

Études et doctrine

CHRONIQUE

Coemploi et responsabilité

PIERRE BAILLY, Doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation
SÉBASTIEN RANC, Maître de conférences à l'Université de Toulouse 1 Capitole

1. Les deux arrêts que la chambre sociale a rendus le 25 novembre 2020, en formation plénière, sur les pourvois n° 18-13.769 et 18-13.771, offrent l'occasion de s'interroger sur l'état actuel du coemploi, dont la mort avait été annoncée (1) ou désirée (2), et sur les autres moyens dont disposent des salariés licenciés pour motif économique, lorsqu'ils entendent imputer la perte de leur emploi à un comportement fautif de leur employeur ou d'un tiers. Cette interrogation est d'autant plus nécessaire que depuis une dizaine d'années des évolutions se sont produites dans l'approche de la chambre sociale, qui ont donné lieu à de nombreux commentaires doctrinaux (3). La note explicative diffusée sur le site public de la Cour de cassation rappelle en partie les étapes de cette évolution. Institution décriée par une partie de la doctrine parce qu'elle mettrait en péril les principes qui s'attachent à la personnalité morale et, particulièrement, la séparation et l'autonomie des patrimoines, elle a été victime d'un succès d'estime excessif de la part de certains salariés, au point que des ajustements sont apparus nécessaires pour en marquer les limites. Mais alors que, dans la première affaire, l'Avocat général invitait la chambre sociale à l'abandonner, par un « retour aux sources » fondé sur le seul critère de la subordination et sur le régime de la responsabilité civile délictuelle, le coemploi est toujours là, même s'il a perdu de sa vigueur. Il s'agira donc d'analyser les évolutions qu'il a connues et leurs raisons (II), puis, d'évoquer, notamment à partir du second arrêt, les autres actions qui sont ouvertes aux salariés licenciés lorsqu'ils entendent dénoncer des manquements ayant contribué à la perte de leur emploi (II).

I. Le déclin du coemploi

2. En l'espace de dix années, la jurisprudence de la chambre sociale sur le coemploi a connu une consécration certaine (A), avant d'enregistrer un recul qui aboutit aux deux arrêts du 25 novembre 2020 (B).

A. Flux

3. Le coemploi est venu combler un vide. Les salariés subissant un licenciement pour motif économique n'avaient qu'un espace limité pour contester sa cause, spécialement lorsque la rupture de leur contrat s'inscrivait dans le cadre d'une procédure collective (4), le règlement d'éventuelles créances indemnitaires étant au surplus soumis aux conditions et limites de la garantie de l'AGS (5). La recherche d'un tiers responsable de la déconfiture de l'entreprise par suite des décisions imposées à l'employeur pouvait ouvrir un espace de contestation plus étendu. L'essor rapide du coemploi dans les dix dernières années était aussi le reflet d'évolutions dans le fonctionnement des groupes d'entreprises se traduisant parfois par la supervision excessive de sociétés dont l'écran de la personnalité cache mal la puissance de sociétés mères imposant leur volonté à des filiales disposant d'une autonomie toute relative. D'où la volonté de ceux qui avaient perdu leur emploi par suite de décisions dommageables prises hors de l'entreprise d'atteindre les véritables responsables de leur situation.

4. La situation de coemploi la plus évidente à appréhender est celle dans laquelle un salarié est placé dans un état de subordination envers plusieurs personnes distinctes, telles les vendeuses démonstratrices exerçant leur activité au sein d'un grand magasin (6) ou la directrice adjointe d'un établissement hôtelier franchisé, qui justifie d'un état de subordination à l'égard du franchiseur, bien que son contrat de travail ait été conclu avec le franchisé (7). Il en va de même lorsque deux sociétés distinctes exercent en fait une autorité commune sur un même salarié (8). Car les éléments constitutifs d'une subordination, caractéristique du contrat de travail, peuvent exister à l'égard d'employeurs distincts. Au-delà de cette situation assez simple, la chambre sociale a été conduite à prendre en compte d'autres circonstances, tenant à l'existence d'actions concurrentes ou croisées d'entités distinctes qui ne permettent plus d'identifier un unique employeur. À la notion de « confusion de fait » (9) a succédé

(1) G. Loiseau, « Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle » : JCP S 2014 n° 1311 ; « Le coemploi mort ou vif » : JCP S 2016 n° 1317.

(2) Y. Pagnerre, « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail » : JCP S 2011 n° 1423.

(3) Voir not. G. Auzero, « Les effets avérés et à venir du coemploi » : JCP S 2013 n° 1440 ; G. Auzero, « La nature juridique du coemploi » : Semaine sociale Lamy 2013 n° 1600 p. 8 ; G. Auzero, « Co-emploi, en finir avec les approximations » : RD trav. 2016 p. 27 ; P. Bailly, « Le coemploi : une situation exceptionnelle » : JCP S 2013 n° 1441 ; B. Reynes, « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi » : JCP S 2012 n° 1292 ; Y. Pagnerre, « Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel » : JCP S 2014 n° 1263 ; Y. Pagnerre, « De la fictivité comme critère du coemploi : certes mais pas que... » : RD trav. 2016 p. 175 ; G. Loiseau, « L'identification des effets du coemploi » : JCP S 2013 n° 1439 ; J.-F. Césaró, « Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique » : JCP S 2013 n° 1081 ; J.-F. Césaró, « Le coemploi » : RJS 1/13 p. 3 ; P. Morvan, « L'identification du coemployeur » :

JCP S 2013 n° 1438 ; M. Lafargue, « Au cœur des paradoxes, le coemploi » : JCP S 2018 n° 1253 ; S. Vernac, « L'employeur organisateur », in Groupes de sociétés et droit du travail : Dalloz 2019, coll. Thèmes et commentaires, p. 79.

(4) Cass. ass. plén. 24-1-2003 n° 00-41.741 P : RJS 4/03 n° 435 ; Cass. soc. 2-3-2004 n° 02-42.079 FS-PB : Bull. civ. V n° 66 ; Cass. soc. 5-10-2004 n° 02-42.111 F-PB : RJS 12/04 n° 1269, Bull. civ. V n° 244 (licenciement autorisé par ordonnance du juge-commissaire) ; Cass. soc. 10-5-1999 n° 96-44.647 PB : RJS 6/99 n° 804, Bull. civ. V n° 204 (licenciement en vertu d'un plan de cession).

(5) Cass. soc. 3-4-2002 n° 99-43.163 FP-P : RJS 6/02 n° 676 3^e espèce, Bull. civ. V n° 115 ; Cass. soc. n° 99-43.492 FP-P : RJS 6/02 n° 676 2^e espèce, Bull. civ. V n° 116 ; Cass. soc. 3-4-2002 n° 99-44.288 FP-P : RJS 6/02 n° 676 1^e espèce, Bull. civ. V n° 117.

(6) Cass. soc. 18-6-1996 n° 93-40.487 F-D.

(7) Cass. soc. 12-7-2005 n° 03-45.394 FS-PBRI : RJS 10/05 n° 941, Bull. civ. V

le critère plus précis de la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction, cette situation révélant que l'employeur pour le compte duquel est effectué le travail ne dispose pas d'une réelle autonomie (10).

5. Ce sont surtout les deux arrêts rendus en faveur des salariés d'une filiale française du groupe allemand *Jungheinrich*, contrainte par la société mère de cesser son activité, qui ont constitué l'application la plus forte et la plus controversée de la notion de coemploi (11). La particularité de ces deux procédures résidait dans le fait que, selon les constatations des juges d'appel, grâce au contrôle étroit qu'elles exerçaient sur une entreprise intégrée au groupe déployant une activité industrielle en Normandie (*MIC*), la société mère du groupe établie en Allemagne et une société *holding* du même groupe ayant son siège en France, avaient contraint cet employeur à céder à une autre filiale un service administratif et comptable implanté en région parisienne. Mais le personnel qui en dépendait ayant refusé ce changement d'employeur, dont il a été jugé qu'il ne relevait pas de l'article L 1224-1 du Code du travail, la société *MIC* avait été contrainte de cesser son activité. Il existait un ensemble d'éléments de fait propres à établir que, depuis son entrée dans le groupe *Jungheinrich*, la société *MIC* avait perdu toute autonomie de gestion, tant à l'égard de son personnel que dans la conduite de ses activités économiques. L'impossibilité de distinguer les intérêts, les activités et la direction de cette filiale et des sociétés du groupe qui la contrôlaient et s'étaient immiscées dans sa gestion caractérisait un état de confusion et, par là, une situation de coemploi. Le commentaire des deux arrêts au Rapport annuel de la Cour relevait à cet égard que l'appartenance des entreprises à un même groupe ne constituait pas le facteur déterminant d'un coemploi et que l'existence de plusieurs employeurs résultait ici de l'ingérence directe de sociétés du groupe dans la conduite de l'activité économique et sociale de la filiale et, par là, dans la direction de son personnel. Un parallèle était fait avec un autre arrêt contemporain, qui cassait la décision d'une cour d'appel ayant déduit l'existence d'un unique employeur d'une « imbrication étroite » entre deux organes de presse, à partir d'éléments qui ne suffisaient pas à démontrer une confusion d'intérêts, d'activités et de direction : appartenance à un même groupe, mêmes clients, mêmes interlocuteurs, proximité des dénominations et noms commerciaux (12).

6. À la même époque et dans les deux années qui ont suivi, d'autres arrêts ont exclu des situations de coemploi soit en rejetant des pourvois dirigés contre des décisions statuant en ce sens, soit en cassant des arrêts qui n'avaient pas caractérisé suffisamment le coemploi qu'ils retenaient. Il résulte ainsi de ces arrêts qu'un état de coemploi ne peut résulter de la seule

détention par une société mère de la totalité du capital de sa filiale et de son rôle essentiel dans la commercialisation des produits de cette dernière (13), qu'il en va de même pour l'exercice par la société mère d'un pouvoir de direction sur le dirigeant de sa filiale et de son refus de financer un plan de continuation (14), ou lorsque, d'une manière plus générale, aucune immixtion dans la gestion de la filiale ayant la qualité d'employeur n'est avérée (15). De même, une situation de coemploi, invoquée entre la société et son dirigeant, ne peut être déduite du seul fait que celui-ci a pris des décisions favorisant les intérêts d'une « nébuleuse » d'entreprises dont il maîtrisait totalement les activités, en l'absence de toute confusion détachable du mandat social, en comportement fautif et dommageable de ce dirigeant ne permettant pas de voir en lui un employeur conjoint (16).

7. Mais d'autres arrêts rendus en 2011 et 2012 ont approuvé des cours d'appel d'avoir retenu la qualité de coemployeur d'une autre société du groupe dont faisait partie l'employeur. Tel est le cas dans le contentieux auquel a donné lieu la liquidation de la société *Metaleurop*, devenue *Recylex*, à la suite de sa reprise par un groupe puis de l'ouverture d'une procédure collective. A été rejeté le pourvoi contre un arrêt qui avait fondé la caractérisation du coemploi sur un faisceau d'indices jugés probants : négociation d'un moratoire pour la filiale, gestion du recrutement et de la carrière des cadres employés par la filiale et subordonnés à la société mère, obligation pour eux de rendre des comptes régulièrement à cette dernière, attribution par elle de primes à l'encadrement de la filiale, tous ces éléments caractérisant par leur concours son immixtion dans la gestion de la filiale. Cette admission du coemploi était d'autant plus remarquable (et controversée...) que, par ailleurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait antérieurement cassé une décision ayant étendu à cette société mère la procédure collective ouverte à l'égard de la filiale, au motif que la confusion des patrimoines nécessaire à cette extension n'était pas établie (17), et que, par la suite, cette même chambre a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait jugé non fondée une action tendant au comblement d'une insuffisance d'actif, dirigée contre la société mère, parce que sa qualité de dirigeant de fait de la filiale n'était pas caractérisée. Les critères mis en œuvre dans le cadre de ces actions devant le juge de la procédure collective et celui qui conduit à reconnaître un état de coemploi ne sont certes pas identiques et obéissent à des logiques différentes, mais ces divergences d'appréciation pouvaient conduire à s'interroger sur le périmètre du coemploi. Outre cet arrêt, la chambre sociale a également approuvé une décision qui avait étendu à une société mère les effets de l'annulation d'autorisations de licenciement de salariés protégés employés par une filiale, après avoir constaté que

n° 244.

(8) Cass. soc. 22-1-1992 n° 87-44.284 PF : Bull. civ. V n° 23.

(9) Cass. soc. 15-6-1966 : Bull. civ. V n° 587.

(10) Cass. soc. 26-6-1997 n° 94-45.173 D et Cass. soc. 11-7-2000 n° 98-41.146 D, arrêts Bata ; Cass. soc. 1-6-2004 n° 02-41.176 F-D et Cass. soc. 1-6-2004 n° 02-41.776 : RJS 8-9/04 n° 880 (imbrication de sociétés exploitant des stations de radio) ; Cass. soc. 26-1-2006 n° 04-45.341 F-D ; Cass. soc. 8-11-2006 n° 04-43.887 F-D, Gesclub : RJS 1/07 n° 2 (exploitation d'un centre nautique par une filiale dépourvue d'autonomie) ; Cass. soc. 19-6-2007 n° 05-42.551 FS-PB, Aspocomp : RJS 10/07 n° 1105 (coemploi avec une société établie à l'étranger), Bull. civ. V n° 109.

(11) Cass. soc. 18-1-2011 n° 09-69.199 FS-PBR : RJS 3/11 n° 207, Bull. civ. V n° 23 : Rapport annuel 2011, spéc. p. 221, JCP S 2011 n° 1065 et Bull. Joly 2011 p. 215 notes P. Morvan, Gaz. Pal. 5-3-2011 p. 41 note B. Boublil, Rev. sociétés 2011 p. 154 note A. Couret, RD trav. 2011 p. 168 note F. Géa, Dr. soc. 2011 p. 372 note G. Couturier ; Cass. soc. 30-11-2011 n° 10-22.971 FS-PBR : RJS 2/12 n° 182, Bull. civ. V n° 284 (sur la compétence de la juridiction française

pour connaître de l'action dirigée contre la société mère dont le siège est en Allemagne, en sa qualité de coemployeur), Dr. soc. 2012 p. 140 note A. Devers, Bull. Joly 2012 p. 168 note G. Loiseau.

(12) Cass. soc. 6-7-2011 n° 09-69.689 F-PB : RJS 11/11 n° 910, Bull. civ. V n° 185.

(13) Cass. soc. 10-5-2013 n° 11-25.733 F-D : RJS 12/13 n° 819.

(14) Cass. soc. 25-9-2013 n° 12-14.353 FS-D, Fayat : RJS 12/13 n° 776 (en l'espèce, le liquidateur judiciaire agissait contre une société mère ayant selon lui la qualité de coemployeur pour qu'elle assure le financement d'un plan).

(15) Cass. soc. 5-2-2014 n° 12.29.703 F-D : RJS 4/14 n° 292 ; Cass. soc. 18-12-2013 n° 12-25.686 FS-PB, Sodimédical : RJS 3/14 n° 260 (pas d'apparence de confusion et d'immixtion pouvant fonder en référé la demande en paiement de provisions sur salaires à la société mère), Bull. civ. V n° 312.

(16) Cass. soc. 24-6-2014 n° 10-19.776 FS-PB, Grès occitan : RJS 10/14 n° 663, Bull. civ. V n° 152.

(17) Cass. com. 19-4-2005 n° 05-10.094 FS-PB : Bull. civ. IV n° 92.

celle-ci était en réalité dépourvue de toute autonomie financière et de gestion, que l'unique cadre de cette filiale recevait directement ses ordres de l'associé majoritaire, lequel assurait la gestion du personnel, placé sous la direction et le contrôle de ce nouvel actionnaire (18). C'est également la disparition de l'autonomie de gestion de la filiale qui a justifié le rejet du pourvoi dirigé contre une décision qui avait vu dans la société mère un coemployeur en relevant que celle-ci était la seule cliente de la filiale, qu'elle fixait le prix de ses produits, qu'elle partageait avec elle les produits, les matières, les services généraux, le matériel d'exploitation, les procédés de fabrication, qu'elle assurait la gestion financière, commerciale, technique, juridique de la filiale et qu'elle gérait directement son personnel (19).

8. Au fond, ce que révèle la confrontation de ces arrêts (20), c'est que l'élément déterminant du coemploi réside dans la perte d'autonomie de l'employeur en raison de sa soumission complète à une autre entité qui se substitue à lui dans la gestion économique et sociale de l'entreprise. Il est alors fait abstraction du voile de la personnalité morale derrière lequel se dissimule cette entité extérieure pour dicter des décisions à l'employeur sans avoir à en supporter les conséquences. C'est ce qui explique qu'une cessation d'activité de l'employeur placé dans cette situation ne suffit plus à justifier des licenciements économiques (21), que la rupture des contrats de travail décidée par l'un est opposable à l'autre et que l'obligation de reclassement pèse aussi sur ce tiers au contrat de travail apparent (22), que les moyens offerts par ce dernier doivent être affectés à la réalisation d'un plan de sauvegarde de l'emploi (23).

9. Il a été fait grief à cette jurisprudence de méconnaître et de bouleverser le droit des sociétés en ignorant le principe essentiel de la personnalité morale, qui interdit de faire supporter par une autre entreprise pourvue de cette personnalité, hors responsabilité civile et hors spécificité des procédures collectives, les obligations d'un employeur envers son personnel, ainsi que de faire fi de l'effet relatif du contrat de travail pour opposer les obligations qu'il engendre à un tiers qui ne l'a pas conclu (24). Ces critiques auraient plus de force si les conditions mises à la reconnaissance d'une qualité de coemployeur étaient plus larges. Il est permis de penser que le faisceau d'indices exigé dans ces arrêts pour qu'un tiers prenne place aux côtés de l'employeur devait permettre d'éviter ce genre de dérive, en ce qu'il réserve le champ d'application du coemploi à des situations anormales où un employeur se trouve dessaisi de ses pouvoirs le plus souvent par une société mère ou une société *holding* qui se comporte à son égard comme s'il était sous sa totale dépendance, sans lui laisser de marge d'action propre. Il n'est peut-être alors pas inconcevable que celui qui se cache derrière la personnalité juridique de l'employeur assume les conséquences de ses décisions à l'égard de ceux qui en subissent les effets.

(18) Cass. soc. 15-2-2012 n° 10-13.897 F-D : RJS 5/12 n° 410 (la filiale était ainsi devenue un « simple établissement »).

(19) Cass. soc. 22-6-2011 n° 09-69.021 F-D, Novoceram : RJS 10/11 n° 742 (l'arrêt écarte un autre moyen du pourvoi qui entendait faire juger que la validité du licenciement, au regard de l'obligation de reclassement, devait s'apprécier au seul niveau de l'employeur, dès lors que la rupture était intervenue avant que la qualité de coemployeur soit reconnue).

(20) Pourrait aussi être évoqué un arrêt du 12 décembre 2012 (Cass. soc. n° 11-24.025 F-D) qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant caractérisé une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre des exploitants agricoles ayant employé alternativement un même salarié dans le cadre d'un « montage fictif et frauduleux ».

(21) Cass. soc. 18-1-2011 n° 09-69.199 FS-PBR, Jungheinrich, précité.

(22) Arrêt *Metaleurop*, précité.

(23) Cass. soc. 22-6-2011 n° 09-69.021 F-D, Novoceram, précité.

10. Cependant, le développement du coemploi dans le contentieux prud'homal a révélé que les limites de cette notion n'étaient pas toujours clairement perçues par les praticiens, qui pouvaient être tentés d'y voir une panacée, et par les juridictions sociales elles-mêmes, qui éprouvaient quelques peines à maîtriser un domaine qui ne leur est pas familier. Il était en effet nécessaire de mieux tenir compte des conséquences qu'entraîne inévitablement l'appartenance de l'employeur à un groupe, notamment la diminution de l'autonomie de la filiale qu'implique sa soumission à la politique et aux intérêts du groupe dont elle fait partie. C'est ce qui peut expliquer le phénomène de reflux constaté à partir de l'année 2014.

B. Reflux

11. Deux temps peuvent être distingués dans cette période de reflux du coemploi. Il y a le point de départ avec l'arrêt *Molex* (1), puis le point à mi-course avec l'arrêt *AGC* du 25 novembre 2020 (2).

1. Le coemploi, une situation exceptionnelle

12. Le point de départ de cette période de reflux en matière de coemploi est l'arrêt *Molex*. Dans un attendu de principe bien connu, la Cour de cassation décide qu'« hors l'existence d'un lien de subordination, 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 » (25). En l'espèce, trois indices n'ont pas suffi à caractériser une situation de coemploi : l'appartenance au groupe des dirigeants de la filiale, des décisions prises par la société mère dans le cadre de la politique de groupe affectant le devenir de sa filiale et l'engagement de la société mère à financer les mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois de sa filiale. Le message était clair : la situation de coemploi doit rester « exceptionnelle » (26). Il est intéressant de relever que, dès le début de cette période de reflux, la Cour de cassation précisait que « seule est susceptible d'être reprochée à une société mère son *immixtion globale* et *permanente* dans le fonctionnement de sa filiale, qui doit prendre à la fois une dimension économique et une dimension sociale. [...] Il n'y a immixtion sociale qu'à la condition que la direction du personnel et la gestion des ressources humaines soient prises en main par la société mère qui ne permet plus à la filiale de se comporter comme le véritable employeur à l'égard de ses salariés » (27)(nous soulignons).

(24) J. Perotto et N. Mathey, « Le coemploi : une pathologie des groupes de sociétés » : JCP S 2014 n° 1262. En sens inverse, accusant la chambre sociale de frilosité, voir M. Lafargue, op. cit. À quoi il faut ajouter une critique au regard du droit du travail : Y. Pagnerre, « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail » : JCP S 2011 n° 1423.

(25) Cass. soc. 2-7-2014 n° 13-15.208 FS-PB, *Molex* : RJS 10/14 n° 662, Bull. civ. V n° 159, Bull. Joly 2014 p. 394 note N. Pelletier, RD trav. 2014 p. 625 note M. Kocher, JCP S 2014 n° 1311 note G. Loiseau, Semaine sociale Lamy 2014 n° 1645 p. 7 note G. Auzero, Rev. sociétés 2014 p. 709 note A. Couret et M.-P. Schramm.

(26) Cour de cassation, Mensuel Dr. trav., juillet 2014, A, 1., p. 3-4. Dans l'affaire *Molex*, le message a d'ailleurs bien été reçu par la cour d'appel de renvoi qui n'a pas retenu le coemploi : CA Bordeaux 16-12-2015 n° 14/06232.

(27) Mensuel Dr. trav., *ibid*.

13. Entre les affaires *Molex* et *AGC* du 25 novembre 2020, la Cour de cassation a eu à se prononcer au moins vingt-neuf fois sur la caractérisation du coemploi. Durant cette période, seuls trois arrêts ont retenu son existence. Il y a bien évidemment l'arrêt *3 Suisses* qui sera étudié plus bas et deux autres arrêts isolés, dont la caractérisation du coemploi ne relève pas en réalité de la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction, mais plutôt du lien classique de subordination (28). Tous les autres arrêts ont exclu le coemploi. L'analyse portera exclusivement sur les arrêts publiés par la Cour de cassation, car ce sont eux qui en principe présentent un réel intérêt (29). Parmi les arrêts non publiés, on peut tout de même distinguer ceux qui approuvent les juges du fond d'avoir écarté une situation de coemploi (30) de ceux qui les désapprouvent soit parce qu'ils n'ont pas pris la peine de caractériser une immixtion dans la gestion sociale et économique (31), soit que les indices relevés par les juges du fond étaient insuffisants à caractériser une telle immixtion (32). Durant cette période, la Cour de cassation a ainsi procédé à une application extrêmement stricte du coemploi, tout en faisant œuvre de pédagogie, et ce notamment à travers les arrêts publiés suivants.

14. Dans l'arrêt *Fayat*, 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 de 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 suffisait pas à caractériser une situation de coemploi (33). La volte-face de la société mère à l'égard de sa filiale n'a pas été condamnée, car ce comportement ne s'inscrivait pas dans la durée. Cet arrêt préfigurait la prise en compte de la durée de l'immixtion dans la gestion économique et sociale de la filiale (34).

15. Le 6 juillet 2016, la Cour de cassation publie trois arrêts (35), dont l'un – *3 Suisses* – reste encore aujourd'hui emblématique, car il est le dernier à avoir reconnu une situation de coemploi. Les deux autres arrêts rendus le même jour – *Continental* et *Proma* – retiendront moins notre attention, car la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur l'insuffisance des indices

relevés en l'espèce (36). Dans l'arrêt *3 Suisses*, les juges du fond avaient relevé qu'au moment de la réorganisation, la société mère se confondait totalement avec la société *3 Suisses*, dont elle n'était qu'une « émanation » ; qu'au regard des contrats d'assistance la distinction entre les deux sociétés était particulièrement malaisée ; que la réorganisation avait conduit à une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale *3 Suisses* par le transfert de ses équipes informatiques, comptables et surtout de ressources humaines, notamment dans la formation, la mobilité et le recrutement ; qu'en outre la société mère avait pris en charge tous les problèmes de nature contractuelle, administrative et financière subis par sa filiale, notamment aux fins de gérer les contentieux afférents. Au-delà de la densité des indices qui a conduit à la caractérisation du coemploi, la structure de l'arrêt est éclairante sur l'évolution de ses critères. Comme l'a relevé un auteur (37), la Cour de cassation semblait focaliser son contrôle sur la seule immixtion, sans procéder à une recherche méthodique de la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction, un peu comme si elle cherchait à occulter ce triptyque.

16. Dans l'arrêt *Grand Casino*, la conclusion d'une convention de trésorerie et d'une convention de prestation de services ou de *management fees* n'a pas été suffisante pour caractériser une situation de coemploi (38). La mise à l'écart de la convention de trésorerie ne surprend guère, car une telle convention permet de centraliser la trésorerie au niveau du groupe et de réaliser des prêts entre les sociétés du groupe. Elle ne caractérise pas *a priori* une immixtion dans la gestion économique et sociale de la filiale. En revanche, l'indifférence à l'égard du contenu de la convention de *management fees*, permettant de transférer contractuellement tout ou partie des prérogatives de direction d'une société à une autre, laisse plus perplexe (39). En effet, les juges du fond avaient relevé que cette convention couvrait « la quasi-totalité des activités de management » de la filiale, allait « au-delà de la volonté d'harmoniser les pratiques commerciales et de gestion administrative des filiales du groupe », et privait ainsi « de toute autonomie la société *Grand Casino* ». Peu importe le contenu de la convention, la Cour de cassation refusait d'y voir une immixtion. Preuve en était d'une volonté de cantonner encore un peu plus l'application du coemploi.

(28) Cass. soc. 23-9-2015 n° 14-16.538 F-D ; Bull. Joly 2015 p. 631 note G. Auzero ; Cass. soc. 31-3-2016 n° 14-17.834 F-D.

(29) M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier et J. Buck Lament, La technique de cassation : Dalloz, coll. Méthodes du droit 2013, 8^e éd., spéc. p. 53.

(30) Cass. soc. 15-9-2015 n° 14-10.060 F-D ; Cass. soc. 20-1-2016 n° 14-18.718 F-D ; Cass. soc. 4-2-2016 n° 14-20.584 F-D ; Cass. soc. 14-4-2016 n° 15-12.195 F-D ; Cass. soc. 6-10-2016 n° 15-17.642 F-D ; Cass. soc. 23-3-2017 n° 15-21.181 FS-D ; Cass. soc. 28-6-2018 n° 14-26.542 F-D ; Cass. soc. 13-2-2019 n° 17-15.903 F-D ; Cass. soc. 13-2-2019 n° 17-15.903 F-D. Ces arrêts relativisent la critique selon laquelle les juges du fond font feu de tout bois en matière de coemploi.

(31) Cass. soc. 4-3-2015 n° 13-28.141 F-D ; Cass. soc. 9-6-2015 n° 13-26.558 F-D (notamment fourniture de moyens nécessaires à la mise en œuvre de la cessation d'activité des sociétés) ; Cass. soc. 22-10-2015 n° 14-15.780 F-D ; RJDA 2/16 n° 117 ; Cass. soc. 17-5-2017 n° 15-27.766 FS-D ; Cass. soc. 13-7-2017 n° 16-13.699 F-D ; Cass. soc. 14-12-2017 n° 16-21.313 F-D ; Cass. soc. 17-1-2018 n° 15-26.065 F-D ; Cass. soc. 7-2-2018 n° 14-24.061 F-D ; Cass. soc. 25-9-2019 n° 17-28.452 F-D. Il s'agit d'arrêts de cassation pour violation de la loi.

(32) Cass. soc. 17-12-2014 n° 13-21.473 F-D ; Cass. soc. 4-2-2015 n° 13-22.322 F-D ; Cass. soc. 18-2-2015 n° 13-22.595 F-D ; Cass. soc. 12-5-2015 n° 13-25.364 F-D (étant précisé que les juges du fond avaient relevé que la société était traitée « comme un simple établissement ou une agence ») ; Cass. soc. 30-11-2016 n° 15-24.195 F-D ; Cass. soc. 28-3-2018 n° 16-22.188 F-D ; Cass. soc. 31-5-2018 n° 17-11.049 F-D ; Cass. soc. 21-11-2018 n° 17-22.421 F-D. Il s'agit d'arrêts de cassation pour défaut de base légale.

(33) Cass. soc. 22-10-2015 n° 14-15.780 F-D ; RJDA 2/16 n° 117 ; Cass. soc. 10-12-2015 n° 14-19.938 FS-D et Cass. soc. 10-12-2015 n° 14-19.939 FS-D, *Fayat* ; Dr. Ouvrier 2016 p. 177 note E. Peskine.

(34) « 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 que 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 » : E. Peskine, « Le co-emploi est mort, vive le co-emploi ! » : Dr. Ouvrier 2016 p. 177.

(35) Cass. soc. 6-7-2016 n° 14-27.266 FS-PB ; RJS 10/16 n° 609, Bull. civ. V n° 146, *Continental*, publié ; Cass. soc. 6-7-2016 n° 14-26.541 FS-PB ; RJS 10/16 n° 609, Bull. civ. V n° 145 *Proma*, publié ; Cass. soc. 6-7-2016 n° 15-15.481 FS-PB ; RJS 10/16 n° 609, Bull. civ. V n° 147, *3 Suisses*, publié ; Rev. sociétés 2017 p. 149 note E. Schlumberger, JCP S 2016 n° 1317 note G. Loiseau, JCP G 2016 n° 960 note Y. Pagnerre, RD trav. 2016 p. 560 note S. Vernac.

(36) Il s'agissait des mêmes indices que ceux relevés dans l'affaire *Molex*.

(37) E. Schlumberger, « Caractérisation d'une situation de coemploi » : Rev. sociétés 2017 p. 149, spéc. n° 6.

(38) Cass. soc. 7-3-2017 n° 15-16.865 FS-PB ; RJS 5/17 n° 311, Bull. civ. V n° 39, *Société Groupe Partouche*, publié ; RD trav. 2017 p. 256 note G. Auzero, JCP S 2017 n° 1174 note Y. Pagnerre, Rev. sociétés 2018 p. 58 note E. Schlumberger.

(39) Selon un spécialiste du droit des sociétés, « comment nier une telle immixtion lorsqu'elle conduit précisément à une intervention de la société mère dans pratiquement tous les aspects de la gestion opérationnelle de sa filiale ? Si les mots ont encore un sens, il n'est pas douteux que l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale était au contraire patente » : E. Schlumberger, « Coemploi : retour à la rigueur ? » : Rev. sociétés 2018 p. 58, spéc. n° 11.

17. Dans l'arrêt *Funkwerk*, la société mère ne revêtait pas la qualité de coemployeur car les juges du fond avaient constaté « la réalité d'une autonomie décisionnelle de la société Bouyer par rapport à la société mère » (40). Cet arrêt a été publié car il se prononçait aussi sur la responsabilité civile délictuelle de la société mère à l'égard des salariés de la filiale (41). Il incarnait donc le phénomène des vases communicants, selon lequel le resserrement du coemploi entraîne l'extension de la responsabilité extracontractuelle. La partie de l'arrêt relative au coemploi permettait toutefois de mettre en exergue le critère de l'autonomie décisionnelle laissée à l'employeur.

18. Dans l'arrêt *Mercator Press*, « la centralisation de services supports, des remontées de dividendes, des conventions de trésorerie et de compensation, des dettes non réglées à la filiale, des factures de prestations de services partiellement sans contrepartie pour ladite filiale, la maîtrise de la facturation de celle-ci durant une période limitée dans le temps et l'octroi d'une prime exceptionnelle aux salariés de la filiale » ne suffisait pas à caractériser une situation de coemploi (42). Cet arrêt présentait un double intérêt. D'une part, le critère de la temporalité de l'immixtion dans la gestion économique et sociale de la filiale transparaissait à nouveau. D'autre part, alors que les juges du fond avaient relevé l'ensemble des critères propres à la confusion des patrimoines (43), la Cour de cassation refusait de reconnaître une situation de coemploi. Ce refus de faire coïncider deux notions issues du droit du travail et du droit des entreprises en difficulté n'était pas sans rappeler l'affaire *Metaleurop* (44).

19. Entre l'arrêt *Molex* et l'arrêt *AGC*, la Cour de cassation a délivré une grille de lecture à travers l'énumération d'indices suffisants ou plutôt insuffisants à caractériser une situation de coemploi, sans pour autant parvenir à stabiliser le contenu. C'est la raison pour laquelle il lui apparaissait nécessaire, bien plus que d'en préciser les indices, de faire évoluer la définition du coemploi à travers l'édition de nouveaux critères.

2. Le coemploi, une situation plus qu'exceptionnelle ?

20. Le dernier arrêt de la Cour de cassation en matière de coemploi est désormais celui du 25 novembre 2020 (45). À la suite de son rachat par le groupe japonais AGC (*Asahi Glass Compagny Limited*), le groupe verrier français *David* a été restructuré de la manière suivante : la société employeur (*SAS AGC David Miroiterie*) était présidée par la *SAS AGC France* (46). L'employeur était détenu capitalistiquement par une autre société du groupe, elle-même présidée par la *SAS AGC France*. Autrement dit, la *SAS AGC France* ne revêtait pas la qualité de société mère vis-à-vis de l'employeur, mais celle de dirigeante. Ce dernier a été placé en liquidation judiciaire, entraînant le licenciement des salariés pour cessation d'activité. Contestant leur licenciement, ils ont saisi la juridiction prud'homale de demandes en paiement de dommages-intérêts à l'encontre

de la société employeur et de la société *AGC France*, invoquant la qualité de coemployeur à son encontre.

21. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation délivre une nouvelle définition des éléments constitutifs du coemploi (47). Elle décide qu'« en application de l'article L 1221-1 du code du travail [...], hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être qualifiée de coemployeur du personnel employé par une autre que s'il existe, [...], une immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière ». Deux nouveaux critères se substituent donc à la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction : la durée de l'immixtion et la perte totale d'autonomie d'action de la société employeur.

22. L'immixtion permanente d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre n'est pas véritablement un nouveau critère, dans la mesure où plusieurs arrêts antérieurs l'avaient déjà évoqué (48). Ce critère exclut une immixtion de courte durée issue d'une restructuration. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire que toute réorganisation est exclusive d'une situation de coemploi. Par exemple, une restructuration étalée sur plusieurs années pourrait conduire à une immixtion permanente. Pour le dire autrement, il n'est pas nécessaire que l'immixtion ait commencé à la création de la société employeur. En l'espèce, les juges du fond avaient relevé que l'employeur avait délégué à la société *AGC France* la gestion de ses ressources humaines au moment de la cessation d'activité. En revanche, la gestion administrative et trésorière de la société employeur était respectivement assurée par une autre filiale du groupe et la société *AGC France* depuis plusieurs années. Par conséquent, l'immixtion – au moins celle dans la gestion sociale – n'était pas suffisamment permanente.

23. S'agissant du second critère, la note explicative de l'arrêt précise que « désormais, c'est la perte d'autonomie d'action de la filiale, qui ne dispose pas du pouvoir réel de conduire ses affaires dans le domaine de la gestion économique et sociale, qui est déterminante ». La difficulté reste toujours la même : à partir de quand une société perd toute autonomie d'action ? Il existe de nombreux outils juridiques dont usent les groupes qui ont pour conséquence d'altérer une telle autonomie d'action, et qui concernent essentiellement la fonction de direction de la société employeur. Par exemple, les clauses statutaires limitatives de pouvoir restreignent le champ d'action du dirigeant de la société employeur. D'autres techniques externalisent la fonction de gestion en dehors de la personne morale. Il y a, on l'a vu, toutes sortes de conventions (de *management fees*, de trésorerie) qui indirectement vident certaines prérogatives d'action de la société employeur. Il y a aussi les délégations de pouvoirs au niveau du groupe en matière sociale (DRH (49)) et économique (DIF (50)), ou encore le recours à une personne morale pour diriger la société employeur.

(40) Cass. soc. 24-5-2018 n° 16-18.621 FS-PB ; RJS 8-9/18 n° 530, Bull. civ. V n° 87, JCP S 2018 n° 1252 note Y. Pagnerre, Bull. inf. C. cass. 15-9-2019 n° 907 note B. Chauvet.

(41) *Infra*, II/A.

(42) Cass. soc. 9-10-2019 n° 17-28.150 FS-PB, *Mercator* : RJS 12/19 n° 671, Bull. Joly janvier 2020 p. 40 note D. Baugard.

(43) CA Douai 29-9-2017 n° 17/1817 : RD trav. 2017 p. 790 note G. Auzero.

(44) *Supra*, I/A.

(45) Cass. soc. 25-11-2020 n° 18-13.769 FP-PBRI, *Société AGC France* : RJS 2/21 n° xx, *Semaine sociale Lamy* 2020 n° 1933 note G. Auzero.

(46) Derrière laquelle il y avait la SA AGC France Holding. Ces sociétés françaises appartiennent à la division européenne du groupe AGC Glass Europe.

(47) La note explicative de la chambre sociale indique que cette définition figurait déjà dans le sommaire de l'arrêt 3 Suisses. Consultable sur le site Legifrance, le sommaire devient donc un nouvel interstice d'un arrêt de la Cour de cassation à ne pas négliger.

(48) Voir not. Cass. soc. 22-10-2015 n° 14-15.780 F-D : RJDA 2/16 n° 117 ; Cass. soc. 10-12-2015 n° 14-19.938 FS-D et Cass. soc. 10-12-2015 n° 14-19.939 FS-D, Fayat ; Cass. soc. 9-10-2019 n° 17-28.150 FS-PB, *Mercator*, précité.

(49) Cass. soc. 19-1-2005 n° 02-45.675 FS-PB : RJS 3/05 n° 255, Bull. civ. V n° 10 ; Cass. soc. 23-9-2009 n° 07-44.200 FS-PBR : RJS 12/09 n° 898, Bull. civ. V n° 191.

(50) Cass. soc. 30-6-2015 n° 13-28.146 FS-PB : RJS 10/15 n° 625, Bull. civ. V n° 133.

24. C'était précisément la qualité de dirigeant social que revêtait la société *AGC France* : elle présidait à la fois la société employeur et son actionnaire direct. On peut observer que, contrairement à ce que précise la note explicative de la Cour de cassation, la société *AGC France* n'était pas la société mère de l'employeur (51). Or un mandat social implique nécessairement une immixtion dans la gestion économique et sociale d'une société. C'est la raison pour laquelle le représentant de la *SAS AGC France*, prise en tant que la personne morale dirigeante, pouvait réaliser des rapports et des projets sur la situation de la société employeur, gérer des litiges commerciaux, signer des contrats de location, de maintenance, des lettres d'embauche, d'avertissement, de rupture, des accords collectifs et accorder des congés payés, sans pour autant que la société qu'il représentait soit reconnue coemployeur. Il agissait ainsi en qualité de représentant du chef d'entreprise (la société *AGC France*). Si ces outils juridiques conduisent à une immixtion permanente dans la gestion de la société employeur et altèrent pour partie son autonomie d'action, ils ne caractérisent pourtant pas une perte totale d'autonomie. Pour que la société dirigeante soit reconnue comme coemployeur, il faudrait caractériser une immixtion « détachable du mandat social » (52), permanente et conduisant à une perte totale d'autonomie de la société dirigée.

25. Plus généralement, cet arrêt met en lumière le fait que les actionnaires majoritaires (société mère) et uniques ne sont pas les seuls à pouvoir revêtir la qualité de coemployeur. En effet, il existe des montages sociétaires, où sans passer par une détention capitalistique, une société peut se voir retirer toute autonomie d'action. Les juges du fond avaient d'ailleurs relevé que, si la société *AGC France* n'était pas l'actionnaire direct de la société employeur, le montage démontait « l'absence structurelle d'autonomie » de cet employeur (53). Dans son attendu de principe, la Cour de cassation vise d'ailleurs une société quelconque soit qui s'immisce dans une autre, soit qui perd toute autonomie, sans préciser qu'il s'agisse d'une société mère ou d'une filiale. Une analyse fine des montages sociétaires établira le degré d'autonomie dont dispose la société employeur. Cette méthode est tout à fait compatible avec la technique du faisceau d'indices propre à la caractérisation du coemploi. Malgré une certaine atteinte à l'autonomie d'action

de la société employeur (54), la Cour de cassation refuse d'y voir en l'espèce une perte totale d'autonomie. Cela illustre la difficulté persistante à identifier ce qui relève ou ne relève pas du coemploi. La solution proviendra peut-être du droit administratif. En effet, dans sa note explicative, la Cour de cassation précise que cette nouvelle définition « se rapproche de la notion de transparence de la personne morale utilisée par le Conseil d'État ».

26. Saisi par le Conseil d'État (55), le Tribunal des conflits a récemment refusé de requalifier une association en une personne morale transparente (56). La note accompagnant la décision du Tribunal des conflits précise que la transparence « n'est qu'une notion forgée par le juge pour lui permettre, de façon pragmatique, de juger en prenant en compte la réalité des faits et non une apparence artificielle. C'est par une analyse concrète, au cas par cas, que le juge doit apprécier si une association n'a qu'une personnalité juridique fictive, qui a pour effet un contournement injustifié des règles du droit public (et de la comptabilité publique) » (57). Autrement dit, la notion de personne morale transparente permet au juge administratif de révéler les « faux-nez » de l'administration (58).

27. Les similitudes entre la personne morale transparente et le coemploi sont nombreuses. D'abord, leurs fonctions sont identiques : condamner l'utilisation abusive de la personnalité morale (59), imputer les obligations au véritable décideur et trouver un débiteur solvable (60). Ensuite, la fictivité est le fondement incontestable de la personne morale transparente (61). Cela rejoint les propositions d'un auteur qui plaide depuis longtemps pour l'assimilation du coemploi à la fictivité (62). En outre, la théorie de la transparence implique de confier au juge administratif le pouvoir de procéder à une rectification de la situation juridique apparente. Un tel pouvoir de requalification est reconnu au juge judiciaire (63), et bien connu du juge prud'homal (64). Enfin, comme pour le coemploi, la personne morale transparente ne faisait pas à l'origine l'unanimité au sein de la doctrine (65). C'est la raison pour laquelle la jurisprudence administrative a précisé que l'application de cette notion nécessitait la réunion de quatre critères cumulatifs (66) : 1) la personne morale privée doit être créée par une personne publique (critère de création) ; 2 et 3) le mode d'organisation

(51) Laquelle n'était pas plus sa filiale.

(52) Cass. soc. 24-6-2014 n° 10-19.776 FS-PB, Grès occitan : RJS 10/14 n° 663, Bull. civ. V n° 152. En l'espèce, les juges du fond n'avaient pas « caractérisé une situation de coemploi entre la société Grès occitan carrelages et M. X, qui en était le président, résultant d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction et détachable du mandat social qu'il exerçait dans cette société ».

(53) CA Caen 19-1-2018 n° 16/00053.

(54) Du reste, la société employeur traitait diverses commandes, rarement rentables, pour les autres sociétés du groupe, et la société *AGC France* avait repris les actifs de la société employeur à son profit ou au profit d'autres filiales dans des conditions désavantageuses pour la société employeur. On reste surpris qu'un tel comportement, qui relève du « dépouillement », n'ait pas été pris en compte par le liquidateur judiciaire pour sauvegarder les intérêts des créanciers, dont font partie les salariés.

(55) CE 28-2-2020 n° 430527 C, Sté Huet Location.

(56) T. confl. 6-7-2020 n° 4191 : RJDA 10/20 n° 488.

(57) Adde J.-M. Auby, « La théorie des institutions transparentes » en droit administratif : RDP 1988 p. 265. L'auteur définit la personne morale transparente comme « une technique employée par le juge qui va rendre transparente » une institution qui se présente à lui dans un rapport juridique, et dont la présence entraîne l'application d'une certaine règle. Le juge, sans s'interroger sur la validité de cette institution va l'écartier, en quelque sorte passer à travers et relever la présence, derrière elle, d'une autre institution le conduisant à appliquer une autre règle que celle à laquelle il aurait fait appel au seul vu de l'institution transparente ».

(58) D'autres qualificatifs sont utilisés pour imager la personne morale transparente, tels que « pseudopodes », « paravents » ou « ectoplasme ».

(59) « Le Conseil d'État, pour lever l'ambiguïté de ce qui est bien souvent une fiction juridique, a forgé la notion d'association transparente », qui ne

peut être distinguée de la collectivité publique qui l'a créée et qui, n'ayant, dès lors, aucune existence réelle, est traitée comme un abus de droit » : Rapport public du Conseil d'État. Les associations et la loi de 1901, cent ans après : La Documentation française, 2000, spéc. p. 315.

(60) « Tout se passe comme si le juge administratif ne se résolvait à faire usage de la théorie des institutions transparentes que quand le recours à cette dernière, compte tenu, notamment, du défaut de solvabilité de l'association en cause, est indispensable pour que la personne privée lésée puisse obtenir réparation » : *ibid.*

(61) « La théorie de la transparence vise à réattribuer les obligations juridiques à leur véritable titulaire qui se cache derrière la personne morale fictive » : G. Pellissier, *Concl. du rapporteur public*, sous CE 28-2-2020 n° 430527 C, Sté Huet Location.

(62) G. Auzero, « La nature juridique du lien de co-emploi » : *Semaine sociale Lamy* 2013 n° 1600 p. 8 ; G. Auzero, « Co-emploi : en finir avec les approximations » : *RD trav.* 2016 p. 27 ; « Le coemploi bouge encore ! » : *Semaine sociale Lamy* 2020 n° 1932.

(63) CPC art. 12.

(64) Cass. soc. 19-12-2000 n° 98-40.572 FS-PBRI, Labbane : RJS 3/01 n° 275, Bull. civ. V n° 437 : GADT n° 3.

(65) « Si elle s'accorde à regarder comme acceptable, dans son principe, le recours du juge administratif à la théorie des institutions transparentes, la doctrine tend à critiquer les conditions de sa mise en œuvre. Elle considère que le trop grand nombre des indices à prendre en compte pour qu'une association soit regardée comme transparente rend aléatoire l'application de la théorie » : *Rapport public du Conseil d'État*, op. cit.

(66) CE 21-3-2007 n° 281796, Cne de Boulogne-Billancourt : RJDA 7/07 n° 716.

et de fonctionnement doivent être sous le contrôle de la personne publique (critères organique et fonctionnel) ; 4) la personne publique doit procurer l'essentiel des ressources (critère financier). À l'instar du coemploi, la personne morale transparente correspond à une situation exceptionnelle (67).

28. Transposée en droit du travail, la notion de la personne morale transparente permettrait de révéler le « véritable employeur » et de le distinguer de l'« employeur apparent ». Le Conseil d'État a eu à se prononcer sur cette notion en matière de contrôle d'un PSE (68). En l'espèce, la détention capitaliste et l'état de domination économique en résultant, l'incidence de la politique de groupe déterminée par la société mère sur l'activité économique et sociale et sur le devenir de la filiale, le recours à des mises à disposition de personnel entre les sociétés du groupe, le recouvrement des marchés et produits entre sociétés du groupe ont été insuffisants à reconnaître une des sociétés du groupe comme véritable employeur. La similarité des indices relevés par le Conseil d'État pour exclure la qualité de véritable employeur est frappante avec ceux utilisés par la Cour de cassation en matière de coemploi.

29. Alors que la Cour de cassation a déjà par le passé mobilisé la notion de « véritable employeur » (69), elle semble assez réticente à importer cette notion administrative en matière de coemploi, car cela conduirait à ne reconnaître qu'un seul véritable employeur alors que le coemploi en fait naître plusieurs (70). Certains juges judiciaires du fond commencent pourtant à mobiliser le « véritable employeur » dans le contentieux du coemploi (71). Il faut préciser que le Conseil d'État n'a jamais reconnu l'existence d'un employeur apparent (72). C'est la raison pour laquelle, si la Cour de cassation applique la théorie de la transparence à la manière du juge administratif, le coemploi risque d'être une situation encore plus exceptionnelle qu'elle ne l'est aujourd'hui, pire de ne rester qu'une belle idée...

II. L'essor d'autres actions fondées sur le droit de la responsabilité

30. Les salariés licenciés pour motif économique et qui ne peuvent ou ne veulent tirer argument d'un état de coemploi pour contester leur licenciement, ont la possibilité, lorsque les conditions de sa mise en œuvre sont remplies, de faire appel aux règles

qui régissent la responsabilité civile, afin de demander réparation du préjudice que leur cause la perte de leur emploi soit en raison de la faute d'un tiers ayant concouru à ce préjudice (73) (A), soit en se prévalant d'un comportement fautif de l'employeur, s'il est à l'origine des difficultés économiques qui ont entraîné leur licenciement (74) (B). Sur ce dernier point, l'un des arrêts rendus le 25 novembre apporte un éclairage sur la situation des salariés investis d'un mandat protecteur et dont le licenciement a été valablement autorisé par l'administration du travail.

A. La mise en cause du comportement d'un tiers

31. Après avoir admis que les salariés licenciés pouvaient exercer une action en responsabilité contre un tiers, alors même que leur employeur faisait l'objet d'une procédure collective conférant en principe aux organes de la procédure collective un monopole dans la défense en justice des intérêts des créanciers, parce qu'ils se prévalaient ainsi d'un préjudice spécial et distinct de celui des autres créanciers (75), la chambre sociale a décidé que cette action pouvait reposer sur la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle, lorsqu'étaient invoqués des manquements d'une société mère ayant conduit à la liquidation judiciaire de l'employeur et, par là, aux licenciements (76). Était ainsi ouverte une voie d'action différente de celle qui avait été envisagée et que la Cour de cassation avait condamnée en jugeant qu'il ne pouvait être reproché directement à une société du même groupe que l'employeur d'avoir manqué à une obligation de reclassement et à l'obligation d'établir un plan de reclassement répondant au moyen du groupe, ces obligations ne pesant que sur l'employeur (77). Un arrêt ultérieur a ainsi précisé que les fautes invoquées contre une autre société du groupe devaient se distinguer d'éventuels manquements de l'employeur relatifs au contenu du PSE ou à l'obligation de reclassement qui lui incombe (78).

32. Un autre arrêt rendu en 2014 a rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui avait condamné une société financière contrôlant le capital de sa filiale à indemniser les salariés licenciés par celle-ci à la suite de sa liquidation judiciaire, en relevant que la cour d'appel avait retenu à la charge de cette société qu'une décision dommageable à sa filiale avait été prise, qui avait aggravé une situation financière déjà difficile, alors que ce comportement était sans utilité pour cette filiale et ne profitait qu'au seul actionnaire unique (79). En 2018, deux arrêts se sont

(67) « Tant par ses effets que par ses conditions, cette requalification a vocation à demeurer exceptionnelle » : G. Pellissier, op. cit.

(68) CE 17-10-2016 n° 386306, Sté G Participations : RJS 1/17 n° 21, Semaine sociale Lamy 2017 n° 1744 p. 6, concl. S.-J. Lieber, *ibid.*, p. 10 note G. Auzero, JCP S 2017 n° 1038 note Y. Pagnerre.

(69) Cass. soc. 1-6-1978 n° 77-10.182 : Bull. civ. V n° 431 ; Cass. soc. 23-2-1977 n° 75-40.997 : Bull. civ. V n° 136 ; Cass. soc. 25-6-1975 n° 74-40.765 : Bull. civ. V n° 354 ; Cass. soc. 1-12-1960 : Bull. civ. V n° 1200.

(70) F. Champeaux, « Quelques échos de la chambre sociale de la Cour de cassation » : Semaine sociale Lamy 2017 n° 1755 p. 13.

(71) CA Versailles 15-10-2020 n° 18/05201 : Bull. Joly Travail décembre 2020 p. 9 note Q. Chatelier ; CA Bordeaux 17-6-2020 n° 18/02044 (cité par l'auteur) ; CA Douai 28-2-2019 n° 17/006608, Green Sofa Dunkerque.

(72) « Les notions d'employeur véritable » ou, au contraire, apparent » sont au moins aussi restrictives que celle de coemploi. D'ailleurs, pour l'instant en droit du travail, le Conseil d'État n'a, à notre connaissance, jamais été amené à reconnaître l'existence d'un employeur apparent » : D. Piveteau, « Réflexion sur l'approche publiciste » du droit des relations de travail » : Dr. soc. 2019 p. 515, spéc. note de bas de page n° 26.

(73) E. Peskine, « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en cas de licenciement pour motif économique » : RD trav. 2012 p. 347 ; P.-F. Legrand, « Licenciement pour motif économique et responsabilité des groupes de sociétés » : Dr. ouvrier 2012 p. 433 ; G. Loiseau, « La responsabilité des tiers du fait de licenciements pour motif

économique » : JCP S 2015 n° 1278.

(74) F. Géa, « La cause fautive de licenciement (au miroir des jurisprudences judiciaire et administrative) » : RJS 7/13 p. 427 ; A. Fabre, « De la faute retrouvée dans la contestation des suppressions d'emplois » : RD trav. 2018 p. 570.

(75) Cass. soc. 14-11-2007 n° 05-21.239 FS-PB : RJS 1/08 n° 22. Dans le même sens, à propos d'une action de salariés dirigée contre une banque à laquelle ils reprochaient d'avoir abusivement soutenu la société qui les employait : Cass. com. 2-6-2015 n° 13-24.714 FS-PBRI : RJS 10/15 n° 633, Bull. civ. IV n° 94 : Rapport annuel 2015, spéc. p. 205, JCP S 2015 n° 1278 note G. Loiseau, JCP G 2020 n° 888 note F. Dumont.

(76) Cass. soc. 28-9-2010 n° 09-41.243 F-D, Halberg précision : RJS 12/10 n° 897.

(77) Cass. soc. 13-1-2010 n° 08-15.776 FS-PB, Flodor : RJS 3/10 n° 247, Bull. civ. V n° 5, RD trav. 2009 p. 693 note E. Serverin et T. Grumbach, RD trav. 2010 p. 230 note F. Géa, Dr. soc. 2010 p. 474 note G. Couturier, D. 2010 p. 1129 note B. Dondero, Dr. ouv. 2010 p. 214 note G. Loiseau, JCP S 2010 n° 1225 note J.-M. Olivier.

(78) Cass. soc. 8-7-2014 n° 13-15.470 FS-PB : RJS 10/14 n° 703, Bull. civ. V n° 179, qui juge également cette action recevable bien que le salarié ait adhéré à une convention de préretraite AS-FNE qui lui interdisait, sauf en cas de fraude, de contester la cause de son licenciement.

(79) Cass. soc. 8-7-2014 n° 13-15.573 FS-PB, Sofarec : RJS 10/14 n° 676, Bull. civ. V n° 180, JCP S 2014 n° 1311 note G. Loiseau. Adde Cass. soc. 8-7-

prononcés dans un sens différent sur une telle action de salariés. L'un a approuvé une cour d'appel d'avoir rejeté la demande indemnitaire des salariés licenciés parce qu'elle avait notamment constaté que la situation de l'entreprise était compromise de longue date, que le nouvel actionnaire unique avait vainement tenté de la redresser et que son refus de contribuer au financement du PSE était dû aux difficultés économiques qu'il rencontrait (80). Dans l'autre arrêt du même jour, est au contraire rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant condamné une société mère à indemniser des salariés licenciés, en relevant contre elle un ensemble d'agissements fautifs et dommageables : contribution de la filiale au groupe au-delà de ses moyens financiers, transfert gratuit d'une licence à une autre société du groupe, garantie immobilière accordée au seul profit d'une autre société du groupe, vente de stocks faisant l'objet d'un droit de rétention (81). Cet arrêt présente l'intérêt d'écartier un moyen selon lequel la responsabilité d'une société mère ne pouvait être engagée à l'égard des salariés d'une filiale qu'en présence d'une faute personnelle et intentionnelle d'une particulière gravité, ce grief faisant référence aux conditions auxquelles la chambre commerciale subordonne la mise en cause de la responsabilité d'un associé (82). Ce moyen de défense n'est pas retenu et l'arrêt se borne à relever que l'actionnaire unique avait concouru par sa faute à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée. Ce sont donc les règles du droit commun de la responsabilité extracontractuelle qui trouvent à s'appliquer ici, au bénéfice des salariés qui n'ont pas de lien contractuel avec cette société, sans qu'il y ait lieu de faire de différence en fonction du degré de proximité du tiers par rapport à l'employeur. D'autres entités extérieures à l'entreprise pourraient aussi faire l'objet d'une telle action indemnitaire, comme par exemple un établissement financier auquel il serait reproché d'avoir consenti des crédits excessifs ou qui aurait brusquement arrêté ses concours sans raison légitime.

33. L'exercice d'une telle action en responsabilité contre un tiers n'est toutefois pas sans difficulté. Elle ne peut en effet être soumise à la juridiction prud'homale saisie d'un litige entre l'employeur et ses salariés sur leur licenciement. La spécialisation de cette juridiction, telle qu'elle résulte de l'article L 1411-1 du Code du travail, ne lui permet pas de connaître d'une pareille action dirigée contre une société qui n'est pas l'employeur. Après avoir rappelé dans un arrêt que cette incompétence ne peut à ce titre être relevée d'office par le juge prud'homal (83), la chambre sociale a jugé que la juridiction du travail n'est pas habilitée à se prononcer sur une action en responsabilité formée contre une société qui n'est pas l'employeur, écartant également la compétence du tribunal de commerce saisi de la procédure collective ouverte à l'égard de l'employeur, dès lors que cette action indemnitaire n'est pas née de la procédure collective et n'est pas soumise à son influence juridique (84). Cette même

incompétence a par ailleurs été également retenue plus récemment pour un appel en intervention forcée formé par un liquidateur judiciaire à l'encontre d'une société mère, en vue d'obtenir sa garantie, en cas de condamnation, dans le cadre d'un litige qui l'oppose aux salariés licenciés, dès lors qu'en l'absence de disposition l'autorisant le conseil de prud'hommes ne peut se prononcer sur une demande incidente qui ne relève pas de sa compétence d'attribution, à la différence du tribunal judiciaire, qui a plénitude de juridiction (85). Le recours des salariés contre un tiers ne peut en outre relever de la prorogation de compétence exceptionnelle prévue par l'article L 1411-6 du Code du travail et limitée aux organismes qui se substituent habituellement à l'employeur.

34. Quant à la compétence territoriale, celle de la juridiction du lieu du licenciement peut trouver à s'appliquer, car ce lieu est celui du dommage qui est invoqué, désigné tant par l'article 46 du Code de procédure civile que par l'article 5, 1^o, 3/ du règlement n^o 44/2001 du 22 décembre 2000. Mais la situation se complique lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte contre une société établie dans un autre pays de l'Union européenne. Le salarié d'une filiale située en France dont la liquidation judiciaire a été prononcée en conséquence de la procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger ne peut rechercher la responsabilité de la société mère que devant la juridiction étrangère saisie de la procédure collective, en application de l'article 3 du règlement CE n^o 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui attribue compétence aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (86), la chambre sociale a retenu qu'une action en responsabilité extracontractuelle d'un salarié contre une société mère soumise à une procédure d'insolvabilité dans un autre pays de l'Union devait être exercée devant la juridiction saisie de la procédure principale d'insolvabilité, ce qui conduisait à reconnaître compétence dans ce litige à la *High Court of Justice of England and Wales* (87).

35. On voit ainsi que la mise en cause de la responsabilité d'un tiers n'est pas un long fleuve tranquille et ressemble plutôt à un parcours d'obstacles... Elle n'est pas pour autant dépourvue d'intérêts. Ainsi, l'indemnisation du préjudice ne sera pas soumise aux plafonds qui résultent de l'application du barème issu de l'ordonnance n^o 2017-1387 du 22 septembre 2017 (88), ni aux limites de garantie prévues par l'article L 3253-17 du Code du travail, lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective. On a pu se demander si l'indemnisation mise à la charge du tiers ne faisait pas double emploi avec celle qui peut incomber à l'employeur lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, en réparant alors deux fois le même préjudice (89). Mais on peut objecter que chacun

2014 n^o 13-15.845 FS-D : RJS 10/14 n^o 676.

(80) Cass. soc. 24-5-2018 n^o 16-18.621 FS-PB, Funkwerk : RJS 8-9/18 n^o 530, JCP S 2018 n^o 1252 note Y. Pagnierre, Bull. inf. C. cass. 15-9-2019 n^o 907 note B. Chauvet.

(81) Cass. soc. 24-5-2018 n^o 16-22.881 FS-PB, Lee Cooper : RJS 8-9/18 n^o 530 et p. 623 avis de l'avocat général R. Weissmann, Bull. civ. V n^o 88, JCP S 2018 act. n^o 167 note G. Loiseau, JCP S 2018 n^o 1252 note Y. Pagnierre, JCP E 2018 n^o 1434 note J. Grangé, F. Aubonnet et F. Terroux-Sfar, Semaine sociale Lamy 2018 n^o 1820 p. 6 note G. Auzero, Dr. ouvrier 2018 p. 631 note S. Ranc.

(82) Cass. com. 18-2-2014 n^o 12-29.752 FS-PB : RJDA 7/14 n^o 628, Bull. civ. IV n^o 40, D. 2014 p. 764 note Th. Favario, JCP E 2014 n^o 1160 note B. Dondero ; Cass. com. 10-2-2009 n^o 07-20.445 F-PB : RJDA 5/09 n^o 445, Bull. civ. IV n^o 21.

(83) Cass. soc. 28-9-2010 n^o 09-41.243 F-D, précité : RJS 12/10 n^o 897.

(84) Cass. soc. 13-6-2018 n^o 16-25.873 FS-PB : RJS 8-9/18 n^o 562, JCP S 2018

n^o 1252 note Y. Pagnierre, JCP S 2018 n^o 1291 note A. Bugada.

(85) Cass. soc. 22-1-2020 n^o 17-31.266 FS-PB : RJS 4/20 n^o 204.

(86) CJUE 2-5-2006 aff. 341/04, Eurofood ; CJUE 4-12-2014 aff. 295/13.

(87) Cass. soc. 10-1-2017 n^o 15-12.284 FS-PB : RJS 3/17 n^o 223, Bull. civ. V n^o 5, D. 2017 p. 1287 note D. Robine, Rev. sociétés 2017 p. 507 note Th. Mastrullo. Le nouveau Règlement CE n^o 2015/848 du 25 mai 2015, actuellement en vigueur, étend la compétence de la juridiction saisie de la procédure d'insolvabilité principale à toute action qui découle directement de la procédure d'insolvabilité et y est étroitement liée.

(88) C. trav. art. L 1235-3.

(89) G. Loiseau, « La responsabilité des tiers du fait de licenciement pour motif économique » : JCP S 2015 n^o 1278 ; A. Fabre, « Les vices et les vertus de la responsabilité pour faute dans les groupes de sociétés » : Cah. soc. barreau 2016 p. 473.

des coauteurs d'un même dommage, constitué ici par la perte de l'emploi, est tenu d'en réparer toutes les conséquences, sauf à répartir ensuite la part de chacun dans leurs rapports respectifs (90). Par ailleurs, dès lors que cette action ne repose pas sur les règles régissant l'exécution ou la rupture du contrat de travail, les délais de prescription prévus en la matière par le Code du travail n'ont pas vocation à s'appliquer. S'agissant d'une action en responsabilité extracontractuelle, elle devrait relever du délai de prescription quinquennal issu de l'article 2226 du Code civil.

B. La mise en cause du comportement de l'employeur

1. En général

36. Depuis une trentaine d'années, la chambre sociale reconnaît au salarié la possibilité de contester la cause de son licenciement pour motif économique, en prouvant que la situation de l'entreprise résulte d'une faute – ou d'une légèreté blâmable – de l'employeur. Cette jurisprudence s'est d'abord appliquée au motif du licenciement reposant sur les difficultés économiques de l'entreprise. En 1991, un premier arrêt a dit qu'un licenciement motivé par les difficultés économiques d'une association pouvait revêtir un caractère abusif lorsque cette situation était la conséquence d'une désorganisation de l'entreprise ayant conduit à son insolvabilité (91). L'année suivante, la chambre sociale a retenu que l'engagement d'un salarié par un contrat imposant une formation de douze mois, alors que l'employeur connaissait la situation économique obérée de l'entreprise ayant conduit au licenciement, caractérisait une légèreté blâmable ouvrant droit à l'indemnisation du préjudice subi à ce titre (92).

37. À partir de 2002, la jurisprudence s'est faite plus systématique, en admettant que, lorsque les difficultés économiques sont la conséquence d'une faute – ou d'une légèreté blâmable – de l'employeur, un licenciement prononcé pour un motif économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse, en particulier à propos d'un établissement bancaire dont la commission de contrôle des banques avait prononcé la liquidation, en raison des fautes commises par l'entreprise, cette sanction étant à l'origine de licenciements (93). Une limite a toutefois été fixée au contrôle exercé en la matière par le juge : il ne peut fonder une condamnation de l'employeur sur des erreurs de gestion ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise, en raison de la part d'indétermination et de risque que comporte toute décision et de la liberté d'entreprendre dont jouit l'employeur (94).

38. Ce qui a été jugé pour les difficultés économiques s'est aussi appliqué à cette autre cause de licenciement, mise en évidence par la jurisprudence, que constitue la cessation définitive

d'activité de l'employeur (95). Ici aussi, un comportement fautif de l'employeur conduisant à la fermeture de l'entreprise peut priver de cause réelle et sérieuse les licenciements prononcés à cette occasion, dès lors que ne sont pas seulement invoquées des fautes de gestion : refus injustifié de mettre aux normes une maison de retraite (96) ; cessation d'activité rapide et définitive, malgré de bons résultats, l'employeur cédant à une injonction de la société mère (97) ; fermeture de l'entreprise à seule fin de réaliser des économies et d'améliorer la rentabilité, au détriment des salariés (98) ; carence fautive de l'employeur ayant conduit à la perte de l'autorisation d'exploitation nécessaire à la poursuite de son activité (99) ; opérations financières anormales privant les filiales de capacités d'autofinancement suffisantes (100).

39. La difficulté est à chaque fois de distinguer la faute qui prive le licenciement de cause réelle et sérieuse, parce qu'elle est à l'origine des difficultés économiques ou de la cessation d'activité, de l'erreur de gestion ou de prévision qui n'a pas d'incidence sur la cause du licenciement. Il convient par ailleurs de démontrer que le manquement imputé à l'employeur a contribué à la situation qui est à l'origine des licenciements, autrement dit, établir le lien causal entre la faute de l'employeur et la perte de l'emploi.

40. Deux arrêts récents ont apporté des informations intéressantes. Dans un arrêt du 8 juillet 2020 (101), la chambre sociale admet que les salariés licenciés pour motif économique à la suite de la liquidation judiciaire de leur employeur puissent se prévaloir d'une faute de celui-ci pour contester la cause du licenciement. Si la plupart des décisions rendues par la chambre sociale en ce domaine concernaient des employeurs ne faisant pas l'objet d'une procédure collective, cette position n'était toutefois pas sans précédent puisqu'un arrêt avait cassé une décision ayant jugé un licenciement économique prononcé par un liquidateur judiciaire dépourvu de cause réelle et sérieuse, au motif qu'il n'était pas justifié d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur en rapport avec l'ouverture de la liquidation judiciaire. Mais cet arrêt, rendu par une formation restreinte, n'avait pas été publié (102). Par ailleurs, il est admis d'une manière plus générale que, nonobstant les effets de la procédure collective et les pouvoirs dévolus aux mandataires judiciaires, les salariés sont recevables à demander la réparation d'un préjudice qui leur est propre et qui, en l'occurrence, résulte de la perte de leur emploi. La seule raison qui aurait pu s'opposer à cette solution tiendrait au fait que, bien que la cause du licenciement soit indiscutable, en raison de l'état de cessation des paiements de l'employeur, le salarié licencié met ainsi en cause la légitimité de la rupture notifiée par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire, selon le cas, alors que le manquement invoqué ne lui est pas imputable. Mais on ne voit pas pourquoi les salariés licenciés, qui peuvent se prévaloir d'autres manquements

(90) Cass. 1^e civ. 20-6-2000 n° 97-22.660 F-P : Bull. civ. I n° 188 : « la condamnation du responsable d'un dommage à le réparer ne prive pas la victime de l'intérêt à agir contre les autres responsables du même dommage, tant qu'elle n'a pas effectivement reçu réparation ».

(91) Cass. soc. 9-10-1991 n° 89-41.705 P : RJS 11/91 n° 1194, Bull. civ. V n° 402, Dr. soc. 2008 p. 129 note J. Savatier. Le préjudice invoqué était ici constitué par la diminution de droits à participation et d'une chance de pouvoir bénéficier des mesures d'un plan social propre au groupe, du fait de fautes imputées à la société mère.

(92) Cass. soc. 26-2-1992 n° 90-40.364 F-D : RJS 4/12 n° 422.

(93) Cass. soc. 10-7-2002 n° 00-41.491 FS-D : RJS 11/02 n° 1216.

(94) Cass. soc. 14-12-2005 n° 03-44.380 F-PBR : RJS 2/06 n° 185, Bull. civ. V n° 365 : Rapport annuel, 2005, spéc. p. 267.

(95) Cass. soc. 16-1-2001 n° 98-44.647 FS-PB : RJS 3/01 n° 294, Bull. civ. V n° 10 : Rapport annuel, 2005, spéc. p. 357.

(96) Cass. soc. 10-5-2005 n° 03-40.620 F-D : RJS 7/05 n° 720.

(97) Cass. soc. 28-10-2008 n° 07-41.984 F-D : RJS 1/09 n° 24.

(98) Cass. soc. 1-2-2011 n° 10-30.045 F-PB : RJS 4/11 n° 305, Bull. civ. V n° 42, JCP S 2011 act. n° 79 note P. Morvan, RD trav. 2011 p. 168 note F. Géa, Dr. soc. 2011 p. 372 note G. Couturier.

(99) Cass. soc. 14-3-2012 n° 10-28.413 F-D.

(100) Cass. soc. 24-5-2018 n° 17-12.560 FS-PB : RJS 8-9/18 n° 534, Bull. civ. V n° 85, JCP S 2018 act. n° 167 note G. Loiseau, JCP S 2018 n° 1252 note Y. Pagnerre, RD trav. 2018 p. 523 note S. Vernac.

(101) Cass. soc. 8-7-2020 n° 18-26.140 FS-PB : RJS 10/20 n° 465, JCP S 2020 n° 3010 note L. Fin-Langer, Bull. Joly Travail septembre 2020 p. 24 note G. Duchange, RD trav. 2020 p. 676 note V. Ilieva, RJC nov./déc. 2020 n° 6 note S. Ranc.

(102) Cass. soc. 6-3-2019 n° 17-31.149 F-D : Gaz. Pal. 9-7-2019 jur. p. 70 note C. Gailhbaud.

de l'employeur faisant l'objet d'une procédure collective au soutien d'une demande indemnitaire, ne seraient pas recevables à discuter par cette voie le caractère réel et sérieux de la cause de la rupture du contrat de travail. L'arrêt retient, dans un motif de principe, qu'une cessation d'activité de l'entreprise consécutive à sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié du pouvoir d'invoquer une faute de l'employeur à l'origine de cette situation, pour contester ainsi l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Mais il rejette néanmoins le pourvoi dirigé contre une décision qui avait débouté les salariés en constatant que les juges du fond avaient exclu l'existence d'un lien causal entre les fautes de l'employeur (déclaration tardive de cessation des paiements et détournement d'actif du dirigeant social après l'ouverture de la procédure collective) et la liquidation judiciaire. S'agissant des faits de détournement d'actifs au profit d'une autre société imputés au dirigeant social et ayant conduit dans le cadre de la liquidation judiciaire à mettre à sa charge le montant de l'insuffisance d'actif, cette fraude ne pouvait avoir d'incidence sur la cause économique du licenciement puisqu'elle avait été commise après l'ouverture de la procédure collective. Le rejet de l'autre grief, tenant à l'absence de déclaration de la cessation des paiements, est en revanche plus discutable car la salariée invoquait à ce titre une légèreté blâmable ayant eu pour conséquence une ouverture tardive de la procédure collective, à la demande du ministère public, par suite du défaut de paiement des salaires et des charges. Or on serait enclin à considérer qu'une carence de plusieurs mois compromet nécessairement les chances de redressement de l'entreprise et, par là contribue aux licenciements ultérieurs. On peut observer que l'arrêt n'évoque que la faute de l'employeur et ne fait aucune référence au critère de la légèreté blâmable invoquée dans le moyen. Il ne semble pas que l'on puisse en déduire que cette notion est totalement abandonnée. Il ne s'agit en réalité que d'une des manifestations d'un comportement fautif, consistant à faire preuve d'impéritie, d'un manque de réflexion, d'une négligence sérieuse qui entraîne de graves conséquences pour le salarié (103). La référence dans cet arrêt à la seule faute de l'employeur (à laquelle il faudrait ajouter la fraude) semble plutôt procéder d'une volonté de simplification (104).

41. Dans un autre arrêt rendu le 4 novembre 2020 (105), le champ de la faute de l'employeur pouvant affecter la cause économique du licenciement a été étendu à la rupture du contrat résultant d'une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, alors que les arrêts antérieurs ne concernaient que les licenciements reposant sur des difficultés économiques ou sur la cessation d'activité de l'employeur. Cet arrêt, qui dans un attendu de principe ne fait également référence qu'à la faute de l'employeur, rappelle que, pour affecter la cause du licenciement, d'une part, cette faute doit être distinguée d'une erreur dans l'appréciation d'un risque inhérent à tout choix de gestion, d'autre part, qu'elle doit être à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise. La note explicative diffusée sur le site public de la Cour de cassation

insiste sur la nécessité de bien distinguer la faute de l'employeur ayant affecté la compétitivité de l'entreprise d'erreurs de gestion éventuelles, qui ne relèvent pas du contrôle de la juridiction du travail. Ainsi, en l'espèce, a été cassé un arrêt qui n'avait déduit l'existence d'une faute de l'employeur que de l'erreur commise dans la gestion des investissements par suite du choix de faire remonter des dividendes vers une société *holding*, afin de rembourser un emprunt résultant d'une opération de rachat avec effet levier (LBO), au détriment du financement d'investissements stratégiques. Les juges d'appel avaient ainsi pris en compte des choix de gestion de l'employeur affectant la capacité de l'entreprise à affronter un marché fortement concurrentiel, en la privant de ressources financières. Ces actes n'étaient pourtant pas très éloignés de ceux qui ont été reconnus comme fautifs dans des arrêts antérieurs (106). Mais l'arrêt d'appel ne prenait en considération que les effets désavantageux d'une opération de rachat d'entreprise intervenue dans le groupe, sans qu'un manquement de l'employeur à ses obligations soit vraiment caractérisé. Au-delà de cette motivation erronée des juges du fond, impropre à caractériser une faute distincte d'une erreur de gestion, la nouveauté que constitue l'application de cette jurisprudence à ce motif de licenciement ne peut surprendre car il n'y avait aucune raison d'en limiter l'application aux seules difficultés économiques et cessations d'activité. On pourrait aussi concevoir que cette réserve de la faute de l'employeur privant de cause le licenciement trouve aussi à s'appliquer à des ruptures motivées par une mutation technologique qui trouverait son origine dans une grave impéritie de l'employeur.

2. Pour les salariés licenciés investis d'un mandat protecteur

42. La compétence du juge du contrat de travail pour connaître d'une action indemnitaire formée par un salarié investi d'un mandat et licencié régulièrement après une autorisation de l'inspection du travail, sur le fondement d'une faute attribuée à l'employeur et affectant la cause de la rupture, dépend de l'étendue du contrôle qu'exercent cette administration et son juge sur le motif du licenciement.

43. La question s'est posée pour les salariés dont le licenciement a été autorisé en raison de leur inaptitude médicalement constatée et qui soutiennent que cet état est la conséquence d'un harcèlement ou d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. La chambre sociale a considéré en 2011 que l'autorisation de licenciement fondée sur l'inaptitude ne permettait pas au juge judiciaire de prononcer l'annulation du licenciement au motif que cette inaptitude résultait d'un harcèlement moral, sans méconnaître alors le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires (107), mais que le salarié licencié pouvait néanmoins prétendre à l'indemnisation du préjudice subi à ce titre (108). Par la suite, le Conseil d'État a jugé le 20 novembre 2013 (109) que la vérification de l'administration du travail ne s'étend pas en ce cas au contrôle de la cause de l'inaptitude, y compris

(103) ¹ G. Cornu, « Vocabulaire juridique » : PUF, coll. Quadrige. Le Rapport annuel de la Cour de cassation de 2005, commentant l'arrêt du 14 décembre 2005 (n° 03-44.380) relève que la légèreté blâmable « suppose une décision prise de manière inconsidérée en dépit des conséquences graves qu'elle peut entraîner ».

(104) G. Couturier, « La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés » : Dr. soc. 2011 p. 378. Pour l'auteur, il est évident que la légèreté blâmable est une sorte de faute. Adde P. Morvan, Restructurations en droit social : LexisNexis 2020 5^e éd., spéc. n° 798, selon qui « la légèreté blâmable n'est rien d'autre qu'une forme bénigne d'abus de droit occupant, dans l'échelle de ce type de faute, l'échelon supérieur voire équivalent à celui de l'absence

de motif légitime ».

(105) Cass. soc. 4-11-2020 n° 18-23.029 FS-PBRI : JCP S 2020 n° 3093 note Q. Chatelier.

(106) Voir not. Cass. soc. 24-5-2018, précité.

(107) Cass. soc. 15-11-2011 n° 10-18.417 FS-PBR : RJS 2/12 n° 173, Bull. civ. V n° 260, JCP G 2011 n° 1355 note Dedessus-le-Moustier, Gaz. Pal. 16-17 décembre 2011 p. 42 note B. Boubli, Dr. soc. 2012 p. 105 note Ch. Radé.

(108) Cass. soc. 15-11-2011 n° 10-30.463 FS-PBR : RJS 2/12 n° 173, Bull. civ. V n° 261 ; Cass. soc. 15-11-2011 n° 10-18.417 FS-PBR : RJS 2/12 n° 173, Bull. civ. V n° 260 ; Rapport annuel, 2011, spéc. p. 452.

(109) CE 20-11-2013 n° 340591, Capbern : RJS 2/14 n° 149, note Y. Struillou.

lorsqu'un harcèlement moral est invoqué, qui pourrait entraîner la nullité de la rupture, de sorte qu'une décision d'autorisation de licenciement motivée par son inaptitude ne prive pas le salarié licencié de la possibilité de faire valoir devant les juridictions compétentes les droits résultant de l'origine de l'inaptitude. La chambre sociale a alors reconnu au salarié licencié dans ces conditions le droit à une réparation du préjudice lié à la perte de son emploi (110). Ce même droit à une indemnisation compensant le préjudice causé par la perte de l'emploi a été admis lorsque l'inaptitude est la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (111). Et, par la suite, la chambre sociale a même reconnu à la juridiction du travail le pouvoir d'accorder en ce cas des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, nonobstant l'autorisation de licencier donnée par l'administration du travail pour cause d'inaptitude (112).

44. La même question s'est également posée lorsque le licenciement autorisé est fondé sur une cause économique. Dans un arrêt du 8 avril 2013 (113), le Conseil d'État a posé une limite similaire aux pouvoirs de l'administration du travail. Il a en effet retenu qu'en cas de licenciement motivé par la cessation d'activité de l'employeur il n'incombait pas à l'administration du travail de rechercher si la cessation d'activité est due à une faute ou une légèreté blâmable de l'employeur, une décision d'autorisation ne privant pas le salarié licencié du droit de mettre en cause devant la juridiction compétente la responsabilité de l'employeur, en demandant réparation des préjudices causés par la faute ou la légèreté blâmable dans l'exécution du contrat de travail. C'est également dans ce sens que se prononce l'arrêt du 25 novembre 2020 (114). Les salariés licenciés après autorisation de l'inspection du travail, à la suite de la cessation d'activité de l'entreprise, demandaient réparation du préjudice que leur avait occasionné une faute qu'ils attribuaient à leur employeur et qui, selon eux, était à l'origine de cette situation

et de la perte de leur emploi. Pour rejeter cette prétention, la cour d'appel s'était fondée sur le fait que le préjudice invoqué était lié à la perte de l'emploi, consécutive à un licenciement autorisé par l'administration du travail, en sorte que les juridictions judiciaires ne pouvaient apprécier sa cause. Le motif de cassation s'inspire de la motivation du Conseil d'État pour rappeler que l'autorisation administrative de licenciement n'empêche pas le salarié de mettre en cause, devant le juge compétent, la responsabilité de l'employeur, en demandant réparation des préjudices causés par une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, y compris le préjudice résultant de la perte de l'emploi. L'arrêt s'écarte ainsi de l'avis de l'Avocat général, selon lequel la recherche par le juge judiciaire de l'origine de la cause économique du licenciement pourrait le conduire à juger ce licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse alors que la réalité de cette cause a été reconnue par l'administration du travail, l'examen d'une faute éventuelle de l'employeur étant inséparable de l'appréciation de la cause économique du licenciement, vérifiée par l'administration et le juge administratif. Cependant, à partir du moment où le Conseil d'État a dit que l'autorisation de licenciement pour motif économique permettait encore au salarié de demander réparation du préjudice causé par une faute ou une légèreté blâmable de l'employeur, parce que cet aspect du licenciement échappe au contrôle de l'administration du travail, qui n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'origine éventuellement fautive de la cessation d'activité, c'est-à-dire de remonter en deçà de la cause économique constatée, aucune raison tirée du principe de la séparation des pouvoirs ne pouvait empêcher le juge du contrat de travail de statuer sur l'existence d'une faute de l'employeur, échappant au contrôle de l'administration, de vérifier si cette faute est à l'origine de la fermeture de l'entreprise et, dans l'affirmative, de réparer les effets dommageables de ce manquement y compris au titre de la perte de l'emploi qui en est résultée.

(110) Cass. soc. 27-11-2013 n° 12-20.301 FS-PB : *ibid.* note Y. Struillou, Bull. civ. V n° 286, Rapport annuel 2013, spéc. p. 567.

(111) Cass. soc. 29-6-2017 n° 15-15.775 FS-PB : RJS 10/17 n° 688, Bull. civ. V n° 108.

(112) Cass. soc. 17-10-2018 n° 17-17.985 FS-PB : RJS 1/19 n° 37, JCP S 2018 n° 1391 note C. Leborgne-Ingelaere.

(113) CE 8-4-2013 n° 348559 : RJS 7/13 n° 551, RD trav. 2013 p. 394 concl. G. Dumortier ; *ibid.*, p. 406 note T. Sachs. Adde F. Géa, « La cause fautive du licenciement (au miroir des jurisprudences judiciaire et administrative) », *op. cit.*

(114) Cass. soc. 25-11-2020 n° 18-13.771 FP-PBI et 18-13.772 FP-PBI : RJS 2/21 n° xx.