

## Du coemploi à la responsabilité délictuelle, pour qui sonne le glas ?

Hélène Daher et Alexandre Orts, avocats, analysent l'évolution de la jurisprudence entourant le contentieux lié à la recherche de responsabilité de la société-mère ou des actionnaires vis-à-vis de salariés. Si le contentieux du coemploi s'est tari en raison d'une restriction de cette notion, celui autour de la responsabilité délictuelle pourrait connaître une embellie.



De gauche à droite :

**Hélène DAHER**, Avocate associée

**Alexandre ORTS**, Avocat Counsel, Daher Avocats

**1** Dans un contexte économique et sanitaire difficile, avec un risque de « faillites » en chaîne dans les mois à venir (l'OCDE ayant récemment tiré la sonnette d'alarme), les investisseurs doivent-ils redouter une multiplication des recours de salariés licenciés pour motif économique en raison de leurs décisions d'actionnaires ?

### L'action en responsabilité délictuelle prospérera-t-elle sur les cendres du coemploi ?

**2** Alors que chacun s'amuse à prédire, si ce n'est la « mort », au moins le déclin de la reconnaissance de la qualité de coemployeur de la société-mère, les fondements de la responsabilité délictuelle – théoriquement moins contraignants – pourraient permettre à cette action de prospérer.

#### Le déclin de la reconnaissance du coemploi

**3** Traditionnellement fondée sur l'existence d'un lien de subordination vis-à-vis de l'employeur et de la société-mère, la jurisprudence a, à partir de 2007, progressivement substitué à la **notion** de « lien de subordination » la recherche d'une **confusion des intérêts, des activités et de la direction** des sociétés coemployeurs (Cass. soc. 19-6-2007 n° 05-42.551 FS-PB : RJS 10/07 n° 1105).

Particulièrement utilisé dans des contextes de licenciements pour motif économique dans des sociétés en déconfiture, le concept de coemploi a prospéré au début des années 2010 avec les affaires Métaleurop et Jungheinrich (Cass. soc. 28-9-2011 n° 10-12.278 F-D : RJS 12/11 n° 929 ; Cass. soc. 30-11-2011 n° 10-22.964 FS-PBR :

RJS 2/12 n° 182), la Cour de cassation ayant progressivement laissé de côté la notion de lien de subordination au profit d'une analyse managériale et opérationnelle des entreprises (en particulier **immixtion dans la gestion de la filiale** et/ou de son personnel).

**4** Par la suite, le coemploi n'a eu de cesse de voir son champ d'application se réduire depuis 2014, lorsque, par un arrêt dit « Molex », la Cour de cassation a précisé : « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une **immixtion dans la gestion économique et sociale** de cette dernière » (Cass. soc. 2-7-2014 n° 13-15.208 FS-PB : RJS 10/14 n° 662).

Plus récemment, la Cour de cassation a abandonné l'exigence de triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction. Elle exige désormais une immixtion permanente de la mère ou de l'actionnaire dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la **perte totale d'autonomie d'action** de cette dernière (Cass. soc. 25-11-2020 n° 18-13.769 FP-PBRI : RJS 2/21 n° 63), laquelle risque bien souvent d'être difficile – si ce n'est impossible – à démontrer.

**5** Si la « mort » du coemploi – annoncée depuis longtemps par certains auteurs – n'est pas acquise, il paraît clair que la volonté de la Haute Cour est de restreindre la reconnaissance du coemploi à des situations que l'on peut qualifier d'« exceptionnelles ». Dans ce contexte, la recherche de la responsabilité délictuelle de la société-mère ou de l'actionnaire pourrait – au moins en apparence – s'avérer plus aisée à mettre en œuvre pour les salariés. Qu'en est-il ?

#### L'essor de l'action en responsabilité délictuelle à l'encontre de la société-mère ou de l'actionnaire

**6** Fondée sur l'article 1240 du Code civil, la responsabilité délictuelle d'une personne physique ou morale peut être engagée dès lors qu'est caractérisée l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité.

La caractérisation de ces éléments permet à la victime du préjudice invoqué d'en obtenir une indemnisation de la part de son auteur.

7 La Cour de cassation a admis, depuis 1990, la possibilité pour des salariés de chercher à engager la responsabilité délictuelle de la société-mère de leur employeur à la suite de leur licenciement, même si, au cas d'espèce, leur recours avait été rejeté au motif d'un défaut de **preuve d'une faute de la société-mère**, la Haute Cour retenant que « la société n'avait pas abusé de sa position à l'égard de sa filiale et n'avait donc pas commis de faute » (Cass. soc. 3-4-1990 n° 88-43.378 D ; Cass. soc. 28-9-2010 n° 09-41.243 F-D : RJS 12/10 n° 897).

La jurisprudence a ensuite admis la possibilité d'étendre une telle action à l'encontre de l'**actionnaire** « principal » de la société employeur, dès lors que la **légèreté blâmable** de celui-ci avait conduit à la déconfiture de l'employeur, ce qui permettait de caractériser une faute (Cass. soc. 8-7-2014 n° 13-15.470 FS-PB : RJS 10/14 n° 703 ; Cass. soc. 24-5-2018 n° 16-22.881 FS-PB : RJS 8-9/18 n° 530).

8 Pour autant, la responsabilité délictuelle de la société-mère ne saurait être automatiquement recherchée – et a fortiori retenue – lorsqu'une filiale est placée en procédure collective et/ou contrainte de mettre en œuvre des licenciements pour motif économique.

Est nécessaire la **preuve d'une faute** de la mère ou de l'actionnaire **ayant**, selon l'expression consacrée, **concouru à la déconfiture de l'employeur** (assèchement de la trésorerie de la filiale, reprise d'actifs dans des conditions désavantageuses pour la filiale...).

Par ailleurs, la situation d'une filiale n'est pas toujours **imputable à la société-mère**, la Cour de cassation ayant précisé que la mère n'a pas « à mettre en œuvre au lieu et place de sa filiale une stratégie industrielle et commerciale ainsi qu'une politique de gestion des ressources humaines notamment par des plans de formation ou de prévention des risques psychosociaux, et la dégradation rapide de la trésorerie de la [filiale] était de nature à légitimer le refus de financer un plan de sauvegarde de l'emploi par [la société-mère] qui était elle-même en difficultés économiques » (Cass. soc. 24-5-2018 n° 16-18.621 FS-PB : RJS 8-9/18 n° 530).

Il est heureux que l'absence de volonté de la mère de contribuer aux besoins de sa fille ne soit pas en soi fautive, sous réserve, évidemment, de l'hypothèse dans laquelle une filiale non économiquement viable aurait été maintenue « sous perfusion » pendant des années avant d'être abandonnée à son sort du jour au lendemain.

9 En ce qui concerne précisément la caractérisation d'une telle faute, la **responsabilité** délictuelle de la mère ou de l'actionnaire n'est pas recherchée ès qualités (ce qui supposerait qu'une faute personnelle d'une gravité particulière soit identifiée : Cass. com. 10-2-2009 n° 07-20.445 F-PB : RJDA 5/09 n° 445 ; Cass. com. 18-4-2014 n° 12-29.752 FS-PB : RJDA 7/14 n° 628). Au contraire, cette responsabilité est recherchée **en tant que tiers au contrat de travail**, de sorte qu'une faute légère est, pour la chambre sociale, potentiellement suffisante pour engager cette responsabilité (Cass. soc. 24-5-2018 précité). Dans cet arrêt, l'actionnaire principal n'était pas l'actionnaire direct de l'employeur. La solution contraire pourrait, à notre sens, être soutenue s'il s'agit de rechercher la responsabilité de la mère (actionnaire direct). En l'occurrence, les fautes

commises par l'actionnaire « principal », le fonds Sun Capital, étaient les suivantes : transfert du droit d'exploitation de la licence de la marque Lee Cooper à titre gratuit à une autre société du groupe (les

redevances dues au titre du contrat de licence ayant été facturées à la société Lee Cooper France, laquelle avait dû donner en garantie un immeuble pour un financement bancaire destiné exclusivement à une autre société du groupe qui avait été vendu au profit des banques) ; vente d'un stock important de marchandises gagées d'une société du groupe à la société Lee Cooper France qui s'était vu opposer le droit de rétention du créancier du groupe...

C'est dans le cadre d'une action en responsabilité d'un établissement bancaire, donc d'un tiers au contrat de travail, que la Cour de cassation a récemment cherché, semble-t-il, à limiter le champ d'une telle action.

### L'action en responsabilité délictuelle de la société-mère ou de l'actionnaire a-t-elle un avenir ?

#### *Une apparente perte d'intérêt d'une telle action*

10 Dans le cadre d'une action en responsabilité engagée à l'encontre de la Bank of Scotland fondée sur l'octroi de crédits ruineux à leur employeur, la Cour de cassation a jugé que, les **salariés ayant déjà perçu** une indemnité de licenciement et **des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse** dans le cadre d'une procédure prud'homale, ils avaient déjà été indemnisés des préjudices liés à « la perte pour l'avenir des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir [...] préjudice moral né de la perte de leur emploi [...] perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé ou équivalent » (Cass. soc. 27-1-2021 n° 18-23.535 FP-PRI : RJS 4/21 n° 211).

La solution est logique puisqu'un **même préjudice ne peut être réparé qu'une fois**. D'ailleurs, si, en 2018 (Cass. soc. 24-5-2018 précité), la Cour de cassation avait condamné l'actionnaire principal de la société Lee Cooper France (le fonds Sun Capital) à indemniser les salariés licenciés à la suite de la liquidation judiciaire de leur employeur, c'est après avoir constaté que ces derniers n'avaient formulé de demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse contre la société Lee Cooper qu'à titre subsidiaire, de sorte qu'il n'y avait pas eu de cumul d'indemnisation sur le fondement des responsabilités contractuelle (auprès de Lee Cooper France) et délictuelle (auprès de Sun Capital).

11 Ce faisant, la Cour de cassation semble limiter l'intérêt pour les salariés de rechercher la responsabilité délictuelle de la mère de leur employeur, a fortiori dès lors qu'une telle démarche doit être engagée devant le tribunal judiciaire, ou le tribunal de commerce (en cas de procédure collective), et non pas devant le conseil de prud'hommes. Une action en responsabilité devant le conseil de prud'hommes ne serait en effet admise qu'à titre subsidiaire, à condition que l'existence d'une situation de coemploi soit soutenue à titre principal.

Pour autant, la portée de la décision de la Haute Cour du 27 janvier 2021 pourrait être relativisée compte tenu de règles depuis applicables.

### *De nouveaux enjeux pourraient raviver l'intérêt de cette action*

**12** Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'article L 1235-3 du Code du travail prévoit – sauf hypothèse de nullité du licenciement – un plafond d'indemnisation au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse en fonction de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié, couramment appelé « **barème Macron** ». Certains auteurs et praticiens y voient une atteinte au principe civiliste de « réparation intégrale du préjudice ».

Certaines juridictions du fond suivent parfois ce raisonnement. Très récemment, la cour d'appel de Paris a écarté l'application du barème au motif qu'il ne permettait pas « une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi, compatible avec les exigences de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT » (CA Paris 16-3-2021 n° 19/O8721 : FRS 8/21 inf. 12 p. 31).

Pour autant, le principe demeure l'application de ce barème dans le cadre des litiges prud'homaux, et les salariés connaissent donc, dès le départ, le montant maximal de dommages et intérêts auquel ils peuvent prétendre en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**13** De son côté, l'action en responsabilité délictuelle à l'encontre de la société-mère ou de l'actionnaire de l'employeur relève par principe de la compétence du tribunal judiciaire ou, le cas échéant, du tribunal de commerce (Cass. soc. 13-6-2018 n° 16-25.873 FS-PB : RJS 8-9/18 n° 562).

Une telle action échappe en principe à l'application du « barème Macron ». Les salariés pourraient donc privilégier, à supposer que leur licenciement résulte effectivement d'une faute de la société-mère ou de l'actionnaire à l'origine des difficultés économiques de leur employeur ayant précipité leur licenciement, une action en responsabilité délictuelle afin d'**échapper à l'application du barème** et obtenir une indemnisation du préjudice résultant de la perte de leur emploi, au-delà des plafonds prévus par le Code du travail.

**14** Dans l'attente d'un arrêt de cassation confirmant que l'article L 1235-3 du Code du travail permet une réparation intégrale du préjudice (l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 mars 2021 fait l'objet d'un pourvoi en cassation) et est compatible avec les

dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT (la Cour de cassation, en formation plénière, a déjà rendu deux avis en ce sens le 17 juillet 2019 : Cass. avis 17-7-2019 n°s 19-70.010 PBRI et 10-70.011 PBRI : RJS 11/19 n° 563), les plaideurs les plus audacieux pourraient solliciter des dommages et intérêts auprès de la mère ou de l'actionnaire au titre de sa responsabilité extra-contractuelle, en sus d'une demande auprès de l'employeur en raison de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, pour la **portion du préjudice qui excéderait le « barème Macron »** (ce barème n'était pas applicable aux faits de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 2021 précité).

En effet, comme le rappelle la Cour de cassation dans sa note explicative afférente à l'arrêt du 27 janvier 2021, s'il est interdit d'accorder une réparation supérieure au dommage, le principe de la réparation intégrale oblige néanmoins à réparer tout le préjudice subi.

**15** Par ailleurs, la **prescription applicable** en matière de contestation du licenciement est de douze mois à compter de la notification de la rupture (C. trav. art. L 1471-1), là où la prescription quinquennale de droit commun, qui commence à courir « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » (C. civ. art. 2224), devrait s'appliquer dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle.

Dès lors, les plaideurs « retardataires » pourraient se saisir de cette opportunité s'ils n'ont pas saisi le conseil de prud'hommes dans les temps.

**16** Enfin, en écho au **risque de « faillites » en chaîne** redouté dans les prochains mois, agir en responsabilité délictuelle contre la société-mère ou l'actionnaire permettrait aux intéressés d'échapper au plafonnement du montant des **indemnités prises en charge par le régime de garantie des salaires (AGS)** dans un contexte de procédure collective.

Cela pourrait devenir d'autant plus financièrement risqué pour les mères et actionnaires que le **projet de réforme de l'AGS** fait craindre à certains un risque sur les sommes assurées par ce mécanisme, la CFDT redoutant même « à terme la disparition de ce régime » (Actualité CFDT du 8-2-2021).

Le glas de l'action en responsabilité délictuelle dirigée contre la société-mère ou l'actionnaire n'a donc pas encore sonné...