

## L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités

# Construction des groupes : à la recherche du responsable

par *Nathalie MICAULT*, Avocat au barreau de Paris

L'entreprise se structure autour d'enjeux majeurs : l'optimisation fiscale, l'optimisation commerciale (1). Nous constatons dans notre pratique professionnelle son éclatement tant dans une dimension nationale qu'internationale. L'entreprise se dilue, de plus en plus, dans le groupe et nous ne pouvons donc limiter notre intervention à l'apparent.

Les choix stratégiques des entreprises, dans leur montage, viennent perturber le droit du travail au détriment des droits basiques des salariés, les privant de leurs statuts protecteurs. Ces montages optimisent le schéma de l'entreprise et la financiarisation des groupes, en mutualisant des moyens dont le salarié fait partie, en créant des pôles de direction économique distincts des pôles de direction des personnes, des pôles de direction des personnes différents des pôles d'exécution du travail. L'entreprise n'est plus forcément l'employeur, et l'employeur n'est plus l'entité apparente nommée au contrat.

Les salariés qui viennent nous consulter le savent, car ils le vivent et sont confrontés en permanence à des directives données par un N+1 appartenant à une autre société du groupe, au concept d'appartenance au groupe, au code éthique, à la culture du groupe, à des évaluations émanant du groupe. Ils savent que les lieux de décisions les concernant sont ailleurs, et ils ne peuvent se contenter de l'apparence quand ils savent pertinemment que les décisions sont prises par d'autres. Pour eux, la recherche du véritable auteur de la décision n'est pas animée par la seule finalité pécuniaire (notamment une plus large couverture financière, car elle peut être obtenue simplement par la mise en route des AGS), mais par la volonté de rechercher l'auteur intellectuel de la décision qu'ils subissent. Elsa Peskine

parle de la recherche de l'imputation, l'imputation pour savoir quel est le lien, qui est le responsable (2). Quand un salarié vient nous consulter, nous sommes face à des questions sociales, mais aussi sociétales et politiques. Nous devons alors rechercher au-delà de l'apparence et déterminer le lien.

Le droit du travail, face à ces imbrications de sociétés, face au groupe, connaît des vides et des lacunes, a contrario, par exemple, du droit allemand qui, lui, a prévu dans les textes ces situations. Néanmoins, pour dépasser l'apparence, nous disposons d'outils dont il ne faut pas hésiter à s'emparer pour réguler ce qui a été dérégulé : les textes (droit du travail, droit des sociétés, droit pénal, etc.), mais aussi la jurisprudence et l'utilisation des différentes juridictions compétentes. À l'instar de l'entreprise, il faut savoir utiliser les différents moyens et faire le grand écart entre les différentes notions dont nous disposons. Un des outils qui nous est donné pour déterminer le lien est la notion de co-emploi. Comme le code du travail ne définit pas le contrat de travail (2 bis), c'est la jurisprudence et la doctrine qui ont dû pallier ce manquement.

Classiquement, l'employeur se définit comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit, pendant un certain temps, sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles il verse une rémunération. Le contrat de travail est donc entendu, traditionnellement, comme une relation bipartite, néanmoins, et de longue date la Cour de cassation a admis que « *la seule volonté des parties étaient impuissante à soustraire un salarié au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son contrat de travail* » (3), que le contrat de travail pouvait être une relation tripartite,

(1) B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *supra* p. 151.

(2) E. Peskine, « L'imputation en droit du travail », RDT, juin 2012. V. également du même auteur « La responsabilisation des sociétés mères », ci-avant p. 157.

(2 bis) Art L. 1221-1 du Code du travail : « *Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».

(3) Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, nos 81-11647 et 81-15290, rapp. ann. C. cass., DO 1984 p. 418.

et que l'existence d'un contrat de travail pouvait être reconnue entre un salarié et un employeur autre que celui expressément désigné dans le contrat (4).

Mais les situations se sont complexifiées et le groupe, la mère, utilisent « l'ingénierie juridique » (5). La Cour de cassation, de plus en plus confrontée à des problématiques d'imbrications, a donc dû s'emparer de la réalité économique donnant naissance à la construction jurisprudentielle de la situation de co-emploi, les montages financiers faisant apparaître des structures complexes, dont la stratégie est définie à un autre niveau que celui de sa mise en œuvre.

L'identification, via le co-emploi des employeurs, permet d'identifier les débiteurs des obligations à l'égard des salariés. Le co-emploi est traditionnellement utilisé en phase « finale du contrat » :

- soit au moment d'un licenciement économique, pour en faire supporter les effets et obligations (lettre de licenciement motivée, motif économique, obligation de reclassement, PSE ...) (6) ;
- soit au moment d'un licenciement classique, où la Cour va rechercher l'auteur intellectuel de la décision de licenciement, via le triple critère, et lui en appliquer les conséquences.

Ainsi, le terrain du co-emploi permet de reconnaître la qualité de co-employeur de salariés qui dépendent d'autres sociétés et les obligations qui en découlent (7).

Face à des situations et des montages de plus en plus subtils, le co-emploi devient un outil incontournable pendant la vie du contrat et, plus précisément, quand il s'agit de dénoncer des montages d'entreprises aux fins de fraudes et la volonté de l'employeur d'échapper à ses obligations.

La situation ci-après, soumise au Tribunal correctionnel de Bobigny, donne une illustration de l'utilisation du co-emploi pendant la vie du contrat de travail, et permettant d'obtenir la condamnation d'une société-mère du chef de complicité de travail dissimulé de salariés d'une de ses filiales.

Les éléments de l'affaire sont les suivants. Cityjet est

une compagnie irlandaise, rachetée en 2000 par Air France, qui détient 100 % de son capital, Air France ayant pour sa part son capital détenu à plus de 15 % par l'État. Avant son rachat par Air France, Cityjet appliquait à ses salariés travaillant en France la législation française (Code du travail et Code de la Sécurité sociale). À compter de son rachat, Air France va organiser la sortie du régime français des salariés de Cityjet et mettre en place du dumping social : les salariés travaillant en France vont être soumis au droit du travail irlandais (notamment CDD successifs), payés en Irlande sur un compte irlandais et soumis au régime social irlandais, bien moins favorable ; bien évidemment, le régime fiscal de l'entreprise va lui aussi devenir irlandais.

En 2006, un décret (8) vient rappeler aux compagnies aériennes l'application de l'ancien article L. 342-4 du Code du travail (9), soit la soumission de leurs salariés travaillant en France au Code du travail français (10). Va s'en suivre une série de poursuites judiciaires dans le milieu de l'aérien et, notamment, contre différentes compagnies low cost : Easyjet, Ryanair, Netjet etc. Puis, un premier jugement intervient le 13 mars 2012 (10 bis), condamnant Cityjet du chef de travail dissimulé. Parallèlement aux poursuites du parquet contre Cityjet, une citation directe est délivrée, à l'initiative des salariés, contre Air France et son PDG de l'époque, Jean-Cyril Spinetta, sur la base du co-emploi Cityjet/Air France, de l'immixtion de la mère dans la fille pour la politique d'emploi.

Par jugement du 10 avril 2012, le Tribunal correctionnel de Bobigny condamne Air France du chef de complicité de travail dissimulé se fondant sur les éléments objectifs qui lui étaient soumis et qui établissent clairement dans la jurisprudence sociale le co-emploi (l'immixtion etc...) et empruntant pour sa qualification son pendant pénal, la complicité (11).

Dans cette décision, le chemin du tribunal correctionnel a été de rechercher le décideur et reconstituer le processus de décision.

Cette décision démontre que l'outil du co-emploi peut être étendu en dehors des problématiques de

(4) Cass. Soc., 23 octobre 1985, n° 83-46112.

(5) T.Grumbach, « Face aux abus de l'ingénierie du droit des affaires », *L'Humanité*, 12 septembre 2011.

(6) Arrêt *Novoceram*, Cass. Soc., 28 septembre 2010, n° 09-41243, DO 2011 p.187 n. P. Darves-Bornoz et 22 juin 2011, n° 09-69021 ; Cass. Soc., 15 février 2012, n° 10-13897 ; Cass. Soc., 9 janvier 2008, n° 06-44522 ; Cass. Soc., 18 janvier 2011, n° 09-69199, DO 2011 p.273 n. P. Darves-Bornoz ; Cass. Soc., 28 septembre 2011 n° 10-12278 ; 19 juin 2007 n° 05-42570, DO 2007 p.522 n. V. Lacoste-Mary ; arrêt *Fayate*, 13 décembre 2011, Cour d'appel de Nîmes du 13 décembre 2011.

(7) Cass. Soc., 6 juillet 2011, n° 09-69.689, arrêt *Global Event* sur l'imputabilité du licenciement.

(8) Décret n° 2006-1425 du 23 novembre 2006, JO n° 271.

(9) Actuellement article L. 1262-3 du Code du travail.

(10) H. Guichaoua « La fraude à la prestation des services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de jurisprudence Française », Dr. Ouv. 2012 p. 543.

(10 bis) Tribunal de grande instance de Bobigny (15<sup>ème</sup> ch. corr.), 13 mars 2012, n°0812380233 ; la décision est frappée d'appel.

(11) n°1135690006, extrait reproduit ci-après ; la décision est frappée d'appel.

licenciement et être utilisé pour réguler le contrat de travail face aux structurations des groupes. D'autres décisions ont étendu le co-emploi aux relations sociales :

- le Tribunal des affaires de Sécurité sociale de Melun a étendu à la faute inexcusable la notion de co-employeur (12) ;

- la Cour de cassation, en matière d'égalité de traitement social des salariés de deux sociétés, rappelle qu'il ne peut y avoir de différence de traitement entre les salariés d'établissements distincts d'une même entreprise, exerçant un travail égal et d'une valeur égale, que si elle repose sur des raisons objectives dont les juges doivent contrôler concrètement la réalité et la pertinence (13).

Le co-emploi, néanmoins, ne peut pas être utilisé à tort est à travers. Monsieur Pierre Bailly, Conseiller doyen à la Chambre sociale de la Cour de cassation, précisait récemment que l'imputation se fait en cas d'exécution frauduleuse du contrat de travail, d'exercice abusif du pouvoir, et que la simple culture de groupe ne suffit pas à caractériser le co-emploi : la Cour de cassation s'attache méticuleusement au critère de triple confusion (14).

Il répondait aussi à une partie de la doctrine (15) qui a vivement critiquée l'utilisation du co-emploi : « *Dans ces dossiers, nous avons constaté une immixtion anormale de la société-mère dans la gestion économique et sociale de la filiale. Le co-emploi s'imposait avec évidence* » (16). L'arrêt *Global Event* en est un exemple : le juge rappelle que le simple fait d'appartenir à un groupe ne justifie pas le co-emploi (17). Néanmoins des voies nous sont ouvertes (18).

D'autres outils sont à notre disposition, il ne faut pas hésiter à chercher d'autres pistes (19) et à solliciter les juridictions moins classiques.

S'il paraît indispensable d'entamer une réflexion et un travail sur les impacts de la notion de travail dans le groupe (mobilité, rémunération, santé ) et le « droit des groupes », concept social et sociétal en pleine mutation, il est de prime importance de caler non seulement notre réflexion, mais, surtout, notre action sur le modèle économique imposé depuis longtemps (20). Le modèle s'intensifie avec le choix prépondérant du profit face à l'humain.

**Nathalie Micault**

(12) SSL, 25 mai 2012, n° 1546.

(13) Cass. Soc., 21 janvier 2009, n° 07-43452, Dr. Ouv. 2009, p. 399. Sur cette question : M. Poirier « Egalité de traitement et différences de statut », Dr. Ouv. sept-oct 2009 p. 425 s., disp. sur le site de la Revue.

(14) Colloque « L'emploi dans les groupes », 23 novembre 2012, Maison de l'Amérique latine.

(15) P. Morvan (JCP S 2010, n° 41) - G. Loiseau (JCP S, n° 47) - P-H. Antonmattei, Semaine sociale Lamy, 21 mars 2011, n° 1484 .

(16) Semaine sociale Lamy, 24 janvier 2011, n° 1476 ; Semaine sociale Lamy, 12 septembre 2011, n° 1504 ; Semaine sociale Lamy, 29 octobre 2012, n° 1557.

(17) Cass. Soc., 6 juillet 2011, n° 09-69.689 ; 09-71.746, arrêt *Global Event* sur l'imputabilité du licenciement.

(18) E. Peskine, *supra* spec. p.158 s. ; P. Darves-Bornoz, Dr. Ouv. 2011 p.187.

(19) Art 1384, al. 1 C. civ : responsabilité mère-fille - les quasi-contrats- article 1382 C. civ. ; E. Peskine *prec.*, *supra*, spec. p.160 s. ; P. Darves-Bornoz et P. Masanovic, *infra*, spec. p. 204.

(20) Problématique déjà évoquée au colloque du SAF de décembre 1980, « L'entreprise éclatée », disp. sur le site du Droit Ouvrier.

## Annexe

### **TRAVAIL ILLÉGAL** Travail dissimulé – Responsabilité pénale – Complicité – Maison mère ayant organisé l'infraction.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE BOBIGNY

(15<sup>ème</sup> ch. correc.) 10 avril 2012

**Salariés contre Air France et J-C Spinetta** (extrait)

Sur la complicité de travail dissimulé commis par la Société Air France

#### **Le texte**

**Aux termes de l'article 121-7 du Code pénal, est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.**

**Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de**

**pouvoir, aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre.**

**Les éléments constitutifs de la complicité de travail dissimulé**

**Il résulte des dispositions de l'article susvisé que la complicité peut prendre deux formes : l'aide ou l'assistance, d'une part, et l'instigation, d'autre part, qui peut elle-même se décliner de deux façons différentes : la provocation et la fourniture d'instructions.**

En l'espèce, il ressort des éléments de la procédure et de ceux débattus contradictoirement à l'audience que :

- Cityjet Limited a été entièrement rachetée par Air France dans le courant de l'année 2000. Cette détention totale de la filiale par la société-mère limite de fait l'autonomie commerciale de la première à l'égard de la seconde, comme l'indique Monsieur Vareilles.

- sa flotte est composée d'appareils portant le nom en gros caractères de la compagnie Air France suivis de « by Cityjet », apposé en caractères beaucoup plus petits, choix de graphisme qui démontre bien l'emprise de la société-mère sur sa filiale et est de nature à entretenir une confusion certaine dans l'esprit de la clientèle,

- plusieurs salariés de la société, tel Monsieur Leroy, entendus par les services enquêteurs, ont expliqué avoir renoncé à s'associer à la procédure devant le conseil des prud'hommes engagée par leurs collègues contre leur entreprise, craignant visiblement que cette action ne leur interdise d'intégrer Air France, objectif professionnel qu'ils s'étaient assignés. Cette prudence clairement exprimée au cours de leurs auditions établit suffisamment l'absence totale d'autonomie de Cityjet Limited à l'égard d'Air France et démontre qu'une action judiciaire engagée à l'encontre de l'une aura très probablement des conséquences en termes d'évolution de carrière vis-à-vis de l'autre.

- nombre de contrats de sous-traitance, tels que ceux relatifs à l'avitaillement, au nettoyage des avions, au ravitaillement, ont été conclus par la société Air France au profit de sa filiale Cityjet Limited, et c'est Air France qui est chargée de prospecter la clientèle de Cityjet Limited en France, et qui propose à la vente les billets Cityjet Limited depuis sa base de Roissy Charles-de-Gaulle, la société-mère reléguant, par la prise en charge directe de certaines des attributions de la Société Cityjet Limited sa filiale à l'arrière-plan.

- Cityjet Limited bénéficie de certaines des infrastructures d'Air France, puisque les formalités d'enregistrement, de tri-bagages et d'embarquement des clients de la Société Cityjet Limited sont effectuées par la Compagnie Air France sur la plateforme aéroportuaire de Roissy Charles-de-Gaulle, état de fait qui entretient et renforce la confusion entre les deux sociétés à l'égard de la clientèle et démontre leur très grande proximité.

- le hot-spare ou «réserve chaude», tel que décrit par les parties et par le contrat en anglais produit aux débats, et dont il est difficile d'en saisir pleinement le sens en ce qu'il n'a jamais été traduit, montre bien qu'il existait une certaine confusion entre les personnels et les avions des deux compagnies aériennes. Il n'a d'ailleurs jamais été justifié que cette pratique était banale et admise dans le secteur du transport aérien, comme cela a pourtant été soutenu par les prévenus, pas plus qu'il n'a été expliqué la raison pour laquelle elle a été brusquement interrompue en 2007.

- trois des directeurs de Cityjet Limited occupent également des postes de direction chez Air France, ce qui ne peut résulter d'une simple coïncidence

- les investissements de la société Air France au bénéfice de sa filiale sont très importants, ce qui

fait conclure à l'enquêteur que « *L'implication de la société Air France dans la gestion de Cityjet est nette et incontournable.* » Il ajoute que « *dans son audition, Monsieur Fabre ne dit-il pas que [ Cityjet ] a deux cœurs : le business Londres et le hub (centre/foyer) d'Air France* ». Dans ces conditions, il est impossible que la Société Cityjet Limited demeure une unité autonome sur le plan économique.

- plusieurs salariés de Cityjet Limited, employés en France, ont fait remarquer qu'ils étaient régis par des contrats français jusqu'en 2000, contrats que leur compagnie aurait tenté de remplacer par des contrats de droit irlandais, au motif d'une régularisation nécessaire au regard du droit européen. Cependant, ce changement, opéré concomitamment au rachat de la société par Air France, ne peut résulter que d'une simple coïncidence. En effet, réalisée sans que les prévenus ne le contestent, ne l'expliquent et ne le justifient, cette évolution notable de la situation des salariés de Cityjet Limited, démontre bien, au contraire, l'influence pesante, pour ne pas dire déterminante, de la société-mère sur sa filiale.

Enfin, il apparaît important et essentiel d'évoquer le courrier adressé par le syndicat CGT à Monsieur Spinetta Jean-Cyril, pris en sa qualité de Président d'Air France, en date du 20 juin 2008, portant sur la situation des seuls salariés de la Société Cityjet Limited, et aux termes duquel le syndicat demande à Monsieur Jean-Cyril Spinetta « *d'intervenir auprès de la direction de Cityjet pour que [sa] décision soit prise en compte dans sa stratégie* ». Le syndicat y rappelle également les procédures de licenciement engagées à l'encontre de salariés. Or, force est de constater que, dans sa réponse du 09 juillet 2008, Monsieur Jean-Cyril Spinetta, loin d'indiquer au syndicat qu'il se trompe d'interlocuteur et de le renvoyer vers le Président de la Société Cityjet Limited ITED, argumente et souligne que « *Conformément aux instructions reçues d'Air France à la fin de l'année 2007, la direction de Cityjet a immédiatement engagé le processus de mise en œuvre d'une base parisienne qui n'existait pas auparavant.* » Il ne peut pas être plus clairement démontré que la société Air France décide et que la Société Cityjet Limited se borne à exécuter ses instructions. La réalité d'un lien de dépendance entre les deux sociétés est ainsi établie de façon évidente. Les relations qui unissent ces deux compagnies aériennes sont donc loin d'être exclusivement commerciales, comme le prétendent pourtant les deux prévenus.

En outre, il est important de noter que, dans cette même réponse, Monsieur Jean-Cyril Spinetta évoque le licenciement de deux chefs de cabine, (étant rappelé que le courrier du syndicat ne concernait que les salariés de Cityjet Limited), et une fois encore, loin de se déclarer incompétent, le président d'Air France les justifie. Il apparaît, en conséquence, que le pouvoir de direction sur les salariés de la Compagnie Cityjet Limited, s'il est exercé par cette dernière, l'est également par la Société Air France, laquelle, dans le cas d'espèce, refuse fermement de revenir sur les sanctions infligées aux deux employés.

Enfin, il est important de relever que le syndicat lui-même interpelle directement la société-mère, pour un problème majeur censé ne relever que de la compétence de Cityjet Limited, s'il faut en croire

les prévenus. En effet, dans l'esprit même des partenaires sociaux de la Compagnie Cityjet Limited, cette dernière n'exerce pas de véritable pouvoir sur ses salariés, lequel est détenu par la Société Air France.

En conséquence, s'il est incontestable et non contesté qu'il revenait à la Société Cityjet Limited, en sa qualité d'employeur direct des personnels au sol ou navigants travaillant en France, de procéder à leurs déclarations préalables à l'embauche et de leur délivrer mensuellement un bulletin de paye conforme à la législation en vigueur en France, ainsi que, lors de l'immatriculation de son établissement au Registre du commerce et des sociétés de Bobigny, de déclarer un objet social conforme à la réalité, il n'en demeure pas moins qu'au regard de la nature des liens unissant la filiale à la société-mère, il apparaît très clairement que la Compagnie aérienne Cityjet Limited n'a été que l'auteur matériel des infractions

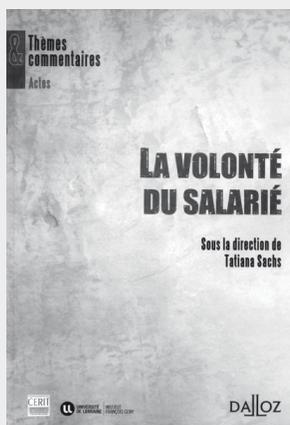
faisant l'objet de cette procédure, alors que la Société Air France en a été l'auteur intellectuel.

La Société Air France ne pourra, par ailleurs, valablement arguer de sa bonne foi, alors qu'elle connaissait pertinemment le caractère délictueux des actes accomplis par l'auteur principal.

(...)

Dès lors, la Société Air France a organisé l'infraction en décidant en lieu et place de sa filiale, laquelle avait perdu son autonomie de fonctionnement à la suite de son rachat. Or, cette complicité par provocation présente une particulière gravité, puisqu'elle est à l'origine du délit lui-même et devra être sanctionnée au même titre que l'a été la commission matérielle de l'infraction par la Compagnie Cityjet Limited et son représentant.

(Mme Picardat, prés. – Mes Boulanger, Franck, Micault, Charollois, Millot, av.)



## LA VOLONTÉ DU SALARIÉ

Tatiana Sachs (dir.)

### Liberté et volonté

par Antoine Lyon-Caen, professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, directeur d'études à l'EHESS

### La volonté des salariés dans les relations collectives du travail

par Georges Borenfreund, professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

### La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail

par Patrice Adam, maître de conférences à l'Université de Lorraine

### La volonté du salarié en actes

par Tatiana Sachs, maître de conférences à l'Université de Lorraine

## I. ACTES

### Consentir

par Antoine Jeammaud, professeur émérite de l'Université Lumière Lyon 2

### Refuser

par Pascal Lokiec, professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

### Renoncer

par Jean Mouly, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

### Rompre

par Frédéric Géa, professeur à l'Université de Lorraine

## II. CONTEXTES

### Volonté du salarié et droits fondamentaux

par Laurène Gratton, maître de conférences à l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne

### La place de la volonté du salarié dans les restructurations

par Pierre Bailly, doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation

### Le volontariat dans les plans de départs volontaires

par Yasmine Tarasewicz et Cédric Jacquélet, avocats à la Cour

### La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle

par Raphaël Dalmasso, maître de conférences à l'Université de Lorraine

### Volonté du salarié et temps de travail

par Chantal Mathieu, maître de conférences à l'Université de Franche-Comté

### Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail

par Marie-Laure Morin, ancien conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation et Patrick Rémy, maître de conférences à l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne

Dalloz coll. – Thèmes et commentaires – 2013 – 282 pages  
EAN 13 : 9782247120994 – 42 euros