

GROUPE DE SOCIÉTÉS : LA MENACE DU CO-EMPLOYEUR

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 30 JANVIER 2012

DE PAUL-HENRI ANTONMATTÉI*

1.- Épouvantail, bête noire, « virus »¹, « source de destruction du droit du travail »²... C'est peu dire que la notion de co-employeur fait peur et n'a pas vraiment la cote chez de nombreux spécialistes des relations sociales. Curieuse situation pour une vieille notion qui, pendant de nombreuses années, n'a pas suscité de débats passionnés. Mais voilà que le juge lui a offert une nouvelle fonction au sein des groupes de sociétés : la qualité de co-employeur d'une société mère est reconnue au seul constat d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre cette dernière et une filiale³. Ce critère de la « triple confusion »⁴ est loin d'être nouveau⁵. Mais, arrêt après arrêt, il a pris de la consistance, a alimenté des revendications et du contentieux, créant ainsi un mouvement de panique au sein des groupes.

2.- Cette construction jurisprudentielle a déjà été bien décrite⁶. La chambre sociale de la Cour de cassation renonce à une quête classique de la subordination juridique au profit d'une analyse des rapports économiques qu'entretiennent des sociétés d'un même groupe. Et, sans surprise, c'est la société-mère, même située à l'étranger⁷, qui est la cible des salariés d'une filiale, singulièrement dans un contexte de liquidation judiciaire de cette dernière. Habile, car, en retenant la qualité de co-employeur de la société mère, la chambre sociale de la Cour de cassation « simule la personnalité juridique en reproduisant certains effets choisis, sans que le juge ait à franchir le Rubicon, c'est-à-dire déclarer que le groupe est une personne morale au regard du droit du travail »⁸.

3.- C'est peu dire que cette jurisprudence est discutable et discutée. Nous voilà maintenant avec deux notions de co-employeur, car, lorsque la revendication s'exprime en dehors d'un groupe, c'est la recherche classique de la subordination juridique qui est retenue⁹. Il faudra nous expliquer la nécessité du caractère « fonctionnel »¹⁰ du concept de co-employeur, car le prix à payer n'est pas mince. Dans un

* Paul-Henri Antonmattéi est professeur à l'Université Montpellier I, doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique, avocat associé chez Barthélémy Avocats.

1 - G. Loiseau, Coemploi et groupes de sociétés, JCP S, 2011, 1528, spéc. n° 1.

2 - G. Loiseau, Coemploi et groupes de sociétés, JCP S, 2011, 1528, spéc. n° 1.

3 - V. not., Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 09-69.199, Sem. Soc. Lamy, n° 1476, p. 6.- JCP S, 2011, 1065, note P. Morvan, Revue des contrats 2011/3, 901-905, note Ch. Neau-Leduc ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.021 ; Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964, JSL, 2012, n° 364, p. 10, note M. Hautefort.

4 - Pour reprendre l'expression de P. Morvan (Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom) entre employeur et coemployeur, JCP S, 2010, 1407, spéc. n° 11).

5 - Dans sa thèse sur « l'employeur », I. Vacarie écrivait déjà : « en l'état actuel de la jurisprudence, un groupe de sociétés est ainsi assimilé à une seule entreprise lorsque ses sociétés, bien qu'existant réellement, se confondent, la confusion pouvant se manifester tant au niveau de leur direction, que de leur activité ou de leur gestion » (I. Vacarie, L'employeur, Bibl. Droit du travail et de la sécurité sociale, VI, Sirey, 1979, n° 152).

6 - V. not. E. Peskine, Réseaux d'entreprises et droit du travail, Bibl. dr. social, Tome 45, 2008, LGDJ, préf. A. Lyon-Caen, n° 200 et s.- G. Auzero, Les co-employeurs, in Les concepts émergents du droit des affaires, LGDJ, 2010, p. 43 et s. ; P. Morvan, Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom) entre employeur et coemployeur, art.cit.- P.-H. d'Ornano, Le co-employeur, JCP S, 2010, n° 1533. V. H. Tissandier, Sociétés à structure complexe et droit du travail, RJS 4/10, p. 251.

7 - V. not. Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964.

8 - P. Morvan, obs. préc.

9 - V. Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-67.496.

10 - A. Mazeaud, Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés, Aspects de droit du travail, Dr. soc. 2010, 738, n° 22.

même contrat de travail¹¹, la qualité de co-employeur est acquise différemment : la filiale par la subordination juridique, la société-mère par le critère de « *la triple confusion* »¹² ! En privilégiant une approche économique du co-employeur, on n'est pas loin, par contagion, de rouvrir le débat sur la subordination économique comme critère du contrat de travail. Autre risque : si, pour l'heure, cette construction est « *un montage explicatif et curatif, non une formule de contrat* »¹³, conduisant maintenant la Cour de cassation à apprécier différemment le motif de cessation d'activité d'une entreprise membre d'un groupe¹⁴, rien n'empêche un salarié de solliciter activement le lien d'emploi avec la société mère pourvue de la qualité de co-employeur. On imagine, sans peine, le séisme social et juridique au sein des groupes.

4.- Mais le risque le plus fort concerne, en amont, le critère même de la triple confusion. Faute de plus amples précisions, le juge, par une application permissive du mot confusion, peut facilement retenir la qualité de co-employeur d'une société mère, car, par nature, dans un groupe, il y a bien une certaine unité de direction, des intérêts communs et des activités souvent identiques. Le risque n'est-il pas le même pour l'unité économique et sociale même si, pour l'heure, la digue résiste¹⁵. La réalisation d'un tel scénario pour le groupe ou l'UES conduirait à une négation inacceptable de l'autonomie juridique des personnes morales qui composent le groupe.

Certains tenteront d'apaiser ces craintes en relevant, dans les affaires traitées, une très forte immixtion de la société-mère sur la filiale, au point de douter de la réalité de la personnalité morale de cette dernière. Autant solliciter alors la fictivité de la personnalité morale. Mais cette jurisprudence ne se situe pas sur cette longueur d'onde : « *Les conditions très strictes exigées par*

la jurisprudence pour conclure à la fictivité de la personne morale sont sans commune mesure avec celles qui sont requises pour décider de la confusion des intérêts, des activités et de la direction en matière sociale »¹⁶.

5.- On ne peut donc s'empêcher de s'interroger sur la finalité de cette construction jurisprudentielle, au-delà du constat que cette conception économique du co-employeur est « *un marchepied qui permet d'accéder à la société mère* »¹⁷.

S'agit-il d'atteindre aveuglément toutes les sociétés mères ? Infondée et dangereuse, cette jurisprudence doit être alors rapidement écartée. Faisons crédit à la chambre sociale de la Cour de cassation de ne pas poursuivre cet objectif.

S'agit-il de sanctionner seulement des sociétés mères qui instrumentalisent le droit des procédures collectives en décidant, sans risque, la mort d'une filiale ? L'objectif est évidemment louable. Mais faut-il alors compenser « *la défaillance du droit commercial* »¹⁸, par une manipulation du droit du travail ? A court terme, un élémentaire sentiment de justice légitime cette réponse sociale. Faute d'être suffisamment cantonnée à ces situations inacceptables¹⁹, le maintien de cette jurisprudence « macédonienne » est cependant trop risqué. Il ne faut pas renoncer à une modification du droit commercial plus apte naturellement à atteindre la société mère.

S'agit-il aussi d'éviter un montage sociétaire protégeant la société mère par la création d'une filiale de « paille » ? Inutile alors, pour détruire légitimement ce paravent, d'abandonner la subordination juridique comme unique critère du co-emploi. Par analogie avec la jurisprudence sur l'UES, la seule analyse des rapports entre sociétés est certes séduisante. Mais il faut renoncer à cette facilité, car la finalité de la démarche n'est pas la même. On a justement rappelé que « *la Cour de cassation a marqué sa volonté de maintenir l'UES dans le*

11 - En cas de co-emploi, il n'y a qu'un contrat de travail. V. G. Auzero, art. cit. spec. n° 11.

12 - Selon l'expression de P. Morvan, art. cit. spéc. n° 11.

13 - A. Mazeaud, art. cit., spéc. n° 21.

14 - « *lorsque le salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut 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 elles relèvent* » (Cass. soc., 18 janv. 2011, préc.).

15 - V. G. Auzero, art. cit., n° 15 et s.

16 - G. Auzero, n° 14.

17 - A. Mazeaud, art. cit., n° 22.

18 - P. Morvan, Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp), Entre employeur et co-employeurs, art.cit. spéc. n° 2.

19 - V. not. L'affaire Metaleurop (V. P. Morvan, art. cit. spec. n° 1).

cadre de la seule représentation du personnel »²⁰. Ce n'est pas suffisant pour accéder au co-emploi qui implique un lien juridique d'une autre intensité.

6.- On peut parfaitement comprendre que la confusion d'intérêts, d'activités et de direction permette plus facilement de démontrer que le pouvoir exercé par la filiale, dans le cadre de la subordination juridique, trouve, en fait, sa source dans la seule action de la société mère. Mais il faut rester sur la même analyse du pouvoir qui irrigue la définition de la subordination juridique. C'est une quête du pouvoir réellement exercé. On ne renonce pas ainsi à la subordination juridique. On la révèle par la seule recherche du détenteur du pouvoir, car la constatation du lien de subordination juridique avec le salarié est assurée, formellement, par le contrat conclu avec la filiale.

Si l'exercice du pouvoir est ainsi reconnu à la société mère parce que la triple confusion rend fictive l'action de la filiale, alors on a bien identifié le véritable employeur²¹. Ce critère doit donc permettre seulement de vérifier la réalité du pouvoir exercé. Est-ce le cas ? Tout dépend de la façon dont cette confusion est constatée. Si c'est une analyse purement économique des relations entre sociétés qui permet de conclure à la triple confusion, il n'y a pas de certitude sur l'existence d'une subordination juridique entre les salariés d'une filiale et la société mère. C'est en cela que ce critère est dangereux.

Si, en revanche, on déduit la triple confusion d'indices vérifiant l'immixtion de la société mère (via des représentants) dans la gestion sociale de la filiale, on s'assure vraiment de l'existence du pouvoir de la société mère sur les salariés de la filiale. C'est une analyse sociale du pouvoir entre sociétés qui doit primer. Ce n'est pas alors la confusion d'intérêts, d'activités et de direction qui exprime le mieux une telle situation : c'est une confusion dans la gestion sociale qui fonde la qualité de co-employeur de la société mère. Et cette dernière ne doit pas se manifester seulement lors de la cessation d'activité de la filiale.

20 - L. Pecaut-Rivolier, L'UES a franchi le gué, *Sem. Soc. Lamy*, 20 déc. 2010, n° 1472, p. 6.

21 - On pourrait même discuter de l'existence d'un co-emploi tant l'exercice du pouvoir par la filiale est alors fictif. Concession faite sans doute au droit des sociétés, on admet néanmoins cette figure et ce d'autant plus que le contrat de travail a déjà été exécuté au bénéfice de la filiale.

7.- La jurisprudence n'est pas insensible à cette analyse²² : « qu'elle (la cour d'appel) a pu en déduire qu'il existait ainsi, entre la société MIC et la société Jungheinrich une confusion d'activités, d'intérêts et de direction conduisant cette dernière à s'immiscer directement dans la gestion de la société MIC et dans la direction de son personnel ». L'immixtion est plus nettement affirmée dans un arrêt *Metaleurop* : « la cour d'appel a pu en déduire qu'il existait une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés, se manifestant notamment par une immixtion dans la gestion du personnel de la filiale et qu'en conséquence la société *Metaleurop* était co-employeur du personnel de sa filiale »²³. Mais le lien avec la subordination juridique n'est pas fait. Pire, la chambre sociale affirme encore qu'il n'est pas « nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la société *Metaleurop Nord* à l'égard de la société mère »²⁴. Il y a encore du chemin à parcourir pour dissiper toute crainte d'une extension incontrôlée de la notion de co-employeur au sein des groupes même si ces dernières décisions sont plus rassurantes²⁵.

Ce nouvel avatar pour les groupes révèle, s'il en était encore besoin, que le débat sur l'entreprise en droit du travail n'est pas clos. Il illustre surtout une construction toujours aussi chaotique d'un droit social des groupes²⁶. Cette faiblesse, qui n'est plus vraiment justifiable, n'honore pas notre système juridique.

22 - V. notre article, Groupe de sociétés et co-employeur : la menace se confirme ! in *Sem. Soc. Lamy*, n° 1484, 31 mars 2011, p. 12.

23 - Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278 et s., inédit.

24 - Cass. soc., 28 sept. 2011, préc.

25 - *Adde*, Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.201, RTD, 2011, p. 634, note G. Auzero.

26 - V. Groupes de sociétés et droit du travail in *Dr. soc.* 2010, p. 735 et spéc. B. Teyssie, Les groupes de sociétés et le droit du travail, p. 735.