

La Cour de cassation doit abandonner le critère de la confusion d'intérêts, d'activités et de direction, qui fonde la qualité de co-employeur, au profit d'une analyse sociale du pouvoir de la société mère sur les salariés de la filiale.

## Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme !

Paul-Henri Antonmattei, Professeur à l'Université de Montpellier I, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique, Avocat associé, Barthélémy Avocats

C'est devenu la bête noire des groupes. Pas une formation ou un colloque sans qu'un responsable de ressources humaines n'interroge l'intervenant sur la menace que représente la notion de co-employeur pour la société mère d'un groupe. Crainte fondée ou fantasme ? À la lecture d'un arrêt en date du 18 janvier 2011 (*Cass. soc.*, 18 janv. 2011, n° 09-69.199; rapport P. Bailly, *Semaine sociale Lamy* n° 1476, p. 6; *JCP S* 2011, p. 1065, note P. Morvan), la crainte s'intensifie : 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 filiale. Ce critère de la « triple confusion » pour reprendre l'expression de P. Morvan (« *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom) entre employeur et co-employeurs* », *JCP S*, 2010, 1407, spéc. n° 11) est loin d'être nouveau<sup>1</sup>. Mais, arrêt après arrêt, il prend de la consistance, alimente revendications, contentieux, et crée ainsi un mouvement de panique au sein des groupes.

### LA CONCEPTION ÉCONOMIQUE DU CO-EMPLOYEUR

#### ► Deux notions de co-employeur

Cette construction jurisprudentielle a déjà été bien décrite<sup>2</sup>. 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 qui est la cible des salariés d'une filiale singulièrement dans un contexte de cessation d'activité 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 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* » (P. Morvan, *obs. précit.*).

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 retenue (*Cass. soc.*, 30 juin 2010, n° 09-67.496). Il faudra nous expliquer la nécessité du caractère « fonctionnel »<sup>3</sup> du concept de co-employeur car le prix à payer n'est pas mince. Dans un même contrat de travail<sup>4</sup>, la qualité de co-employeur est acquise différemment : la filiale par la subordination juridique, la société mère par le critère de « la triple confusion » (selon l'expression de P. Morvan, *art. précit.*, spéc. n° 11) !

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 » (A. Mazeaud, *art. précit.*, spéc. n° 21), conduisant maintenant la Cour de cassation à apprécier différemment le motif de cessation d'activité d'une entreprise membre d'un groupe<sup>5</sup>, 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.

#### ► Le critère de la triple confusion

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 résiste (*v. G. Auzero, art. précit.*, n° 15 et s.) ? 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* » (G. Auzero, *art. précit.* n° 14).

#### ► Les finalités de cette construction jurisprudentielle

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 » (A. Mazeaud, *art. précit.*, n° 22).

• 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 »<sup>6</sup> par une manipulation du droit du travail? À court terme, un élémentaire sentiment de justice légitime cette réponse sociale. Mais, faute d'être suffisamment cantonnée à ces situations inacceptables (*v. not.* « L'affaire Metaleurop », P. Morvan, *art. précit. spéc. n° 1*), le maintien de cette jurisprudence « macédonienne » est 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, de renoncer à 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 cadre de la seule représentation du personnel » (L. Pécaut-Rivolier, « L'UES a franchi le gué », *Semaine sociale Lamy*, n° 1472, p. 6). Ce n'est pas suffisant pour accéder au co-emploi qui implique un lien juridique d'une autre intensité.

Au mieux, la confusion d'intérêts, d'activités et de direction peut faciliter la quête de la subordination juridique : elle ne peut la remplacer. C'est du reste le sens de certaines décisions de la chambre sociale de la Cour de cassa-

tion<sup>7</sup>. Dommage que l'arrêt du 18 janvier 2011 écarte toute référence à la subordination juridique<sup>8</sup> donnant ainsi le sentiment d'un abandon coupable de ce critère.

## LE CRITÈRE DE LA SEULE CONFUSION SOCIALE

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 employeur<sup>9</sup>. 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.

Cette analyse n'est pas totalement étrangère à la jurisprudence. Dans l'arrêt du 18 janvier 2011, les juges du fond avaient bien relevé qu'il existait une gestion commune du personnel de la filiale sous l'autorité de la société mère. Mais cet élément, qui n'est pas plus expliqué, est mélangé avec d'autres de nature beaucoup plus économique. Ce n'est pas suffisant pour que la triple confusion qui en résulte confère *ipso facto* la qualité de co-employeur à la société mère. Invitons donc la chambre sociale de la Cour de cassation à abandonner ce critère de la triple confusion au profit d'une seule confusion sociale qui permet de vérifier que le pouvoir inhérent à la subordination juridique exercé formellement par une filiale l'est, en réalité, par la société mère. La menace s'éloignera alors car une telle relation au sein d'un groupe est marginale.

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 groupes<sup>10</sup>. Cette faiblesse n'est plus vraiment justifiable : elle n'honore pas notre système juridique. Cédons à la mode des Grenelles pour appeler à un Grenelle du droit des groupes! ■

1. 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).

2. *V. not.* E. Peskine, « Réseaux d'entreprises et droit du travail », *Bibl. Droit 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 co-employeur », *art. précit.* P.-H. D'ornano, « Le co-employeur », *JCPS*, 2010, n° 1533; H. Tissandier, « Sociétés à structure complexe et droit du travail », *RJS* 4/10, p. 251.

3. A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.* 2010, p. 738, n° 22.

4. En cas de co-emploi, il n'y a qu'un contrat de travail. V. G. Auzero, *art. précit. spéc. n° 11*.

5. « 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, *précit.*).

6. P. Morvan, « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocom). Entre employeur et co-employeurs », *art. précit. spéc. n° 2*.

7. *V. not.* *Cass. soc.*, 28 sept. 2010, n° 09-41.243, *JCPS* 2010, p. 1518, note S. Brissy : « Mais attendu que la cour d'appel qui, se fondant sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan de redressement a retenu d'une part que la société Briffaz n'était qu'un simple établissement de la société LC Maître, sans réelle autonomie financière et de gestion, et qu'il existait entre elles une confusion totale d'activité, d'intérêts et de direction, d'autre part que le seul cadre à l'effectif de la société Briffaz, sous l'autorité duquel se trouvaient les salariés, recevait ses ordres de la société LC Maître et les transmettait directement à ses chefs d'équipe, qu'il n'avait aucun pouvoir pour leur donner directement des instructions et que toute la gestion du personnel était faite par la société LC Maître, ce dont il se déduisait que cette société avait un pouvoir de direction et de contrôle sur l'ensemble des salariés de la société Briffaz et qu'ils étaient à son égard en état de subordination, a légalement justifié sa décision. »

8. « qu'elle [la cour d'appel] a pu en déduire qu'il existait entre la société JFH et la société MIC une confusion d'intérêts, d'activités et de direction et qu'en conséquence la société JFH avait la qualité de coemployeur à l'égard du personnel de la société MIC. »

9. 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.

10. V. « Groupes de sociétés et droit du travail » in *Dr. soc.* 2010, p. 735 et *spéc.* B. Teysse, « Les groupes de sociétés et le droit du travail », p. 735.