

Lextenso

Co-emploi : et lui, il vit toujours

Issu de Les Cahiers Sociaux - 01/04/2018 - n° 306 - page 188
ID : CSB122y7

Auteur(s):

- Guillaume Charent, avocat au barreau de Paris, former solicitor, Flichy Grangé Avocats

La notion de co-emploi a connu, sous l'impulsion de la Cour de cassation, un rétrécissement tel qu'il a été envisagé qu'elle disparaisse purement et simplement de la jurisprudence. Certains arrêts de la Cour de cassation et de cours d'appel tendent néanmoins à montrer que la notion est désormais réservée à des situations extrêmes d'immixtion dans la gestion économique ou sociale de l'employeur contractuel.

CA Douai, 29 sept. 2017, n° [15/01771](#)

Extrait :

(...)

Exposé du litige :

La société Imprimerie Georges Frère, créée en 1954 intervenait dans le secteur de l'imprimerie dite offset et s'était spécialisée dans le domaine de l'impression industrielle de labeur publicitaire et réalisait essentiellement des impressions publicitaires et des imprimés commerciaux pour diverses sociétés (La Redoute, 3 Suisses, Yves Rocher...).

En 1989 elle est devenue la filiale de la société Mercator Press NV laquelle assure l'activité de production du groupe Mercator Press, un groupe belge spécialisé dans l'impression Offset et composé de la société Mercator Press NV et de la société Mercator Press Sales NV, société holding qui détient elle-même 99 % du capital de la société Mercator Press.

Depuis 2010, la totalité du capital social de la société Imprimerie Georges Frère est détenu par la société Mercator Press NV.

Une procédure de redressement judiciaire ayant été ouverte le 21 mars 2011 à l'égard de la société Imprimerie Georges Frère, ensuite convertie le 14 avril 2011, en liquidation judiciaire, maître Depreux, en sa qualité de liquidateur, a licencié le 28 avril 2011, les 38 salariés pour motif économique.

Le liquidateur, par acte délivré le 10 avril 2014, a également assigné les sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV en responsabilité pour insuffisance d'actif de la filiale, les tenant pour dirigeants de fait de celle-ci.

Par jugement du 25 avril 2017, le tribunal de commerce de Lille a homologué l'accord transactionnel

conclu le 31 janvier 2017 entre le liquidateur et les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales lesquelles se sont engagées à verser la somme de 400 000 €.

29 des salariés licenciés, dont X, salarié de la société Imprimerie Georges Frère depuis le 22 novembre 1997, en qualité d'électromécanicien, ont saisi, le 21 mars 2012, la juridiction prud'homale de demandes formées à l'encontre des sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV pour obtenir, à titre principal, paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en se prévalant de la qualité de co-employeurs des dites sociétés et subsidiairement la réparation d'un préjudice lié à la perte d'une chance de conserver leur emploi, à raison des fautes délictuelles commises par ces sociétés.

Par jugements du 14 avril 2015, le conseil de prud'hommes de Tourcoing après avoir considéré les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales comme co-employeurs, les a condamnées à payer à chacun des salariés des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse outre 200 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile et à rembourser à l'association CGEA de Lille, agissant sur délégation de l'AGS les sommes avancées aux salariés au titre de la garantie des salaires, et a mis hors de cause le liquidateur ;

Par courrier électronique adressé au greffe par le RPVA, le 12 mai 2015, maître Policella pour le compte de X, a relevé appel de cette décision (n° 15/01771).

Par lettre recommandée adressée au greffe le 23 juin 2015, maître Andre-Hesse pour les deux sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, a également relevé appel du jugement. (n° 15/02570).

Par ordonnance du 30 juin 2015, ces deux procédures ont été jointes.

Pour un plus ample exposé des faits, des prétentions et moyens des parties, la cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats. X demande à la cour de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté l'exception d'incompétence et la fin de non-recevoir soulevées par les sociétés Mercator et le CGEA, a dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse et a condamné les sociétés Mercator à lui payer la somme de 200 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, de l'infirmer pour le surplus et, statuant à nouveau : - de condamner *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales à lui payer les sommes suivantes : 52 000 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 900 € en application de l'article 700 du Code de procédure civile - de fixer sa créance au passif de la liquidation de la société George Frère aux mêmes sommes ;

- de dire que le CGEA sera tenu à la garantie subsidiaire des créances fixées sur la liquidation judiciaire à titre de dommages et intérêts par rapport à l'obligation des sociétés du groupe.

À titre subsidiaire, si la qualité de co-employeur des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales n'était pas reconnue, le salarié soutient que ces sociétés ont commis des fautes délictuelles ayant conduit à la liquidation judiciaire de la société Imprimerie Georges Frère et demande à la cour de les condamner *in solidum* à lui payer la somme de 52 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

(...)

MOTIFS :

Sur l'existence d'un co-emploi :

Une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, 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.

Au soutien de la démonstration d'une telle ingérence des sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales dans la gestion économique et sociale de la société Imprimerie Georges Frère, le salarié invoque un ensemble d'indices caractérisant selon lui l'existence de relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines.

En l'espèce, il résulte des pièces produites et notamment du bilan économique et social de la société Imprimerie Georges Frère, dressé par Maître Mercier désigné en qualité d'administrateur judiciaire avec mission d'assistance, lors de l'ouverture de la procédure collective, que les sociétés Mercator Press et

Mercator Press Sales ont toujours été redevables de sommes très conséquentes à l'égard de leur filiale en se refusant d'honorer les factures présentées par celle-ci.

L'administrateur judiciaire a également relevé que, selon une convention de compensation signée le 11 décembre 2008 entre la société Mercator Press et la société Imprimerie Georges Frère, alors que celle-ci détenait une créance de « 2 650 K euros » envers la société mère, il a été décidé, le même jour, par l'assemblée générale des actionnaires que la filiale devait payer, sans justification particulière, une somme de 1 954 670 € à titre de dividendes, l'objet de cette convention ayant manifestement été de réduire la créance détenue par la société Imprimerie Georges Frère sur la société mère. Si, comme le soulignent à juste titre les sociétés Mercator Press, les contrats de gestion de trésorerie et de prestations de services entre sociétés correspondent à un système d'organisation fréquent au sein d'un groupe, Maître Mercier a toutefois constaté diverses anomalies dans les conventions signées successivement entre les entités du groupe Mercator.

Il apparaît que, le 1^{er} juin 2007, a été signée, entre les sociétés Imprimerie Georges Frère et Mercator Press, une convention de trésorerie modifiée par un avenant du 15 janvier 2008 destinée à régler les avances de trésorerie et les paiements de dividendes entre les deux entités. Cette convention prévoyait expressément l'exclusion de tous les flux commerciaux ou opérations pouvant découler de l'activité propre des parties et des prestations, livraisons intragroupes et de tous paiements comptabilisés dans les comptes clients et fournisseurs de chacune des parties.

Or une ultime convention de trésorerie signée le 1^{er} juin 2010 entre les sociétés Georges Frère, Mercator Press et Mercator Press Sales est venue inclure « les flux entre les sociétés et opérations financières telles que les avances de trésorerie, facturations et prestations entre sociétés », ce qui a permis de déposséder la filiale de la maîtrise de sa comptabilité.

De fait, le rapprochement des comptes clients/fournisseurs intragroupe effectué par Maître Mercier a révélé que la facturation des commandes réalisées par la société Imprimerie Georges Frère était effectuée, depuis le 31 janvier 2011, directement aux clients par la société Mercator Press Sales, laquelle procédait à la mobilisation de ces créances et percevait à J+1, 85% du montant de la facturation mobilisée, tandis que la société Imprimerie Georges Frère facturait à la société mère les travaux qui lui avaient été confiés selon le principe « prix pour prix ».

L'administrateur judiciaire a indiqué dans son rapport que depuis le mois de janvier 2011, la société Georges Frère n'avait perçu de Mercator Press Sales qu'un paiement partiel des sommes dues alors même qu'au titre du solde de refacturation arrêtée en février cette société était débitrice de la somme de 1 312 660 €, montant auquel devaient s'ajouter les dernières factures de mars, privant ainsi la filiale de liquidités.

Il a également été souligné que la société Mercator Press Sales avait refacturé à la filiale la totalité de la rémunération annuelle de ses techniciens s'agissant pourtant d'interventions ponctuelles, faisant ainsi supporter à la société Imprimerie Georges Frère, des sommes sans aucune contrepartie.

*

L'examen du compte Mercator Press/Georges Frère a mis en évidence la créance de la seconde à l'égard de la première d'un montant de 913 587 € au titre de prestations et fournitures de matériel.

L'administrateur a également souligné que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales se sont obstinées à n'honorer aucune des factures présentées par leur filiale conduisant celle-ci à une situation d'asphyxie financière.

Il résulte également des pièces produites que fin 2009, le groupe Mercator Press a proposé à la société Imprimerie Georges Frère, d'acheter pour la somme de 1 400 000 €, une machine Offset Rothoman S24 pages appartenant à la société Mercator Press et provenant d'une autre filiale du groupe Mercator basée à Charleroi et qui avait fait l'objet d'une fermeture définitive au cours du mois de juin 2009.

Le paiement devait s'effectuer par compensation en diminution du compte-courant débiteur de la société mère chez la société Imprimerie Georges Frère qui détenait une créance de 1 500 000 €.

Or, les circonstances ayant entouré cette vente, traduisent une immixtion anormale du groupe Mercator Press dans la gestion économique de sa filiale.

Les déclarations de Y, imprimeur au sein de la société Imprimerie Georges Frère et qui en sa qualité de délégué du personnel a déposé plainte devant les services de police, le 1^{er} avril 2011, contre le dirigeant de cette société pour des faits de banqueroute, révèlent que cette rotative Rothoman a été livrée en pièces détachées et n'a jamais fonctionné en l'absence des cartes mères.

Il apparaît également que les membres du comité d'entreprise intrigués par ce projet d'acquisition qui risquait selon eux de compromettre l'avenir de la société Imprimerie Georges Frère, ont fait estimer la machine par la société COCI, spécialiste français de la vente d'occasion de la machine d'imprimerie, qui l'a évaluée entre 500 000 et 700 000 €. Le comité d'entreprise a alors fait usage de son droit d'alerte pour désigner le cabinet Secafi et a saisi, le 21 mai 2010, le juge des référés du tribunal de grande instance de Lille, lequel, par ordonnance du 28 mai 2010 a constaté que l'employeur n'avait pas consulté régulièrement le comité d'entreprise sur le projet d'acquisition de la rotative Rothoman et a fait interdiction à la société Imprimerie Georges Frère d'acquiescer cette machine avant le 28 mai 2010.

Le cabinet Secafi a finalement conclu, le 25 mai 2010, que le prix de vente avait été fixé par le groupe Mercator en fonction de l'évaluation faite par une société Galtier qui travaille surtout pour les assureurs, et que la notion de valeur vénale s'entendait pour une machine installée, et valorisée dans le cas d'une reprise de site de production » de sorte que « l'évaluation ne tient pas compte du remontage périlleux de ce type de machine ».

Le cabinet Secafi ajoutait aux termes de son rapport : « À tout le moins, il nous semble qu'entre l'évaluation faite par COCI (qui est le meilleur spécialiste français de la vente d'occasion de machines d'imprimerie) et celle faite par Galtier et les chiffres apportés par la direction, une autre base sera à retenir. Une estimation sous vente forcée après installation et fonctionnement de la machine pourrait être retenue ou bien au travers d'une expertise mécanique approfondie que savent faire des entreprises comme COCI. / Compte tenu des enjeux financiers pour Georges Frère un montant de valorisation discutable est indispensable. »

Or, malgré ces objections, le groupe Mercator Press a poursuivi la vente au prix de 1 400 000 € et a opéré la compensation.

De l'ensemble de ces éléments, il ressort, d'une part, que les conventions conclues entre les parties ont favorisé une imbrication des comptes et mis directement en cause les prérogatives comptables de la société Imprimerie Georges Frère laquelle ne disposait plus, au regard de cette immixtion dans sa gestion économique, de la moindre autonomie en la matière, et d'autre part, qu'il existait entre les patrimoines des sociétés du groupe Mercator Press des relations financières anormales caractérisées par des mouvements financiers sans contrepartie, dans le dessein ou avec l'effet d'avantager les patrimoines des sociétés mère et grand-mère au détriment du patrimoine de la filiale et constitutives d'une confusion des patrimoines.

Il convient en conséquence de confirmer le jugement en ce qu'il retient que les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales doivent être considérées comme co-employeurs au même titre que la société Imprimerie Georges Frère.

(...)

PAR CES MOTIFS : - Infirme le jugement sauf en ce qu'il dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamne solidairement les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales d'une part, à payer à X la somme de 200 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile et d'autre part à rembourser les sommes correspondant au montant des avances consenties par l'AGS dans le cadre de la procédure collective de la société Georges Frère.

- Et statuant à nouveau et y ajoutant :

- Condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales à payer à X la somme de 52 000 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

- Fixe la créance de X à inscrire au passif de la liquidation judiciaire de la société Imprimerie Georges Frère à la somme de 52 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- Déclare le présent arrêt opposable à l'AGS qui sera tenue de garantir le paiement des sommes allouées à X, et dans les limites légales et réglementaires de sa garantie résultant des dispositions des articles L. 3253-17 et D. 3253-5 du Code du travail, à l'exclusion des sommes allouées sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile et des dépens et sous réserve de l'absence de fonds disponibles entre les mains du liquidateur,

- Rappelle que la garantie de l'AGS est subsidiaire de sorte que dans les rapports entre l'AGS et les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales, la contribution à la dette incombera entièrement à ces dernières ;

- Condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales et maître Depreux es qualité

de liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère à payer à X la somme de 300 € en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

- Condamne *in solidum* les sociétés Mercator Press et Mercator Press Sales et Maître Depreux es qualité de liquidateur de la société Imprimerie Georges Frère aux dépens.

CA Douai, 29 sept. 2017, n° [15/01771](#)

On croyait la notion de co-emploi sans lien de subordination¹ vouée à une entrée dans les archives de l'histoire juridique à la suite de l'arrêt *Molex* du 2 juillet 2014² et à de la série d'arrêts intervenue en 2015 et 2016³. Les juges du fond avaient d'ailleurs confirmé le mouvement initié par la Cour de cassation⁴.

Il semblerait pourtant que cette notion vive toujours.

Les arrêts *3 Suisses*⁵ avaient déjà montré que la Cour de cassation n'entendait pas totalement renoncer à l'usage de cette notion dans certains cas « extrêmes »⁶.

Les juges du fonds, comme le confirme l'arrêt de la cour d'appel de Douai examiné dans le présent commentaire, n'y renoncent pas totalement non plus.

1) Les faits, la procédure et la motivation de l'arrêt de la cour d'appel

L'affaire concerne la société Imprimerie Georges Frère, spécialisée dans l'impression industrielle publicitaire (aussi appelée *offset*). Cette société est devenue une filiale de la société Mercator Press NV, également spécialisée dans l'impression *offset*, elle-même filiale de la société Mercator Press Sales NV, société holding.

Le 21 mars 2011, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société Imprimerie Georges Frère, rapidement convertie en liquidation judiciaire, le 14 avril 2011.

Cette liquidation a entraîné le licenciement de l'ensemble des 38 salariés que comptait la société.

Toutefois, à la suite de ces opérations, le liquidateur a assigné les sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV en responsabilité pour insuffisance d'actif (procédure qui s'est soldée par une transaction) et 29 des salariés licenciés ont par ailleurs saisi le conseil de prud'hommes de Tourcoing de demandes formées contre ces deux sociétés pour obtenir, à titre principal, le paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en faisant valoir la qualité de co-employeurs de ces sociétés et, subsidiairement, l'engagement de la responsabilité civile délictuelle de ces sociétés pour demander la réparation d'un préjudice lié à la perte d'une chance de pouvoir conserver leur emploi.

Par jugements du 14 avril 2015, le conseil de prud'hommes a reconnu la qualité de co-employeurs des sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV et fait droit aux demandes de dommages-intérêts des salariés.

L'un au moins des salariés, ainsi que les sociétés déclarées co-employeurs, ont fait appel de la décision du conseil de prud'hommes.

L'arrêt de la cour d'appel de Douai du 29 septembre 2017 confirme le jugement du conseil de prud'hommes de Tourcoing en ce qu'il a reconnu la qualité de co-employeurs aux sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV, ce qui est particulièrement intéressant dans le contexte rappelé ci-dessus.

La cour d'appel commence sa motivation par l'énoncé de la définition, maintenant devenue classique, du co-emploi hors lien de subordination, caractérisé par la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale d'une société dans une autre.

La cour relève ensuite, en guise d'introduction à ses constatations, que les sociétés Mercator Press NV et Mercator Press Sales NV ont « toujours été redevables de sommes très conséquentes à l'égard de

leur filiale en se refusant d'honorer les factures présentées par celle-ci ».

La cour détaille que la société Mercator Press devait à la société Imprimerie Georges Frère une créance de 2,65 millions d'euros mais qu'il a été décidé que la société Imprimerie Georges Frère verserait à la société Mercator Press la somme de 1 954 670 € à titre de dividendes, sans justification particulière. Elle note également qu'une convention de trésorerie a été passée entre la société Imprimerie Georges Frère et la société Mercator Press, déposant la première de la maîtrise de sa comptabilité. Elle relève plus loin que les commandes réalisées par la société Imprimerie Georges Frère étaient facturées aux clients par la société Mercator Press, qui mobilisait les créances immédiatement, tandis que la société Imprimerie Georges Frère facturait la société Mercator Press selon le principe dit « prix pour prix », et que d'ailleurs la société Mercator Press ne réglait que partiellement les factures émises par la société Imprimerie Georges Frère, puisque la société Mercator Press était débitrice de plus de 1,3 million d'euros de factures.

S'agissant de la société Mercator Press Sales, la cour relève que celle-ci refacturait à la société Imprimerie Georges Frère l'intégralité de la rémunération annuelle de techniciens qui n'accomplissaient que des interventions ponctuelles pour cette dernière, « faisant ainsi supporter à la société Imprimerie Georges Frère des sommes sans contrepartie ».

La cour constate enfin que le groupe Mercator a forcé la société Imprimerie Georges Frère à acheter une machine pour la somme de 1,4 million d'euros dans des conditions traduisant une immixtion anormale du groupe dans la société Imprimerie Georges Frère (vente malgré une estimation inférieure de moitié par l'expert-comptable saisi dans le cadre du droit d'alerte exercé par les représentants du personnel), et ce alors que cette machine a été livrée en pièces détachées, sans les cartes mères indispensables à son fonctionnement, et n'a donc jamais fonctionné.

La situation de co-emploi est donc caractérisée, selon la cour, au regard de l'immixtion dans la gestion économique de la société Imprimerie Georges Frère par les sociétés Mercator Press et Mercator Press NV ayant eu pour dessein ou pour effet d'avantager les patrimoines de ces deux dernières sociétés au détriment du patrimoine de leur filiale.

2) Cet arrêt apporte-t-il clarification ou confusion ?

À première vue, il pourrait sembler que cet arrêt manifeste une résistance de la part de la cour d'appel à entériner la réduction du champ d'application du co-emploi sans lien de subordination.

Nous savons qu'il n'en est rien s'agissant de la cour d'appel de Douai puisqu'elle a été, comme cela a été rappelé plus haut, l'une des premières à traduire la quasi-disparition du co-emploi dans sa jurisprudence.

Il semble au contraire assez évident qu'il s'agit d'une application, voire d'une illustration directe de la doctrine réformée de la Cour de cassation.

En effet, l'arrêt d'espèce s'attache à caractériser, avec une grande précision, l'immixtion des sociétés mère et grand-mère dans la gestion économique de la filiale.

Il est intéressant sur ce point de noter que lorsqu'une société d'un groupe, souvent la société mère, prend des engagements financiers en faveur d'une autre société, employeur contractuel, la qualité de co-employeur de la société ayant pris ces engagements financiers n'est plus reconnue⁷.

En effet, lorsque la société dominante d'un groupe a apporté un soutien financier, même important, et qu'une convention de trésorerie a été passée entre la société dominante et la filiale, le co-emploi n'est pas caractérisé selon la Cour de cassation⁸.

Au moins, les actions de solidarité d'une société mère ou grand-mère ne doivent plus être sanctionnées par la reconnaissance d'une situation de co-emploi.

Cela devrait être également le cas des abstentions de la société mère, qui renonce à apporter son concours financier à sa filiale qui, faute de celui-ci, est placée en liquidation judiciaire⁹.

Ce n'est dès lors que lorsque les engagements et flux financiers se font au détriment de l'employeur contractuel que la qualité de co-employeur peut encore, le cas échéant, être retenue à l'encontre de

la société tierce.

Encore faut-il que ces engagements et flux financiers soient anormaux, ce que la cour d'appel de Douai a bien précisé en l'espèce.

Du point de vue de l'immixtion dans la gestion économique, l'arrêt de la cour d'appel de Douai ne peut ici qu'être approuvé. Il constitue alors tant une confirmation du mouvement jurisprudentiel actuel sur le co-emploi hors lien de subordination qu'une illustration des situations résiduelles dans lesquelles le co-emploi pourra être retenu à l'avenir. Son utilité est donc certaine.

Toutefois, on pourra regretter que l'arrêt ne s'attache pas à matérialiser l'immixtion dans la gestion sociale de la filiale, qui ne semble pas avoir été soulevée par les parties ou étudiée par la cour.

Or, l'attendu de principe de la Cour de cassation requiert une immixtion dans la gestion économique et sociale (et non pas « ou » sociale).

À cet égard, dans les arrêts de la cour d'appel de Douai du 30 janvier 2015¹⁰ ayant conduit aux arrêts *3 Suisses* de la Cour de cassation du 6 juillet 2016, l'immixtion dans la gestion sociale avait été caractérisée par la cour d'appel. Il est vrai que les faits s'y prêtaient mieux.

Une lecture à la lettre de la définition de la Cour de cassation aurait donc pu conduire la cour d'appel à rejeter l'existence du co-emploi à défaut d'immixtion dans la gestion sociale. On pourrait à cet égard penser que la reconnaissance de la situation de co-emploi malgré le défaut de caractérisation en l'espèce de l'immixtion dans la gestion sociale de la filiale marque une tentative d'élargissement du périmètre résiduel du co-emploi, source d'incertitude et de confusion.

Il est plus probable que, compte tenu de l'importance de l'immixtion dans la gestion économique de la filiale et des sommes dont elle a été privée, la cour ait décidé de retenir, dans ce cas particulier, le co-emploi sans véritablement caractériser l'immixtion dans la gestion sociale de la filiale qui pourrait être alors considérée comme implicite en raison de l'incapacité totale de la filiale, dépossédée de sa trésorerie, à prendre la moindre décision, y compris en matière sociale.

3) Est-il pertinent de maintenir la notion de co-emploi sans lien de subordination ?

À l'égard des salariés, il semble que l'objectif final, c'est-à-dire la réparation du préjudice subi en raison des actions dommageables des sociétés mère et grand-mère, peut être atteint par le biais d'une action en responsabilité délictuelle et donc n'impose pas le maintien de la notion de co-emploi. La cour d'appel de Douai l'a déjà admis¹¹.

Toutefois, une telle action intentée à titre principal n'est pas de la compétence matérielle du conseil de prud'hommes. L'article L. 1411-1 du Code du travail énonce en effet que : « Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. » Sans relation d'emploi, de lien de subordination ou de co-emploi, pas de compétence du conseil de prud'hommes mais une compétence judiciaire de droit commun, des tribunaux d'instance et, plus certainement, de grande instance.

À cet égard, le moyen subsidiaire fondé sur la responsabilité délictuelle des sociétés qui ne sont pas reconnues comme co-employeurs se heurte également à la compétence matérielle limitée du conseil de prud'hommes¹² et n'a donc en principe que très peu de chance de prospérer. La question se pose alors de savoir si une demande fondée sur la responsabilité délictuelle présentée et rejetée pour défaut de compétence matérielle devant le conseil de prud'hommes devient recevable devant la cour d'appel qui n'a pas la même compétence limitée que le conseil.

Sur ce point, les cours d'appel saisies de la question ont apporté des réponses diverses. La cour d'appel de Rennes a tantôt considéré que la demande n'était pas plus recevable en appel¹³, tantôt considéré que, agissant en qualité de cour d'appel du tribunal de grande instance compétent, elle était, « à raison de sa compétence de droit commun et de la plénitude de juridiction », compétente pour statuer sur l'action en recherche de la responsabilité délictuelle précédemment soumise au conseil de prud'hommes¹⁴.

La cour d'appel de Douai, elle encore, a récemment confirmé un jugement du conseil de

prud'hommes de Lens s'étant déclaré incompétent pour connaître d'une demande basée sur la responsabilité délictuelle¹⁵.

À cet égard, la récente réforme de la procédure d'appel, qui tend à limiter l'effet dévolutif de l'appel¹⁶, pourrait justifier que les cours d'appel rejettent l'examen de la demande fondée sur la responsabilité délictuelle en cas d'appel sur un jugement du conseil de prud'hommes s'étant déclaré incompétent sur ce point.

Le risque d'éclatement du contentieux semble donc réel – et pourrait par ailleurs être encouragé avec l'abandon du principe de l'unicité de l'instance¹⁷ – et entraîne un risque d'augmentation du coût des procédures, ce qui est dommageable tant pour le salarié que pour l'employeur.

Toutefois, une telle considération justifie-t-elle le maintien de la notion de co-emploi sans lien de subordination, qui s'est révélée, en pratique, difficilement prévisible pendant longtemps ? Probablement pas.

Toutefois, d'autres raisons plaident plus pour son maintien dans ses nouvelles limites. En effet, un régime clarifié du co-emploi sans lien de subordination, limité aux situations les plus extrêmes, comme le cas d'espèce, permet de maintenir une forme d'unité d'action et ainsi d'éviter des décisions qui pourraient être difficiles à articuler (on pense à une situation dans laquelle le co-emploi et la responsabilité délictuelle seraient retenues par le conseil de prud'hommes et le tribunal de grande instance, ce qui poserait un problème certain au regard du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle).

Le recours au co-emploi permet aussi dans certaines hypothèses d'obtenir auprès d'un débiteur solvable le remboursement des sommes avancées par l'AGS, sommes dont le recouvrement est plus incertain en cas de responsabilité délictuelle¹⁸.

Le maintien de la notion de co-emploi hors lien de subordination présente finalement une certaine utilité, quoique limitée à des cas extrêmes. Il convient à cet égard d'approuver la vigilance continue de la Cour de cassation qui, par rejet¹⁹ ou par cassation²⁰, poursuit la définition et l'encadrement des situations dans lesquelles la qualité de co-employeur, hors lien de subordination, peut aujourd'hui être retenue par les juges du fond.

En conclusion, s'il on ne peut que constater avec satisfaction la confirmation de la réduction du champ d'application du co-emploi hors lien de subordination, force et de reconnaître que dans des hypothèses très limitées telles que celles de l'arrêt de la cour d'appel de Douai du 29 septembre 2017, la notion de co-emploi sans lien de subordination conserve un intérêt pratique résiduel.

Notes de bas de page

1 – La Cour de cassation est parfois amenée à rappeler que le co-emploi peut également résulter de l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et une société autre que l'employeur contractuel et que, dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire pour le salarié de démontrer la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction ([Cass. soc., 10 nov. 2016, n° 15-22008](#)).

2 – [Cass. soc., 2 juill. 2014, n°s 13-15208](#) et s.

3 – V. not. les arrêts : [Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-26558](#) ; [Cass. soc., 18 févr. 2015, n° 13-22595](#) ; ou encore les arrêts *Continental* : [Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-27266](#) ou *Proma* : [Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-26541](#).

4 – Charent G., « Le recours à la responsabilité délictuelle de la société mère à l'égard de sa fille comme réponse au rétrécissement de la notion de co-emploi », [Cah. soc. avr. 2017, n° 120p9, p. 171](#).

5 – [Cass. soc., 6 juill. 2016, n°s 15-15481](#) à 15-15545.

6 - Dans l'espèce de l'arrêt *3 Suisses*, la qualité de co-employeur de la société liée à l'employeur contractuel avait été reconnue par la cour d'appel de Douai, déjà, aux motifs que les deux sociétés poursuivies en plus de l'employeur contractuel avaient passé un contrat d'assistance ayant entraîné le transfert des équipes informatique, comptable « et surtout » ressources humaines, que le directeur des ressources humaines de la société déclarée co-employeur disposait d'un pouvoir permanent pour agir et recruter pour l'employeur contractuel, ce dernier ayant été dépossédé de son pouvoir de recruter, que la société déclarée co-employeur « prenait en charge tous les problèmes de nature contractuelle, administrative et financière » de l'employeur contractuel, contrôlant jusqu'aux feuilles de caisse. Ici, aucune manœuvre d'appauvrissement indu ou de « siphonage » de la trésorerie de l'employeur contractuel n'était caractérisée selon les juges.

7 - V. not. les arrêts *Continental*, préc.

8 - [Cass. soc., 7 mars 2017, n^{os} 15-16865](#) et s. et, dans la même affaire, [Cass. soc., 13 juill. 2017, n^{os} 16-13699](#) et s.

9 - [Cass. soc., 17 mai 2017, n^o 15-27766](#).

10 - [CA Douai, 30 janv. 2015, n^o 14/00093](#).

11 - [CA Douai, 31 janv. 2017, n^{os} 13/03934](#) et s. et n^{os} 15/01578 et s.

12 - V. territoriale : [CA Caen, 13 janv. 2017, n^o 16/01179](#).

13 - [CA Rennes, 20 avr. 2016, n^o 14/00071](#).

14 - [CA Rennes, 3 mai 2017, n^o 16/03697](#).

15 - [CA Douai, 29 sept. 2017, n^o 17/01951](#).

16 - [CPC, art. 562](#) issu de [D. n^o 2017-891, 6 mai 2017](#).

17 - [D. n^o 2016-660, 20 mai 2016](#), art. 8, relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

18 - Encore que, une telle demande de remboursement a été admise hors cas de situation de co-emploi dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles : [CA Versailles, 31 oct. 2011, n^o 10/00578](#).

19 - [Cass. soc., 23 mars 2017, n^o 15-21182](#).

20 - [Cass. soc., 30 nov. 2016, n^o 15-24195](#) ; [Cass. soc., 1^{er} déc. 2016, n^o 15-14099](#).

Issu de Les Cahiers Sociaux - 01/04/2018 - n^o 306 - page 188

ID : CSB122y7

Permalien :

Auteur(s) :

- Guillaume Charent, avocat au barreau de Paris, former solicitor, Flichy Grangé Avocats

[Voir le sommaire de ce numéro](#)