

LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE Co-emploi – Confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre la société mère et la filiale – Immixtion dans la gestion économique et sociale – AGS – Responsabilité délictuelle d'une société tierce – Légèreté blâmable.

COUR D'APPEL DE DOUAI (Ch. Soc.) 29 Septembre 2017

M. A. contre sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales (n°15/01471)

Exposé du litige

La société Imprimerie Georges Frère, créée en 1954, intervenait dans le secteur de l'imprimerie dite offset et s'était spécialisée dans le domaine de

l'impression industrielle de labour publicitaire et réalisait essentiellement des impressions publicitaires et des imprimés commerciaux pour diverses sociétés (la Redoute, 3 Suisses, Yves Rocher...). En 1989, elle

est devenue la filiale de la société Mercator Press NV, laquelle assure l'activité de production du groupe Mercator Press, un groupe belge spécialisé dans l'impression offset et composé de la société Mercator Press NV et de la société Mercator Press Sales NV, société holding qui détient elle-même 99 % du capital de la société Mercator Press.

Depuis 2010, la totalité du capital social de la société Imprimerie Georges Frère est détenu par la société Mercator Press NV.

Une procédure de redressement judiciaire ayant été ouverte le 21 mars 2011 à l'égard de la société Imprimerie Georges Frère, ensuite convertie, le 14 avril 2011, en liquidation judiciaire, Maître Depreux, en sa qualité de liquidateur, a licencié, le 28 avril 2011, les trente-huit salariés pour motif économique.

Le liquidateur, par acte délivré le 10 avril 2014, a également assigné les sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale, les tenant pour dirigeants de fait de celle-ci.

Par jugement du 25 avril 2017, le Tribunal de commerce de Lille a homologué l'accord transactionnel conclu le 31 janvier 2017 entre le liquidateur et les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, lesquelles se sont engagées à verser la somme de 400.000 euros.

Vingt-neuf des salariés licenciés, dont M. A., salarié de la société Imprimerie Georges Frère depuis le 22 novembre 1997 en qualité d'électromécanicien, ont saisi, le 21 mars 2012, la juridiction prud'homale de demandes formées à l'encontre des sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV pour obtenir, à titre principal, paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en se prévalant de la qualité de co-employeurs desdites sociétés et, subsidiairement, la réparation d'un préjudice lié à la perte d'une chance de conserver leur emploi, à raison des fautes délictuelles commises par ces sociétés.

Par jugement du 14 avril 2015, le Conseil de prud'hommes de Tourcoing, après avoir considéré les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales comme co-employeurs, les a condamnées à payer à chacun des salariés des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre 200 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, et à rembourser à l'association CGEA de Lille, agissant sur délégation de l'AGS, les sommes avancées aux salariés au titre de la garantie des salaires, et a mis hors de cause le liquidateur.

Par courrier électronique adressé au greffe par le RPVA, le 12 mai 2015, Maître Policella, pour le compte de M. A., a relevé appel de cette décision (n° RG 15/01.771).

Par lettre recommandée adressée au greffe le 23 juin 2015, Maître Andre-Hesse, pour les deux sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, a également relevé appel du jugement. (n° RG 15/02.570).

Par ordonnance du 30 juin 2015, ces deux procédures ont été jointes.

MOTIFS :

Sur l'existence d'un co-emploi :

Une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, 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.

Au soutien de la démonstration d'une telle ingérence des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales dans la gestion économique et sociale de la société Imprimerie Georges Frère, le salarié invoque un ensemble d'indices caractérisant, selon lui, l'existence de relations financières anormales, constitutives d'une confusion des patrimoines.

En l'espèce, il résulte des pièces produites, et notamment du bilan économique et social de la société Imprimerie Georges Frère, dressé par Maître Mercier désigné en qualité d'administrateur judiciaire avec mission d'assistance, lors de l'ouverture de la procédure collective, que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales ont toujours été redevables de sommes très conséquentes à l'égard de leur filiale en se refusant d'honorer les factures présentées par celle-ci.

L'administrateur judiciaire a également relevé que, selon une convention de compensation signée le 11 décembre 2008 entre la société Mercator Press et la société Imprimerie Georges Frère, alors que celle-ci détenait une créance de « 2.650 K euros » envers la société-mère, il a été décidé, le même jour, par l'assemblée générale des actionnaires, que la filiale devait payer, sans justification particulière, une somme de 1.954.670 euros à titre de dividendes, l'objet de cette convention ayant manifestement été de réduire la créance détenue par la société Imprimerie Georges Frère sur la société-mère.

Si, comme le soulignent à juste titre les sociétés Mercator Press, les contrats de gestion de trésorerie et de prestations de services entre sociétés correspondent à un système d'organisation fréquent au sein d'un groupe, Maître Mercier a toutefois constaté diverses anomalies dans les conventions signées successivement entre les entités du groupe Mercator.

Il apparaît que, le 1^{er} juin 2007, a été signée, entre les sociétés Imprimerie Georges Frère et Mercator Press, une convention de trésorerie, modifiée par un avenant du 15 janvier 2008, destinée à régler les avances de trésorerie et les paiements de dividendes entre les deux entités. Cette convention prévoyait expressément l'exclusion de tous les flux commerciaux ou opérations pouvant découler de l'activité propre des parties et des prestations, livraisons intragroupes et de tous paiements comptabilisés dans les comptes clients et fournisseurs de chacune des parties.

Or, une ultime convention de trésorerie, signée le 1^{er} juin 2010 entre les sociétés Georges Frère, Mercator Press et Mercator Press Sales, est venue inclure « les flux entre les sociétés et opérations financières telles que les avances de trésorerie, facturations et prestations entre sociétés », ce qui a permis de déposséder la filiale de la maîtrise de sa comptabilité.

De fait, le rapprochement des comptes clients/fournisseurs intragroupe effectué par Maître Mercier a révélé que la facturation des commandes réalisées par la société Imprimerie Georges Frère était effectuée, depuis le 31 janvier 2011, directement aux clients par la société Mercator Press Sales, laquelle procédait à la mobilisation de ces créances et percevait, à J+1, 85 % du montant de la facturation mobilisée, tandis que la société Imprimerie Georges Frère facturait à la société-mère les travaux qui lui avaient été confiés selon le principe « prix pour prix ».

L'administrateur judiciaire a indiqué dans son rapport que, depuis le mois de janvier 2011, la société Georges Frère n'avait perçu de Mercator Press Sales qu'un paiement partiel des sommes dues, alors même qu'au titre du solde de refacturation arrêté en février, cette société était débitrice de la somme de 1.312.660 euros, montant auquel devaient s'ajouter les dernières factures de mars, privant ainsi la filiale de liquidités.

Il a également été souligné que la société Mercator Press Sales avait refacturé à la filiale la totalité de la rémunération annuelle de ses techniciens, s'agissant pourtant d'interventions ponctuelles, faisant ainsi supporter à la société Imprimerie Georges Frère des sommes sans aucune contrepartie.

L'examen du compte Mercator Press/Georges Frère a mis en évidence la créance de la seconde à l'égard de la première d'un montant de 913.587 euros au titre de prestations et fournitures de matériel.

L'administrateur a également souligné que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales se sont obstinées à n'honorer aucune des factures présentées par leur filiale, conduisant celle-ci à une situation d'asphyxie financière.

Il résulte également des pièces produites que, fin 2009, le groupe Mercator Press a proposé à la société Imprimerie Georges Frère d'acheter, pour la somme de 1.400.000 euros, une machine offset Rothoman S 24 pages appartenant à la société Mercator Press et provenant d'une autre filiale du groupe Mercator basée à Charleroi et qui avait fait l'objet d'une fermeture définitive au cours du mois de juin 2009.

Le paiement devait s'effectuer par compensation en diminution du compte-courant débiteur de la société-mère chez la société Imprimerie Georges Frère, qui détenait une créance de 1.500.000 euros.

Or, les circonstances ayant entouré cette vente traduisent une immixtion anormale du groupe Mercator Press dans la gestion économique de sa filiale.

Les déclarations de M. L., imprimeur au sein de la société Imprimerie Georges Frère, et qui, en sa

qualité de délégué du personnel, a déposé plainte devant les services de police, le 1^{er} avril 2011, contre le dirigeant de cette société pour des faits de banqueroute, révèlent que cette rotative Rothoman a été livrée en pièces détachées et n'a jamais fonctionné en l'absence des cartes mères.

Il apparaît également que les membres du comité d'entreprise, intrigués par ce projet d'acquisition qui risquait, selon eux, de compromettre l'avenir de la société Imprimerie Georges Frère, ont fait estimer la machine par la société COCI, spécialiste français de la vente d'occasion de la machine d'imprimerie, qui l'a évaluée entre 500.000 et 700.000 euros. Le comité d'entreprise a alors fait usage de son droit d'alerte pour désigner le cabinet Secafi et a saisi, le 21 mai 2010, le juge des référés du Tribunal de grande instance de Lille, lequel, par ordonnance du 28 mai 2010, a constaté que l'employeur n'avait pas consulté régulièrement le comité d'entreprise sur le projet d'acquisition de la rotative Rothoman et a fait interdiction à la société Imprimerie Georges Frère d'acquiescer cette machine avant le 28 mai 2010.

Le cabinet Secafi a finalement conclu, le 25 mai 2010, que le prix de vente avait été fixé par le groupe Mercator en fonction de l'évaluation faite par une société Galtier, qui travaille surtout pour les assureurs, et que « la notion de valeur vénale s'entendait pour une machine installée, et valorisée dans le cas d'une reprise de site de production », de sorte que « l'évaluation ne tient pas compte du remontage périlleux de ce type de machine ».

Le cabinet Secafi ajoutait, aux termes de son rapport : « À tout le moins, il nous semble qu'entre l'évaluation faite par COCI (qui est le meilleur spécialiste français de la vente d'occasion de machines d'imprimerie) et celle faite par Galtier et les chiffres apportés par la direction, une autre base sera à retenir. Une estimation sous vente forcée après installation et fonctionnement de la machine pourrait être retenue ou bien, au travers d'une expertise mécanique approfondie que savent faire des entreprises comme COCI, compte tenu des enjeux financiers pour Georges Frère, un montant de valorisation discutable est indispensable ».

Or, malgré ces objections, le groupe Mercator Press a poursuivi la vente au prix de 1.400.000 euros et a opéré la compensation.

De l'ensemble de ces éléments, il ressort, d'une part, que les conventions conclues entre les parties ont favorisé une imbrication des comptes et mis directement en cause les prérogatives comptables de la société Imprimerie Georges Frère, laquelle ne disposait plus, au regard de cette immixtion dans sa gestion économique, de la moindre autonomie en la matière, et, d'autre part, qu'il existait entre les patrimoines des sociétés du groupe Mercator Press des relations financières anormales, caractérisées par des mouvements financiers sans contrepartie, dans le dessein ou avec l'effet d'avantager les patrimoines des sociétés-mère et grand-mère au détriment du patrimoine de la filiale et constitutives d'une confusion des patrimoines.

Il convient, en conséquence, de confirmer le jugement en ce qu'il retient que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales doivent être considérées comme co-employeurs au même titre que la société Imprimerie Georges Frère.

Sur le bien-fondé du licenciement :

Lorsqu'un salarié est lié à des co-employeurs par un contrat de travail unique, le licenciement prononcé par l'un d'eux, qui met fin au contrat de travail, est réputé prononcé par tous, de sorte qu'il doit être justifié par chacun des employeurs et vérifié à l'égard de chacun d'entre eux au regard du motif économique et de l'obligation de reclassement.

En outre, le licenciement économique prononcé par l'un des co-employeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences.

- Sur la motivation de la lettre de licenciement et le motif économique :

Il résulte de l'article L. 641-4 du Code de commerce qu'en cas de liquidation judiciaire, le liquidateur procède aux licenciements en application de la décision prononçant la liquidation.

La lettre de licenciement pour motif économique émanant du mandataire judiciaire liquidateur est suffisamment motivée dès lors qu'elle vise le jugement de liquidation en application duquel il est procédé au licenciement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle précise le niveau d'appréciation de la cause économique quand l'entreprise appartient à un groupe.

En effet, ce n'est qu'en cas de litige qu'il appartient à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué. Le moyen tiré du défaut de motif de la lettre de licenciement sera donc écarté.

Toutefois, si l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire au bénéfice de la société Imprimerie Georges Frère démontre que cette entreprise connaissait des difficultés économiques sérieuses, la réalité de la situation irrémédiablement compromise de l'employeur n'a été contrôlée par le tribunal de commerce qu'à l'égard de cette seule société qui a cessé toute activité et a supprimé tous ses postes, à l'exclusion des autres co-employeurs, de sorte que le salarié est recevable à contester, devant la juridiction prud'homale, la réalité du motif économique au regard de la situation du groupe et du comportement des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales.

La cessation d'activité de la société Imprimerie Georges Frère ne peut donc constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont relèvent les entités du groupe Mercator Press.

Or, il a été relevé l'état d'imbrication des comptes et de confusion des patrimoines entre les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, d'une part,

et la société Imprimerie Georges Frère, d'autre part, les unes s'étant immiscées de façon anormale dans la gestion économique de l'autre. Cette immixtion a ainsi permis aux sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, en exploitant l'état de dépendance de leur filiale, de prendre, dans leur intérêt exclusif, des décisions dommageables pour celle-ci, qui ont aggravé sa situation économique et l'ont privée de toute capacité d'agir conformément à son intérêt social.

Comme l'ont justement souligné les premiers juges, alors que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales auraient dû tenter de trouver des solutions face aux difficultés financières de leur filiale, à commencer par régler les factures émises par cette dernière, elles l'ont abandonnée tant sur le plan économique que sur le plan social, sans justifier de l'existence de difficultés économiques, ou d'une mutation technologique ou encore de la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité au groupe dont relevaient les entités du groupe.

En conséquence, en l'absence d'un motif économique justifiant la cessation d'activité de la société Imprimerie Georges Frère, le licenciement se trouve privé de cause réelle et sérieuse.

Le jugement sera confirmé sur ce point.

- Sur la contestation relative à l'obligation de reclassement :

Aux termes de l'article L. 1233-4 du Code du travail, « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ».

Selon l'article L. 1233-4-1 du même code, dans sa rédaction alors applicable, « *Lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implantée hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir les offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment. Le salarié manifeste son accord, assorti, le cas échéant, des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. L'absence de réponse vaut refus. Les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres, le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offre correspondant à celles qu'il a acceptées de recevoir* ».

En l'espèce, le salarié a été interrogé par le liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère quant à sa volonté de recevoir des offres de reclassement en Belgique. Toutefois, il apparaît que le questionnaire qui lui a été soumis ne comportait aucun élément

concernant le délai de réflexion dont il disposait pour manifester son accord, assorti, le cas échéant, de restriction éventuelles, alors que le texte susvisé prévoit que le salarié doit manifester son accord pour recevoir des offres de reclassement à l'étranger dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition, l'absence de réponse valant refus.

Il convient, en conséquence, de retenir qu'il n'a pas été satisfait à l'obligation de reclassement interne, ce qui prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Sur les conséquences financières :

Le salarié sollicite la condamnation *in solidum* des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales au paiement de dommages et intérêts.

Ces deux sociétés comportant un effectif d'au moins 11 personnes, de même que la société Imprimerie Georges Frère, et le salarié ayant une ancienneté d'au moins deux ans, il sera fait application des dispositions de l'article L. 1235-3, alinéa 2 du Code du travail selon lesquelles le juge octroie au salarié ayant fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire des six derniers mois.

En considération de l'ancienneté du salarié (14 ans), de sa rémunération brute mensuelle (3.700 euros), de son âge, de sa formation et de sa capacité à retrouver un nouvel emploi, de la durée de sa période de recherche d'emploi ou de reconversion professionnelle, des aides dont il a pu bénéficier, il convient de lui allouer la somme de 52.000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, au paiement de laquelle seront solidairement condamnées les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales.

Chacun des co-employeurs devant supporter les conséquences du licenciement économique prononcé par l'un d'entre eux, il y a lieu également de fixer la créance du salarié à inscrire au passif de la liquidation judiciaire de la société Imprimerie Georges Frère à hauteur de cette somme de 52.000 euros.

En revanche, la créance de frais résultant de l'application de l'article 700 du Code de procédure civile mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision et entre dans les prévisions de l'article 621-32 du Code de commerce lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, de sorte que la condamnation au remboursement des frais irrépétibles, intervenue après le jugement d'ouverture, n'a pas à être déclarée.

Il ne peut donc être fait droit à la demande tendant à inscrire la somme de 900 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile au passif de la liquidation de la société Imprimerie Georges Frère.

La créance de dommages et intérêts bénéficie de la garantie de l'AGS, laquelle est toutefois subsidiaire, de sorte que, dans les rapports entre l'AGS et les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales qui sont *in bonis*, la contribution à la dette solidaire incombera entièrement à ces dernières.

Au regard de cette contribution à la dette, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales à rembourser les sommes correspondant au montant des avances consenties par l'AGS dans le cadre de la procédure collective de la société Imprimerie Georges Frère.

Le jugement sera, en revanche, infirmé en ce qu'il met hors de cause Maître Depreux en sa qualité de liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère.

Les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales et Maître Depreux, ès qualité de liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère, qui succombent en appel seront condamnés aux dépens et à payer au salarié la somme de 300 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

- Infirme le jugement sauf en ce qu'il dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamne solidairement les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, d'une part, à payer à M. A. la somme de 200 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile et, d'autre part, à rembourser les sommes correspondant au montant des avances consenties par l'AGS dans le cadre de la procédure collective de la société Georges Frère ;

- Et statuant à nouveau et y ajoutant

- Condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales à payer à M. A. la somme de 52.000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

- Fixe la créance de M. A. à inscrire au passif de la liquidation judiciaire de la société Imprimerie Georges Frère à la somme de 52.000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

- Déclare le présent arrêt opposable à l'AGS, qui sera tenue de garantir le paiement des sommes allouées à M. A. et dans les limites légales et réglementaires de sa garantie résultant des dispositions des articles L. 3253-17 et D. 3253-5 du Code du travail, à l'exclusion des sommes allouées sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile et des dépens, et sous réserve de l'absence de fonds disponibles entre les mains du liquidateur ;

- Rappelle que la garantie de l'AGS est subsidiaire, de sorte que, dans les rapports entre l'AGS et les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, la contribution à la dette incombera entièrement à ces dernières ;

- Condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales et Maître Depreux ès qualité de liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère à payer à M. A. la somme de 300 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- Condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales et Maître Depreux ès qualité de liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère aux dépens.

(Mme Mariette, prés. – M^e Policella, Vaneecloo, Deleforge substitué par Camus-Demilly, et André Hesse, av.)

Note.

La société Georges Frère, imprimerie offset spécialisée dans le domaine de l'impression industrielle de la publicité, est une filiale à 100 % de la société Mercator Presse NV, elle-même détenue par la société Mercator Press Sales NV, *holding* du Groupe Mercator Press.

La société Georges Frère a fait l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire, à la suite duquel le mandataire liquidateur a procédé au licenciement pour motif économique de 38 salariés.

Vingt-neuf salariés ont saisi le Conseil de prud'hommes de Tourcoing de demandes de dommages et intérêts formées à l'encontre des sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV, à titre principal pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en raison de la qualité de co-employeurs de ces deux sociétés, et, à titre subsidiaire, en réparation du préjudice de la perte d'une chance de conserver leur emploi à raison des fautes délictuelles commises par ces sociétés.

Le Conseil de prud'hommes a condamné les deux sociétés mises en cause à payer aux salariés des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, après avoir reconnu leur qualité de co-employeurs, ainsi qu'au remboursement à l'AGS-CGEA des sommes avancées au titre de la garantie des salaires, et a mis hors de cause le mandataire liquidateur.

La Cour d'appel de Douai a confirmé le jugement de première instance en ce qu'il retient que les deux sociétés mises en cause doivent être considérées comme co-employeurs au même titre que la société Georges Frères.

La définition resserrée du co-emploi

On scrute attentivement des preuves de vie du co-emploi depuis que la Cour de cassation a donné un coup de frein à cette construction jurisprudentielle avec l'arrêt *Molex* (1). Cet arrêt récent de la Cour d'appel de Douai nous donne une illustration de l'intérêt que continuent à porter les juridictions du fond à la notion de co-emploi. Il démontre également la pertinence de cet instrument décrié (2), qui demeure un puissant outil juridique d'appréhension de la réalité de la relation de travail et de mise en

œuvre de la responsabilité du véritable décisionnaire de la mesure de licenciement.

S'il est excessif de parler de résistance de la juridiction de fond, tant la Cour d'appel développe une motivation en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation, elle n'abdique pas sur la reconnaissance du co-emploi, ce qui mérite d'être salué au regard de la fluctuation de la jurisprudence, largement défavorable en la matière.

Pour rappel, si le co-emploi a été initialement mobilisé pour mettre à jour des situations d'employeurs conjoints ou démasquer des employeurs fictifs (3), situations dans lesquelles les juges s'attachaient à démontrer l'existence d'un lien de subordination individuel entre le salarié et le co-employeur, c'est en 2007, à l'occasion de l'arrêt *Aspocomp* (4), que le co-emploi a investi pleinement le champ du contentieux des licenciements économiques. La Cour de cassation a alors défini le co-emploi comme un lien de subordination collectif d'une société tierce sur l'ensemble des salariés au travers du critère de la triple confusion « *d'intérêts, d'activités et de direction* ».

En 2014, dans une volonté de cantonner le co-emploi aux situations les plus caricaturales, la Cour de cassation a resserré la définition de ce concept à l'occasion de l'arrêt *Molex* (5) en ajoutant la nécessité de caractériser une immixtion de la société tierce dans la gestion économique et sociale : « *une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, 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* ». Ce surcroît d'exigence a marqué un déclin du contentieux et des cas de reconnaissance du co-emploi (6).

En dernier lieu, par trois arrêts du 6 juillet 2016, la Cour de cassation a apporté un certain nombre de précisions sur les critères du co-emploi, en s'appliquant à détailler les situations qui ne le caractérisaient pas, dans les affaires *Continental* et *Proma* (7), mais en

(1) Cass. Soc. 2 juillet 2014, n° 13-15.208.

(2) V. les nombreuses critiques, par ex. G. Loiseau, *Le co-emploi mort ou vif*, JCP S, n° 38, 27 septembre 2016, 1317.

(3) Cass. Soc. 10 avril 1975, n° 74-40.136 ; Cass. Soc. 3 février 1983, n° 80-41.800.

(4) Cass. Soc. 19 juin 2007, n° 05-42.551, et v. par la suite l'arrêt *Jungheinrich*, Cass. Soc. 18 janvier 2011, n° 09-69.199.

(5) Cf. *supra*.

(6) A. Ottan, Dr. Ouv. 2016, p. 89, n° 811.

(7) Cass. Soc. 6 juillet 2016, n° 14-27.266 ; Cass. Soc. 6 juillet 2016, n° 14-26.541.

ne fermant pas totalement la porte, notamment aux cas d'immixtion les plus caractérisés dans l'arrêt *Les 3 Suisses* (8).

Il faut donc souligner le soin avec lequel les magistrats de la Cour d'appel de Douai respectent les critères édictés par la Cour de cassation en reprenant *in extenso*, dans leur motivation, la définition posée par celle-ci, dans sa version la plus restrictive issue de l'arrêt *Molex*.

L'immixtion dans la gestion de la filiale caractérisée par la perte d'autonomie financière et les décisions contraires à l'intérêt social

La Cour d'appel de Douai met en exergue un certain nombre d'indices apportés par les salariés et l'administrateur judiciaire, qui révèlent « *l'existence de relations financières anormales, constitutives d'une confusion de patrimoine* », outrepassant largement la coordination administrative et financière normalement constatée au sein d'un groupe.

C'est le cas, notamment, de l'existence d'importantes dettes de la société-mère et de la *holding* envers la filiale, jamais honorées. Bien au contraire, puisqu'était conclue, à la même période, une convention de compensation aux termes de laquelle la filiale devait payer à la société-mère une somme importante à titre de dividendes, sans aucune justification économique.

Par ailleurs, deux conventions de trésorerie entre la filiale, la société-mère et la *holding* ont eu pour objet, et pour conséquence, de déposséder la filiale de la maîtrise de sa comptabilité. En effet, d'un côté la facturation des commandes réalisées par la filiale était effectuée directement au client par la *holding*, qui percevait pour son compte l'essentiel du montant de la facturation. D'un autre côté, la filiale facturait à la société-mère les travaux correspondant à prix coûtant, sans marge. Ces anomalies de gestion de la comptabilité et de la facturation rapprochaient, *de facto*, la filiale du statut de simple atelier de production au service des sociétés du groupe.

Enfin, la société-mère a vendu à sa filiale une machine offset, en pièces détachées, hors d'état de fonctionner correctement, pour un prix important et largement surévalué. La manœuvre, qui ne présentait aucune utilité opérationnelle pour la filiale, avait manifestement pour objet principal de réduire la dette de la société-mère envers la filiale, et le paiement a d'ailleurs été effectué par compen-

sation en diminution du compte courant débiteur de la société-mère chez la filiale.

L'ensemble de ces indices a donc conduit la Cour d'appel à caractériser l'immixtion anormale, en relevant deux éléments principaux : d'une part, la perte d'autonomie de la filiale et de ses prérogatives d'employeurs et, d'autre part, la prise de décisions contraires à ses intérêts et à son objet social.

Responsabilité du co-employeur et position de l'AGS

Si l'employeur nominal n'est certes pas fictif, sa seule mise en cause est insuffisante pour engager la responsabilité du véritable décisionnaire, la société-mère, protégée par l'effet relatif des contrats. La notion de co-emploi permet de faire échec à l'externalisation du risque par les techniques de filialisation.

À cet égard, s'il existe d'autres voies permettant l'indemnisation de la perte non justifiée d'emploi, elles ne sont pas satisfaisantes.

La recherche de la responsabilité délictuelle de la société-mère est certes séduisante. Mais sa mise en œuvre présente, en pratique, d'importantes difficultés procédurales et probatoires (9), et participe à l'éclatement du contentieux du travail hors des murs du Conseil de prud'hommes.

Il est également séduisant de se placer sur le terrain de la légèreté blâmable de l'employeur, qui, par des décisions contraires à son intérêt et son objet social, concourt à la cessation d'activité ou à sa propre déconfiture (10). Mais, comme au cas d'espèce, en cas de liquidation judiciaire de la société, le véritable décisionnaire, solvable, échappe à l'engagement de sa responsabilité et l'indemnisation de la perte d'emploi est supportée par l'AGS.

Il est d'ailleurs remarquable de souligner que, dans l'arrêt commenté, l'AGS-CGEA de Lille s'est jointe à la demande de reconnaissance du co-emploi, reprenant à son compte les arguments relatifs à l'immixtion des sociétés-mères dans la gestion financière de la filiale pour laquelle elle assure la garantie des salaires.

Les sociétés du groupe ont formé un pourvoi. Il est à espérer que la voie du co-emploi soit confirmée, tant elle semble la plus à même de qualifier la réalité de ces situations et d'engager la responsabilité contractuelle du véritable détenteur des prérogatives patronales. Y renoncer parachèverait l'aléa moral dont bénéficient les groupes de sociétés qui décident de la

(8) Cass. Soc. 6 juillet 2016, n° 15-15.481.

(9) V. sur ce point A. Fabre, La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce, RDT, Novembre 2014, p. 672.

(10) Cass. Soc. 1^{er} févr. 2011, n° 10-30.045.

fermeture d'une filiale. En effet, au-delà de la question de l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi, depuis la loi *Macron* n° 2015-990 du 6 août 2015, les sociétés d'un groupe ne sont d'ores et déjà plus tenues d'abonder le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) de leur filiale placée en redressement ou en liquidation judiciaire, et l'autorité administrative n'est plus tenue de contrôler la suffisance de ce plan au regard des

moyens du groupe (11). Jusqu'alors, le mandataire liquidateur était tenu de rechercher la contribution et l'abondement des sociétés-mères au PSE, et l'autorité administrative contrôlait le caractère suffisant du plan au regard des moyens du groupe (12).

Paul Beaussillon,
Avocat au Barreau de Paris

(11) Art. L. 1233-58, II, al. 2 du Code du travail.

(12) Cons. d'État, 13 juillet 2016, n° 387448.