

Chronique de droit des sociétés

II : Fonctionnement des sociétés

C : Salariés

⇒ Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-26.140, publié : *JCP S* 2020, 3010, note L. FIN-LANGER ; *BJT* 2020, n° 9, p. 24, note G. DUCHANGE.

Une société est placée en liquidation judiciaire. À la suite de son licenciement, une salariée saisit la juridiction prud'homale afin de faire juger que le licenciement notifié par le liquidateur est sans cause réelle et sérieuse en raison d'une faute ou de la légèreté blâmable de l'employeur liée au défaut de déclaration de l'état de cessation des paiements et un détournement d'actifs¹. La faute ou la légèreté blâmable de l'employeur pour remettre en cause le bien-fondé du licenciement est un argument classique et étroit lorsque l'entreprise est *in bonis*, mais est en principe exclu lorsque l'entreprise est en procédure collective.

La salariée emprunte tout de même cette voie : elle conteste la cause économique de son licenciement sur le fondement de la faute ou de la légèreté blâmable, et ce alors même que l'entreprise en liquidation judiciaire est vouée à disparaître. Une décision antérieure et non publiée de la Cour de cassation l'avait implicitement admis². Dans un attendu de principe, la Haute juridiction décide que « *le fait que la cessation d'activité de l'entreprise résulte de sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié de la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse* » (1). Ainsi, elle consacre explicitement la possibilité de contester des licenciements économiques notifiés à la suite d'une liquidation judiciaire. Pourtant, le pourvoi de la salariée est rejeté en l'espèce, car les faits reprochés au dirigeant « *n'étaient pas à l'origine de la liquidation judiciaire* ». La caractérisation de la faute ou de la légèreté blâmable de la société-employeur à l'origine du licenciement pour motif économique nécessite de prendre en compte le comportement des acteurs qui incarnent la personne morale, en l'occurrence le dirigeant, voire l'associé majoritaire (2).

1. Ni la cessation d'activité, ni la liquidation judiciaire qui s'en suit n'entraînent, en elle-même, rupture du contrat de travail³. Lorsque la liquidation judiciaire est prononcée, les licenciements paraissent pourtant inéluctables. En effet, une telle procédure est « *ouverte à tout débiteur [...] en cessation des paiements et dont le redressement est impossible* » et elle est notamment « *destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise* »⁴. Il revient alors au liquidateur de prononcer les licenciements « *en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation* »⁵. Selon nous, le jugement prononçant la liquidation judiciaire ne

¹ Plus précisément, le détournement d'actif a été reconnu par le tribunal de la procédure qui a condamné le gérant de la société pour insuffisance d'actif.

² Cass. soc., 6 mars 2019, n° 17-31.149, inédit : *Gaz. Pal.*, 9 juillet 2019, p. 70, note Ch. Gaihaud.

³ Cass. soc., 19 octobre 2010, n° 09-41.485, inédit.

⁴ C. com., art. L. 640-1.

⁵ C. com., art. L. 641-4, al. 4.

caractérise pas *ipso facto* une cause réelle et sérieuse de licenciement. Tout au plus, ce jugement peut caractériser un motif économique, distinct de la cause du licenciement.

La liquidation judiciaire entraîne une cessation d'activité, laquelle est un des quatre motifs économiques légalement consacrés⁶. Plus précisément, la cessation d'activité est un motif de licenciement dit autonome : le juge prud'homal n'a pas *en principe* à contrôler l'origine de la cessation d'activité (nous soulignons). Là est la consécration de la liberté d'entreprendre, ou plus précisément celle de ne plus entreprendre. Encore faut-il préciser que lorsque le tribunal autorise un maintien provisoire de l'activité de l'entreprise placée en liquidation judiciaire, le motif économique de la cessation d'activité est en quelque sorte suspendu jusqu'à l'expiration du maintien de l'activité. Dans ce laps de temps où l'activité est maintenue, le liquidateur ne peut plus prononcer des licenciements en application de la décision de liquidation judiciaire, mais uniquement à la condition propre à la période d'observation du redressement judiciaire, c'est-à-dire après autorisation par le juge-commissaire⁷. Autrement dit, si un motif économique (la cessation d'activité) découle de la décision d'ouverture de la liquidation judiciaire (sans maintien d'activité provisoire), cela ne signifie pas pour autant qu'est caractérisée une cause réelle et sérieuse de licenciement.

On l'a dit, le juge prud'homal n'a pas à contrôler la cessation d'activité, sauf faute ou légèreté blâmable de l'employeur. Ce n'est pas tant l'existence du motif économique qui est ici contestée, mais son origine. Si la cessation d'activité résulte d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Le motif économique (la cessation d'activité) constaté par la décision d'ouverture d'une liquidation judiciaire se distingue ainsi de la cause du licenciement. C'est la raison pour laquelle la décision prud'homale n'entrera pas en contrariété avec la décision du tribunal de la procédure⁸. Le contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement va au-delà de la « simple » constatation de la cessation d'activité. Concrètement, les juges prud'homaux peuvent contrôler que le liquidateur a bien rempli son obligation de reclassement⁹, ou pour ce qui nous intéresse, que l'employeur n'a pas commis de faute ou de légèreté blâmable à l'origine de la cessation d'activité. La question est de savoir ce que recouvre cette faute ou cette légèreté.

2. L'employeur étant une société, le contrôle de sa faute ou de sa légèreté blâmable nécessite de se tourner vers les acteurs qui incarnent la personne morale, en l'occurrence le dirigeant et l'associé. Avant de caractériser une telle faute ou légèreté, il faut préciser que si le juge prud'homal appréhende le comportement de ces deux acteurs du droit des sociétés, la

⁶ C. trav., art. L. 1233-3. Les trois autres motifs économiques sont les difficultés économiques, les mutations technologiques et la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

⁷ C. com., art. L. 641-10, al. 3.

⁸ « Le jugement de liquidation n'est pas, à proprement parler, une autorisation judiciaire de licencier, à l'instar d'une ordonnance du juge-commissaire rendue au cours de la période d'observation ou du jugement qui arrête un plan de redressement ou de cession. En conséquence, l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement de la liquidation ne constitue pas, en droit, une fin de non-recevoir à la saisine par les salariés congédiés du conseil de prud'hommes, qui demeure libre d'examiner la régularité et le bien-fondé de leur licenciement (même si l'existence d'un motif économique est, en fait, quasi certaine) » : P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 2020, 5^{ème} éd., spéc. n° 1533.

⁹ Cass. soc., 15 octobre 2010, n° 09-42.795, inédit.

violation des règles du licenciement et leur indemnisation reste imputée « sur la tête » de l'employeur¹⁰.

S'agissant du comportement du dirigeant, des erreurs de gestion ne suffisent pas à caractériser la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur¹¹. Prendre des risques n'est pas condamnable en soit. En revanche, une gestion imprudente peut conduire à la caractérisation d'une telle faute ou légèreté¹². Pour reprendre les propos d'un auteur, « on a le droit de se tromper, mais pas de faire n'importe quoi ! »¹³. En l'espèce, le détournement d'actif de la part du gérant caractérisait assurément une « faute de gestion de l'employeur ». Pour autant, ce détournement d'actif était postérieur à l'ouverture de la liquidation judiciaire et n'était par conséquent pas à l'origine de la cessation d'activité. Il est donc nécessaire de caractériser un lien de causalité entre la faute ou la légèreté blâmable et le motif économique.

L'application de la faute et de la légèreté blâmable dans les groupes de sociétés a permis d'appréhender indirectement les raisons de la cessation d'activité d'une filiale décidée par sa société mère. Concrètement, le juge prud'homal tiendra compte des raisons qui ont conduit l'associé majoritaire à dissoudre la société¹⁴, ou bien à distribuer des dividendes¹⁵, pour pouvoir caractériser la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur. Demain, les salariés d'une filiale en liquidation judiciaire pourront invoquer l'utilisation fautive d'une prérogative de la société mère pour remettre en cause la validité de leur licenciement.

In fine, cet arrêt ouvre la voie aux salariés pour contester la cause économique d'une société en liquidation judiciaire. Cette contestation passe par l'appréhension du comportement de deux acteurs du droit des sociétés : aujourd'hui, celui du dirigeant ; peut-être demain, celui de l'associé majoritaire.

IV : Groupes de sociétés

B : Gestion du groupe

- *Gestion du personnel*

⇒ Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-26.566, inédit ; 8 juillet 2020, pourvoi n° 19-12.578, inédit.

Dans deux arrêts rendus le même jour, la chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le groupe de reclassement en matière d'inaptitudes non-

¹⁰ L'AGS prend le relai lorsque l'employeur est placé en liquidation judiciaire.

¹¹ Cass. soc., 6 avril 2016, n° 14-26.019, publié.

¹² Cass. soc., 14 mars 2012, n° 10-28.413, inédit ; 1^{er} février 2011, n° 09-71.491, inédit : une association avait décidé de réduire de moitié la demande de subvention dont dépendait sa pérennité.

¹³ A. FABRE, « De la faute retrouvée dans la contestation des suppressions d'emplois », *RDT* 2018, p. 570.

¹⁴ Cass. soc., 1^{er} février 2011, n° 10-30.045, publié, *Goodyear Dunlop* : la décision de fermeture de la filiale a été prise non pas pour sauvegarder la compétitivité du groupe, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans la filiale.

¹⁵ Cass. soc., 24 mai 2018, n° 17-12.560, publié : la *holding* employeur ne pouvait pas invoquer de motif économique dans la mesure où son « vampirisme » financier avait conduit à la disparition de ses filiales et par conséquent celle de son propre objet social.

professionnelle¹⁶ et professionnelle¹⁷. En réalité, peu importe l'origine de l'inaptitude car la notion de groupe de reclassement reste la même. Les faits sont similaires : deux salariés sont déclarés inaptes à leur poste par le médecin du travail à l'issue de deux examens, puis licenciés pour inaptitude et impossibilité de les reclasser. Ces deux arrêts ont été rendus au visa des articles relatifs aux inaptitudes dans leur rédaction antérieure à la modification issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016¹⁸ (1). La solution n'est plus la même depuis la modification du groupe de reclassement par les ordonnances dites *Macron*(2).

1. Dans les deux arrêts, la Cour de cassation rappelle que « *la recherche de reclassement doit s'apprécier au sein de l'entreprise et, le cas échéant, à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* ». Le groupe de reclassement est originellement une notion autonome du droit du travail reposant essentiellement sur une aire de permutabilité des travailleurs. Concrètement, la permutabilité peut être déduite d'une identité de dirigeant et d'une production commune entre sociétés, d'une antériorité des échanges de personnel et de l'existence d'une clause contractuelle de mobilité entre sociétés, d'une présentation commune vis-à-vis des tiers, etc. Cette conception autonome a ainsi permis au groupe de reclassement de s'étendre au sein des organisations sociétaires (groupes de sociétés) et contractuelles (réseaux d'entreprises et franchises). Une dernière précision : le périmètre d'appréciation de l'obligation de reclassement (le groupe de reclassement) est à distinguer de son imputation, dont l'unique débiteur est l'employeur (et pas les autres entités juridiques de l'organisation sociétaire ou contractuelle).

Dans le premier arrêt (n° 18-26.566), les juges du fond ont refusé de reconnaître l'existence d'un groupe de reclassement, car le président avait racheté la société employeur l'extirpant ainsi de son ancien groupe de sociétés. Le périmètre de reclassement se limitait à la personne morale et à ses propres établissements. La Cour de cassation censure ce raisonnement : peu importe le rachat de la société par son président, ce qui prévaut est l'existence de « *possibilités de permutation de tout ou partie du personnel* ». Pour le dire autrement, peu importe l'existence de lien capitalistique entre la société employeur et les autres sociétés du groupe, seule compte la permutabilité entre les sociétés.

Dans le second arrêt (n° 19-12.578) , pour dire que l'employeur a respecté son obligation de reclassement, les juges du fond ont retenu que l'appartenance à un réseau d'approvisionnement auprès de centrales d'achats n'était pas suffisante pour caractériser un périmètre de reclassement, que les magasins étaient des entités juridiques autonomes, et que chaque magasin étant la propriété de l'exploitant, aucun lien entre ces entités ne permettait une permutation du personnel. La Cour de cassation censure à nouveau ce raisonnement : l'impossibilité de permutation ne peut pas être déduite de l'absence de lien juridique entre des entités autonomes. La solution ne serait plus la même aujourd'hui.

2. Les ordonnances n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 ont mis un terme à l'autonomie du groupe de reclassement, dans la mesure où les

¹⁶ C. trav., art. L. 1226-2.

¹⁷ C. trav., art. L. 1226-10.

¹⁸ Cette loi a profondément modifié le régime de l'inaptitude, sans pour autant modifier le groupe de reclassement.

articles L. 1226-2 (al. 2) et L. 1226-10 (al. 4) du code du travail disposent que « *pour l'application du présent article la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise dominante et les entreprises qu'elles contrôlent dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce* ». Tout en conservant une partie de son autonomie (grâce à la permutabilité toujours en vigueur), l'aire de reclassement est circonscrite par la notion de groupe au sens du droit des sociétés. En renvoyant au code de commerce, les organisations contractuelles (réseaux d'entreprises et franchises) seraient en revanche quant à elles exclues du groupe de reclassement.

Avec d'autres auteurs¹⁹, nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, le renvoi à l'article L. 233-16 du code de commerce relatif aux comptes consolidés pourrait permettre de maintenir l'application du groupe de reclassement au sein des organisations contractuelles. Selon le 3° de l'article L. 233-16, le contrôle exclusif par une société résulte « *du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires* » (nous soulignons). Le renvoi au 3° de l'article L. 233-16 permettrait de rétablir l'autonomie du périmètre du groupe de reclassement à l'égard des organisations contractuelles.

¹⁹ V. not. G. AUZERO, « À la recherche des moyens du groupe », *RJS* 3/17, p. 187, spéc. p. 188 ; G. COUTURIER, « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018, p. 17.