

L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités

La responsabilisation des sociétés mères

par *Elsa PESKINE*, Maître de conférences
à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

I. Imposer des obligations

II. Obliger à réparation

III. Contester les choix de gestion

Le colloque organisé par le Syndicat des avocats de France en décembre 1981 (1) sur l'entreprise éclatée avait constitué une étape importante dans l'identification des difficultés juridiques suscitées par le phénomène de l'extériorisation de l'emploi. Il avait également contribué à l'élaboration d'une nouvelle analyse juridique de l'entreprise. En ce lieu s'était tenue l'une des premières discussions collectives explicites, dans le champ du droit, sur une entreprise qui n'était plus conçue comme une entité, mais qui était dorénavant perçue comme fragmentée. Le constat de l'éclatement de l'entreprise s'imposait alors, constat d'une brisure, d'une césure. Celle du lien entre employeur et salarié, avec l'instauration de relations triangulaires de travail ; ou encore celle du lien entre les salariés eux-mêmes, par la désintégration de la collectivité de travail.

Quelques 31 années après cet important colloque, la rencontre d'aujourd'hui offre l'occasion de brosser le tableau des instruments par lesquels une reconstruction de l'entreprise, certes timide, mais néanmoins manifeste, s'est opérée.

D'une part, cette reconstruction est passée par la reconstitution de la collectivité de travail. Déjà présente en filigrane en 1980 dans quelques décisions de justice, ainsi que dans le discours de certains spécialistes du droit du travail (2), l'idée a véritablement trouvé racine dans la jurisprudence, puis dans la loi, que, sous certaines conditions, les salariés peuvent être électeurs, parfois éligibles, dans l'entreprise dans laquelle ils travaillent, et ce nonobstant l'absence de lien de subordination entre ces salariés et la société utilisatrice (2 bis).

D'autre part, la reconstruction de l'entreprise s'est manifestée dans la reconnaissance d'une pluralité des espaces d'exercice de droits des salariés ou d'appréciation de la conduite de l'employeur. Ainsi, l'obligation de reclassement de l'employeur doit-elle être mise en œuvre dans le périmètre du groupe, ou plus exactement dans l'espace de permutableté des salariés au sein du groupe (3). De même, l'unité économique et sociale apparaît, aujourd'hui, comme le périmètre pertinent de décompte des effectifs et du nombre de salariés licenciés, dès lors que la décision de licenciement a été prise « au niveau » de cette unité économique et sociale (4). Enfin, le motif du licenciement s'apprécie dans ce que l'on connaît, aujourd'hui, sous le nom de secteur d'activité.

(1) *L'entreprise éclatée*, colloque du SAF du 24 janvier 1981 ; actes publiés dans *Dr. Ouv.*, mars-avril 1981, plusieurs articles disp. sur le site de la Revue.

(2) Michel Henry, Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives, *Dr. Ouv.*, 1981, p. 122.

(2 bis) NDLR : pour une illustration v. *infra* p. 217, Soc. 5 déc. 2012 n. C. Lévy, à propos de l'éligibilité des travailleurs mis à disposition à la délégation unique du personnel (DUP).

(3) Art. L. 1233-4, C. trav ; sur ce point, v. F. Favennec-Héry, Le groupe de reclassement, *Dr. Soc.*, 2012, p. 994. Add. les actes du colloque des ISST, *Les restructurations et leur impact sur les relations de travail*, *Dr. Ouv.* juin 2012.

(4) Cass. Soc. 16 novembre 2010, n° 09-69.485 ; SSL 2010, n° 1472, note L. Pécault-Rivolier ; *Dr. Ouv.* 2011, p. 294 n. P. Darves-Bornoz ; *RDT* 2011, p. 112, note. E. Peskine.

De sorte que, contrairement à une idée parfois répandue, le droit du travail est loin d'être arc-bouté sur la personnalité morale des sociétés. Dans nombre de règles, le voile de la personnalité morale est bel et bien levé. Il y a là une forme de reconceptualisation de l'entreprise par la construction d'espaces d'appréciation des droits des salariés distincts des contours classiques de la personne morale.

Toutefois, si les périmètres d'exercice des droits ont été largement redessinés, le modèle d'imputation des obligations en droit du travail est demeuré, lui, inchangé (5). Un tel carcan juridique trouve son assise dans le modèle de construction du droit du travail, forgé autour de la figure de l'employeur. Rivé à ce que l'on pourrait appeler un modèle hiérarchique d'imputation des obligations, le droit du travail peine à poser les jalons d'un schéma distinct. Apparaît, sans doute, l'une des déclinaisons de l'usage de la personnalité morale comme technique d'organisation de la responsabilité limitée (6), indispensable au capitalisme moderne.

Semblable observation pourrait être déclinée sur de multiples terrains, concernant aussi bien les obligations qui parsèment l'exécution du contrat de travail que le droit des conventions collectives. Mais il est un terrain qui justifie, aujourd'hui, une attention particulière : celui de la rupture du contrat de travail et, en particulier, du licenciement pour motif économique.

À cet égard, l'employeur demeure le débiteur des obligations imposées par le droit du travail. Voilà ce qu'a rappelé la Chambre sociale dans son célèbre arrêt *Flodor* : l'obligation de reclassement repose sur le seul employeur, et non pas sur la société-mère (7). De sorte que,

lorsqu'une filiale est placée en liquidation judiciaire, les salariés de cette dernière, confrontés à son insolvabilité ou bien contraints par le plafond des AGS, ne trouvent en la société-mère qu'une personne juridique extérieure à leur rapport contractuel de travail et donc difficilement accessible.

Mais, en même temps, les nombreuses restructurations se sont accompagnées, au cours de ces dernières années, d'une visibilité accrue des actions intentées par les salariés à l'encontre de la société-mère du groupe auquel ils appartiennent. Évaluer l'ampleur de ces actions en justice s'avère malaisé. Si l'on en juge par les arrêts publiés, ils ne semblent pas si nombreux. Mais les quelques décisions connues permettent, néanmoins, de voir s'ébaucher un changement dans le modèle d'imputation des obligations.

Ces actions ont été entreprises sur des fondements juridiques divers, souvent anciens, mais aussi, parfois, enrichis et renouvelés. C'est donc l'usage nouveau, la mobilisation renouvelée des règles qui a permis aux salariés d'une filiale de trouver les voies permettant d'atteindre juridiquement la société-mère.

Trois de ces voies peuvent être isolées. Imposer des obligations à la société-mère, à travers, notamment, la reconnaissance de sa qualité de co-employeur (I) et l'obliger à réparation (II) constituent deux techniques qui ne suscitent plus guère l'étonnement (7 bis). Une troisième voie pourrait consister, sans doute, en empruntant des chemins de traverse, à contester les choix de gestion opérés par la société-mère à l'égard de sa filiale (III). Autant de mécanismes juridiques qui apparaissent, ainsi, comme des techniques de responsabilisation des sociétés mères.

I. Imposer des obligations

Le co-emploi constitue une technique juridique permettant de rendre la société mère débitrice des obligations imposées par le Code du travail. Cette notion d'employeur conjoint permet, ainsi, de

fonder la responsabilité *in solidum* de deux sociétés appartenant à un même groupe. A l'heure où le co-emploi défraye la chronique et où les co-employeurs se sont véritablement installés dans le paysage

(5) E. Peskine, L'imputation en droit du travail, À propos de la responsabilité des sociétés-mères en matière de licenciement pour motif économique, RDT 2012, p. 347.

(6) J.-P. Robé, Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise, *Entreprise et histoire*, 2009/4, n° 57, p. 165.

(7) Cass. Soc. 13 janvier 2010, n° 08-15776 ; Dr. Ouv. 2010, p. 214, obs. G. Loiseau ; F. Géa, Les implicites et le non-dit de l'arrêt *Flodor*, RDT 2010, p. 230 ; Dr. Soc., 2010, p. 774, obs. G. Couturier ; B. Reynès, *Panorama*, Dalloz 2010, p. 2029 ; v. également E. Serverin et T. Grumbach, *La saga Flodor*, RDT 2009, p. 693.

(7 bis) v. G. Loiseau, obs. sous Soc. 13 janvier 2010, Dr. Ouv. 2010 p. 214.

juridique (8), il n'est pas inutile de rappeler que la notion est ancienne et qu'elle a depuis longtemps été mise en lumière (9). C'est dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1969 que le co-emploi fait, semble-t-il, une première apparition (10). Notion ancienne, donc, mais qui s'est enrichie et déployée. Cela à deux égards.

En premier lieu, les critères du co-emploi ont fait l'objet d'une évolution sensible. Deux modes de reconnaissance du co-emploi ont toujours existé et sont depuis longtemps soulignés (11). Le premier d'entre eux consiste à identifier un lien de subordination entre le salarié et la société-mère. Ce sont donc les actes de la société-mère qui s'avèrent déterminants dans cette recherche, son implication dans les décisions concernant le salarié concerné. Les juges se livrent, ainsi, à une sorte d'opération somme toute classique de qualification (12). Le second critère est celui parfois dit de la « triple confusion » (13). C'est sur ce critère que l'évolution a été la plus sensible. Si ce critère avait trouvé une place en droit positif depuis longtemps, il se coulait dans un moule un peu différent, puisqu'il renvoyait davantage à l'idée que les deux sociétés devaient ne former qu'une seule et même entreprise. Aujourd'hui, la preuve doit être rapportée d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre deux sociétés. Ce sont bien ici les relations unissant deux personnes morales qui sont placées sur le devant de la scène (14). Si les deux critères ont pu parfois s'entremêler (15), la Cour de cassation affirme aujourd'hui clairement que lorsqu'une triple confusion est caractérisée, il n'est pas nécessaire, pour identifier une relation de co-emploi, de rapporter la preuve d'un lien de subordination entre la société-mère et le salarié (16).

Malgré l'adoption d'un tel critère, le co-emploi demeure difficile à caractériser. En réalité, ce critère, très

exigeant, traduit la volonté des juges de vérifier, derrière l'idée de confusion, une immixtion anormale de la société-mère dans la direction de la filiale. De sorte que l'immixtion fait figure, dans les arrêts, de critère déterminant du co-emploi, les juges se devant de constater l'immixtion de la société-mère, en particulier dans la gestion du personnel de sa filiale, mais également, de manière plus générale, dans la gestion administrative et commerciale (17). C'est véritablement en sa qualité de centre décisionnaire que la société-mère peut être qualifiée de co-employeur (18). Toutes les relations entre sociétés-mère et sociétés filiale ne s'y fondent donc pas. Au-delà, un tel critère semble bel et bien permettre au centre, non pas décisionnaire mais financeur, tels les fonds d'investissement, d'échapper à la qualification de co-employeur. La direction n'est pas le financement, même si l'on sait, bien sûr, le poids conféré par la puissance financière.

La seconde évolution notable de la notion de co-emploi concerne son domaine d'usage. Le co-employeur n'est pas seulement débiteur des indemnités de licenciement. Il est, aujourd'hui, titulaire de l'obligation de reclassement (19), comme de celle de participer à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (20). Le co-emploi permet, par ailleurs, de décompter les salariés licenciés dans le cadre du groupe, et non pas seulement dans le cadre de l'entreprise où les licenciements sont effectués. De manière beaucoup plus générale, la Chambre sociale affirme, aujourd'hui, que le co-employeur doit « *supporter les conséquences de la rupture des contrats de travail des salariés, alors même que [l'employeur nominal] en avait pris l'initiative* » (21), ce dont il ressort que le co-employeur est débiteur d'une grande partie des obligations qui incombent, en principe, à l'employeur nominal.

(8) P.-H. Antonmattéi, *Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme* !, SSL 2011, n° 1484, p. 12. ; P. Morvan, *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp)*, entre employeur et co-employeurs, JCP S 2010. 1407 ; Y. Pagnerre, *L'extension de la théorie des co-employeurs, source de destruction du droit du travail ?*, JCP S 2011. 1423 ; G. Auzero, *Les co-employeurs*, in *Les concepts émergents du droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 43 ; B. Gauriau, *Le co-employeur*, Dr. Soc., 2012, p. 995 ; J.-F. Cesaro, *Le co-emploi*, RJS 01/13, p. 3.

(9) I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, pp. 116 et s. ; B. Boubli, *La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la dir. de B. Teysié, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 36.

(10) Cass. Soc. 24 mars 1969, Bull. civ. V n° 209 ; v. même, sans que la notion de co-emploi n'apparaisse explicitement, la mise en avant de la dualité d'employeur, en raison de la confusion de faits entre deux sociétés : Soc. 22 mai 1964, Bull. n° 425.

(11) I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, pp. 116 et s.

(12) G. Couturier, *La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés*, Dr. Soc., 2011, p. 376.

(13) P. Morvan, *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom) entre employeur et co-employeurs*, JCP S, 2010, 1407, spéc., n° 11.

(14) G. Auzero, *La qualité de co-employeur*, note sous Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, RDT 2011, p. 634.

(15) H. Tissandier, *L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés*, Juris. Soc. Lamy, 2009, p. 262.

(16) Cass. Soc. 28 septembre 2011, nos 10-12278 à 10-13386.

(17) En ce sens, Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021.

(18) P. Bailly, *À la recherche du véritable décideur*, in *13 paradoxes en droit du travail*, dir. Ph. Waquet, Lamy, p. 171 ; E. Peskine, *L'imputation en droit du travail, À propos de la responsabilité des sociétés-mères en matière de licenciement pour motif économique*, RDT 2012, p. 347.

(19) Cass. Soc. 28 septembre 2011, nos 10-12278 à 10-13486 [Pl].

(20) Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69021.

(21) Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69021.

À cela s'ajoute que l'effet déclaratif – et non pas constitutif – de la reconnaissance judiciaire du co-emploi permet de considérer le co-employeur comme débiteur de ces différentes obligations, même si, précise la Chambre sociale, cette qualité n'a été reconnue qu'après les licenciements (22).

Reste, enfin, une dernière question, redoutable : celle du déploiement de la notion dans le champ des relations collectives du travail. C'est cette extension qui, au demeurant, en effraye plus d'un.

Bien sûr, les débats s'articulent, notamment, autour des relations professionnelles de travail, suscitant ainsi des interrogations sur les domaines respectifs de l'unité économique et sociale et du co-emploi. Mais l'interrogation sur la place occupée par le co-emploi dans le contentieux collectif est plus large. Ainsi, alors qu'en principe, la reconnaissance d'un contrat de travail ne peut être demandée que par le seul salarié, ce dont il résulte que le Conseil de prud'hommes est compétent, le comité d'entreprise de la filiale pourrait-il agir contre la société-mère en sa qualité de co-employeur, devant le Tribunal de grande instance, pour contester le plan de sauvegarde de l'emploi ?

C'est ce que semble admettre un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Lons Le Saunier 22 août 2012 (23) en accueillant la demande en justice d'un comité d'entreprise d'une société filiale

pour faire juger que la société mère) était co-employeur et demandant sa participation au plan de sauvegarde de l'emploi mis en œuvre par la filiale dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. Décision intéressante qui, de manière surprenante, et il est vrai incidente, admet donc que la situation de co-emploi puisse être invoquée, non pas par un salarié, mais par le comité d'entreprise, faisant à cet égard rayonner le co-emploi hors de la seule sphère individuelle de travail.

Cette solution fait naître deux questions. D'une part, celle de la nature juridique du co-emploi. S'agit-il d'une situation proprement contractuelle, qui ne concernerait que le salarié et la société-mère, ou d'une situation en quelque sorte légale, opposable à l'ensemble de la collectivité des salariés ? D'autre part, celle du lien entre l'expansion du domaine du co-emploi et les critères du co-emploi. La possibilité de faire du co-emploi une notion collective suppose que le critère retenu du co-emploi soit celui de la triple confusion, lequel, mettant l'accent sur les relations entre les deux sociétés, autorise le déploiement d'effets en quelque sorte *erga omnes* de cette qualification. Du reste, c'est bien à cet égard que le critère de la triple confusion pourrait stimuler les inquiétudes de ceux qui voient dans cette notion une menace pour le droit du travail (24).

Confrontés à l'étroitesse de la notion de co-emploi, certains protagonistes du droit se sont alors orientés vers la voie royale de la responsabilité civile.

II. Obliger à réparation

Aujourd'hui, la technique de la responsabilité civile est souvent élue par les plaideurs, comme par les juges, sous sa forme première, celle de la responsabilité pour faute. La faute de la société-mère doit ainsi être recherchée, afin de lui imputer les conséquences juridiques du préjudice causé au salarié. De sorte que l'action délictuelle, sur le fondement de l'article 1382

du Code civil (25), permet aux salariés d'agir contre une société qui ne possède pas, à leur égard, la qualité d'employeur.

L'identification d'un préjudice spécial est nécessaire, à défaut de quoi seul le liquidateur judiciaire serait en mesure d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers (26).

(22) Cass. Soc. 29 mars 2012, n° 10-23657 ; Cass. Soc. 15 février 2012, n° 10-13897.

(23) TGI, Lons Le Saunier, 22 août 2012, *Comité d'entreprise MBF Technologies c./ Société Arche Industries, S.A. MBF Technologies*, n° 12/01079 ; je remercie Maître Métin d'avoir attiré mon attention sur cette décision et de me l'avoir transmise.

(24) Y. Pagnerre, L'extension de la théorie des co-employeurs, source de destruction du droit du travail ? JCP, S, 2011, 1423 ; P.-H. Antonmattei, Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme !, SSL n°1484, p. 12.

(25) En ce sens, v. l'arrêt *Eurodec*, Cass. Soc. 28 septembre 2010, n° 09-41243, Dr. Ouv. 2011, p.187 n. P. Darves-Bornoz. La filiale ayant été mise en liquidation, les salariés avaient agi contre la société-mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; v. aussi Cass. Soc. 3 avril 1990, n° 87-44904 : la

Chambre sociale rejette le pourvoi des salariés en précisant qu'en l'espèce, la cour d'appel avait relevé que la société-mère n'avait pas abusé de sa position à l'égard de sa filiale et n'avait donc pas commis de faute.

(26) Aux termes de l'article L. 622-20 du Code de commerce. La Cour de cassation avait, par exemple, reconnu le caractère spécial et distinct du préjudice subi par les salariés et résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la Société [mère] et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe, (Cass. Soc. 14 novembre 2007, n° 05-21239, Dr. Ouv. 2008 p.109 rapp. M.-L. Morin n. J.-P. Bougnoux, RDT 2008, obs. Y Chagny). Dans cet arrêt, les salariés obtiennent ainsi réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait des fautes commises dans la gestion et la cession de la société par la société-mère de leur ancien employeur.

Quant à la faute, sa reconnaissance emprunte plusieurs chemins. Elle peut être constituée par le manquement de la société-mère à un engagement qu'elle a pris à l'égard des salariés. Il en est ainsi lorsque la société-mère s'engage, dans une lettre adressée au comité d'entreprise, à garantir l'exécution de la procédure de reclassement prévue dans le plan social de sa filiale. Un salarié licencié peut alors se prévaloir d'une violation de cet engagement sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle (27). Mais la faute peut également résulter du comportement de la société-mère à l'égard de sa filiale. L'identification de la faute suppose ainsi d'orienter le regard vers les relations entre société-mère et filiale. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, les juges du fond avaient retenu l'existence d'une faute à la charge de la société, aux motifs que « *les préjudices des salariés ne sont [...] pas liés uniquement aux difficultés économiques du marché [...], mais qu'ils ont pour origine essentielle les choix d'une stratégie commerciale des sociétés britanniques du Groupe Klarius visant à asphyxier, à court ou moyen terme, la filiale française, aux fins de rentabiliser une réorganisation de l'activité de l'ensemble du groupe* » (28). L'usage du terme de « *stratégie* » souligne la volonté des juges de rechercher si la liquidation judiciaire n'est pas la conséquence de contraintes économiques, telles que le droit du licenciement pour motif économique les prend en considération, mais la résultante d'une décision, d'un choix de la société-mère. Manière de retracer, derrière l'apparente causalité économique du processus, l'enchaînement causal (29), dans lequel les décisions de la société-mère constituent la cause première.

De manière plus prospective, dans le discours doctrinal, l'idée est parfois avancée d'une responsabilité

des sociétés-mères du fait de leur filiale (30). L'alinéa premier de l'article 1384 du Code civil pourrait en constituer le fondement. Et l'on rappellera qu'en matière environnementale, la loi du 1^{er} août 2008, transposant la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale, met en œuvre une responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale en matière environnementale. Plus généralement, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (31) avait suggéré l'introduction d'un article 1360, instituant une responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales.

Mais certains auteurs de suggérer que l'article 1384, alinéa 5 du Code civil puisse également servir de fondement à la responsabilité de la société-mère du fait de la filiale, la filiale revêtant alors les habits du préposé, agissant sous la direction de la société-mère (32). Et l'on rappellera que le mandat social peut constituer une modalité d'exécution du contrat de travail. Le fait même qu'un dirigeant d'une filiale soit investi de cette fonction, aux termes d'un contrat de travail conclu avec la société-mère, pourrait ainsi suffire à rendre un tel lien de préposition substantiel (33).

Le droit de la responsabilité civile, offrant des ressources qui paraissent inépuisables, fait preuve d'une remarquable plasticité. Il y a, néanmoins, une certaine ironie à s'aventurer sur les chemins de la responsabilité civile, lorsque l'on sait que l'histoire du droit du travail est, en partie, celle d'une distanciation avec le droit de la responsabilité civile (34). Si l'on rappelle, en outre, que ces actions en responsabilité civile sont exclusivement animées par une logique de réparation, il y a lieu, sans renier les vertus de telles actions, d'explorer également celles d'autres techniques.

(27) Cass. Soc. 27 novembre 2007, n° 06-42.745.

(28) CA Versailles, 31 octobre 2011, n° 10/00578 ; v. E. Serverin et T. Grumbach, Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire, RDT 2012, p. 49 ainsi que P-F. Legrand, Licenciement pour motif économique et responsabilité des groupes de sociétés Dr. Ouv. 2012 p.433 spec. p.440.

(29) T. Sachs, *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économique*, Thèse Paris-Ouest Nanterre-La Défense, 2009, à paraître, LGDJ.

(30) B. Guimonprez, Pour une responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales, Rev. Sociétés 2009. 715, spéc., pp. 726 et s., n° 20 s ; M.-P. Blin Franchomme, Le critère de la garde des personnes au regard du principe général de responsabilité du fait d'autrui, Les Petites Affiches, 24 novembre 1997, p. 5 ; spécifiquement en matière environnementale : M.-P. Blin-Franchomme, De l'évolution des espèces : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés, Rev. Lamy, Droit des affaires, oct. 2009, n° 42, p. 10.

(31) Projet Catala 2005 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>.

(32) A. Lyon-Caen, Intervention au séminaire *Le droit du travail et le droit économique en mouvement face à la financiarisation et à l'organisation des groupes et entreprises à structure complexes*, Maison des Avocats du Barreau de Paris, 17 décembre 2009 ; S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation, Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse Paris-Ouest Nanterre-La Défense, 2012, p. 361.

(33) *Ibid.*

(34) C. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997 ; Sur l'émergence d'un droit du pouvoir distinct du droit de la responsabilité civile, v. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

III. Contester les choix de gestion

Contrôler les décisions prises par la société-mère envers sa filiale : une telle voie pourrait sembler sans issue, tant les sphères du droit des sociétés et du droit du travail se toisent sans se croiser. L'étanchéité de ces deux sphères se nourrit ainsi de la construction des deux disciplines (35), à travers les restrictions procédurales des droits d'agir des représentants des salariés dans le contentieux commercial, comme le cloisonnement des deux espaces de légalité que constituent le droit du travail et le droit des sociétés. De ces « *séparations normatives* » (36) naît l'absence de contrôle par les salariés des décisions de la société-mère.

La volonté de sortir de cette impasse pourrait servir de grille de lecture à certaines actions engagées par les salariés et leurs plaideurs. Telle est l'analyse que l'on pourrait livrer de la tentative entreprise par les salariés dans l'affaire *Sodimedical* (37) – ou plutôt dans l'une des batailles auxquelles elle a donné lieu – finalement mise en échec par la Chambre commerciale dans son arrêt du 3 juillet 2012 (38). L'idée était, en effet, de faire contrôler, en amont, la demande d'ouverture de liquidation judiciaire de la filiale par la société-mère. A l'appui d'une telle demande était brandie la fraude aux dispositions du droit du licenciement pour motif économique. Plusieurs éléments militaient en ce sens. D'une part, on rappellera que les difficultés économiques doivent s'apprécier dans le secteur d'activité du groupe, lequel, en l'occurrence, était prospère. Ce dont il s'ensuivait qu'une éventuelle qualification de la société-mère de co-employeur aurait ouvert la voie à la contestation par les salariés du bien-fondé des licenciements à l'encontre de cette dernière. D'autre part, précisément, la société tentait de trouver une voie pour contourner plusieurs actions en contestation des procédures d'information et de consultation préalable à l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi, lesquelles avaient été soit suspendues, soit annulées par le Tribunal de grande instance (39). Les juges du fond, sensibles à cette argumentation, avaient considéré que la solution

présentait pour le groupe le double avantage de l'exonérer de la plupart des contraintes imposées par le Code du travail en la matière, et de faire supporter par la collectivité le coût social de la mesure (40). Manière de donner corps à l'idée que la déclaration de cessation de paiements d'une filiale peut devenir une « méthode d'ingénierie judiciaire » (41) visant à diminuer les coûts du groupe.

Cette décision est censurée par la Chambre commerciale, au motif, notamment, 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* ». Très en retrait par rapport aux inventions audacieuses dont a pu faire preuve la Chambre sociale, la solution appelle plusieurs remarques.

D'abord, demeure entière la question de savoir si, devant le Conseil de prud'hommes, la contestation du licenciement au motif de la fraude ne serait pas possible, à l'image de décisions rendues par la Chambre sociale à propos des licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire en exécution d'un jugement arrêtant un plan de cession, dans lesquelles elle avait jugé que les licenciements avaient été prononcés par fraude et qu'ils étaient donc sans cause réelle et sérieuse (42). Manière de redonner au Conseil de prud'hommes la possibilité d'apprécier la cause réelle et sérieuse en cas de liquidation judiciaire, dès lors que le licenciement a été obtenu frauduleusement.

Ensuite, et de façon plus générale, l'action des salariés vient rappeler qu'il convient de se donner les moyens de penser certaines actions préventives, avant que le processus de licenciement ne soit entamé.

Enfin, et surtout, l'usage de la fraude autorisait indirectement un contrôle des salariés ou, en tous cas, ménageait un certain droit de regard des salariés sur

(35) Tel est l'objet d'étude de la thèse de S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, préc.

(36) *Ibid.*

(37) P. Darves-Bornoz, Lutter contre la désindustrialisation : la saga des *Sodimedical*, Dr. Ouv., 2012, p. 525.

(38) N°11-18.026, ci-après p. 199 n. P. Darves-Bornoz et P. Masanovic ; A. Fabre, La Chambre commerciale et l'instrumentalisation des procédures collectives : à propos de l'arrêt *Sodimedical*, JCP éd. G., n° 41, 8 octobre 2012, 1073 ; E. Serverin, La longue route de la liquidation de la SARL *Sodimedical*, RDT 2012, p. 574.

(39) P. Darves-Bornoz, art. cit. ; E. Serverin, obs. cit. p. 525.

(40) CA Reims, 14 mars 2011, n° 11/00313, Dr. Ouv. 2012 p. 528.

(41) T. Grumbach, Kelian : kesako ?, l'industrie de la chaussure française perd pied, Culture droit, novembre 2005.

(42) Cass. Soc. 27 octobre 1998, Bull. civ. V, n° 452 ; Cass. Soc. 2 juin 2004, n° 02-47.257. Sur ce sujet, v. H. Melmi, *L'emploi dans l'entreprise en difficultés*, thèse Lyon-2, 2012, p. 288.

les décisions prises par la société-mère à destination de sa filiale. En l'occurrence, à l'origine du processus, on trouvait une décision de la société-mère consistant à demander à sa filiale le remboursement de l'avance en compte courant qu'elle avait consentie à sa filiale. Décision dont il y aurait matière à discuter, tant la souplesse du régime de l'avance en compte courant, véritable instrument de financement interne, contraste avec les effets dévastateurs qu'elle peut entraîner (43).

Pourrait se profiler ainsi, à travers la fraude, une exigence indirecte de motivation de la décision de demander le remboursement de l'avance en compte courant (44). L'usage d'une telle notion autorise ainsi à porter le regard en amont de la décision de licencier et à l'orienter vers les rapports mère-fille, situés dans cet angle mort constitué par le croisement du droit du travail et du droit des sociétés. Ce n'est pas dire que le mécanisme de la fraude se pare de toutes les vertus. Mais, en tous cas, son usage par les plaideurs est révélateur d'une volonté de décloisonner les actions procédurales, offrant ainsi aux salariés la possibilité de contester les choix de la société-mère.

Cette possibilité de contrôle des décisions prises par la société-mère à l'égard de sa filiale semble, pour l'instant, obstruée par la Chambre commerciale

de la Cour de cassation. Mais les juges du fond n'y sont pas insensibles. La raison en est simple : pas plus que les relations entre la société-mère et la filiale ne peuvent être ignorées, on ne peut nier combien il est artificiel d'isoler une décision, sans prendre en compte celles qui la précèdent et qui, d'une certaine manière, la déterminent. De même que la légèreté blâmable ou la faute de l'employeur autorise à prendre en considération l'anormalité de sa décision de gestion pour apprécier les difficultés économiques, brisant par là-même l'apparence d'un processus économique qui lui serait extérieur (45), de même la décision brutale de la société-mère mérite d'être prise en considération pour apprécier l'organisation de l'état de cessation des paiements de sa filiale.

Si un autre colloque était tenu dans 31 ans à ce sujet, nous verrions peut-être cette voie procédurale plus largement ouverte. Plus généralement, tous les mécanismes autorisant, directement ou indirectement, la rencontre entre droit du travail et droit des sociétés, seront sans doute davantage mobilisés. Et cela dépendra, évidemment, pour une bonne part, des choix procéduraux avisés qui seront fait par les parties et leurs conseils...

Elsa Peskine

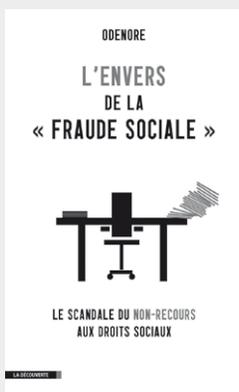
(43) Sur l'avance en compte-courant, dans cette affaire, A. Fabre, La chambre commerciale et l'instrumentalisation des procédures collectives : à propos de l'arrêt *Sodimédical*, art. cit.

(44) Sur l'analyse de la décision de retrait de l'apport en compte courant comme exercice d'un pouvoir, et les conséquences en termes de contrôle de ce pouvoir, v. S. Vernac, thèse précit., n° 194.

(45) T. Sachs, thèse précit., n° 131 ; v., par exemple, 22 septembre 2011, n° 10-16.172 et Cass. Soc. 23 novembre 2011, n° 10-26.167, note A. Fabre, Difficultés économiques de l'entreprise et légèreté blâmable de l'employeur, RDT 2012, p. 37.

L'ENVERS DE LA « FRAUDE SOCIALE » - LE SCANDALE DU NON-RECOURS AUX DROITS SOCIAUX

par Odenore



Introduction. Sortir du discours sur la « fraude sociale », par Philippe Warin.

1. **La fraude aux prestations sociales : réalités et enjeux**, par Thibault Gajdos et Philippe Warin.
2. **Le RSA : où sont les assistés ?**, par Nadia Okbani et Philippe Warin.
3. **La CMU : où sont les profiteurs ?**, par Héléna Revil.
4. **Le DALO : la « fraude morale » de l'État**, par Julien Lévy et David Laumet.
5. **Les tarifs sociaux à l'énergie : les pauvres doublement pénalisés**, par Pierre Mazet.
6. **Les tarifs sociaux dans les transports collectifs urbain : méconnus et peu utilisés**, par Cécile Féré.
7. **Les droits des chômeurs : des mesures déstabilisatrices**, par Didier Demazière.
8. **Les droits des saisonniers : limités et bafoués**, par Richard Dethyre.
9. **Le non-recours : un intérêt médiatique croissant**, par Catherine Chauveaud et **Conclusion. Lutter contre le non-recours : un révélateur du renouvellement des politiques publiques**, par Mohamed Djouldem, Yves Saillard et Philippe Warin.

La Découverte - 2012 - 180 p. - ISBN : 9782707173706 - 15 euros