart* et donc un comportement consistant à *ne pas faire*. Avec une telle acception de la notion d'abstention, le refus d'apporter son concours à l'exécution de l'obligation de reclassement d'une société du groupe serait dès lors une faute du tiers, par *commission*, concevable.

Dans tous les cas, avec cette théorie, il s'agirait de caractériser une abstention fautive de la société-mère ou d'une autre société du groupe vis-à-vis des contrats de travail légalement conclus, pour ne pas avoir accepté de mettre à disposition de la société en difficulté ses opportunités de reclassement. En cas de concrétisation de cette thèse, il conviendrait alors de procéder à une répartition des obligations en la matière entre la société-employeur tributaire de l'obligation légale de reclassement, et les autres sociétés du groupe auxquelles s'imposerait une obligation d'assistance en matière de reclassement. Deux voies seraient alors envisageables : une obligation d'assistance simple (il revient à l'employeur d'interroger les autres sociétés du groupe sur l'existence de postes disponibles et compatibles avec les profils des salariés dont le licenciement est envisagé) ou une obligation d'assistance renforcée (chaque société du groupe doit bloquer ses procédures de recrutement

(33) « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

(34) Grégoire Loiseau, n. sous Cass Soc 13 janv. 2010 (08-15.776), Dr. Ouv. avril 2010 n° 741, p. 214 : « Certes, les sociétés du groupes sollicitées par le liquidateur n'ont pas à contribuer activement à la recherche de reclassement sur le fondement d'une obligation légale qu'elles devraient exécuter solidairement avec l'employeur. Mais il y a peut-être une autre façon de voir les choses. Il est admis, en droit commun, que les tiers au contrat, s'ils ne sont pas liés par celui-ci, doivent s'abstenir de tout comportement qui serait de nature à compromettre la bonne exécution, par l'une des parties, de ses obligations : contribuant à l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation, un tiers au contrat est susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle à l'égard du contractant auquel ce manquement a causé préjudice ».

(35) *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, soit : l'accord passé entre les uns ne saurait ni nuire, ni profiter aux autres.

(36) Alain Bénabent, *Droit civil : les obligations*, Editions Montchrestien, p. 195 : « Même s'ils ne doivent pas participer

à son exécution, les tiers ne peuvent ignorer l'existence du contrat et la situation de fait et de droit qui en résulte ».

(37) Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1999 : Bulletin I, n° 32, p. 21.

(38) Grégoire Loiseau, même article.

(39) Cass. Civ., 27 févr. 1951, JCP 51, II, 6193.

(40) Cass. 2^e civ., 8 mai 1964, JCP 65, II, 14140.

(41) Cass. 2^e civ., 26 janv. 1983, n° 81-16281 : « La Cour d'appel qui, après avoir relevé que la preuve n'était pas rapportée que le tiers saisi eût fait à l'huissier, lors de la signification de l'exploit de saisie arrêt effectuée en application de l'article 559 du Code de procédure civile, une déclaration intentionnellement inexacte, retient qu'il n'était pas non plus établi que celui-ci, qui avait apporté une modification à cette déclaration dans celle qu'il avait faite en application de l'article 571 dudit code, eût volontairement et dans le but de causer un préjudice au saisissant, négligé de le faire auparavant par une déclaration à laquelle il n'était pas tenu, a pu estimer que cette abstention n'avait pas été fautive et débouter, par suite, le créancier saisissant de sa demande en dommages-intérêts fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil ».

et mettre à la disposition de la société-employeur la liste des postes vacants sur les différents sites du groupe, afin de permettre des reclassements rapides et effectifs). A nos yeux, l'obligation d'assistance simple semble la plus probable car il est plus vraisemblable, si la Cour de cassation accepte de faire évoluer sa position en matière de faute d'abstention relativement à la responsabilité des tiers, que celle-ci aille vers un timide assouplissement de sa jurisprudence en ouvrant une brèche concernant les *abstentions actives* (tel que le refus) plutôt que d'accepter le principe qu'en matière de licenciement pour motif économique, la faute par abstention (aussi bien le refus que l'omission) d'une société du groupe soit suffisante pour engager sa responsabilité quasi délictuelle.

Toutefois, cet engagement de responsabilité extracontractuelle n'est pas le seul envisageable au regard de la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

C. Le caractère artificiel des difficultés économiques, fondement d'une action quasi délictuelle

1. Le refus de la justification de licenciements pour motif économique en cas de difficultés financières artificiellement mises en place par le groupe

Un arrêt novateur du 1^{er} février 2011 permet aujourd'hui d'aller un peu plus loin dans la définition même de ce qu'est un *motif économique de licenciement* par l'identification de vrais et de faux motifs économiques. Cette avancée ne saurait être sans incidence sur la responsabilité extracontractuelle des sociétés-mères ou contrôlantes des groupes. « *La cour d'appel (...) a relevé, notamment, que la baisse d'activité de la société K-DIS était imputable à des décisions du groupe, qu'elle ne connaissait pas de difficultés économiques, mais qu'elle obtenait au contraire de bons résultats, que n'étant pas un distributeur indépendant, elle bénéficiait fort logiquement de conditions préférentielles d'achat auprès du groupe, dont elle était la filiale à 100 % à travers une société holding et que la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi*

dans l'entreprise concernée ; qu'elle a pu en déduire que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse » (42).

Dans cette affaire, une filiale à 100 % d'une société-mère holding, qui ne subit pas de difficultés économiques (et « *obtenait au contraire de bons résultats* » selon l'arrêt de Cour d'appel attaqué), se voit imposer une décision de fermeture de l'entreprise par le groupe et contraindre de licencier ses dix-sept salariés. Bien que la fermeture définitive et totale de l'entreprise soit un motif économique dit *autonome* de licenciement, la Haute juridiction va faire un pas conséquent et va approuver la Cour d'appel d'avoir estimé que les licenciements économiques en cause étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Curieusement basé sur la légèreté blâmable de l'employeur (quelle légèreté peut-il y avoir dans le fait, pieds et poings liés, d'exécuter une décision du groupe ?) mais adroitement opportuniste, cet arrêt de rejet de la Chambre sociale de la Cour de cassation marque (fermement) la mise en place d'une différenciation bien connue en fait et jusqu'alors pratiquement niée en droit : la distinction entre *cause économique subie* (43) et *cause économique artificielle* (44) justifiant le licenciement d'une fraction du personnel. L'apport essentiel de la décision, quant au sujet qui nous intéresse, est le fait que la Chambre sociale de la Cour de cassation a entériné la solution des juges du second degré et accepté la volonté de ceux-ci, en cas de *difficultés économiques artificielles* (dans l'hypothèse d'une fermeture d'entreprise), de réputer les licenciements sans cause réelle et sérieuse. Cependant, cette solution jurisprudentielle peine *a priori* à trouver un intérêt pratique dans la mesure où, en cas de liquidation judiciaire de la société-employeur, les salariés, au terme de la procédure, se retrouveront certes avec une créance plus importante mais toujours avec le même débiteur insolvable (et le même plafond de l'Association de garantie des salaires concernant les créances salariales garanties (45)). Pouvoir réclamer une indemnisation cinq ou dix fois supérieure à ce qu'elle aurait été est certes intéressant, mais si le débiteur est insolvable et n'a plus d'actifs, cette créance ne sera qu'un titre inutile.

Toutefois, cette solution peut se coupler à une approche contractuelle afin d'en révéler les effets, et manifeste de surcroît une ouverture extracontractuelle.

(42) N° 10-30045 et s., Dr. Ouv. 2011 p. 584, n. A. Ferrer.

(43) *Subie* car les difficultés économiques ne sont alors que le résultat de la concurrence et de la loi du marché.

(44) Quoi de plus simple de nos jours que de simuler l'existence de difficultés économiques pour une entreprise, notamment au sein des grands groupes, par la diminution progressive de l'activité afin de provoquer la mise en redressement judiciaire de celle-ci pour enfin en faire liquider définitivement les

actifs ? Il s'agit ici de pointer les *sacrifices d'entreprises in bonis* résultant de politiques de groupes qui n'ont aucunement à voir avec des difficultés économiques, et relèvent plus d'un choix de gestion arbitraire.

(45) www.ags-garantie-salaires.org/avances.html : en 2011, le montant maximum du plafond de garantie de l'AGS, toutes créances du salarié confondues, s'élève à 70 704 euros.

2. Une solution contractuelle, une opportunité quasi délictuelle

L'unique manière de mobiliser efficacement cette jurisprudence serait alors de combiner cette solution à la théorie des co-employeurs afin d'obtenir le bénéfice de la condamnation *in solidum* (46) des employeurs-conjoints (47). De la sorte, envers la ou les victimes du dommage (les salariés), chacun des co-employeurs « *va être tenu de réparer l'intégralité du dommage* » (48) car on estime que ceux-ci ont « *concouru à la production du dommage en son entier* » (49). Ainsi, le faible patrimoine du débiteur se verrait renforcer par celui d'un second employeur puisque la victime du dommage peut, en cas d'obligation *in solidum*, choisir de poursuivre les coresponsables ou l'un d'entre eux seulement. La qualification de co-employeur d'une autre société du groupe devient alors déterminante pour fixer l'étendu du droit de gage des salariés, si tant est, cependant, que cet employeur supplémentaire n'est pas aussi en situation financière délicate.

Néanmoins, outre cette *issue contractuelle*, cet arrêt peut présenter une seconde utilité dans notre propos. Interrogée sur une problématique de défaut de cause réelle et sérieuse de licenciements économiques, la Cour de cassation ne se prononce *pas au-delà*. Mais, dans le cadre d'un groupe, on pourrait aussi envisager la mise en cause quasi délictuelle de la (ou des) société(s) ayant provoqué cette fermeture d'entreprise (50), notamment pour avoir ainsi porté préjudice à l'emploi des salariés licenciés. En ce sens, il n'est pas sans intérêt de noter que la Cour d'appel de Versailles a sérieusement envisagé cette option quasi délictuelle dans un arrêt particulièrement remarqué du 31 octobre dernier (51) en considérant que la faute quasi délictuelle commise par les sociétés dominantes du groupe privait de cause réelle et sérieuse les licenciements intervenus pour motif économique. On peut cependant s'interroger sur cette déduction (qui se fait au détriment d'un raisonnement prescrivant une indemnisation autonome et distincte), partant de l'engagement de responsabilité quasi délictuelle de tiers à la relation de travail, pour constater une implication éminemment contractuelle (le défaut de

cause réelle et sérieuse des licenciements), alors qu'il a été refusé par ailleurs la qualité de co-employeur à ces autres sociétés.

Le fondement de cette autre alternative extracontractuelle (à laquelle pourrait d'ailleurs venir s'ajouter parallèlement l'engagement de responsabilité pour *défaut d'assistance dans le reclassement* des salariés) serait une fois de plus l'article 1165 du Code civil, mais cette fois-ci le fait dommageable permettant l'engagement de la responsabilité quasi délictuelle ne serait pas une abstention : la *faute*, le *fait critiquable*, serait la ou les décisions prises au niveau du groupe ayant imposé la fermeture de l'entreprise, la liquidation de la société-employeur. Dès lors, on éviterait avec cet autre recours de tomber dans l'écueil imposé par la bipartition entre faute d'abstention et faute de commission et l'on pourrait alors engager plus aisément la responsabilité des décideurs au niveau du groupe. Toujours est-il que cette action en responsabilité est loin de se présenter en *remède miracle* face à l'impunité des groupes, notamment au regard de son champ d'application certainement limité.

3. Une action extracontractuelle nécessairement restreinte dans son champ d'intervention

L'hypothèse précédente semble restreinte notamment par la distinction entre *cause économique subie* et *cause économique artificielle*. Il paraît logique que cette alternative soit cantonnée aux cas de licenciements économiques reposant sur une *cause économique artificielle*, une *cause exclusivement inhérente à la politique du groupe* (52), et cela car, si la cause économique du licenciement est *subie* et n'est que le résultat d'un manque de compétitivité de l'entreprise ou d'une conjoncture financière, on ne peut *a priori* voir dans la fermeture de l'entreprise une quelconque faute, de la société-mère ou contrôlante, dans l'édition de ses choix stratégiques.

Sans trouver de confirmation à notre propos, on peut toutefois identifier un écho de celui-ci dans la jurisprudence connue sous le nom de *Royal Printemps* du 16 janvier 2001 (53). Il est acquis que, dans le cas

(46) Il ne peut évidemment pas s'agir de *solidarité* au sens juridique du terme dans la mesure où il n'y « *pas de solidarité sans texte* ». Néanmoins l'obligation *in solidum* revêt, à quelques nuances près (surtout d'ordre procédurales), les mêmes caractéristiques.

(47) Cass. Soc. 18 janv. 2011, n° 09-69199, Dr. Ouv. 2011 p. 273, arrêt de rejet, premier moyen de cassation : « *Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la société Jungheinrich finances holding était, conjointement avec la société MIC, l'employeur de Messieurs (...), de l'avoir en conséquence déclarée co-débitrice, in solidum avec la société MIC, des sommes dues aux salariés* ».

(48) Alain Bénabent, *Droit civil : les obligations*, 11^e édition, Montchrestien, p. 401.

(49) Voir en ce sens : Cass. 2^e civ., 12 janv. 1984, Bull. II, n° 5, p. 3.

(50) Généralement la société-mère ou la société contrôlante.

(51) CA Versailles (15^e ch.), 31 oct. 2011, n° 664/11, *Klarius*.

(52) Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles précité, les magistrats du second degré évoquent à ce titre le fait 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* », la cessation d'activité n'étant alors considérée qu'en tant que « *conséquence de choix commerciaux du groupe auquel elle appartenait* » et de « *stratégie commerciale visant à l'abandon de la filiale française* ».

(53) Cass. Soc., 16 janv. 2001, n° 98-44647.

très particulier de la cessation d'activité, cette dernière ne peut constituer un motif autonome de licenciement économique que dans la mesure où elle ne résulte ni d'une faute ni d'une légèreté blâmable (54) de l'employeur (55). Or, au travers de ces notions de *faute* et de *légèreté blâmable*, on retrouve en filigrane notre dichotomie entre *cause économique artificielle* et *cause économique subie* comme l'explique un arrêt de la Cour de cassation de 2008 (56) : la « *cessation d'activité rapide et définitive de la société, malgré les bons résultats qu'elle avait réalisés et en dépit de la position favorable qu'elle occupait sur le marché, procédait d'une légèreté blâmable, privant les licenciements prononcés de cause réelle et sérieuse* ».

Ainsi, il apparaît clairement dans cette jurisprudence de la Cour de cassation qu'en matière de cessation d'activité, la faute ou la légèreté blâmable est un levier permettant de distinguer le *vrai* motif économique (celui qui est extérieur et *subi*) du *faux* (celui qui, relatif à la

politique de gestion du groupe, est entièrement *artificiel*). La faiblesse de cet état du droit est sa limitation aux seuls cas de fermetures d'entreprises ou de cessations d'activités... Et c'est justement là l'intérêt d'un recours quasi délictuel général fondé sur l'article 1165 du Code civil et l'effet relatif des contrats : dans un premier temps, étendre la prise en compte de ces *motifs économiques artificiels* au-delà de ses actuelles frontières (la cessation d'activité) afin que celle-ci embrasse l'intégralité des motifs économiques (la faute d'immixtion par une ou plusieurs sociétés du groupe dans la relation contractuelle d'autrui constituerait alors une sorte d'équivalent de la faute ou légèreté blâmable de l'employeur (57) en matière de cessation d'activité) et, dans un second temps, permettre l'engagement de la responsabilité extracontractuelle des décideurs au niveau du groupe (58), afin de compenser par une indemnisation autonome et distincte l'insolvabilité de l'employeur placé en liquidation judiciaire.

II. Autonomie et personnalité morale : l'action en responsabilité contractuelle révélée par l'interposition frauduleuse de personne morale

A. L'action suspecte en nom propre pour le compte d'autrui

Une autre solution pour mettre en cause la responsabilité sociale des groupes peut être de recourir à la notion d'*interposition de personne* (59), laquelle va permettre de révéler le véritable dépositaire des obligations sociales au terme de la mise en lumière d'un mécanisme critiquable. Cette action que l'on dit *en nom propre* mais *pour le compte d'autrui* n'est pas illicite ou illégale et n'est qu'une technique de réalisation d'une opération juridique, voire une simple variante de la conclusion d'un acte juridique. De ce fait, ce mécanisme n'est pas en soi condamnable, et ne constitue pas non plus une cause de nullité. Il ne le devient que s'il tend à obtenir un résultat prohibé. Cette technique particulière

consiste, comme sa dénomination l'indique, à placer un masque juridique entre le bénéficiaire de l'opération et les tiers, afin notamment d'établir un certain secret : le but de l'interposition de personne servant généralement au maître de l'affaire à gagner en discrétion, voire tout simplement à dissimuler sa personne.

Cette simulation, qui consiste à déguiser un acte sous l'apparence d'un autre, fait néanmoins l'objet d'une prise en considération particulière (60) dès lors qu'il est utilisé afin de contourner des incapacités, des interdictions légales ou conventionnelles, des obligations diverses, ou encore d'échapper à l'application d'un droit national, aux conséquences d'une procédure collective ou d'une poursuite pénale. Plus généralement, cette technique peut révéler une intention frauduleuse dans le chef de la

(54) Cette distinction entre la faute et la légèreté blâmable est néanmoins très critiquée, du fait que cette dernière n'est autre qu'une sorte de faute. Voir en ce sens : Couturier Gérard, « *La fermeture d'une filiale: les recours des salariés licenciés* », Droit Social avr. 2011, n° 4, p. 378.

(55) « *Mais attendu qu'ayant exactement rappelé que l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article L. 321-1 du Code du travail n'est pas limitative, la Cour d'appel a retenu à bon droit que la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constituait un motif économique de licenciement au sens du texte précité* ».

(56) Cass. Soc., 28 oct. 2008, n° 07-41984 : « *La cessation d'activité de la société SPF avait été décidée en avril 2002 de manière précipitée, à la demande de son principal associé et pour satisfaire aux seules exigences du groupe Crédit Agricole Indosuez, sans que toutes les possibilités pour permettre le*

maintien de son activité et des emplois aient été recherchées ».

(57) A une différence près : le recours est ici dirigé à l'encontre de la société-mère ou contrôlante et non contre l'employeur lui-même.

(58) Et cela car la faute ou la légèreté blâmable reste dans la jurisprudence de la Cour de cassation la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur, quand bien même la société filiale-employeur n'aurait aucune marge de manœuvre et serait réduite à l'état de rouage, de simple exécutant.

(59) Pour un approfondissement de la notion : voir l'introduction de « *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : de l'action en nom propre pour le compte d'autrui* » de Damien L'Hôte, thèse Université Nancy 2, sous la direction de Gilles Goubeaux.

(60) Du fait de sa nature légale, mais néanmoins suspecte.

personne qui interpose autrui : l'*interposant* ou *maître d'affaire*.

B. L'interposition frauduleuse de personne morale en matière d'obligations sociales

Le propos de ce développement sera de mobiliser conjointement les notions d'*interposition de personne* et de *fraude à la loi*, car, comme le rappelle Louis Josserand (61) : « *L'on peut faire en cachette ce que la loi permet de faire ostensiblement, mais rien au-delà* ».

Cependant, en matière de licenciement pour motif économique et de responsabilité des groupes, l'interposition frauduleuse de personne morale ne pourra pas être mobilisée concernant l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant, car en ce domaine le législateur impose expressément (62) que celui-ci le soit au regard des moyens du groupe. Ainsi, la filialisation n'emporte pas de conséquences diminutives du contenu du plan pour les salariés (63).

Le concept de *fraude par personne interposée* va alors pouvoir venir se greffer sur l'autre obligation légale essentielle en la matière : le reclassement. Néanmoins, cette opportunité semble limitée en matière de périmètre d'applicabilité puisque cette hypothèse semble concerner au premier chef un type spécifique de construction sociétale : les *faux groupes* ou *groupes-entreprise*. Ces dénominations font référence aux constitutions de patrimoines d'affectation, aux fabrications artificielles de groupes. Il s'agit dans cette hypothèse, comme l'indiquent ces termes, d'un groupe artificiel, mais d'une entreprise réelle. Sa composition se présente sous la forme d'une pluralité de sociétés alors que l'activité est commune et unique : il n'y a qu'une entreprise sous-jacente. Dès lors, les filiales ne sont pas le fruit de segmentations d'activités (ce qui représenterait une interposition de personne morale légitime).

Cela concerne notamment les cas où une société anonyme (65) décide de créer une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) dont elle sera l'unique associé, et dont l'unique dirigeant, le président, sera un dirigeant de la société anonyme. Dans ce type d'ingénierie sociétale, il y a nécessairement interposition

d'une personne morale sans autonomie entre la société unique associée à cent pour cent et les salariés de la SASU, qui n'est en fait qu'un *écran-prolongement* de la société anonyme.

L'hypothèse de tels *faux groupes* ne s'arrête cependant pas à cette construction particulière et concernerait aussi les groupes pyramidaux reposant sur une *holding*, dont les filiales sont de véritables *coquilles vides* exécutant l'activité unique de la société-mère, mais dans des pays différents. Dans ces situations, la construction sociétale constitue presque par définition une interposition frauduleuse de personne morale entre la holding et les sociétés-filles puisque la société holding est justement celle qui a « *pour objet de prendre des participations et (à la différence des sociétés d'investissement, simples sociétés de placement) d'assurer le contrôle et la direction des sociétés dont elle détient une partie des actions* » (66). Dès lors, la filialisation ne fait pas état d'un désir de segmentation des activités, mais d'une volonté de la société-mère d'abaisser son niveau de responsabilité, entre autre sociale, et de minorer la portée d'obligations légales, réglementaires ou conventionnelles.

La fraude du montage se situerait, pour ce qui concerne notre sujet, au niveau du respect de l'obligation de reclassement, dans le sens où les possibilités de reclassement sont nécessairement moindres dans la seule filiale que ce qu'elles auraient été s'il y avait eu une entreprise unique. De plus, un indice pourrait se retrouver dans le *recours pour perte d'une chance de reclassement au sein du groupe* (67) car, si la société-mère ou contrôlante n'a prêté aucune assistance au reclassement du personnel de sa filiale dont le licenciement est envisagé, on peut percevoir un signe de sa volonté, par la création d'une personne morale interposée (la filiale-employeur), de se soustraire à de telles obligations légales (au contraire, si elle s'est impliquée dans la réduction des éventuels licenciements par des reclassements internes au groupe, la fraude sera plus difficilement caractérisable).

De ce fait, il s'agira pour les salariés évincés de prouver la fraude à l'obligation de reclassement en montrant l'illégitimité du résultat atteint (la perte d'opportunités de

(61) « *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* », 1928, n° 195.

(62) L. 1235-10 alinéa 2 du Code du travail : « *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* ».

(63) Du moins au regard des moyens financiers engagés... puisqu'au regard des mesures de reclassement, l'obligation n'incombe qu'au seul employeur, la filialisation a nécessairement un impact négatif puisque restreint les capacités de reclassement.

(64) Sans pour autant constituer une Unité Economique et Sociale dont les critères sont exigeants (le degré d'intégration sociale,

économique et directionnelle requis étant particulièrement restrictif) et le champ d'action réduit (représentation élue du personnel et périmètre de prise en compte du seuil de cinquante salariés pour mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi). Il s'agit donc d'une structure sociétale à mi-chemin entre le groupe classique et l'Unité Economique et sociale.

(65) Ce peut être d'autres formes sociétales, mais statistiquement cela concerne majoritairement des sociétés anonymes.

(66) Gérard Cornu, *Dictionnaire juridique*, association Capitant, Edition PUF.

(67) V. *supra*.

reclassement pour les salariés) et en caractérisant le critère technique de la notion : l'anormalité du moyen mis en œuvre (l'interposition de personne morale). En conséquence, il faudra alors rapporter les éléments constitutifs de la fraude : l'élément matériel (montage, ou « machination » selon Alain Bénabent (68), qui tend à écarter, minorer ou à éluder une loi impérative) et l'élément intentionnel (volonté de détourner, contourner, ou d'éluder cette même loi) permettant alors d'accéder au bénéfice de la reconnaissance de la fraude (69).

C. La conséquence contractuelle de l'interposition frauduleuse de société

La sanction envisageable d'une telle fraude à l'obligation de reclassement serait que, en vertu de l'adage *fraus omnia corrumpit* (70), la manœuvre soit frappée, non pas nécessairement de nullité, mais d'inefficacité. De la sorte, il s'agirait de pointer la société-mère ou contrôlante comme le dépositaire réel des obligations sociales en général et de l'obligation de reclassement préalable au licenciement économique (et non plus seulement d'une *obligation d'assistance au*

reclassement) en particulier. L'idée est d'exposer à la lumière le fait que, au travers de l'interposition frauduleuse de personne morale (71), la société filiale-employeur n'est qu'un *homme de paille* et que la véritable qualité d'employeur est détenue par la société-mère ou contrôlante. Cette technique va permettre de remonter à la source cachée du lien contractuel unissant le salarié à la société-mère. Ainsi, ce recours de nature contractuelle aurait pour objet, non pas d'adjoindre un employeur de fait aux côtés de l'employeur de droit comme tel est le cas lorsque l'on mobilise la théorie des co-employeurs, mais de remplacer l'employeur formel par l'employeur réel. Cette solution mettrait à la charge de l'employeur réel l'*insuffisance des propositions de reclassement* (puisque ne s'étant pas considéré comme l'employeur des salariés à licencier, la société interposante n'a pas satisfait au respect de l'obligation de reclassement préalable au licenciement économique lui incombant *a posteriori*) et, par là, permettrait une indemnisation adéquate.

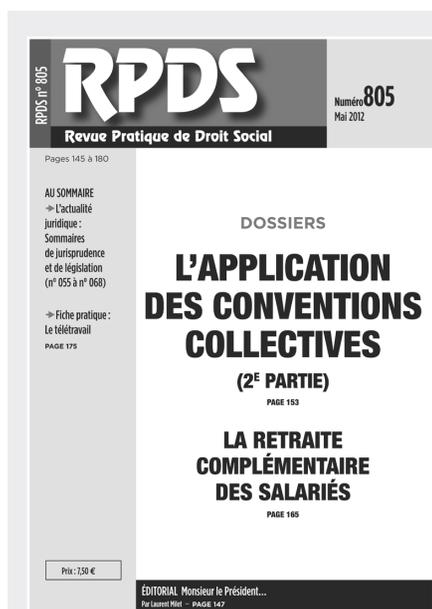
Pierre-François Legrand

(68) *Droit civil: les obligations*, 11^e édition, Montchrestien, p. 125.

(69) On peut néanmoins se demander si le fait de prouver l'élément matériel de la fraude ne serait pas suffisant à démontrer l'existence de l'élément intentionnel, quand on connaît la place relativement restreinte de ce dernier en droit social.

(70) « *La fraude corrompt tout* ».

(71) L'interposition de personne morale étant tout aussi bien envisageable que l'interposition de personne physique, comme le montre CA Paris, 16^e chambre B, 20 nov. 1998, *SCI Eljo* (avec note sous l'arrêt de Bruno Petit, « *Intérêt indirect et interposition de personnes* », Revue trimestrielle de Droit commercial, janv.-mars 1999, p. 145).



RPDS 805 - Mai 2012

Au sommaire :

Dossier : L'application des conventions collectives (2^e partie)
La retraite complémentaire des salariés

Fiche pratique : **Le télétravail**

Editorial : **Monsieur le Président**

L'actualité juridique : **Sommaires de jurisprudence et de législation commentés**

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, commande à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches-en-Ouche

Prix du numéro : 7,20 euros + forfait de 3 euros par envoi).

Abonnement : 75 euros par an uniquement

à NVO, BP 160, 77315 Marne-la-Vallée Cedex 2. Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet www.librairie-nvo.com ou www.lecodedutravail.fr