



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.27
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

L'obligation de reclassement dans le groupe, Séance du 8 octobre 2010

Pierre Bailly, Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation

Malgré l'ampleur du sujet, tel qu'il est énoncé dans le programme de cette fin d'après-midi studieuse, je ne l'aborderai qu'à travers le filtre des questions que pose l'affaire "Flodor", sur laquelle la chambre sociale a été amenée à se prononcer, dans le cadre inhabituel de l'exercice d'une voie d'exécution entreprise par les salariés de la société Péronne industrie contre une société du groupe Unichips. Sachant qu'il s'est tant écrit sur cette affaire, dans laquelle on a pu voir une véritable saga, que je ne prétends pas apporter d'élément ou d'éclairage vraiment nouveau, ni répondre à toutes les interrogations.

Mais avant d'en venir aux acteurs et à l'action qui s'est jouée à Péronne et à Paris, je voudrais commencer par dresser le décor en rappelant quelques données élémentaires sur l'obligation de reclassement dans le groupe, même si elles constituent pour tous- et surtout ici - des évidences. Si, en matière de licenciements économiques (car il faut bien entendu réserver le cas de l'inaptitude liée à un accident du travail) l'obligation de reclassement est une création de la jurisprudence, apparue, d'abord au Palais Royal en 1977, à l'occasion du contrôle des autorisations administratives de licenciement, puis reprise de l'autre côté de la Seine par la chambre sociale au début des années 90 et rattachée alors à l'exécution de bonne foi du contrat de travail, impliquant de mettre en oeuvre tout ce qui peut éviter une rupture pour motif économique, ce n'est que progressivement que son champ d'application s'est porté de l'entreprise vers le groupe auquel elle appartient. Ce furent d'abord des arrêts rendus en 1992 qui prirent le groupe comme élément d'appréciation de la cause économique et comme périmètre du reclassement, sans qu'une distinction soit alors faite entre ces deux éléments (Soc., 15 juin 1992, Bull. V, n° 420 ; 17 décembre 1992, Bull. V, n° 604). Trois ans après, la distinction fut opérée entre le secteur d'activité, comme cadre de vérification de la cause économique, et le périmètre du reclassement dans le groupe, qui n'est pas le même (Soc., 5 avril 1995, Bull. V, n° 123). Comme l'a énoncé un arrêt du 5 juin 1996 (Bull. V, n° 227), le périmètre du reclassement est constitué par toutes les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation

de tout ou partie du personnel, formule constamment reprise depuis sous cette forme ou sous une forme simplifiée désignant plus brièvement les entreprises entre lesquelles existent des possibilités de permutation d'emploi. Mais l'obligation de reclassement a aussi pour terrain d'élection le plan social, devenu plan de sauvegarde de l'emploi. C'est le terrain sur lequel elle est finalement née et elle n' a cessé de croître, puisque l'objet de ce plan est d'éviter les licenciements ou d'en réduire le nombre, à travers le plan de reclassement qu'il doit contenir. Dès son origine, qui est conventionnelle, le plan social devait prévoir des actions de reclassement interne et externe à l'entreprise, ce qui fait ainsi référence au groupe. Tout ceci est aujourd'hui inscrit à l'article L.1233-4, du code du travail, pour l'obligation de chercher un reclassement dans "les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient", sans que les contours du groupe ainsi désigné soient définis, au point que ce groupe, largement entendu, pourrait paraître plus vaste que le groupe de reclassement défini par la chambre sociale (mais ce n'est en vérité qu'une apparence trompeuse...). Tandis que l'article L.1235-10 prescrit au juge, pour apprécier la validité d'un PSE, de tenir compte "des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe", ici aussi désigné de manière très générale. On sait que ce "groupe de reclassement" se distingue non seulement de la définition qu'en donne le code de commerce, mais aussi du groupe au niveau duquel se vérifie a cause économique d'un licenciement. Il n'a pas de limites géographiques et il inclut toutes les entreprises situées à l'étranger avec lesquelles des permutations d'emploi sont possibles, dès lors que la législation locale n'est pas de nature à empêcher un reclassement (Soc., 4 décembre 2007, Bull. V, n° 204), sous réserve toutefois des restrictions que la loi du 18 mai 2010 a introduites, en matière de reclassement hors du territoire national (L.1233-4-1). En outre (c'est l'arrêt *Metaleurop* du 7 juillet 2009, n° 0745584), les difficultés que peut rencontrer l'employeur (en l'occurrence, le liquidateur judiciaire) avec la société mère ou d'autres sociétés du même groupe, pour obtenir d'elle des informations sur les emplois disponibles dans le groupe pour des reclassements, ne suffisent pas le dispenser d'effectuer des recherches dans les entreprises du groupe.

Le décor étant ainsi posé, avec le rappel de quelques évidences, venons-en aux acteurs et aux épisodes judiciaire du cas "Flodor". La société Flodor industrie, devenue Péronne industrie était passée sous le contrôle du groupe Unichips international, à travers la société italienne Unichips international BV devenue son actionnaire à 99,97 %, elle même contrôlée par la société holding Unichips finanziaria. Ces deux sociétés avaient également comme filiale la société San Carlo gruppo alimentare, à laquelle la société Péronne industrie avait cédé en 2002 un portefeuille de marques dont la marque flodor sous laquelle étaient commercialisés ses produits. Si on passe sur un épisode purement commercial (mais non négligeable...) qui portait sur le report de la date de cessation des paiements, les difficultés sont apparues à la suite de la liquidation judiciaire de la société Péronne industrie et dans le cadre du licenciement économique décidé par le liquidateur

judiciaire. Après une 1^{ère} procédure de référé du comité d'entreprise et de syndicats ayant donné lieu à une ordonnance du 18 avril 2005 constatant l'insuffisance du PSE et ordonnant la présentation d'un nouveau plan, tout en déclarant irrecevables les demandes dirigées contre les autres sociétés du groupe, le liquidateur judiciaire, prenant les devant, a fait assigner le comité d'entreprise et les sociétés du groupe Unichips international, dont la société San Carlo, devant le TGI de Péronne, pour qu'il soit jugé que le PSE était suffisant et pour obtenir la condamnation des sociétés étrangères à lui communiquer les informations nécessaires au reclassement du personnel ou au paiement des sommes permettant d'établir et d'exécuter un PSE satisfaisant aux exigences légales. Rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel d'Amiens qui avait retenu la compétence du tribunal de Péronne à l'égard des sociétés étrangères dont la société San Carlo, la chambre sociale, dans un 1^{er} arrêt du 23 septembre 2008 (Bull. V, n° 168), a considéré, sur le fondement du règlement CE n° 44/2001, que le risque de contradiction de décisions justifiait que ce différend fut soumis à la juridiction appelée à se prononcer sur la validité du plan. Une saisie conservatoire de la marque flodor entreprise par le liquidateur judiciaire ayant échoué devant la cour d'appel de Paris, des salariés licenciés ont à leur tour engagé cette voie d'exécution, à l'encontre de la société San Carlo, pour garantir une créance indemnitaires qu'ils évaluaient à 6 millions d'euros. Saisi d'une demande de rétractation de l'ordonnance qui avait autorisé la saisie conservatoire, le président du TGI de Paris, dont la décision a ensuite été confirmée en appel, a rejeté ce recours. L'arrêt de la cour d'appel de Paris retenait que les salariés justifiaient d'une créance paraissant fondée dans son principe, à l'égard de la société San Carlo, parce que chaque société faisant partie du groupe dont relevait l'employeur était tenue de mobiliser ses propres moyens de reclassement et qu'en refusant de le faire, la société San Carlo avait commis une faute contribuant aux licenciements. C'est ici que se situe l'arrêt de la chambre sociale du 13 janvier 2010, qui me vaut d'intervenir devant vous. L'arrêt casse la décision parisienne en rappelant que l'obligation de reclassement et l'obligation d'établir un PSE ne pèsent que sur l'employeur, de sorte qu'une société relevant du même groupe n'est pas, en cette seule qualité, débitrice de l'obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas envers les salariés de l'insuffisance d'un plan de reclassement établi par l'employeur. La porte ouverte par la cour d'appel de Paris, s'est ainsi refermée : la cassation est prononcée sans renvoi, l'arrêt ordonnant la mainlevée des saisies. Un autre épisode s'est joué depuis puisque, saisi d'une action des salariés licenciés contre les sociétés du groupe Unichips international, dont la société San Carlo, en paiement de dommages-intérêts au titre d'un manquement à l'obligation de reclassement, le TGI de Péronne, au cours de l'été 2009, a prononcé une condamnation in solidum qui a fait grand bruit, en retenant que les sociétés du groupe auraient dû intervenir dans la mise en place du plan social.

La position contraire prise par la chambre sociale repose sur l'application des articles L.1233-61 et L.1233-4 du code du travail. Le 1^{er} de ces textes (L.1233-61) fait clairement peser l'obligation d'établir un PSE sur l'employeur et c'est d'ailleurs au niveau de

l'entreprise que s'apprécient en principe les conditions d'effectifs et de nombre des licenciements qui déterminent l'obligation d'établir un PSE (Soc., 28 janvier 2009, Bull. V, n° 26). C'est aussi l'employeur qui doit informer et consulter les représentants du personnel sur le projet de licenciement collectif (L.1233-28 et suiv.) et également sur le PSE (L.1233-32). A cet égard, je ne crois pas que l'arrêt rendu le 10 septembre 2009 par la Cour de Luxembourg (*Akavan*, n° C-44/08), à propos de l'interprétation de la directive n° 98/59/CE, prenne un parti contraire, puisqu'il prend soin de relever que l'obligation d'information et de consultation ne pèse que sur l'employeur, "c'est-à-dire une personne physique ou morale qui se trouve dans une relation de travail avec les travailleurs susceptibles d'être licenciés" et qu'une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle prend des décisions contraignantes à son égard n'a pas la qualité d'employeur (motif n° 58-59). C'est encore l'employeur et lui seul qui, en cas d'insuffisance du plan, sera tenu de réintégrer les salariés licenciés dans l'entreprise ou de les indemniser, l'article L.1235-11 précisant que l'indemnité due en l'absence de réintégration est "à la charge de l'employeur". La chambre sociale a ainsi jugé que l'obligation de réintégration faisant suite à l'annulation d'un PSE ne concerne que l'employeur et ne s'exerce pas à l'égard d'autres entités appartenant au même groupe (Soc., 15 février 2006, Bull. V, n° 69). Dès lors, sauf à voir dans le groupe un employeur, ce qui serait assez téméraire, ces obligations de reclassement et de mise en place d'un PSE ne pèsent pas sur les autres entités qui le composent. L'obligation de reclassement, qui constitue une des composantes du contrat de travail, n'incombe qu'à l'employeur, dans ses rapports avec son personnel, puisque c'est lui et lui seul qui prendra l'initiative de rompre le contrat de travail pour un motif économique, même s'il est pressé de le faire par un associé influent. Si ces obligations s'étendaient aux autres sociétés faisant partie du même groupe que l'employeur, malgré l'absence de lien contractuel avec les salariés licenciés et comme s'il existait une espèce de chaîne de contrats, il faudrait alors identifier, parmi elles, celles qui, disposant d'emplois ouverts au reclassement, auraient été tenues de les signaler à l'employeur, sachant qu'il a été jugé que celui-ci ne peut se dispenser de son obligation en laissant une autre entreprise du groupe soumettre des offres de reclassement à son personnel (Soc., 27 mai 2009, n° 0744022). Sauf à considérer que la société holding, bien qu'elle n'ait le plus souvent qu'un nombre réduit de salariés et donc de postes ouverts au reclassement, répond, "ès- qualités" de toutes les carences des sociétés du groupe. Il faudrait aussi, lorsque l'entreprise du groupe est étrangère, déterminer quelle loi lui imposerait d'accomplir des obligations que le code du travail met à la charge de l'employeur.

Mais l'arrêt précise que c'est *en sa seule qualité* de société relevant du même groupe qu'une entreprise n'est pas débitrice d'une obligation de reclassement et n'est pas tenue de répondre de l'insuffisance d'un PSE. Ainsi, la porte refermée sur le seul critère de l'appartenance à un groupe de reclassement pourrait s'ouvrir sur d'autres sources d'obligation ou d'indemnisation et, par-là, de recours au juge.

La plus évidente est celle qui se fonde sur la qualité de coemployeur d'une société du groupe. C'est la situation que l'on trouve dans l'arrêt *Aspocomp*, du 19 juin 2007 (Bull. n° 109). La société *Aspocomp* issue de la cession d'une unité du groupe Philips au groupe finlandais *Aspocomp*, était contrôlée à 99 % par la société holding *Aspocomp Group OYJ*. Après un premier plan de réduction de ses effectifs, garanti par la société mère, cette dernière avait cessé de lui apporter son soutien financier, ce qui avait entraîné la liquidation judiciaire de la filiale française et le licenciement de son personnel. Les salariés avaient alors engagé une action contre la société finlandaise pour qu'elle prenne en charge les sommes dues au titre de la rupture des contrats et de l'inexécution du PSE. Celle-ci contestait à la fois la compétence de la juridiction française, au regard du

règlement CE n° 44/2001 (celui là-même dont il a été fait application dans l'affaire Flodor) et la qualité d'employeur qui lui était attribuée par les demandeurs et dont dépendait la compétence du juge français. L'arrêt de 2007 ne se prononce pas sur le fond, mais seulement sur la question de compétence. Le second moyen, qui fait l'objet d'une non admission, était dirigé contre la condamnation prononcée contre la société mère, en raison d'une faute constituée par son refus déloyal de maintenir le financement de sa filiale. Mais il mettait en cause des appréciations de fait et il n'y est donc pas répondu dans l'arrêt. Cependant, comme la compétence du juge français, au regard du règlement européen, dépendait de l'existence d'un contrat de travail, la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir écarté l'exception d'incompétence en retenant un ensemble d'éléments qui étaient de nature à caractériser la qualité d'employeur de la société mère, au regard des critères posés par la Convention de Bruxelles transposée dans le règlement (travail accompli sous la direction et au profit des deux sociétés, mère et fille, et confusion des intérêts, des activités et de la direction des deux entreprises, la société mère intervenant directement dans la conduite de l'activité de sa filiale et dans la gestion de son personnel). Ce sont là les critères habituels qui permettent d'identifier un coemployeur : pouvoir de direction sur le personnel et (ou) confusion des intérêts, de l'activité et de la direction, qui constitue l'élément le plus fort parce qu'il révèle que la distinction des personnes cache une identité de moyens et d'actions. Mais, évidemment, la difficulté que rencontrent les salariés est d'abord d'ordre probatoire, car il n'est pas facile de démontrer que la société X, fût-elle la mère de la société Y, se confond avec elle, notamment dans la direction de son personnel. L'apparence est contre eux.

Une autre ressource peut résulter d'un engagement pris par la société mère devant les représentants du personnel de la filiale, pour garantir l'exécution des engagements de cette dernière en matière de reclassement. C'était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 novembre 2007 (0642746), concernant la société American airlines. La société-mère de droit américain avait adressé au comité d'entreprise de sa filiale française TWA LLC une lettre par laquelle elle promettait d'assurer l'exécution des mesures de reclassement dans le groupe prise dans un plan social complété par un "protocole d'accord" qui définissait la procédure de reclassement chez American Airlines. Pour rejeter le pourvoi formé contre un arrêt qui avait condamné la société mère au paiement de dommages-intérêts, en raison d'un manquement à l'obligation de reclassement, la chambre sociale a retenu que le salarié peut trouver dans le manquement de la société mère à l'engagement pris devant le comité d'entreprise le fondement d'une action en responsabilité extra contractuelle et que les juges du fond ayant constaté que cette société n'avait pas effectué les diligences promises, celle-ci devait supporter les conséquences de son manquement. On pouvait évidemment s'interroger sur la nature de l'engagement pris envers le comité d'entreprise : garantie accessoire, sur le modèle des garanties "à première demande" pratiquées dans le domaine financier, promesse de porte-fort, stipulation pour autrui, etc... On pourrait aussi discuter la portée et la force de l'obligation ainsi souscrite. Mais en tout état de cause, dès lors qu'il est admis qu'un tiers peut se prévaloir, au soutien d'une action en responsabilité délictuelle, de la violation d'une obligation résultant d'un contrat (ch. mixte, 6 octobre 2006, Bull., n° 9), le fondement choisi par le salarié et retenu par la cour d'appel justifiait la condamnation.

Autre piste possible : la recherche de la responsabilité de la société mère, en raison de fautes commises au détriment de sa filiale, ayant conduit au licenciement de son personnel ou même en raison d'un refus injustifié de fournir les moyens de reclasser le personnel. Une telle action n'est pas exclue en soi, même si les propositions de l'avant projet de réforme du droit des obligations de 2007 créant une responsabilité de la société

mère au titre des dommages causés par une filiale sont restées sans suite. Mais plusieurs difficultés peuvent apparaître sur le chemin des salariés demandeurs.

D'abord, si l'employeur fait l'objet d'une procédure collective, comme dans l'affaire flodor, l'exercice d'une action en paiement de dommages-intérêts contre un tiers au titre de fautes commises au détriment de la filiale relève en principe des seuls pouvoirs des organes de la procédure et, notamment, en cas de liquidation judiciaire, des attributions exclusives du liquidateur judiciaire. En outre, en cas de succès, le produit d'une telle action vient alors dans le patrimoine de la société liquidée et non dans celui de ses créanciers. L'action oblique est par ailleurs fermée en principe aux créanciers de l'entreprise soumise à une procédure collective (Com. 28 octobre 2008, n° 0715029). Ils ne peuvent ainsi agir contre la société mère en réparation d'un préjudice causé à sa filiale et qui en tout état de cause et ils n'en tireraient qu'un profit indirect. Reste alors, en ce cas, le recours à une demande de réparation d'un préjudice spécial, propre au salarié et distinct de celui subi par les autres créanciers. C'est en effet à cette condition qu'un créancier peut demander réparation d'un préjudice causé par un tiers, notamment par la société mère de l'employeur placé en redressement ou liquidation judiciaire. Cette action est admise, dès lors que son objet ne se confond pas avec la défense de l'intérêt collectif des créanciers (Com., 4 mars 2003, Bull. IV, n° 37) et la chambre sociale l'a d'ailleurs jugée recevable dans un cas où les salariés d'une entreprise en liquidation judiciaire demandaient réparation, à la société mère, du préjudice qu'ils avaient subi à la suite de leur licenciement et qu'ils attribuaient à des fautes commises par cette société-mère dans la gestion de sa filiale (Soc., 14 novembre 2007, Bull. V, n° 188). Cet arrêt relève que les intéressés, qui étaient passés antérieurement au service de la filiale, créée pour reprendre une branche d'activité de la société mère qui les employait, justifiaient d'un préjudice propre, distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers et résultant de la perte de leur emploi, de la diminution des avantages qu'ils en tiraient et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social établi par la société mère (Bull) à l'occasion d'une réduction d'effectifs. On voit donc que l'ouverture d'une procédure collective ne constitue pas un obstacle invincible pour les salariés qui entendent demander réparation des conséquences de fautes de gestion ou d'une carence de la société mère. Un arrêt récent (Soc., 28 septembre 2010, n° 0941243) casse d'ailleurs la décision d'une cour d'appel qui avait mis hors de cause une société du même groupe que l'employeur contre laquelle les salariés exerçaient une action en responsabilité délictuelle, en lui reprochant des choix de gestion qui, selon eux, avaient entraîné la liquidation judiciaire de l'entreprise. Pour fonder sa décision, la cour d'appel avait retenu qu'il n'existait pas de lien de subordination entre les demandeurs et la société mise en cause. La cassation est prononcée au visa de l'article 1382 du code civil, sans toutefois que la recevabilité de cette action au regard des pouvoirs attribués au liquidateur judiciaire ait été discutée. Cet arrêt aborde aussi la question de la compétence.

Car c'est une autre difficulté de l'action des salariés contre une société mère : quel juge est compétent pour en connaître ? L'arrêt du 28 septembre de tranche pas directement la difficulté. Il se borne à constater que la cour d'appel ne pouvait relever d'office son incompétence, au regard de l'article 92 du CPC. On peut toutefois penser que le conseil de prud'hommes constituant une juridiction spécialisée, sa compétence suppose que soit au moins invoqué, au soutien de la demande, un contrat de travail unissant les salariés demandeurs à leur adversaire, ainsi que l'exige l'article L.1411-1 du code du travail, sauf disposition particulière tel l'article L.1411-6, qui n'est pas applicable à cette action. Dès lors, une action tendant à faire supporter à un tiers, qui n'a pas la qualité de coemployeur, les conséquences indemnitaires d'un licenciement, devrait être soumise au tribunal de

grande instance, juridiction de droit commun.

Enfin, lorsque la société-mère ou telle autre société du groupe contre laquelle est dirigée l'action est établie à l'étranger, se pose inévitablement la question de la loi qui doit être appliquée pour déterminer si un comportement fautif peut lui être reproché au soutien d'une demande indemnitaire. Mais c'est un sujet qui sera certainement abordé tout à l'heure, avec celui de la compétence internationale du juge français, et je me garderai donc de sortir du cadre qui m'a été assigné.

Peut-on et faut-il aller plus loin, en impliquant directement les sociétés appartenant au même groupe que l'employeur dans le processus de reclassement, autrement dit, en les rendant codébitrices des obligations qui pèsent sur l'employeur, en matière de reclassement et de mise en oeuvre d'un PSE ? Certains le voudraient, en invitant le juge à ne pas se laisser arrêter par l'écran de la personnalité morale, pour atteindre directement ceux qui prennent les décisions entraînant des réductions d'effectifs ou qui disposent des moyens d'en limiter les effets. Il me semble qu'une telle démarche soulèverait plus de questions qu'elle n'en résoudrait et, d'abord, celle de la détermination des contours du groupe, puisque le groupe de reclassement n'est pas nécessairement celui auquel renvoie le code de commerce ou même le code du travail, lorsqu'il s'intéresse à la représentation du personnel ou à la négociation collective. Le groupe qui détermine le périmètre du reclassement et donc le cercle de ceux qui sont impliqués dans le reclassement résulte d'une approche purement fonctionnelle, tenant à l'existence de possibilités de permutations d'emplois. Et c'est ainsi qu'un tel groupe peut exister entre des entreprises ayant des formes juridiques diverses et gérant ou exploitant ensemble une même gare routière (Soc., 25 mars 1995, n° 9346142) ou entre des établissements d'enseignement privé dépendant d'une même direction diocésaine (Soc., 8 juillet 2008, n° 0645564). Il serait donc très difficile de dire qui, dans un groupe, peut être, en dehors de l'employeur, considéré comme débiteur d'une obligation de reclassement et tenu avec lui d'établir un PSE satisfaisant aux exigences légales. Une approche générale de la question ne pourrait venir que de la loi. Après tout, le législateur est récemment intervenu pour définir le régime du reclassement à l'étranger. Il pourrait aussi se saisir des questions que pose, plus généralement, le reclassement dans le groupe, s'il entendait étendre à d'autres entreprises que l'employeur la charge de l'obligation de reclassement. Mais il est vrai qu'ici d'autres intérêts, de nature économique, sont en jeu, qui rendent son intervention plus improbable.