

Le coemploi vu depuis le droit administratif

Remerciements. Avant toute chose, je tiens à remercier plusieurs personnes. D'abord, un grand merci à l'ensemble des participants qui ont répondu favorablement à notre invitation, et peut-être un peu plus particulièrement à une participante de « qualité » administrative qui a accepté au pied levé – cette semaine – de nous rejoindre. Je remercie aussi Monsieur le Professeur Gilles Auzero et le Doyen Pierre Bailly avec qui nous avons co-construit ce colloque. Plus généralement, ce colloque s'inscrit dans un partenariat renforcé – 100 % Sud-Ouest – entre les Universités de Bordeaux et de Toulouse. Au passage, j'indique publiquement que le Professeur Gilles Auzero s'est engagé à ce que le prochain colloque se déroule à Toulouse. Enfin, je remercie Héloïse Lamirault et Julie Zambo qui nous ont beaucoup aidés s'agissant de l'organisation de ce colloque.

L'origine de la rencontre. L'idée d'observer la notion de coemploi depuis le droit administratif provient des « à-côtés » des arrêts rendus par la Cour de cassation. L'observateur vigilant sait qu'il ne faut pas les négliger. Il y a d'abord les « à-côtés » normatifs, c'est-à-dire les compléments de décisions. À la suite de l'arrêt *Molex* du 2 juillet 2014, la Cour de cassation a d'abord fait référence aux termes de « véritable employeur » dans son Mensuel de droit du travail. Il semble qu'elle faisait alors moins référence au droit administratif, mais plutôt à l'image travailliste d'un employeur dépourvu de toute autonomie. Le renvoi au droit administratif a véritablement été intentionnel avec la note explicative de l'arrêt AGC du 25 novembre 2020, selon laquelle « cette nouvelle définition [du coemploi], [...], se rapproche de la notion de transparence de la personne morale utilisée par le Conseil d'État ». En réalité, ce n'était pas la première fois que le coemploi rencontrait le droit administratif. La rencontre originelle a été plus officieuse. Elle résulte des « à-côtés » institutionnels des Hautes juridictions, plus précisément d'une réunion du groupe traditionnel de travail entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, précédant un arrêt du 17 octobre 2016, au cours de laquelle a été évoquée la notion de coemploi en matière de plan de sauvegarde de l'emploi.

La raison de la rencontre. Le protagoniste à l'origine de la rencontre entre le coemploi et le droit administratif est le législateur qui, avec la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, a confié le contrôle des PSE à l'administration du travail et par conséquent à son juge

« naturel », le juge administratif. Les PSE et le coemploi se situent à l'interface d'une seule et même « pièce » du droit du travail, en l'occurrence le licenciement pour motif économique. La rencontre était inévitable. Pourtant, à en croire certains hauts magistrats, cette rencontre n'ira pas jusqu'à une union officielle. À ce jour, ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'État n'entendent aligner la notion de coemploi sur celle administrative de personne morale transparente dont découle le véritable employeur. Pourtant, certains auteurs considèrent que la coexistence de deux notions similaires issues de deux branches du droit complexifierait notre système juridique voire aboutirait à des contradictions notamment de jurisprudence. Nous pensons au contraire que si les notions de coemploi et de véritable employeur se rapprochent, elles ne se confondent pas pour autant, ce qui justifie leur distinction et leur coexistence.

Vocabulaire et grammaire du pouvoir. En effet, si les termes de coemploi et de véritable employeur sont différents, leur grammaire reste fondamentalement la même. Il s'agit de saisir des relations abusives de pouvoir qui se glissent dans et derrière les formes juridiques dont sont dotées les organisations. Pour le dire autrement, l'objet d'étude – l'exercice du pouvoir – est identique, mais les points de vue d'analyse divergent. En matière de PSE, l'analyse du juge administratif procède de l'acte administratif pour aller vers l'employeur sans se tourner vers les salariés concernés par le PSE. Plus trivialement, le juge administratif contrôle que l'employeur qui se présente au « guichet » de l'administration n'a pas été envoyé par ou à la place d'un autre employeur. En matière de coemploi, l'analyse part des rapports entre deux personnes morales pour ensuite imputer des obligations patronales à l'encontre d'un employeur supplémentaire. L'analyse du même objet mais à partir de deux points de vue différents expliquent la distinction entre le coemploi et le véritable employeur. La coexistence de deux notions issues pour l'une du droit privé, pour l'autre du droit public, n'empêche pas de comparer ces deux notions, d'abord pour mieux les comprendre (I), et ensuite pour mieux les articuler (II).

I : Le coemploi *aux côtés* du véritable employeur

II : La répartition des compétences juridictionnelles

I : Le coemploi aux côtés du véritable employeur

Les origines des notions administratives. Avant de confronter le coemploi à la personne morale transparente dont découle le véritable employeur, il convient au préalable de présenter en quelques mots ces deux notions administratives. Le Tribunal des Conflits dans un arrêt du 6 juillet 2020 a refusé de requalifier une association en une personne morale transparente. 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) ». La notion de personne morale transparente permet donc au juge administratif de révéler les « faux-nez » de l'administration, de leur appliquer le droit administratif et accessoirement d'attribuer la compétence à l'ordre administratif.

L'utilisation par le juge administratif de la théorie de la personne morale transparente pour désigner le véritable employeur a été tardive. Dans un avis du 16 mai 2001 relatif à des contrats aidés, le Conseil d'État a d'abord fondé le véritable employeur sur la technique du mandat, avant finalement, dans deux arrêts datant des années 2010, de rattacher le véritable employeur à la théorie de la personne morale transparente s'agissant de la prise en compte de l'ancienneté d'un agent public en matière de retraite ou de titularisation. Si la transparence de la personne morale n'apparaît pas explicitement dans ces deux derniers arrêts, le Conseil d'État ne caractérise plus le véritable employeur à travers les conditions d'exécution du contrat de travail (lien de subordination) mais grâce aux liens entre l'association créée par la personne morale de droit public et cette dernière. Transposée en matière de contrôle du PSE, la notion de personne morale transparente permet de révéler le « véritable employeur » à l'origine de la demande d'homologation ou de validation du PSE.

Les présentations désormais faites, il nous reste à comparer le véritable employeur avec le coemploi. Chacun connaît le fameux dicton selon lequel « qui se ressemble, s'assemble » (A).

Encore faut-il pour s'assembler, véritablement se ressembler ; ce qui encore une fois n'est pas le cas entre le coemploi et le véritable employeur (B).

A : Les ressemblances

La même fonction ! Réduits à tort à une technique d'indemnisation, le coemploi et le véritable employeur sont avant tout une technique d'imputation des obligations légales en droit du travail, condamnant l'utilisation abusive de la personnalité morale.

Le même fondement ? La fictivité pourrait être à l'origine de la personne morale transparente. Selon certains auteurs, il existerait plusieurs degrés dans la théorie administrative de la transparence dont le plus élevé serait la fictivité de la personne morale. Cela rejoindrait les propositions du Professeur Gilles Auzero qui plaide depuis longtemps pour l'assimilation du coemploi à la fictivité. Mais chacun le sait, le Conseil d'État et la Cour de cassation ne se sont jamais expressément prononcés en faveur de la fictivité.

Si le coemploi et le véritable employeur se ressemblent, ils ne s'assemblent pas pour autant.

B : Les dissemblances

Des méthodes de caractérisation différentes. À l'instar du coemploi, la théorie de la transparence a été critiquée dès son origine par une partie de la doctrine administrative. La technique du faisceau d'indices aurait rendu l'application de cette théorie trop aléatoire. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État, dans un arrêt du 21 mars 2007 dit *Commune de Boulogne-Billancourt* a posé quatre critères cumulatifs pour rendre la personne morale transparente : 1) la personne morale de droit privé doit être créée par une personne morale de droit public (critère de constitution) ; 2 et 3) le mode d'organisation et de fonctionnement doivent être sous le contrôle de la personne de droit public (critères organique et fonctionnel) ; 4) la personne de droit public doit procurer l'essentiel des ressources financières (critère financier). Le caractère cumulatif de ces critères réduit le champ d'application de la transparence et rejoint ainsi la caractérisation exceptionnelle du coemploi.

Le coemploi repose quant à lui sur la technique du faisceau d'indices. Plusieurs arguments plaident en faveur de cette méthode. D'abord, la technique du faisceau d'indices n'entraîne pas nécessairement une application aléatoire du coemploi, preuve en est le dernier état resserré de la jurisprudence en la matière. Ensuite, cette technique est familière pour le juge prud'homal qui l'utilise pour caractériser le lien de subordination. Enfin et surtout, elle permet d'adapter le coemploi à l'évolution perpétuelle des montages sociétaires auquel il est confronté.

Si on revient au juge administratif, celui-ci semble s'être rendu compte récemment des vertus de la technique du faisceau d'indices. Dans un arrêt du 17 octobre 2016, *Société G Participation*, le Conseil d'État a eu recours aux mêmes critères que ceux du coemploi pour exclure la qualité de véritable employeur en matière de PSE à l'encontre d'une société mère. Plus précisément, les requérant invoquaient la détention du capital de la filiale par la société mère ; l'état de domination économique en résultant ; le fait que la politique du groupe, déterminée par la société mère, avait eu une incidence sur l'activité économique et sociale de sa filiale, et que la société mère avait pris dans ce cadre des décisions affectant son devenir ; le recours à des mises à disposition de personnel entre ces sociétés ; et, enfin, l'existence d'un recouvrement des marchés et produits entre la filiale et une autre société du groupe. Pour le Conseil d'État, ces circonstances ne sont pas de nature à établir que la société mère aurait dû être regardée comme étant le véritable employeur des salariés de la filiale. Ces indices sont tout aussi insuffisants à caractériser le coemploi. Le Conseil d'État s'écarte donc des quatre critères cumulatifs de la transparence issu de la jurisprudence *Commune de Boulogne-Billancourt* et revient vers la technique du faisceau d'indices pour déceler le véritable employeur en matière de PSE.

Finalement, *a priori* différentes, les méthodes de caractérisation se rejoignent. Il ne nous reste que les effets pour bien distinguer le véritable employeur et le coemploi.

Des effets différents. La différence fondamentale entre le coemploi et le véritable employeur concerne leurs effets. Alors que la notion de véritable employeur permet de substituer une personne morale à une autre, le coemployeur ajoute une partie au contrat de travail. Cette différence entre la substitution d'employeur et son adjonction se comprend à nouveau grâce

à la nature du litige dont il est question. Ce n'est pas tant que le juge administratif ne peut pas concevoir un contrat de travail avec plusieurs employeurs, mais c'est qu'il est, en matière d'homologation ou de validation du PSE ou d'autorisation du licenciement d'un salarié protégé, le juge d'un acte administratif qui ne peut avoir qu'un seul et unique destinataire.

S'agissant toujours des effets, précisons que le champ d'application du coemploi est réduit à ce jour au licenciement pour motif économique, tandis que le véritable employeur peut potentiellement déployer ses effets en droit du travail pris dans son intégralité.

Dissemblant donc, le coemploi et le véritable employeur ne peuvent pas être « fondus » en une seule et même notion. Il nous reste à déterminer leurs compétences juridictionnelles respectives.

II : La répartition des compétences juridictionnelles

Dans la mesure où le coemploi et le véritable employeur sont deux notions distinctes issues pour l'une du droit privé et pour l'autre du droit public, il n'y a pas à proprement parler de conflit de compétences (A). La difficulté provient toutefois des interfaces où les deux notions se chevauchent (B).

A : La compétence juridictionnelle découlant du fond du droit applicable

Notion de droit privé, la compétence en matière de coemploi devrait être réservée au juge judiciaire ; réciproquement, la compétence du véritable employeur, au juge administratif.

Le coemploi, une compétence à réserver au juge judiciaire. À ce jour, rien ne semble empêcher l'administration du travail de se prononcer sur le coemploi. En effet, la doctrine administrative de la Direction générale du travail (DGT) est favorable à ce que l'inspecteur du travail puisse procéder à un tel contrôle lors du licenciement d'un salarié protégé. En outre, une interprétation *a contrario* d'un arrêt du 30 septembre 2015 de la Cour de cassation penche en faveur d'un partage de compétence entre les ordres juridictionnels. En l'espèce, l'existence d'un coemployeur relevait du contrôle du juge judiciaire car « la décision

administrative qui avait autorisé le licenciement du salarié, ne s'était pas prononcée sur une situation de coemploi ». *A contrario* donc, si l'administration du travail avait exercé le contrôle de l'existence d'un coemployeur, le juge judiciaire aurait été incompétent.

Une autre interprétation de cet arrêt semble envisageable : les juges du fond avaient relevé que l'administration avait eu connaissance du moyen relatif au coemploi et qu'elle ne s'est pas prononcée dessus. Autrement dit, l'administration avait considéré que le moyen relatif au coemploi était inopérant devant elle, car il relevait de la compétence exclusive du juge judiciaire.

Plusieurs arguments militent en faveur d'une compétence réservée au juge judiciaire en matière de coemploi. D'abord, cette solution aurait le mérite de la clarté et de l'efficacité. À défaut, il faudrait distinguer selon que l'inspecteur du travail s'est prononcé ou non sur l'existence d'un coemployeur, avec les risques de divergences jurisprudentielles que cela comporte. Ensuite, aucun texte légal ou réglementaire n'enjoigne à l'administration du travail de contrôler l'existence d'un coemployeur que ce soit en matière de licenciement d'un salarié protégé ou en matière de PSE. Plus généralement, s'agissant de l'adjonction d'un tiers soit au contrat de travail soit à la relation de travail – on pense évidemment à la responsabilité civile délictuelle de la société mère – ne faudrait-il pas réserver cette compétence au juge judiciaire ?

[Enfin, l'on pourrait s'inspirer de la répartition juridictionnelle dans deux hypothèses relatives au licenciement pour motif économique.

Le coemploi, moyen inopérant en matière de cessation d'activité et de PSE. En matière de licenciement économique d'un salarié protégé, il n'appartient pas à l'administration du travail de rechercher si la cessation d'activité est due à la faute ou à la légèreté blâmable de l'employeur. Le contrôle de la cause de la cessation d'activité relève de la compétence exclusive du juge judiciaire. Dans un arrêt du 3 mai 2017, le Conseil d'État a refusé de se placer sur le terrain du coemploi en matière de cessation d'activité, comme pourtant le soulevaient les salariés protégés dans leur moyen. Le Conseil d'État préfère « redresser » ce moyen sous l'angle du véritable employeur. Le juge administratif refusant de contrôler l'existence d'un

coemployeur en matière de cessation d'activité, c'est au juge judiciaire de procéder à un tel contrôle. C'est ce dernier qui devrait procéder à un tel contrôle pour l'ensemble des causes économiques.

Dans un autre arrêt du 17 octobre 2016, dit *Société G Participation*, le Conseil d'État avait procédé au même raisonnement en matière de PSE en « redressant » le moyen relatif au coemploi sous l'angle du véritable employeur].

Transition. Si le juge administratif est incompétent pour contrôler l'existence d'un coemployeur, le juge judiciaire est tout autant incompétent pour contrôler le véritable employeur.

Le véritable employeur, une notion réservée au juge administratif. La Cour de cassation n'applique pas quant à elle la notion de véritable employeur. Encore une fois, son point de vue n'est pas le même. Selon elle, les agents de personnes morales de droit privé relèvent du droit privé et par conséquent du juge judiciaire. Réciproquement, les agents de personnes morales de droit public relèvent du droit public et du juge administratif.

Dans un arrêt du 6 avril 2016, La Cour de cassation a rappelé que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique sont des agents de droit public, quel que soit leur emploi », tout en précisant que « l'action engagée par la salariée d'un organisme de droit privé à l'encontre d'une telle personne publique, fondée sur l'immixtion de cette dernière dans la gestion de la personne privée, et sur la reconnaissance par voie de conséquence de la qualité de coemployeur, relève de la compétence des juridictions administratives ». Dans cette affaire, la Cour de cassation reconnaît que le juge administratif puisse contrôler une situation de coemploi dans sa « version administrative », c'est-à-dire l'immixtion d'une personne morale de droit public à l'encontre d'une personne morale de droit privé. Il aurait été préférable d'invoquer le véritable employeur, mieux connu du juge administratif. En effet, le coemploi nous semble difficilement transposable à une relation triangulaire de travail entre un salarié, un employeur de droit privé et une personne morale de droit public.

Si chaque notion dispose de son propre juge, il nous reste à organiser les chevauchements.

B : L'articulation des compétences juridictionnelles

L'application du principe de cohérence. On l'a dit, le véritable employeur et le coemploi étant deux notions distinctes appartenant pour l'une au droit public, pour l'autre au droit privé, il ne peut pas y avoir à proprement parler de divergence de jurisprudence, pas plus qu'il ne peut y avoir d'autorité de la chose décidée par l'administration du travail ou de la chose jugée par le juge administratif tenant le juge judiciaire. Pourtant, il serait regrettable que le juge administratif parvienne à caractériser un véritable employeur tandis que le juge judiciaire constate l'inexistence d'un coemployeur, et *vice versa*.

Un arrêt intéressant du 30 juin 2004 de la chambre criminelle de la Cour de cassation avait décidé que les juges du fond ne pouvaient pas relaxer du chef de favoritisme un président de conseil général, par ailleurs président d'une association, « sans se contredire ou au mieux s'en expliquer », alors qu'ils avaient relevé qu'une association avait été déclarée transparente par une chambre régionale des comptes. Autrement dit, le juge pénal n'est certes pas tenu par l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative, mais il doit *a minima* se justifier si sa décision est contraire. Transparaît ici un principe cher au dialogue entre le Cour de cassation et le Conseil d'État, en l'occurrence le principe de cohérence. L'utilisation des mêmes critères de caractérisation pour le coemploi et le véritable employeur en matière de licenciement pour motif économique permettrait d'atteindre un tel principe.