

Licenciement pour motif économique

1199 Identification des situations de co-emploi

Le co-emploi se caractérise par la réunion de critères cumulatifs, à savoir la confusion d'intérêts, de direction et d'activités. Une société ne peut soutenir que la permutableté des personnels était impossible sans démontrer le type d'activités des entités du groupe auquel elle appartient et qu'elle dirige.

Cons. prud'h. Nancy, 22 mars 2013, n° 657, M. P. c/ M^e D. et a., ès qualité mandataire liquidateur de la SAS INTERGESTION CGEA AGS Nancy Société Finadvance : JurisData n° 2013-008700

LA COUR – (...)

Sur la qualité de co-employeur de la société Finadvance et de la SAS Intergestion :

- Attendu que le co-emploi se caractérise par la réunion de critères cumulatifs, à savoir la confusion d'intérêts, de direction et d'activités.
- Attendu qu'il convient de déterminer si ces critères sont réunis.

Sur la confusion d'intérêts :

- Attendu que la SAS INTERGESTION est filiale à 100 % de la holding INTERGES.
- Attendu que la holding INTERGES est détenue à 87,5 % par le FCPR FINADVANCE Capital III.
- Attendu que le FCPR FINADVANCE Capital III est géré uniquement par la société FINADVANCE.
- Attendu dès lors qu'il convient de constater que les intérêts des sociétés INTERGESTION et FINADVANCE sont les mêmes puisque la société qui gère le FCPR a les mêmes intérêts que la SAS INTERGESTION quant au développement et à la prospérité de cette dernière.
- Le conseil dira que la confusion d'intérêts est établie.

Sur la confusion de direction :

- Attendu qu'il est établi que la société FINADVANCE sollicitait directement le personnel de la SAS INTERGESTION, notamment pour lui faire établir et transmettre les différents documents comptables concernant les opérations réalisées ou à venir.
- Attendu que sur son site internet, la société FINADVANCE indique jouer un rôle dans :
 - l'orientation de la stratégie,
 - l'aide aux prises de décisions importantes (recrutement d'un manager clé, investissements, ouverture de filiales...),
 - le conseil sur opérations de croissances externes
 - la gouvernance de l'entreprise.
- Attendu que sur ce même site Internet, la société FINADVANCE expose ses objectifs directs qui se traduisent par des résultats induits comme suit :
 - objectifs directs :
 - * réaliser une opération d'investissement visant à générer une plus-value à moyen terme
 - * organiser la succession managériale et actionnariale des entreprises pour assurer la pérennité.
 - résultats induits :
 - * développement : part de marché, exportation, innovation,
 - * modernisation des opérations par l'investissement et par les méthodes de gestion.

- Attendu que le pacte d'associé (qui a été établi lors de la création de la holding), en son article II intitulé "droit de consultation spécifique et d'information des investisseurs A", précise les opérations qui ne peuvent être réalisées sans l'accord express de la société FINADVANCE.

- Attendu que le veto concerne notamment :

- l'exercice par la société ou une filiale de toute activité substantiellement différente de l'activité du groupe à la date de la signature du pacte.
- toute décision sortant du cadre du budget ou des affaires courantes ou engageant financièrement la société et/ou ses filiales, au bilan ou hors bilan, sur des montants de plus de 100 000 euros.
- tout recrutement de salariés dont la rémunération serait supérieure à celle du cinquième salaire le plus élevé du groupe et non budgété.

- Attendu que la société FINADVANCE occupe deux sièges sur trois au conseil d'administration de la holding INTERGES.

- Attendu que la combinaison de tous ces éléments démontre que la SAS INTERGESTION était contrôlée par les dirigeants de la société FINADVANCE.

- Le conseil dira que la confusion de direction est effective.

Sur la confusion d'activités :

- Attendu que l'actionnaire à 87,5 % de la SAS INTERGESTION est le FCPR FINADVANCE Capital III par l'intermédiaire de la holding INTERGES.
- Attendu que ce FCPR est géré uniquement par la société FINADVANCE.
- Attendu qu'il est établi que la société FINADVANCE gère d'autres FCPR mais qu'il n'a pas été indiqué dans quelles activités.
- Attendu qu'il est établi que le FCPR FINADVANCE Capital III, géré par la société FINADVANCE, a pour seul objet la gestion du groupe INTERGESTION.
- Attendu qu'à titre d'exemple, pour toute commande de plus de 100 000 euros, au regard du pacte d'associé, la SAS INTERGESTION devait avoir l'autorisation de la holding et par conséquent de la société FINADVANCE, administrateur majoritaire de la holding.
- Attendu que, pour une société dont le chiffre d'affaires est de l'ordre de 100 millions d'euros par an, cette somme correspond à la gestion courante de la société.

- Qu'il ne pourra qu'être constaté, une confusion d'activités.

En conséquence,

- Attendu que le conseil a retenu la confusion d'intérêts, de direction, et d'activités.

- Attendu qu'il est certain qu'un FCPR n'a pas de personnalité juridique.

- Attendu que le FCPR est un bien dont la garde a été confiée à la société FINADVANCE.

- Attendu que celui qui a la garde d'un bien en devient responsable.

- Attendu que la Cour de Cassation, par un arrêt du 18 janvier 2011, numéro 09-69.199, indique que la confusion d'activités, de direction et d'intérêts suffit à conférer la qualité de co-employeur sans qu'il y ait besoin de démontrer le lien de subordination avec chacun des salariés.

- Le conseil dira, en conséquence, que les sociétés FINADVANCE et INTERGESTION sont co-employeurs du demandeur.

Sur la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi :

- Attendu que le demandeur soulève la nullité du plan de sauvegarde pour trois motifs :

– **Sur le fait que la Société FINADVANCE, en sa qualité de co-employeur, n'a pas été intégrée au plan.**

- Attendu que les obligations liées au PSE sont définies aux articles L. 1233-61 et suivants du Code du Travail.
- Attendu que le PSE ne peut être établi au sein d'un seul établissement mais doit l'être au niveau de l'entreprise.
- Attendu que la société FINADVANCE a été reconnue co-employeur du demandeur.
- Attendu qu'elle aurait dû être impliquée dans l'établissement et la réalisation du PSE, d'autant qu'elle était *in bonis*.
- Attendu qu'en n'étant pas partie du PSE elle a contrevenu aux dispositions légales prévues à l'article L. 1233-61 du Code du travail.
- Le conseil dira que de ce fait, le PSE mis en œuvre par la SAS INTERGESTION est nul.

– Sur le fait que les moyens suffisants n'ont pas été accordés pour la mise en œuvre du PSE :

- Attendu que le demandeur soutient que les moyens dont disposaient la société FINADVANCE et le groupe INTERGESTION auraient permis d'améliorer le PSE et le reclassement des salariés.
- Attendu que s'il est établi que des salariés ont été licenciés, il n'est pas établi en quoi et dans quelle proportion des moyens supplémentaires auraient permis d'éviter des licenciements ou favoriser des reclassements.
- Attendu qu'au moment de la liquidation judiciaire il n'est pas contesté que des moyens ont été mis en œuvre pour respecter ces obligations.
- Attendu qu'il est établi que le groupe INTERGESTION avait un lourd passif au moment de la liquidation.

Le conseil dira que ce moyen est inopérant pour justifier la nullité du PSE.

– Sur l'inexécution de l'obligation de recherche de reclassement dans le groupe auquel appartient le salarié :

- Attendu que pour savoir si cette obligation est respectée, il convient de définir le groupe auquel appartenait le demandeur.
- Attendu qu'il est évident qu'il appartenait au groupe INTERGESTION, composé de 3 sociétés en France et 2 à l'étranger.
- Attendu que le PSE mis en œuvre a concerné seulement ces sociétés.
- Attendu cependant qu'il convient de regarder si une ou d'autres entités peuvent et doivent être considérées comme faisant partie du groupe.
- Attendu que le pacte d'associés de la holding INTERGES porte dans son article 1 intitulé "Définitions Interprétations", l'article 1-1 intitulé définitions générales.
- Attendu que cet article définit ce qu'est le "groupe FINADVANCE".
- Attendu que cette définition est : "*signifie la société Finadvance SA, société de l'investisseur A et toute entité, ayant ou non la personnalité morale, de droit français ou non, contrôlée par ou gérée par une société contrôlée par Finadvance SA ou, s'agissant d'un fonds commun de placement dont la société de gestion est contrôlée par la Société Finadvance SA*".
- Attendu que cette disposition définit comme le groupe FINADVANCE, toutes les sociétés qu'elle gère, directement, indirectement via des FCPR.
- Attendu que la SAS INTERGESTION est une société qui fait partie du groupe INTERGESTION, elle-même placée sous la holding INTERGES, lui-même contrôlé par le FCPR FINADVANCE Capital III lui-même géré par la société FINADVANCE.
- Attendu que la SAS INTERGESTION, au regard de la définition portée dans le pacte d'associés, fait partie du groupe FINADVANCE.
- Attendu que la société FINADVANCE gère d'autres FCPR qui eux-mêmes sont actionnaires dans d'autres entreprises.
- Attendu que, tant la société FINADVANCE que les autres sociétés du groupe auquel elle appartient, n'ont pas été intégrées au PSE pour le reclassement des salariés.
- Attendu que la société FINADVANCE ne peut soutenir que la permutableté des personnels était impossible sans démontrer le type d'activités des entités du groupe auquel elle appartient et qu'elle dirige.

Le conseil dira qu'à ces motifs, le PSE est nul pour défaut de recherche de reclassement dans le groupe auquel appartient le salarié.

Sur le préjudice matériel et moral subi par le demandeur à l'occasion de la mise en faillite de leur entreprise :

- Attendu que le demandeur expose que le rachat par LBO conjugué à la gestion par la société FINADVANCE de SAS INTERGESTION ont conduit cette dernière à la liquidation judiciaire.
- Attendu que la demande revient à dire qu'il y a un caractère volontaire de mise en faillite de la société.
- Attendu que cet élément n'est pas démontré et que, bien qu'utilisé en l'espèce pour échapper à la notion de groupe, le principe de la création d'une holding détenue principalement par un FCPR et achetée par LBO, est parfaitement légal.
- Attendu au surplus que le demandeur ne justifie d'aucun préjudice en rapport avec ce fait.
- Le conseil le déboutera de cette demande de dommages et intérêts

Sur les conséquences de la nullité du PSE :

- Attendu que le conseil a déclaré le PSE nul.
- Attendu en conséquence que la recherche de reclassement n'a pu être effectuée conformément aux lois applicables aux groupes.
- Attendu que de ce fait, le licenciement du demandeur est dépourvu de cause réelle et sérieuse.
- Attendu qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse génère un préjudice que le responsable doit réparer.
- Attendu que le conseil, au regard de l'ancienneté du demandeur, estime ce préjudice à 12.000,00 euros nets.
- Il sera alloué cette somme au demandeur à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Sur la demande reconventionnelle du C.G.E.A. – AGS :

- Attendu que le C.G.E.A.-AGS est tenu, dans le cadre des redressements ou liquidations judiciaires, de garantir les créances salariales pour lesquelles l'employeur a fait défaut.
- Attendu que le C.G.E.A.-AGS ne doit garantir les créances salariales que dans ces deux cas.
- Attendu que le conseil a dit que la société FINADVANCE et la SAS INTERGESTION étaient co-employeur du demandeur.
- Attendu que ce statut les rend solidaires l'une de l'autre.
- Attendu que la société FINADVANCE est *in bonis*.
- Attendu, dès lors qu'une société est *in bonis*, que le C.G.E.A. – AGS n'a pas à intervenir pour garantir les créances salariales.
- Attendu qu'au moment de la liquidation judiciaire de la SAS INTERGESTION ce co-emploi existait, comme l'a reconnu le conseil de Céans.
- Attendu que le C.G.E.A. – AGS n'aurait pas dû intervenir, la Société FINADVANCE n'étant pas en procédure collective.
- Attendu que le C.G.E.A. – AGS s'est substitué, à tort, pour indemniser le demandeur dans le cadre de la liquidation judiciaire.
- Le conseil dira que la société FINADVANCE sera condamné à rembourser au C.G.E.A. – AGS les sommes versées par le C.G.E.A. – AGS au demandeur dans le cadre de la liquidation judiciaire de la SAS INTERGESTION.

Sur l'article 700 du Code de Procédure civile ...

Sur la mise en œuvre de la condamnation :

- Attendu que, par le statut de co-employeur, les sociétés FINADVANCE et INTERGESTION ont été reconnues solidairement responsables de manquements.
- Attendu que s'agissant d'une société liquidée, le conseil ne peut que fixer une créance au passif de ladite société.
- Attendu cependant que le coobligé de la SAS INTERGESTION est *in bonis*.
- Attendu que dans ce cas, il ne peut être demandé au C.G.E.A.-AGS de garantir la créance.
- Le conseil fixera la créance du demandeur au passif de la SAS INTERGESTION mais dira que celle-ci n'est pas opposable au C.G.E.A. – AGS et condamnera solidairement, à cette même créance, la société FINADVANCE.

Par ces motifs :

Condamne la SA FINADVANCE à payer (...)

NOTE

Dans le jugement du 22 mars 2013 reproduit ci-dessus, le conseil de prud'hommes de Nancy retient l'existence d'une **situation de co-**

emploi entre une société de quincaillerie placée en redressement judiciaire (puis en plan de cession) et le fonds commun de placements à risques (FCPR) détenant la holding ayant racheté le capital de l'entreprise à la suite d'un LBO (« Leverage Buy-Out », c'est-à-dire un rachat d'entreprise par endettement). Ce faisant, la juridiction prud'homale constate la **nullité du plan de sauvegarde de l'emploi mis en œuvre par la seule société de quincaillerie (nonobstant l'existence d'un co-employeur *in bonis*) et l'insuffisance des recherches de reclassement (faute d'avoir été effectuées sur l'ensemble du groupe)**. Cette décision est à mettre en perspective avec l'affaire *Metaleurop* qui fut l'occasion de dénoncer certaines pratiques néfastes aux salariés de filiales défaillantes et la passivité du droit commercial à y remédier dans le cadre de procédures collectives, celui-ci considérant que « la situation [d'une] société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient » (*Cass. com.*, 26 juin 2007, n° 06-20.820 : *JurisData* n° 2007-039782 ; *D.* 2008, p. 570, obs. F.-X. Lucas ; *JCPG* 2007, II, 10147, note J. Vallansan. – *Cass. com.*, 19 avr. 2005, n° 05-10.094 : *JurisData* n° 2005-028189 ; *JCP G* 2005, II, 10088, note O. Bourru et M. Menjucq).

Face à de tels abus, la jurisprudence sociale a développé une approche différente visant à retenir dans la société-mère un « employeur de circonstance », à la solvabilité éprouvée, et à lui imputer – via la notion de « coemploi » – le reproche de n'avoir pas respecté le droit des licenciements pour motif économique à l'égard des salariés de l'une des filiales (*Cass. soc.*, 19 juin 2007, n° 05-42.551 : *JurisData* n° 2007-039646 ; *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618, note Ph. Coursier ; *RDT* 2007, p. 543, note F. Jault-Seseke ; *JCP S* 2010, 1407, étude P. Morvan). Pour autant, la Cour de cassation a récemment rappelé que l'appartenance à un même groupe n'est pas, par elle-même, suffisante pour faire des sociétés qui le composent des débiteurs solidaires de leurs obligations sociales respectives (*Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-14.353 : *JurisData* n° 2013-020919 ; *RJS* 2013, n° 776).

En effet, la notion de co-emploi s'entend d'une situation de fait caractérisée par **l'existence d'un état de confusion affectant les activités, les intérêts et la direction d'entités juridiquement distinctes** ; elle joue le plus souvent dans les rapports entre des sociétés faisant partie d'un même groupe. Cette situation se traduit par **une immixtion directe d'une entreprise dans le fonctionnement d'une autre**, notamment dans sa gestion économique et sociale (*Cass. soc.*, 18 janv.

2011, n° 09-69.199 : *RJS* 2011, n° 207. – *Cass. soc.*, 30 nov. 2011, n° 10-22.964 : *JurisData* n° 2011-026636 ; *RJS* 2012, n° 182 ; J.-F. Cesaro, « *Le coemploi* » : *RJS* 2013, p. 3). Elle ne peut résulter de la seule imbrication d'intérêts entre des sociétés distinctes (*Cass. soc.*, 6 juill. 2011, n° 09-69.689 : *RJS* 2011, n° 910). C'est en réalité l'ingérence dans la conduite d'une autre entreprise, induite par cet état de confusion et aboutissant à priver l'employeur de ses pouvoirs, qui justifie la reconnaissance d'un état de co-emploi (*Cass. soc.*, 28 sept. 2011, n° 10-12.278 : *JurisData* n° 2011-020697 ; *RJS* 2011, n° 929. – *Cass. soc.*, 12 sept. 2012, n° 11-12.349 : *JurisData* n° 2012-020160).

Le jugement commenté encourt la censure en ce qu'il s'est contenté de déduire l'existence d'un co-emploi de simples participations financières. D'autant plus qu'il avait déjà été jugé par le passé, pour des faits similaires, que la société de gestion d'un FCPR détenant la totalité du capital d'une entreprise rachetée dans le cadre d'un LBO, ne revêtait pas la qualité de co-employeur à l'égard des salariés de cette dernière, les interventions de cette société (simple mandataire des investisseurs) dans l'activité de l'entreprise n'étant pas allées « au-delà du contrôle normalement exercé » par le gestionnaire d'un fonds actionnaire. En conséquence, la société gestionnaire ne pouvait « se voir tenue de contribuer au financement du plan de sauvegarde de l'emploi » de l'entreprise cible (*CA Douai, ch. soc.*, 27 nov. 2009, n° 08/3825 : *RJS* 2010, n° 305 et *chron. H. Tissandier*, p. 251 ; V. R. Goury, X. Jaspard et E. Pennec, *Société de gestion, notion de groupe et obligation de reclassement* : *JCP S* 2010, 1255 (au sujet de l'arrêt de la *CA Douai* et d'un autre arrêt ayant conclu dans le même sens : *CA Versailles*, 3 févr. 2010, RG n° 09/09068 et n° 09/09154, SA SGD c/ SAS Cognetas : *JurisData* n° 2010-019972).

La même censure doit, selon nous, s'appliquer au dernier volet du raisonnement suivi par la juridiction prud'homale sur le terrain de l'obligation de reclassement dans la mesure où la Cour de cassation n'admet pas que les liens capitalistiques forment un groupe à ce titre (*Cass. soc.*, 27 oct. 1998, n° 96-40.626 à n° 96-40.629 : *JurisData* n° 1998-004039 ; *Bull. civ.* 1998, V, n° 459. – *Cass. soc.*, 3 déc. 2008, n° 07-43.684 : *JurisData* n° 2008-046176 ; *RJS* 2009, n° 153).

Lionel SÉBILLE,
avocat associé, cabinet *Eunomie Avocats*

MOTS-CLÉS : Licenciement pour motif économique - Groupe de sociétés - Coemploi - Critères - Appréciation

JURISCLASSEUR : *Travail Traité*, Fasc. 31-2 et 31-3, par Patrick Morvan