

Coemploi sociétaire et fictivité : vers une clarification ?

Issu de Bulletin Joly Travail - n°07-08 - page 7

Date de parution : 01/07/2021

Id : BJT200i0

Réf : BJT juill. 2021, n° 200i0, p. 7

Auteur :

Quentin Chatelier, doctorant, juriste au sein du cabinet Economie Avocats

La chambre sociale de la Cour de cassation impose avec constance une approche restrictive du coemploisociétaire. Prenant acte de cette direction jurisprudentielle, la cour d'appel de Nancy opère, dans un arrêt du 27 mai 2021, une assimilation entre la « perte totale d'autonomie d'action » de la société dominée et l'abus de sa personnalité morale par la société dominante. La référence explicite à la fictivité consacre pour la première fois une proposition doctrinale. Son appropriation prétorienne pourrait permettre de finaliser la construction du coemploi sociétaire en envisageant son régime juridique sous un jour nouveau.

CA Nancy, 27 mai 2021, n° [20/00027](#)

Extrait :

« Le coemploi se caractérise par une immixtion permanente de la société mère dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière, au point que sa personnalité morale est de fait fictive.

En l'espèce, le fait que la société AHR ait pu donner des consignes en matière de réduction de prix au bénéfice de certains clients et que les sociétés AHR et ORP étaient dirigées par la même personne est insuffisant pour caractériser l'immixtion permanente, qui doit se traduire par une gestion quotidienne de la société employeur par la société mère, la première disparaissant derrière la seconde.

Quant à la signature des documents adressés aux salariés protégés, ils ne pouvaient être signés par la société ORP qui avait cessé d'exister au moment de l'envoi desdits documents.

Le salarié n'apporte dès lors aucun élément permettant de caractériser une situation de coemploi.

Le salarié invoque également le « siphonage » volontaire de la société ORP par la société AHR qui a délibérément provoqué sa disparition, pour dire que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

En dehors d'une situation de coemploi, la seule voie ouverte pour le salarié reprochant à la société AHR d'avoir provoqué la déconfiture d'ORP est celle de la recherche de responsabilité quasi-délictuelle de la société AHR afin d'obtenir d'éventuels dommages et intérêts. »

CA Nancy, 27 mai 2021, n° [20/00027](#)

Véritablement né à la fin des années 2000 ([Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42551](#) ; [Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69199](#) ; [Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12278 à 10-13486](#)), le coemploi *sociétaire* se présente comme un serpent de mer jurisprudentiel. À plusieurs reprises, la chambre sociale de la Cour de cassation est intervenue pour fixer sa définition : de l'arrêt *Molex* ([Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15208 et a.](#)) à l'arrêt *AGC* ([Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 18-13769](#)), en passant par l'arrêt *3 Suisses* ([Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-15481 à 15-15545](#)). L'arrêt commenté s'inscrit dans cette continuité. Son contexte factuel relève d'une grande banalité. En l'espèce, un salarié était engagé en qualité de chauffeur livreur, par contrat de travail à durée indéterminée, au sein d'une entreprise opérant dans le secteur pharmaceutique. Au début des années 2000, faisant face à des difficultés économiques importantes, l'employeur était placé en redressement judiciaire. À cette occasion, il devenait une société dominée au sein du groupe d'assurance l'ayant acquis. Plusieurs années après cette opération sociétaire, l'employeur décidait de mettre en place un projet de restructuration aboutissant au licenciement économique du salarié. Ce dernier saisissait le conseil de prud'hommes de différentes demandes portant notamment sur la nullité de son licenciement. À cette occasion, il invoquait l'existence d'une situation de coemploi *sociétaire* entre la société dominante et son employeur, société dominée. Le salarié avait ainsi pour ambition de faire condamner solidairement la société dominante afin de se garantir l'existence d'un débiteur solvable. Il invoquait également un comportement fautif de la société dominante. Son présumé « siphonage » volontaire de la société dominée priverait le licenciement prononcé par cette dernière de cause réelle et sérieuse. Le litige était finalement porté devant la cour d'appel de Nancy. Celle-ci, à l'occasion de l'arrêt commenté et dans un autre arrêt répondant à des demandes similaires soulevées par d'autres salariés licenciés ([CA Nancy, 20 mai 2021, n° 20/00025](#)), va procéder en deux temps : 1) en rejetant la demande relative au coemploi *sociétaire* dans des termes emportant la conviction ; 2) en refusant d'envisager la faute éventuelle de la société dominante comme un moyen de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse.

L'ambiguïté. Sur le coemploi *sociétaire*, la formulation choisie par la cour d'appel de Nancy se veut catégorique : « le salarié n'apporte aucun élément permettant de caractériser une situation de coemploi ». Le contexte jurisprudentiel est favorable à une telle conclusion. Par un arrêt *AGC* rendu le 25 novembre 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation a posé une nouvelle définition du coemploi *sociétaire* ayant pour ambition affichée de « préciser les critères applicables » : celle-ci repose désormais sur la démonstration d'une « immixtion permanente » de la société dominante dans la « gestion économique et sociale » de la société dominée, conduisant à la « perte totale d'autonomie d'action » de cette dernière ([Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 18-13769](#)). L'ambition portée par cette nouvelle intervention de la Cour régulatrice est de tarir les reconnaissances de coemploi *sociétaire* par les juridictions du fond, trop nombreuses à son goût. Elle entend imposer son approche restrictive de la neutralisation du « principe d'indépendance juridique des personnes morales » (note explicative) que constitue le coemploi *sociétaire*. Son caractère exceptionnel ne peut plus être nié. Seules les situations pathologiques, au sein de groupes de sociétés ne respectant pas le minimum d'autonomie de ses entités dominées, ont vocation à être saisies. Les premiers arrêts d'appel rendus suite à l'arrêt *AGC* semblent démontrer une adhésion à cette philosophie (v. par ex. [CA Paris, 5 mai 2021, n° 20/04201](#) ; [CA Montpellier, 5 mai 2021, n° 17/00644](#) ; [CA Lyon, 5 mai 2021, n° 18/0328](#) ; [CA Paris, 10 juin 2021, n° 19/11013](#) ; [CA Rennes, 10 juin 2021, n° 18/04586](#)). À nouveau, la thèse du professeur Auzero se trouve confortée (G. Auzero, « Le coemploi bouge encore ! », *SSL* n° 1936, 11 janv. 2021). Elle consiste en un « rapprochement » (G. Auzero, « La nature juridique du lien de co-emploi », *SSL* n°1600, 7 oct. 2013) entre la situation révélatrice d'un

coemploi *sociétaire* et la fictivité de la société dominée utilisée dans d'autres branches du droit. Répétée à plusieurs reprises depuis l'arrêt *Molex* (G. Auzero, « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », RDT 2016, p.27 ; G. Auzero, « Coemploi : les juges du fond ne désarment pas ! », RDT 2017, p.790 ; G. Auzero, « Coemploi : rien de nouveau... », Semaine Sociale Lamy, n°1756, 13 févr. 2017 ; G. Auzero, « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », Droit Social 2019, p. 485), elle séduit désormais de nombreux auteurs. Incontestablement (v. *contra*. G. Duchange, « Le coemploi réduit à « l'immixtion permanente » : explications prétorienne et perspectives à venir », BJT janv. 2021, n° 114r7, p. 21), le lien entre coemploi *sociétaire* et abus de personnalité morale se renforce à compter du 25 novembre 2020. Tant l'exigence d'une « immixtion permanente » que la recherche d'une « perte totale d'autonomie d'action » vont en ce sens. Dans la note explicative accompagnant l'arrêt *AGC*, les termes choisis confirment, voire renforcent, cette impression. Par exemple : 1) la nouvelle définition du coemploi *sociétaire* « se rapproche de la notion de transparence de la personne morale utilisée par le Conseil d'État » ; 2) la société dominée ne doit pas « dispose[r] du pouvoir réel de conduire ses affaires » ; 3) la société dominante doit « agir véritablement de façon permanente en lieu et place » de la société dominée. Le message semble reçu par la majorité des juridictions du fond. Lorsqu'un coemploi *sociétaire* est qualifié, il est régulièrement utilisé un vocabulaire s'apparentant à la mise en lumière d'un abus de personnalité morale. Par exemple, la cour d'appel de Rouen considère que les salariés de la société dominée ne disposaient « ni [d]es qualifications, ni [d]es attributions leur permettant d'assurer la vie de l'entreprise de manière autonome » (CA Rouen, 3 juin 2021, n° 18/04100). Les mots ne sont toutefois (toujours) pas prononcés. Malgré une invitation doctrinale prenant de l'ampleur, la Cour de cassation se refuse ostensiblement à opérer une analogie avec les différentes manifestations de l'abus de personnalité morale. Pourtant, celles-ci permettent de faire abstraction des frontières sociétaires, notamment au sein des groupes de sociétés. L'assemblée plénière de la Cour de cassation en identifie trois : la fictivité, la confusion de patrimoines et l'immixtion créant une apparence trompeuse (Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11056). Si la dernière fait débat dans le cadre du coemploi *sociétaire*, les deux premiers apparaissent comme des fondements solides (rapp. C. com., art. L. 621-2) à cette construction prétorienne dépourvue de toute justification textuelle. L'arrêt commenté décide de s'emparer du sujet afin d'y apporter une utile clarification.

La clarification. À cet implicite entretenu par la chambre sociale de la Cour de cassation, la cour d'appel de Nancy va préférer l'explicite. Il s'agit de son principal apport. L'attendu de principe de l'arrêt *AGC* est reformulé, mais il est surtout complété : « le coemploi se caractérise par une immixtion permanente de la société mère dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière, au point que sa personnalité morale est de fait fictive ». La société dominée en situation de coemploi *sociétaire* serait donc une entité fictive. Une première interrogation émerge. Qu'entendre par « personnalité morale de fait fictive » ? L'arrêt commenté n'apporte pas de précisions complémentaires. Le législateur ne définit pas non plus la société fictive. Ses contours sont liés à une appréciation *in concreto* écartant toute volonté de systématisation. Une certitude s'impose néanmoins : la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation est marquée par une grande fermeté (v. par ex. Cass. com., 5 avr. 1994, n° 92-15556 ; Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-24161). Pour le professeur Saint-Alary-Houin, il s'agit ni plus ni moins d'une « négation *ab initio* de la personnalité morale » (C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 11^e éd., 2018, n° 448). À l'évidence, cette conception de la fictivité la rapproche des situations permettant de qualifier un coemploi *sociétaire*. Il s'agit, à chaque fois, de démontrer que la société dominée ne constitue qu'une « business unit » (Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-15481 à 15-15545) ou une « société de façade » (rapp. Cass. com., 28 nov. 1989, n° 88-16082) à la main de la société dominante. Par ailleurs, si la référence directe à la fictivité de la société dominée emporte la conviction, est-elle suffisante ? Des auteurs se sont positionnés en faveur de l'assimilation du coemploi *sociétaire* à la manifestation d'un abus de personnalité morale au-delà de la seule fictivité (v. not. Y. Pagnerre, « De la fictivité comme critère du coemploi, certes mais pas que... », RDT 2016, n° 3, p. 125). L'enjeu porte principalement sur la confusion de patrimoines, motif d'extension de la procédure collective aux côtés de la fictivité (C. com., art. L. 621-2). Dans une série d'arrêts finalement cassés par la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-28150 à 17-28174), la cour d'appel de Douai (CA Douai, 29 sept. 2017, n° 15/01771 et s.) choisissait de se référer ouvertement à la confusion de patrimoines et à ses critères de reconnaissance pour qualifier un coemploi *sociétaire*. Le raisonnement retenu par la cour d'appel de Douai est qualifié de « judicieux » par le professeur Auzero (G. Auzero, « Coemploi : les juges du fond ne désarment pas », RDT 2017, n° 12, p. 790). L'arrêt commenté pourrait se combiner avec lui pour faire émerger une philosophie commune : le coemploi *sociétaire* constitue la réponse travailliste à un abus de personnalité morale commis par la société dominante, prenant la forme d'une fictivité de la société dominée ou/et d'une confusion des patrimoines. À l'occasion d'un éventuel pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy, la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait l'affirmer afin de sortir d'une ambiguïté résiduelle maintenue par la formulation de l'arrêt *AGC*. Celle-ci permet à certaines cours d'appel de maintenir une approche élargie du coemploisociétaire pourtant ouvertement condamnée par la Cour régulatrice (v. not. CA Bourges, 19 févr. 2021, n° 18/00303 et a. ; CA Limoges, 15 mars 2021, n° 19/00888). Cette nouvelle intervention aurait pour ambition de clore (définitivement ?) le débat sur la définition du coemploi *sociétaire*. Dans cette hypothèse, les questionnements autour de son régime juridique pourraient rapidement prendre le relais. À nouveau, l'arrêt commenté ouvre des perspectives.

Le véritable employeur. La cour d'appel de Nancy ne se contente pas d'affirmer le lien direct entre coemploi *sociétaire* et fictivité de la personne morale. Elle en tire une conclusion aux potentialités bouleversantes pour son régime juridique. Il est exigé, pour le qualifier, que la société dominée « disparaiss[er] derrière » la société dominante, du fait de la « gestion quotidienne » de la première par la seconde. La précision est apportée au stade de la définition afin de confirmer l'inexistence d'une « perte totale d'autonomie d'action » de la société dominée. Il est néanmoins permis de s'interroger au-delà : la société dominée disparaissant derrière la société dominante, du fait de la fictivité de sa personne morale, pourrait-elle demeurer un employeur ? C'est à cette solution qu'aboutit la position de la chambre sociale de la Cour de cassation selon laquelle « un salarié est lié à [s]es co-employeurs par un contrat de travail unique » (Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47165 ; CA Bourges, 6 nov. 2020, n° 19/00619). La note explicative accompagnant l'arrêt *AGC*, en faisant référence à « l'adjonction d'un autre débiteur », semble la confirmer. Elle peut laisser perplexe. Là encore, le professeur Auzero propose une alternative consistant à écarter du lien contractuel la société dominée, employeur seulement apparent (G. Auzero, « Le coemploi sous le regard du juge administratif », SSL n° 1756, 13 févr. 2017 ; G. Auzero, « La nature juridique du lien de coemploi », SSL n° 1600, p. 8). Seule la société dominante demeurerait l'employeur, motif pris de l'abus de personnalité morale commis sur la société dominée. L'appropriation par le juge judiciaire du « véritable employeur » (v. not. CE, 17 oct. 2016, n° 386306 ; CE, 3 mai 2017, n° 389536 ; CAA Bordeaux, 16 nov. 2020, n° 18BX02161) serait alors justifiée et utile afin de faire émerger un régime juridique du coemploi *sociétaire* en adéquation avec sa définition (rapp. Q. Chatelier, « Le véritable employeur, alternative confirmée au coemploi *sociétaire* », BJT avr. 2021, n° 115c2, p. 17).

L'arrêt commenté ne va pas si loin, et pour cause. Sa conclusion sur l'inexistence d'une « perte totale d'autonomie d'action » de la société dominée ne surprend pas. Seuls trois éléments factuels étaient apportés par le salarié à l'appui de sa démonstration : 1) la présence de dirigeants communs ; 2) la prise de décision de la société dominante sur les remises commerciales faites par la société dominée ; 3) l'établissement et la signature par la société dominante de documents adressés aux salariés protégés de cette dernière. La cour d'appel de Nancy ne pouvait hésiter : en aucune manière, la situation d'espèce ne s'apparentait à un coemploi *sociétaire* aussi strictement défini. En particulier, la similarité de dirigeants a déjà été clairement écartée comme critère pertinent par la Cour de cassation (v. par ex. Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15208 à 13-21153 ; Cass. soc., 10 déc. 2015, n° 14-19316 ; Cass. soc., 20 janv. 2016, n° 14-18718 ; Cass. soc., 13 juill. 2017, n° 16-13699 ; Cass. soc., 7 févr. 2018, n° 14-24061 ; Cass. soc., 28 juin 2018, n° 14-26617). Le salarié est ainsi logiquement débouté de sa demande relative au coemploi *sociétaire*, ayant échoué à rapporter des éléments factuels pertinents et suffisants. Le sort réservé par la cour d'appel de Nancy à son autre prétention, portant sur la faute commise par la société dominante, ne lui permettra pas non plus d'obtenir satisfaction.

La responsabilité extracontractuelle. En parallèle de sa demande relative au coemploi *sociétaire*, le salarié entendait disqualifier la cause réelle et sérieuse de son licenciement prononcé par la société dominée. À cette fin, il s'appuyait sur un prétendu « siphonnage » opéré par la société dominante sur son employeur. Poursuivant son argument, le salarié soutenait que la société dominante « a[vait] délibérément provoqué [la] disparition » de la société dominée. Sans s'attarder sur le bien-fondé de cette affirmation, la cour d'appel de Nancy refuse d'y faire droit. Là encore, la formulation se veut

particulièrement explicite : « en dehors d'une situation de coemploi, la seule voie ouverte pour le salarié reprochant à la société [dominante] d'avoir provoqué la déconfiture [de la société dominée] est celle de la recherche de responsabilité quasi-délictuelle de la société [dominante] afin d'obtenir d'éventuels dommages et intérêts ». Le principe emporte la conviction et s'inscrit dans le sillage d'un arrêt récent de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 18-23029 à 18-23033) invitant à sanctionner, dans une situation d'espèce similaire, le « vrai responsable » (R. Dalmaso, « Licenciements économiques : l'office du juge face au fantôme des causalités lointaines », Dr. soc. 2021, n° 1, p. 34 ; v. égal. Q. Chatelier, « La faute de l'employeur à l'épreuve de la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité », JCP S n° 48, 1^{er} déc. 2020, 3093), à savoir la société dominante. La cause réelle et sérieuse du licenciement notifié par la société dominée pourrait être protégée des agissements de la société dominante. La solution est heureuse afin d'éviter un mélange des genres et une confusion des responsabilités. Une formulation interroge néanmoins : pourquoi faire référence à la « responsabilité quasi-délictuelle » de la société dominante en lieu et place de sa responsabilité délictuelle ou extracontractuelle au sens de l'article 1240 du Code civil ? En l'espèce, le prétendu comportement de la société dominante, un « siphonnage » de la société dominée, s'apparentait bien plus à une « faute » (C. civ., art. 1240) qu'à une « négligence » ou une « imprudence » (C. civ., art. 1241) caractérisant la responsabilité « quasi-délictuelle ». Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné toute référence à la « légèreté blâmable » dans ses derniers arrêts portant sur l'engagement de la responsabilité extracontractuelle d'un tiers au contrat de travail (v. not. Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22881 à 16-22900 ; Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-18621 à 16-18655). Malgré la résistance de certaines juridictions du fond (v. par ex. CA Rouen, 2 mai 2019, n° 17/00828 et 17/1196 ; CA Aix-en-Provence, 14 déc. 2018, n° 17/08167 ; CA Paris, 9 sept. 2020, n° 17/12107 ; CA Chambéry, 19 janv. 2017, n° 16/00758 ; CA Rennes, 3 mai 2017, n° 16/03697), une définition du comportement fautif limitée à un abus de son pouvoir de contrôle commis par la société dominante semble s'imposer (v. par ex. CA Douai, 20 déc. 2019, n° 17/02505 ; CA Caen, 20 juin 2019, n° 16/01124 ; CA Paris, 27 mai 2020, n° 18/09044 ; CA Versailles, 15 oct. 2020, n° 18/05201 et a.). L'avocat général Weissmann l'affirmait déjà à l'occasion des arrêts *Lee Cooper* (Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22881 et s.) et *Funkwerk* (Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-18621 à 16-18665) : « on est bien au-delà de la « légèreté blâmable », qui évoque plutôt une faute sans intention de la commettre. Il s'agit de sanctionner un comportement anormal et non de sanctionner un comportement imprudent » (R. Weissmann, « Responsabilité pour faute de la société mère envers les salariés licenciés de sa filiale », RJS 2018, n° 8/9).

Conclusion. Il était attendu des juridictions du fond qu'elles s'approprient la nouvelle définition du coemploi *sociétaire* issue de l'arrêt *AGC*. Les premiers arrêts rendus en la matière, utilisant explicitement les notions « d'immixtion permanente » et de « perte totale d'autonomie d'action », indiquent un mouvement prétorien en ce sens. La fermeté affichée par l'immense majorité des cours d'appel laisse penser qu'une véritable convergence pourrait naître avec la Cour de cassation. La cour d'appel de Nancy se place dans cette direction tout en invitant la Cour régulatrice à se positionner sur l'assimilation assumée du coemploi *sociétaire* à une forme d'abus de personnalité morale, la fictivité. Il s'agirait finalement pour cette dernière d'aller au bout de sa logique entamée à compter de l'arrêt *Molex* du 2 juillet 2014. Le coemploi *sociétaire* trouverait alors une place qu'il n'aurait certainement jamais dû quitter.

Issu de Bulletin Joly Travail - n°07-08 - page 7

Date de parution : 01/07/2021

Id : BJT200i0

Réf : BJT juill. 2021, n° 200i0, p. 7

Auteur :

Quentin Chatelier, doctorant, juriste au sein du cabinet Economie Avocats