

L'après *Sodimedical* : que faire ? ⁽¹⁾ (à propos de Cass. Com. 3 juillet 2012)

par Paul DARVES-BORNOZ, Avocat au Barreau d'Annecy
et Pierre MASANOVIC, Avocat au Barreau de Lyon

2012 : mauvaise année pour le contrôle des suppressions d'emplois dans l'entreprise éclatée.

Deux coups d'arrêt sévères aux tentatives de résistance à l'instrumentalisation par les groupes, pour les besoins de leurs restructurations :

- des procédures d'information/consultation et des mesures « *d'accompagnement social et territorial des licenciements pour motif économique* » dans des situations où, précisément, ils ne disposent pas d'un motif économique légitime, mais visent uniquement à la rationalisation ou à l'optimisation de leurs structures (Cass. Soc., 3 mai 2012, *Viveo*),
- du droit commercial et des sociétés et, plus particulièrement, des procédures collectives (Cass. Com., 3 juillet 2012, *Sodimedical*) (2).

La porte était, certes, étroite ; peut-on encore « rêver » (3) ? Ou les salariés doivent-ils se résigner à assister, impuissants, à la destruction de leurs emplois et à rejoindre « *la longue cohorte* » (4) de ceux qui recherchent la mise en œuvre d'un simple processus indemnitaire ou de contribution à la dette à travers la notion de co-emploi ?

De l'admission de l'acte sans cause...

On conçoit mal de régler les conséquences d'un divorce sans l'avoir prononcé, ou de reclasser dans l'entreprise un salarié dont l'aptitude physique ne serait pas remise en cause. Les effets ne peuvent être traités indépendamment de leur cause. En affirmant que la validité des procédures d'information/consultation des licenciements pour motif économique, prévues aux articles L. 1233-28 et suivants du Code du travail, et que le traitement social des licenciements pour motif économique par le plan de reclassement de l'article L. 1233-61 du Code du travail, sont « *indépendants de la cause du licenciement* », l'arrêt *Viveo* du 3 mai 2012 a pris le contre-pied de cette évidence. Si, pour certains, agir sans cause n'est pas agir sans raison, mais librement,

il demeure que, dans notre droit positif, l'employeur n'est pas libre de licencier et que cette liberté ne peut s'exercer sans cause légitime, qu'elle soit personnelle, disciplinaire ou économique. Il paraît donc incongru d'affirmer qu'une mesure d'accompagnement social du licenciement pour motif économique pourrait être mise en œuvre, ou serait valide, sans qu'il soit besoin qu'elle repose sur une cause économique légitime (article L. 1233-3 du Code du travail).

C'est d'ailleurs ce que retient, très logiquement, la Chambre sociale de la Cour de cassation pour une autre mesure s'intégrant également dans le traitement social des licenciements pour motif économique (Section VI du Chapitre III du Livre II du Code du travail) : « *Attendu enfin, qu'en l'absence de motif économique du licenciement, la convention de reclassement personnalisé devenant sans cause, l'employeur est tenu à l'obligation de préavis* » (5). Ce qui est vrai pour le dispositif de l'article L. 1233-66 du Code du travail devrait l'être également pour celui de l'article L. 1233-61. Le raisonnement manque de cohérence.

... à l'admission de l'acte frauduleux ...

Les circonstances de fait de l'arrêt *Sodimedical* rendu le 3 juillet 2012 sont connues (6) et sont « *exemplaires* » pour la démonstration.

L'arrêt de la Cour d'appel de Reims du 14 mars 2011 (7), cassé par l'arrêt de la Chambre commerciale du 3 juillet 2012, avait rejeté la demande de liquidation judiciaire de la SARL *Sodimedical* en faisant ressortir :

- que cette filiale ne disposait d'aucune autonomie par rapport à sa maison-mère, dont elle n'était en fait qu'une simple unité de production ;
- que ses difficultés avaient pour seule origine l'organisation du Groupe Lohmann & Rauscher et ses choix de gestion (« *lynchage* » de sa filiale) ;
- que le passif de la SARL *Sodimedical* était, pour

(1) V.I. Oulianov nous pardonnera cet emprunt.

(2) p. n° 11-18.026, Bull., reproduit ci-après p. 205.

(3) Michel Henry, « À propos de l'arrêt *Viveo* : faisons un rêve », Dr. Ouv. 10/2012, p. 629.

(4) Cass. Soc. 19 janvier 2011, pourvoi n° 09-43.525.

(5) Cass. Soc. 19 janvier 2011, prec.

(6) Evelyne Serverin, « La longue route de la liquidation de la SARL *Sodimedical* », Revue de droit du travail, 2012, p. 574 ; Paul Darves-Bornoz, « La saga des *Sodimedical* », Dr. Ouv. 08/2012, p. 523.

(7) Dr. Ouv. 2012, p. 528.

l'essentiel, constitué d'une dette intragroupe, que celui-ci avait rendue exigible en décidant de ne plus soutenir sa filiale ;

- que la demande de liquidation judiciaire n'avait d'autre but que de détourner l'application du Code du travail (*fraus legis*), le groupe recherchant l'autorité de la chose jugée par le juge commercial pour se dispenser d'un motif économique dont il ne pouvait justifier, éludant les obligations relatives à la mise en œuvre d'un PSE, et provoquer la prise en charge du coût de sa restructuration par les pouvoirs publics (AGS).

Cette analyse avait également été reprise dans un deuxième arrêt de la Cour d'appel de Reims en date du 25 octobre 2011 (8).

L'arrêt du 3 juillet 2012 retient, tout d'abord, que l'état de cessation des paiements est caractérisé objectivement. Peu importe l'origine apparente du passif, sa sincérité et les manipulations du groupe : dès lors que le débiteur est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, la cessation des paiements doit être constatée et donner lieu à l'ouverture de la procédure collective, conformément au premier alinéa de l'article L. 631-1 du Code du travail. La plupart des commentateurs (8 bis) ont souligné que l'arrêt du 3 juillet 2012 était dans le droit fil de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, et que cette solution devait être approuvée en raison du principe d'autonomie patrimoniale des personnes morales consacré par l'article 1842 du Code civil (9).

L'arrêt du 3 juillet 2012 rappelle, également, que l'état de cessation de paiement s'apprécie de manière autonome pour chaque société du groupe et qu'ainsi, la prise en compte de la situation économique et financière du groupe est indifférente au constat de la cessation des paiements et à l'ouverture de la procédure collective.

Enfin, on peut retenir que l'absence totale d'autonomie de la filiale est sans incidence pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui n'en tire pas comme conclusion qu'il y aurait immixtion de la maison-mère dans la gestion de sa filiale. Ce raisonnement laisse perplexe, dès lors qu'il était établi que la SARL Sodimedical n'avait de société et de personnalité morale que le numéro de RCS qui lui

avait été attribué lors de son immatriculation, et qu'elle ne constituait qu'un simple atelier de production, totalement inféodé au fonctionnement du groupe et de la SAS Sodimedical assurant la représentation de celui-ci sur le territoire national. Il faut donc en conclure que droit commercial et droit social ont des logiques inconciliables. Contrairement au droit commercial, le droit du travail reconnaît de longue date l'existence des groupes, et prend en considération leur situation économique pour apprécier le bien-fondé d'une décision de licenciement prise au niveau de la filiale. On retiendra ainsi que le droit commercial, et en particulier celui des procédures collectives, ne permettent pas d'appréhender l'entreprise éclatée.

L'arrêt du 3 juillet 2012 reproche également à la décision de la Cour d'appel de Reims du 14 mars 2011 d'avoir retenu l'incidence d'une fraude pour rejeter la demande d'ouverture de la procédure collective. C'est l'aspect le plus choquant de la décision, qui affirme que l'état de cessation des paiements est avéré, quels que soient les mobiles du débiteur. La question posée à la Chambre commerciale de la Cour de cassation est très justement rappelée dans le commentaire de Messieurs Damman et François (10) : « Une société-mère peut-elle impunément provoquer la cessation des paiements de sa filiale dans le seul but d'échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ? Dans l'arrêt Sodimedical rendu le 3 juillet 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est, pour la première fois, prononcée sur cette problématique d'une possible instrumentalisation des procédures collectives ». « L'arrêt Sodimedical ne peut que susciter un sentiment de malaise ou, à tout le moins, une grande perplexité. Devrait-on établir davantage de cohérence entre le droit social et le droit commercial dans l'appréhension qu'ils ont des groupes de sociétés ? Pour ce faire, faudrait-il envisager un changement législatif ? A priori, emprunter cette direction semble difficile et même peu opportun. Pourrait-on alors concevoir d'autres remèdes permettant d'éviter qu'un groupe peu scrupuleux utilise la procédure collective comme une échappatoire commode à ses obligations sociales ? ». En affirmant que le juge ne peut rejeter la demande d'ouverture d'une procédure collective « en raison des mobiles du débiteur », il faut comprendre quelle que soit la nature de ceux-ci, fussent-ils frauduleux.

(8) Dr. Ouv. 2012 p. 530.

(8 bis) Reinhard Dammann et Samuel François, « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », Rec. Dalloz, 2012, p. 2212 ; Laurence-Caroline Henry, « Ouverture de la procédure collective : de la rectitude des textes à leur instrumentalisation », Revue des Sociétés, 2012, p. 527 ; Jean Lecaroz, Hélène Guillou, Frédéric

Arbellot, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation - Chambre commerciale, Recueil Dalloz, 2012, p. 2548.

(9) 1^{er} alinéa : « Les sociétés autres que les sociétés en participation (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

(10) Préc.

L'arrêt du 3 juillet 2012 ne comporte, en effet, aucune limitation et n'exclut pas de manière expresse la fraude du débiteur. Bien au contraire, la motivation de la décision est sur ce point éloquent, qui légitime l'instrumentalisation du juge commercial par un groupe d'entreprises dans les circonstances suivantes :

- échec et annulation de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi par les juridictions sociales (11),
- volonté d'éluider les décisions impératives du Code du travail,
- volonté du groupe de s'exonérer de tout contrôle du motif économique du licenciement, en recherchant l'autorité de la chose jugée d'un jugement de liquidation judiciaire,
- volonté du groupe, dont la situation était florissante, de faire payer par la collectivité (AGS) son plan de restructuration : « *I pay in blood, but not my own* » (12).

Que l'état de cessation des paiements soit constaté de manière objective est une chose. Que le droit des procédures collectives et le juge commercial soient instrumentalisés de manière aussi outrageante, pour être relégués au rang de simples outils de gestion, en est une autre.

On relèvera, tout d'abord, le contraste entre le but poursuivi par le groupe Lohmann & Rauscher, tel qu'il est rappelé à l'énoncé des « *mobiles* » de l'arrêt du 3 juillet 2012 et celui de l'article 1 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, devenu l'alinéa 2 de l'article L. 631-1 du Code de commerce : « *La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

La fraude et le détournement de pouvoir ou de procédure étaient clairement établis par les circonstances de fait rappelées par l'arrêt du 3 juillet 2012. Peut-on concevoir un domaine de droit positif qui s'exonérerait du respect de l'adage *Fraus omnia corrumpit* ou de l'adage *Nemo auditur* ? Un arrêt de la Chambre commerciale retenait : « *Attendu que, hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait à échapper à ses obligations contractuelles* » (13). Pour certains commentateurs, l'hypothèse de la fraude serait toujours préservée : « *Même si les sociétés-mères et leurs filiales profitent des textes pour les instrumentaliser et poursuivre des*

objectifs autres que ceux posés par ces derniers, en dehors d'une fraude avérée, les magistrats ne peuvent pas ajouter aux textes pour sanctionner une manipulation de la loi de sauvegarde » (14).

En l'espèce, l'examen des moyens du pourvoi et les attendus de l'arrêt du 3 juillet 2012 conduisent à retenir que l'incidence d'une fraude éventuelle a bien été prise en considération par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui ne la retient pas pour rejeter la demande d'ouverture de la procédure collective.

Or la fraude était évidente.

Si tel n'était pas le cas, on ne sait où le juge commercial place le curseur pour qu'elle soit caractérisée... Trois commentateurs, conseillers référendaires à la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation, et donc, semble-t-il, autorisés, confirment : « *Cette solution ancienne était confortée par les évolutions législatives postérieures : depuis la loi de 1967, l'ouverture d'une procédure collective ne dépend plus de l'honnêteté de ses dirigeants* ». « *En adoptant une conception purement objective de la cessation des paiements, la Cour de cassation a donc réaffirmé qu'il n'était pas possible de prendre en considération les mobiles du débiteur, quand bien même ils seraient frauduleux, pour refuser l'ouverture d'une liquidation judiciaire* » (15). Fermez le ban !

Cet aspect de l'arrêt du 3 juillet 2012 affirme encore l'autonomie respective du droit commercial et du droit du travail : en droit du travail, le comportement fautif du groupe est de nature à engager sa responsabilité, y compris sur le terrain délictuel (16).

... en passant par des acteurs fictifs

L'arrêt de la Cour d'appel de Reims du 14 mars 2011 avait souligné que la SARL Sodimedical, à l'encontre de laquelle le groupe dont elle dépendait recherchait la mise en œuvre d'une procédure collective, n'avait plus rien d'une entreprise : ne disposant d'aucune autonomie financière ou administrative, elle ne constituait, en réalité, qu'un simple établissement de production (17). Il est établi que le droit des procédures collectives ne prend pas en considération les groupes de sociétés. Lors du colloque de la Commission sociale du SAF du 8 décembre 2012, le Professeur Dondero rappelait, par ailleurs, que le droit des sociétés ne connaissait pas l'entreprise (18).

(11) Paul Darves-Bornoz, préc.

(12) Bob Dylan, « *Tempest* », 2012.

(13) Cass. Com. 8 mars 2011, pourvoi n° 10-13.988.

(14) Laurence-Caroline Henry, préc.

(15) Jean Lecaroz, Hélène Guillou, Frédéric Arbellot, préc.

(16) Cass. Soc. 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.243, Dr. Ouv. 03/2011, p. 187.

(17) Paul Darves-Bornoz, préc.

(18) Son intervention est reproduite ci-avant, p. 151.

Le droit commercial ne tient pas compte des réalités économiques et sociales, mais uniquement des structures juridiques abstraites, des personnes morales, même si, comme en l'espèce, elles n'ont plus aucune consistance et semblent très éloignées des conditions posées pour leur existence par les dispositions de l'article 1832 du Code civil (18 bis). Les groupes peuvent donc continuer à morceler leurs activités en plusieurs sociétés ou personnes morales distinctes, ce morcellement leur permettant ainsi de se débarrasser à bon compte, et aux frais de la collectivité, de sites et d'activités jugés non rentables.

Manifestement, la SARL Sodimedical et sa maison-mère ne faisaient qu'une seule et même entreprise, et la reconnaissance ultérieure de la qualité de co-employeur de cette dernière par les juridictions sociales le confirmera. Si les structures juridiques avaient été adaptées au périmètre de l'entreprise, une seule société aurait dû être ainsi constituée et immatriculée. Il n'aurait pas été possible de filialiser un simple site de production et de créer un passif artificiel à travers un compte courant qui n'avait pas lieu d'être.

Le droit commercial et celui des procédures collectives ne permettent donc pas d'appréhender la réalité économique et sociale de l'entreprise éclatée : « Ces solutions ne sont que la traduction, en droit des procédures collectives, de l'autonomie des personnes morales, sauf confusion de patrimoines qui doit être établie (...). **La personnalité morale est, certes, une fiction** mais elle est de droit positif » (19).

La faillite du droit commercial pour l'approche des restructurations dans l'entreprise éclatée

L'arrêt du 3 juillet 2012 a, au moins, le mérite de souligner que le droit commercial et celui des procédures collectives répondent, de fait, à des préoccupations totalement étrangères au droit à l'emploi : « L'instrumentalisation du droit des faillites est favorisée par la faiblesse même du droit commercial, qui ne lui oppose aucune résistance » (20). L'inadaptation du droit commercial pour connaître de la réalité économique et sociale des entreprises et des groupes dont elles dépendent se vérifie, d'une part, quant aux moyens d'action qu'il est censé offrir pour

prendre en considération l'immixtion d'une société-mère dans la vie d'une de ses filiales.

L'article L. 621-2 du Code de commerce prévoit la possibilité d'une extension de la procédure collective à d'autres personnes morales en cas de confusion de patrimoines ainsi qu'en situation de fictivité de la personne morale. Or, ces actions sont interdites aux salariés et à leurs représentants, dès lors qu'elles ne sont ouvertes qu'à l'administrateur, au mandataire judiciaire, au Ministère public et, d'office, au tribunal. L'expérience montre qu'il ne faut pas trop compter sur les initiatives de ces acteurs.

D'autre part, et sur le fond, les conditions d'admission de ces actions sont particulièrement limitatives et pratiquement impossibles à réunir. L'affaire *Metaleurop* en est un exemple flagrant, qui confirme le divorce entre l'approche commerciale et l'approche sociale de l'immixtion d'un groupe dans une de ses filiales. Par arrêt du 19 avril 2005, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait écarté toute notion d'immixtion (confusion ou fictivité) entre la Société Metaleurop et sa maison-mère (21). La Chambre sociale de la Cour de cassation retient, quant à elle, cette immixtion en ayant recours à la notion de co-emploi, dans un arrêt du 12 septembre 2012 (22). De même, un auteur relève que, depuis un arrêt de l'Assemblée plénière du 9 octobre 2006, la Chambre commerciale a durci sa conception de l'immixtion d'une société-mère dans les relations contractuelles de sa filiale en exigeant que soit caractérisée, à la charge de la maison-mère, l'existence d'une **apparence trompeuse** laissant supposer qu'elle est également le cocontractant (23).

La notion d'immixtion retenue par la Chambre commerciale est donc très éloignée de celle retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation à travers la notion de co-emploi, telle qu'elle est rappelée au rapport d'activité de la Cour de cassation pour l'exercice 2011. Pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, il y a deux approches possibles de la qualité de co-employeur :

- le constat de la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction ;
- l'immixtion de la maison-mère dans la direction du personnel ou dans la gestion des contrats de travail

(18 bis) « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

(19) Jean Lecaroz, Hélène Guillou, Frédéric Arbellot, préc.

(20) Patrick Morvan, « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) », *Semaine juridique* : 12 et 19 octobre 2010, n°s 41 et 42.

(21) Cass. Com. 19 avril 2005, pourvoi n° 05-10.094.

(22) Cass. Soc. 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-12.351.

(23) Jean-François Barbieri, « Immixtion d'une société-mère dans les relations contractuelles d'une filiale », *Bulletin Joly Sociétés*, septembre 2012, p. 611.

des salariés de sa filiale (24).

Bien évidemment, la combinaison des deux méthodes est possible.

Monsieur Barbieri souligne que les critères qui seraient le mieux adaptés, et qui pourraient permettre d'unifier les approches de la Chambre commerciale et de la Chambre sociale de l'immixtion du groupe, seraient que le juge s'assure du respect, par la maison-mère, de l'autonomie et de l'indépendance juridique de ses filiales, dans le respect des dispositions de l'article 1842 du Code civil : « *La protection des cocontractants de sociétés filiales devrait se mesurer à l'aulne du respect par la mère de l'autonomie de ses filles, plutôt qu'à l'aulne de la « croyance légitime » (...) en un engagement personnel que le comportement trompeur d'une société-mère pourrait avoir engendré chez le cocontractant d'une filiale* » (25).

Pour être instrumentalisées par les groupes, les procédures collectives n'en interfèrent pas moins sur le droit du travail et le contentieux prud'homal.

Perspectives

1. L'autorité de la chose jugée par le juge commercial est régulièrement évoquée pour interdire le contrôle prud'homal du motif économique du licenciement. C'était un des mobiles de l'instrumentalisation rappelés à l'arrêt du 3 juillet 2012. Cette autorité est revendiquée soit parce que le Code de commerce prévoit que le juge commercial peut, en certaines circonstances, **autoriser** les licenciements économiques (articles L. 631-17 et 19 du Code de commerce), soit parce que le motif économique découlerait de la décision prise par le juge commercial (liquidation judiciaire).

Il paraît donc, aujourd'hui, possible de remettre en cause cette autorité de la chose jugée, dès lors qu'il est clairement établi que droit social et droit commercial répondent à des logiques totalement différentes : le droit commercial méconnaît le groupe et l'entreprise éclatée et il est ainsi disqualifié pour appréhender les rapports de travail. Il conviendrait, ainsi, de circonscrire l'autorité de la chose jugée à la seule procédure collective et à ses impératifs propres : les licenciements autorisés par le juge commercial ne seraient pas interdits et pourraient être mis en œuvre ; pour autant, ils ne seraient pas justifiés, le contrôle de cette justification relevant du

seul juge prud'homal (26). C'est ce que retient la Cour d'appel de Chambéry dans un arrêt du 20 novembre 2012, estimant que l'autorisation des licenciements économiques « *ne devient pas, pour autant, injonction définitive aux dirigeants et à l'administrateur provisoire* » d'y procéder, et que « ***l'autorité de la chose jugée attachée au jugement arrêtant le plan de cession se restreignait à ce qui avait fait l'objet de ce jugement*** » (27).

Ce cantonnement de la portée des décisions commerciales pourrait également se justifier au regard des règles impératives du droit du travail. Les juridictions administratives adoptent, sur ce point, une approche originale, s'agissant du licenciement des représentants du personnel : « *Considérant que la liquidation judiciaire prononcée par un jugement ne peut avoir légalement pour effet de faire échec à l'application des dispositions du Code du travail relatives à la protection exceptionnelle dont bénéficient certains salariés ; que, par suite, il incombe à l'autorité administrative, compte tenu notamment des perspectives de reprise de l'entreprise et, le cas échéant, de la situation générale du groupe auquel elle appartient, d'apprécier la réalité de la suppression des postes de travail* » (28). Le Professeur Pelletier souligne, quant à lui : « *La liquidation judiciaire d'une filiale n'affecte que partiellement les droits que retire le salarié de l'existence d'un groupe. La procédure collective le prive **seulement** de la possibilité de discuter la réalité et le bien-fondé du licenciement, par là de juger des difficultés au regard du secteur d'activité du groupe* » (29). Or, c'est bien là la principale difficulté.

En droit du travail, l'analyse du motif économique ne s'effectue pas au niveau de la filiale à laquelle appartient le salarié, mais du groupe ou du secteur d'activité du groupe dont elle dépend. L'autorité de la chose jugée par le juge commercial, qui ne connaît pas du groupe ou de l'entreprise éclatée, ne peut priver les salariés des entreprises en procédure collective du bénéfice de cette règle de fond, sous peine d'une inégalité de traitement que rien ne peut justifier.

Redonner ainsi toute sa compétence au juge prud'homal serait un des moyens d'éviter l'instrumentalisation du juge commercial à l'occasion de la mise en œuvre des restructurations au sein des groupes.

(24) Rapport d'activité de la Cour de cassation pour l'exercice 2011.

(25) Jean-François Barbieri, préc.

(26) Cf. François Dumoulin, Dr. Ouv. 11/2010 p. 598 sous TA Pontoise 9 mars 2010.

(27) Reproduit ci après p.206.

(28) TA Grenoble, 4 avril 2008, Dr. Ouv. 04/2011, p. 274.

(29) Nicolas Pelletier, « L'influence des groupes de sociétés sur les droits des salariés d'une filiale en difficulté », Bulletin Joly Sociétés, septembre 2012, p. 631.

2. L'essentiel des commentaires de l'arrêt du 3 juillet 2012 rappelle que les salariés disposent, néanmoins, d'une action en responsabilité délictuelle ou contractuelle à l'égard de la maison-mère. La responsabilité contractuelle de la maison-mère peut être recherchée à travers la qualité de co-employeur. Le recours à la notion de co-employeur reste essentiellement conçu comme la recherche d'un moyen de paiement supplémentaire, d'une contribution à la dette, ou de la possibilité de compléter une garantie AGS déjà entamée par les dettes nées de l'exécution du contrat de travail et par le paiement des indemnités de rupture.

Or, le co-employeur est un employeur à part entière (30). Il peut voir, ainsi, sa responsabilité engagée au titre de la faute inexcusable pour un accident du travail survenu dans l'une de ses filiales (31). Il ne peut, en effet, s'exonérer de sa responsabilité en faisant valoir qu'il n'est pas à l'origine du licenciement et qu'à ce titre, il n'a pu mettre en œuvre l'obligation de reclassement des articles L. 1233-4 et L. 1235-10 du Code du travail (32). Sa qualité n'est que constatée par la décision qui retient sa responsabilité : « *peu important que cette qualité ne lui ait été reconnue que postérieurement et que le licenciement ait été prononcé par le liquidateur* » (33).

Il convient donc de s'interroger sur l'opportunité, pour les salariés d'une filiale, d'engager, en dehors et préalablement à toute problématique de restructuration, une procédure visant à la reconnaissance de la qualité de co-employeur de la maison-mère (ou d'une autre société filiale du groupe) dont l'immixtion est démontrée. Cette reconnaissance serait, sans aucun doute, de nature à couper court à toute tentative d'instrumentalisation du juge commercial et à permettre de s'opposer à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement par la seule filiale mise en difficulté. Elle permettrait également de réclamer la mise en place d'instances représentatives du personnel communes à la maison-mère et à sa filiale pour lesquelles la qualité de co-employeurs aurait été reconnue (Comité d'entreprise unique ou C.C.E. avec comité d'établissement au sein de la mère et de la fille), sans qu'il soit besoin, a priori, de faire constater préalablement l'existence d'une UES.

Par contre, et dans l'hypothèse d'une entreprise éclatée constituée d'une maison-mère s'immisçant dans la gestion de plusieurs de ses filiales, cette démarche serait vraisemblablement à compléter par la

revendication d'une UES entre maison-mère et filiales.

Une des limites de la notion de co-emplois est de ne pas permettre d'appréhender l'entreprise éclatée dans sa globalité.

Le co-emploi est constaté, d'une manière générale, que de manière relative dans les rapports entre les salariés d'une société fille et la maison-mère de cette dernière.

La détermination du périmètre de l'entreprise éclatée en ayant recours à la notion de co-emploi nécessiterait ainsi que tous les salariés des filiales dans la gestion desquelles la maison-mère s'immisce, prennent simultanément l'initiative d'engager des contentieux séparés en vue de la reconnaissance de la qualité de co-employeur de la maison-mère.

Une telle démarche risque d'être difficile en pratique.

Pour la mise en œuvre d'instances représentatives communes au sein de l'entreprise éclatée, le recours à l'UES reste, dans cette hypothèse, toujours d'actualité.

L'initiative de la mise en œuvre de l'action en reconnaissance de l'UES est plus simple, et cette notion permettra de caractériser l'entreprise dans son ensemble pour la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 2322-4 du Code du Travail (34).

Une autre ambiguïté de la notion de co-employeurs est de « juxtaposer » pour un même salarié, plusieurs employeurs alors qu'en réalité le lien de subordination devrait être, a priori, unique dans une même entreprise.

L'arrêt du 20 novembre 2012 de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Chambéry (35) met en évidence les difficultés pouvant résulter de la constatation du co-emploi entre maison-mère *in bonis* et filiale en déconfiture. La maison-mère, co-employeur *in bonis*, doit répondre d'un licenciement devant satisfaire :

- aux obligations de motivation de droit commun (elle n'est pas en procédure collective et le niveau d'appréciation est différent) ;
- aux dispositions des articles L. 1235-10 et 11 du Code du travail visant la nullité du PSE et ses sanctions ;
- au congé de reclassement, exclu en procédure collective par les dispositions de l'article L. 1233-75 du Code du travail.

(30) Cass. Soc. 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.243, Dr. Ouv. 03/2011, p. 187

(31) TASS Melun 11 mai 2012, n° 10/924, Semaine sociale Lamy, 29 mai 2012, n° 1540.

(32) Cass. Soc., 22 juin 2011, *Novoceram*, pourvoi n° 09-69.021 ; Cass. Soc. *Metaleurop*, 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-12.351.

(33) Cass. Soc. 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.243, prec.

(34) « Du nouveau du côté de l'UES ? », Dr. Ouv. 05/2011, p. 289.

(35) v. page 206 ; cet arrêt vient d'être confirmé par Soc. 20 fév. 2013, p. n°11-19.305.

La filiale, co-employeur en liquidation judiciaire, ne peut se voir appliquer le même régime juridique. La motivation de sa lettre de rupture peut être satisfaite au seul visa du jugement de liquidation judiciaire. Elle n'a pas à faire application du congé de reclassement. Elle ne peut être sanctionnée que sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail (article L. 1235-11 du Code du travail).

La Cour d'appel de Chambéry a choisi de faire une application distributive des règles d'indemnisation, en appliquant au groupe, dont l'immixtion était établie, l'indemnité minimale de douze mois de salaire de l'article L. 1235-11 du Code du travail.

L'arrêt règle également, de manière originale, la sollicitation illégitime des pouvoirs publics en condamnant la maison-mère à rembourser à l'AGS, d'une part, les indemnités de rupture dont elle a dû faire l'avance dans le cadre de la mise en œuvre des licenciements économiques (préavis, indemnité de licenciement), mais également les dommages et intérêts auxquels la liquidation judiciaire est condamnée,

mais, bien évidemment, dans la limite des dommages et intérêts prononcés sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail.

Difficultés, aussi, quant à la qualification des acteurs juridiques de l'entreprise éclatée. Doit-on considérer que le groupe, dès lors qu'il voit sa qualité de co-employeur reconnue, perd de ce fait cette qualité pour devenir entreprise ? Le comité de groupe, s'il existe, devrait donc laisser la place à un comité d'entreprise ou un CCE. Inévitablement, devront être également réglées les questions délicates d'application de la loi nationale à des structures de groupe situées à l'étranger, comme dans l'espèce réglée par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Chambéry.

Ces démarches impliqueront ainsi un important travail d'anticipation de la part des salariés et de leurs représentants.

À suivre...

Paul Darves-Bornoz et Pierre Masanovic

Annexe

ENTREPRISE EN DIFFICULTE Redressement et liquidation judiciaires – Ouverture – Causes – Cessation des paiements – Appréciation – Société d'un groupe – Etat à caractériser objectivement et individuellement – Mobiles du débiteur – Absence d'influence.

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Com.) 3 juillet 2012

Sodimedical (pourvoi n° 11-18.026)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Sodimédical, faisant partie du groupe Lohmann et Rauscher, a déclaré la cessation de ses paiements et demandé l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ;

Sur la recevabilité du moyen contestée par la défense : (...)

Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième branches :

Vu les articles L. 631-1, alinéa 1er, et L. 640-1 du code de commerce ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'ouverture de la procédure collective présentée par la société Sodimédical, l'arrêt retient que le passif échü de celle-ci s'élève à 4 515 937 euros, dont une somme de 3 979 831 euros représentant le montant du compte courant de sa société mère, que le groupe a décidé de ne plus soutenir financièrement cette filiale qui n'a pas d'autonomie, que si les dettes internes au groupe font partie du passif exigible, la société Sodimédical est à jour de ses cotisations sociales et que sa position est incohérente, dès lors que, tout en excipant d'un actif disponible inférieur à 100 000 euros, elle a été en mesure, lors de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, de proposer à chacun de ses salariés une indemnité complémentaire de licenciement de 20 000 euros ;

Attendu qu'en se déterminant par ces motifs impropres à exclure l'état de cessation des paiements, lequel est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles L. 631-1, alinéa 1er, L. 640-1 et L. 640-4 du code de commerce ;

Attendu que, lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état ;

Attendu que, pour rejeter la demande de liquidation judiciaire formée par la société Sodimédical, l'arrêt retient encore que cette demande a eu pour seul but, après l'échec de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi, de permettre des licenciements dont la cause économique ne pourrait plus être contestée et de faire prendre en charge leur coût par la collectivité ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, sauf en ce qu'il a rejeté une exception de procédure, déclaré l'appel recevable et infirmé le jugement déféré en sa disposition invitant la société Sodimédical à élaborer un plan social conforme aux demandes du tribunal de grande instance de Troyes et à en informer le comité d'entreprise ou à envisager une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire au niveau de la maison mère, l'arrêt rendu le

14 mars 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 Paris ;

(M. Espel, prés. – Mme Rémy, rapp. – Mme Bonhomme, av. gén. – SCP Didier et Pinet, SCP Gaschignard, av.)

LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE Co-emploi – Société mère *in bonis* – Filiale en redressement judiciaire – Autonomie des régimes juridiques applicables aux ruptures des contrats de travail – Recours récursoire de l'A.G.S.

Deuxième espèce :

COUR D'APPEL DE CHAMBÉRY (Ch. Soc.) 20 novembre 2012

B. et autres salariés et C.G.E.A. d'Annecy

contre **liquidateur judiciaire de la SA Wirth et Gruffat**

Faits, procédure et prétentions des parties

La SA Wirth et Gruffat exploitait une activité de fabrication d'outillages, de conception et de construction de machines outils pour la petite mécanique, le décolletage et la petite horlogerie à Argonay (Haute Savoie), production initialement destinée aux industriels du décolletage de la vallée de l'Arve, puis quasi exclusivement orientée vers l'exportation en direction de marchés d'industries similaires pénétrés en Allemagne, aux États Unis et en Asie.

Cette entreprise s'est trouvée placée sous le contrôle du groupe allemand R, via l'une des filiales de ce groupe, la société suisse Tornos Bechler, laquelle a cédé une partie de ses actions dans la SA Wirth et Gruffat aux salariés ainsi qu'à une société constituée entre les professionnels du décolletage de la vallée, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire clôturée par un jugement rendu le 22 février 1994 par le Tribunal de grande instance d'Annecy, statuant en matière commerciale, qui a autorisé lesdites cessions et adopté le plan de redressement par voie de continuation de l'entreprise ; par le jeu de nouveaux transferts d'actions, le contrôle de la SA Wirth et Gruffat par le même groupe s'est exercé depuis septembre 2006, par l'intermédiaire de la société de droit autrichien Millturn Holding GmbH, laquelle était propriété à 100 % de la SA de droit allemand Autania AG, holding de participation industrielle dont le groupe R. détenait la majorité du capital. (...)

Discussion

(...)

Sur la caractérisation de la situation de co employeur de la Société de droit allemand Autania AG et sur la compétence de la juridiction prud'homale

Est considérée comme co employeur ou employeur conjoint, spécialement au sein d'un groupe, la société mère dont les interventions constantes dans les domaines de la gestion administrative, économique, technique et sociale de sa filiale aboutit à une confusion d'intérêts, d'activités et de direction : les liens d'interdépendance sont resserrés de façon telle que la seconde est privée de réelle autonomie par rapport à la première qui pratique une ingérence excessive dans les décisions stratégiques de celle ci, voire même plus avant jusqu'à une substitution dans l'exercice des pouvoirs de direction de ladite filiale, notamment à l'égard du personnel.

En l'espèce, la société de droit allemand Autania AG a contesté avoir joué ce rôle de co employeur mais

confirmé (p.3 de ses conclusions devant la Cour)

- qu'à la suite des difficultés rencontrées par la SA Wirth et Gruffat, qui avait enregistré un résultat négatif de 1 500 000 € en 2006, le groupe Autania avait décidé de prendre des mesures de redressement et, pour ce faire, de déléguer auprès de M. L., directeur de l'unité de production de cette entreprise, filiale du groupe, M. Ullrich F. en qualité de consultant pour réaliser un audit et proposer une nouvelle stratégie industrielle,

- que des mesures de réorganisation, assorties d'un plan de développement, sont résultées de cet audit et se sont traduites principalement par

*** des investissements importants en recherche et développement, notamment un financement, à hauteur d'un montant de 1 000 773 €, de prestations d'ingénierie en 2008,**

*** le recrutement de 13 salariés dans différents domaines technique et commercial à partir du mois de novembre 2007 et jusqu'au 4 avril 2008, date de signature du contrat de travail à durée indéterminée d'un nouveau directeur, M. Stéphane C., alors que le recrutement d'un chargé d'affaires pour l'Allemagne semble n'avoir fait l'objet que d'une recherche, suivant une note d'honoraires émise par un cabinet de conseil en développement des ressources humaines le juin 2008, moins d'un mois avant la déclaration de cessation des paiements faite au greffe du Tribunal de grande instance d'Annecy le 3 juillet 2008,**

*** la mise en oeuvre de formations destinées au personnel, dont l'effectif moyen a été porté à 80 salariés environ, et l'engagement d'une démarche de qualité en vue de l'obtention de la certification ISO 9001:2000, à partir d'un budget élaboré pour trois ans et d'une commande passée le 14 janvier 2008, et ce, alors que cette société Autania AG a elle même communiqué les contrats passés au nom de sa filiale (pièces n° 2,3,6 à 18 de son dossier).**

Cependant, M. Ullrich F., dont il a été admis au cours des débats à l'audience du 18 septembre 2012 qu'il avait été rémunéré par le groupe Autania, s'est affirmé publiquement dès les mois de février et mars 2008 comme fondé de pouvoirs, sinon comme dirigeant de l'unité de production de la SA Wirth et Gruffat à Argonay, dont le dernier directeur, M. Pascal L. a été nommé en 2008 à la tête de l'usine de Saint-Etienne de

la SA Unicum (organigramme 2008 du groupe Autania annexé à la pièce n° 22 du dossier de la SELURL Cochet) : au delà de son premier rôle d'auditeur, M. Ullrich F. a lui même annoncé les investissements réalisés par le groupe Autania, à hauteur de 1 500 000 € en 2008 ainsi que les compléments d'ores et déjà envisagés pour les années suivantes, à hauteur de 500 000 € par an, au nom de M. Helmut R., PDG du groupe, les nouveaux recrutements envisagés, la mise en place d'un nouveau type de management, le projet de lancement d'une nouvelle machine, qui devrait être prête pour le second semestre 2008 et l'objectif affiché de revenir à 150 salariés dans un délai de trois ans, à la faveur d'un «électrochoc» créé dans ces conditions pour restaurer la confiance des acheteurs de machines outils dans le potentiel de la marque (pièces n° 5c et 6c du dossier des salariés).

À l'occasion de deux interventions dépourvues de toute équivoque au cours de deux réunions du comité d'entreprise de la SA Wirth et Gruffat, les 22 avril et 11 juin 2008, (pièces n° 7c et 8c du dossier des salariés) M. Ullrich F. est encore apparu, devant les représentants du personnel, comme un organe de direction prééminent, aux côtés de Mme T., directrice administrative et financière, et il a lui même présenté les chiffres relatifs aux résultats, au portefeuille de commandes, aux stocks, à la charge de travail et aux prévisions de vente, avant de préciser

- le 22 avril 2008, qu'il avait pris la décision de continuer l'étude de la nouvelle machine, qui serait conduite par un bureau d'études extérieures, qu'il envisageait des actions de formation et des recrutements, qu'il voulait anticiper les départs en retraite et embaucher des cadres à des postes importants, qu'il espérait des résultats prochainement à partir de la maquette de nouvelles machines présentées aux représentants élus du personnel, qu'il avait engagé un nouveau directeur, M. Stéphane C., susceptible de prendre ses fonctions au 1er juillet 2008, qu'il serait fait appel au groupe en vue d'un nouveau financement pour le mois de mai 2008, (procès verbal de réunion du 22 avril : pièce n° 7c du dossier des salariés)

- le 11 juin 2008, qu'en dépit de l'annulation de commandes de deux machines, compensée par l'enregistrement de commandes de deux autres machines, le chiffre d'affaires espéré pour l'année 2008 pourrait s'élever à 8,2/8,5 M €, que des ventes de petites machines permettraient de dégager de la trésorerie, qu'il convenait par ailleurs d'améliorer et de développer les pratiques commerciales, en expliquant aux clients de l'entreprise « notre nouvelle politique suite au changement de direction », notamment dans la vallée de l'ARVE (bastion du décolletage européen), que néanmoins la priorité pour la SA Wirth et Gruffat restait, en 2008, la présentation de la nouvelle machine au mois d'octobre, la certification ISO et la livraison de machines pour un client allemand, que le soutien financier du groupe Autania restait acquis et qu'une prime de vacances de 324 € brut serait versée début juillet (procès verbal de réunion du 11 juin : pièce n° 8c du dossier des salariés).

Il se vérifie également que M. Ullrich F. a lui même signé pour le compte de la SA Wirth et Gruffat certains contrats de travail conclus à partir du 17 décembre 2007 (avec Jean François G., avec Stéphane B., avec Marion C. : pièces n° 13,15 et 17 du dossier de la SELURL Cochet) et qu'il était l'interlocuteur, au nom de l'entreprise, d'un

important client allemand de celle ci, la société Selzer (pièce n° 4 du même dossier et pièce n° 39c du dossier des salariés, relative à la confirmation de la traduction de cette pièce de l'allemand en français).

Cependant, après avoir mis en place «une politique interne innovante de remotivation de l'ensemble des secteurs de la société», à la faveur de l'embauche d'un consultant professionnel du monde de la machine outil», mais constatation faite de l'arrêt de son projet de production d'une nouvelle machine qui avait pris trop de retard pour être réalisé avant un salon international en Allemagne au mois de septembre 2008 et qui se heurtait à des contraintes financières et techniques, «le groupe Autania, qui (l')a soutenu (e) financièrement pendant des années, a décidé de lâcher la SA Wirth et Gruffat », aux termes du rapport établi le 23 septembre 2008 par l'administrateur judiciaire désigné par le Tribunal de grande instance d'Annecy à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire le 8 juillet 2008 (p.6 du rapport : pièce n° 10c du dossier des salariés) ; l'examen comparatif des deux comptes rendus de réunions de comité d'entreprise objective que la trésorerie de la SA Wirth et Gruffat était encore assurée par le concours financier du groupe pour le mois de mai 2008 mais qu'elle dépendrait du produit de ventes susceptible d'apporter des liquidités au mois de juin 2008, de telle sorte que l'impasse financière constatée le 3 juillet 2008 a marqué l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, caractérisant l'état de cessation des paiements au sens de l'article L 631-1 du code de commerce, indépendamment des cessions d'actifs immobiliers et de titres de participation qui ne figuraient plus au bilan de la SA Wirth et Gruffat de l'exercice arrêté au 30 juin 2008, annexé au rapport de l'administrateur judiciaire, lequel envisageait initialement de contester ces cessions intervenues par compensation des comptes courants (p.3 de ce rapport).

L'ensemble de ces éléments, graves, précis et concordants, au sens de l'article 1353 du Code civil, objective ainsi qu'en soumettant la SA Wirth et Gruffat et l'ensemble de son personnel, renforcé au demeurant par le recrutement de nouveaux salariés, aux exigences de réorganisation, aussi bien dans les domaines techniques, que dans la politique commerciale et au plan social, d'un plan de redéploiement industriel, la société de droit allemand Autania AG, qui avait pris directement les commandes de sa filiale, a joué un rôle de co employeur, dont elle doit assumer toutes les conséquences, y compris quant à la rupture des contrats de travail des salariés qui est intervenue dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ouverte consécutivement à l'interruption des financements précédemment assurés par la société mère (c'est surabondamment qu'est relevée la qualité de dirigeant de M. Hans O. S., présenté comme encore en fonction au 31 décembre 2008 sur l'organigramme 2008 du groupe Autania, communiqué par cette partie appelante comme sa pièce n° 22, qualité qui ne permettait pas de l'exclure comme cessionnaire, suivant les strictes dispositions l'article L 642-3 du code de commerce, mais qui laisse présumer la persistance de possibles liens entre la société constituée par lui pour développer une activité de services spécialisée dans la réparation et la maintenance de machines outils, «sans se limiter aux transferts Wirth et Gruffat », aux termes de son business plan soumis à l'appréciation du Tribunal d'Annecy).

C'est donc à juste titre que le Conseil de prud'hommes d'Annecy s'est déclaré matériellement compétent pour

statuer sur les demandes formées par les salariés parties l'instance à l'encontre de la société de droit allemand Autania AG, conformément à l'économie des dispositions de l'article L 1411-1 du code du travail, sans qu'il soit nécessaire de rechercher la responsabilité de ce co employeur sur le terrain quasi délictuel.

Sur le motif économique des licenciements des salariés de la SA Wirth et Gruffat

1. L'article L 1233-2 du code du travail dispose que tout licenciement pour motif économique est motivé dans les conditions définies par le chapitre III intitulé « Licenciement pour motif économique » du titre III du Livre deuxième de ce code et qu'il est justifié par une cause réelle et sérieuse.

Aux termes de L 1233-42 du code du travail, applicable au licenciement de 10 salariés ou plus dans une période de 30 jours, la lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur.

2. L'article L 1233-3 du code du travail définit le licenciement pour motif économique comme un licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ... consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

L'article L 1233-4 du même code subordonne impérativement la notification de tout licenciement pour motif économique à la double condition que tous les efforts de formation et d'adaptation aient été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne puisse être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient, en considération d'offres de reclassement écrites et précises.

3. En cas de redressement ou de liquidation judiciaire et en application des dispositions de l'article L 1233-58 du code du travail, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques, réunit et consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues à l'article L 1233-15 ainsi qu'aux articles...

3° L 1233-30, premier, deuxième et huitième alinéas du même code, pour un licenciement de 10 salariés ou plus dans une entreprise de 50 salariés et plus,

4° L 1233-31 à L 1233-33, L 1233-48 et L 1233-63 du même code, relatifs à la nature des renseignements et au contenu des mesures sociales adressés aux représentants du personnel et à l'autorité administrative,

5° L 1233-49, L 1233-61 et L 1233-62, relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi.

4. Dans l'hypothèse, prévue par l'article L 631-22 du code de commerce, où le tribunal qui a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'une entreprise déclarée en état de cessation des paiements a ordonné la cession totale ou partielle de cette entreprise à la demande de l'administrateur, faute pour le débiteur de pouvoir en assurer lui même le redressement, l'administrateur est en fonction pour passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession et la procédure se poursuit à cette fin sous le régime des dispositions des articles L 642-1 et suivants du code de commerce.

Plus particulièrement, l'article L 642-5 du code de commerce dispose :

- qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public et entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur (le mandataire judiciaire qui exerce les missions dévolues à celui ci en vertu du 1er alinéa de l'article L 631-22 du même code), l'administrateur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel et les contrôleurs, le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente de meilleures garanties d'exécution,

- que le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions applicables à tous,

- que lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, dans les conditions prévues à l'article L 1233-58 du code du travail, et information donnée à l'autorité administrative compétente en vertu de l'article L 1233-60 du même code,

- que le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement,

- que dans ce délai, ces licenciements interviennent sur simple notification du liquidateur, ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou les accords collectifs du travail.

Aux termes du second alinéa de l'article R 642-3 du code de commerce, il est précisé que le jugement arrêtant le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les catégories professionnelles concernées.

5. En l'espèce, il résulte d'un jugement rendu le 5 novembre 2008 dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire précédemment ouverte le 8 juillet 2008 à l'égard de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, que le Tribunal de grande instance d'Annecy, statuant matière commerciale, après avoir autorisé la poursuite de l'exploitation en vue de l'élaboration d'un plan, constaté néanmoins l'impossibilité d'envisager aucun plan de redressement par voie de continuation dès l'ouverture de la procédure et fixé un délai prorogé jusqu'au 6 octobre 2008 pour la réception des offres de reprise,

- a arrêté le plan de cession des actifs de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat au profit de M. Hans O. S., aux conditions détaillées dans son offre du 4 septembre 2008, soit au prix net vendeur de 1 000 000 €, en contrepartie du fonds de commerce, de la totalité des stocks y compris des machines en cours de fabrication non encore vendues et du matériel industriel, en reprenant 11 salariés, le bail de location des locaux industriels avec la SCI Autania et des contrats de fourniture, avec faculté pour le cessionnaire de se substituer une société à créer pour autant qu'elle soit majoritairement détenue par lui,

- a autorisé le licenciement économique de 63 salariés correspondant à des postes précisément désignés,

- a désigné maître Rémi Saint-Pierre en qualité de commissaire exécution du plan, étant rappelé que les actes devaient être passés par lui, en sa précédente qualité d'administrateur,

- a ordonné la poursuite de la période d'observation et

renvoyé l'affaire à l'audience du 2 décembre 2008 pour qu'il soit statué sur l'issue de la procédure.

La conversion de la procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire est intervenue le 27 janvier 2009, date à laquelle Me Jean Blanchard a été désigné en qualité de liquidateur judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat.

6. Par lettres recommandées avec demandes d'avis de réception, en date du 24 novembre 2008, le PDG de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, Helmut R., et l'administrateur judiciaire, Me Rémi Saint-Pierre, ont conjointement notifié aux salariés leur licenciement pour motif économique,

- en leur rappelant que cette décision résultait du jugement rendu le 5 novembre 2008 par le Tribunal de grande instance d'Annecy, statuant en matière commerciale, lequel arrêta le plan de cession des actifs de la Société, au profit de M. Hans O. S. ...et prévoyait la reprise de seulement 11 salariés sur les 74 inscrits à l'effectif

- en indiquant que leur emploi était supprimé, dans le cadre de l'exécution de ce jugement,

- en déduisant de cette constatation qu'à défaut d'être repris dans les effectifs du repreneur et faute pour l'employeur et l'administrateur judiciaire qui l'assistait de disposer d'aucune possibilité de reclassement à leur proposer, ceux-ci ne pouvaient que mettre un terme à leur contrat de travail, dans le respect des dispositions de l'article L 1233-5 du code du travail fixant les critères de licenciement, auquel ils avaient ajouté un critère de polyvalence et de savoir faire, après discussions avec le comité d'entreprise,

- en leur remettant les documents relatifs à une proposition de convention de reclassement personnalisé, dont l'objectif était de favoriser leur reclassement, et en leur précisant les conditions dans lesquelles interviendrait la rupture de leur contrat de travail, en fonction de leur adhésion à cette convention ou de leur refus d'adhérer,

- en les informant de ce que, conformément aux dispositions de l'article L 1233-45 du code du travail, ils bénéficieraient pendant une année à compter de la rupture de leur contrat, d'une priorité de réembauche chez M. Hans O. S. ou toute personne morale substituée à lui,

- en les informant par ailleurs de la limitation aux 12 mois suivant la première présentation de leur lettre de licenciement du délai au cours duquel ils auraient la possibilité d'engager une action judiciaire fondée sur la validité ou la régularité de ce licenciement,

- en leur précisant enfin que toute clause de non concurrence les liant à la société était levée.

7. Dans la mesure où le jugement rendu par le Tribunal de grande instance d'Annecy le 5 novembre 2008, qui arrêta le plan de cession des actifs de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat à M. Hans O. S. autorisait le licenciement économique de 63 salariés mais ne donnait pas pour autant injonction définitive aux dirigeants de cette entreprise et à l'administrateur judiciaire de rompre inéluctablement les contrats de travail de ces salariés, le plan lui-même dont les dispositions étaient applicables à tous, aux termes du 3ème alinéa de l'article L 642- du code de commerce, ne pouvait l'être au-delà des personnes physiques et morales désignées par ce texte et ne prévoyait pas impérativement les

licenciements litigieux, d'une part, et l'autorité de la chose jugée attachée au jugement arrêta le plan de cession se restreignait à ce qui avait fait l'objet de ce jugement, suivant le principe énoncé à l'article 1351 du Code civil, d'autre part, sans qu'aient été envisagées en aucune manière la situation de co employeur de la société de droit allemand Autania AG et les incidences de cette situation sur le sort des contrats de travail des salariés employés sur le site de production d'Argonay, lesquelles questions relevaient de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale, suivant le principe énoncé à l'article L 1411-1 du code du travail.

Or, quand bien même l'initiative de rompre les contrats de travail a été prise par le PDG de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat et l'administrateur judiciaire qui l'assistait, l'appréciation du caractère réel et sérieux de la cause économique de licenciement devait s'apprécier dans le cadre élargi au groupe Autania contrôlé par la société de droit allemand Autania AG, elle-même considérée comme co employeur.

Corollairement, dans la mesure où il n'a pas été allégué, à l'occasion de la notification des licenciements ni ultérieurement, ni établi que la société mère aurait été confrontée à des difficultés économiques ou à des contraintes de mutation technologique de nature à entraîner les suppressions d'emplois contestées, ces licenciements sont considérés d'emblée comme dépourvus de cause réelle et sérieuse.

8. Il s'avère ensuite que le premier co employeur, assisté par l'administrateur judiciaire, n'était pas davantage déchargé, au prétexte de l'autorisation de principe donnée par le Tribunal de grande instance d'Annecy, d'une obligation de moyens renforcée portant sur la mise en oeuvre de mesures permettant de faciliter le reclassement du personnel menacé de licenciement ni du devoir d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi concourant aux mêmes objectifs, de poursuivre voire même d'intensifier ses démarches dans le même sens, avant comme après la consultation des représentants du personnel et au-delà d'un respect purement formel de simples étapes de la procédure, conformément à la lettre et à l'esprit des dispositions combinées de l'article L 1233-4, L 1233-32 et des § 4° et 5° de l'article L 1233-58 du code du travail : l'autorisation portant sur 63 licenciements dont était assorti le plan de cession arrêté par le Tribunal de grande instance d'Annecy ne valait que dans la perspective de l'engagement des procédures individuelles de licenciement, sans que cette juridiction ne se fût prononcée par anticipation, dans le strict cadre des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'article L 642-5 du code de commerce, sur l'accomplissement effectif par l'employeur des démarches indispensables aux recherches préalables de solutions de reclassement à l'avantage des salariés menacés de licenciement.

Or, étant rappelé que le Tribunal a fixé au 6 octobre 2008 le terme de l'ultime délai imparti aux candidats à la reprise des actifs de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat et qu'à cette dernière date, faute pour deux candidats qualifiés de « plus ambitieux » d'avoir finalisé un business plan et surtout d'avoir indiqué le nombre de salariés susceptibles d'être repris, M. Hans O. S. restait seul à avoir déposé une offre qui a pu être complétée le 16 octobre 2008 (pièce n° 11 c du dossier des salariés), sans aller au-delà de la préservation de 11 emplois et d'un prix de cession tout juste suffisant pour le remboursement des créances super privilégiées,

et dont le caractère sérieux a pu être vérifié par l'administrateur, dans les conditions définies par l'article L 642-4 du code de commerce (pièce n° 12 c du même dossier), la proposition limitée à la poursuite de 11 contrats de travail, faite d'emblée par ce repreneur, laissait inéluctablement présumer que le nombre de licenciements s'élèverait à 63, sur un effectif de 74 salariés présents dans l'entreprise dont les actifs seraient cédés.

En conséquence, il appartenait aux dirigeants de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat et à l'administrateur qui les assistait de s'employer à la recherche de solutions de reclassement et à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences des articles L 1233-61 et suivants du code du travail dès le 5 octobre 2008 et au cours des semaines qui ont suivi, plus encore à la suite du jugement arrêtant le plan de cession le 5 novembre 2008, date à partir de laquelle subsistait encore un délai d'un mois avant la notification effective des licenciements autorisés par le Tribunal, suivant les dispositions du cinquième alinéa de l'article L 642-5 du code de commerce.

Toutefois, en l'absence d'intervention de Me Rémi Saint-Pierre, encore appelé à la procédure en cause d'appel, en sa double qualité d'administrateur judiciaire et de commissaire à l'exécution du plan successivement, par lettre recommandée dont l'un de ses représentants habilités a signé l'avis de réception le 2 février 2012, Me Jean Blanchard, qui doit exercer pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions de la société débitrice, en sa qualité de liquidateur et en vertu du 1er alinéa de l'article L 641-9 du code de commerce, n'a lui-même communiqué aucune pièce de nature à objectiver la réalité des recherches entreprises en vue de faciliter le reclassement interne et externe du personnel dont le licenciement n'avait pu être évité et s'est borné à se référer au plan de sauvegarde de l'emploi, également versé à son dossier, et ce, in fine, pour exclure catégoriquement qu'un reclassement des salariés licenciés ait pu être envisagé dans les entreprises du groupe auquel la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat appartenait, en l'absence de clause de mobilité ou de permutabilité de leur emploi insérée dans leur contrat de travail et au motif essentiel qu'« il ne semble pas non plus que dans le cadre de l'exécution de leurs diverses tâches les (salariés) demandeurs aient eu l'occasion à quelque moment que ce soit, d'être transférés d'une structure à l'autre » (p. 9 des conclusions en cause d'appel de Me Blanchard), sans pour autant apporter d'éléments susceptibles d'étayer cette analyse, ainsi limitée à l'état de prémisses.

C'est exclusivement la société Autania AG qui a communiqué (pièces n° 20 et 21 de son dossier) deux réponses apportées à des lettres expédiées l'une comme l'autre le 7 novembre 2008 par un ou plusieurs correspondant (s), pouvant être identifié(s) sans autre précision comme une ou plusieurs personnes (directeur ou cadre dirigeant et/ou administrateur judiciaire) en charge des démarches en vue des reclassements des salariés de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, et portant précisément sur cette question :

- le 12 novembre 2008, le Directeur de l'unité de production à La Ricamarie (Loire) de la SA Unicum Transmission de Puissance, dont les services administratifs et financiers étaient alors installés à Argonay, siège social de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, laquelle contrôlait d'ailleurs cette société

antérieurement, a précisé que toute embauche était bloquée dans cette entreprise, dans le contexte économique actuel, de telle sorte qu'il n'était pas possible d'envisager le reclassement du personnel de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat,

- le 14 novembre 2008, le directeur de la société Autania AG à Kelkheim (Allemagne) a indiqué que celle-ci ne disposait d'aucun poste permettant le reclassement des salariés de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat dont le licenciement était envisagé.

Par ailleurs, la société Autania AG a versé aux débats le rapport en date du 27 avril 2012 d'un commissaire aux comptes chargé par elle de déterminer si des recrutements avaient été effectués au sein des sociétés de participation active du groupe Autania pendant la période du 5 novembre 2008 au 14 novembre 2008 : après examen des déclarations du cabinet d'expertise comptable et des sociétés de participation elles-mêmes, ainsi que des informations communiquées par le directoire de la société Autania AG, ledit commissaire aux comptes a constaté qu'aucun contrat de travail suivi de recrutement de collaborateurs n'avait été conclu au cours de la période considérée.

Cependant, la présentation incontestablement beaucoup trop lacunaire par le liquidateur judiciaire substitué aux dirigeants de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat des recherches entreprises par l'employeur avec l'assistance d'administrateur judiciaire préalablement aux licenciements des salariés parties à la présente instance s'avère très insuffisante, nonobstant les apports également très fragmentaires de sa société mère, pour permettre à la Cour de se convaincre de ce que le reclassement de chacun des intéressés ne pouvait être opéré dans aucune des entreprises du groupe, suivant l'économie des dispositions de l'article L 1233-4 du code du travail :

- à défaut de production des deux lettres adressées le 7 novembre 2008 à la société Autania AG et à la SA Unicum transmission de puissance, il n'est pas établi que les interrogations formulées à leur intention l'aient effectivement été en considération des compétences précises de chacun des salariés concernés et des spécificités des emplois qu'ils occupaient, de manière à susciter concrètement un intérêt plus attentif de la part des destinataires de ces lettres qu'à la lecture de courriers type rédigés en termes très généraux et impersonnels,

- l'abrègement à quelques jours, immédiatement avant la notification des licenciements, de la période au cours de laquelle ont pu être amorcées quelques tentatives de recherches objectivement limitées, sans chercher à tirer parti de la totalité du temps de réflexion dont l'employeur et l'administrateur judiciaire pouvaient indéniablement disposer, depuis le terme du délai imparti par le Tribunal de grande instance d'Annecy pour le dépôt des offres de cession, le 5 octobre 2008, ou même depuis la présentation, 16 octobre 2008, de la mouture définitive de l'offre de M. Hans O. S., jusqu'au terme du délai d'un mois légalement fixé pour notifier les licenciements, suscite un sérieux doute sur une volonté réelle de mettre en oeuvre des moyens sérieux pour aboutir à des reclassements, fussent-ils limités,

- l'absence manifeste de toute démarche directe auprès des autres sociétés filiales de la société Autania AG, la société Elb Schliff et la société Aba Grinding Technologies à Francfort sur le Main, la société Profiroll à Leipzig, la société Sieber, à Hambourg, la société Wfl Millturn

Technologies à Linz (Autriche) et la société Autania Services à Dresde confirme que l'employeur, plus sûrement encore l'administrateur, s'étaient résignés par avance à l'échec de toute tentative de reclassement des salariés d'une entreprise en déconfiture, renonçant implicitement à toute remise en cause a posteriori de décisions implicitement admises comme irrévocables de la part des dirigeants du groupe Autania, de «lâcher» la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, après l'avoir soutenue financièrement pendant des années (p. 7 du bilan économique et social de l'administrateur judiciaire en date du 20 octobre 2008 : pièce n° 12 c du dossier des salariés).

Admettrait on que la différenciation des activités de l'organisation des entreprises du groupe R., spécialisées dans la technique professionnelle d'installation et de raccordement de tuyaux, dans le secteur sanitaire, du chauffage, climatisation, du froid, du gaz et de l'environnement, (pièce n° 25 du dossier de la SELURL Cochet) et non pas dans la production de machines outils destinées aux segments de spécialité usinage complet, de rectification et de formage, comme le sous groupe Autania (pièce n° 29 c du dossier de Me Darves-Bornoz) ne permettait pas d'effectuer de permutations de tout ou partie du personnel de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat en direction de ces entreprises, il n'en demeure pas moins que les dirigeants de celle ci et l'administrateur judiciaire qui l'assistait ont négligé de manière injustifiable l'exécution de l'obligation de reclassement qui leur incombait à l'égard des salariés menacés de licenciement depuis la présentation d'une offre de reprise limitée.

La société de droit allemand Autania AG, en sa qualité de co employeur, a manqué de la même façon à l'exécution de l'obligation de reclassement qui s'imposait à elle également, en préalable aux licenciements des salariés, quand bien même la société mère, qui ne pouvait ignorer les conséquences de ses choix économiques et financiers, n'en avait pas pris elle même l'initiative.

Le non respect des prescriptions des articles L 1233-4 et/ou L 1233-32 du code du travail caractérisant l'inexécution à l'égard de chacun d'eux de l'obligation de reclassement, les salariés parties à la présente instance s'avèrent également bien fondés à contester, en se référant à ces textes, le caractère réel et sérieux de la cause de leur licenciement.

Sur les contestations portant sur la validité du plan de sauvegarde de l'emploi

De la même manière, le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré à une date indéterminée, qui comportait essentiellement, au titre des mesures destinées à assurer le reclassement et l'accompagnement du personnel non repris dans le cadre de l'offre de cession,

- une formule de proposition d'une convention de reclassement personnalisé,
- une formule de conclusion d'une convention d'allocation temporaire dégressive,
- une formule de conclusion d'une convention AS/FNE,
- la mise en place d'une cellule de reclassement avec l'appui d'un cabinet spécialisé,

mais ne répondait pas totalement aux exigences de l'article L 1233-62 du code du travail auquel renvoient les dispositions du 5° de l'article L 1233-58 du même code en cas de redressement judiciaire, faute pour l'employeur et l'administrateur d'avoir conçu aucune

action précise en vue du reclassement interne des salariés menacés de licenciement sur des emplois relevant de la même catégorie d'emploi ou équivalent à ceux qu'ils occupaient, ou, sous réserve de l'accord exprès de ces salariés, sur des emplois de catégorie inférieure, ni même aucune action spécifique favorisant le reclassement externe à l'entreprise.

L'extrême timidité avec laquelle des démarches ont été entreprises pour solliciter des propositions de reclassement auprès de la société de droit allemand Autania AG et d'une seule autre filiale, la SA Unicum Transmission de Puissance, au prix modeste de simples échanges de courriers types dans un intervalle de temps limité à quelques jours, ne permet pas de considérer que l'administrateur judiciaire, sinon les dirigeants de droit de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat également à la tête du groupe, ait réellement cherché à mettre en oeuvre les armes dont il disposait dans le cadre d'une négociation offensive, après avoir pourtant stigmatisé l'attitude de la société mère, en constatant l'abandon brutal intervenu courant juin 2008 d'une politique de soutien actif conduite à l'égard de sa filiale, et déploré les opérations de compensation réalisées entre les créances de la société mère et les actifs de la filiale, et ce, pour obtenir une amélioration plus remarquable du plan de sauvegarde de l'emploi sur les actions de reclassement interne, sinon sur l'ensemble des dispositions prévues par l'article L 1233-62 du code du travail, à la mesure des moyens économiques et financiers dont disposait un groupe comportant plusieurs filiales et présent dans plusieurs pays.

Cependant, cette insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi ne permet pas d'envisager les sanctions encourues en cas d'annulation à l'égard d'une entreprise dont le redressement judiciaire a été converti au surplus en liquidation judiciaire, suivant les dispositions combinées des articles L 1235-10 et L 1235-11 du code du travail : l'inobservation des prescriptions des articles L 1233-61 et suivants du code du travail, par référence à l'article L 1233-58 du même code, ne peut conduire qu'à constater encore que les licenciements des salariés parties à l'instance sont dépourvus de cause réelle et sérieuse, sans leur permettre de prétendre à l'inscription au passif de la liquidation judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat des indemnités supérieures à celles qui peuvent résulter de l'application des dispositions des articles L 1235-3 et L 1235-5 de ce code, en fonction de leur ancienneté.

Il n'en demeure pas moins que les 36 salariés employés, ouvriers et techniciens et agents de maîtrise de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, qui avaient saisi le Conseil de prud'hommes d'Annecy, par déclarations enregistrées au greffe de cette juridiction le 17 septembre 2009 de demandes dirigées, en vue d'une tentative préalable de conciliation, contre la société de droit allemand Autania AG, concurrentement à la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, pour obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L 1235-11 du code du travail et, à titre subsidiaire, sur le fondement de l'article

L 1235-3 du même code, d'une part, et distinctement la condamnation du groupe Autania à des dommages et intérêts en raison de son comportement fautif et dommageable, d'autre part, étaient recevables à engager cette action contre la société mère co employeur, tendant implicitement mais nécessairement à l'indemnisation, à défaut de réintégration, du préjudice pouvant résulter

d'une procédure de licenciement nulle, et ce, dans le délai de 12 mois imparti par les dispositions du second alinéa de l'article L 1235-7 du code du travail, d'autant plus qu'à défaut d'avoir été mentionné dans une lettre de licenciement émanée de la société Autania elle-même, un tel délai ne leur était pas opposable, suivant les mentions de ce texte.

Aussi, la Cour infirme t elle sur ce point la décision du premier juge.

Tenue d'assumer toutes les conséquences des ruptures des contrats de travail des salariés parties à l'instance, y compris l'obligation d'élaborer elle aussi un plan de sauvegarde de l'emploi, en sa qualité de co employeur, et ce, à la mesure des moyens dont elle disposait, la société de droit allemand Autania AG est cependant restée purement passive, alors même qu'au delà des actions en vue du reclassement interne de ces salariés dans les différentes filiales du groupe Autania, il ne pouvait être exclu d'y ajouter des actions favorisant le reclassement externe, en considération des liens tissés avec d'autres sociétés du groupe R., sous la même direction, et ce, à la faveur de mesures de formation ou de reconversion permettant d'aplanir d'éventuelles difficultés quant à la perméabilité des emplois ; compte tenu de la dimension supranationale du groupe, il était concevable que le plan de sauvegarde de l'emploi qui lui incombait à l'égard de salariés menacés de licenciement postérieurement à l'abandon d'un projet de relance de l'activité de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat, qu'elle avait déclaré vouloir engager sur une période de trois ans, pût être plus richement doté pour élargir le champ des actions et mesures de ce plan, très sensiblement au delà des limites des dispositifs arrêtés par l'administrateur judiciaire dans le cadre beaucoup plus restrictif de financements obtenus sur des fonds publics, y compris pour les frais de fonctionnement direct de la cellule de reclassement (p. 33 du plan communiqué par les salariés : pièce n° 15 c de leur dossier).

En conséquence, l'absence de présentation d'un plan de reclassement des salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi par la société de droit allemand Autania AG, en sa qualité de co employeur, doit être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement au détriment de celle-ci, dont il doit être tiré les conséquences quant aux dédommagement des intéressés, dans les conditions ci après déterminées.

Sur les demandes formées à l'égard de la procédure de liquidation judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat

Les salariés parties à l'instance, dont le licenciement dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire a été à juste titre déclaré sans cause réelle ni sérieuse, aux termes du jugement rendu le 21 octobre 2011 par le juge départiteur, que la Cour confirme sur ce point, sont bien fondés à faire inscrire au passif de la liquidation judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat leur créance indemnitaire liquidée en application des dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail ou de l'article L 1235-5 du même code, en considération de leur ancienneté .

(...)

Sur les demandes dirigées contre la société de droit allemand Autania AG

Les salariés parties à l'instance, qui n'ont pas demandé la poursuite de leur contrat de travail ou dont la réintégration est impossible, doivent obtenir du juge

une indemnité à la charge de l'employeur, ici du co employeur, qui ne peut être inférieure au salaire des 12 derniers mois, aux termes du second alinéa de l'article L 1235-11 du code du travail, dont ils ont revendiqué l'application depuis l'engagement de l'instance prud'homale.

Ces dispositions doivent bénéficier en conséquence aux salariés dont la créance indemnitaire, précédemment arbitrée par référence aux articles L 1235-3 et a fortiori L 1235-5 du même code, resterait inférieure à ce plancher de 12 mois, de telle sorte que la décision rendue par le premier juge doit être également infirmée en conséquence de l'application des dispositions de l'article L 1235-11 du code du travail à ces salariés et que la revalorisation exigible directement de la société de droit allemand Autania AG doit être revalorisée à l'avantage de : David B., jusqu'à concurrence de la somme de 31 083,98 € (...).

En revanche, il n'a pas été établi que les mêmes salariés aient subi un préjudice supplémentaire et distinct en raison de la violation alléguée des dispositions de l'article L 1233-71 du code du travail qu'aurait pu commettre la société de droit allemand Autania AG, alors que les conditions d'application de ce texte ne s'avèrent pas remplies au vu des seuls éléments d'appréciation fournis à la Cour :

- le seuil de 1000 salariés ne peut être considéré comme ayant été atteint dès la date à laquelle les contrats de travail de travail ont été rompus, par référence à un seul article de l'encyclopédie Wikipédia, au surplus mis à jour le 18 septembre 2009, soit 10 mois plus tard, (pièce n° 19 c du dossier des salariés, abstraction faite des effectifs du groupe distinct ROTHENBERG ER) et la règle de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, énoncée à l'article 1356 du Code civil, fait obstacle à ce que puisse être retenu un effectif de 1096 salariés, sans distinction à l'égard de personnes en formation (dénommées stagiaires dans l'article de Wikipédia), alors même que la société de droit allemand Autania AG, dont la condamnation est demandée sur le fondement du texte susvisé, se présente comme une holding

- le siège social de l'entreprise dominante au sein du groupe Autania est situé hors de France, et il n'est pas établi que ce groupe ait désigné un représentant en France pour l'application de dispositions relatives au comité d'entreprise européen ou à la procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension communautaire ni même qu'il comportait une entreprise employant le plus grand nombre de salariés qui fût située en France, suivant les dispositions combinées des articles L 2341-3 et L 2341-4 du code du travail, suivant l'analyse des différents documents obtenus par les salariés sur des sites Internet,

- au regard des dispositions de l'article L 2331-1 du code du travail, auxquelles renvoie également l'article L 1233-71, il ne peut qu'être constaté que le siège social de la société de droit allemand Autania AG est situé à Kelkheim, en Allemagne, suivant l'ensemble des documents versés aux débats.

Le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes d'Annecy doit être confirmé en ce qu'il a débouté les salariés de leurs demandes au titre du congé de reclassement.

En revanche, conformément aux dispositions de l'article L 1235-4 du code du travail, la société de droit allemand Autania AG, en sa qualité de co employeur fautif,

abstraction faite de l'absence d'obligation pour cette entreprise de cotiser au régime d'assurance chômage français, doit rembourser à Pôle Emploi les indemnités de chômage versées aux salariés parties à l'instance, jusqu'à concurrence de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé, ainsi que l'a décidé à juste titre le premier juge, sauf à préciser que cette condamnation ne vaut pas pour les indemnités servies à Julien P., Pascal C., Stéphane C., Nicolas H. et David R., dont l'ancienneté était inférieure à deux années.

Sur l'intervention de l'association Centre de Gestion et d'Etudes AGS (CGEA) d'Annecy et sur les demandes formées par cette institution

Dans la mesure où l'assurance contre le risque de non paiement des sommes dues aux salariés en exécution de leur contrat de travail, en cas de procédure de redressement judiciaire, instituée par l'article L 3253-6 du code du travail, couvre les créances résultant de la rupture de ces contrats de travail intervenant dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de redressement ou de cession, conformément aux dispositions du b) du 2° de l'article L 3253-8 du code du travail ainsi que les créances résultant de ruptures consécutives aux adhésions à des conventions de reclassement personnalisé, suivant le 3° du même texte, sans autre restriction ni réserve que celles précisées par les textes subséquents, de telle sorte que la condamnation prononcée à l'encontre d'un co employeur in bonis à payer également des sommes, d'un montant équivalent ou supérieur, toujours au titre de la rupture du contrat, ne saurait suffire à exonérer a priori l'association Centre de Gestion et d'Etudes AGS (CGEA) d'Annecy de ses obligations.

Il s'ensuit que la décision rendue par le premier juge doit être confirmée, en ce qu'elle a rappelé que cette institution devrait procéder à l'avance de créances visées aux articles L 3253-6 et suivants du code du travail, suivant les modalités précisées par ce jugement.

En revanche, d'autant plus lorsque l'institution de garantie se trouve subrogée, en application de l'article L 3253-16 du code du travail, dans les droits des salariés pour lesquels elle a réalisé des avances pour les créances avancées au titre du 3° de l'article L 3253-8 du même code (ce qui est le cas pour 7 des 8 salariés en cause), l'association Centre de Gestion et d'Etudes AGS (CGEA) d'Annecy se trouve bien fondée à obtenir le remboursement des avances déjà opérées au bénéfice des salariés parties à l'instance qui en ont été bénéficiaires, ainsi que des avances qu'elle est susceptible de leur consentir de nouveau en exécution du présent arrêt, à l'encontre de la société de droit allemand Autania AG, qui a la qualité de co employeur de ces salariés, qui est in bonis et dont l'institution n'est pas tenue de couvrir les conséquences d'une quelconque défaillance.

(...)

PAR CES MOTIFS,

Confirme le jugement rendu le 21 octobre 2011 par le Conseil de prud'hommes d'Annecy, Section Industrie présidé par un juge départiteur,

* en ce qu'il s'est déclaré matériellement compétent pour trancher le litige,

* en ce qu'il a dit que les licenciements intervenus au cours de la procédure de redressement judiciaire de

la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat à l'encontre de Dominique B., (...) étaient sans cause réelle ni sérieuse,

* en ce qu'il a fixé au passif de la procédure de liquidation judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat à la somme de 33 840 €, la créance indemnitaire de Pierrick A., à la somme de 113 216 € la créance indemnitaire de Jean Luc L. et à la somme de 111 128 € la créance indemnitaire de Guy M.,

* en ce qu'il a reconnu à la société de droit allemand Autania AG la qualité de co employeur de Dominique B., (...)

* en ce qu'il a débouté ces mêmes 36 salariés de leur demande en paiement de dommages et intérêts au titre d'un congé de reclassement,

* en ce qu'il a condamné la société de droit allemand Autania AG à rembourser à Pôle Emploi les indemnités de chômage versées aux salariés, jusqu'à concurrence de six mois d'indemnités de chômage, sauf à préciser que cette condamnation ne vaut pas pour les indemnités servies à Julien P., Pascal C., Stéphane C., Nicolas H. et David R., dont l'ancienneté était inférieure à deux années.

* en ce qu'il a rappelé les obligations de l'association Centre de Gestion et d'Etudes AGS (CGEA) d'Annecy, portant sur l'avance des créances visées aux articles L 3253-6 et suivants du code du travail, ainsi que les modalités et conditions d'exécution de ces obligations ;
Infirme le même jugement pour le surplus et statuait de nouveau,

Dit que la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat et la société de droit allemand Autania AG, prises l'une et l'autre en leur qualité de co employeurs, sont tenues solidairement de réparer le préjudice occasionné aux salariés parties à l'instance par leur licenciement sans cause réelle ni sérieuse, dans la limite de la créance indemnitaire arbitrée au bénéfice de chacun d'eux en application des dispositions des articles L 1235-3 ou L 1235-5 du code du travail et fixée au passif de la procédure de liquidation judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat ;

Fixe les créances indemnitaires à inscrire au passif de la liquidation judiciaire de la SA Machines-Outils Wirth et Gruffat à l'avantage de Dominique B., à la somme de 40 000 €, (...)

Prononce la nullité, à l'égard de la société de droit allemand Autania AG, de la procédure de licenciement poursuivie à l'encontre de Dominique B., (...) en l'absence d'élaboration préalable par cette société elle même, en sa qualité de co employeur in bonis, d'un plan de sauvegarde de l'emploi ;

Condamne la Société de droit allemand Autania AG à payer, en dédommagement du préjudice occasionné par la nullité de la procédure de licenciement poursuivie à leur encontre, à respectivement : - Dominique B., la somme de 40 000 € (...)

Dit que la société de droit allemand Autania AG doit rembourser à l'association Centre de Gestion et d'Etudes AGS (CGEA) d'Annecy les créances garanties dont elle a déjà fait l'avance à l'occasion de la rupture des contrats de travail de ces huit salariés et les créances garanties dont elle devra également faire l'avance, le cas échéant, en exécution du présent arrêt ;

(M. Lacroix, prés. - Mes Denarie, Cochet, Darves-Bornoz, Giuly, av.)