

Le co-emploi est mort, vive le co-emploi !*

À propos de Cass. Soc. 10 décembre 2015,
SAS Fayat (Établissements J. Richard Ducros)

par Elsa PESKINE,
Maître de conférences, Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

PLAN

I. Le co-emploi dans les limbes de l'anormalité

II. Pour un renouveau du co-emploi

Avec l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 10 décembre 2015, la série judiciaire du co-emploi connaît un nouvel épisode. À s'en tenir à la formulation retenue, la décision s'inscrit dans le sillage déjà tracé par des décisions antérieures (1). La Cour de cassation y rappelle ainsi dans un attendu de principe familial, qu'« une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » (2).

Si les termes utilisés ne surprennent pas, l'arrêt n'est pas anodin. En effet, rapportée aux faits à l'origine de l'arrêt, la décision convainc que la Chambre sociale s'enlise dans une définition aussi restrictive qu'appauvrie du co-emploi.

L'affaire concernait la société Richard Ducros, spécialisée dans les activités métallurgiques. Celle-ci avait fait l'objet, le 7 octobre 2010, d'une convention de cession d'actions au bénéfice de la société Fayat. Quelques mois après cette cession, le représentant légal de la société Ducros, au demeurant salarié de la société Fayat, avait déposé au greffe du Tribunal de commerce de Paris une déclaration de cessation des paiements aux fins d'une ouverture de redressement judiciaire, convertie en liquidation judiciaire par le Tribunal de commerce. Alors que le liquidateur désigné avait licencié pour motif économique l'ensemble des salariés de la société Ducros, la Cour d'appel avait fait droit à leurs demandes en paiement de diverses sommes formulées à l'encontre de la société Fayat, en sa qualité de co-employeur (2 bis). Cette décision est censurée par la Cour de cassation, qui considère que « le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et soient en étroite collaboration avec la société-mère, et que celle-ci ait pris, durant les quelques mois suivant la prise de contrôle de la filiale, des décisions visant à sa réorganisation

dans le cadre de la politique du groupe, puis ait renoncé à son concours financier destiné à éviter une liquidation judiciaire de la filiale, tout en s'impliquant dans les recherches de reclassement des salariés au sein du groupe, ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi ». L'histoire, malheureusement banale, est celle d'une société, la société Fayat, à qui le rachat d'une autre société permet aussi – surtout ? – d'acquérir un capital immobilier, en l'occurrence un terrain, pour une somme extrêmement modique et qui, quelques mois après ce rachat, délaisse sa filiale en accompagnant sa mise en cessation des paiements.

Depuis quelques années maintenant, il est rappelé que le co-emploi n'est que la sanction d'une immixtion anormale de la société-mère dans la gestion de sa filiale (3). Cette exigence d'un rapport de pouvoir sociétairé anormal a enfermé le co-emploi dans une spirale dont la notion ne pouvait sortir indemne (I), si bien que le co-emploi doit être aujourd'hui repensé (II).

* Cette formule a été utilisée par Sébastien Ranc, en un sens différent, dans un commentaire des arrêts du 2 juillet 2014, n°13-15.208 à n°13-21.15, Revue du droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2014/2.

(1) Cass. Soc. 2 juillet 2014, *Molex*, n°13-15.208, Bull. civ. V, n°159, Dr. ouvr. 2014 p. 653 n. M. Castel ; M. Kocher, Le co-emploi à l'âge de raison, RDT 2014, p. 625.

(2) n°14-19.316, à paraître au Bulletin, Dr. ouvr. 2016, p. 99, n. A. Ottan.

(2 bis) CA Nîmes 15 avril 2014, Dr. ouvr. 2016 p. 89.

(3) P. Bailly, Le co-emploi n'est ni une « baguette magique » ni une aberration juridique, SSL n°1600, p. 11 ; G. Auzero, Co-emploi, le rappel à l'ordre de la Cour de cassation, SSL n°1645, p. 7.

I. Le co-emploi dans les limbes de l'anormalité

La vision restrictive de l'immixtion condamnable a trouvé une assise forte, sinon déterminante, dans son arrimage à l'exigence d'anormalité. En définissant le co-emploi par l'immixtion anormale de la société-mère dans la gestion de sa filiale, la Cour de cassation a créé les conditions du dépérissement de la notion. D'une part parce que cette référence s'est accompagnée d'un déplacement des frontières de la normalité, à l'issue d'un processus classique de normalisation du pouvoir (4). D'autre part en raison de l'appréciation de l'anormalité suggérées par la Cour de cassation. En considérant que les décisions de la société mère s'inscrivaient dans le champ de la normalité au motif qu'elles avaient été prises « dans le cadre de la politique du groupe », la Chambre sociale laisse en effet entendre que l'anormalité résulte d'une déviance, non par rapport à ce que devrait être le fonctionnement des groupes, mais par rapport aux usages et pratiques constatés dans les groupes de sociétés. Au fond, la décision de la société-mère de ne plus financer sa filiale et de cesser son activité est « normale », parce que « ça se fait ». Cette perspective réaliste, voire statistique, de l'anormalité, pour reprendre le terme utilisé par Paul Ricoeur (5), témoigne, au demeurant, d'une vision extraordinairement peu ambitieuse du droit, lequel aurait vocation à entériner des pratiques de groupe dont la seule existence détermine le champ de la normalité.

L'exigence d'une immixtion anormale s'est révélée d'autant plus pernicieuse qu'elle s'enracine dans une conception institutionnelle du groupe, déjà présente dans l'arrêt *Molex* rendu le 2 juillet 2014 par la Chambre sociale. Cette dernière s'y trouve exprimée de deux manières. D'abord, par la précision que la décision avait été prise « dans le cadre de la politique du groupe » (5 bis). Ensuite, par la mise en lumière de l'idée de légitimité, extraite de la « nécessaire » coordination des actions économiques. Cette conception institutionnelle du groupe induit un contrôle de l'exercice du pouvoir, limité et cantonné au contrôle de son détournement. Elle conduit, plus avant, à une absorption de l'intérêt de la filiale par la politique menée dans l'intérêt du groupe. La faculté, pour une société-mère, de prendre des décisions

« affectant le devenir de la filiale » (6) fait donc partie du fonctionnement normal d'un groupe de sociétés et ne suffit pas à caractériser l'anormalité, quand bien même ce type de décision constituerait la négation de toute décision propice à l'emploi, en visant la cessation d'activité – programmée ou non – de la filiale. Cette conception institutionnelle du groupe témoigne d'un paradoxe. Les structures sociétaires sont brandies pour refuser qu'une autre société puisse se voir attribuer la qualité d'employeur, au moyen d'une reconnaissance explicite : celle du groupe. Le groupe vient donc au soutien de l'autonomie sociétaire. Cette distorsion emporte une conséquence : la reconnaissance d'une organisation s'opère sans qu'une responsabilité corrélative soit attribuée.

Enfin, l'exigence d'une anormalité du rapport de pouvoir entre la société-mère et sa filiale a été concomitante à l'érection de la responsabilité délictuelle en voie privilégiée, sinon exclusive, de contestation des décisions de la société-mère (7). Tout porte à croire que, dès lors que les faits sont susceptibles d'être qualifiés de faute, seule l'action en responsabilité civile devient possible, le co-emploi et la responsabilité civile ayant vocation à intervenir de manière alternative. Ce raisonnement allait nécessairement conduire à reléguer le co-emploi dans un espace extrêmement ténu, la faute étant elle-même définie par l'anormalité d'un comportement. Borné par l'acte normal d'un côté, et l'acte anormal mais fautif de l'autre, le co-emploi s'est donc vu enserré dans un maillage normatif ne lui laissant guère d'espace pour s'épanouir, et l'enfermant dans un paradoxe. Si bien que, de proche en proche, le contentieux relatif à la responsabilité des sociétés-mères semble avoir été quasiment aspiré par l'action en responsabilité délictuelle.

Ces différents phénomènes ont insensiblement conduit les juges à opérer un glissement de l'analyse des conditions d'exercice du pouvoir sociétaire à celle de la légitimité des décisions prises par la société mère, telles la mise en cessation d'activité de la filiale. L'arrêt commenté confirme cette analyse. La sélection des faits opérée par la Chambre sociale dans son contrôle de qualification du co-emploi convainc

(4) E. Peskine, S. Vernac, Pouvoirs et responsabilités dans les organisations multi-sociétaires, in *Licenciements économiques et restructurations, vers une redistribution des responsabilités*, dir. G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015.

(5) Ricoeur, relisant Canguilhem, observait ainsi que l'anormalité pouvait renvoyer à une déviance par rapport à une moyenne statistique, comme à un écart par rapport à un idéal (P. Ricoeur, La différence entre le normal et le pathologique comme source de respect, in *Le juste 2*, esprit, 2001, p. 218).

(5 bis) v. aussi, sur cette question, D. Lochak, Droit, normalité et normalisation, in *Le droit en procès*, Cahier du CURAPP, 1983, p. 52.

(6) Cass. Soc. 2 juillet 2014, préc.

(7) A. Fabre, La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce, RDT 2014, p. 672 ; G. Loiseau, Le co-emploi est mort, vive la responsabilité délictuelle, JCP S 2014, n° 29.

que l'arrêt condamne véritablement la possibilité de démontrer l'existence d'une immixtion anormale, comme si les indices qualifiés d'insuffisants par la Chambre sociale pour caractériser le co-emploi – tel que le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe – étaient, en réalité, des indices inopérants dans cette opération de qualification.

Repoussant toujours plus loin les frontières du champ de la normalité, les juges ont ainsi créé les conditions pour que la formule retenue par la Chambre sociale ne soit qu'une coquille vide, et qu'elle ne puisse recueillir que des formes d'exercice du pouvoir alignées sur les catégories du droit commercial, confinant à la fictivité de la personne morale (8).

II. Pour un renouveau du co-emploi

À n'en pas douter, l'imputation de responsabilité des sociétés mères s'opérera en partie par la voie de la responsabilité délictuelle (9). Si les vertus de cette technique ne doivent pas être sous-estimées, ce constat est malgré tout lourd de sens et de portée.

En premier lieu, les limites de l'action en responsabilité contre la société-mère sont nombreuses. Elles tiennent à l'incompétence du Conseil de prud'hommes et à l'éclatement du contentieux qui en résulte (10). Elles tiennent aussi à l'appréciation des conditions d'invocation de la responsabilité pour faute, tant la définition du préjudice ou du lien de causalité est pavée d'incertitudes (11). Surtout, l'action en responsabilité pour faute ne s'affranchit pas de la nécessité de rechercher et d'identifier la décision même de la société dominante ayant conduit au préjudice, tandis que le co-emploi autorise une action, dès lors que la société-mère exerce un contrôle sur la structure de sa filiale. Enfin, la responsabilité délictuelle réduit l'action des salariés à une somme d'actions individuelles, chacun des salariés devant faire la preuve d'un préjudice spécial, tandis que le co-emploi, dans sa version sociétaire, charrie une dimension proprement collective.

En second lieu, l'action en responsabilité civile n'est pas sans signification. Au fond, les salariés agissent en tant que tiers par rapport à la société-mère, ce qui suppose de « *dépouiller l'action de sa composante de droits sociaux* » (12). Saisie de la sorte, la société-mère est érigée en personne juridique extérieure au rapport d'emploi, et non en acteur, certains diront en partie prenante, de la relation d'emploi.

La recherche de l'imputation doit donc se poursuivre également sur les terres du co-emploi. Pour que ce dernier retrouve une vitalité, il doit

pouvoir se déployer dans une zone grise, entre l'ingérence non condamnable et la décision fautive. La méthode du faisceau d'indices, qui avait été retenue pour caractériser la confusion de direction, mérite de conserver sa place. L'exercice par la société-mère de la gestion administrative, comptable, commerciale (13), ou encore la gestion du personnel de la société de l'employeur (14), comme l'exercice d'un pouvoir sur les structures de direction de la société employeur, peuvent être pris en considération. À cet égard, un arrêt de la Chambre sociale en date du 23 septembre 2015 laisse penser qu'une telle méthode n'est pas totalement abandonnée (15). Parmi les indices qui ont pu autoriser l'attribution de la qualité d'employeur conjoint, il en est un qui se dessine, en creux, dans l'attendu de la Cour de cassation : celui de la durée de l'immixtion. Car ce qui, en l'occurrence, ne suffit pas à caractériser le co-emploi aux yeux des magistrats, c'est le fait que la société-mère ait pris, « *durant les quelques mois suivant la prise de contrôle de la filiale, des décisions visant à sa réorganisation dans le cadre de la politique du groupe* ». En d'autres termes, l'immixtion doit s'inscrire dans une temporalité, sans qu'une décision de gestion suffise, à elle seule, à permettre d'attribuer la qualité de co-employeur et sans que cette immixtion ne se cantonne à la période de restructuration. De manière générale, l'attention doit continuer à se porter, non pas sur l'évaluation des décisions – telles la mise en cessation des paiements de la filiale ou, au contraire, la contribution au plan de sauvegarde de l'emploi de la filiale – mais sur ce que ces décisions disent de l'existence d'un contrôle par la société-mère de la structure de sa filiale. Ce n'est pas la décision elle-même qui doit être évaluée, mais la manière dont la société influence, contrôle, détermine, l'activité de la filiale. C'est ainsi que la

(8) G. Auzero, La nature juridique du lien de co-emploi, Sem. soc. Lamy 2013, n° 1600, p. 8 ; du même auteur, Co-emploi : en finir avec les approximations !, RDT 2016, p. 27.

(9) Cass. Soc. 8 juillet 2014, n° 13-15.573 et 13-15.470, Bull. civ. n° 180, Dr. ouvr. 2015 p. 43 n. A. Mazières.

(10) A. Fabre, La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce, RDT 2014, p. 672.

(11) *Ibid.*

(12) E. Serverin et T. Grumbach, La saga judiciaire Flodor, RDT 2009, p. 693.

(13) Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021 (inédit), *Novoceram*, Revue de droit du travail 2011, p. 634, obs. G. Auzero.

(14) Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-12.278, *Metaleurop*.

(15) V. Cass. Soc. 23 septembre 2015, n° 14-16.538, Bull. Joly Sociétés 2015, p. 631, obs. G. Auzero.

délimitation du co-emploi et de la responsabilité civile pourra se dessiner clairement.

La notion d'unité économique et sociale témoigne de la pensée possible de ce rapport de pouvoir sociétair, conçu objectivement et affranchi de toute référence à l'anormalité ou à la quête d'une volonté frauduleuse. Cette étape, aisément atteinte lorsqu'il s'agit, comme pour l'unité économique et sociale, de dessiner un espace d'appréciation des obligations de l'employeur ou des droits des salariés, est plus difficile à franchir lorsqu'il s'agit d'imputer une responsabilité à une personne juridique, car c'est bien alors le sujet de droit, au cœur de ce qui le constitue, l'autonomie et la responsabilité, qui est percuté.

Cela étant, le droit de la concurrence ne s'embarasse pas de tels arguments lorsque la CJUE considère que le comportement de la filiale peut être imputé à la société-mère, dès lors que la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, en instituant même l'existence d'une présomption d'influence, lorsque la filiale est détenue à 100% par la société-mère (16). La seule existence d'un contrôle sociétair, restrictivement défini, suffit à imputer à la société-mère un comportement et, partant, une responsabilité. Ce constat témoigne, s'il en était besoin, que le retrait dont le juge social fait preuve en matière de co-emploi n'est dicté par aucune nécessité juridique, mais résulte d'un choix dogmatique, qu'exprime du reste la Cour de cassation, à propos de la responsabilité des sociétés-mères du fait de leur filiale, par l'évocation du « *risque de dépaysement des holdings* » (17).

Le co-emploi charrie, il est vrai, un autre inconvénient. Le mécanisme consistant à imputer des obligations à une société en lui attribuant la qualité d'employeur empêche, en effet, la modulation de ses effets. Au demeurant, c'est sans doute en écho aux critiques relatives à l'ampleur des effets du co-emploi (18) que les juges ont fermé la voie à sa reconnaissance. Cela étant, ces possibles excès ne sauraient justifier la démission des juges devant la partition sociétair. Le co-emploi mérite de retrouver une vitalité, quitte à ce que sa notion soit précisément cernée ou que, avec un brin d'inventivité, ses effets

soient plus clairement délimités (19). En tout état de cause, il est, à n'en pas douter, nécessaire de trancher. Cette manière de continuer à donner une place théorique au co-emploi dans sa version sociétair pour, en définitive, lui ôter toute chance de se voir donner un contenu, ne peut perdurer.

Réduire le co-emploi à un abus de la personnalité morale et, en particulier, à l'hypothèse de la fictivité, en l'alignant sur les catégories du droit commercial, condamnerait le juriste de droit du travail à perdre de vue l'importance, aujourd'hui, de comprendre le rapport d'emploi dans son articulation au rapport sociétair. Car les mécanismes fondés sur la fictivité de la filiale sont destinés, au fond, à sauvegarder son autonomie juridique. Or, le droit du travail doit précisément parvenir à saisir cette zone intermédiaire dans laquelle la société employeur, sans être niée dans sa personnalité juridique, subit néanmoins une influence, un pouvoir exercé par une autre société. C'est bien la pensée de l'articulation entre le rapport d'emploi et le rapport sociétair qui permettrait de sortir le rapport d'emploi de sa dépendance au second. Et cette mise en regard ne peut se faire qu'au prix d'une analyse du rapport de pouvoir sociétair et des techniques d'organisation du pouvoir exercé par la société-mère sur la structure ou sur les décisions de sa filiale (20). C'est à cette condition que le juge social pourra guérir de sa cécité et admettre ce qui constitue la part irréductible, dans le rapport d'emploi, des choix d'organisation sociétair.

Elsa Peskine

(16) CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel*, pts 61 à 65.

(17) Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007.

(18) Ce dont témoigne l'usage de la métaphore de la monstruosité. En ce sens : « *le co-emploi est devenu indomptable, la créature ayant échappé à son créateur* » (G. Loiseau, art. cit.). Sur l'ampleur des effets, v. également Y. Pagnerre, *L'extension de la théorie des co-employeurs, source de destruction du droit du travail ?*, JCP S 2011. 1423.

(19) Comp., pour une réflexion sur ce point, J.-F. Cesaro, *Le co-emploi, un phénomène de paramésie juridique*, JCP S 1081.

(20) S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Paris-Ouest Nanterre-La Défense, 2012.