

que, plus profondément, la qualification de détenteur marque aussi une évolution de la notion de propriété. En effet, en posant une présomption de détention reposant sur l'absence de comportement fautif du propriétaire, la Cour de cassation invite *a fortiori* ce dernier à adopter un comportement prudent, à devenir un propriétaire soucieux de l'intérêt général environnemental. Là est l'apparent paradoxe : tout en veillant à la primauté du droit de propriété, la solution écologise la notion, appelant le propriétaire à user et jouir de son bien dans le respect des intérêts environnementaux. Cela n'étonne guère si l'on rappelle, outre l'importance actuellement donnée aux droits de l'homme à l'environnement *via* la Charte de l'environnement, la jurisprudence de la CEDH selon laquelle « certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement »¹⁸.

La solution mérite, d'autre part, de se lire sous le prisme du droit de l'environnement. En premier lieu, en ce qu'il invite à faire peser sur le pollueur le coût des atteintes environnementales, le principe pollueur-payeur¹⁹ peut expliquer la solution qui, en l'espèce, décide que le propriétaire n'est détenteur que si, par son comportement, il a participé directe-

ment ou indirectement aux faits de pollution. Ceci n'est pas surprenant car la directive du 15 juillet 1975 justifie l'obligation d'éliminer les déchets par ce principe²⁰. En second lieu, l'importance accordée au comportement du propriétaire peut trouver une justification dans les devoirs de prendre part à la préservation de l'environnement et d'en prévenir les atteintes, reconnus par la Charte de l'environnement²¹. Ils invitent le propriétaire à exercer son droit de propriété de manière écologique. En ce sens, la solution semble parfaitement répondre aux exigences du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 8 avril 2011, au sujet de la règle de la préoccupation, a déduit des principaux droits et devoirs de la Charte de l'environnement que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »²². Par conséquent, *via* la qualification subjective de la détention, l'arrêt du 11 juillet 2012 fait du propriétaire un débiteur particulièrement concerné par cette obligation de vigilance environnementale. Reste à savoir s'il présume, sous l'influence des forces créatrices environnementales, d'une accentuation de la conception fonctionnelle de la propriété, opérant le passage de « l'absolutisme vers l'éco-conditionnalité »²³ et menant vers un droit de propriété environnemental.

(18) CEDH 27 nov. 2007, n° 21861/03, *Hamer c/ Belgique*, D. 2008. 884, note J.-P. Marguénaud, 2390, obs. F. G. Trébulle, et 2458, spéc. 2469, obs. N. Reboul-Maupin; AJDI 2008. 316. (19) V. A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, n° 145 s.; V. art. L. 110-1 c. envir. et art. 4 de la Charte de l'environnement consacrant l'obligation de contribuer à la réparation des dommages causés à l'environnement. (20) Art. 15. (21) Art. 2 et 3. (22) V. F. G. Trébulle, RDI 2011. 369. (23) F. G. Trébulle, *Les principales problématiques juridiques sur le thème de la pollution des sols*, in *Sites et sols pollués : les enjeux d'un Droit, un Droit en jeu(x)*, ss. la dir. M.-P. Blin-Franchomme, Litec, coll. Colloques, 2010.

/ Sauvegarde des entreprises

Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives

par Reinhard Dammann, *Clifford Chance*, avocat au barreau de Paris, chargé de cours à Sciences Po et Samuel François, *Clifford Chance*, doctorant

Sommaire de la décision > L'état de cessation des paiements est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Et, lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est également tenu de déclarer cet état.

Cour de cassation, com., 3 juill. 2012

LA COUR : - Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Sodimédical, faisant partie du groupe Lohmann et Rauscher, a déclaré la cessation de ses paiements et demandé l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ;
Sur la recevabilité du moyen contestée par la défense : -

Attendu que les membres du comité d'entreprise, défenseurs au pourvoi, font valoir que la société Sodimédical ne démontrant pas, ni même n'alléguant que son redressement serait manifestement impossible, le moyen, qui ne conteste que l'appréciation faite par la cour d'appel de l'état de cessation des paiements et l'incidence d'une fraude éventuelle,

serait inopérant au regard des dispositions de l'article L. 640-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce;

Mais attendu que l'arrêt n'ayant pas fondé le rejet de la demande d'ouverture de la liquidation judiciaire sur la possibilité du redressement de la société Sodimédical, sa motivation relative à la cessation des paiements et à l'existence d'une fraude ne peut être tenue pour surabondante et était la seule susceptible d'être critiquée; que le moyen est recevable;

Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième branches: - Vu les articles L. 631-1, alinéa 1^{er}, et L. 640-1 du code de commerce; - Attendu que, pour rejeter la demande d'ouverture de la procédure collective présentée par la société Sodimédical, l'arrêt retient que le passif échü de celle-ci s'élève à 4515937 €, dont une somme de 3979831 € représentant le montant du compte courant de sa société mère, que le groupe a décidé de ne plus soutenir financièrement cette filiale qui n'a pas d'autonomie, que si les dettes internes au groupe font partie du passif exigible, la société Sodimédical est à jour de ses cotisations sociales et que sa position est incohérente, dès lors que, tout en excipant d'un actif disponible inférieur à 100000 €, elle a été en mesure, lors de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, de proposer à chacun de ses salariés une indemnité complémentaire de licenciement de 20000 €; - Attendu qu'en se déterminant par ces motifs impropres à exclure l'état de cessation

des paiements, lequel est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Et sur le moyen, pris en sa deuxième branche: - Vu les articles L. 631-1, alinéa 1^{er}, L. 640-1 et L. 640-4 du code de commerce; - Attendu que, lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état; - Attendu que, pour rejeter la demande de liquidation judiciaire formée par la société Sodimédical, l'arrêt retient encore que cette demande a eu pour seul but, après l'échec de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi, de permettre des licenciements dont la cause économique ne pourrait plus être contestée et de faire prendre en charge leur coût par la collectivité; - Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés;

Par ces motifs, casse [...], renvoie devant la cour d'appel de Paris [...].

11-18.026 (n° 775 FS-P+B) - Demandeur: Sodimédical (Sté) - Défendeur: Vaugois - Décision attaquée: Cour d'appel de Reims (ch. civ., 1^{er} sect.), 14 mars 2011 (Cassation partielle)

Mots-clés: SAUVEGARDE DES ENTREPRISES * Procédure * Ouverture * Filiale * Cessation des paiements

Note

Une société mère peut-elle impunément provoquer la cessation des paiements de sa filiale dans le seul but d'échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi? Dans l'arrêt *Sodimédical* rendu le 3 juillet 2012⁽¹⁾, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est, pour la première fois, prononcée sur cette problématique d'une possible instrumentalisation des procédures collectives.

En l'espèce, le groupe allemand Lohmann et Rauscher avait délocalisé l'activité déficitaire de sa filiale française Sodimédical en Chine. La situation économique de Sodimédical n'avait alors cessé de se dégrader: elle avait enregistré des pertes importantes consécutives à une baisse d'activité et au maintien de ses coûts fixes, notamment salariaux. Cette activité déficitaire fut financée par la maison mère au moyen d'avances en compte courant à hauteur de 4,9 millions d'euros sur un passif échü s'élevant à 5,5 millions.

A plusieurs reprises, au cours de l'année 2010, le tribunal de grande instance de Troyes avait annulé des projets de licenciements de la société Sodimédical en considérant que celle-ci ne démontrait pas l'existence d'un motif économique.

Face à ces refus réitérés, la société mère décida de ne plus soutenir financièrement sa filiale, provoquant ainsi son état de cessation des paiements. C'est dans ces circonstances que le

tribunal de commerce de Troyes avait, à la demande des dirigeants de Sodimédical, ouvert une procédure de liquidation judiciaire.

Mais, se fondant sur une analyse des mobiles du débiteur, la cour d'appel de Reims, sur appel du comité d'entreprise, avait considéré que l'ouverture de la procédure collective était abusive. Soulignant l'absence d'autonomie de la société Sodimédical à l'égard de sa maison mère, les juges du fond en concluaient que le débiteur avait eu « pour seul but, après l'échec de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi, de permettre des licenciements dont la clause économique ne pourrait plus être contestée et de faire prendre en charge leur coût par la société ».

C'est cette décision, motivée de manière plutôt audacieuse, que l'arrêt du 3 juillet 2012 est venu casser.

La chambre commerciale considère tout d'abord que l'état de cessation des paiements « est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ». *Exit* la prise en compte de la situation financière du groupe.

Les hauts magistrats estiment aussi que « lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande

(1) Com. 3 juill. 2012, n° 11-18.026, D. 2012. AJ 1814, obs. A. Lienhard; Rev. sociétés 2012. 527, obs. L.-C. Henry.

d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état ». *Évit* la prise en compte d'un détournement de procédure.

Cette solution de la chambre commerciale s'inscrit dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure et met en exergue une tension fondamentale entre deux logiques : celle du droit social en matière de licenciements et celle du droit commercial en matière de procédures collectives. En droit social, le motif économique des licenciements s'apprécie au niveau du secteur d'activité d'un groupe ; en droit commercial, prévaut une logique sociétaire respectant strictement l'autonomie de la personnalité morale.

L'arrêt *Sodimédical* ne peut que susciter un sentiment de malaise ou, à tout le moins, une grande perplexité. Devrait-on établir davantage de cohérence entre le droit social et le droit commercial dans l'appréhension qu'ils ont des groupes de sociétés ? Pour ce faire, faudrait-il envisager un changement législatif ? *A priori*, emprunter cette direction semble difficile et même peu opportun. Pourrait-on alors concevoir d'autres remèdes permettant d'éviter qu'un groupe peu scrupuleux utilise la procédure collective comme une échappatoire commode à ses obligations sociales ?

Cela étant, au cas présent, la Cour de cassation a fait une application rigoureuse du droit positif, ce qui mérite approbation (I). D'autant qu'il existe aujourd'hui des correctifs permettant aux créanciers et salariés d'une société de rechercher la responsabilité de la maison mère lorsque celle-ci a eu des comportements répréhensibles (II). Faut-il les renforcer (III) ?

I - Doit-on prendre en compte l'existence d'un groupe de sociétés ?

Il s'agit là d'examiner les divergences d'appréciation entre le droit commercial et le droit social.

A - L'indifférence de la situation financière du groupe dans l'appréciation de la cessation des paiements

Dans son arrêt du 14 mars 2011, la cour d'appel de Reims avait refusé d'ouvrir la liquidation judiciaire demandée par la société *Sodimédical*. En cassant cet arrêt, la Cour de cassation a fait une application rigoureuse des règles qui gouvernent l'ouverture d'une procédure collective.

En l'espèce, la question posée est celle de l'appréciation de la situation financière de la société demandant l'ouverture d'une procédure collective : faut-il alors prendre en considération la situation du groupe auquel appartient cette société ? C'est à propos de la procédure de sauvegarde que la Cour de cassation avait déjà pris position en jugeant que « la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient »². Dans son arrêt du 26 juin 2007, la Cour se fondait sur

la rédaction de l'article L. 620-1 du code de commerce qui vise le seul demandeur : celui-ci doit éprouver des difficultés insurmontables pour être éligible à la procédure de sauvegarde.

Respectueuse du principe d'autonomie patrimoniale des personnes morales, cette solution avait été approuvée par la doctrine. Rappelons que le groupe n'a pas de personnalité juridique et que les actionnaires ne peuvent se voir contraints d'augmenter leurs engagements : ils n'ont aucun « devoir de soutien » à l'égard de la société³. Une société mère a donc le droit de décider de ne plus soutenir financièrement sa filiale.

L'affaire *Sodimédical* illustre l'application de ce principe à l'ouverture d'une liquidation judiciaire à la demande du débiteur. Ainsi, lorsque, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation affirme que l'état de cessation des paiements « est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible », sa position est-elle parfaitement fondée.

L'absence de prise en considération du groupe se justifie même plus encore que dans le cas de la procédure de sauvegarde. La liquidation judiciaire diffère en effet de la procédure de sauvegarde en ce qu'elle n'est pas une procédure volontariste : dès lors que le débiteur se trouve en situation de cessation des paiements, il doit, sous peine de sanctions, procéder à une déclaration de cessation de paiements dans les 45 jours. Constatant cet état, le juge n'a alors d'autre choix, si la situation est irrémédiablement compromise⁴, que de prononcer l'ouverture de la liquidation judiciaire.

C'est dire que le pouvoir d'appréciation, du débiteur comme du juge, n'a pas droit de cité en cas de cessation des paiements. La Cour de cassation le rappelle fermement en censurant la décision de la cour d'appel de Reims. La prise en considération du groupe auquel appartient la société ne peut donc intervenir dans la logique des procédures collectives. Puisque le débiteur a l'obligation de déclarer son état de cessation des paiements, le comportement de la société mère ne peut en effet avoir aucune influence sur l'ouverture d'une procédure collective. Par définition, il ne saurait y avoir abus de la part d'un débiteur objectivement en état de cessation des paiements, dès lors qu'il ne fait que se conformer à une obligation légale.

En revanche, s'il apparaît que la société mère a volontairement organisé l'asphyxie de sa filiale, il appartient au liquidateur

(2) Com. 26 juin 2007, n° 06-17.821 et 06-20.820, Bull. civ. IV, n° 177 ; D. 2007. 1864, obs. A. Lienhard, 2764, chron. M.-L. Bélaval, et 2008. 570, obs. F.-X. Lucas ; JCP E 2007. 2120, note J. Vallansan, et 2008. 1207, § 2, obs. P. Pétel ; Com. 8 mars 2011, n° 10-13.988, D. 2011. 743, obs. A. Lienhard, 919, note P.-M. Le Corre, 1441, chron. L. Arcelin Lécuyer, et 2069, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2011. 404, étude B. Grelon ; RTD civ. 2011. 351, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 420, obs. J.-L. Vallens. (3) En ce sens, V. F.-X. Lucas, RDC 2007. 1224. (4) En l'occurrence cette condition *sine qua non* à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ne semble pas avoir été invoquée par la cour d'appel. De sorte que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce point.

d'en tirer les conséquences en recherchant la responsabilité de la société mère. La loi du 12 mars 2012, dite « Petroplus », s'est du reste inspirée de cette logique en prévoyant une responsabilité du dirigeant de fait dont les fautes ont contribué à provoquer le redressement judiciaire de la société ⁵.

Le liquidateur peut également, en cas de confusion de patrimoines ou de fictivité de la filiale, solliciter une extension de procédure sur le fondement des articles L. 641-1, I, et L. 621-2 du code de commerce. Celle-ci est alors appréciée de manière restrictive par la Cour de cassation afin de bien respecter le principe d'autonomie patrimoniale de la personne morale ⁶.

Dans cette perspective, il faut admettre que le refus d'ouvrir une liquidation judiciaire est une fausse bonne idée. En effet, dans la mesure où la société ne peut être contrainte de soutenir financièrement sa filiale - tout soutien de ce type pourrait d'ailleurs l'exposer à une responsabilité pour soutien abusif au titre de l'article L. 650-1 du code de commerce ⁷ -, la non-ouverture d'une liquidation aurait comme conséquence inexorable d'augmenter le montant du passif de la société. On peut également craindre une diminution de l'actif... le tout au préjudice des créanciers. *In fine*, l'ouverture d'une procédure collective serait alors demandée, non par le débiteur, mais par un créancier, voire prononcée d'office par le tribunal.

Enfin, force est de constater qu'en droit comparé le groupe de sociétés n'est pas davantage pris en considération. A titre d'exemple, même si le droit commercial allemand reconnaît l'existence du groupe de sociétés, il demeure très attaché au principe d'autonomie patrimoniale de la personne morale en cas d'ouverture d'une procédure collective ⁸.

En somme, le véritable remède ne consiste pas à refuser ou même à retarder l'ouverture d'une procédure collective mais plutôt à mettre en cause, *a posteriori*, la responsabilité de la société mère qui, fautivement, a provoqué la cessation des paiements de sa filiale. En pratique, cette action suppose que le liquidateur démontre une direction de fait de la société mère ⁹.

B - La prise en compte du groupe dans l'appréciation de la cause économique du licenciement

Avant de demander l'ouverture d'une liquidation judiciaire, la société *Sodinnédical* avait voulu licencier son personnel dans le cadre d'un plan de sauvegarde pour l'emploi (PSE). Mais, à plusieurs reprises, le tribunal de grande instance de Troyes avait refusé le motif économique du licenciement puisque, à rebours du droit commercial, le droit du travail prend en compte le groupe de sociétés pour établir la cause économique du licenciement. Ainsi, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les difficultés économiques doivent-elles s'apprécier au regard du secteur d'activité de ce dernier ¹⁰. Dans l'hypothèse où le groupe a des filiales à l'étranger, il faut aussi prendre en compte les sociétés du secteur d'activité situées à l'étranger ¹¹.

Cette jurisprudence protectrice des intérêts des salariés se comprend aisément dès lors que l'ensemble des sociétés du

groupe sont *in bonis*. Mais, en cas de liquidation judiciaire, elle se heurte à la logique des procédures collectives.

Afin de préserver la couverture de l'AGS ¹², c'est en effet dans les quinze jours de l'ouverture de la liquidation judiciaire que le liquidateur doit licencier l'ensemble des salariés. Dès lors, la cause économique ne pourra plus être contestée puisque la Cour de cassation considère que la cause des licenciements autorisés par le juge-commissaire est définitivement acquise ¹³. La corrélation automatique entre liquidation judiciaire et caractère réel et sérieux du motif économique constitue donc une alternative sur mesure pour un employeur se trouvant dans l'impossibilité de justifier d'un tel motif.

Ainsi, lorsqu'un groupe de sociétés prospères se voit confronté à l'activité déficitaire d'une de ses filiales, dont les perspectives de retour à l'équilibre s'avèrent fortement compromises, le droit social peut-il empêcher l'employeur de justifier par un motif économique les licenciements projetés. Dans cette situation, il est alors logique que la maison mère cesse de soutenir financièrement sa filiale, ce qui provoquera inéluctablement la cessation des paiements et le dépôt de bilan. Mais cette option, adoptée pour préserver les intérêts légitimes du groupe, a souvent pour conséquence de priver les salariés de la filiale concernée d'un PSE en adéquation avec les dispositions de l'article L. 1235-10, alinéa 2, du code du travail.

Une autre hypothèse peut également se présenter: dans le seul but d'échapper à ses obligations sociales, une société mère provoque volontairement le déséquilibre de sa filiale par une immixtion fautive dans la gestion de celle-ci. La filiale se voit ainsi vidée de ses actifs et abandonnée à son triste sort. Ce faisant, la maison mère instrumentalise les procédures collectives en les détournant de leur finalité. Dans le même esprit, un groupe

(5) Cette loi a suscité des réserves, voire des critiques. V. not.: P.-M. Le Corre, Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins...chez la mère: la loi Petroplus du 12 mars 2012, *Rev. sociétés* 2012. 412; P. Roussel Galle, La loi Petroplus: quelques réflexions... avec un peu de recul, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 16. (6) D. Robine et J. Marotte, L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés, *Rev. sociétés* 2005. 897. (7) R. Dammann et A. Rapp, La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce: la fin des incertitudes, *D.* 2012. 1455. (8) Sur cette question, V. R. Dammann et F. Müller, Coup d'arrêt de la CJUE au mécanisme de l'extension de procédure en cas de confusion de patrimoines, *D.* 2012. 406; P. Hoang, L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce, *D.* 2012. 2034. (9) La responsabilité de la société mère peut également être envisagée sous l'angle de la rupture abusive de crédit voire de la rupture brutale des relations commerciales établies (art. L. 442-6, I, 56, c. com.). (10) V. Soc. 11 mai 2005, n° 03-41.382; 13 sept. 2006, n° 05-40.486; 7 juill. 2009, n° 08-40.321; 29 sept. 2009, n° 08-41.327; 22 sept. 2011, n° 10-13.892, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 89, obs. P. Taquet. (11) Soc. 12 juin 2001, n° 99-41.571, *D.* 2001. 2560. (12) Art. L. 3253-8 c. trav. (13) Soc. 2 mars 2004, n° 12-41.932, *Bull. civ. V*, n° 67: « La lettre de licenciement pour motif économique émanant du mandataire judiciaire liquidateur est suffisamment motivée dès lors qu'elle vise le jugement de liquidation en application duquel il est procédé au licenciement ».

peut procéder à la filialisation d'une activité structurellement déficitaire, dans le seul dessein d'organiser un dépôt de bilan.

Ces manœuvres apparaissent d'autant plus condamnables que l'employeur n'a alors même plus à supporter les coûts des licenciements. En effet, l'AGS prend en charge les impayés de salaires, les indemnités des licenciements intervenant dans les quinze jours suivant le jugement de la liquidation. Et, la société ayant été préalablement vidée de ses actifs, l'AGS ne dispose ensuite d'aucun moyen pour recouvrer ses avances. Le coût des licenciements effectués se voit donc assumé par la collectivité...

Face à cette problématique sensible, quelle solution le droit positif pourrait-il offrir ? Afin de parer à l'instrumentalisation des procédures collectives ne conviendrait-il pas de proposer, non une inflexion de l'obligation de déposer le bilan, mais l'instauration de mécanismes jouant *a posteriori* qui permettraient d'engager la responsabilité de la société mère lorsqu'un comportement répréhensible de sa part est établi ? A cet égard, il existe un arsenal d'actions pouvant être qualifiées de « correctives » : sans remettre en cause l'approche sociétaire du droit commercial, elles offrent aux salariés la possibilité de sanctionner ceux qui ont, véritablement et volontairement, conduit une société à sa ruine.

II - Les correctifs à l'instrumentalisation des procédures collectives

Les salariés de la filiale, dont le licenciement est prononcé par le liquidateur judiciaire, ont la possibilité de rechercher la responsabilité contractuelle de la société mère fautive (A) tout comme sa responsabilité délictuelle (B).

A - La responsabilité contractuelle de la société mère : la théorie du co-emploi

La situation de co-emploi est celle où le salarié n'a pas un mais plusieurs (co-)employeurs débiteurs des obligations découlant du code du travail. Sur le fondement de la théorie du co-emploi¹⁴, la responsabilité contractuelle de la société mère peut être engagée à l'égard des salariés de ses filiales. Mais, comme le rappelle le désormais célèbre arrêt *Flodor*, il s'agit d'une situation d'exception : « une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement [...] »¹⁵.

La reconnaissance d'une situation de co-emploi présente deux intérêts majeurs pour les salariés licenciés.

Le premier intérêt se rapporte à la cause des licenciements. En effet, lorsqu'il y a co-emploi, la cessation d'activité d'une société ne peut, à elle seule, justifier le licenciement économique des salariés par le co-employeur¹⁶. Les licenciements doivent être justifiés par un autre motif économique, à défaut de quoi ils seront considérés sans cause réelle et sérieuse. Mais, en tout état de cause, les salariés conservent comme interlocuteur un débiteur solvable, peu important que la notion de co-emploi soit retenue postérieurement à la rupture des contrats de travail.

Le second intérêt a trait à la mise en place du PSE. En effet, la reconnaissance d'un co-emploi impose la mise en place d'un PSE tenant compte des moyens dont dispose chacun des (co-)employeurs¹⁷.

Pour déterminer une situation de co-emploi, il était traditionnellement nécessaire de caractériser un lien de subordination entre les salariés et le prétendu co-employeur, ce lien constituant l'un des éléments essentiels de la qualification du contrat de travail. Par la suite, la jurisprudence a évolué et la Cour de cassation a eu tendance à élargir la notion de co-emploi en partant d'une approche plus économique qui se fonde sur l'existence d'une immixtion dans la gestion par la société mère (ou par une autre société du groupe). L'immixtion se définit à l'aune de trois critères : confusion d'intérêts, d'activités, de direction¹⁸. La triple confusion se suffit à elle-même, « sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés »¹⁹.

D'aucuns critiquent l'assouplissement des conditions de reconnaissance d'un co-emploi et appellent de leurs vœux un retour au critère traditionnel du lien de subordination juridique²⁰. Cependant, s'il est vrai qu'une appréciation trop libérale des critères de co-emploi peut être source de danger pour les employeurs comme pour les groupes de sociétés, il nous semble que l'approche économique doive être maintenue. Dans la perspective d'un éventuel contournement du droit du travail par l'instrumentalisation des procédures collectives, cet aménagement des critères traditionnels de reconnaissance d'un contrat de travail permet en effet de contrer les situations d'abus manifestes. Et c'est précisément dans de telles situations que la reconnaissance d'un co-emploi présente une réelle utilité pour les salariés, singulièrement dans le cadre de l'indemnisation puisque celle-ci n'est plus soumise aux plafonds de l'AGS...

(14) Sur la notion, V. : B. Reynès, Groupes de sociétés : la théorie du co-emploi, JCP 2012. 1292 ; P. Morvan, Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp). Entre employeur et co-employeurs, JCP S 2010. 1407 ; G. Auzero, Les co-employeurs, in Les concepts émergents du droit des affaires, ss. la dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 43 ; G. Loiseau, Coemploi et groupes de sociétés, JCP S 2011. 1528. (15) Soc. 13 janv. 2010, n° 08-15.776, D. 2010. 1129, note B. Dondero, et 2029, obs. B. Reynès ; RDT 2010. 230, obs. F. Géa ; JCP S 2010. 1225, note J.-M. Olivier ; JCP E 2010. 1332, note P. Mélin et F. Mélin ; Dr. soc. 2010. 474, note G. Couturier. (16) Soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, D. 2011. 382, et 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Rev. sociétés 2011. 154, note A. Couret ; Dr. soc. 2011. 372, note G. Couturier ; RDT 2011. 168, étude F. Géa, et 285, Controverse L. Drai et C. Pares ; JCP 2011, note P. Morvan. (17) Soc. 28 sept. 2011, n° 10-12.278, D. 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta. (18) V. par ex. Soc. 25 janv. 2006, n° 04-45.341. (19) Soc. 28 sept. 2011, préc. (20) En ce sens, V. P.-H. Antonmattéi, Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme !, Sem. soc. Lamy 2011. 1484.

Au demeurant, un auteur a souligné que « la triple confusion semble en effet pouvoir - à tout le moins partiellement - se fondre dans le moule commercialiste de la direction de fait, pour en devenir une sorte de déclinaison en droit du travail »²¹. Il n'y aurait donc rien de choquant à ce que la société mère, lorsqu'elle est susceptible d'être qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale par les juridictions consulaires, soit également susceptible d'être qualifiée de co-employeur (ou encore « employeur de fait »²²) par les conseils de prud'hommes.

En somme, la théorie du co-emploi permet, toutes conditions par ailleurs réunies, de rechercher la responsabilité d'une société mère qui, par son immixtion dans la gestion de sa filiale, a conduit celle-ci à sa perte. La société mère se voit « rattrapée » par le droit social qu'elle avait voulu contourner...

B - La responsabilité délictuelle de la société mère : l'article 1382 du code civil

Les salariés peuvent rechercher la responsabilité délictuelle de la maison mère sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Deux questions se posent alors : la recevabilité de leur action et le préjudice indemnifiable. La jurisprudence, chemin faisant, a clarifié les choses.

Pour pouvoir engager la responsabilité de la société mère, les salariés de la filiale en liquidation judiciaire doivent se prévaloir d'un préjudice personnel, spécial et distinct des autres créanciers, faute de quoi seul le liquidateur judiciaire serait en droit d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers²³.

La Cour de cassation, dans un fameux arrêt *Bull*²⁴, avait déjà ouvert la porte à la reconnaissance d'un tel préjudice personnel, spécial et distinct subi par les salariés, ceux-ci ayant invoqué le préjudice résultant de la perte de leur emploi, de la diminution de leur droit dans la participation de la filiale ainsi que de la perte d'une chance de bénéficier du plan social du groupe.

Un récent jugement du tribunal de commerce d'Orléans en date du 1^{er} juin 2012 s'est montré plus audacieux encore en décidant que, pour un salarié, « le préjudice qui résulte d'une perte d'emploi ou d'un stress compte tenu notamment de l'incertitude sur la poursuite éventuelle de son contrat de travail est un préjudice spécial, personnel et distinct de l'ensemble des autres créanciers »²⁵. Le tribunal de commerce d'Orléans a ainsi réparé un préjudice moral pour des salariés qui n'avaient pas été licenciés.

Outre l'existence d'un préjudice personnel, spécial et distinct, la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de la maison mère suppose que soient établis à la fois une faute et un lien de causalité. Comme le rappelle un auteur, « toutes les fautes de gestion ne pourront pas justifier une indemnisation pour licenciement; seules les fautes étant la cause directe des licenciements pourront être retenues »²⁶. Ces fautes peuvent consister aussi bien en une abstention qu'en un fait positif. Pour exemple, dans le jugement du tribunal de commerce d'Orléans précité, il était reproché plusieurs fautes à l'actionnaire majoritaire, notamment l'assèchement de la trésorerie de la société à travers un prêt en faveur de la société mère incompatible avec les capacités financières de la filiale ainsi que l'abandon de la société lorsque la procédure collective devint inéluctable.

De même, à l'égard d'une société mère anglaise, la cour d'appel de Versailles, après avoir rejeté la notion de co-emploi, a-t-elle retenu sa pleine responsabilité délictuelle. L'arrêt précisait que « les préjudices des salariés ne sont donc pas liés uniquement aux difficultés économiques du marché [...] mais qu'ils ont pour origine essentielle les choix d'une stratégie commerciale des sociétés britanniques du Groupe Klarius visant à asphyxier à court ou moyen terme la filiale française aux fins de rentabiliser une réorganisation de l'activité de l'ensemble du groupe... »²⁷.

Ainsi, dès lors qu'un préjudice personnel, spécial et distinct de celui de la collectivité des créanciers est reconnu aux salariés - licenciés ou non -, l'article 1382 du code civil est susceptible d'apporter, indépendamment de la théorie du co-emploi, un correctif efficace à l'instrumentalisation des procédures collectives. Les salariés peuvent alors prétendre à être indemnisés par la maison mère fautive.

En définitive, on le voit, les remèdes à l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés se développent en droit positif. Axés sur la mise en œuvre de la responsabilité civile de la maison mère, ils augurent peut-être d'une évolution vers la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales²⁸...

Ces différentes actions sont toutes mises en œuvre par et pour les salariés. *Quid* de l'AGS qui, quant à elle, ne dispose d'aucun recours? Peut-être est-il temps de suggérer la mise en place d'une action propre de l'AGS en remboursement des sommes qu'elle doit avancer et qu'elle ne peut récupérer dans le cadre de la liquidation judiciaire.

(21) N. Morelli, Co-emploi: enfin l'arrêt *Metaleurop*, Bull. Joly Sociétés 2012. 59. (22) G. Loiseau, art. préc., spéc. note 10. (23) P. Martin, La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives, LPA 2001, n° 186, p. 4. (24) Com. 14 nov. 2007, n° 05-21.239, D. 2007. 3075; RDT 2008. 103, obs. Y. Chagny; Bull. Joly Sociétés 2008, n° 3, p. 223, note B. Saintourens. (25) T. com. Orléans, 1^{er} juin 2012, n° 2010/11170, LED 4 juill. 2012, n° 7, p. 1, obs. F.-X. Lucas; Gaz. Pal. 2012, n° 217, p. 19, note L.-C. Henry; JCP E 2012. 1494, note A. Couret et B. Dondero, à paraître; R. Dammann et M. Robinet, BJE 2012. 201; Bull. Joly 2012. 646, note Pelletier. (26) L.-C. Henry, préc., note 23. (27) Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578, RDT 2012. 49, obs. E. Serverin et T. Grumbach; LED 15 janv. 2012, n° 1, p. 5, obs. I. Parachkevova. (28) B. Grimonprez, Pour une responsabilité des mères du fait de leurs filiales, Rev. sociétés 2009. 715; B. Fages, Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères, RDC 2007/1. 115 s.

L'AGS joue un rôle d'amortisseur très important en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire puisque c'est elle qui garantit le paiement des créances salariales nées au jour du jugement d'ouverture, de même que les diverses indemnités de rupture du contrat de travail (quelle qu'en soit la nature) ainsi que le règlement de certains salaires postérieurs. L'AGS, dont les fonds proviennent des cotisations patronales, est subrogée dans les droits des salariés; elle a donc vocation à se faire rembourser sur la réalisation des actifs.

Or, ainsi que l'illustre l'affaire *Sodimédical*, le recouvrement des avances octroyées par l'AGS demeure purement théorique, eu égard à la situation financière d'une filiale vidée de ses actifs. Cette situation apparaît donc doublement choquante. En provoquant la liquidation judiciaire de Sodimédical, la maison mère a pu obtenir le licenciement de l'ensemble du personnel de sa filiale alors que la cause économique n'était pas établie. Et, de surcroît, elle a fait supporter les frais de ces licenciements, *in fine*, par l'AGS.

En l'état actuel du droit positif, l'AGS ne peut en effet envisager de recouvrer ses avances que si le liquidateur parvient à mettre en cause la responsabilité de la maison mère, reconnue dirigeant de fait, pour insuffisance d'actif. Or, dans cette perspective, l'AGS se trouve largement tributaire du bon vouloir du liquidateur. En cas de carence de celui-ci, seuls les contrôleurs peuvent - à la majorité - se substituer à lui. L'AGS, quant à elle, ne peut rien faire... Enfin, lorsqu'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif est engagée, elle l'est en général longtemps après l'ouverture de la liquidation judiciaire. Cette action n'a donc pas de réelle valeur dissuasive pour la société mère fautive.

Dans l'attente d'une réforme globale, deux correctifs pourraient être envisagés afin de pallier à cette situation.

Le premier s'avère assez simple. Il consisterait à modifier l'article L. 625-5 du code de commerce qui dispose: « Les litiges soumis au conseil de prud'hommes en application des articles L. 625-1 et L. 625-4 sont portés directement devant le bureau de jugement ». En matière de co-emploi, seul le salarié a en effet qualité pour attirer une société qu'elle estime être co-employeur devant la juridiction sociale. Une telle mise en cause est le plus souvent liée aux disponibilités du plafond AGS permettant de couvrir le montant des dommages-intérêts. On pourrait donc, par exemple, proposer l'ajout d'un second alinéa rédigé en ces termes: « Lorsqu'elles sont citées devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes sur le fondement des dispositions prévues aux articles L. 1233-32, L. 1233-61 et L. 1235-10, alinéa 2, du code du travail, les institutions prévues à l'article L. 3253-14 ont qualité pour appeler en garantie toutes personnes morales ou physiques exerçant sur l'employeur un pouvoir unilatéral de direction et de gestion caractérisant un état de dépendance de ce dernier à leur égard ».

Le second correctif, plus complexe, apparaît tout autant nécessaire. Le législateur pourrait-il envisager d'ouvrir à l'AGS un droit propre d'intenter une action directe à l'encontre de la société mère afin de recouvrer immédiatement les indemnités qu'elle a dû avancer?

Cette action devrait être engagée devant le tribunal de commerce. Elle ne pourrait prospérer qu'à la condition que l'AGS apporte la preuve d'une gestion de fait fautive de la société mère. L'ouverture d'une telle action aurait le mérite de mettre un frein à toute tentative d'instrumentalisation manifeste des procédures collectives puisque la société mère ne pourrait plus échapper à la charge des indemnités de licenciements.

Ces deux propositions préserveraient le principe fondamental de l'autonomie de la personnalité morale en matière de procédure collective tout en facilitant la sanction des acteurs économiques qui, dans la seule optique d'une évasion sociale, provoquent la cessation des paiements de leurs filiales.

/ Propriété

Images des biens: du droit exclusif au trouble anormal

par Frédéric Pollaud-Dulian, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Sommaire de la décision >

Dès lors que la société Jard Chais Mareuillais et la société Château Marie du Fou commercialisaient l'une et l'autre du vin sous la même appellation d'origine, que la production de vins de Mareuil était concentrée sur un territoire très limité et très proche de la commune de Mareuil, l'utilisation par la première de l'image du château de Mareuil, propriété de la seconde, causait à cette dernière un trouble anormal.

Cour de cassation, 1^{re} civ., 28 juin 2012

LA COUR: - Sur le moyen unique: - Attendu, selon l'arrêt atta-

qué (Poitiers, 12 oct. 2010), que la société Château Marie du Fou, reprochant notamment à la société Jard Chais