



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit et Pratique des Relations de Travail  
Dirigé par Monsieur le professeur Jean-François Cesaro et  
Grégoire Duchange  
2021**

***Le Coemploi***

**Yoann Nicolas**

**Sous la direction de Emeric Jeansen**



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

# Le Coemploi

par Yoann Nicolas

*Sous la direction de Monsieur Emeric Jeansen*

*Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail*

Promotion **BARTHÉLÉMY**

Année universitaire 2020-2021

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

Aff. = Affaire

Art. = Article

Ass. Plen. = Assemblée plénière

BJS = Bulletin Joly Sociétés

BJT = Bulletin Joly Travail

Bull. Civ. = bulletin civil

CA = Cour d'appel

CAA = Cour administrative d'appel

Cah. Soc. = Cahiers sociaux

Cass. Civ. = Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. 1<sup>ère</sup> civ. = Première chambre civile de la Cour de cassation

Cass. 2<sup>ème</sup> civ. = Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. crim. = Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. soc. = Chambre sociale de la Cour de cassation

CEDH = Convention Européenne des Droits de l'Homme

CJCE = Cour de Justice de la Communauté Européenne, ex-CJUE

CJUE = Cour de Justice de l'Union Européenne, anciennement CJCE

CE = Conseil d'Etat

Dr. Ouvrier = Droit ouvrier

Dr. Soc. = Droit social

Ed. = Éditions

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

JCP E = Semaine juridique, édition entreprises

JCP G = Semaine juridique, édition générale

JCP S = Semaine juridique, édition sociale

n° = numéro

obs. = observation

*op. cit.* = *opus citatum*, œuvre citée

p. = page

PUF = Presses Universitaires de France

PSE = Plan de sauvegarde de l'emploi

Régl. = Règlement

RJS = Revue de jurisprudence sociale

RPC = Revue de procédure collective

ss. = sous

s. = suivants

th. = Thèse

SSL = Semaine Sociale Lamy

UES = Unité économique et sociale

v. = voir

# SOMMAIRE

**INTRODUCTION – P. 7**

**TITRE I : CONDITIONS DU COEMPLOI – P. 11**

CHAPITRE 1 : COEMPLOI JURIDIQUE – P. 11

CHAPITRE 2 : COEMPLOI SOCIÉTAIRE – P. 32

**TITRE II : EFFETS DU COEMPLOI – P. 92**

CHAPITRE 1 : EFFETS À L'ÉGARD DES SALARIÉS – P. 94

CHAPITRE 2 : EFFETS À L'ÉGARD DES COEMPLOYEURS – P. 107

**CONCLUSION – P. 117**

## REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à exprimer ma profonde gratitude envers Monsieur le Professeur Jean-François Cesaro et Monsieur Grégoire Duchange pour m'avoir donné la chance d'intégrer ce Master d'excellence et de vivre ma plus belle année académique, malgré des conditions hors du commun.

Je remercie particulièrement Monsieur Emeric Jeansen, pour avoir dirigé la rédaction de ce mémoire, ainsi que Maître Philippe Thomas et l'équipe du département Labor du cabinet Dechert, pour cette année riche en enseignements.

Je remercie toutes les personnes croisées à l'occasion de ce Master, universitaires, praticiens, membres du Laboratoire de droit social et équipe pédagogique, tant pour les cours prodigués que pour les discussions informelles et les conseils avisés.

Je remercie l'Université Paris II Panthéon-Assas et le service public de l'enseignement supérieur, pour m'avoir donné la chance de suivre gratuitement une formation juridique d'excellence, et de profiter de cinq années riches en rencontres, en expériences et ce sans m'endetter sur plusieurs décennies.

Je remercie évidemment mes camarades de promotion – Aminata, Justine, Melchior, Victoire, Lorenn, Madeline, Mathilde, Samuel –, mes amis, pour ces moments inoubliables et ces liens tissés, et surtout Antoine, qui au-delà de l'amour que je lui porte, devrait voir son nom figurer sur ce mémoire étant donné l'aide précieuse qu'il m'a apportée dans la confection de mon plan.

Je remercie ma famille, pour l'amour qu'elle me prodigue et plus particulièrement mon frère, sans qui tout serait fade.

Je remercie Coline, pour tout.

*« Les fils sont naturellement quelque chose de leur père, ils doivent rester sous la tutelle des parents jusqu'à ce qu'ils aient acquis l'usage du libre arbitre »*

- Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, II-II q. 10 a. 12.

# INTRODUCTION

**1. Déclin.** A l'instar du fleuve qui érode les berges et y dépose des alluvions, la jurisprudence a à la fois construit et réduit en cendre la notion de coemploi.

Le fleuve semble aujourd'hui asséché : à regarder le lexique utilisé par la doctrine, le coemploi serait au pire mort et enterré<sup>1</sup> et au mieux moribond et décrépité<sup>2</sup>. La grande crue annoncée il y a 10 ans avec les arrêts *Aspocomp*, *Jungheinrich* et *Métaleurop* ne s'est pas produite.

La faute à qui ? à la pratique qui s'est adaptée au coemploi rendant son application *de facto* impossible ? au juge de cassation qui dès l'origine a créé une notion floue, sans contours ? ou au juge du fond qui a mobilisé la notion de manière erronée au vu des nombreuses corrections apportées par la chambre sociale ? A défaut de trouver un bourreau, on ne peut que constater la chute du coemploi. D'une production prolifique d'articles de doctrine, avec controverses et débats, on passe à un constat de la situation, à un regard désabusé, gêné de constater que le coemploi ne fut pas la grande révolution du droit social, qu'il ne fut au final qu'une grande frayeur pour certain, une déception pour d'autres.

**2. Conflit.** Le coemploi est une notion conflictuelle. Il est connu de tout travailliste que le droit du travail est une matière mettant en réalité en scène deux notions de la relation de travail : l'idéal libéral, issu de 1789 et du Code civil, prônant l'individu et la possibilité de travailler, de contracter et d'entreprendre librement sans entraves ; et en face l'idéal socialiste, issu de la Révolution Industrielle et de 1936, critiquant la thèse libérale et arguant que la collectivité des travailleurs doit s'organiser et agir comme un, afin de peser face à l'employeur. En droit du travail, le droit positif est donc le fruit de ces deux idéaux. La liberté contractuelle, de travail et d'entreprendre côtoient la liberté syndicale, la négociation collective et les normes légales imposées.

Le coemploi explicite ce conflit. Il trouve sa source dans un désir. Celui de dépasser une « *frustration* »<sup>3</sup> ressentie par les salariés lésés face à l'absence de concordance entre le droit et leurs réalités. Le salarié constate qu'il exécute son travail pour le compte d'une personne extérieure au contrat de travail, reçoit de cette dernière son salaire et obéit à ses ordres, et pourtant, venu le licenciement, ce dernier est prononcé par la personne figurant comme

---

<sup>1</sup> v. en ce sens : Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », JCP S 2021, p. 1019, n°4 ; G. Loiseau, « *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle* », JCP S, 2014, n°29, p. 1311 ; Y. Pagnerre, « *Le coemploi n'est pas encore mort : entre espoir et déception* », JCP G 2016, n°37, p. 960

<sup>2</sup> G. Auzero, « *Le coemploi bouge encore !* », SSL 2021, n°1936

<sup>3</sup> J.-F. Cesaro, « *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* », JCP S 2013, p. 1081, n°7

employeur sur le contrat de travail, le tiers évoqué n'étant pas inclus dans cette procédure. De même, la société pour laquelle le salarié travaille se voit obligée de cesser son activité et donc de licencier son personnel, il sait néanmoins que cette déconfiture découle de décisions prises par la société qui détient la société employeur. Il se retrouve néanmoins limité par l'identité de son employeur et incapable de traverser le groupe de sociétés pour atteindre le responsable de son licenciement.

Le coemploi vise à intervenir dans ces cas, en dépassant la personne présentée comme étant l'employeur de droit du salarié afin d'atteindre l'employeur de fait, le coemployeur. On trouve dans les soubassements du coemploi un désir de justice sociale, la volonté d'assurer aux salariés la juste réparation de leur préjudice en dépit des obstacles dressés par le droit : autonomie des personnes morales, effet relatif des contrats, etc. Ces obstacles se retrouvent écartés au nom d'un motif d'équité : c'est bien là la source de la majorité des critiques adressées au coemploi. Ces principes juridiques découlent de notions fondamentales : liberté contractuelle, autonomie des patrimoines, et les écarter n'est pas chose aisée. C'est cette tension qui anime en filigrane les débats sur la notion de coemploi.

**3. Pluralité.** Le coemploi est une notion plurielle, pouvant être qualifiée de diverses manières. En s'attachant à ses critères de qualification, on dégage deux « types » de coemploi.

Le coemploi juridique dépend de la qualification d'un lien de subordination juridique entre un salarié et une pluralité d'employeurs. Il dépend ainsi d'une utilisation classique du lien de subordination juridique, de la recherche des pouvoirs de l'employeur, exercés par un tiers au contrat de travail sur le salarié. La notion est simple et ne suscite pas de réels débats, étant donné que l'action en reconnaissance d'une situation de coemploi juridique est *in fine* une action en reconnaissance d'un contrat de travail. Cette notion se retrouve dans les années 1960<sup>4</sup> et était considéré comme étant « l'ancien coemploi », dépassé par le coemploi sociétaire consacré à la fin des années 2000

Le coemploi sociétaire lui dépend de la qualification d'une immixtion permanente d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre, entraînant une perte totale d'autonomie de cette dernière<sup>5</sup>. Son application se retrouve donc essentiellement dans les groupes de société où les personnes morales sont étroitement imbriquées. A l'inverse du coemploi juridique, le coemploi sociétaire est le catalyseur des débats et controverses entourant le coemploi. Sa nature, ses effets, sa reconnaissance et son opportunité ont été l'occasion de débats doctrinaux. Si une partie de la doctrine y voyait une opportunité d'atteindre et de

---

<sup>4</sup> Cass. Soc., 15 juin 1966, n°65-40.384

<sup>5</sup> Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

sanctionner des pratiques condamnables propres aux groupes de société, un autre pan considérait que cette notion ne pouvait être que préjudiciable à l'activité économique, réduisant à néant toute pertinence du groupe de société étant donné qu'à chaque licenciement, la société-mère pourrait se voir attrait à l'instance introduite contre la filiale par les salariés et condamnée à verser à ces derniers des dommages-intérêts.

Le coemploi sociétaire est donc l'enfant terrible du coemploi. Malgré cela, il serait réducteur de limiter le coemploi à la seule saga du coemploi sociétaire et les arrêts *Aspocomp*, *Métaleurop*, *Molex*, *Sofarec* et *AGC* encore récemment. Le coemploi juridique trouve encore à s'appliquer aujourd'hui – de manière plus discrète certes – et présente les mêmes effets que le coemploi sociétaire.

**4. Tensions jurisprudentielles.** Au-delà de ces considérations économiques, le coemploi sociétaire touche aussi au principe même du système juridique continental. Les systèmes juridiques continentaux – ou de tradition civiliste – s'opposent classiquement aux systèmes de *common law*, basés sur une prépondérance de la jurisprudence dans la création de la norme juridique, en plaçant la Loi, texte légal, comme source originelle du droit<sup>6</sup>.

Sous un système de *common law*, le juge dispose d'une grande latitude dans la création de normes, là où en droit continental le juge a avant tout un rôle interprétatif des normes écrites. Le coemploi sociétaire était une création inédite, se basant sur des critères de qualification ne se rattachant à aucune norme légale. Cette absence de fondements légaux rendait la notion complexe à accepter, et met en lumière les tensions subjacentes au rôle du juge dans la création de la norme.

Quelle légitimité accorder aux créations jurisprudentielles d'équité ? Le coemploi sociétaire vise un impératif de justice sociale, néanmoins il apparaît complexe de trouver une justification légale qui permettrait de rendre acceptable la violation des différents principes juridiques évoqués. Le Professeur Cesaro relève bien que l'impératif de justice sociale « révèle peut-être les soubassements moraux de ces décisions, mais ne peut fournir une motivation juridique acceptable. Un véritable raisonnement juridique doit précéder et l'emporter sur les sentiments »<sup>7</sup>. Ce raisonnement – au-delà de l'impératif de rigueur juridique – est capital pour légitimer la notion et faciliter son acceptation et son application dans la durée. L'évolution de la notion de coemploi sociétaire démontre bien qu'une notion floue risque d'être appliquée de

---

<sup>6</sup> v. en ce sens Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « *Les droits de tradition civiliste en question : à propos des rapports Doing business de la Banque mondiale* », Paris, Société de législation comparée, 2006.

<sup>7</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », RJS 1/13

manière erronée, entraînant corrections et rectifications afin d'ajuster la notion et en préciser le contour.

**5. Horizon trouble.** Peut-on prédire l'avenir du coemploi ? Répondre de manière catégorique à cette question relève de l'*hybris* du répondant. La question du coemploi n'est plus le point contentieux qu'elle était, mais elle n'en demeure pas moins ouverte. Il serait présomptueux d'avancer que la notion connaîtra à coup sûr un rebond, ou à l'inverse qu'elle ne verra plus aucune application.

Création jurisprudentielle avant tout, l'avenir du coemploi dépend de la politique jurisprudentielle de la chambre sociale. Lors du dernier développement du coemploi sociétaire, l'arrêt *AGC* de 2020, la Cour a bien décidé de maintenir le coemploi alors qu'elle aurait très bien pu l'abandonner. De même, le coemploi juridique ne peut pas être dépassé, étant donné qu'il se base sur la reconnaissance du contrat de travail.

Le coemploi illustre bien le jeu de chat et de la souris entre juge et pratique : la jurisprudence doit constamment s'adapter aux nouvelles pratiques cherchant à éluder ces nouvelles régulations. Cette quête constante – évoquant le tourment de Sisyphe – ne s'arrêtera sûrement pas demain.

**6. Plan.** Le coemploi est une notion confuse. Dans un souci de clarté, son étude se doit de suivre un cheminement classique. Seront examinés les conditions de qualification du coemploi (Titre I), suivies de ses effets (Titre II).

# **TITRE I : CONDITIONS DU COEMPLOI**

7. **Plan.** L'étude des conditions de qualifications du coemploi permet de dégager deux méthodes : le coemploi juridique et le coemploi sociétaire.

Le coemploi juridique se retrouve parfois qualifié de « coemploi ancien » en opposition au coemploi sociétaire, ou économique, qui serait le « coemploi nouveau ». Ces expressions sont inadaptées. Tirées de l'effervescence doctrinale qui a suivi l'arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011<sup>8</sup>, elles expriment avant tout le bouleversement que le coemploi sociétaire a représenté. Considéré comme un renouveau total de la façon avec laquelle le juriste en droit social se devait d'appréhender les relations sociétaires au sein des groupes, le coemploi sociétaire s'est – comme il sera vu – révélé être fortement limité par des développements jurisprudentiels. L'agitation passe mais le terme de « coemploi nouveau » demeure. Il apparaît néanmoins bien plus adapté de parler des différentes formes de coemploi en se rattachant à leurs critères de qualification : juridique pour « l'ancien coemploi » et économique pour le « nouveau ».

La caractérisation d'une situation de coemploi a largement évolué au fil de la jurisprudence. Si le coemploi classique, ou juridique, reste tributaire des mécanismes traditionnels de qualification du contrat de travail (Chapitre 1), le coemploi économique, ou sociétaire, fait l'objet d'une qualification originale encore en évolution (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : COEMPLOI JURIDIQUE**

8. **Plan.** Le coemploi juridique apparaît comme étant le versant paisible du coemploi. Sa qualification n'est tributaire que de la réunion des éléments caractéristiques du contrat de travail. Point de débat ici quant à la justesse de ce critère étant donné que la reconnaissance du coemploi juridique consiste à reconnaître l'existence d'un contrat de travail. Néanmoins, l'originalité de la notion se trouve dans l'identité de ces parties. On se retrouve en effet avec une pluralité d'employeur, exerçant les prérogatives de l'employeur sur un même salarié.

Le coemploi juridique est donc caractérisé par une relation anormale des parties au contrat de travail (Section 1), impliquant ainsi une pluralité d'employeurs (Section 2).

### **Section 1 : Anormalité des parties au contrat de travail**

---

<sup>8</sup> Cass. Soc., 18 janvier 2011 n°09-69.199

**9. Plan.** Le coemploi juridique découle d'une relation anormale, loin du lien unique créé par le contrat de travail entre employeur et salarié. De la liberté contractuelle découle la possibilité pour le salarié – exception faite de l'existence d'une hypothétique obligation d'exclusivité – de conclure plusieurs contrats de travail auprès de multiples employeurs. Néanmoins, le coemploi vise à régler la situation où un seul salarié se trouve sous la subordination de plusieurs employeurs, considérée ici comme anormale.

La caractérisation de cette relation anormale exige du juge qu'il caractérise l'existence d'un lien de subordination juridique entre le salarié et un tiers au contrat de travail (Sous-section 1), lien additionnel au contrat de travail qui se retrouve dans plusieurs cas (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Mobilisation du lien de subordination juridique**

**10. Plan.** La mise en œuvre du coemploi juridique suppose du juge la recherche de l'exercice sur le salarié, par le tiers au contrat de travail, des pouvoirs de l'employeur (§1), recherche qui trouve cependant des limites (§2).

#### **§1 : Utilisation du triptyque classique du pouvoir de l'employeur**

**11. Confusion des parties.** En l'absence d'une définition légale, la jurisprudence a précisé « *qu'il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre personne, moyennant rémunération* »<sup>9</sup>. Donc, le contrat de travail se définit comme étant « *l'accomplissement d'un travail dans un rapport de subordination en contrepartie d'une rémunération* »<sup>10</sup>. Un salarié exécute cette prestation pour le compte d'un employeur, l'identification des parties semble alors aisée. Le contrat de travail est classiquement défini comme étant, au sens du Code civil<sup>11</sup>, un contrat individuel, opposé aux contrats collectifs (contrat de colocation, contrat d'assurance du groupe ou encore les conventions et accords collectifs). En ce sens, il est en théorie limité à la seule relation entre l'employeur et le salarié. Cette vision contractualiste de la relation fondée par le contrat de travail est assez réductrice<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Soc., 22 juillet 1954, Bull. Civ. 1954, V, n° 576

<sup>10</sup> B. Teyssié, J.F. Cesaro, A. Martinon, « *Droit du travail – Relations Individuelles* », LexisNexis, 3<sup>e</sup> Edition, 2014

<sup>11</sup> Art. 1101, Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »

<sup>12</sup> En ce sens : « *Le contrat de travail est en effet défini comme un lien purement individuel entre le salarié et l'employeur (souvent, la personne morale) alors qu'il relève de l'évidence que ce contrat l'intègre dans une*

Néanmoins, de la même manière que la qualification du contrat de travail ne dépend pas des parties<sup>13</sup>, la qualification de partie au contrat de travail ne peut se limiter à ce qui est inscrit dans l'*instrumentum* en question. Les obligations découlant de la qualification d'employeur et de salarié étant d'ordre public, le juge ne peut se limiter à ce qui lui est présenté sur le contrat de travail. Le nom inscrit sur le contrat n'est qu'une « *simple mention sur un bout de papier, fût-il un instrumentum contractuel* »<sup>14</sup>.

Le droit commun des contrats s'oppose à reconnaître qu'un tiers au contrat puisse se voir qualifié de partie. Ainsi, selon l'article 1134 du Code civil « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre les parties qui les ont faites* ». L'article 1199 dispose quant à lui que « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* ». Néanmoins, que ce soit par son attitude au moment de la conclusion, de l'exécution ou de la rupture du contrat, un tiers peut se voir conférer la qualité de partie au dit contrat. Cette notion est usitée en droit commercial, notamment dans les relations de groupes entre sociétés-mères et filiales vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux en cas de flous entre les sociétés du groupe<sup>15</sup>.

C'est ce flou dans les relations qui est mobilisé en droit du travail pour qualifier le coemploi juridique. Ainsi, le salarié embauché par une personne se présentant comme son employeur peut, lors de l'exécution de ce contrat de travail, se voir recevoir des ordres d'une tierce personne ou bien rendre compte de ses tâches auprès d'une tierce personne. L'identification de la personne de l'employeur est alors complexe. On peut observer un éclatement des éléments du contrat de travail : une personne fournit au salarié la prestation et lui verse une rémunération, tandis que l'autorité et les pouvoirs de l'employeur peuvent être exercés par une autre.

La multiplication au cours de la seconde moitié du XXe siècle des personnes morales, sous la forme de sociétés, a poussé la Cour de cassation à reconnaître l'existence de contrats de travail avec comme parties, d'un côté le salarié, et de l'autre plusieurs employeurs. Tel est le cas du salarié recevant des directives d'une société mère et de sa filiale, et devant rendre compte devant les deux de l'avancement de ses tâches<sup>16</sup>. Savatier relevait alors « *Mais au lieu de rechercher quelle est la société du groupe ayant la qualité d'employeur, et dans quelle mesure elle est tenue de respecter les avantages acquis par un salarié au service d'une autre société*

---

*communauté productive formée de l'ensemble des associés et des salariés.* » in G. Duchange, « *Le coemploi réduit à "l'immixtion permanente" : explications prétoriennes et perspectives à venir* », BJT janv. 2021, n°114r7, p. 21

<sup>13</sup> Cass. Soc., 19 décembre 2000, n°98-40.572

<sup>14</sup> G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, Dalloz, coll. Précis, 2016, 30e éd., n° 770

<sup>15</sup> Cass. Ass. Pen., 9 octobre 2006, n°06-11.056

<sup>16</sup> Cass. Soc., 13 mai 1969 ; Dr. Social 1969, 513, obs. J. Savatier.

*du même groupe, on peut considérer que plusieurs sociétés du même groupe ont conjointement la qualité d'employeurs »<sup>17</sup>.*

**12. Caractérisation d'une subordination juridique.** La confusion des critères du contrat de travail amène donc à une situation anormale : vers qui le salarié peut-il se tourner pour faire respecter ses droits ? En cas de contentieux, le salarié se trouvant dans une telle relation cherchera ainsi à faire qualifier son lien avec la tierce personne de contrat de travail afin de l'attirer à l'instance et d'augmenter ses chances d'obtenir des indemnités.

Pour ce, il conviendra de recourir aux critères exposés plus haut. Des trois critères du contrat de travail, la subordination est le plus important pour le coemploi. Admise comme ne pouvant être que juridique par l'arrêt Bardou<sup>18</sup>, elle est définie par la jurisprudence comme étant caractérisée « *par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »<sup>19</sup>. C'est donc la réunion de ces trois éléments qui peut amener le juge à qualifier une situation de coemploi juridique.

Encore aujourd'hui, de tels cas se retrouvent dans les prétoires. Aussi, une salariée démonstratrice dans un grand magasin essaye de démontrer l'existence d'un lien de subordination pluriel à l'égard de son employeur de droit ainsi qu'à l'égard de l'enseigne de supermarché dans laquelle elle exécute sa prestation. Cette enseigne est liée à l'employeur de droit par un contrat de prestation, mais les conditions d'exécution de ce contrat démontrent clairement que la salariée n'était pas liée à l'enseigne par un lien de subordination, recevant encore ses ordres de l'employeur de droit, qui lui fournissait aussi ses tenues, bulletins de salaire, objectifs et contrôlait son temps de travail par un système de pointage à distance<sup>20</sup>. Le juge se livre ici à une appréciation des faits entourant la relation entre les parties en présence, et essaye de déceler l'existence d'un lien de subordination juridique.

**13. Transition.** Cette utilisation du triptyque classique de la subordination juridique amène cependant à une application limitée du coemploi juridique.

## **§2 : Caractère limitatif du critère**

---

<sup>17</sup> v. J. Savatier, préc. p. 514.

<sup>18</sup> Cass. Soc., 6 juillet 1931, D.P. 1931, 1, 131.

<sup>19</sup> Cass. Soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187.

<sup>20</sup> CA Versailles, 4 février 2021, n°18/00009

**14. Plan.** La qualification du coemploi juridique se trouve limitée par une application cantonnée à des litiges individuels (I), application souvent évincée en cas de coemploi sociétaire (II).

#### I : Une qualification individuelle

**15. Des situations individuelles.** Le lien de subordination juridique s'est rapidement révélé comme servant avant tout à caractériser des situations de coemploi dans le cadre de relations individuelles de travail.

En effet, cette méthode de coemploi s'applique avant tout dans des litiges individuels. Le critère de subordination juridique se prête à l'examen de faits précis, de preuves d'une autorité exercée par une société mère sur un salarié d'une filiale ou par une société membre d'une société en participation sur un salarié d'une autre société. Les exemples d'application du coemploi juridique à des litiges individuels ne manquent pas : exercice d'une société ayant adhéré à une société en participation d'un pouvoir disciplinaire sur un salarié d'une autre société membre de cette société en participation<sup>21</sup>, licenciement pour faute grave d'un salarié affecté par une société mère à différents salons dépendant de ses filiales<sup>22</sup>, caractérisation d'un lien de subordination juridique entre une société utilisatrice et un salarié détaché<sup>23</sup> ou encore un salarié d'une filiale étant sous l'étroite dépendance de la société mère quant à l'accomplissement de ses tâches<sup>24</sup>.

**16. Quête du véritable employeur.** Le coemploi juridique se base sur la recherche du « véritable employeur », formule usitée à l'origine par les juges du Quai de l'Horloge dans leurs créations prétorienne sur le coemploi<sup>25</sup>.

Cette appréciation classique demeure une vision limitée : la recherche par le juge du « véritable employeur » passe par la qualification d'un lien de subordination juridique entre le salarié et le tiers « véritable employeur ». Sa mise en œuvre est donc enserrée dans la caractérisation des pouvoirs de l'employeur, telle qu'exposée plus haut. Cette caractérisation se limite alors souvent à l'examen de relations individuelles où les faits des litiges facilitent assurément la démonstration d'un tel lien.

---

<sup>21</sup> Cass. soc., 22 janvier 1992, n°87-44.284.

<sup>22</sup> Cass. soc., 10 février 2000, n°98-40.196.

<sup>23</sup> Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-45.519.

<sup>24</sup> Cass. soc., 2 septembre 2010, n°09-65.230.

<sup>25</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juin 1978, n°77-10.182

**17. Transition.** Face à ces limites imposées *de facto* aux juges par la difficulté à qualifier un lien de subordination juridique, la jurisprudence a rapidement modulé la notion de coemploi juridique, pour arriver à des notions hybrides ne se limitant pas aux critères classiques du coemploi juridique.

## II : Une qualification évincée

**18. Quête du *solvens*.** Comme exposé en introduction, le coemploi s'est développé initialement comme une application classique du lien de subordination juridique à des cas dénotant une pluralité d'employeurs. Cette application a rapidement débouché sur « *la volonté de dépasser un sentiment de frustration. Celui de considérer que la logique juridique ne produit pas la justice* »<sup>26</sup>.

**19. Aménagements d'opportunité.** Ainsi s'est construit un courant moins conservateur, cherchant à assurer au salarié la possibilité de trouver une personne solvable afin d'obtenir des indemnités. Le licenciement économique au sein d'entreprises membres de groupes sociétaires fut alors le terrain de prédilection pour ce nouveau courant : l'employeur en liquidation étant en cessation d'activité il se voit contraint de procéder à des licenciements pour motif économique. Les salariés se retrouvent cependant démunis s'ils souhaitent contester ce licenciement et se tournent vers les sociétés du groupe qui pourraient remplacer l'employeur originaire dans ses obligations d'indemnisations<sup>27</sup>. On dépasse alors la quête du « *véritable employeur* » pour aboutir à une quête du *solvens*.

**20. Renouveau de la notion.** Au renfort de cette recherche d'une personne solvable, la jurisprudence apporte de nouveaux critères avec des formules qui étaient au début incertaines : « *confusion de fait entre deux entreprises* »<sup>28</sup>, « *subordination confondue* »<sup>29</sup>, « *étroite imbrication* »<sup>30</sup>, avant d'arriver au critère de la « *triple confusion d'intérêt, d'activité et de direction* »<sup>31</sup> et aujourd'hui à la « *perte totale d'autonomie* »<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> J.-F. Cesaro, « *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* », *op. cit.*

<sup>27</sup> A. Arseguel, « *Droit du travail, droit décapant : à propos du coemployeur* », *RPC*, n° 1, janvier 2012, dossier 6

<sup>28</sup> Cass. Soc., 15 juin 1966, n°65-40.384

<sup>29</sup> Cass. Soc., 10 avril 1975, n°74-40.136

<sup>30</sup> Cass. Soc., 20 janvier 1994, n°49-44.481

<sup>31</sup> Cass. Soc., 18 juin 2007, n°05-52.570

<sup>32</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2020, n°18-13.771 et n°18-13.769

On constate *in fine* une évolution de la conception du coemploi : ce nouveau coemploi sociétaire s'éloigne de la considération classique. Du lien de subordination juridique originel, on arrive à une vision collective et économique du coemploi. Les litiges considérés ne sont plus individuels mais visent à régir des problématiques collectives afin de permettre non pas de percer à jour le « véritable employeur », mais d'assurer aux salariés confrontés à la déconfiture de leur employeur nominal une personne tierce pouvant servir de *solvens* en cas de litige. Ces « *soubassements moraux* »<sup>33</sup> ont rapidement posé problème et cet autre coemploi suit encore aujourd'hui une évolution incertaine (*v. infra* : §62 et s.).

**21. Transition.** Ces évolutions de la notion n'ont cependant pas complètement remplacé le coemploi classique. Ce dernier se retrouve cantonné à un domaine d'application précis, regroupant un nombre limité de situations.

## **Sous-section 2 : Domaine d'application**

**22. Plan.** Le coemploi juridique amène le juge, dans sa quête des coemployeurs, à rechercher le lien de subordination juridique dans des situations individuelles. Les cas pouvant l'amener à rechercher le véritable employeur sont limités par les faits présentés lors du litige. Pour cela, il se doit donc d'étudier des cas de fictivité du contrat de travail (§1) et d'immixtion dans ce dernier (§2).

### **§1 : Fictivité**

**23. Plan.** La fiction en droit peut se définir comme étant un « *artifice de technique juridique « mensonge de la loi » (et bienfait de celle-ci) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit* »<sup>34</sup>. Elle s'appréhende donc en matière de coemploi comme la fictivité de l'employeur *de jure*, se dissimulant l'employeur *de facto* derrière un montage et visant à se soustraire aux obligations que lui imposerait la loi.

La fictivité est un terme large, regroupant plusieurs phénomènes juridiques : la simulation (I), et sa forme plus aboutie : la fraude (II).

#### **I : Simulation**

---

<sup>33</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>34</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant : « *Vocabulaire Juridique* », 11<sup>ème</sup> édition, p. 458

**24. Sous la table.** La simulation a rapidement été admise en droit des sociétés : le contrat de société est alors l'acte apparent dissimulant une contre-lettre : contrat de vente, de travail, etc. En droit commun des contrats, la simulation n'est pas cause de nullité<sup>35</sup>. Il en va autrement quand l'acte apparent est nul du fait de la simulation, par exemple un défaut d'affectio societatis pour la société qui n'est composée que d'hommes de pailles, dissimulant la main mise d'un seul associé<sup>36</sup>. En droit du travail, la notion est plus souvent mobilisée pour prouver la fictivité d'un contrat de prestation, dissimulant derrière un écran de fumée le contrat de travail.

**25. Transition.** Néanmoins, en matière de coemploi, la simulation est de manière constante doublée de fraude.

## II : Fraude

**26. Dérobade.** La fraude est un « *acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive (...)* »<sup>37</sup>.

On se retrouve face à une situation de double jeu : l'auteur de la fraude cherche à s'aménager une position avantageuse d'où il peut tirer des avantages juridiques, tout en éludant les obligations inhérentes à la situation dans laquelle il se place. En droit du travail, on peut retrouver cela dans la mise en place illégale de contrats de sous-traitance, dissimulant un contrat de travail. Le donneur d'ordre frauduleux cherche alors à se dérober aux obligations que le Code du travail impose à l'employeur, en instituant la distance entre le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage qu'implique le contrat d'entreprise.

**27. *Fraus omnia corrumpit.*** La théorie de la fraude à la loi repose avant tout sur sa sanction : la nullité. Ulpien avançait déjà au VI<sup>e</sup> siècle « *Aeque enim in omnibus fraus punitur* », « *toute fraude doit être punie* »<sup>38</sup>. La sanction vise à rétablir la vérité et à anéantir la tentative visant à se soustraire à la loi impérative ou prohibitive.

Le coemployeur essaie de se soustraire à ses obligations en présentant l'employeur original comme le seul employeur du salarié, tout en exerçant les pouvoirs d'un véritable

---

<sup>35</sup> Art. 1201 Code civil : « *Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir* ».

<sup>36</sup> Cass. Com., 16 juin 1992, n°90-17.237

<sup>37</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant : « *Vocabulaire Juridique* », 11<sup>ème</sup> édition, p. 482

<sup>38</sup> Ulpien, « *Digeste* », chapitre 49, section 14, §4

employeur. C'est cette fraude à la loi que le juge s'attache à combattre et qui est à la source de la notion de coemploi juridique. Les obligations de l'employeur vis-à-vis du salarié trouvent leur source dans le lien de subordination juridique : car l'employeur est en droit de diriger, contrôler et sanctionner son salarié, il se doit de respecter ses obligations lors de l'exécution et de la rupture du contrat de travail<sup>39</sup>.

Clarifier la relation entre les parties au contrat de travail devient alors le but primaire : une situation de marchandage ou de prêt de main d'œuvre illicite donne lieu à une requalification des parties en cause. L'entreprise utilisatrice qui avait tenté, en mobilisant un prêt de main d'œuvre, d'échapper à la qualification d'employeur et aux obligations afférentes devient coemployeur aux côtés de l'entreprise prêteuse, le contrat commercial étant anéanti et la relation de travail requalifiée<sup>40</sup>. De même, la société qui essaye de dissimuler sa qualité d'employeur en créant une filiale chargée d'agir en tant qu'employeur de façade peut se voir qualifiée d'employeur : les deux sociétés étant alors coemployeurs<sup>41</sup>.

**28. Transition.** Au-delà de la fictivité, qui demeure une hypothèse classique, le coemploi juridique, et ensuite économique, s'est aussi construit sur la notion d'immixtion.

## **§2 : Immixtion**

**29. Usurpation.** A la différence de la fictivité, qui implique une coquille vide servant de paravent au véritable employeur et où une apparence de séparation est activement promue, l'immixtion implique une relation opaque, où le rôle de chacun n'est pas respecté. Elle est définie comme étant « *toute intervention sans titre dans les affaires d'autrui, se traduisant par l'accomplissement d'un acte* »<sup>42</sup>. L'immixtion peut être bénéfique, l'exemple type étant la gestion pour autrui où l'on rend de manière désintéressée un service à son voisin lors d'intempéries, ce dernier étant absent.

Néanmoins cette immixtion peut aussi s'entendre au sens d'une ingérence : une intervention d'une personne dans les affaires d'une autre visant à exercer des prérogatives qui pourtant reviennent de droit à cette dernière, on se retrouve face à une usurpation. Le coemploi

---

<sup>39</sup> Pascal Lokiec, « *Droit du travail* », PUF, 2019, p. 108

<sup>40</sup> Cass. Soc., 4 avril 1990, n° 86-44.229 : « *Mais attendu qu'après avoir constaté que M. Y... était devenu à la fois le préposé de la société A et de la société B, la cour d'appel a justement écarté l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail et condamné solidairement les deux employeurs* »

<sup>41</sup> Cass. Soc., 12 décembre 2012, n° 11-23.030

<sup>42</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant : « *Vocabulaire Juridique* », 11<sup>ème</sup> édition, p. 521

juridique, mais aussi économique, ont vocation à s'appliquer à ces cas : un employeur voit un tiers se comporter en lieu et place de sa personne auprès de ses salariés.

**30. Relations incestueuses.** L'immixtion a trouvé à s'appliquer principalement dans les relations entre sociétés de groupe, la société-mère s'ingérant dans la gestion de la masse salariale de ses filles. Cette jurisprudence a donné lieu aux évolutions prolifiques de la notion de coemploi au sens large.

Comme vu précédemment (v. *supra* : §18 et s.), la notion de coemploi juridique a rapidement vu son application limitée par le caractère contraignant de la subordination juridique. La Cour de cassation a alors étendu sa vision et ses critères pour arriver à une vision plus nuancée, impliquant la prise en compte de l'immixtion de la mère dans la gestion de la fille. Aujourd'hui, la dernière jurisprudence en date sur le coemploi sociétaire parle bien d'une « *immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière* »<sup>43</sup>.

Ce virage s'explique du point de vue de la politique jurisprudentielle de la chambre sociale : la notion d'immixtion est en réalité plus simple à caractériser que celle de fictivité évoquée plus haut. Là où cette dernière demande une coquille vide à travers laquelle le « véritable employeur » agit, la notion d'immixtion peut se réduire à une interférence limitée dans la gestion de la société. La volonté de la Cour de développer le coemploi sociétaire avec la jurisprudence *Aspocomp* de 2007<sup>44</sup> marque ce tournant, nonobstant les différents arrêts antérieurs qui démontraient déjà une volonté d'échapper au seul lien de subordination juridique en mobilisant des notions telle que la confusion des activités. On ne parle pas d'une fraude caractérisée, mais d'une société qui dépasse ses prérogatives propres en exerçant celles de sa filiale.

Ce tournant est capital dans la compréhension de la notion moderne de coemploi. Ce dernier ne s'est pas construit seulement sur la notion de fraude et de lien de subordination juridique, mais aussi sur celle d'immixtion et de liens économiques en réaction aux difficultés rencontrées par les juges du fond dans la qualification des situations de coemploi. Il y avait, selon le Conseiller Bailly, le besoin de sanctionner des situations anormales<sup>45</sup>. C'est cet impératif de police qui a mené la chambre sociale vers cette nouvelle notion, plus flexible, d'immixtion.

---

<sup>43</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2020, n°18-13.771

<sup>44</sup> Cass. Soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551

<sup>45</sup> P. Bailly, « *Le coemploi : une situation exceptionnelle* », JCP S 2013, p. 1142, n°4 ;

**31. Transition.** Il demeure que le coemploi classique se retrouve dans différentes situations et permet de s'interroger sur la place que le droit du travail réserve au pluralisme d'employeurs.

## **Section 2 : Pluralité d'employeurs**

**32. Correction.** Historiquement, la tradition romaine envisage la relation de travail comme un lien unique entre deux personnes, ainsi la *locatio hominis* revenait pour un homme libre de vendre son labeur à un autre, tel un esclave. L'Ancien Régime apporta un encadrement structurelle de cette relation, avec la mise en place de guildes corporations. Le Code civil de 1804 pris le contre-pied de cette vision et basa la relation de travail sur le contrat, relation purement bipartite<sup>46</sup>. La Révolution Industrielle, le développement du syndicalisme et de la négociation collective ont entraîné l'encadrement légal du fait collectif. Néanmoins, dans la vision traditionnelle du droit du travail, cette relation contractuelle bipartite demeure une relation bipartite, entre le salarié et l'employeur.

Le coemploi juridique amène donc une exception à ce principe : l'adjonction d'un tiers à la relation contractuelle. On se retrouve avec une relation plurielle qui vise à représenter une réalité : l'exercice par ce tiers des pouvoirs de l'employeur. La jurisprudence a développé sa jurisprudence sur le coemploi pour répondre à cette situation, néanmoins on constate l'existence de situations où il existe bien une pluralité de parties à la relation de travail.

**33. Plan.** Législateur et juge ont instauré ces situations pour répondre tantôt à un besoin de sortir du cadre de la relation de travail classique, tantôt à la nécessité d'encadrer des situations sociétaires. On se retrouve donc face à une pluralité découlant du droit des sociétés (Sous-section 1) et du droit du travail (sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Pluralité sociétaire**

**34. Plan.** Si le groupe de société est l'environnement propice à la caractérisation d'une situation de coemploi, la société entité unique peut elle aussi entraîner des situations de coemploi. Le droit des sociétés envisage en effet des cas d'associations de personnes menant à la qualification d'une société, nonobstant une absence de respect des obligations formelles découlant de la constitution d'une société. Ces instances peuvent être le théâtre d'une situation

---

<sup>46</sup> A. Supiot, « *Critique du droit du travail* », Quadriga, 2011, p. 56

consentie de coemploi, les associés exerçant un même pouvoir sur un salarié, au bénéfice de cette société. La société en participation est un exemple frappant.

La société en participation est une société dont les associés ont sciemment décidé de ne pas l'immatriculer<sup>47</sup>. Ces associés exécutent toutefois une activité civile ou commerciale qui les amènent à embaucher des salariés. On peut donc se retrouver face à une réunion de faits pouvant donner lieu à caractériser une pluralité d'employeurs.

Comme pour la société créée de fait, l'étude des conditions (I) et effets (II) de la société en participation permet d'étudier un autre cas de coemploi.

### **§1 : Conditions**

**35. *Affectio societatis*.** La société en participation est une véritable société : à sa base se trouve un contrat et elle rassemble des associés animés par l'*affectio societatis*. Au-delà donc des conditions classiques du contrat (objet licite, consentement), la société en participation doit s'articuler autour de la volonté des associés de partager des gains mais aussi de supporter les pertes engendrées par leur activité<sup>48</sup>.

**36. Absence d'immatriculation.** Les conditions énoncées plus haut sont *in fine* celles d'une société de droit commun. Néanmoins, comme exposé par l'article 1871 du Code Civil, la société en participation n'est pas immatriculée ou soumise à publicité.

Cette exigence dépasse la seule absence d'inscription au registre du commerce et des sociétés par exemple. La constitution de la société en participation n'est soumise à aucune formalité écrite. Elle peut donc être constituée par simple voie orale. Il apparaît cependant assez évident que les situations visées par le concept de société en participation sont des opérations ponctuelles. Une mise en commun de moyens de grande envergure, et sur la durée, nécessiterait de manière quasi invariable la rédaction de statuts visant à organiser la relation entre les différentes personnes impliquées.

Il demeure néanmoins que ces situations sont envisageables à faible ampleur : mise en commun de plusieurs artisans, sociétés, professions libérales, etc.

---

<sup>47</sup> Art. 1871 Code civil : « Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors " société en participation ". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens ».

<sup>48</sup> Cass. Com., 15 juillet 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 27

37. **Transition.** Ces conditions succinctement précisées, il est plus aisé d'en apprécier les effets.

## §2 : Effets

38. **Absence de personnalité morale.** En droit des sociétés, la personnalité morale d'une société découle de son immatriculation<sup>49</sup>. La société en participation n'étant pas immatriculée, elle est dénuée de personnalité morale. Par ce fait, elle ne peut pas avoir de patrimoine ou contracter en son nom, ester en justice<sup>50</sup> ou voir ses dettes garanties<sup>51</sup>.

On peut donc voir un schéma se préciser : des personnes pourraient ainsi se mettre en commun pour bénéficier des services d'un secrétariat, de locaux, afin de limiter les coûts induits par une activité commune. Les salariés qu'impliquerait cette mise en commun se retrouveraient alors soumis non pas à une société personne morale – la société en participation en étant dénuée – mais bien aux différents associés qui exerceraient sur eux les pouvoirs propres à l'employeur. On se retrouve face à une situation de coemploi juridique, mais traitée ici de manière originale par le régime de la société en participation.

39. **Obligation des associés aux dettes sociales.** L'absence de personnalité morale empêche de simplement considérer que les associés sont obligés quoi qu'il en soit aux dettes de la société en participation, cette-dernière ne pouvant être créancière ou débitrice.

La jurisprudence réglait cette question en basant son régime sur le caractère occulte ou non de la société en participation : dans le cadre d'une relation contractuelle, seul était tenu l'associé contractant<sup>52</sup>. La solution était tout autre quand la société en participation était connue du tiers contractant : alors les autres associés étaient solidairement tenus aux engagements que l'associé contractant avait pris.

L'article 1872-1 du Code civil dispose aujourd'hui que chaque « *associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* ». Néanmoins, si les associés agissent à la vue de tous comme tels, donc comme une société, alors chacun est tenu à l'égard des tiers des actes accomplis par les autres associés, et ce avec solidarité si la société est commerciale.

---

<sup>49</sup> Art. 1842 Code civil : « *Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation* ».

<sup>50</sup> Cass. Com., 11 janvier 2005, n°01-11.150

<sup>51</sup> Cass. Com., 6 juillet 2010, n°09-68.778

<sup>52</sup> Cass. Com., 8 octobre 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 492

**40. Qu'un pas vers le coemploi.** En somme, les associés sont tenus envers les tiers s'ils se comportent comme les associés d'une société de droit commun ; ladite société n'a pas de personnalité morale et chaque associé demeure donc une personne juridique indépendante et finalement il n'y a pas de patrimoine social.

Si les associés venaient à faire appel à un salarié, ce dernier se verrait lié à chaque associé et serait donc en droit de réclamer son salaire auprès de chaque associé. Le parallèle avec le coemploi juridique exposé plus haut est frappant : il apparaît indubitablement que cette pluralité d'employeurs qu'implique la société en participation employant un salarié est propice à caractériser une situation de coemploi<sup>53</sup>.

**41. Société créée de fait.** L'article 1873 du Code civil dispose que les dispositions applicables à la société en participation sont applicables aux sociétés créées de fait, aussi son régime étant similaire, la même analyse peut s'appliquer.

**42. Transition.** Les cas de pluralités d'employeurs se retrouvent avant tout encadrés par le droit du travail.

## **Sous-section 2 : Pluralité sociale**

**43. Plan.** Il a été vu que le droit des sociétés pouvait donner des pistes quant à la façon avec laquelle le droit doit aborder la pluralité d'employeurs. Ces situations de coemployeurs sont cependant en général évitées : conformément à la vision traditionnelle de la relation de travail, tout est mis en œuvre pour cantonner cette-dernière à un lien bilatéral unique.

Des évolutions et réformes récentes montrent un désir de sortir de cette position conservatrice en instaurant des cas de relations de travail plurielles. La question est posée : de quelle manière le droit du travail doit-il envisager l'employeur pluriel ? La tradition juridique est difficile à contourner et ces relations originales suscitent avant tout une méfiance quant aux conditions de travail des salariés et le respect des dispositions légales et conventionnelles.

Le coemploi sanctionne une relation plurielle irrégulière. Néanmoins, le droit a, au fil des réformes, encadré des faits économiques impliquant une organisation de structures chargées de régler ces situations (§1) ou une mobilité du salarié (§2). Ces faits et dispositifs juridiques doivent être étudiés pour comprendre de quelle manière leur régime peut se rapprocher du coemploi juridique.

---

<sup>53</sup> Cass. Soc., 28 juin 1989, n° 86-18.942, Bull. civ. V, n° 495

## §1 : Organisation de la pluralité d'employeur

**44. Plan.** Des exigences liées au fonctionnement de l'entreprise, la volonté d'économiser des coûts, d'obtenir une main d'œuvre ponctuelle ou pour le salarié d'obtenir une certaine flexibilité dans son activité ont mené la jurisprudence, les partenaires sociaux et le Législateur à mettre en place un encadrement de ces faits. Ce cas de pluralité de lien est réminiscent du coemploi : aussi est-il pertinent d'étudier le groupement d'employeur (I), et le portage salarial (II).

### I : Groupement d'employeurs

**45. Mise en commun.** Créé par la loi n°85-772 du 25 juillet 1985, groupement d'employeur découle d'une constatation économique : les entreprises de taille réduite hésitent souvent à développer une activité soutenue nécessitant des fonctions supports, telles qu'un secrétariat, un service informatique, etc. Ces fonctions supports représentent des charges fixes qui sont souvent démesurées par rapport au chiffre d'affaires des très petites entreprises (TPE) ou des petites et moyennes entreprises (PME). Le groupement d'employeur est une réponse à ce blocage<sup>54</sup>.

Régis par les articles L. 1253-1 et suivants du Code du travail, le groupement d'employeur permet à plusieurs employeurs dépendant d'une même convention collective de se rassembler et de créer une association loi 1901 ou une société coopérative dont le but est d'employer des salariés et de les mettre à disposition des membres du groupement. On se retrouve dans un encadrement structurel, où le groupement est l'employeur de droit du salarié qui exécute une prestation au bénéfice d'un utilisateur. Cette mise à disposition doit être à but non-lucratif.

La Loi encadre strictement les obligations de l'utilisateur : ce dernier est responsable au titre de l'article L. 1253-12 du Code du travail des conditions de travail du salarié (durée du travail, santé et sécurité, etc). Cet encadrement découle d'une volonté d'assouplir le recours aux groupements, tout en assurant le respect des droits des salariés<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> J. Dalichoux et P. Fadeuilhe, « *Les groupements d'employeurs* », Ed. Liaisons 2008

<sup>55</sup> S. Tournaux, « *Libéralisation des groupements d'employeur et statut embryonnaire de la mise à disposition* », RDT 2011, n°572

**46. Séparation des rôles.** Le groupement est employeur de droit, néanmoins il n'exerce pas son pouvoir d'employeur sur le salarié. Ce dernier se trouve soumis au pouvoir de l'utilisateur, dans les limites strictes imposées par la Loi.

Il apparaît assez clairement que le Législateur a ici souhaité organiser une relation triangulaire en dehors d'une qualification classique du lien de subordination juridique : le but premier est d'assurer à l'utilisateur un coût moindre quant à l'embauche de salariés qui, *in fine*, exécutent leur prestation pour le bénéfice des membres du groupement. Un exemple : le groupement mis en place entre plusieurs entreprises partageant les mêmes locaux embauche un salarié chargé d'assurer le secrétariat de ces entreprises, devenues utilisatrices. Le salarié n'est lié à ces dernières que par une convention de mise à disposition.

Le coemploi est ici *de facto* évincé de ce schéma : la Loi organise cette relation de manière à s'assurer que le salarié ne se retrouve lié par un contrat qu'avec le groupement. Les obligations et attributions des entreprises utilisatrices étant encadrées et limitées par la Loi. Le but de ce schéma de relations juridiques est bien de partager le coût que représentent ces salariés entre les différents utilisateurs. Aussi le groupement sert avant tout d'écran entre le salarié et les utilisateurs, bien que ces derniers soient les membres du premier. Néanmoins, l'article L. 1253-8 du Code du travail dispose que les membres du groupement sont solidairement responsables de ses dettes à l'égard de ses salariés : on se retrouve ici avec les effets du coemploi.

**47. Tentative d'assouplissement.** Créé en 1985, le groupement démontre qu'il existait alors une volonté de sortir du carcan traditionnel que représente la relation classique bipartite du contrat de travail. La frilosité du Législateur demeure assez évidente : la qualification d'employeur pour les entreprises utilisatrices est ici évitée par le jeu de la Loi mais elles n'en demeurent pas moins responsables des dettes que le groupement a envers le salarié.

Le besoin économique existait bien et le Législateur a tenté d'y répondre en contournant la reconnaissance, par le biais du lien de subordination juridique et donc du coemploi, d'une situation de pluralité d'employeurs, mais l'impératif de protection des salariés demeure.

La Loi n°2011-893 du 28 juillet 2011 a apporté un assouplissement à cette limite : l'alinéa 2 de l'article L. 1253-8 du Code du travail dispose ainsi que « *par dérogation, les statuts des groupements d'employeurs peuvent prévoir, sur la base de critères objectifs, des règles de répartition de ces dettes entre les membres du groupement, opposables aux créanciers* ». Cet aménagement témoigne encore de la volonté de se soustraire aux effets du coemploi, pouvant s'apparenter à une sanction. La solidarité est évitée au moyen de la négociation entre les membres du groupement.

**48. Transition.** Similairement au groupement d'employeur, le portage salarial est un montage juridique original tentant de répondre à un besoin économique.

## II : Portage salarial

**49. Contrat de travail sans travail.** Le contrat de portage est un « ovni » du droit social. Sa définition est posée en premier par les partenaires sociaux<sup>56</sup>, puis est reprise par le Législateur dans une ordonnance n°2015-380 du 2 avril 2015, ratifiée par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016. Il est l'opération par laquelle un travailleur appelé le « porté » confie à une société de portage la facturation et la gestion administrative de missions effectuées auprès d'une entreprise utilisatrice qui, *in fine*, demeure sa cliente personnelle, moyennant un salaire payé par la société de portage<sup>57</sup>.

L'originalité demeure ici dans le fait que la société de portage n'a pas à fournir de travail au porté, ce dernier recherche par lui-même des prestations à effectuer pour le compte de client. La Cour de cassation s'était prononcée sur ce montage avant son organisation par l'ordonnance de 2015 : la société de portage ne peut pas licencier le porté qui ne trouverait pas de mission, l'employeur étant dans l'obligation de fournir du travail à son salarié<sup>58</sup>. L'ordonnance vient apporter une correction à cela en l'article L. 1254-2, I du Code du travail qui précise que le salarié doit rechercher lui-même ses clients.

**50. Besoin de protection.** Le portage salarial répond directement à un besoin de certains consultants cherchant à bénéficier des avantages que représente le salariat, tout en conservant la liberté inhérente à leur profession. Aussi le porté verse des cotisations salariales et acquiert des droits au même titre qu'un salarié ordinaire, mais bénéficie d'une liberté totale dans l'organisation de son travail et le choix de ses clients qu'il conserve à titre personnel.

Le porté se doit cependant de répondre à un certain niveau de qualification et d'expertise et le contrat est soumis au respect de formalités.

---

<sup>56</sup> L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 19 : « *Le portage salarial se caractérise par : une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente ; la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté ; la fourniture des prestations par le porté à l'entreprise cliente ; la conclusion d'un contrat de prestation de service entre le client et la société de portage ; et la perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie au porté dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail* »

<sup>57</sup> D. Le Du, « *Le portage salarial* » : Ed. Eyrolles, 2008

<sup>58</sup> Cass. Soc., 4 février 2015, n°13-15.627.

**51. Perte de repères.** Le contrat de portage est donc une forme de contrat de travail où l'employeur du salarié n'est pas réellement son employeur. On constate bien cependant que le Législateur a ici aussi tenté d'organiser une relation originale de travail afin d'éviter une situation d'employeurs pluriels. L'entreprise cliente donne des directives au porté qui les exécute, ce que l'entreprise de portage ne peut faire.

Le coemploi ne trouve pas à s'appliquer ici : le cloisonnement opéré par la Loi entre les différents membres de cette relation empêche de caractériser un lien de subordination juridique. Tout est fait pour s'assurer que l'on ne se retrouve pas dans une situation où des parties se retrouveraient avec les obligations d'un employeur de droit commun.

Cette volonté de cloisonnement cherche évidemment à compenser la perte de repère qu'entraîne le système du portage salarial. Le coemploi ne peut pas se déployer dans cette situation. On peut y voir la manifestation des caractéristiques du coemploi juridique : ce dernier découle avant tout du lien de subordination juridique caractérisé entre le salarié et plusieurs employeurs. Or, quand la Loi prévoit un encadrement des pouvoirs dont disposent les différentes parties à une relation de travail originale, le juge n'a plus la possibilité de caractériser un tel lien.

**52. Transition.** Au-delà de l'organisation de la relation de travail, les cas de transfert du lien de subordination, étant des cas de pluralité d'employeur, peuvent se révéler synonyme de confusion entre les parties.

## **§2 : Mobilité du salarié**

**53. Plan.** Le lien contractuel établi par le contrat de travail et supposant le versement d'une rémunération en contrepartie d'une prestation – le tout dans le cadre d'un lien de subordination juridique – peut se retrouver modifié, découpé et redistribué entre plusieurs parties. Ce redécoupage des attributions, par le moyen de la mobilité du salarié entre plusieurs structures, peut cependant donner lieu à des abus et des situations frauduleuses.

Aussi, les cas de prêt de main d'œuvre (A) et de mobilité non-encadrée du salarié (B) sont propice à trahir des cas de coemploi juridique.

### **I : Prêt de main d'œuvre et sous-traitance**

**54. Régime strict.** Pénalement encadré, le prêt de main d'œuvre et la sous-traitance sont des dispositifs permettant à l'employeur de faire appel à des salariés dépendant d'un autre

employeur, et ce afin de s'exonérer de toutes les obligations qu'un contrat de travail implique. Cette volonté d'externalisation est en conséquence strictement encadrée, afin de s'assurer que les droits des salariés mis à disposition soient respectés.

**55. Frontières troubles.** Cette mise à disposition implique aussi des frontières floues entre utilisateur, employeur de droit et salarié mis à disposition. De ce flou peut découler des situations de coemploi : quand l'utilisateur commence à exercer les prérogatives classiques de l'employeur, quand ce dernier confie à l'utilisateur la gestion administrative des salariés, etc.

Aussi le coemploi trouvera à s'appliquer aux cas où un salarié se trouve mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice, mais qu'*in fine* il recevra ses ordres de manière alternative ou continue de la part de l'utilisateur et de l'employeur de droit. Une telle confusion des rôles peut aussi être révélée par une gestion administrative anormale de la situation. La Cour de cassation a pu relever que la salariée qui, bien qu'étant mise à la disposition d'un grand magasin en tant que démonstratrice de produit par son employeur de droit, une société de parfumerie, devait respecter les horaires du magasin ainsi que son règlement intérieur et pouvait être sanctionnée disciplinairement en cas d'infraction au dit règlement intérieur, se trouvait sous la subordination juridique des deux employeurs en même temps<sup>59</sup>.

De même, la Cour de cassation a reconnu que la société qui désigne son salarié comme mandataire sociale de sa filiale, lui donne des directions, lui fixe des objectifs à atteindre et contrôle son activité, avait en réalité mis en place un mandat social apparent. Elle caractérise donc que la société-mère et sa filiale sont toutes les deux employeurs de ce salarié. On voit bien que la mise à disposition n'est pas limitée par un contrat apparent : le juge n'hésite pas à caractériser une telle mise à disposition, et à ensuite préciser que cette-dernière est mal appliquée, la relation entre l'employeur de droit, l'utilisateur et le salarié étant en réalité une situation de coemploi<sup>60</sup>. Faits similaires : une salariée engagée en tant que vendeuse démonstratrice se retrouve en réalité sous les ordres des chefs de rayon du magasin où elle est détachée, ces derniers ayant le pouvoir de lui donner des ordres, de contrôler leur exécution et de la sanctionner. Ici aussi le juge ne peut que reconnaître la qualité de coemployeur du magasin, aux côtés de l'employeur de droit<sup>61</sup>.

En général, le juge va regarder dans les cas de mise à disposition si le salarié est bel et bien indépendant de son employeur de droit dans l'exécution de sa prestation : « *malgré son détachement auprès d'une société espagnole avec laquelle elle était liée par un contrat de*

---

<sup>59</sup> Cass. Soc., 8 octobre 1981, n°80-40.179

<sup>60</sup> Cass. Soc., 13 juin 2006, n°04-43.878

<sup>61</sup> Cass. Soc., 15 mars 2006, n°04-45.518

*travail, Mme X... était demeurée sous la subordination effective de la Société, qui avait en outre pris en charge sa rémunération* »<sup>62</sup>. Ce manque de séparation est un indice clair utilisé par le juge dans la caractérisation d'une situation de coemploi, combiné avec une gestion administrative partagée.

**56. Sanction limitée.** L'application de la notion de coemploi à la mise à disposition est logique : la mise à disposition est strictement encadrée dans sa mise en œuvre, le coemploi en tant que sanction est alors une solution possible pour sanctionner les relations anormales. On constate finalement une application stricte de la méthode explicitée *supra* : le juge va rechercher si le tiers au contrat de travail, en l'occurrence ici l'entreprise utilisatrice, exerce sur le salarié les pouvoirs de l'employeur, notamment le triptyque classique du pouvoir de direction, de contrôle et de sanction.

En dehors de ces cas néanmoins, le juge se gardera de qualifier le coemploi juridique. Il pourrait même considérer que l'entreprise utilisatrice a, à défaut d'exercice par l'employeur d'origine de son pouvoir de direction, remplacé ce dernier et est devenue l'employeur de droit du salarié. Ainsi, des salariés détachés dans un comité établissement pour y exécuter une prestation pour le compte de ce dernier, et ce sous sa direction, ne sont plus reliés à leur employeur d'origine, même si ce dernier continuait d'établir des fiches de paie : le comité d'établissement étant devenu l'employeur exclusif<sup>63</sup>. La relation contractuelle avec l'employeur d'origine est en conséquence suspendue et à la fin du détachement, les salariés réintégreront les effectifs de l'entreprise. On voit ici que le coemploi juridique n'est pas appliqué par la Cour de cassation car il n'y a pas partage du pouvoir de direction de l'employeur : l'entreprise utilisatrice exerce seule ce pouvoir et se voit donc qualifiée d'employeur de droit des salariés.

**57. Transition.** Une autre instance pouvant révéler une pluralité d'employeur est celle de la mobilité non-encadrée des salariés.

## II : Mobilité non-encadrée

**58. Notions.** La mobilité non-encadrée ou mobilité « sauvage », caractérisée par « *la mutation du salarié d'une entreprise à une autre sans que la nature juridique des mutations*

---

<sup>62</sup> Cass. Soc., 25 octobre 2011, n°09-43.536

<sup>63</sup> Cass. Soc., 25 mars 2016, n°14-14.811

*soient clairement définies* »<sup>64</sup> renvoi aux premiers arrêts ayant qualifié des situations de coemploi.

On retrouve au final des cas de mobilité « sauvage » dans des situations récurrentes en jurisprudence. Les mutations ne sont pas encadrées dans les cas de sociétés familiales et d'affectation forcée.

**59. Familiarités.** La famille est un cadre de relâchement, d'absence de formalités, de relations détendues et franches, en somme de familiarité. Bien souvent, quand le droit s'invite dans la famille, il perturbe un écosystème de relation assez complexe qui peut réagir mal aux duretés propres au fait juridique. Il est ainsi coutume de se passer de telles formalités quand on traite avec des membres de sa famille.

Néanmoins le droit demeure, et avec lui la sanction : « *ainsi, les deux sociétés, ayant le même président ayant relevé que les sociétés Verhoeven-Equipement et Verhoeven-Sogepa avaient le même président et le même catalogue publicitaire, et que la lettre du 23 janvier 1991 prévoyant l'intégration du salarié dans la société Verhoeven-Sogepa était rédigée sur papier à en-tête de la société Verhoeven-Equipement et signée d'Anthony Verhoeven, président des deux sociétés, la cour d'appel, qui a fait ressortir que les deux sociétés étaient coemployeurs du salarié* »<sup>65</sup>. Les faits sont clairs : la proximité des deux sociétés amène le juge à considérer que le salarié muté ne l'a pas été de manière totalement indépendante.

**60. Affectation forcée.** Le coemploi peut surgir dans la mobilité du salarié quand le juge constate une immixtion du tiers dans la conclusion du contrat de travail. Ainsi, le tiers qui se comporte comme une partie au contrat lors de la conclusion de ce dernier peut être qualifié de coemployeur<sup>66</sup>.

Le cas type d'affectation forcée est récurrent : une société mère recrute le directeur d'une de ses filiales et lui donne directement des ordres en contrôle l'exécution et n'hésite pas à le sanctionner. Aussi la Cour a pu relever que « *l'existence d'un lien de subordination entre la société mère et le directeur d'une filiale du fait du placement de ce dernier sous l'étroite dépendance des services de la société mère* » suffisait à qualifier une situation de coemploi juridique<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> J. F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>65</sup> Cass. Soc., 22 janvier 1997, n°93-43.742 et n°93-43.743

<sup>66</sup> Cass. Soc., 10 février 2010, n°09-65.230

<sup>67</sup> Cass. Soc., 22 janvier 1992, n°87-44.284

**61. Transition.** Le coemploi juridique demeure ainsi une notion relativement simple du droit du travail, ne faisant appel qu'à des procédés traditionnels. Ses applications étant limitées aux litiges individuels, demandant la réunion des critères du contrat de travail, elle n'a jamais bousculé la pratique.

La notion ne vise finalement qu'à sanctionner des manquements de la part d'employeurs qui, espérant contourner une norme en place, essayent de maintenir une mainmise sur un salarié mis à disposition ou partagé entre plusieurs parties, nonobstant les règles impératives du droit du travail.

Sanction de la fraude, de l'abus, application pragmatique du critère du lien de subordination juridique à une pluralité d'employeurs, le coemploi juridique ne soulève aucune réelle originalité dans son régime.

Il en est tout autrement pour son cousin turbulent, le coemploi sociétaire, qui, en l'espace d'une demi-douzaine d'années, a provoqué une agitation considérable au sein de la doctrine et des praticiens du droit social.

## **CHAPITRE 2 : COEMPLOI SOCIÉTAIRE**

### **Section préliminaire : La notion de coemploi sociétaire**

**62. Définition.** Le coemploi économique, ou coemploi sociétaire, est une création jurisprudentielle née d'un constat : celui de l'impossibilité pour les salariés d'atteindre au sein d'un groupe de société les personnes morales qui, bien qu'étant distinctes de leur employeur direct, étaient à l'origine de leur licenciement. On est ici bien loin du coemploi juridique, qui peut être qualifié entre des employeurs n'ayant aucun lien juridique. Ce qui est visé dans le coemploi sociétaire, ce sont les pratiques entre sociétés membres d'un même groupe.

Ses conditions ont grandement évolué lors de la précédente décennie. Il demeure qu'il dépend largement de l'implication anormale d'une personne morale dans la gestion économique et sociale d'une autre, résultant en une perte d'autonomie de la dernière dans la gestion de ses salariés.

Cette perte d'autonomie a pour conséquence de voir cette relation qualifiée en situation de coemploi, avec les effets afférents. Les personnes morales deviennent coemployeurs et sont tenues par les obligations légales de l'employeur vis-à-vis des salariés impliqués dans cette relation considérée comme anormale par les juges de cassation. On ne se trouve plus dans le

coemploi juridique, le coemploi sociétaire devant être qualifié « *hors l'existence d'un lien de subordination* »<sup>68</sup>.

**63. Une notion fonctionnelle.** C'est donc la jurisprudence qui a donné naissance à la notion de coemploi sociétaire. Son objet initial est indubitablement affirmé par les juges du Quai de l'Horloge : à l'inverse du coemploi juridique qui, comme il a été vu, est une application ancienne, individuelle et protéiforme du lien de subordination à une relation de travail multiple, le coemploi sociétaire vise à évincer des principes de droit civil et de droit des sociétés afin d'envisager le groupe de société ou partie de ce dernier comme un tout.

La situation classique envisagée par le coemploi sociétaire est donc celle d'un groupe où la société-mère dispose d'une telle influence sur ses filiales que ces dernières n'ont aucune marge de manœuvre dans leur gestion économique et sociale. Les salariés de la filiale sont donc considérés comme étant aussi les salariés de la société-mère. Cette situation est au final l'application quasi-exclusive de la notion de coemploi sociétaire.

La notion est avant tout fonctionnelle : la chambre sociale, en consacrant le coemploi sociétaire, souhaitait appréhender le groupe de société et mettre fin à certaines pratiques considérées comme délétères pour l'emploi et les droits des salariés. Ainsi le fait pour la société-mère d'assécher l'actif de sa filiale afin de causer sa perte, pour n'importe quelle raison que ce soit, causait grief aux salariés, notamment dans l'application de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un licenciement pour motif économique pour cause de cessation d'activité. Dans une telle situation, qualifier une situation de coemploi permet au salarié de demander au juge qu'il constate que l'obligation de reclassement n'a pas été respectée, la société-mère n'ayant pas participé à la procédure de licenciement.

La logique même du coemploi sociétaire est l'assurance pour le salarié de pouvoir attirer à une procédure de licenciement une personne solvable, de disposer « *d'un marchepied qui permet d'accéder à la société mère* »<sup>69</sup>.

**64. Une notion turbulente.** Après un premier coup de pinceau dans l'arrêt *Aspocomp*<sup>70</sup>, la notion fut pleinement consacrée par la chambre sociale dans les arrêts *Jungheinrich*<sup>71</sup> et *Métaleurop*<sup>72</sup>. La notion est dès sa consécration vivement critiquée par la doctrine, qui y voit

---

<sup>68</sup> Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-15.208

<sup>69</sup> A. Mazeaud, « *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés, Aspects de droit du travail* », Dr. Soc. 2010, p. 738

<sup>70</sup> Cass. Soc., 19 juin 2007, n°05-42.551

<sup>71</sup> Cass. Soc., 18 janvier 2011, n°09-69.199

<sup>72</sup> Cass. Soc., 28 septembre 2011, n°10-12.278

un concept opportun qui ne s'appuie sur aucune notion juridique clairement identifiable et qui met en danger le fonctionnement normal et usuel des groupes de société. La fracture s'articule autour de la nature de ce coemploi : sanction juste et relevant d'un besoin d'équité au profit des salariés se retrouvant lésés par des plans de sauvegarde de l'entreprise inefficace dans les groupes internationaux pour certains<sup>73</sup>, mesure dénuée de fondement juridique clair pour d'autres<sup>74</sup>.

La Cour de cassation réagit dans l'arrêt *Molex*<sup>75</sup>. Elle précise la notion de coemploi sociétaire en affinant encore plus les conditions de caractérisation en précisant que la coordination des actions économiques au sein d'un groupe ne peut pas donner lieu à la caractérisation d'une situation de coemploi. Les dessous de ce tour de vis sont évidents : les juges du fond se sont emparés de la notion de coemploi pour l'appliquer à tort selon la Cour de cassation, d'où cette sanction et ce durcissement des conditions.

Tour de vis certes, mais tour de vis insuffisant car les juges du fond continuèrent d'appliquer la notion de manière erronée. En témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation, constituée quasi exclusivement d'arrêt de cassation sanctionnant des juges du fond qui appliquaient de manière libérale le coemploi sociétaire<sup>76</sup>.

Un énième coup d'arrêt est nécessaire. Dans un arrêt *AGC*<sup>77</sup>, la Cour de cassation apporte, en réaction aux mauvaises applications de la notion par les juges de fond<sup>78</sup>, une précision aux conditions de caractérisation du coemploi. Précision qui se veut finale, mais déjà son application laisse entrevoir des difficultés.

**65. Une notion incertaine.** En dix ans la notion de coemploi sociétaire est, semble-t-il, passée à travers les grandes étapes de la vie, d'enfance prometteuse à adolescence turbulente, avant de se voir confrontée aux dures réalités de l'adulte désabusé, avec une application stoppée net par la nécessaire vie des groupes de société. Néanmoins, est-elle actuellement sur son lit de mort ?

La jurisprudence a ouvert la possibilité de passer par la responsabilité civile pour atteindre la société-mère qui aurait causé la déconfiture de sa filiale<sup>79</sup>, et en conséquence les

---

<sup>73</sup> P. Morvan, « *L'étrange action en justice Flodor - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ?* » JCP S, 2009, p. 1489, n°44

<sup>74</sup> J.-F. Cesaro, « *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* », *op. cit.*

<sup>75</sup> Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-15.208

<sup>76</sup> v. Cass. Soc., 9 octobre 2019, n°17-28.150

<sup>77</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>78</sup> Note explicative de l'arrêt Cass. Soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>79</sup> v. Cass. Soc., 8 juillet 2014, n°13-15.573

licenciements de ses salariés. Cette alternative apparaissait alors comme le dernier clou dans le cercueil du coemploi. Il demeure que la fin du coemploi n'est pas une évidence.

L'arrêt *AGC* démontre bien que la chambre sociale n'est pas prête à abandonner sa notion. Cependant, si son existence n'est pas en danger, son évolution demeure quant à elle bien incertaine et un énième durcissement de ses conditions n'est pas à exclure. *In fine*, il est cependant honnête de reconnaître qu'une notion qui est extrêmement compliquée à appliquer est *de facto* morte. Cette notion « *toujours vivante, mais un peu plus morte* »<sup>80</sup>, a un futur incertain, symbole d'une notion jurisprudentielle qui a instantanément échappé au contrôle de la Cour de cassation, forcée de corriger par à-coups sa propre création.

**66. Une notion limitée aux groupes.** Les cas d'application même du coemploi sont sujets à débat. Si le coemploi juridique peut être volontaire, dans le cadre d'une société en participation par exemple, le coemploi sociétaire lui est avant tout envisagé comme une sanction, quand une société-mère en vient à « *phagocyter* » sa filiale, gérant ses salariés pour elle et s'appropriant ses prérogatives<sup>81</sup>.

Le coemploi est alors envisagé ici comme une mesure de justice sociale visant à s'assurer que les salariés obtiennent le remboursement de leur créance ou l'exécution effective d'obligations incombant à l'employeur dans le cadre d'un licenciement.

C'est en effet dans un contexte de licenciement pour motif économique que le coemploi sociétaire tend à déployer ses effets, et plus particulièrement dans le cadre de groupes de sociétés. La logique sociétaire encourage les liens entre sociétés d'un groupe : liens capitalistiques à l'origine du groupe, conventions de trésorerie, pacte d'actionnaire assurant la mainmise de la société-mère sur ses filiales, constitution d'une communauté d'intérêt entre les sociétés exerçant des activités complémentaires, etc.

Ces liens peuvent néanmoins mener à des manœuvres causant grief aux salariés d'une filiale, cette dernière se retrouvant « vampirisée » de ses actifs et étant dans une situation financière et économique précaire, entraînant bien souvent l'ouverture d'une procédure collective. C'est ce cas précis que l'on retrouve dans la jurisprudence du coemploi sociétaire. En témoigne les faits des arrêts tels qu'*Aspocomp* (rachat d'une société entraînant des licenciements pour motif économique) ou *Jungheinrich* (mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) dans le cadre d'une liquidation judiciaire tandis que la société-mère demeurait solvable).

---

<sup>80</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

<sup>81</sup> G. Loiseau, « *L'identification des effets du coemploi* », JCP S, 2013, p. 1439, n°46

67. **Plan.** L'étude des fondements du coemploi sociétaire ou économique (Section 1), de ses critères de qualification (Section 2) ainsi que de sa procédure de reconnaissance (Section 3) révèle une notion floue aux contours encore mal définis.

## **Section 1 : Fondements du coemploi sociétaire**

68. **Plan.** Le coemploi sociétaire repose sur une analyse qui dépasse celle du lien de subordination juridique. Le juge se doit d'appréhender les différentes personnes morales en cause au travers d'un prisme socio-économique, ainsi qu'étudier les relations financières entre les différentes entités, leur mode de gestion, les liens qu'elles entretiennent et l'impact de ces facteurs sur les salariés. En somme, étudier l'immixtion d'une personne morale dans la gestion d'une autre.

Ces critères semblent être avant tout des notions opportunes, le processus juridique de qualification étant renversé : le juge souhaite, face à la « *frustrante* »<sup>82</sup> insuffisance des outils juridiques à sa disposition, obtenir « *satisfaction* »<sup>83</sup> et faire produire certains effets à une situation, et conçoit en conséquence des critères permettant d'appréhender ladite situation, *i.e.* un groupe de société.

L'étude de cette frustration passe par celle des soubassements du coemploi sociétaire (Sous-section 1) mais aussi de celle de ses alternatives (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Fondements théoriques du coemploi sociétaire**

69. **Plan.** Le coemploi est, comme mentionné *supra*, une notion décriée comme étant dénuée de fondations juridiques claires. Il n'en demeure pas moins que plusieurs notions peuvent s'y rattacher ou s'y opposer.

Malgré des obstacles (§1), le coemploi sociétaire peut trouver justification dans plusieurs fondements pluridisciplinaires, entraînant par le fait même une indéniable confusion dans la notion (§2).

#### **§1 : Obstacles au coemploi sociétaire**

---

<sup>82</sup> J.-F. Cesaro, « *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* », *op. cit.*

<sup>83</sup> *Ibid.*, §3

**70. Plan.** Le coemploi sociétaire a tout d'une notion fonctionnelle, d'opportunité, un moyen d'appréhender en droit du travail un figure qui demeure éthérée : le groupe de société. Qualifiée de « *revanche du droit social* »<sup>84</sup> contre la notion de groupe, le coemploi sociétaire permet d'apprécier la mise en œuvre d'un licenciement pour motif économique dans un cadre qui dépasse l'entreprise, et ce sous plusieurs aspects visant à satisfaire une logique de justice sociale. Il est un « *montage explicatif et curatif, non une formule de contrat* »<sup>85</sup>, servant à pallier l'impossibilité pour le juge d'apprécier un licenciement au-delà de l'entreprise, quand ce dernier trouve précisément son origine au-delà de l'entreprise.

Cette « quête du solvens » déjà évoquée plus haut, semble difficilement justifier à elle seule la mise en place d'une notion qui contrevient à plusieurs principes cardinaux du droit des sociétés, principalement le fonctionnement normal des groupes de société (I) et l'autonomie des personnes morales (II) ainsi que le fonctionnement normal des groupes de sociétés (III).

#### I : Absence de personnalité morale du groupe

**71. Notion insaisissable.** Si en droit des sociétés, la notion d'entreprise ne trouve aucune définition clairement établie, elle fleurit en droit du travail. Situation inverse pour le groupe : le droit des sociétés en fait une notion centrale, là où le droit du travail a tout le mal du monde à l'envisager même si le Code de commerce n'en donne pas de définition claire, nonobstant L. 223-1 et suivants du Code de commerce qui énumèrent les critères caractérisant le contrôle d'une société sur une autre, source du groupe.

Le groupe de sociétés est un « *ensemble de sociétés ayant chacune une existence juridique distincte souvent constituée par une société-mère et une ou plusieurs filiales* »<sup>86</sup>. Unies par des liens capitalistiques, ces sociétés se trouvent bien souvent imbriquées ensemble dans une logique de mise en commun de leur activité et de complémentarité de ces dernières. Néanmoins le droit du travail peine à appréhender le groupe. La relation de travail est avant tout binaire, liant salarié et employeur : dépasser cette dualité en envisageant un groupe employeur, par exemple, revient à renverser cette notion fondamentale autour de laquelle s'est construit notre droit.

---

<sup>84</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », JCP S, 2010, p. 1407, spéc. n°11

<sup>85</sup> A. Mazeaud, « *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés, Aspects de droit du travail* », *op. cit.*

<sup>86</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant : « *Vocabulaire Juridique* », 11<sup>ème</sup> édition, p. 501

**72. Reconnaissance impossible.** La personnalité morale ne dépend en théorie que de la volonté de parties privées. Cette volonté est cependant bien souvent encadrée par l'Administration avec la nécessité de respecter des règles de fond et de forme pour la constitution de sociétés, associations, syndicats, etc<sup>87</sup>. En réalité, la reconnaissance de la personnalité morale d'un groupement dépend soit d'une disposition légale, soit d'une reconnaissance expresse par le juge.

Pour les groupes de sociétés cependant, plusieurs obstacles s'opposent à leur reconnaître la personnalité morale. Ainsi, L. 210-6 du Code du commerce ne confère la personnalité morale qu'aux sociétés immatriculées au registre du commerce et des sociétés, ce qui n'est absolument pas le cas pour le groupe. La théorie de la fiction, dictant que les personnes morales étant de purs produits de fiction juridique, leur existence ne peut être subordonnée qu'à une reconnaissance par une institution publique, s'oppose en conséquence à la reconnaissance d'une personnalité morale au groupe.

La théorie de la réalité pourrait cependant entraîner une admission par le juge de l'existence d'une personnalité morale du groupe. La jurisprudence, appliquant cette théorie, impose au groupement de personnes qu'il soit « *pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* » pour considérer que la personnalité morale soit reconnue, en l'espèce pour un comité d'établissement<sup>88</sup>. Néanmoins, cette théorie se heurte au refus de la jurisprudence de considérer que le groupe dispose d'un intérêt juridique propre : difficile en effet de déceler un intérêt qui dépasserait celui de ses membres. La jurisprudence rappelle donc que le groupe est « *dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter* »<sup>89</sup>.

Le groupe se situe donc à la lisière de la personne morale : il n'est en finalité qu'une mise en rang serré de sociétés, disposant chacune de leur propre personnalité morale, bien souvent au sein d'une organisation hiérarchique, dominées par la société-mère. Pour autant, le groupe ne dispose en l'état d'aucune personnalité morale.

**73. Tentative d'approche travailliste du groupe.** *In fine*, le Législateur et la jurisprudence de la chambre sociale sont venus apporter des assouplissements à cette absence de personnalité morale au moyen de coups de pinceau limités. Ainsi, d'après l'article L. 1233-4 du Code du travail, la recherche de poste de reclassement en cas de licenciement pour motif économique

---

<sup>87</sup> J. Carbonnier, « *Droit civil* », PUF, Tome 1, n°368

<sup>88</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 janvier 1954, D. 1954, 2, 217, note Levasseur

<sup>89</sup> Cass. com., 2 avril 1996, n°94-16.380

doit s'opérer dans les entreprises faisant partie du groupe auquel appartient l'employeur, dans la limite du territoire national.

De même, dans le registre des élections professionnelles, l'article L. 2313-8 du Code du travail permet par accord collectif ou décision de justice de reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale (UES), qui bien qu'étant dénuée de la personnalité morale, peut servir de niveau de mise en place des institutions représentatives du personnel. Une UES peut être instituée au niveau du groupe, mais l'on peut aussi y retrouver un comité de groupe, tel que prévu par l'article L. 2331-1 du Code du travail, énième niveau où peuvent exister les institutions représentatives du personnel.

Cependant, à aucun moment ces solutions n'amènent un dépassement de la notion de groupe. Le coemploi vise bien à adjoindre un nouveau débiteur à la relation contractuelle sans pour autant « céder à la personnification du groupe »<sup>90</sup>. Il ne dispose toujours pas de prérogatives propres, d'obligations à l'égard des salariés ou encore d'une personnalité morale distincte des sociétés qui le compose.

**74. Le coemploi comme pont entre les sociétés.** Le coemploi apparaît alors comme un moyen d'approcher le groupe, au-delà de l'entreprise unitaire, et de consacrer l'idée que l'employeur peut se retrouver considéré au niveau du groupe, sans pour autant amener le juge à traverser le Rubicon et à reconnaître le groupe comme étant une personne morale à part entière, susceptible d'avoir des dettes auprès des salariés<sup>91</sup>. Cette étape représenterait un bouleversement majeur : le coemploi est alors la moindre mesure ménageant le droit positif.

Néanmoins, dans la lettre de la jurisprudence, la notion de coemploi sociétaire ne met pas à mal l'impossibilité de reconnaître une personnalité morale au groupe. La jurisprudence ne mentionne jamais l'obligation pour les coemployeurs de se trouver dans le même groupe. Plus précisément, plusieurs sociétés au sein d'un groupe peuvent se voir qualifiées de coemployeurs, mais pas nécessairement toutes.

Il n'en demeure pas moins que pour certains auteurs, le coemploi apparaît bien comme une « *baguette magique* » permettant de considérer toute société-mère d'un groupe comme employeur des salariés de ses filiales<sup>92</sup>. Si le groupe n'a en effet pas de personnalité morale, la possibilité pour le salarié d'une filiale d'attirer à son litige la société-mère ou tout autre société

---

<sup>90</sup> N. Mathey, « *La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? - Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de coemploi* », JCP S 2014, n°25, p. 1262

<sup>91</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », *op. cit.*

<sup>92</sup> P. Morvan, « *Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses* », JCP S, 2011, n°11-12, p. 312

du groupe permet bel et bien de considérer que le licenciement ne s'opère plus dans l'entreprise, entre les parties au contrat de travail rompu, mais au niveau du groupe, entre des tiers qui disposent de liens capitalistiques, économiques et sociaux.

**75. Transition.** L'absence de personnalité morale du groupe fait écho à l'autonomie des personnes morales le composant, empêchant en théorie toute interaction entre les patrimoines de ces dernières.

## II : L'autonomie des personnes morales

**76. Séparation des personnes juridiques.** Les personnes morales membres d'un groupe de sociétés disposent d'un principe d'autonomie : elles sont juridiquement indépendantes, disposent chacune de leur propre patrimoine et en conséquence de leur propres créances et dettes. Impossible donc d'imputer normalement à une société les dettes qu'une autre a envers ses propres salariés.

On constate ici l'un des principaux obstacles à la consécration d'un coemploi sociétaire, ce dernier ayant pour conséquence de rendre le coemployeur solidaire des dettes que l'employeur a envers ses salariés.

De plus, en droit des sociétés, la société personne morale est censée agir comme « *un écran qui interdit aux tiers de voir ou prendre en considération les autres sujets de droit vivant [...] à l'intérieur de la société personnalisée* »<sup>93</sup>. Or le coemploi sociétaire permet justement d'attirer la société-mère, associée de la société qui est l'employeur des salariés. Cet associé se trouve alors qualifié d'employeur au même titre que sa propre filiale.

**77. Une autonomie réprouvée.** Cette autonomie est déjà sensible, le coemploi n'étant pas la seule atteinte à son intégrité. Difficile de ne pas concéder que la société-mère puisse se retrouver tenue par les dettes de sa filiale quand la première se retrouve à assurer la gestion économique et sociale de la dernière, quand la mère peut se retrouver mise en cause par un tiers qui a constaté la défaillance de sa filiale dans le cadre d'une relation commerciale<sup>94</sup>.

Dans une telle configuration, et même si le principe d'autonomie des personnes morales est rappelé au visa de l'article 1843 du Code civil ainsi que de celui de l'effet relatif des contrats, les juges du fond déclarent bien que la société-mère peut être tenue par les dettes de sa filiale.

---

<sup>93</sup> M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, « *Droit des sociétés* », LexisNexis, 31<sup>ème</sup> éd., 2018

<sup>94</sup> CA Bordeaux, 4<sup>e</sup> ch. civ., 25 avr. 2018, n°15/07687

Une telle situation n'est pas sans rappeler celle du coemploi : l'argument de l'autonomie des personnes morales, bien qu'existant, n'a pas le mérite d'être dénué d'assouplissements.

**78. Transition.** On peut tirer un argument bien plus convaincant, bien que n'étant pas juridique, du fonctionnement normal des groupes de sociétés.

### III : Le fonctionnement normal des groupes de sociétés

**79. Intrusion dans la vie normale des groupes.** Le coemploi est rapidement apparu comme étant la « *bête noire des groupes* »<sup>95</sup>, menaçant en effet l'organisation même des groupes. Ces derniers s'organisent comme il a été vu autour de liens plus ou moins profonds entre les sociétés : la menace de la reconnaissance d'un coemploi perturbe sans aucun doute ces liens.

L'influence de la société-mère sur ses filiales est à la source du groupe de société, ce dernier étant apprécié au vu du contrôle d'une société sur d'autres, et ce au moyen de liens capitalistiques ou de pactes d'actionnaires. Complexe dès lors de considérer que l'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre pourrait à elle seule mener à la qualification d'une situation de coemploi.

**80. Une intrusion à modérer.** Force est de constater que la fièvre qu'a provoquée les arrêts *Jungheinrich* et *Métaleurop* s'est vite dissipée devant l'absence de bouleversement des groupes de sociétés. Entre adaptation de la pratique à ce nouveau risque, et tempéraments opérés par la Cour de cassation, la notion s'est révélée bien moins influente qu'attendu, ayant même pour certains « *manquée son destin* »<sup>96</sup>.

Finalement, l'arrêt *Molex*<sup>97</sup> rassura la pratique : le coemploi ne peut être caractérisé qu'en se basant sur des liens allant « *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* ». Avant cet arrêt, on constatait déjà une certaine vigilance de la Cour de cassation qui censurait les juges du fond qui caractérisaient une situation de coemploi en s'appuyant sur la seule existence d'un groupe et de liens entre les sociétés<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> P.H. Antonmattei, « *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme !* », SSL 2011, n°1504

<sup>96</sup> M. Lafargue, « *Au cœur de paradoxes, le coemploi* », JCP S, 2018, n°29, p. 1253

<sup>97</sup> Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-15.208

<sup>98</sup> Voir à ce titre Cass. Soc., 25 septembre 2013, n°12-14.353

Cette nouvelle précision apportée en 2014 représentait la première correction de la notion de coemploi sociétaire, la Cour de cassation ayant constaté que les juges du fond en faisaient une application erronée.

**81. Transition.** Au-delà des obstacles se dressant devant le coemploi sociétaire, force est de constater que ces justifications théoriques, les notions qui pourraient fonder son régime, ne sont pas claires.

## **§2 : Justification pluridisciplinaires confuse**

**82. Plan.** Si les arguments que la pratique et la doctrine ont pu opposer au coemploi ont été dépassés par la Cour de cassation, il n'en demeure pas moins que les fondements même du coemploi sociétaire sont flous. Notion apparemment *sui generis*, la bonne application et la légitimité du coemploi sociétaire, appellent cependant une justification rigoureuse.

Comme exposé *supra*, l'objet de la notion est d'assurer aux salariés la bonne exécution des obligations dues en cas de licenciement pour motif économique, ou tout du moins la réparation escomptée en cas de manquement aux dites obligations, quand le licenciement trouve sa source dans l'action d'une autre société.

Cette quête du *solvens*, du « *solvable responsable* »<sup>99</sup>, répond en réalité à un impératif moral, de justice. C'est une solution d'équité, fondée sur le « *devoir de rendre à chacun le sien* » et la volonté de « *traiter inégalement des choses inégales* »<sup>100</sup>. Cependant, à l'inverse des systèmes de *Common Law*, le droit dit continental s'attache avant tout à rattacher des effets juridiques à un ancrage textuel. L'article 12 du Code de procédure civile dispose ainsi en son alinéa 1 que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » : pas d'équité ici, seulement une application des principes juridiques édictés.

Or, comme relevé dès les premiers arrêts du coemploi sociétaire, la notion ne présente pas de base claire, de fondement théorique solide, étant même qualifiée de possible « *instrumentalisation du droit du travail* » visant à pallier une « *insuffisance du droit commercial* » : l'impossibilité d'atteindre la société-mère dans le cadre d'une liquidation judiciaire<sup>101</sup>. C'est peut-être ce qui explique sa chute : sans tronc pour la soutenir, la notion de coemploi sociétaire ne pouvait que tomber.

---

<sup>99</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>100</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant : « *Vocabulaire Juridique* », 11<sup>ème</sup> édition, p. 412

<sup>101</sup> P.H. Antonmattei, « *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme !* », *op. cit.*

Il ne faut cependant pas considérer le coemploi comme étant une idée orpheline, sans inspiration. L'étude de possibles fondements civilistes (I), commercialistes (II) et travaillistes (III) peut amener des réponses, ou à défaut, mieux délimiter le coemploi sociétaire.

#### I : Fondements civilistes

**83. Plan.** Le droit civil, et plus particulièrement celui des obligations, est la première piste vers laquelle il convient de se tourner : quelle est la nature du lien qui unit le coemployeur et les salariés ? les coemployeurs entre eux ? La doctrine ne tombe pas d'accord quant à la nature du lien instauré par le coemploi : contractuel pour certains<sup>102</sup>, délictuels pour d'autres<sup>103</sup>.

A moins d'admettre que le coemploi est un quasi-contrat, ces questions vont suivre la logique bicéphale du droit des obligations : fondement contractuel (A) et fondement délictuel (B).

#### A : Fondement contractuel

**84. Immixtion dans le contrat.** Appréhender le coemploi comme une notion contractuelle amène à considérer le coemployeur comme un cocontractant des parties au contrat de travail. Il viendrait donc s'adjoindre à l'employeur de droit et serait, pour le salarié, un employeur au même titre que le premier, et ce en application du contrat de travail. L'attitude de la société-mère, son ingérence dans la gestion de sa filiale, justifie alors la qualification de « *cocontractant de fait* »<sup>104</sup>. *In fine*, pour être partie au contrat il faut être consentant, il suffit de démontrer une volonté, expresse ou tacite, d'être gouverné par ledit contrat. Volonté qui, dans le coemploi sociétaire, serait caractérisée par l'immixtion de la société-mère dans la gestion des contrats de travail liant sa filiale.

Cette adjonction pourrait s'expliquer par l'intervention d'un tiers dans la relation de travail, par l'immixtion de ce dernier dans la relation entre employeur et salariés. Le procédé est reconnu par la jurisprudence : le tiers qui s'est immiscé dans le contrat de tiers y est rentré, qu'il le veuille ou non<sup>105</sup>. Les effets du coemploi, et la responsabilité solidaire des coemployeurs, démontrent bien que l'on considère que les coemployeurs sont placés au même

---

<sup>102</sup> A ce titre voir G. Auzero, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », JCP S 2013, p. 1440 et Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », JCP S, 2014, n°49, p. 1436

<sup>103</sup> A ce titre voir J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>104</sup> Y. Pagnerre, « *Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un coemploi* », JCP S, 2014, n°25, p. 1263

<sup>105</sup> Cass. Ass. Plen., 9 octobre 2006, n°06-11.056

niveau : ils n'ont pas une relation hiérarchique mais sont bien « co »-employeurs. L'employeur est légalement le cocontractant du salarié dans le cadre du contrat de travail : le terme n'est pas anodin.

**85. Effets concordants.** Au-delà du sens des noms, force est de constater que la jurisprudence donne au coemploi des effets qui s'assimilent à ceux d'une relation contractuelle : ainsi le coemployeur se retrouve par exemple tenu par l'obligation de reclassement qui ne pèse normalement que sur l'employeur.

Néanmoins, qualifier une notion en utilisant ses effets revient en droit à mettre la charrette avant les bœufs, et même si les effets du coemploi s'assimilent à ceux que produit le contrat de travail – et donc que les coemployeurs s'apparentent à des cocontractants – cela n'est pas suffisant pour fonder la légitimité de la notion.

**86. Conditions discordantes.** Considérer que cette adjonction du coemployeur au contrat de travail est valide au titre du droit contractuel est cependant contestable. On constate indubitablement que cette manœuvre soulève plusieurs problématiques, notamment quant à l'effet relatif des contrats.

En premier, elle s'opère nonobstant un principe fondateur du droit des contrats, incarné par l'adage latin *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*<sup>106</sup> et transposé en droit positif en l'article 1199 du Code civil : « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* », l'effet relatif des conventions. Le contrat est la loi des parties et n'a pas vocation à gouverner une personne juridique n'ayant pas consenti à ladite loi. La force obligatoire des contrats découle en effet du consensualisme, de la volonté de se voir juridiquement obligé. Sans consentement, sans volonté d'être tenu, point de convention, même si certains auteurs avancent que la partie a tacitement consentie au contrat en s'immisçant dans ce dernier<sup>107</sup>.

Il devient complexe d'admettre que le coemployeur puisse être considéré comme une partie au contrat, en tant qu'employeur, aux côtés des parties originelles au contrat. De plus, le contrat spécial qu'est le contrat de travail pose lui aussi des problèmes. En effet, le coemployeur au sens du coemploi sociétaire n'a pas toujours un lien de subordination juridique avec les salariés de l'employeur de droit. Si pour certains auteurs, cela ne pose pas de problèmes, étant donné qu'il « *n'est nullement nécessaire de démontrer à l'égard du cocontractant de fait la réunion des critères du contrat en discussion dès lors qu'il ne fait que s'intégrer dans une*

---

<sup>106</sup> La chose convenue entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres

<sup>107</sup> Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », *op. cit.*

*relation préexistante*»<sup>108</sup>, pour d'autres cela demeure un obstacle majeur à la justification du coemploi<sup>109</sup>.

La jurisprudence de la Cour de cassation a dès l'arrêt *Métaleurop* écarté la nécessité de caractériser un lien de subordination juridique individuel entre le coemployeur et les salariés. Cette condition mise à l'écart<sup>110</sup>, rattacher le coemploi sociétaire au contrat de travail, à l'*instrumentum stricto sensu*, semble malaisé. Le lien contractuel entre coemployeur et salariés de l'employeur de droit n'est pas une évidence.

**87. Groupe de contrats.** Le Professeur Teyssié avait dans sa thèse explicité les difficultés soulevées par les groupes de contrat<sup>111</sup>. Il y relève deux types de groupe : les chaînes de contrat et les ensembles de contrats. Les premières sont des additions de contrats, unissant par exemple le fabricant d'un produit à l'acheteur final de ce dernier. Les ensembles de contrats eux peuvent être des regroupements de contrats indépendants – en somme une mise en commun des moyens contractuels – ou encore un contrat principal autour duquel orbite d'autres contrats rattachés à lui dans un lien de dépendance unilatérale, tel que la garantie d'un prêt.

Le coemploi sociétaire est-il un ensemble de contrats ? On retrouve ici aussi les problèmes soulevés quant à l'effet relatif des contrats, déjà relevés par le Professeur Teyssié dans sa thèse : comment s'assurer que toutes les parties à l'ensemble de contrats ont bien consenties aux dits contrats et aux effets conférés ? On retombe ici sur les limites évoquées plus haut.

**88. Transition.** Le fondement contractuel du coemploi sociétaire est donc un sujet contentieux. Qu'en est-il d'un lien délictuel ?

#### B : Fondement délictuel

**89. Plan.** Le dualisme du droit des obligations amène, à défaut de retenir la responsabilité contractuelle du coemployeur, à se demander s'il n'est pas responsable au titre du droit de la responsabilité délictuelle.

Seront étudiées la responsabilité du fait personnel (1) et du fait d'autrui (2).

---

<sup>108</sup> Y. Pagnerre, « *Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un coemploi* », *op. cit.*

<sup>109</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>110</sup> Voir à ce titre Cass. Soc., 3 mai 2012, n°10-27.461

<sup>111</sup> B. Teyssié, « *Les groupes de contrat* », LGDJ 1975

## 1 : Responsabilité du fait personnel

**90. Application du droit commun.** La société-mère, par sa gestion, ses actions, cause un préjudice aux salariés qui sont, en vertu de l'article 1240 du Code civil, en droit de demander des dommages-intérêts. Application tout à fait classique du droit de la responsabilité du fait personnel : le tiers à un contrat, le coemployeur, commet une faute qui empêche les cocontractants de mener à bout leur relation, cette faute entraîne un droit à réparation pour les parties lésées, ici le salarié.

L'avantage de cette application du droit commun repose dans sa simplicité théorique : plus besoin de s'encombrer des considérations quant aux liens entre coemployeur, employeur de droit et salariés. Tout s'opère autour des notions de préjudice, faute et lien de causalité.

**91. *Specialia generalibus derogant***<sup>112</sup>. Néanmoins cette simplicité met en exergue une évidence : pourquoi consacrer une notion spéciale, avec ses propres critères (de la triple immixtion à la perte d'autonomie aujourd'hui), alors que le droit commun existe ? La volonté de la Cour de cassation était bien de consacrer une notion spéciale, visant à dépasser le droit commun. Ce régime spécial se doit donc de déroger au droit commun. Impossible de considérer l'article 1240 du Code civil comme seul fondement du coemploi sociétaire.

En effet la recherche de l'immixtion de la société-mère n'amène pas à considérer les éléments constitutifs de la responsabilité du fait personnel : faute, préjudice et lien de causalité<sup>113</sup>. Pour le Professeur Jean-François Cesaro, la responsabilité délictuelle de droit commun peut apporter de la légitimité au régime du coemploi, notamment avec sa conception de la faute<sup>114</sup>. Au-delà de l'immixtion d'une société-mère dans la gestion de sa filiale, il faudrait que cette immixtion soit révélatrice d'une faute de la société-mère. Cet ajout serait en accord avec la logique du coemploi sociétaire, visant à sanctionner des pratiques préjudiciables pour les salariés. La société-mère ne peut ignorer que ses actions peuvent avoir des conséquences sur les salariés de sa filiale : si ces actions ont des conséquences sur la viabilité de la filiale alors les salariés seraient fondés à agir.

On aurait par le fait même un renforcement de « *l'élément intentionnel* »<sup>115</sup>, c'est-à-dire de la volonté de la société-mère de causer la chute de sa filiale, pour quelque raison que ce soit. Cette faute délibérée serait complexe à démontrer, et la simple faute d'abstention d'une société-

---

<sup>112</sup> Les lois spéciales dérogent aux lois générales

<sup>113</sup> G. Auzero, « *La nature juridique du lien de coemploi* », SSL, n°1600/2013

<sup>114</sup> J.-F. Cesaro, « *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* », *op. cit.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

mère qui laisse sa filiale seule face à ses difficultés économiques ne tient pas, la chambre commerciale ayant admis qu'il n'existait pas d'obligation pour la société-mère de financer ses filiales<sup>116</sup>. Cela ajouterait de plus une énième condition au coemploi sociétaire, qui comme il a été vu est bien souvent mal appliqué par les juges du fond, au vu des corrections opérées par la Cour de cassation.

De plus, il reviendrait aux salariés de prouver que leur action est bien distincte de celle opérée en contestation de leur licenciement et que l'indemnisation demandée n'a pas déjà été couverte par l'indemnité de licenciement.

**92. Transition.** Au-delà de la responsabilité pour fait personnel, la responsabilité du fait d'autrui peut intéresser le coemploi.

## 2 : Responsabilité du fait d'autrui

**93. Spectre du régime général de la responsabilité du fait d'autrui.** L'article 1242 alinéa 1 du Code civil dispose que l'on « *est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». L'arrêt *Blieck* a déduit de cette formule un régime général de la responsabilité du fait d'autrui, à partir du moment où une personne dont on doit répondre cause un dommage.

Néanmoins, si cette théorie est avancée comme une piste de réflexion<sup>117</sup>, l'application semble malaisée : considérer que la société-mère doit répondre des agissements de ses filiales – et ce de manière générale donc en dehors des mécanismes d'exception propres au droit des sociétés – reviendrait à mettre en doute la notion d'autonomie des personnes morales au sein du groupe.

**94. Inapplicabilité du régime du préposé.** L'article 1242 du Code civil prévoit aussi la responsabilité des commettants quant aux dommages causés par leur préposé. Il est alors tentant de considérer la filiale comme le préposé de la société-mère : les dommages causés par la première aux salariés seraient donc réparables par la dernière.

---

<sup>116</sup> Cass. Com., 26 mars 2008, n°07-11.619

<sup>117</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

Néanmoins, cela nécessiterait une extension de la notion de préposé, ce que le Professeur Jean-François Cesaro estime peu probable depuis l'avènement de la notion de régime général de la responsabilité pour autrui<sup>118</sup>.

**95. Transition.** En somme, la nature délictuelle semble peu à même de servir de fondation au coemploi. Se rattacher à une nature contractuelle amène celui qui étudie le coemploi à s'intéresser à un contrat au centre de ces questions : le contrat de société.

## II : Fondements commercialistes

**96. Plan.** Le coemploi sociétaire à vocation à s'appliquer au sein des groupes et s'identifie selon les rapports entre deux sociétés, il n'est alors pas surprenant de voir que ses fondements trouvent en partie leurs origines dans des notions du droit des sociétés.

Le coemploi sociétaire peut en effet s'expliquer par la théorie de l'apparence (A) et l'abus de personnalité morale (B).

### A : Théorie de l'apparence

**97. Écran sociétaire.** La théorie de l'apparence consiste à considérer que la société-mère puisse être tenue par les dettes de sa filiale si le créancier de cette dernière pensait également contracter avec la société-mère, même si la partie identifiée sur l'*instrumentum* était la filiale seule. Aussi cela se caractérise quand la société-mère s'est immiscé dans la conclusion, l'exécution et la rupture du contrat<sup>119</sup>.

Quand le créancier de la filiale arrive à prouver ces éléments, il peut demander l'exécution de sa créance auprès de la société-mère. Les similitudes avec le coemploi sont frappantes : on a une immixtion dont découle l'instauration d'une apparence de liens étroits entre les entités, se traduisant par la possibilité pour le salarié d'atteindre la société-mère pour demander l'exécution des obligations pesant normalement seulement sur l'employeur de droit.

Pour certains auteurs, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation en termes d'immixtion de tiers dans une relation contractuelle<sup>120</sup>, c'est bien avec cette apparence que le coemploi sociétaire trouve sa justification juridique<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Cass. Com., 5 février 1991, n°89-12.232

<sup>120</sup> A ce titre, voir Cass. com., 3 février 2015, n° 13-24.895, pour la caractérisation d'une apparence trompeuse dans le cadre d'un partenariat commercial.

<sup>121</sup> Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », *op. cit.*

**98. Limites quant au détenteur de l'action.** Néanmoins, il appartient à celui qui veut démontrer l'apparence d'apporter la preuve de sa croyance légitime quant à la volonté de la société-mère de contracter avec lui<sup>122</sup>. L'action est donc individuelle. Or il a été vu que le coemploi sociétaire est fondamentalement collectif : il vise à démontrer l'immixtion d'une société dans la gestion sociale et économique d'une autre, et ce de manière globale et non pas seulement par rapport à la vision d'un seul salarié.

Certains auteurs considèrent que cette action aurait pour conséquence de forcer le salarié à rechercher un lien de subordination vis-à-vis de la société-mère, alors que depuis l'arrêt *Mollex*, ledit lien de subordination est expressément écarté des critères de caractérisation de coemploi sociétaire<sup>123</sup>.

**99. Transition.** Ces mêmes auteurs considèrent que la théorie de l'abus de la personnalité morale constitue une base plus favorable au coemploi sociétaire.

#### B : Abus de personnalité morale

**100. Similitudes.** L'abus de personnalité morale suppose l'existence d'une fiction, une société totalement vide et dénuée de volonté propre, manipulée par une autre qui en est le véritable maître d'affaire. Le caractère frauduleux de l'opération n'est pas obligatoire, la simple fictivité est requise<sup>124</sup>.

Certains auteurs avancent en conséquence que cette notion est applicable aux cas de coemploi<sup>125</sup>. Les deux notions semblent en effet similaires dans leurs effets. L'employeur de droit est alors la société fictive, tandis que le coemployeur est le maître d'affaire.

**101. Sanctions discordantes.** L'effet de l'abus de personnalité morale est la nullité de la société fictive. Or la caractérisation d'une situation de coemploi n'entraîne en aucun cas la nullité de la société de l'employeur de droit.

Néanmoins, il pourrait être considéré que la sanction ici est l'inopposabilité. Dans son arrêt *Franck*, la Cour de cassation est bien venue affirmer qu'en matière de procédure collective, la sanction de la fictivité de la société n'était pas la nullité mais l'inopposabilité.

---

<sup>122</sup> J.C. Hallouin, E. Lamazerolles, A. Rabreau, « *Sociétés et groupements* », D. 2015, 2401

<sup>123</sup> G. Auzero, « *Coemploi : en finir avec les approximations !* », Rev. trav. 2016, 27

<sup>124</sup> P. Morvan, « *Les restructurations en droit social* », LexisNexis, 4<sup>ème</sup> éd., 2017, n°1498

<sup>125</sup> G. Auzero, « *La nature juridique du lien de coemploi* », op. cit.

Dans ce cas, les salariés pourraient encore se prévaloir de leur créance auprès de la société fictive, employeur de droit, et du maître d'affaire, coemployeur.

Il serait alors argumenté que le contrat de société est une contre-lettre, dans le cadre d'une conception large de la notion de simulation et d'acte ostensible, contre-lettre qui pourrait être opposée à ses parties<sup>126</sup>.

On retrouve ici les débats autour de la nature contractuelle ou délictuelle du coemploi : comment attirer la société tierce à la relation instaurée par le contrat de travail ? Cette exigence justifiée par un besoin d'équité trouve difficilement une justification théorique.

**102. Transition.** Le droit du travail est souvent présenté comme désarmé face au groupe, il n'en demeure pas moins qu'il existe des mécanismes s'apparentant au coemploi.

### III : Fondements travailistes

**103. Plan.** Dépasser la personne morale n'est pas chose inconnue en droit du travail. La nécessité d'assurer une représentation adéquate des salariés au sein des institutions représentatives du personnel amène le Législateur et le juge à dépasser la société personne morale pour appréhender le groupe sans le dire.

Aussi, l'unité économique et sociale (A) et le droit social européen (B) peuvent présenter des pistes envisageables comme fondements du coemploi.

#### A : L'unité économique et sociale

**104. Riposte.** L'unité économique et sociale (UES) est souvent présentée comme une « *riposte* »<sup>127</sup> face aux pratiques frauduleuses d'employeurs qui, pour éviter l'instauration d'institutions représentatives du personnel au sein de leur entreprise, multipliait les personnes morales afin de demeurer en deçà des seuils d'effectifs légaux.

Ces manœuvres furent d'abord sanctionnées par la jurisprudence dans les années 1970. Se basant en premier sur la fraude<sup>128</sup>, la jurisprudence a rapidement dégagé la notion d'UES afin de contrecarrer ces montages juridiques<sup>129</sup>. Cette création jurisprudentielle fut légalement consacrée par les lois Auroux de 1982.

---

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> A. Arseguet, « *Droit du travail, droit décapant : à propos du coemployeur* », *op. cit.*

<sup>128</sup> Cass. Soc., 8 juin 1972, n°71-12.860

<sup>129</sup> Cass. Soc., 19 décembre 1972, n°72-60.088,

Une formule synthétique des conditions de l'UES peut se trouver dans la jurisprudence, cette dernière demande une unité économique, caractérisée par une unité de direction, une communauté de moyen, d'intérêts et d'activité, ainsi qu'une unité sociale, caractérisée notamment par une communauté de travailleurs bénéficiant de conditions de travail similaires.

On constate bien une similitude entre le coemploi et l'UES : l'idée est bien d'étendre l'entreprise au-delà de ses propres limites afin d'englober une réalité économique et sociale, ce que le coemploi vise au vu de ses conditions d'immixtion dans la gestion économique et sociale. De plus, la logique de l'UES se retrouve dans le coemploi : la notion se présente comme une « riposte » aux manœuvres d'employeurs, de la même manière que le coemploi est une riposte aux manœuvres au sein des groupes de société, manœuvres qui causent grief aux salariés étant licenciés suite à la chute de la filiale, alors que la société-mère qui était impliquée dans la gestion de cette dernière est bien solvable.

**105. Limites.** Les similitudes s'arrêtent cependant là. La notion d'UES représentait une boutée précise, limitée à l'élection des représentants du personnel : sa justification demeure bien dans la volonté d'assurer une représentation fidèle aux conditions matérielles de travail, aux enjeux sensibles aux représentants du personnel.

L'UES a bien été limitée par la Cour de cassation, aussi il est clairement affirmé que *la Cour de cassation a marqué sa volonté de maintenir l'UES dans le cadre de la seule représentation du personnel* »<sup>130</sup>.

De plus, là où l'UES vise à appréhender des situations de communauté d'intérêts, le coemploi vise à englober des cas de confusion d'intérêts<sup>131</sup>. Les deux notions sont bien similaires, mais la simple similitude ne suffit pas à consacrer l'UES comme fondement du coemploi. De plus, rapprocher les deux notions reviendrait à étendre le coemploi de manière excessive : cela signifierait que toutes les entités se trouvant intégrées dans une UES seraient susceptibles de se voir qualifiées de coemployeurs, avec tous les effets qui en découlent. Cette extension dépasse totalement le propre du coemploi qui est d'être une sanction exceptionnelle.

**106. Transition.** Le droit social européen peut lui aussi apporter des pistes de réflexions.

## B : Droit social européen

---

<sup>130</sup> L. Pécaut-Rivolier, « *L'UES a franchi le gué* », SSL 2011, n°1472

<sup>131</sup> G. Auzero, « *Coemploi : en finir avec les approximations !* », *op. cit.*

**107. Vision étendue.** La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) définit l'employeur comme étant « *la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération* »<sup>132</sup>.

La notion de direction pourrait ici servir le coemploi : il pourrait aussi être possible de considérer que la société-mère, coemployeur, est cette personne sous la direction de laquelle s'orchestre l'accomplissement de la prestation du salarié de la filiale. La vision du droit européen semble en effet plus large que la notion française de lien de subordination juridique.

**108. Application restreinte.** Cependant, la notion d'employeur au sens du droit européen est strictement encadrée par la CJUE. Aussi, dans le cadre de groupes de sociétés, même si la décision stratégique de procéder à des licenciements émane d'une société-mère, le point de départ de l'obligation d'information-consultation des représentants du personnel se trouve au moment où la filiale concernée par les suppressions d'emplois est identifiée, et se limite à cette dernière<sup>133</sup>.

Il est bien rappelé qu'il existe une séparation entre les sociétés membres du groupe. Même si la décision de licencier est prise à un niveau dépassant la société unitaire, les obligations sont limitées aux sociétés étant bien qualifiées d'employeurs des salariés. Cette solution vise bien à s'appliquer aux groupes de sociétés et prend en compte les spécificités de ces derniers, les filiales concernées par les licenciements n'étant pas toujours directement connues au moment de la prise de décision<sup>134</sup>.

Si la Cour de cassation a pu faire référence au droit européen lors des débuts du coemploi sociétaire<sup>135</sup>, la CJUE, alors CJCE, rappelle bien que « *l'entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur* »<sup>136</sup>. C'est une limite claire à la notion de coemploi, le droit européen n'apporte donc pas de notions qui pourraient aider à définir le coemploi.

**109. Transition.** L'étude de ces diverses notions n'apporte pas de réponses claires. Le coemploi est et demeure une notion obscure, mal délimitée, aux fondations confuses. Pour le Professeur Morvan, essayer de rattacher le coemploi à une notion préétablie est illusoire, il

---

<sup>132</sup> CJCE, 30 mars 2006, *Mattern et Cikotic*, aff. C-10/05

<sup>133</sup> CJCE 10 septembre 2009, *Akavan et a. c/ Fujitsu Siemens Computers*, aff. 44-08

<sup>134</sup> E. Jeansen, « *Obligation d'information et de consultation des représentants du personnel dans les groupes d'entreprises* », JCP S, 2009, n° 44, p. 1493

<sup>135</sup> Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42.570

<sup>136</sup> CJCE 10 septembre 2009, *Akavan et a. c/ Fujitsu Siemens Computers*, aff. 44-08, §58

avance plus précisément que « *la théorie des coemployeurs est dotée d'un régime propre qui est irréductible à toute autre institution juridique et le juge, à la différence de la doctrine, ne se soucie pas de ranger ses constructions prétoriennes dans la taxonomie des grandes notions du droit* »<sup>137</sup>.

La critique fait fine mouche, mais il demeure que la réception hostile par une partie de la doctrine de la notion de coemploi peut bien s'expliquer par cette absence de bases solides. C'est avant tout la légitimité du coemploi qui en souffre, ainsi que la clarté et l'étendue du régime applicable aux questions connexes au coemploi.

L'absence de précision finit cependant par sortir des pages des revues juridiques et va atteindre la création jurisprudentielle. La Cour de cassation a vite constaté la faiblesse du coemploi sociétaire et, en réaction, a élevé la responsabilité délictuelle comme alternative au coemploi. De même, le Conseil d'Etat sanctionnait une autre notion alternative : le « véritable employeur ».

## **Sous-section 2 : Les alternatives au coemploi sociétaire**

**110. Éluder le coemploi.** Le coemploi est décrié depuis les arrêts *Aspocomb* et *Métaleurop*. Comme il a été vu *supra*, rattacher le coemploi à des notions préexistantes est complexe, ce qui réduit sa légitimité et amplifie ses critiques.

L'objet du coemploi est simple à constater : assurer aux salariés une réparation en cas d'inexécution des obligations de l'employeur lors d'un licenciement pour motif économique au sein d'une filiale, décidé de facto par la société-mère. Mais impossible de se rattacher uniquement à cette bonne intention pour justifier juridiquement la violation des règles se dressant sur le chemin du coemploi.

La Cour de cassation a rapidement réalisé que sa création jurisprudentielle n'était que géant aux pieds d'argile, certains auteurs avançant que le coemploi était « *devenu indomptable, la créature ayant échappé à son créateur* »<sup>138</sup>. L'arrêt *Molex* a restreint ses conditions de qualification en admettant que les actes nécessaires à la gestion normale des groupes ne pouvaient pas caractériser une immixtion d'une société mère dans la gestion de sa filiale, et de manière concomitante, la Cour de cassation ouvre la possibilité d'agir sur la base d'une action extracontractuelle pour remplir le même objectif que le coemploi.

---

<sup>137</sup> P. Morvan, « *Restructurations en droit social* », LexisNexis, 4<sup>ème</sup> éd., n°1537

<sup>138</sup> G. Loiseau, « *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle* », *op. cit.*

**111. Divergences entre juges du droit.** Si côté Cour, le coemploi n'est pas abandonné malgré des corrections, côté Conseil, la notion n'a tout simplement pas été abordée. Le Conseil d'Etat a bien dû approcher de telles situations. Néanmoins il va préférer se rattacher à la notion de « véritable employeur » et non de coemploi.

Cette différence de position entre le juge du droit administratif et la Cour de cassation n'est pas anodine et dénote bien d'une divergence d'opinion quant aux fondements du coemploi, ainsi qu'à sa légitimité et ses conséquences.

**112. Nouveaux horizons.** Le recours à des notions alternatives au coemploi amène donc bien souvent à se baser sur des notions plus stables que ce dernier, avec des fondements théoriques acceptés afin d'assurer la stabilité de cette alternative.

Néanmoins, une autre voie, bien plus incertaine, peut s'ouvrir aux juges : la consécration d'une solution inédite, ne se retrouvant pas dans l'ordonnement légal actuel. Évidemment, c'est ce que le coemploi sociétaire était à son origine : une notion à *priori* orpheline, sans bases théoriques sûres, il n'en demeure pas moins que d'autres solutions ne devraient pas être écartées.

Le Professeur Supiot faisait bien remarquer que le lien de subordination juridique était dépassé face aux nouveaux liens qui apparaissent. La Révolution Industrielle avait entraîné la consécration par la Cour de cassation du lien de subordination juridique comme critère du contrat de travail en lieu et place de la dépendance économique<sup>139</sup>. Néanmoins, les avancées des techniques juridiques ont entraîné une dilution de ce lien de subordination juridique. De la même manière que l'UES était un moyen de contrer le morcellement des personnes morales pour éluder la mise en place des institutions représentatives, le coemploi était une riposte du droit du travail face à des pratiques propres aux groupes de société qui visaient à diluer ce lien. Envisager les obligations des employeurs à l'égard des salariés en dépassant le lien de subordination juridique serait bien une piste envisageable. Aussi, Grégoire Duchange mentionne la possibilité de dépasser les conceptions traditionnelles du droit du travail – notamment le lien unique entre salarié et employeur personne morale – pour envisager un « *lien d'entreprise* », plus global et collectif, ces conceptions traditionnelles apparaissant parfois comme insuffisantes « *au regard de l'impératif de justice qui doit conduire le législateur comme le juge* »<sup>140</sup>. Ces solutions restent évidemment hypothétiques, ces dernières demandant

---

<sup>139</sup> A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », DT 2000, p. 131

<sup>140</sup> G. Duchange, « *Le coemploi réduit à "l'immixtion permanente" : explications prétoriennes et perspectives à venir* », *op. civ.*

une création *ex nihilo* de la part du juge et un renversement de principes en place depuis maintenant presque 90 ans.

**113. Plan.** En somme, l'alternative privatiste (§1) et l'alternative publiciste (§2) au coemploi sociétaire sont d'autres pistes de réflexion pouvant aider à comprendre au mieux la notion.

### **§1 : Alternative privatiste : l'action en responsabilité civile de l'actionnaire**

**114. Méthode.** Par deux arrêts *Sofarec* du 8 juillet 2014<sup>141</sup>, la chambre sociale précise que la légèreté blâmable de la société-mère qui cause la déconfiture de sa filiale constitue une faute sur la base de laquelle les salariés peuvent agir pour obtenir réparation d'un préjudice distinct de ceux qui « *pourraient être reprochés à l'employeur en ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou de l'obligation de reclassement* »<sup>142</sup>.

Il pourrait être avancé que les deux décisions ont été rendues en même temps que l'arrêt *Molex* dans un acte de pure coïncidence, en effet la Cour de cassation avait déjà affirmé cette position dans un arrêt de 2007<sup>143</sup>. Néanmoins, que la chambre sociale, en l'espace d'une semaine, verrouille les conditions de caractérisation du coemploi, avant d'ouvrir une action parallèle visant à obtenir les mêmes résultats que ce dernier, amène logiquement à considérer que la Cour de cassation aménage une alternative au coemploi. Cette position fut réaffirmée de manière claire par quatre arrêts rendus en mai 2018<sup>144</sup>.

**115. Finalité.** L'objectif de cette action est d'atteindre l'actionnaire de la filiale, qui bien souvent est la société-mère détenant la majorité des titres. Différents mécanismes, mêmes buts. Les juges du Quai de l'Horloge, par les arrêts *Sofarec*, ont semble-il décidé d'hâter la succession du coemploi, prince noir des groupes de sociétés, afin de faire monter sur le trône un dauphin plus docile, plus traditionnel et qui n'embarrasserait pas dans les salons.

Or, comme il a été relevé par certains auteurs, si la finalité de cette action civile demeure la sanction des abus de domination au sein des groupes, passer d'un mécanisme à un autre pour

---

<sup>141</sup> Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.470 et n° 13-15.573

<sup>142</sup> Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.470

<sup>143</sup> Cass. soc., 27 novembre 2007, n°06-42.746

<sup>144</sup> Cass. soc., 24 mai 2018, n°17-12.560 ; 16-22.881 ; 16-18.621 ; 17-15.630 ; étant noté que le pourvoi n°17-15.630 portait sur le renvoi de l'arrêt *Métaleurop* devant les juges du fond, qui avait en 2011 institué le coemploi sociétaire. Ici la Cour de cassation revient sur sa position de 2011 et refuse de caractériser le coemploi alors que les faits n'ont pas évolué. Signe clair – s'il en faut un – du retournement jurisprudentiel qu'a connu le coemploi sociétaire en l'espace de 7 ans.

atteindre ces abus n'efface pas certaines problématiques liées à la nature même du groupe de société et de son fonctionnement<sup>145</sup>.

**116. Plan.** Cette action présente donc les mêmes caractéristiques qu'une action civile extracontractuelle (I), un objet similaire (II) et ce avec un régime logiquement bien différent de celui d'une action liée au contrat de travail (III).

#### I : Caractérisation de la responsabilité civile de l'actionnaire

**117. Résurgence.** On est ici face à un cas de néoclassicisme. Telles les élites européennes du tournant du XVIIIe et du XIXe siècle, redécouvrant les arts antiques et les érigeant en modèle de simplicité et d'art de vivre face à l'exubérance du baroque et du rococo, le juge redécouvre avec les arrêts *Sofarec* le mécanisme de la responsabilité civile extracontractuelle, fondation du droit civil français, et le brandit comme réponse au coemploi. Si pour certains cette évolution représente une véritable opportunité d'abandonner le coemploi pour revenir vers des valeurs sûres<sup>146</sup>, pour d'autres le danger ne fait qu'évoluer, « *les actionnaires n'éviteront le Charybde du coemploi que pour mieux subir le Scylla de la responsabilité civile* »<sup>147</sup>.

La responsabilité civile de l'actionnaire vise à sanctionner les manquements de l'actionnaire unique d'une société ayant entraîné la déconfiture de cette dernière, et ce dans le seul intérêt de ce dernier, en se basant sur l'article 1240 du Code civil. On retrouve bien ici la logique du coemploi, cette volonté de sanctionner la société-mère qui, par ses actions, a entraîné la mauvaise santé financière de sa filiale et les suppressions d'emploi subséquentes. La Cour de cassation n'a pas attendu le coemploi sociétaire pour approuver de telles actions<sup>148</sup>.

On retrouve ici, sous l'apparence de la responsabilité délictuelle, une position qui n'est pas inconnue en droit positif : celle de la sanction de l'abus de position dominante. Très présente en droit de la concurrence, on retrouve bien à l'article L. 420-2 du Code de commerce une prohibition de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique dans lequel pourrait se trouver une entreprise vis-à-vis d'une autre. Ou encore depuis la réforme du droit commun des contrats de 2016, on retrouve l'idée de vice de violence économique à l'article 1143 du Code civil. L'action civile contre l'actionnaire fautif suit cette logique de sanction d'un abus de position dominante, tout comme le coemploi sociétaire.

---

<sup>145</sup> G. Loiseau, « *Le coup de grâce* », JCP S 2018, n°22, actualités 167

<sup>146</sup> R. Dammann, S. François, « *Le coemploi : la fin de l'exception française ?* », BJS, n°04, p. 209

<sup>147</sup> F.X. Lucas, « *Coemploi et responsabilité de l'actionnaire* », BJS, n°10, p. 418

<sup>148</sup> Cass. soc., 26 septembre 2010 ; n°09-41.243

**118. Origine de la faute.** De nature délictuelle, on retrouve dans les éléments de qualification de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire les éléments classiques de la responsabilité extracontractuelle.

La faute dudit actionnaire est qualifiée dans la jurisprudence de « *légèreté blâmable* », cette dernière entraînant la déconfiture de la filiale et les suppressions d'emplois. Cette notion se retrouve pour l'appréciation des licenciements pour motif économique suite à une cessation totale et définitive de l'activité. Cette cessation d'activité est un motif autonome de licenciement, distinct de ceux liés aux difficultés économiques ou aux mutations technologiques, à partir du moment où elle est totale et ne concerne pas un seul établissement<sup>149</sup>. En conséquence, son application ne peut donner lieu à un examen par le juge du contexte économique entourant cette cessation. Si un groupe en bonne santé ordonne la fermeture d'un site, le juge ne peut pas apprécier la situation économique du groupe pour en déduire que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Constatant que cette position pouvait donner lieu à bien des abus, fondés sur une recherche de rentabilité au sein des groupes, le juge a limité cette dernière en consacrant la *légèreté blâmable*. On vise ici une pratique qui, bien qu'étant rare, cause un préjudice important aux salariés licenciés, mais aussi à l'AGS, qui reprend bien souvent la charge de l'organisation du plan social au sein de la filiale en liquidation judiciaire. L'exemple type est l'affaire *Sodimédical*, où une société-mère a organisé la mise en liquidation judiciaire de sa filiale afin d'éviter l'obligation de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, le tout validé par la chambre commerciale qui a appliqué le droit des entreprises en difficultés à la lettre, le juge ne pouvant refuser la demande de liquidation judiciaire en se basant sur le « mobile » de l'entreprise<sup>150</sup>. Bien qu'étant un motif réel et sérieux justifiant les licenciements, la cessation d'activité ne peut découler d'une *légèreté blâmable* de l'employeur, sous peine de voir les licenciements requalifiés par le juge comme étant sans cause réelle et sérieuse<sup>151</sup>.

La *légèreté blâmable* peut être qualifiée de « *constat de l'usage abusif d'un droit, d'un comportement peu conforme à celui d'un bon père de famille* »<sup>152</sup>. La faute est ici limitée. L'exception doit d'être encadrée et le juge ne retient la *légèreté blâmable* que lorsque l'attitude malhonnête ou la négligence grave de l'employeur sont les seules sources de la cessation d'activité.

---

<sup>149</sup> Cass. soc., 14 décembre 2005 n°04-40.396

<sup>150</sup> Cass. com., 3 juillet 2012, n°11-18.026,

<sup>151</sup> A ce titre voir, par exemple Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-44.647 et Cass. soc., 21 avril 2010, n°08-70.314

<sup>152</sup> P.H. d'Ornano, « *L'insoutenable légèreté de l'employeur* », JCP S, 2011, n°9, p. 1095

Aussi, la légèreté blâmable a pu être retenue dans un cas de remontée abusive de dividendes, la société-mère asséchant les finances de sa filiale<sup>153</sup> ou encore à l'occasion de décisions préjudiciables prises par la société-mère dans son seul intérêt<sup>154</sup>. Elle n'est pas nécessairement liée à la qualité d'actionnaire *stricto sensu*, la chambre sociale retenant la responsabilité d'une société « grand-mère », actionnaire indirecte de la filiale employant les salariés<sup>155</sup>.

**119. Application de la faute.** C'est cette légèreté blâmable que la Cour de cassation mobilise dans les arrêts *Sofarec*. La faute trouverait ici à se qualifier quand « *une décision contraire aux intérêts économiques de la filiale lui est imposée pour le seul profit de la société mère* »<sup>156</sup>. En appliquant la même logique que pour la cessation d'activité, il convient de démontrer une certaine retenue quand cette faute est envisagée : il ne s'agit pas de sanctionner toutes les décisions économiques de la société-mère, mais seulement les abus, ce qui relève du déraisonnable.

L'attendu d'un des arrêts *Sofarec* illustre cette position : la filiale, avait bien pris des décisions « *qui avaient aggravé la situation économique difficile de celle-ci, ne répondaient à aucune utilité pour elle et n'étaient profitables qu'à son actionnaire unique* », c'est-à-dire la société-mère. Ces décisions amènent la Cour de cassation à considérer que c'est effectivement la société-mère qui, par sa légèreté blâmable, a « *concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résulté* »<sup>157</sup>, ouvrant aux salariés la possibilité de demander réparation pour les préjudices subis.

Les termes utilisés par la Cour de cassation dans les arrêts *Sofarec* ne vont pas diverger par la suite de ceux utilisés par les juges du fond dans l'application qu'ils font de cette responsabilité civile de l'actionnaire : la légèreté blâmable exposée *supra* doit concourir à la déconfiture de l'employeur et donc aux suppressions d'emplois en découlant<sup>158</sup>. On retrouve bien ici un lien de causalité particulier : la légèreté blâmable doit entraîner une déconfiture de la filiale de laquelle découle les suppressions d'emplois.

Il faut néanmoins noter que cette action en responsabilité civile et le coemploi cohabitent sans problèmes apparent. Avant les arrêts *Sofarec*, la Cour de cassation avait déjà pu qualifier des situations de coemploi, impliquant également une légèreté blâmable de la société-mère,

---

<sup>153</sup> Cass. Soc., 24 mai 2018, n°17-12.560

<sup>154</sup> Cass. Soc., 24 mai 2018, n°16-22.881

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> G. Loiseau, « *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle* », *op. cit.*

<sup>157</sup> Cass. soc., 8 juillet 2014, n°13-15.573

<sup>158</sup> CA Douai, 31 janvier 2017, n°13/03934

actionnaire de sa filiale, ayant causé la déconfiture de cette dernière<sup>159</sup>. En pratique, il n'est pas rare de voir une action en reconnaissance du coemploi, suivi d'une action subsidiaire en responsabilité civile de l'actionnaire<sup>160</sup>.

**120. Inquiétudes des actionnaires.** L'actionnaire majoritaire et décisionnaire bénéficie en temps normal d'une certaine quiétude dans la gestion de la société, cette dernière agissant en tant qu'écran pour les personnes la contrôlant. Sa responsabilité ne peut être en théorie engagée qu'en suivant le régime de la faute du dirigeant à l'égard des tiers, exigeant de la part de ce dernier une faute détachable de ses fonctions, *i.e.* une faute intentionnelle et d'une particulière gravité<sup>161</sup>. Aussi, est exigée la caractérisation d'une qualifiée, grave, lourde, ou encore dolosive<sup>162</sup>.

A ce titre, la légèreté blâmable semble bien en deçà de ces standards de gravité, cette dernière pouvant découler de la négligence de l'actionnaire. Il est dès lors compréhensible d'appréhender une application trop large de la responsabilité civile de l'actionnaire. Néanmoins, le contrôle par la chambre sociale de la notion semble tenir : si elle n'hésite pas à sanctionner les actionnaires qui ont organisé la déconfiture de leur société<sup>163</sup>, elle écarte la responsabilité quand les décisions prises par l'actionnaire décisionnaire relevaient d'une gestion normale au vu de la situation économique de la filiale<sup>164</sup>.

Il ne demeure pas moins que le trouble entoure encore la notion de légèreté blâmable, certains auteurs déplorant le fait que les groupes de sociétés étaient « *pris en otage* » par une absence de qualification précise de la notion<sup>165</sup>. La vision de la chambre sociale de cette faute est moins exigeante que celle maintenue par la chambre commerciale en matière de faute des dirigeants et certains auteurs militent pour une convergence des deux régimes afin d'assurer un traitement égal de ces actions, qu'elles s'opèrent dans un cadre commercial ou social<sup>166</sup>. Pour un autre pan de la doctrine, cette immunité civile dont bénéficient les associés est contestable en soi, l'écartier est alors une bonne solution. Le Professeur Auzero avance ainsi que « *s'agissant des dirigeants sociaux et des préposés, dont on sait qu'ils en bénéficient également, elle peut s'expliquer par le fait qu'ils agissent pour le compte d'autrui ; ce qui n'est pas à*

---

<sup>159</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2011, n°10-30.045

<sup>160</sup> Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-22.881

<sup>161</sup> Cass. com., 10 février 2009, n°07-20.445, Cass. com., 18 février 2014, n°12-29.752

<sup>162</sup> F.X. Lucas, « *Coemploi et responsabilité de l'actionnaire* », *op. cit.*

<sup>163</sup> Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-22.881

<sup>164</sup> Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-18.621

<sup>165</sup> H. de Frémont, « *La sanction du comportement fautif via le prisme de la responsabilité* », L'essentiel, Droit des entreprises en difficulté, n°07, p.7

<sup>166</sup> J. Grangé, F.Aubonnet, F. Terroux-Sfar, « *Responsabilité civile, alternative au coemploi : l'étau se resserre !* », JCP E 2018, n°31-35, p. 1434

*proprement parler le cas des associés* »<sup>167</sup>. Il est à noter que la chambre sociale n'est pas la seule formation de la Cour de cassation rejetant la faute qualifiée de l'associé, la chambre criminelle la rejoint quand elle est amenée à apprécier un cas de responsabilité civile<sup>168</sup>.

**121. Transition.** Cette action vise à *a priori* à s'établir comme une alternative au coemploi, son objet est donc similaire.

## II : Objet de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire

**122. Dommages-intérêts.** Là où le coemploi vise à faire requalifier le licenciement pour motif économique en licenciement sans cause réelle et sérieuse, les coemployeurs n'ayant pas accompli leurs obligations légales découlant du licenciement, l'action en responsabilité délictuelle du salarié vise à obtenir le versement de dommages-intérêts suite à la perte de son emploi, en application de l'article 1240 du Code civil.

Le préjudice est ici caractérisé par la perte de l'emploi, avec toutes les demandes afférentes qui peuvent en découler, jusqu'à la perte de chance si elle est reconnue par le juge. C'est le juge ici qui va souverainement apprécier le montant de cette réparation.

**123. Limites.** Deux obstacles se dressent cependant sur la route des salariés souhaitant faire jouer la responsabilité de la société-mère : le préjudice subi se doit d'être distinct de celui réparé par l'indemnité de licenciement touchée, sous peine de contrevenir au principe de réparation intégrale. La formule utilisée par la Cour de cassation est non équivoque : l'action en responsabilité civile de l'actionnaire doit se baser sur la légèreté blâmable dudit actionnaire, sans pour autant que « *ces fautes se distinguent des manquements qui pourraient être reprochés à l'employeur en ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou de l'obligation de reclassement* »<sup>169</sup>.

Aussi, quid des salariés ayant déjà obtenu des indemnités suite à la reconnaissance d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ? Force est de constater que les indemnités versées à l'occasion de cette action semblent coïncider avec celles découlant de la perte d'emploi<sup>170</sup>. Pour certains auteurs néanmoins, des préjudices connexes pourraient être avancés par des plaideurs, de l'insuffisance des barèmes d'indemnisation à la perte de chance de bénéficier de l'épargne

---

<sup>167</sup> G. Auzero, « *À qui la faute ?* », SSL 2018, p. 1820

<sup>168</sup> Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-87.669 et 16-83.961

<sup>169</sup> Cass. soc., 8 mai 2014, n°13-15.470

<sup>170</sup> A. Fabre, « *Les vices et vertus de la responsabilité pour faute dans les groupes de sociétés* », Cah. Soc. 2016, n°289, p. 473.

salariale<sup>171</sup>, et servir de base à cette action en responsabilité civile dirigée contre la société-mère.

D'autres auteurs avancent que le préjudice constitué par la perte de l'emploi est contestable en soi : le lien causal entre la déconfiture de la filiale et la suppression des emplois risque d'être complexe à caractériser. Il faudrait en effet que, sans la légèreté blâmable de la société-mère actionnaire unique de sa filiale, cette dernière n'ait jamais été en cessation de paiements. Un tel lien causal semble complexe à établir<sup>172</sup>. De plus, si la perte d'emploi est bien retenue comme préjudice, ces mêmes auteurs avancent que le plafond des indemnités prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail trouverait à s'appliquer<sup>173</sup>. La perte de chance pour les salariés de bénéficier d'un PSE avantageux ou encore de conserver leur emploi semblent être des préjudices plus sensés que la perte d'emploi.

**124. Transition.** Le régime de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire suit les modalités classiques du droit de la responsabilité extracontractuelle.

### III : Régime de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire

**125. Compétence des juridictions de droit commun.** L'action en responsabilité civile de l'actionnaire est une action basée sur l'article 1240 du Code civil. En conséquence, son régime procédural diverge radicalement de celui d'une action liée au contrat de travail, que l'on rencontrerait classiquement dans le cadre d'une action liée à une demande de reconnaissance d'une situation de coemploi.

L'action en reconnaissance du coemploi reposant sur le contrat de travail, seul le conseil de prud'hommes est compétent pour la recevoir, en vertu de l'article L. 1411-1 du Code du travail. En découlent évidemment toutes les règles procédurales propres au contentieux prud'homal.

A l'inverse, l'action en responsabilité civile de l'actionnaire, même enclenchée par un salarié, ne repose en aucun cas sur le contrat de travail et répond aux règles de droit commun de la procédure civile. Elle doit donc être portée devant le tribunal judiciaire compétent en application de L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire. La Cour de cassation a ainsi pu dire que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent pour connaître une telle action, en

---

<sup>171</sup> Y. Pagnerre, « Une mère indigne », JCP S, 2018, n°29, p. 1252

<sup>172</sup> J. Grangé, F. Aubonnet, F. Terroux-Sfar, « Responsabilité civile, alternative au coemploi : l'étau se resserre ! », *op. cit.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

retenant « *qu'il n'était pas soutenu l'existence d'une situation de coemploi et que les demandes reposaient sur la responsabilité extracontractuelle de [la société-mère], la cour d'appel en a exactement déduit que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent* »<sup>174</sup>.

En effet, étant donné qu'il n'existe pas de contrat de travail entre les salariés de la filiale et son actionnaire, la société-mère, le conseil des prud'hommes n'est pas compétent. La Cour de cassation dégage deux situations : si l'action en responsabilité civile de l'actionnaire n'est qu'une demande subsidiaire dans le cadre d'une action en reconnaissance d'un coemploi et que la demande afférente au coemploi est rejetée, alors le conseil de prud'hommes reste compétent pour examiner cette responsabilité. A l'inverse, si la demande ne porte pas sur une situation de coemploi, alors ce sont les juridictions de droit commun qui sont compétentes pour connaître de cette action en responsabilité<sup>175</sup>. La position a encore été récemment affirmée<sup>176</sup> : sans contrat de travail sur lequel baser l'action, la juridiction prud'homale est incompétente.

C'est une démonstration qui ne peut souffrir de contestations juridiques. Néanmoins, la juridiction prud'homale est en théorie conçue autour des litiges travaillistes, le salarié qui porterait son litige devant une juridiction de droit commun perdrait *de facto* le bénéfice de cette institution particulière. En doctrine, certains avancent en renfort de cette volonté de rattacher l'action en responsabilité civile de l'actionnaire au conseil de prud'hommes un impératif de bonne justice. L'action trouve souvent à s'exercer dans des cas de liquidations judiciaires, il conviendrait alors pour le salarié d'exercer une action contre les organes de la procédure collective devant la juridiction prud'homale, suivie d'une seconde action devant les juridictions de droit commun afin d'atteindre la société-mère. Cette multiplication d'actions, pourtant étroitement liées, serait un poids supplémentaire sur la justice « *à une période où justement la Chancellerie veut raccourcir les délais de procédure et limiter les contentieux* »<sup>177</sup>.

**126. Articulation avec le régime des procédures collectives.** L'action en responsabilité civile de l'actionnaire a vocation à s'appliquer aux sociétés qui vivent leurs heures les plus sombres. Subissant la gestion fautive de la société-mère, la filiale dans la tourmente a de fortes chances de se retrouver impliqué dans une procédure collective, ses créanciers cherchant à s'assurer que leurs droits seront respectés. Le régime des procédures collectives implique cependant une forte modulation des moyens d'action de ces créanciers. L'organisation du

---

<sup>174</sup> Cass. soc., 13 juin 2018, n°16-25.873,

<sup>175</sup> D. Métin, « *Quelle compétence pour les actions en responsabilité extracontractuelle ?* », SSL 2019, n°1851

<sup>176</sup> Cass. soc., 22 janvier 2020, n°17-31.266

<sup>177</sup> *Ibid.*

remboursement des dettes de la société a un impact indéniable sur la possibilité pour les salariés d'agir sur cette base délictuelle.

L'article L. 622-21 du Code de commerce prévoit en effet que le jugement d'ouverture d'une procédure collective suspend ou interdit toute action de la part de créanciers visant à obtenir la condamnation du débiteur et le versement d'une somme d'argent ou la résolution d'un contrat pour inexécution. On voit bien que cette action en responsabilité n'est pas la « *voie royale* »<sup>178</sup> qui permettrait aux salariés d'obtenir réparation en cas de gestion fautive de l'actionnaire.

La Cour de cassation a ainsi jugé que les salariés ne pouvaient pas demander réparation au titre d'une perte de chance à l'actionnaire de leur employeur, ce dernier étant rentré dans une procédure collective et les poursuites individuelles étaient en conséquences devenues impossibles<sup>179</sup>. Le régime des actions dans le cadre des procédures collectives était cependant prometteur. La chambre sociale avait précédemment jugé que les créanciers d'un débiteur tenu par une procédure collective ne pouvaient agir contre un tiers que s'ils justifiaient d'un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers<sup>180</sup>. La chambre commerciale rejoignait cette position en affirmant que « *l'action en réparation des préjudices invoqués par les salariés licenciés, étrangère à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers, ne relevait pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan* »<sup>181</sup>. Néanmoins, faisant application stricte des textes en la matière, la Cour ne peut que considérer que si la société-mère est elle-même dans une procédure collective, l'interdiction des actions individuelles s'applique.

**127. Prescription quinquennale.** Le coemploi sociétaire s'articule autour de la rupture du contrat de travail et des demandes afférentes à cette rupture. Aussi, en application de l'article L. 1471-1 alinéa 2 du Code du travail, l'action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture.

L'action en responsabilité civile de l'actionnaire ne suit pas ce régime. Comme il a été vu, l'absence de contrat de travail comme base de l'action bouleverse totalement son régime processuel. Dès lors, appliquer l'article 2224 du Code civil, et la prescription quinquennale des actions mobilières, semble être la solution la plus logique.

---

<sup>178</sup> G. Auzero, « *À qui la faute ?* », *op. cit.*

<sup>179</sup> Cass. soc. 24 mai 2018, n°17-15.630

<sup>180</sup> Cass. soc., 14 novembre 2007, no 05-21.239

<sup>181</sup> Cass. com., 2 juin 2015, no 13-24.714

Néanmoins, comme pour la juridiction compétente pour connaître de ce litige, il convient de noter que certains auteurs avancent qu'un rattachement à la juridiction prud'homale de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire portée par un salarié servirait à clarifier le contentieux, en évitant les duplicatas d'actions mais aussi en clarifiant les délais applicables<sup>182</sup>.

**128. Transition.** Cette alternative privatiste révèle donc des incertitudes et n'a pas vocation à s'imposer de manière non équivoque comme un successeur au coemploi. Certains auteurs font ainsi remarquer que la responsabilité civile de l'actionnaire n'est pas une alternative appropriée au coemploi, étant limitée par le principe de réparation intégrale du préjudice<sup>183</sup>.

Néanmoins, elle n'est pas la seule voie auxiliaire envisagée par les juges. Le juge administratif a de son côté proposé une alternative au coemploi sociétaire.

## **§2 : Alternative publiciste : le véritable employeur**

**129. Compétence administrative.** La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a conféré à l'Administration un rôle majeur dans l'appréciation des « *grands licenciements collectifs* » de plus de dix salariés sur une période de trente jours. L'article L. 1233-57-1 du Code du travail dispose ainsi que l'employeur doit communiquer l'accord ou le document unilatéral prévoyant le PSE à l'autorité administrative compétente pour validation et homologation respectivement.

La compétence du juge administratif dans l'appréciation du PSE ne fait plus débat<sup>184</sup>, « *le contenu du PSE (conventionnel ou unilatéral), les décisions prises par l'Administration relatives à la procédure d'adoption du PSE, et la régularité de la procédure de licenciement collectif* » ne pouvant pas « *faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation* »<sup>185</sup>.

La question s'est cependant posée pour le coemploi : le juge administratif est-il compétent pour connaître d'une situation de coemploi, qui serait « *étranger au droit administratif* »<sup>186</sup> ? Pour certains auteurs il devait l'être, notamment à l'occasion de son examen d'un PSE<sup>187</sup>. Pour d'autres, la connaissance de ce litige relevait exclusivement des juridictions

---

<sup>182</sup> D. Métin, « *Quelle compétence pour les actions en responsabilité extracontractuelle ?* », *op. cit.*

<sup>183</sup> S. François, « *Du coemploi à la responsabilité civile : la mécanique se grippe* », Dr. Ouvrier, avril 2021, n°872

<sup>184</sup> Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-16.766

<sup>185</sup> A. Bugada, « *Appréciation du PSE : compétence exclusive du juge administratif* », Procédures 2019, n°1, comm. 15

<sup>186</sup> M. Carius, « *Personnes publiques et coemploi* », Dr. soc. 2017, p. 57

<sup>187</sup> G. Loiseau, note sous. Cass. soc., 30 septembre 2015, n°13-27.872, JCP S 2015, p. 1414

prud'homales et en aucun cas de la compétence de juge administratif<sup>188</sup>. Le Professeur Auzero a émis la supposition selon laquelle cette confusion initiale quant à la compétence ou non du juge administratif découlait de la confusion propre au coemploi sociétaire : comment raccrocher un régime processuel à une notion floue sans bases définies<sup>189</sup> ?

Le Conseil d'Etat a finalement précisé le rôle du juge administratif dans la reconnaissance du coemploi sociétaire dans un arrêt du 17 octobre 2016<sup>190</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, statuant en juge d'appel, devait traiter une question de coemploi soulevée par un comité d'entreprise dans le cadre d'une contestation de PSE. Selon l'argumentaire du rapporteur public, le juge administratif n'a pas à examiner une situation de coemploi étant donné qu'il n'a pas à examiner une rupture de contrat de travail : « *le PSE prévoit des licenciements mais il se situe en amont de la décision de licenciement elle-même - autrement dit de la décision de rupture du contrat. On ne se situe pas dans un cas où il est nécessaire d'identifier le ou les cocontractants réels du salarié, mais le périmètre dans lequel doit s'inscrire le PSE* »<sup>191</sup>.

Pour le Professeur Auzero, le Conseil d'Etat déclare que le moyen tiré de l'absence de prise en considération par l'Administration d'une situation de coemploi est inopérant, cette dernière n'ayant pas à considérer une telle situation dans le cadre de son contrôle du PSE<sup>192</sup>. Selon le Professeur Pagnerre, cette position s'explique plutôt par l'incompétence du juge administratif. L'utilisation par le Conseil d'Etat du terme « *inopérant* » dans l'analyse de l'arrêt d'octobre 2016<sup>193</sup> trahit une position basée sur une absence d'intérêt à soulever un moyen en cause, selon les développements du Professeur Poulet<sup>194</sup>. Ce moyen serait ici la reconnaissance d'une situation de coemploi : « *si le comité d'entreprise et les soixante-dix-sept salariés ont intérêt à agir contre la décision d'homologation ou de validation du PSE, ils ne peuvent pas invoquer à l'appui de leurs conclusions la théorie des coemployeurs car seul le juge judiciaire est compétent pour connaître de cette question et non l'administration* »<sup>195</sup>. Les deux auteurs se rejoignent cependant pour considérer que les notions de coemploi sociétaire et de véritable

---

<sup>188</sup> Y. Pagnerre, « *Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un coemploi* », *op. cit.*

<sup>189</sup> G. Auzero, « *Le coemploi sous le regard du juge administratif* », SSL 2017, n°1756

<sup>190</sup> CE, 17 octobre 2016, n° 386306

<sup>191</sup> S. J. Lieber, conclusions en tant que rapporteur public pour l'arrêt CE, 17 octobre 2016, n° 386306, SSL 2017, n°1756

<sup>192</sup> G. Auzero, « *Le coemploi sous le regard du juge administratif* », *op. cit.*

<sup>193</sup> CE, 17 octobre 2016, Analyse n° 386306

<sup>194</sup> F. Poulet, « *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français* », th. Paris II, LGDJ, 2017

<sup>195</sup> Y. Pagnerre, « *L'arlésienne des groupes de sociétés devant l'administration du travail (CE, 17 oct. 2016)* », JCP S 2017, n°5-6, p. 1038

employeur se ressemblent et tendent à se confondre, n'étant qu'une « *seule et même chose* »<sup>196</sup>, et partageant avant tout la même tendance à se restreindre dans leur application.

**130. Notion alternative.** Si le juge administratif n'est pas compétent pour examiner une situation de coemploi, il ne le demeure pas moins pour examiner la mise en place du PSE. Dans ce même arrêt du 17 octobre 2016, le Conseil d'Etat précise, après avoir écarté la possibilité pour le juge administratif de constater une situation de coemploi, que le contrôle doit porter sur la notion de « *véritable employeur* ». Pour reprendre l'argumentaire du rapporteur public de cet arrêt : « *il ne s'agit pas de savoir s'il existe deux coemployeurs, mais si la personne morale qui a établi le PSE n'est pas fictive, s'il s'agit bien de la bonne entité* ».

La notion de véritable employeur a été abordée *supra* quant à la logique du coemploi juridique, basé sur la fraude et la simulation. Ici cependant, le juge administratif écarte sciemment le coemploi pour considérer que, dans le cadre de son appréciation du PSE, l'Administration se doit de déceler un véritable employeur qui sera débiteur des obligations du PSE. Pas de critères précis énoncés dans cet arrêt, seulement des éléments sur lesquels le juge administratif ne peut pas se reposer pour qualifier le véritable employeur : des liens capitalistiques et l'état de domination qui en découle, l'incidence de la politique du groupe sur la gestion économique et sociale de la filiale, etc.

La notion est au final bien réaffirmée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>197</sup>, la juridiction suprême de l'ordre administratif rappelant que le coemploi ne serait être « *utilement invoqué* »<sup>198</sup> en contestation de l'homologation ou validation d'un PSE.

**131. Rapprochements.** La plus grande différence entre le coemploi sociétaire et la notion de véritable employeur réside dans sa finalité. Le coemploi a pour conséquence d'adjoindre un tiers à la relation contractuelle qui unit l'employeur à son salarié. Le véritable employeur désigne l'employeur unique se dissimulant derrière une personne fictive, qui au final sera nulle ou inopposable.

Le Professeur Auzero fait remarquer que, au nom de l'article L. 1233-57-3 du Code du travail, le PSE doit être établi au vu des moyens du groupe, et non de l'employeur isolé. Considérer que la société-mère au sommet du groupe doit être la société débitrice des obligations de mise en place du PSE est alors superflu, et on peut se demander de quelle manière elle pourrait faire plus que ce qui est prévu à l'article L. 1233-57-3. Il remarque cependant que

---

<sup>196</sup> G. Auzero, « *Le coemploi sous le regard du juge administratif* », *op. cit.*

<sup>197</sup> CE, 3 mai 2017, n°389536

<sup>198</sup> CE, rapport public, juin 2017, p. 108

cette reconnaissance d'un véritable employeur a de fortes implications notamment en matière de consultation des institutions représentatives du personnel<sup>199</sup>.

La notion de véritable employeur est assurément moins originale que celle de coemployeur : elle repose avant tout sur la transparence de la personne morale fictive, les salariés cherchant à atteindre la société-mère se trouvant derrière cette dernière. Cette simplicité semble aussi attirer la Cour de cassation : dans sa dernière évolution des critères du coemploi sociétaire, l'arrêt *AGC*, les juges du Quai de l'Horloge ont érigé la perte totale d'autonomie comme condition de qualification du coemploi<sup>200</sup>. C'est sur ce même critère que repose la notion de véritable employeur du Conseil d'Etat<sup>201</sup>. Dans la note explicative de l'arrêt *AGC*, les conseillers de la Cour précisent bien que la « *nouvelle définition* [du coemploi sociétaire], *recentrée sur la caractérisation de la situation objective de la société employeur, se rapproche de la notion de transparence de la personne morale utilisée par le Conseil d'État* », notion qui il a été vu sert de base à celle du véritable employeur.

**132. Transition.** Un rapprochement des deux notions serait souhaitable. Cette unité des mécanismes permettrait de clarifier la situation et d'asseoir le coemploi sociétaire / véritable employeur comme étant une notion stable et pérenne, avec des bases bien plus solides.

Néanmoins, si les deux notions se rapprochent sensiblement dans leur qualification, l'union serait difficile au niveau de leurs effets. Le coemploi vise à adjoindre un tiers à la relation contractuelle, là où le principe de véritable employeur cherche à mettre en cause des décisions administratives, en modifiant le débiteur de l'obligation de mise en place du PSE par exemple<sup>202</sup>.

## **Section 2 : La qualification de l'immixtion**

**133. Troubles.** Le coemploi sociétaire a connu bien des déconvenues avant d'arriver à son état actuel. L'affaire portée le plus récemment devant la Cour de cassation, l'arrêt *AGC*, restreint encore la définition du coemploi après plusieurs tentatives de limitations et d'ouvertures vers des solutions alternatives.

Cette évolution du grand bouleversement du droit social au sein des groupes de sociétés, à notion moribonde dont la doctrine s'étonne encore de son existence, tient avant tout de ses

---

<sup>199</sup> G. Auzero, « *Le coemploi sous le regard du juge administratif* », *op. cit.*

<sup>200</sup> Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>201</sup> v. CAA Bordeaux, 16 novembre 2020, n°18BX02161

<sup>202</sup> Q. Chatelier, « *Le "véritable employeur", alternative confirmée au coemploi sociétaire* », *BJT* 2021, n°4, p. 17

critères de qualification. A l'origine, le coemploi sociétaire n'avait pas vocation à s'appliquer de manière généralisée dans les groupes de sociétés. Il se devait juste de sanctionner des situations considérées comme insupportables car spoliant les salariés d'une chance d'obtenir une juste réparation à l'occasion de licenciements pour motif économique orchestrés par une société-mère pour les besoins financiers du groupe. Aussi, « *pour la chambre sociale, la situation de coemploi devrait rester exceptionnelle. Elle suppose en effet la réunion d'un ensemble d'éléments dont il doit résulter qu'un état de confusion s'est créé entre des entités distinctes à la faveur duquel l'une d'elle est intervenue directement dans la gestion des activités de l'employeur en le privant de sa nécessaire autonomie* »<sup>203</sup>.

A aucun moment le coemploi n'avait comme destin de devenir un moyen d'atteindre le groupe dans chaque cas de licenciement. Hélas, force est de constater que les juges du fond se sont saisis de la notion d'une manière qui a totalement dépassé la Cour de cassation. Doublée par sa gauche par des cours d'appel qui reconnaissaient de manière excessive des situations de coemploi et sur sa droite par la doctrine qui se demandait quels étaient les fondations et le régime de cette notion, la Cour ne pouvait que la restreindre toujours plus afin de policer son application et préciser sa nature.

**134. Horizon des événements.** En astrophysique, l'horizon des événements est la zone d'un trou noir dans laquelle la gravité est telle que même la lumière ne peut s'en réchapper. Tout élément s'y trouvant ne peut donc pas être influencé par des éléments extérieurs. La Cour de cassation a probablement souhaité placer le coemploi dans un tel état : une notion intangible, stable, claire, ne s'appliquant que dans les cas extrêmes d'abus de relations au sein des groupes de sociétés.

La pratique des juges du fond a révélé une notion imprécise, ne reposant sur aucune base théorique claire, et tendant à s'appliquer au-delà des attentes des juges du Quai de l'Horloge. Cependant, en enserrant son application, on pourrait tout aussi bien penser que la Cour a tout simplement enterré sa notion, constatant bien qu'elle l'avait dépassé, mais ne souhaitant pas la désavouer pour autant. *In fine*, d'autres mécanismes existent, et la réforme doit peut-être venir du droit des procédures collectives. Il n'en demeure que le coemploi n'est pas mort.

**135. Plan.** Si l'évolution du coemploi sociétaire trahit son instabilité (Sous-section 1), son statut actuel laisse espérer une certaine stabilité future (Sous-section 2).

---

<sup>203</sup> P. Bailly, « *Le coemploi : une situation exceptionnelle* », *op. cit.*

## Sous-section 1 : Évolution de la notion d'immixtion

**136. Plan.** Le coemploi sociétaire est avant tout une création jurisprudentielle, et c'est la jurisprudence qui est à l'origine de ses différentes évolutions. Sa qualification repose avant tout sur l'immixtion d'une société dans la gestion d'un autre. Cette définition volontairement large et générale ne reflète pas la diversité qu'ont revêtu les critères de qualification du coemploi sociétaire. Reposant à l'origine sur la triple confusion d'intérêt, d'activités et de direction résultant en une perte d'autonomie, le coemploi sociétaire des années 2010 ne devait viser que les cas anormaux d'immixtion dans la gestion du groupe.

Au fil des arrêts, la Cour de cassation a donné de nouvelles définitions à cette immixtion, visant toujours à corriger l'application par les juges du fond d'une notion turbulente. En suivant un ordre chronologique, il convient de s'attarder sur les différents arrêts qui ont marqué ces critères de qualification : l'origine de la triple confusion avec *Aspocomp* en 2007<sup>204</sup>, *Jungheinrich*<sup>205</sup> et *Métaleurop*<sup>206</sup> en 2011 (§1), le premier coup d'arrêt avec *Molex*<sup>207</sup> en 2014 et la confirmation de ce coup d'arrêt avec *3 Suisses*<sup>208</sup> et *Continental*<sup>209</sup> en 2016 (§2).

### §1 : Origines de la triple confusion

**137. Plan.** Il a été vu que le coemploi ne se limite pas au coemploi sociétaire. Néanmoins, en dehors de l'appréciation du lien de subordination juridique, la Cour de cassation a très tôt utilisé des critères « hybrides », combinant lien de subordination et immixtion ou confusion en utilisant des formules telles que « *confusion de fait entre deux entreprises* »<sup>210</sup>, « *subordination confondue* »<sup>211</sup>, « *étroite imbrication* »<sup>212</sup>. Ces arrêts démontrent bien que la triple confusion sur laquelle s'appuya le coemploi pendant une décennie n'est pas une création originale, issue seulement des arrêts plus récents.

Il demeure que ce sont bien les arrêts des 15 dernières années qui ont affirmé le plus clairement que le coemploi sociétaire, basé sur la triple confusion, était une notion autonome du lien de subordination juridique. Si les arrêts *Jungheinrich* et *Métaleurop* ont fait couler énormément d'encre (II), on décelait dès 2007, dans l'arrêt *Aspocomp*, une nouvelle notion (I).

---

<sup>204</sup> Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42.570

<sup>205</sup> Cass. soc., 18 janvier 2011, n°09-69.199

<sup>206</sup> Cass. soc., 28 septembre 2011, n°10-12.278

<sup>207</sup> Cass. soc., 2 juillet 2014, n°13-15.208

<sup>208</sup> Cass. soc., 6 juillet 2016, n°15-15.481

<sup>209</sup> Cass. soc., 6 juillet 2016, n°14-27.266

<sup>210</sup> Cass. Soc., 15 juin 1966, n°65-40.384

<sup>211</sup> Cass. Soc., 10 avril 1975, n°74-40.136

<sup>212</sup> Cass. Soc., 20 janvier 1994, n°49-44.481

## I : Le proto-coemploi sociétaire : l'arrêt *Aspocomp*

**138. Espèce.** Rendu le 19 juin 2007, l'arrêt *Aspocomp* présente dans ses faits des éléments que l'on retrouve presque sans fautes dans l'ensemble de la jurisprudence sur le coemploi sociétaire. En 1998, le groupe *Aspocomp* rachète à la société Philips son site d'Évreux, employant 150 salariés. Le groupe crée alors la filiale *Aspocomp*, détenue à 99% par *Aspocomp Group OYJ*, holding de droit finlandais.

En 2001, la décision est prise au niveau du groupe de procéder à des licenciements et le projet présenté au comité d'entreprise de la filiale *Aspocomp*. La holding *Aspocomp Group OYJ* s'engage alors à verser diverses sommes aux salariés licenciés. En 2002, la holding décide de cesser tout versement à sa filiale, causant son dépôt de bilan et sa mise en redressement judiciaire puis sa liquidation judiciaire. Le mandataire-liquidateur licencie le personnel restant : ne percevant aucune des sommes promises par le plan social, une salariée décide alors de saisir la juridiction prud'homale et demande la condamnation *in solidum* des sociétés *Aspocomp* et *Aspocomp Group OYJ*. La holding, elle, conteste cette action, arguant qu'elle n'a pas à être attrait devant le juge français car de droit finlandais.

On retrouve ici des éléments familiers, un groupe de sociétés, une société-mère qui s'investit dans la gestion de sa filiale, filiale qui connaît des difficultés économiques entraînant des licenciements et des salariés licenciés qui souhaitent atteindre celle qu'ils voient comme responsable par ses actions de la situation de leur employeur : la société-mère.

**139. « L'action *Aspocomp* »**<sup>213</sup>. Dans cet arrêt *Aspocomp*, la chambre sociale rappelle d'abord qu'au nom de l'article 19 du règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 que l'employeur d'un Etat membre peut être attrait dans un autre Etat membre où le travailleur accomplit habituellement son travail et que l'employeur est défini comme « *la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération* »<sup>214</sup>.

Au vu de ces éléments, la Cour constate que la salariée accomplissait son travail sous la direction et au profit des sociétés *Aspocomp* et *Aspocomp Group OYJ*, les intérêts, activités et directions des deux étant confondues. Elle était donc en droit de demander la condamnation *in solidum* de ces deux sociétés.

---

<sup>213</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action *Aspocomp*) entre employeur et coemployeurs* », *op. cit.*

<sup>214</sup> Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42.570

**140. Retombées.** L'arrêt est d'abord remarqué sur le terrain processuel. En effet, la validation par la Cour de l'action de la salariée confirme la possibilité d'attirer devant les juridictions françaises une société étrangère. Il a été relevé que la Cour de cassation ne procède pas ici à une qualification dite « *lege fori* »<sup>215</sup> de l'employeur, c'est-à-dire en se référant à sa loi du for, au droit français, mais passe bien par le droit européen pour apprécier les relations entre le salarié et les sociétés. C'est sur cette base que la compétence du juge français est approuvée par la Cour : la holding finlandaise répondant selon elle à la définition d'employeur au sens du droit européen<sup>216</sup>.

En droit social, l'arrêt est perçu comme révélateur d'une « *faillite du droit social* » et d'une « *défaillance du droit commercial* » en matière de procédure collective : le droit social étant en effet incapable, selon le Professeur Morvan, d'assumer pleinement la réparation des salariés d'entreprises insolvables et le droit des procédures collectives ne prenant pas en compte le groupe pour apprécier la faillite de la filiale<sup>217</sup>. Présentée alors comme une « *revanche* »<sup>218</sup>, l'action en reconnaissance du coemploi – qui ne disait alors pas son nom – présente une opportunité pour les salariés d'obtenir leur dû.

C'est avec cet arrêt que le terme de triple confusion apparaît<sup>219</sup>. La Cour se base bien sur la confusion d'intérêts, activités et directions entre les deux sociétés pour considérer qu'elles sont toutes les deux employeurs de la salariée. Si la notion n'est pas nouvelle, étant déjà usitée par la chambre sociale dans ces critères « composites » évoquées *supra*, elle acquiert dans cet arrêt un caractère autonome : aucune référence au lien de subordination juridique dans la motivation de la Cour de cassation, là où la confusion était systématiquement couplée avec un des éléments trahissant un lien de subordination juridique entre le coemployeur et les salariés.

**141. Transition.** Le juge d'appel va rapidement appliquer ce triptyque<sup>220</sup> à des situations trahissant une « *société nourricière plus qu'une société-mère* »<sup>221</sup>. Ces affaires vont remonter vers la Cour de cassation qui va confirmer cette création dans des arrêts *Jungheinrich* et *Métaleurop*.

---

<sup>215</sup> I. Vacarie, « *L'employeur* », Sirey 1979, n°232

<sup>216</sup> P. Coursier, « *La dualité d'employeurs permet d'élargir la compétence internationale* », JCP S 2007, n°31-35, p. 1618

<sup>217</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », *op. cit.*

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> N. Morelli, « *Propos commercialistes sur la "confusion d'intérêts, d'activité et de direction"* », JCP E, 2009, n°50, P. 2173

<sup>220</sup> CA Douai, 18 Décembre 2009, n°08/02250

<sup>221</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », *op. cit.*

## II : La consécration : les arrêts *Jungheinrich* et *Métaleurop*

**142. Offensive jurisprudentielle.** L'arrêt Flodor de 2010 semblait marquer un retour à la normal, la Cour de cassation précisant qu'en cas de licenciement pour motif économique, l'obligation de reclassement ne reposait que sur l'employeur et que le fait pour une société d'appartenir au même groupe que l'employeur ne suffit pas à conférer cette qualité<sup>222</sup>.

L'année 2011 va cependant être marquée par une nette progression du coemploi sociétaire et la confirmation de la triple confusion avec les arrêts *Jungheinrich*<sup>223</sup> et *Métaleurop*<sup>224</sup>. Les espèces de ces arrêts démontrent, comme pour l'arrêt *Aspocomp*, des situations particulières dont l'étude est révélatrice de la logique du juge dans son application du coemploi.

Dans l'arrêt *Métaleurop*, Métaleurop Nord filiale à 99% de la société Métaleurop SA, rentre en liquidation judiciaire et doit procéder au licenciement de 470 salariés. Plusieurs salariés viennent contester le licenciement, arguant que Métaleurop Nord et Métaleurop SA étaient coemployeurs au vu de la confusion d'intérêt, d'activités et de direction entre les deux sociétés. La Cour de cassation donne raison à ces salariés. Les faits sont damnants : cette confusion se manifestait « *par la décision de restructuration de la filiale prise au niveau de la direction de la société mère, par l'existence de dirigeants communs et par la tenue de la trésorerie de sa filiale par la société Métaleurop laquelle assurait également le recrutement des cadres de Métaleurop Nord et la gestion de leur carrière* ». A cela s'ajoutait une confusion de personnel, « *les cadres dirigeants de la Métaleurop Nord, recrutés par la société mère, étaient placés sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de cette dernière, à laquelle ils devaient rendre compte régulièrement de leur gestion [...] la société Métaleurop décidait unilatéralement de l'attribution de primes aux cadres de direction de sa filiale* ». Cette immixtion dans la gestion du personnel de sa filiale est un élément crucial pour la Cour de cassation.

Les faits de l'arrêt *Jungheinrich* sont similaires : liens capitalistiques, fixation des prix par la holding du groupe qui s'assure aussi de la gestion du personnel des filiales, dont la gestion opérationnelle et administrative dépendait aussi de ladite holding. De là, la Cour de cassation ne peut que constater la perte d'autonomie de la filiale et considérer les sociétés comme étant coemployeurs des salariés.

---

<sup>222</sup> Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-15.776

<sup>223</sup> Cass. soc., 18 janvier 2011, n°09-69.199

<sup>224</sup> Cass. soc., 28 septembre 2011, n°10-12.278

**143. Sacre du coemploi sociétaire.** Les deux arrêts reprennent bien la réflexion posée par l'arrêt *Aspocomp* : la triple confusion est appréciée souverainement par les juges du fond, mais la Cour contrôle l'étendue de cette confusion, et notamment la perte d'autonomie de la filiale dans sa gestion financière, sociale et administrative. L'apport majeur de ces arrêts se trouve dans la formule de la Cour de cassation, qui précise que le coemploi basé sur la triple confusion peut être caractérisé, sans que l'existence d'un lien de subordination juridique doive être démontrée. Aussi dans l'arrêt *Jungheinrich*, la Cour précise que la triple confusion suffit à caractériser une situation de coemploi « *sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la société* ».

Cette innovation est marquante : du coemploi juridique, se reposant sur le lien classique de subordination juridique, on passe au coemploi sociétaire, économique, ne reposant que sur la triple confusion d'intérêts, d'activités et de directions. Le coemploi sociétaire, en tant que notion autonome, est consacré. La Cour a pu, dans sa jurisprudence antérieure, se passer de ce lien<sup>225</sup>. Le Professeur Morvan avance que le critère de la triple confusion est trop large, manipulable, et pourrait amener à une application abusive, revenant à caractériser toutes les sociétés membres d'un groupe codébitrices de leurs obligations à l'égard des salariés. Il relève de plus que le coemploi sociétaire rend la cessation d'activité de l'entreprise comme motif de licenciement obsolète dans les groupes, le risque de coemploi rendant son utilisation risquée<sup>226</sup>. Le Professeur Antonmattei s'attarde lui sur le terme de « *confusion* », le jugeant bien trop vague et ouvrant la voie à des abus de la part des juges qui l'appliqueraient sans distinction, faisant un parallèle avec la notion d'UES qui bien souvent est reconnue au sein des groupes, ces derniers présentant évidemment une unité économique et sociale<sup>227</sup>. De la même manière, la triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction se retrouverait forcément au sein de groupes dans lesquels les sociétés se seraient spécialisées dans une activité spécifique, visant à bénéficier aux autres ou dans le cadre d'une chaîne de production d'un produit spécifique, divisée entre plusieurs sociétés. Le Professeur Antonmattei déplore ainsi que le lien de subordination juridique était ainsi écarté de la qualification du coemploi : la triple confusion devrait avant tout servir à démontrer l'existence du lien de subordination juridique, pas servir de critère autonome. L'analyse de la triple confusion doit mener à analyser une « *confusion sociale* », c'est-à-dire l'exercice du pouvoir de l'employeur, explicité par la triple confusion qui

---

<sup>225</sup> Cass. soc., 8 novembre 2006, n°04-43.887

<sup>226</sup> P. Morvan, « *Licenciement - Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses* », *op. cit.*

<sup>227</sup> P.H. Antonmattei, « *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme !* », *op. cit.*

trahit la fictivité de la filiale<sup>228</sup>. L'objet principal des critiques est avant tout le caractère imprécis de la triple confusion, « *sans borne précise, encore indiscipliné juridiquement* »<sup>229</sup>.

Le faisceau d'indices mobilisé par la Cour de cassation permet alors de dégager plusieurs axes autour desquels la notion semble orbiter. Ainsi, le Professeur Morvan relève que la « *subordination collective des dirigeants et cadres dirigeants à la société-mère* » ne faisant qu'exécuter les directives de cette dernière ; la perte d'autonomie de la filiale quant à sa gestion administrative, celle de son personnel et de ses orientations stratégiques ; et la perte de son autonomie dans la détermination de son activité trahissent une situation de coemploi<sup>230</sup>. On constate bien que ces conditions, appréciées cumulativement, trahissent une perte d'autonomie conséquente et une implication poussée de la société-mère dans l'activité courante de sa filiale. Le conseiller à la Cour, Pierre Bailly, défendra le coemploi sociétair en avançant qu'il vise avant tout à envisager la situation anormale, « *caractérisée par la confusion des intérêts, des activités et de la direction, faisant disparaître l'autonomie de l'employeur soumis à l'ingérence d'un tiers* », et ne doit pas être déduit « *dès lors que l'entreprise se trouve intégrée dans un groupe qui coordonne l'activité des entités qui le composent* » justifiant le franchissement du « *mur de la personnalité morale* »<sup>231</sup>.

**144. Transition.** Le coemploi se profile donc comme une notion pérenne. La doctrine réagit tantôt avec fougue<sup>232</sup>, tantôt en apportant son soutien à la notion<sup>233</sup>, mais bien souvent avec méfiance<sup>234</sup>. Le coemploi sociétair est en effet une notion trouble comme il a été vu *supra*. De cette imprécision va découler une application large de la notion par les juges du fond, s'écartant de la qualité de mécanisme exceptionnel qu'elle prêtait au coemploi sociétair. Le tour de vis est nécessaire.

## **§2 : Coup d'arrêt du coemploi sociétair**

**145. Plan.** Le coemploi va connaître une application excessive de la part des juges d'appel et les craintes d'une partie de la doctrine vont en partie se réaliser, le groupe devenant *de facto* un employeur et les barrières entre personnes morales tombant sous le couperet de la triple confusion. Des opérations considérées au sein des groupes comme quotidiennes et ne

---

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> G. Loiseau, « *Les débordements du coemploi* », Cah. Soc. juin 2013, n°253

<sup>230</sup> P. Morvan, « *Coemploi dans les groupes* », JCP S 2012, n°6, p. 1052

<sup>231</sup> P. Bailly, « *Le coemploi : une situation exceptionnelle* », *op. cit.*

<sup>232</sup> P.H. Antonmattei, « *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme !* », *op. cit.*

<sup>233</sup> P. Bailly, « *Le coemploi n'est ni une "baguette magique" ni une aberration juridique* », SSL 2013, p. 1600

<sup>234</sup> C. Davico-Hoarau, « *Groupe de sociétés : incertitudes et dangers du coemploi* », SSL 2013, p. 355-356

comportant pas de volonté de créer une domination de la société-mère sur la filiale devenaient suspects, susceptibles de servir d'indices d'existence d'une triple confusion entre les deux sociétés en cas de contentieux.

La Cour de cassation réagit : dans son arrêt *Molex*<sup>235</sup>, elle enserme le coemploi dans de nouvelles conditions, précisant que les opérations nécessaires au bon fonctionnement du groupe ne peuvent donner lieu à la qualification d'une situation de coemploi. La mesure et le pragmatisme sont de mise : le coemploi doit être limité, précisé par une délimitation claire entre l'anormal – devant être sanctionné – et le normal, l'usuel, qui ne doit pas donner lieu à sanction. On pouvait alors considérer que le coemploi se dirigeait vers son âge de maturité, vers la stabilisation d'une notion trop imprécise. Pour certains auteurs cependant, cet arrêt annonçait la grande extinction à venir du coemploi, et l'avènement de son alternative, la responsabilité civile de l'actionnaire, étudiée *supra*.

Le coup d'arrêt du coemploi sociétaire devait arriver. Si la Cour de cassation a essayé d'accommoder le coemploi sociétaire aux groupes de sociétés (I), le désaveu est cependant confirmé par sa jurisprudence (II).

#### I : La prise en compte du groupe : l'arrêt *Molex*

**146. Déjà vu.** Les faits sont réminiscent des arrêts passés. Les salariés d'un site français sont licenciés pour motif économique, ils décident d'agir contre la société-mère américaine, Molex Inc. en reconnaissance d'une situation de coemploi.

Ils arguent que la rupture de leurs contrats est du fait des décisions prises au niveau du groupe par la société-mère, ces ruptures étant financées par ladite société-mère dans le cadre de subventions apportées à sa filiale. Le critère de la triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction serait donc rempli.

Celle-ci doit en conséquence être regardée comme coemployeur des salariés et débitrice des obligations s'imputant à l'employeur dans le cadre de licenciements pour motif économique. La cour d'appel de Toulouse leur donne raison<sup>236</sup>.

**147. Le groupe comme limite au coemploi.** La Cour de cassation, au visa de l'article L. 1221-1 du Code du travail, casse et annule la décision des juges du fond, avançant que « *le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société mère ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée*

---

<sup>235</sup> Cass. soc., 2 juillet 2014, n°13-15.208

<sup>236</sup> CA Toulouse, 7 février 2013, n°RG 12/04150

*à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois, ne pouvait suffire à caractériser une situation de coemploi ».*

Les éléments relevés par les salariés – permutation des cadres dirigeants, décisions de la société-mère affectant le groupe, financement de la fermeture du site – ne suffisent pas à caractériser une situation de coemploi. La décision pouvait surprendre : ces éléments se retrouvaient dans les faits des arrêts *Aspocomp*, *Jungheinrich* et *Métaleurop*, la solution de la Cour est sans équivoque une restriction apportée à la qualification d'une situation de coemploi.

L'attendu est éloquent : *« 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 ».*

La chambre sociale reprend ici les éléments constitutifs du coemploi sociétaire, la définition de base ne change pas et l'on retrouve la triple confusion se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de la filiale, ainsi que la non-obligation de qualifier un lien de subordination. Néanmoins, un ajout majeur fait son entrée : la triple confusion ne peut être appréciée qu'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 »*. Il a été vu *supra* que le coemploi sociétaire avait provoqué une certaine crainte au sein des groupes de sociétés<sup>237</sup>, leur fonctionnement appelant souvent des opérations à la frontière de la confusion. La Cour réagit en conséquence et prend acte de ces critiques : ce nouvel attendu marque un tournant dans la conception du coemploi sociétaire, les pratiques usuelles au sein des groupes de sociétés ne sauraient en aucun cas donner lieu à la qualification d'une situation de coemploi. Ne seraient visées que les situations *« caricaturales »*, la Cour consacrant ici *« une conception stricte et parfaitement délimitée du coemploi qui devrait mettre fin à toute surenchère »*<sup>238</sup>.

**148. Logique économique.** La rationalisation capitaliste implique la quête d'une optimisation – fiscale, sociale, administrative – la recherche et la suppression des redondances,

---

<sup>237</sup> P.H. Antonmattei, *« Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme ! »*, *op. cit.*

<sup>238</sup> G. Dedessus-Le-Moustier, *« Arrêt Molex : consécration d'une conception stricte du coemploi »*, JCP E 2014, n°31-34, act. 571

la séparation en activités distinctes spécialisées ou bien le rassemblement de celles qui peuvent l'être, etc. En somme : l'organisation de groupes de sociétés. Cette organisation ne se met pas en place de manière autonome, une force directrice, planificatrice, est nécessaire. Cette force est incarnée par la direction qu'opèrent les sociétés-mères sur leur filiale au sein des groupes de sociétés, la domination économique dépassant bien souvent la séparation artificielle qu'implique l'autonomie des personnes morales<sup>239</sup>.

Il est donc « *dans la nature de tout groupe de restreindre l'autonomie de ses membres et de promouvoir, tout à la fois, le contrôle des mères sur leurs filiales et la coordination des sœurs entre elles. (...) le droit reconnu à une société mère de donner des ordres à ses filiales, donc de s'immiscer dans ses affaires* »<sup>240</sup>. Le groupe de sociétés est par nature une structure de domination, d'interdépendance et d'échanges. Le coemploi sociétaire est apparu comme une menace à cet écosystème car, précisément, sa fondation même repose sur une certaine confusion entre les sociétés. Le groupe de sociétés dont les membres opèrent en autarcie totale, sans interaction, ne présente que peu d'intérêts économiques et ne viserait qu'à faire remonter des dividendes vers le sommet, sans gain opérationnel, optimisation de fonctionnement, stratégie dépassant la société, etc.

Cette logique économique des groupes de sociétés est ici prise en compte par la chambre sociale. Elle considère que cette logique propre aux groupes de sociétés impose un certain standard d'opérations, d'actes considérés comme normaux et légitimes. A l'inverse, le coemploi se doit de sanctionner l'anormal, ce qui dépasse « *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* ». Ces éléments relèvent de la « normalité » et ne devraient pas entraîner de sanctions<sup>241</sup>.

**149. Politique jurisprudentielle.** Les notions juridiques sont soumises à une logique implacable : si leurs conditions de qualification sont vagues, générales, imprécises, les juges du fond en feront une application tout aussi large. A l'inverse, la notion précisément délimitée, enserrée dans des conditions strictes rappelées par une Cour de cassation régulatrice ne pourront prospérer que dans des situations précises, occasionnelles.

Le coemploi sociétaire a connu ces développements. La triple confusion était considérée comme étant bien trop large<sup>242</sup> pour se limiter à une application limitée ou exceptionnelle

---

<sup>239</sup> P. Didier, « *Théorie économique et droit des sociétés* », Mélanges A. Sayag, Litec 1997, p. 371

<sup>240</sup> P. Didier, Rev. Sociétés 1997, p. 554

<sup>241</sup> D. Jacotot, « *Licenciement économique et caractérisation du coemploi* », Rev. proc. coll. 2014, n°6, comm. 170

<sup>242</sup> C. Davico-Hoarau, « *Groupe de sociétés : incertitudes et dangers du coemploi* », *op. cit.*

comme elle avait été présentée<sup>243</sup>. Au vu des abus et des peurs que la menace de son application dégageait, le coemploi devait être précisé. La Cour de cassation réagit donc avec cet arrêt *Molex* et tente de limiter l'application de la notion, mais aussi d'une certaine manière de rassurer les groupes de sociétés, qui voyaient leur activité menacée. La triple confusion demeure floue, imprécise, susceptible d'être "manipulée dans les prétoires pour correspondre aux intérêts en présence"<sup>244</sup>. Cette malléabilité des conditions explique en partie la décision de la Cour de restreindre la qualification du coemploi sociétaire.

Le Professeur Auzero ne voit pas dans l'arrêt *Molex* un chant du cygne du coemploi sociétaire – la Cour prenant soin de rappeler les conditions de qualification – et y verrait même une sorte de maturité du coemploi, clairement précisé. Les critiques sur les menaces qu'il ferait peser sur les groupes seraient infondées, étant donné que le coemploi sociétaire a bien pour finalité d'atteindre l'anormal, et non la gestion normale des groupes : l'apport de l'arrêt *Molex* quant à la pratique usuelle des groupes n'est donc qu'un éclaircissement de la Cour, clarifiant sa position originale. *In fine*, il faudrait se rattacher à la notion d'autonomie, selon le Professeur Auzero, étant donné que la Cour relève dans son arrêt que les éléments utilisés par le juge d'appel pour reconnaître le coemploi ne trahissent pas une perte d'autonomie de la filiale<sup>245</sup>. Cette vision s'est avérée correcte, étant donné que la dernière évolution du coemploi sociétaire, l'arrêt *AGC*, s'attarde particulièrement sur cette notion d'autonomie comme critère principal de qualification (v. *infra* : §154). Le Professeur Loiseau relève de plus que l'arrêt *Molex* ne signe pas la fin du coemploi sociétaire, il ne fait que cantonner son application à des cas extrêmes, étant donné que la notion « élaborée dans un esprit de justice et d'utilité sociales, a été, peu à peu, débordée et a perdu l'essentiel de son crédit »<sup>246</sup>.

Il n'en demeure que l'arrêt *Molex* pose une limite au coemploi sociétaire. La formule utilisée par la Cour révèle des paradoxes : l'état de domination économique implique évidemment une certaine confusion dans l'exercice de prérogatives entre les sociétés. Dès lors que ces cas ne peuvent entraîner la qualification d'une situation de coemploi, la notion est cantonnée à des faits exceptionnels. Aussi les faits de mise en commun de ressources, de mise en place de politique sociale au niveau du groupe, ou la pratique même des holdings, sociétés chargées de gérer d'autres sociétés, ne peuvent pas donner lieu à une situation de coemploi, ces pratiques étant normales<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> P. Bailly, « *Le coemploi : une situation exceptionnelle* », *op. cit.*

<sup>244</sup> G. Auzero, « *Coemploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation* », SSL 2015, p. 1667

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> G. Loiseau, « *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle* », *op. cit.*

<sup>247</sup> J. Grangé, « *L'arrêt Molex : le coup d'arrêt au coemploi* », SSL 2015, p. 1667

**150. Transition.** Le coup d'arrêt est incertain : précisions ou fin du coemploi ? L'application de la notion par la Cour de cassation va préciser sa vision stricte du coemploi, vision qui rend complexe toute application libérale du coemploi.

## II : La confirmation du désaveu : les arrêts *3 Suisses* et *Continental*

**151. Incertitudes au fond.** Après l'arrêt *Molex*, le futur du coemploi était incertain. Si pour certains auteurs, le tour de vis opéré signait la maturité d'une notion prête à s'appliquer de manière pérenne et régulière, pour d'autres le coemploi sociétair e ne pouvait plus prospérer, bien trop limité.

Force est de constater que la jurisprudence de la Cour de cassation post-*Molex* va se limiter à des cassations de jugements d'appel ayant reconnu une situation de coemploi ou des rejets de requérants essayant de faire reconnaître une triple confusion en soutien de leur action. La hiérarchie de l'ordre judiciaire voit parfois survenir des frondes des juridictions du fond face aux directives du Quai de l'Horloge. Comme pour l'application du barème de l'article L. 1235-3 du Code du travail, le coemploi sociétair e fut le décor d'une telle fronde. Une part des juges d'appel décidèrent de maintenir le coemploi sans tenir compte des nouvelles directives de la Cour édictées dans l'arrêt *Molex* quant aux activités normales du groupe et la dépendance économique. Ainsi, dans un arrêt du 20 novembre 2014<sup>248</sup>, la cour d'appel de Paris décida de reconnaître la qualité de coemployeur à une holding au vu des similitudes d'identité des cadres dirigeants entre les sociétés en présence, leur comportement vis-à-vis de la filiale et de la gestion par la holding du personnel de cette dernière. Ce faisceau d'indices suffisait pour les juges d'appel. On note cependant que les juges d'appel se sont limités à une immixtion sociale, et non économique, et que la permutabilité des cadres dirigeants fait partie des pratiques normales au sein des groupes de sociétés, souvent nécessaires à leur fonctionnement. Le coemploi « *stricte* » semble bien loin.

Nonobstant ces divergences, d'autres juges du fond semblent s'en tenir à l'arrêt *Molex* et appliquent une version mesurée du coemploi. La cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt du 30 septembre 2014<sup>249</sup> rendu dans le cadre de l'affaire *Continental* dont le volet en cassation sera rendu deux ans plus tard, va ainsi reconnaître une situation de coemploi, en s'appliquant à caractériser l'état de domination économique entre la société-mère et sa filiale, l'abus de cet état, l'immixtion dans la gestion économique et sociale, la perte d'autonomie et l'implication de la société-mère dans l'intégralité des mesures de licenciement.

---

<sup>248</sup> CA Paris, 20 novembre 2014, n°14/00441

<sup>249</sup> CA Amiens, 30 septembre 2014, n°13/05612

**152. Sévérité en cassation.** L'affaire *Continental* marque bien le tournant dans l'application du coemploi. La doctrine relevait que l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens semblait satisfaire aux nouveaux critères posés par l'arrêt *Molex*. Le professeur Loiseau faisait ainsi remarquer qu'avec « *les réserves qui s'imposent tant qu'il n'a pas été donné quitus de la conformité des constatations de fait aux attentes du contrôleur du droit, la situation dont les juges amiénois ont rendu compte semble bien correspondre au profilage du coemploi que la Cour de cassation a retailé* »<sup>250</sup>.

Néanmoins, dans son arrêt *Continental* du 6 juillet 2016<sup>251</sup>, la Cour va sanctionner d'une cassation partielle l'arrêt des juges de la cour d'appel d'Amiens, considérant – en mobilisant le même attendu que celui produit dans l'arrêt *Molex* – que la prise de décision affectant le groupe et le fait de garantir certaines obligations de ses filiales constituent des actes nécessaires au bon fonctionnement d'un groupe de sociétés. En conséquence, ces éléments ne pouvaient suffire pour caractériser une situation de coemploi. La sévérité d'appréciation des faits pouvant qualifier une situation de coemploi est de mise.

Il faut cependant noter qu'annoncer une fin du coemploi au vu de ce seul arrêt *Continental* serait malhonnête, au vu de l'arrêt *3 Suisses*<sup>252</sup> rendu le même jour. Dans cet arrêt, la Cour de cassation valide la réflexion des juges du fond ayant reconnu une situation de coemploi en se basant sur une instrumentalisation de la filiale dans le cadre d'une transformation du groupe. La filiale se confondant totalement avec les autres sociétés impliquées, le coemploi devait être reconnu. Pour certains auteurs, cet arrêt *3 Suisses* est l'exemple de la nouvelle application du coemploi, une vision stricte, limitée aux cas les plus extrêmes de perte d'autonomie de sociétés, l'arrêt *Continental* confirmant pour sa part la position stricte de la Cour quant à l'application du coemploi dans les groupes de sociétés<sup>253</sup>. Néanmoins, la large majorité des arrêts de la Cour de cassation portant sur le coemploi sont des arrêts de cassation, l'arrêt *3 Suisses* étant « *proche de la caricature tant la perte d'autonomie de la société dominée était patente* »<sup>254</sup>.

Cette action régulatrice sur la base de la jurisprudence *Molex* se poursuit encore après ces arrêts de 2016, avec comme dernière expression un arrêt *Mercator Press NV*, où la Cour précise que « *la centralisation de services supports, des remontées de dividendes, des conventions de trésorerie et de compensation, des dettes non réglées à la filiale, des*

---

<sup>250</sup> G. Loiseau, « *Que reste-t-il du coemploi* », Cah. Soc. 2015, n°270, p. 7

<sup>251</sup> Cass. soc., 6 juillet 2016, n°14-27.266

<sup>252</sup> Cass. soc., 6 juillet 2016, n°15-15.481

<sup>253</sup> Y. Pagnerre, « *Le coemploi n'est pas encore mort : entre espoir et déception* », *op. cit.*

<sup>254</sup> Q. Chatelier, « *Le coemploi sociétaire à l'épreuve du véritable employeur* », BJT déc. 2020, n°114k5, p. 9

*facturations de prestations de services partiellement sans contrepartie pour ladite filiale, la maîtrise de la facturation de celle-ci durant une période limitée dans le temps et l'octroi d'une prime exceptionnelle aux salariés de la filiale ne pouvaient caractériser une situation de coemploi »<sup>255</sup>.*

La situation du coemploi est complexe : le désaveu semble évident, la notion étant fortement réduite quand on la compare aux arrêts *Métaleurop* et *Jungheinrich*, mais n'est-ce pas là le signe d'une maturité ? d'une volonté de rendre la notion pérenne en empêchant toute application abusive de la part des juges ? L'attitude de la Cour pointe cependant vers une volonté de limiter au maximum le coemploi. Il a été vu *supra*, dans une série d'arrêts du 24 mai 2018<sup>256</sup>, et notamment le retour de l'affaire *Métaleurop* ayant consacré le coemploi sociétaire 6 ans auparavant, que la Cour de cassation va rejeter le coemploi pour admettre la possibilité de passer par la responsabilité civile de l'actionnaire pour atteindre la société-mère. C'est ici pour certains le « *coup de grâce* »<sup>257</sup> que la Cour de cassation porte au coemploi sociétaire : complexe à appliquer, avec une alternative clairement définie pour les justiciables.

**153. Transition.** Comme une tempête d'été, le coemploi sociétaire eut une évolution fulgurante, brève et tumultueuse. En 10 ans, de 2007 à 2018, la notion évolua en allant vers des restrictions d'application de plus en plus stricte, la Cour de cassation décidant d'en restreindre l'application. La création jurisprudentielle avait échappé à son maître. Le nombre important d'arrêts de cassation rendus sur le sujet<sup>258</sup> explicite au mieux la difficulté rencontrée par les juges du fond dans l'application du coemploi sociétaire et au pire une certaine fronde de leur part, ces derniers souhaitant maintenir la possibilité d'atteindre le groupe lors des licenciements pour motif économique.

Nonobstant ces évolutions, le coemploi est toujours debout, toujours vivant. Dans un arrêt *AGC*, la Cour modifie encore le régime de qualification du coemploi. Énième modification avant la prochaine ou forme finale du coemploi sociétaire ? Répondre à cette question relève de l'*hybris*, l'histoire de la notion ayant bien démontré qu'à chaque affirmation catégorique quant au futur du coemploi, la Cour de cassation répondait par son contraire.

## **Sous-section 2 : Droit positif**

---

<sup>255</sup> Cass. soc., 9 octobre 2009, n°17-28.150

<sup>256</sup> Cass. soc., 24 mai 2018, n°17-12.560 ; 16-22.881 ; 16-18.621 ; 17-15.630

<sup>257</sup> G. Loiseau, « *Le coup de grâce* », *op. cit.*

<sup>258</sup> v. Cass. soc., 10 décembre 2015, n°14-19.316 ; Cass. soc., 13 juillet 2017, n°16-13.699 ; Cass. soc., 13 février 2019, n°17-15.903 ; Cass. soc., 9 octobre 2019, n°17-28.150

**154. Plan.** Le coemploi sociétaire connaît des évolutions turbulentes mais se maintient en droit positif. Après les arrêts de mai 2018, le futur du coemploi était incertain. L'arrêt *AGC*<sup>259</sup> va néanmoins démontrer que le coemploi a toujours vocation à s'appliquer dans les groupes, avec une nouvelle définition.

L'approche de la Cour démontre une volonté novatrice de pédagogie (§1), pédagogie nécessaire afin de s'assurer de la bonne compréhension des apports de l'arrêt (§2).

### **§1 : Cheminement de la Cour**

**155. Espèce en cause.** Encore une fois, les faits sonnent comme l'antienne. Une société de droit français, David Miroiterie, est rachetée par la société AGC de droit japonais. La direction de la société française, devenue AGC David Miroiterie est assurée par AGC et ses actions détenues par une holding, elle aussi présidée par AGC. AGC David Miroiterie décide du licenciement pour motif économique de ses salariés pour cessation d'activité. La société sera ensuite placée en liquidation judiciaire. Des salariés contestent leur licenciement et demandent le versement de dommages-intérêts à l'encontre de l'employeur de droit, la société AGC David Miroiterie, ainsi qu'à la société AGC dont les salariés demandent la reconnaissance de la qualité de coemployeur.

Dans cette affaire, les juges d'appel décident de reconnaître une situation de coemploi et condamnent la société AGC et la société AGC David Miroiterie à verser *in solidum* des dommages-intérêts aux salariés<sup>260</sup>. Au renfort de cette solution, la cour d'appel de Caen relève que la société AGC David Miroiterie avait délégué sa gestion des ressources humaines à la société AGC que sa gestion administrative était assurée par une société du groupe AGC, que ses finances étaient gérées par la société AGC et que cette dernière a repris tous les actifs de la société AGC David Miroiterie, notamment des brevets, et a placé sa filiale dans une situation désavantageuse.

La cour d'appel reconnaît bien ici la triple confusion, et procède à l'analyse des faits avancés afin de vérifier que ces actes ne relèvent pas de la gestion habituelle d'un groupe ou ne découlent pas de la domination économique qu'impliquent les relations entre sociétés d'un même groupe. On a bien ici l'application de la jurisprudence de la chambre sociale.

**156. Pédagogie.** Un pourvoi en cassation est formé et l'affaire AGC est portée devant la Cour de cassation. Dans un arrêt soumis à la plus large diffusion possible et rédigé selon les nouvelles

---

<sup>259</sup> Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>260</sup> CA Caen, 19 janvier 2018

règles de la motivation enrichie, les conseillers de la chambre sociale décident de la cassation de l'arrêt d'appel. Cet arrêt *AGC* est riche d'enseignements sur le coemploi sociétaire, étant rédigé selon la nouvelle méthode en usage à la Cour de cassation, les attendus étant remplacés par des paragraphes détaillant la réflexion des conseillers. De plus l'arrêt est accompagné d'une note explicative revenant sur la jurisprudence de la Cour sur le coemploi.

Tous ces efforts de communication et d'explications démontrent une volonté pédagogique de la chambre sociale. Elle précise ainsi qu'il « *apparaît nécessaire eu égard à l'évolution du contentieux de préciser les critères applicables en la matière* »<sup>261</sup>. La Cour adresse de manière directe les applications du coemploi sociétaire par les juges du fond : de la notion « *exceptionnelle* » pour reprendre l'expression du Conseiller Bailly<sup>262</sup>, on en arrivait à des applications larges et générales, obligeant la Cour à casser pour corriger.

Cette pédagogie est appréciable, même si des questions propres à la motivation enrichie et ce mouvement de réforme au sein de la Cour de cassation restent sans réponses, notamment la valeur juridique de ces notes explicatives. C'est dans cette note explicative jointe à l'arrêt *AGC* que la Cour reconnaît que les juges du fond rencontraient des difficultés lors de la caractérisation du coemploi sociétaire. En effet « *le contentieux soumis au cours des quatre dernières années à la chambre sociale témoigne de la difficulté persistante des juges du fond à appréhender les critères définis par la chambre sociale et, dès lors, à caractériser l'existence ou non d'une situation de coemploi* »<sup>263</sup>.

**157. Transition.** La résistance des juges du fond face au coemploi sociétaire est en partie responsable des corrections apportées à la notion, la Cour essayant de préciser le coemploi sociétaire afin de s'assurer que son application soit bien exceptionnelle. L'arrêt de la cour d'appel de Caen présentait pourtant des éléments typiques du coemploi : la Cour va néanmoins casser cet arrêt – peut-être de manière opportune – afin de poser une nouvelle définition du coemploi.

## **§2 : Apports de l'arrêt *AGC***

**158. Préservation.** Le premier apport de l'arrêt *AGC* – et non des moindres – est que la Cour de cassation n'abandonne pas le coemploi sociétaire. Le second cependant est qu'il en sort encore réduit dans ses critères d'application. La situation est paradoxale, et ce en réalité depuis

---

<sup>261</sup> Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769, n°7

<sup>262</sup> P. Bailly, « *Le coemploi : une situation exceptionnelle* », *op. cit.*

<sup>263</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

l'arrêt *Molex* : la Cour apporte limitation sur limitation à la qualification du coemploi sociétaire et n'approuve que rarement des cas de coemploi. Néanmoins la notion demeure, maintenue arrêt après arrêt.

Grégoire Duchange fait ainsi justement remarquer que la chambre sociale a une certaine tendance à créer des notions s'écartant des textes, rompant ainsi avec la tradition du droit continental. Il demeure que le juge n'est pas infaillible et peut avoir tendance à revenir sur ses créations jurisprudentielles, corrections qui sont bien souvent partielles, le juge ne souhaitant pas reconnaître que sa création jurisprudentielle n'avait pas d'appuis, « *reste alors au juge la possibilité de conserver son "invention" tout en en anéantissant la portée* »<sup>264</sup>. L'exemple type de ce phénomène étant l'égalité de traitement dans les conventions collectives, égalité un temps irréfragable tant que l'accord était signé par des organisations syndicales représentatives<sup>265</sup>, avant un retournement de jurisprudence opérée par la Cour qui désavoue à moitié sa notion, se basant sur le droit européen pour les cas futurs tout en conservant sa jurisprudence passée, ne souhaitant peut-être pas se contredire<sup>266</sup>.

L'arrêt *AGC* fait évidemment penser à ce schéma. Il a été vu que le coemploi sociétaire ne bénéficiait pas d'une assise théorique claire, encore moins légale, oscillant entre manifestations du caractère fictif de la filiale<sup>267</sup> et abus de la personnalité morale de cette dernière par la société-mère<sup>268</sup>. Sa consécration découlait d'une volonté de justice sociale, d'équité, en somme, du désir d'assurer aux salariés la réparation de leur préjudice dans des cas extrêmes où l'employeur se retrouve exsangue du fait de la société-mère, mais l'absence de justification théorique ainsi que les possibles détournements ont entraîné des restrictions répétées à sa qualification.

La suppression du coemploi était-elle une alternative envisageable ? Selon le Professeur Lhernould, le coemploi n'avait pas vocation à être supprimé par la Cour de cassation : cette dernière avait certes précisé que la responsabilité délictuelle était une alternative à l'action en reconnaissance de coemploi, mais ces actions ont peu de chances de prospérer, étant donné que le salarié doit prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité et ce devant une juridiction de droit commun et non la juridiction prud'homale<sup>269</sup>. Pour le Professeur Auzero, le coemploi ne

---

<sup>264</sup> G. Duchange, « *Le coemploi réduit à "l'immixtion permanente" : explications prétoriennes et perspectives à venir* », *op. cit.*

<sup>265</sup> Cass. soc., 27 janvier 2015, n°13-22.179

<sup>266</sup> Cass. soc., 3 avril 2019, n°17-11.970

<sup>267</sup> G. Auzero, « *Coemploi : en finir avec les approximations !* », *op. cit.*

<sup>268</sup> Y. Pagnerre, « *De la fictivité comme critère du coemploi : certes, mais pas que ...* », RDT 2016, p. 175

<sup>269</sup> J.P. Lhernould, « *Consécration de la perte totale d'autonomie de la filiale comme critère du coemploi* », SSL 2021, n°511

devait pas être purement supprimé, mais bien cantonné à des situations exceptionnelles, justifiant les libéralités prises avec l'autonomie des personnes morales<sup>270</sup>.

**159. Renouveau.** Le second apport de cet arrêt est la nouvelle définition des éléments de qualification du coemploi sociétaire. La Cour précise que le juge doit constater une « *immixtion permanente de la société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière* »<sup>271</sup> afin de caractériser une situation de coemploi sociétaire. Cet arrêt somme le glas de la triple confusion, consacrée par l'arrêt *Aspocomb* en 2007, en lieu et place de laquelle vient un nouveau critère composé de deux conditions cumulatives. Afin de caractériser une situation de coemploi sociétaire, il faut désormais prouver une immixtion permanente de la société-mère dans la gestion économique et sociale de l'employeur, menant à la perte totale d'autonomie de ce-dernier. La notion demeure autonome du coemploi juridique, la qualification du coemploi sociétaire ne supposant toujours pas la preuve d'un lien de subordination juridique.

L'abandon du critère de la triple confusion est à *priori* définitif, la Cour reconnaissant dans la note explicative de l'arrêt *AGC* que « *le critère de la triple confusion est donc abandonné au profit d'une nouvelle définition du coemploi se voulant plus explicite, fondée sur l'immixtion permanente de la société-mère dans la gestion économique et sociale et la perte totale d'autonomie d'action de la filiale* »<sup>272</sup>. La Cour reconnaît bien que la triple confusion « *ne permettait en effet plus de circonscrire avec la rigueur nécessaire des situations qui doivent rester dans le domaine de l'exception* »<sup>273</sup>. Elle rappelle aussi son action régulatrice, et les différents coups de pinceau qu'elle a apporté à la notion de coemploi sociétaire au fil de ses arrêts.

Néanmoins, des coups de pinceau ne pouvaient pas suffire et elle décide de consacrer ces nouveaux critères du coemploi sociétaire. La note explicative de l'arrêt *AGC* précise cette nouvelle définition, avançant que « *c'est la perte d'autonomie d'action de la filiale, qui ne dispose pas du pouvoir réel de conduire ses affaires dans le domaine de la gestion économique et sociale, qui est déterminante dans la caractérisation d'une immixtion permanente anormale de la société-mère, constitutive d'un coemploi, justifiant alors que le principe d'indépendance juridique des personnes morales soit exceptionnellement neutralisé* »<sup>274</sup>. Selon le Professeur Pagnerre, « *l'immixtion exigée frôle la fictivité de la société, sans s'y confondre car la Cour*

---

<sup>270</sup> G. Auzero, « *Le coemploi bouge encore !* », *op. cit.*

<sup>271</sup> Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769, n°13

<sup>272</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>273</sup> *Ibid.*

<sup>274</sup> *Ibid.*

*n'exige pas une absence de vie sociétaria des organes sociaux »<sup>275</sup>, et Grégoire Duchange de préciser que l'on « peut avoir une activité sociale réelle, un patrimoine bien organisé, mais dépendre entièrement des décisions économiques et sociales d'autrui »<sup>276</sup>. On a une certaine explicitation du caractère téléologique du coemploi : la Cour a défini la finalité recherchée par le coemploi. Au vu de l'arrêt *AGC*, la focale semble se déplacer vers la notion d'autonomie de prise de décision de la filiale. Néanmoins cette perte d'autonomie doit être la conséquence d'une immixtion de la société-mère dans les gestions sociale et économique de la filiale. Le Professeur Pagnerre fait ainsi remarquer qu'il suffirait à une société-mère de limiter son ingérence à une gestion économique, financière de ses filiales pour éviter la caractérisation d'une situation de coemploi. Selon lui, la Cour devrait se concentrer sur l'ingérence en matière sociale : les relations économiques entre sociétés d'un même groupe étant évidemment entremêlées et faisant l'objet de mouvements de fonds considérés comme normaux dans le cadre de la pratique, c'est la perte d'autonomie dans la gestion du personnel qui devrait être le seul critère à retenir<sup>277</sup>. Le terme de « *perte totale d'autonomie* » correspond à « *l'être inerte, sans mouvement propre ; à la marionnette en quelque sorte, cette figure représentant une personne (morale) actionnée exclusivement par quelqu'un d'autre plus ou moins bien caché* »<sup>278</sup> : l'idée d'ingérence partielle, de confusion, à l'origine des arrêts *Aspocomp*, *Jungheinrich* et *Métaleurop*, ne se retrouve plus ici. La Cour demande une ingérence exceptionnelle, démontrant assurément un abus des mécanismes des groupes de sociétés : on a ici un nouveau retranchement de la qualification du coemploi sociétaria.*

Un autre élément capital de cette nouvelle définition semble être le caractère « *permanent* » de l'immixtion. La cour d'appel de Caen avait reconnu sur le coemploi en se basant sur des opérations ponctuelles, à l'occasion desquelles la société-mère s'était fortement impliquée dans la gestion économique et sociale de sa filiale, notamment par le financement de la procédure de licenciement des salariés, les reprises d'actifs, etc. Pour la Cour, ces éléments ne suffisent pas à caractériser une immixtion permanente et une perte d'autonomie totale de la filière. On peut en conséquence s'interroger sur les futures applications du coemploi, notamment à l'occasion de cessation d'activité, moment propice aux actions en reconnaissance du coemploi comme il a été vu. Si le fait pour une société-mère de prendre en charge la gestion de cessation d'activité et, de manière générale, d'organiser la procédure collective ne suffit plus

---

<sup>275</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

<sup>276</sup> G. Duchange, « *Le coemploi réduit à "l'immixtion permanente" : explications prétoriennes et perspectives à venir* », *op. cit.*

<sup>277</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

<sup>278</sup> D. Jacotot, « *Les éléments caractérisant le coemploi redéfinis* », *Rev. Pro. Coll.* 2021, n°1, p. 14

à caractériser une situation de coemploi sociétaire, ces actes étant trop ponctuels, il y a fort à parier que l'on pourra constater une baisse de telles actions.

**160. Fondements.** L'arrêt AGC clarifie légèrement la nature du coemploi. L'arrêt est rendu au visa de l'article L. 1221-1 du Code du travail qui dispose que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », ce qui semble pointer vers une nature contractuelle. Il a été vu que la doctrine s'interrogeait encore sur la nature contractuelle<sup>279</sup> ou délictuelle<sup>280</sup> du coemploi sociétaire, ces doutes semblent se dissiper en faveur d'une nature contractuelle. La note explicative confirme cette vision, avançant que « *la recherche et la reconnaissance d'un coemployeur n'a pas pour fonction première d'indemniser un préjudice, mais constitue une "technique d'imputation d'obligations légales"* » et que le coemploi sociétaire vise « *l'extension de l'obligation de la dette, par l'adjonction d'un autre débiteur à la créance de dommages-intérêts pour licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse* »<sup>281</sup> : de ces extraits, le Professeur Pagnerre en déduit une confirmation non équivoque de la nature contractuelle du coemploi<sup>282</sup>.

Si le fondement contractuel du coemploi semble précisé par cet arrêt, il n'en demeure pas moins dénué de contours clairs. On peut cependant relever plusieurs pistes qui apparaissent comme les plus logiques au vu des termes utilisés par la Cour. Ainsi la fictivité semble être une approche possible : la Cour précise dans sa note explicative que la perte d'autonomie de la filiale due à une immixtion permanente justifie que « *le principe d'indépendance juridique des personnes morales soit exceptionnellement neutralisé* »<sup>283</sup>. Selon le Professeur Auzero, la Cour mobilise la théorie de l'abus de la personnalité morale, et notamment l'une de ses déclinaisons : la fictivité. Si l'arrêt ne mentionne pas expressément ce mécanisme, la notion de « *perte totale d'autonomie d'action* » - qui plus est envisagée comme la conséquence de l'immixtion – peut donner l'impression que les conseillers de la chambre sociale ont décidé de privilégier cette dernière pour se rapprocher de la théorie de l'abus de personnalité morale, notion déjà évoquée (v. *supra* : §100 et s.)<sup>284</sup>. Le Professeur Pagnerre appelle ainsi à recourir à une nouvelle notion : en lieu et place de la fictivité de la société, la Cour de cassation devrait recourir à la « *fictivité de l'employeur* », notion qui serait propre au droit du travail. La sanction de cette fictivité « *n'impliquerait nullement la disparition juridique de l'employeur fictif ; comme en matière de*

---

<sup>279</sup> Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », *op. cit.*

<sup>280</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>281</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>282</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

<sup>283</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>284</sup> G. Auzero, « *Le coemploi bouge encore !* », *op. cit.*

*simulation, le salarié pourrait agir contre l'employeur contractuel et l'employeur réel en fonction de ses intérêts (V. C. civ., art. 1201) ; l'employeur ne doit pas pouvoir se prévaloir de sa fictivité pour échapper à sa responsabilité, sous réserve alors d'engager une action en contribution à la dette à l'endroit de l'employeur réel »<sup>285</sup>.*

Une autre notion pouvant servir de base au coemploi est celle du « véritable employeur », mobilisée par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence sur la transparence des personnes morales, la notion a déjà été mentionnée comme alternative au coemploi sociétaire (v. *supra* : §129 et s.). Quentin Chatellier met cependant en garde contre une comparaison par analogie des deux raisonnements, la jurisprudence du Conseil d'Etat opérant bien souvent dans des matières à la frontière entre droit privé et droit public, rendant toute comparaison malaisée<sup>286</sup>. Il demeure que le Conseil d'Etat avait explicitement refusé d'appliquer la notion de coemploi<sup>287</sup>, lui substituant celle de véritable employeur<sup>288</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation fait explicitement référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat dans la note explicative de l'arrêt *AGC* : « *cette nouvelle définition, recentrée sur la caractérisation de la situation objective de la société employeur, se rapproche de la notion de transparence de la personne morale utilisée par le Conseil d'État* »<sup>289</sup>. La note précise ainsi que le juge se doit de rechercher le « véritable décideur » se dissimulant derrière la filiale. Certains auteurs déplorent ce rapprochement, arguant « *qu'on comprend donc mal les logiques juridiques du basculement du pouvoir à l'abus de personnalité morale, qui fait perdre au coemploi l'essence de sa fonction, celui de réintégrer la part organisationnelle du pouvoir qui masque le contrat individuel* »<sup>290</sup>. Quentin Chatellier précise néanmoins que si les deux notions semblent similaires, et que la communication de la Cour de cassation laisse présager un rapprochement de la jurisprudence des deux ordres, les effets associés à la notion de véritable employeur par le Conseil d'Etat diffèrent largement de ceux du coemployeur sociétaire. Le véritable employeur se dissimule derrière un employeur apparent qui, *in fine*, doit être écarté de la relation contractuelle, là où le coemploi sociétaire vise à reconnaître les coemployeurs comme étant débiteurs *in solidum* des obligations vis-à-vis des salariés<sup>291</sup>. Les deux notions sont donc similaires dans leur caractérisation, mais divergentes dans leurs effets : la jonction des jurisprudences semble malaisée, mais reste une piste de réflexion à ne pas écarter dans l'analyse des prochains arrêts sur le coemploi sociétaire.

---

<sup>285</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

<sup>286</sup> Q. Chatellier, « *Le "véritable employeur", alternative confirmée au coemploi sociétaire* », *op. cit.*

<sup>287</sup> CE., 1<sup>er</sup> octobre 2016, n°386306

<sup>288</sup> F. Champeaux, « *Le Conseil d'État abandonne le coemploi* », SSL 2016, n°17446

<sup>289</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>290</sup> B. Gomes, « *Le coemploi en voie de disparition* », Dr. Ouvrier, avril 2021, n°872

<sup>291</sup> Q. Chatellier, « *Le "véritable employeur", alternative confirmée au coemploi sociétaire* », *op. cit.*

**161. Confusion.** La Cour considère que cette nouvelle définition s'imposait selon un impératif de « *sécurité juridique* »<sup>292</sup>, les juges du fond appliquant des visions divergentes du coemploi sociétaire et la Cour de cassation souhaitant faire cesser ces applications parallèles à l'orthodoxie qu'elle souhaitait voir prospérer. La volonté est évidemment louable et la Cour essaye de faciliter l'application des critères de qualification du coemploi en les explicitant. Le plus grand défaut de la notion de coemploi sociétaire était l'absence de contours précis, ce qui se répercutait sur les arrêts des juges du fond. Cet arrêt pose donc une « *nouvelle définition du coemploi se voulant plus explicite* »<sup>293</sup> afin de faciliter la tâche des juges du fond. Néanmoins la confusion demeure : pour le professeur Auzero, les discussions sur les fondements du coemploi reviennent à « *jouer sur les mots* »<sup>294</sup>, la nature du coemploi n'étant pas précisée de manière explicite par la Cour.

Quoi qu'il en soit, le juge du fond a tenu compte de l'arrêt *AGC* et l'on constate d'ores et déjà une application de la nouvelle définition du coemploi sociétaire. Reprenant mot pour mot la définition posée par la Cour de cassation dans l'arrêt *AGC*, la cour d'appel de Bourges, dans un arrêt de février 2021<sup>295</sup>, reconnaît l'existence du coemploi au vu des éléments présentés : la société-mère et la filiale partageaient le même siège social, le même gérant, opéraient dans le même secteur et les salaires des salariés de la filiale étaient versés par la société-mère. Au vu du contrôle strict qu'opère la Cour de cassation, voir cette affaire portée en cassation pourrait être utile pour tester l'application du coemploi post-*AGC*.

**162. Transition.** Voici en somme l'état du coemploi sociétaire à l'heure où ses lignes sont couchées sur le papier. Le coemploi a de manière évidente « *la peau dure* »<sup>296</sup>, essayer se déclarer sur la forme qu'il prendra dans les mois et années qui viennent relève donc plus de la divination que de l'analyse juridique.

A l'inverse, la procédure de reconnaissance du coemploi est relativement stable, se rattachant avant tout au contrat de travail.

### **Sous-section 3 : La reconnaissance du coemploi sociétaire**

---

<sup>292</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>293</sup> *Ibid.*

<sup>294</sup> G. Auzero, « *Le coemploi bouge encore !* », *op. cit.*

<sup>295</sup> CA Bourges, 19 février 2021, n°18/00303

<sup>296</sup> C. Gaillhaud, « *Dernière étape de la construction prétorienne de la notion autonome de coemploi ?* », BJE mars 2021, n°118m6, p. 57

**163. Une action personnelle.** L'action en reconnaissance du coemploi est une action exclusivement rattachée au salarié. L'action repose en effet sur la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail vis-à-vis du coemployeur. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que cette action en reconnaissance d'un contrat de travail ne pouvait être portée que par le salarié qui se prévalait dudit contrat<sup>297</sup>. En général, la Cour de cassation rattache toutes les actions relatives au contrat de travail au salarié : seul ce dernier peut en demander la reconnaissance ou la requalification<sup>298</sup>.

Aussi, la demande de reconnaissance d'une situation de coemploi doit être portée par le salarié. Dans un arrêt de 2014, la Cour d'appel de Paris considère que cette action se rattachant au contrat de travail – étant donné que le salarié demande *in fine* la reconnaissance d'un contrat de travail entre sa personne et le coemployeur – seul le salarié est capable de la porter devant les juridictions prud'homales<sup>299</sup>, ces dernières étant les seules compétentes au nom de l'article L. 1411-1 du Code du travail. Précision importante ajoutée par la cour d'appel : de cette qualité personnelle de l'action en reconnaissance du coemploi découle une impossibilité pour l'AGS – cette dernière étant subrogée dans les droits des salariés licenciés – de porter une telle action devant le juge prud'homal. Les juges d'appel décident en effet que l'AGS n'a pas qualité à agir.

**164. Une action judiciaire.** La question s'était posée de savoir si l'Administration pouvait valablement reconnaître une situation de coemploi. Cette dernière intervient évidemment à l'occasion de la validation ou homologation d'un PSE ou lors du licenciement d'un salarié protégé, cas à l'occasion desquels des salariés pourraient demander à faire reconnaître une situation de coemploi.

Dans un arrêt de septembre 2015, la Cour de cassation réfute une telle possibilité et affirme que l'Administration n'est pas compétente pour se prononcer sur la reconnaissance d'une situation de coemploi<sup>300</sup>. L'affaire en présence concernait une reconnaissance de coemploi dans le cadre du licenciement d'un salarié protégé. Le professeur Pagnerre relève qu'afin d'accorder l'autorisation préalable au licenciement, l'inspection du travail n'est compétente que pour vérifier l'existence d'un ou plusieurs mandats, le respect des procédures légales, la réalité et le sérieux du motif de licenciement invoqué, l'absence de lien avec l'activité syndicale ou le mandat et l'absence d'un motif d'intérêt général qui pourrait justifier le maintien

---

<sup>297</sup> Cass. soc., 23 janvier 2008, n°05-16.492.

<sup>298</sup> v. au sujet d'une requalification d'un contrat à durée déterminée Cass. soc., 7 avril 2004, n°02-40.231.

<sup>299</sup> CA Paris, 17 juin 2014, n°12/06132

<sup>300</sup> Cass. soc., 30 septembre 2015, n°13-27.872

en poste du salarié protégé : en aucun cas la loi n'autorise l'inspecteur du travail à vérifier l'existence du contrat de travail, et donc à fortiori celle d'une situation de coemploi<sup>301</sup>.

Le Professeur Loiseau considère néanmoins que si « *aucun texte ne donne compétence à l'administration du travail pour apprécier la qualité d'employeur d'un tiers à la relation de travail relativement à laquelle elle est saisie, spécialement pour en autoriser la rupture s'agissant d'un salarié protégé, aucun texte ne lui dénie à l'inverse formellement cette compétence* » et donc qu'en conséquence « *rien ne justifie rationnellement de l'écarter* »<sup>302</sup>. Il considère en effet que l'administration étant chargée de contrôler la véracité du motif économique invoqué par l'employeur, elle se doit de « *porter une appréciation globale sur la situation pour apprécier le caractère suffisant des efforts de reclassement de l'employeur à l'échelle des différentes entreprises du groupe, tenant compte en conséquence de l'allégation d'un coemploi sans pour autant se prononcer expressément sur celui-ci* »<sup>303</sup>. La décision de la Cour de cassation lui apparaît alors comme trop stricte, cette dernière réservant l'appréciation du coemploi au seul juge judiciaire.

**165. Transition.** Le coemploi sociétaire est une notion complexe dans sa qualification. Il est assez simple de constater, au vu des évolutions du coemploi sociétaire, avec quelle difficulté les praticiens de droit peuvent cerner les frontières de son application. Le coemploi juridique, à l'inverse, incarne la clarté juridique, application limpide du lien de subordination juridique à une relation plurielle.

La présentation « *temporelle* » du coemploi – opposant « *ancien coemploi* » en lieu et place du coemploi juridique et « *nouveau coemploi* » pour le coemploi sociétaire – n'a plus lieu d'être. Le coemploi sociétaire n'est pas la notion révolutionnaire qu'elle présageait être en 2011 avec les arrêts *Jungheinrich* et *Métaleurop*, les opposer d'une telle manière est illogique et la doctrine s'accorde aujourd'hui à considérer les deux notions côte à côte, séparées par leur méthode de qualification.

Le caractère autonome du coemploi sociétaire faisait désordre, certains auteurs considérant que l'absence de contrat de travail et donc de lien de subordination juridique suffisait à écarter sa qualification<sup>304</sup>. Il demeure que la notion s'est imposée dans le temps et semble à *priori* ne pas être sur son lit de mort, pour reprendre la thématique mortuaire usitée avec récurrence par la doctrine.

---

<sup>301</sup> Y. Pagnerre, « *Reconnaissance du coemploi et autorisation administrative de licenciement* » JCP S 2015, n°46, p. 1559

<sup>302</sup> G. Loiseau, « *Le coemploi : une compétence réservée du juge judiciaire ?* », JCP S 2015, n°46, p. 1414

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> P.H. Antonmattei, « *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme !* », *op. cit.*

## TITRE II : EFFETS DU COEMPLOI

**166. Concordance.** Il a été vu *supra* que la qualification du coemploi sociétaire servait de décor à de nombreuses controverses doctrinales quant à la nature du coemploi et ses modalités, et qu'à l'inverse le coemploi juridique n'était qu'une application classique des règles du contrat de travail.

Une telle différence dans l'application de la notion laisserait supposer que le régime du coemploi – considéré de manière générale et non selon ses modalités de qualification – divergerait grandement selon la forme de coemploi envisagé. Force est de constater que le juge accorde les mêmes effets aux coemplois sociétaire et juridique.

**167. Impératif de justice.** Les effets du coemploi sont complexes à envisager. Le coemploi est une réaction à des abus, que ce soit face à des pratiques préjudiciables aux salariés au sein de groupes de sociétés ou des cas de fraude et de fictivité de l'employeur, derrière lequel se dissimule un véritable employeur qui souhaite éluder l'application de normes légales. La notion de coemploi trouve sa justification dans un impératif de justice, la volonté d'assurer aux salariés une réparation du préjudice subi.

La volonté est évidemment louable, néanmoins, un simple constat de l'application du coemploi ne permet pas de déterminer l'intégralité de ses effets. Comme il a été dit, le coemploi est une création jurisprudentielle, sa construction est donc intrinsèquement dépendante des espèces auxquelles elle a vocation à s'appliquer. L'élaboration du coemploi est tributaire de contentieux de rupture du contrat de travail, souvent à l'occasion de cessation d'activité pour le cas du coemploi sociétaire.

**168. Sombre clarté.** Si cet impératif de justice se retrouve effectivement dans des cas de licenciements pour motif économique où la mise en place d'un PSE a été éludée par des pratiques abusives au sein d'un groupe de sociétés, les salariés souhaitant attirer la société-mère afin de lui demander des dommages-intérêts pour non-application des obligations propres aux grands licenciements pour motif économique, quid de demandes dépassant le licenciement ? En effet, le coemploi a une nature contractuelle. L'arrêt *AGC* de 2020 a clarifié la situation, la Cour précisant dans la note explicative « *la recherche et la reconnaissance d'un coemployeur n'a pas pour fonction première d'indemniser un préjudice, mais constitue une "technique d'imputation d'obligations légales"* ». Le coemploi dépasse donc la simple logique

indemnitaires, délictuelle : il se rapproche d'une notion contractuelle, entraînant l'application d'obligations légales. Ces obligations légales découlent cependant d'une source : le contrat de travail. C'est car le salarié est lié à son employeur par un contrat de travail que ces obligations légales trouvent à s'appliquer. Preuve supplémentaire, l'arrêt *AGC* est rendu au visa de l'article L. 1221-1 du Code du travail, sur le respect par le contrat de travail du droit commun des contrats.

La nature du coemploi est clarifiée, mais cette clarification entraîne une multitude de questions supplémentaires. Ainsi, étant donné que le coemploi est basé sur le contrat de travail, une situation de coemploi pourrait-elle amener à obtenir le bénéfice d'un accord collectif ? Aussi, des salariés d'une filiale pourraient-ils demander l'application d'un accord d'entreprise signé au sein de la société-mère ? De manière similaire, ces mêmes salariés pourraient-ils – au nom de l'égalité de traitement – obtenir des avantages détenus par les salariés de la société-mère ? Et ces salariés de la société-mère pourraient-ils faire de même quant aux avantages des salariés de la filiale ? Ces questions ne sont pas répondues par la jurisprudence, étant donné que le coemploi trouve à s'appliquer avant tout à des cas de licenciement économique. Mais ces zones d'ombre demeurent. Zones d'ombre que l'on retrouve d'ailleurs quant à la nature même des obligations créées par le coemploi : les condamnations sont prononcées *in solidum*, mais toutes les obligations de l'employeur peuvent-elles être solidaires ? Certaines ne sont-elles pas indissociables de la personne de l'employeur ?

**169. Application téléologique.** Les effets du coemploi ne sont donc pas précisés par la jurisprudence de manière non équivoque. Ainsi, la Cour de cassation s'est principalement prononcée sur l'application du coemploi en cas de rupture du contrat de travail, et plus particulièrement à l'occasion de licenciement pour motif économique.

Néanmoins le doute subsiste quant à une application du coemploi à l'exécution du contrat de travail. Tout laisse penser que le coemploi est intrinsèquement une notion téléologique, qui doit « être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités »<sup>305</sup>, visant en effet à assurer aux salariés une réparation en cas de rupture de leur contrat de travail. Néanmoins, la notion ne peut seulement se limiter à cette application à l'occasion de la rupture du contrat de travail. En mobilisant en base contractuelle, la Cour de cassation a *de facto* étendu la notion de coemploi à toutes les obligations légales découlant du contrat de travail.

---

<sup>305</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant : « *Vocabulaire Juridique* », 11<sup>ème</sup> édition, p. 1016

**170. Plan.** Cette situation amène la doctrine à s'interroger sur les possibles applications du coemploi ainsi que ses effets. Il convient d'examiner les effets que le coemploi produit entre les coemployeurs (Chapitre 2), étant bien souvent une manifestation de ceux créés vis-à-vis des salariés (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : EFFETS À L'ÉGARD DES SALARIÉS**

**171. Plan.** Le coemploi est une notion fonctionnelle, visant à produire certains effets au bénéfice du salarié. La majorité de ces effets se manifestent lors de la rupture du contrat de travail, le salarié cherchant à atteindre un tiers au contrat de travail, responsable de la rupture ou à *minima* solvable. La jurisprudence ne s'est pas encore étendue sur une application du coemploi à l'exécution du contrat de travail, rendant tout développement sur ces possibles effets incertains. La doctrine s'est cependant attachée à déceler de possibles applications du coemploi en dehors de la rupture du contrat de travail.

Aussi, l'étude des effets du coemploi à l'égard des salariés passe par celle de la rupture du contrat de travail (Section 1) ainsi que sa possible application à l'exécution du contrat de travail (Section 2).

### **Section 1 : Rupture du contrat de travail**

**172. Adjonction d'un nouvel employeur.** Le coemploi se manifeste avant tout lors de la rupture du contrat de travail, la reconnaissance du coemploi antérieurement à la rupture relevant « *du cas d'école* »<sup>306</sup>. L'étude des espèces des arrêts en la matière révèle un certain schéma : une filiale se trouve exsangue suite à des décisions prises par la société-mère – voire la société grand-mère – et se retrouve en liquidation judiciaire (v. *supra* : §136 et s.). Les salariés sont licenciés sur la base d'un motif économique pour cause de cessation totale d'activité : ils se retournent contre la société tierce – membre du groupe – qui, par ses décisions et son implication dans la gestion économique et sociale de sa filiale, a causé les licenciements.

La qualification de coemploi implique un effet majeur, duquel vont fleurir plusieurs effets pratiques. Le coemploi étant de nature contractuel<sup>307</sup>, sa reconnaissance entraîne *ipso facto* l'application des obligations légales s'attachant au contrat de travail, ainsi que celles des questions auxiliaires orbitant autour du contrat de travail : mise en œuvre des règles

---

<sup>306</sup> G. Loiseau, « *Coemploi et groupe de société* », JCP S 2011, n°47, p. 1528

<sup>307</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

européennes<sup>308</sup>, compétence des juridictions prud'homales<sup>309</sup> et application de la loi applicable en raison du lieu habituel d'exécution du contrat de travail<sup>310</sup>.

La reconnaissance d'une situation de coemploi a donc pour effet d'adjoindre une nouvelle partie à la relation contractuelle, le coemployeur étant « *un employeur à part entière, soumis, rétrospectivement, aux mêmes obligations, comme si un lien de subordination avait existé tout au long de l'exécution du contrat de travail* »<sup>311</sup>.

**173. Plan.** Cette qualité entraîne plusieurs effets quant à la rupture du contrat de travail du salarié. Étant considéré comme un employeur, le coemployeur se voit soumis aux obligations légales propres à la rupture du contrat de travail (Sous-section 1), devant ainsi contribuer au versement des indemnités dues (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Application du régime légal du licenciement**

**174. Plan.** Le coemployeur étant considéré comme un employeur, il se voit soumis aux obligations légales s'appliquant à l'employeur en cas de rupture du contrat de travail. Le coemploi donnant lieu à s'appliquer avant tout dans des cas de licenciement pour motif économique, il apparaît plus pertinent de se limiter à l'étude de ce régime.

En adaptant certaines obligations propres aux licenciements pour motif économique (§1), le coemploi exclut *de facto* la cessation d'activité comme cause réelle et sérieuse du licenciement (§2).

#### **§1 : Adaptation du régime du licenciement pour motif économique**

**175. Rupture *erga omnes*.** La Cour de cassation a pu juger que « *lorsqu'un salarié est lié à des coemployeurs par un contrat de travail unique, le licenciement prononcé par l'un d'eux, qui met fin au contrat de travail, est réputé prononcé par tous* »<sup>312</sup>. Cette position gouverne l'adaptation du régime du licenciement en cas de coemploi. Le licenciement est prononcé par l'employeur de droit, mais tout coemployeur qui se verrait adjoindre au contrat à l'occasion d'une

---

<sup>308</sup> Règl. n°44/2001/CE, 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 18 à 21

<sup>309</sup> Cass. soc., 30 novembre 2011, n°10-22964

<sup>310</sup> Cass. soc., 8 février 2012, n°10-28537

<sup>311</sup> C. Gailhbaud, « *De la théorie du coemployeur à la notion de coemploi* », Gaz. Pal. 4 août 2012, p. 11

<sup>312</sup> Cass. soc., 1 juin 2004, n°01-47.165

action en reconnaissance d'une situation de coemploi serait considéré – de manière rétroactive – comme étant aussi à l'origine du licenciement.

La position est sévère. Si le coemploi porte atteinte au principe de l'effet relatif des contrats, comme il a été vu (v. *supra* : §11), cette atteinte se poursuit d'une différente manière quant à l'imputabilité au coemployeur d'une décision prise par une autre personne, l'employeur de droit. Évidemment, dans les faits rencontrés, cette décision de licenciement trouve bien souvent son origine au niveau du coemployeur, la société-mère par exemple, qui décide de faire cesser l'activité de sa filiale. La jurisprudence reconnaît de plus qu'en cas d'employeur pluriels, le licenciement d'un salarié doit être justifié par tous les employeurs<sup>313</sup>. Appliquée au coemploi, cette position entraîne une appréciation globale du licenciement. Le coemploi permet, de plus, de contester le motif du licenciement devant la juridiction prud'homale, et ce même en cas d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire, ce qui en temps normal est impossible et doit s'opérer devant le juge de la procédure collective<sup>314</sup>.

**176. Plan.** L'obligation de reclassement (I) ainsi que la mise en place d'un PSE (II) sont adaptées en cas de reconnaissance d'une situation de coemploi.

#### I : Appréciation de l'obligation de reclassement

**177. Dernière chance.** L'obligation de reclassement se veut être une dernière chance avant le licenciement pour motif économique, l'opportunité pour l'employeur de conserver le salarié sur un autre poste, semblable à celui qu'il occupe. L'article L. 1233-4 du Code du travail précise ainsi que le licenciement pour motif économique ne peut être prononcé qu'après l'accomplissement par l'employeur de tous les efforts de formation et d'adaptation possible, ainsi que la recherche d'un poste de reclassement.

Ce reclassement doit s'opérer sur des « *emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* »<sup>315</sup>. A noter que la recherche de reclassement envoyée aux membres du groupe n'a pas besoin de contenir les informations personnelles du salarié à qui l'offre est destinée<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> Cass. soc., 9 janvier 2008, n°06-44.522

<sup>314</sup> C. Davico-Hoarau, « *Groupe de sociétés : incertitudes et dangers du coemploi* », *op. cit.*

<sup>315</sup> Article L. 1233-4, Code du travail

<sup>316</sup> Cass. soc., 17 mars 2021, n°19-11.114

**178. Sanction automatique.** Le coemploi vient profondément perturber cette obligation. La chambre sociale a ainsi jugé que « *le licenciement pour motif économique décidé et prononcé par l'un des coemployeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences, notamment au regard de l'obligation de reclassement* »<sup>317</sup>. La sanction tombe comme un couperet. Si l'action en reconnaissance d'une situation de coemploi prospère, le coemployeur se verra automatiquement tenu par cette obligation de reclassement. Cependant, les licenciements ont déjà été prononcés : le coemployeur a donc violé de manière rétroactive son obligation de reclassement à l'égard des salariés.

Cette position se retrouve dès le début du coemploi sociétaire, avec l'arrêt *Aspocomp* dans lequel la chambre sociale affirme que la société-mère « *ne démontrait pas avoir procédé à une recherche sérieuse de reclassement, ni avoir envisagé des solutions alternatives au licenciement* »<sup>318</sup>. Ainsi, le coemployeur – reconnu comme tel au cours d'un litige – se voit tenu par la procédure de licenciement engagé par l'employeur de droit. Cette approche se comprend parfaitement compte tenu de l'objet du coemploi : atteindre l'entité à l'origine du licenciement, et ce en dépassant celle qui met ce dernier en œuvre. La sanction est claire : l'obligation de reclassement n'ayant pas été respectée, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

**179. Transition.** La reconnaissance d'une situation de coemploi se répercute aussi sur l'obligation de mise en place d'un PSE.

## II : Appréciation de la mise en place d'un PSE

**180. Grand licenciement.** Le PSE doit être mis en place par l'employeur à l'occasion de licenciement impliquant la suppression de plus de dix emplois sur une période de trente jours, et ce dans les entreprises d'au moins cinquante salariés<sup>319</sup>.

L'article L. 1233-62 précise les différentes mesures devant être intégrées dans le plan, notamment les mesures de reclassement interne et externe, les actions de formation, de soutien à la création d'activité nouvelle, etc. *In fine*, le rôle du PSE est de démontrer que l'employeur a envisagé toutes les solutions alternatives au licenciement, avant de le prononcer.

---

<sup>317</sup> Cass. soc., 12 septembre 2012, n°11-12.351

<sup>318</sup> Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42.570

<sup>319</sup> Article L. 1233-61, Code du travail

**181. Considérations fonctionnelles.** Le coemploi présente l'inconvénient d'ajouter un employeur à la relation contractuelle. Comment cet ajout doit-il s'articuler avec la mise en place du PSE ? Selon le Professeur Cesaro, deux solutions s'ouvraient à la Cour de cassation : reconnaître qu'un « *plan commun* » pouvait être proposé par les coemployeurs, ou que ces derniers devaient présenter autant de plans distincts qu'il existait de coemployeur<sup>320</sup>.

La chambre sociale a au final tranché en faveur de l'établissement de plusieurs plans, pour chaque coemployeur<sup>321</sup>. La reconnaissance du coemploi, après le prononcé des licenciements, aura donc toujours pour conséquence la nullité du plan établi par l'employeur de droit, le coemployeur n'ayant pas établi le sien, et donc la nullité des licenciements prononcés<sup>322</sup>.

On constate ici la nature fonctionnelle du coemploi. Sa reconnaissance implique nécessairement une sanction pour le coemployeur, qui aurait dû mettre en place le PSE<sup>323</sup>. On imagine difficilement une société-mère mettre en place en son sein un PSE – par pure précaution – sa filiale prononçant des licenciements. Les seuls coûts qu'implique la mise en place du PSE sont réhibitifs<sup>324</sup>. Ainsi, le Professeur Auzero note le caractère « *déclaratif* » du jugement reconnaissant une situation de coemploi<sup>325</sup>. Le coemployeur est débiteur de la mise en place du PSE, même si le coemploi est reconnu après la mise en œuvre des licenciements.

**182. Transition.** Cette adaptation du licenciement pour motif économique aux situations de coemploi présente donc des aménagements simples à aborder, car déjà traités par la jurisprudence. Néanmoins, plusieurs questions restent en suspens : quid de la proposition d'un contrat de sécurisation professionnelle<sup>326</sup> ? du congé de reclassement dans les entreprises de plus de 1000 salariés<sup>327</sup> ? de la priorité de réembauche<sup>328</sup> ? de l'application des critères d'ordre<sup>329</sup> ? Ces questions restent pour l'instant sans réponse. La Cour précise bien que les coemployeurs doivent supporter les conséquences du licenciement, « notamment l'obligation de reclassement ». Ce « notamment » implique que toutes les obligations inhérentes au licenciement pèsent sur les coemployeurs. De futures actions développeront peut-être les effets du coemploi quant au régime du licenciement pour motif économique. Quelques

---

<sup>320</sup> J.F. Cesaro, « *Le coemploi* », *op. cit.*

<sup>321</sup> Cass. soc., 22 juin 2011, n°09-69.021

<sup>322</sup> Article L. 1235-10, Code du travail

<sup>323</sup> G. Loiseau, « *Coemploi et groupe de société* », *op. cit.*

<sup>324</sup> G. Auzero, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », *op. cit.*

<sup>325</sup> G. Auzero, « *Les effets d'une situation de coemploi* », BJS déc. 2012, n° JBS-2012-0464, p. 881

<sup>326</sup> Art. L. 1233-65, Code du travail

<sup>327</sup> Art. L. 1233-77, Code du travail

<sup>328</sup> Art. L. 1233-45, Code du travail

<sup>329</sup> v. sur ce point B. Reynès, « *La théorie du coemploi* », JCP S 2012, n°27, p. 1292

éclaircissements quant à la consultation des institutions représentatives du personnel se trouvent néanmoins dans la jurisprudence européenne, la CJUE (alors CJCE) précisant que seul l'employeur de droit est débiteur des obligations d'information, de consultation et de notification<sup>330</sup>.

Au demeurant, les effets du coemploi énoncés ci-dessus ont pour incidence certaine d'évincer l'application de la cessation d'activité comme cause réelle et sérieuse de licenciement.

## **§2 : Mise à l'écart de la cessation d'activité**

**183. Cause autonome.** Selon l'article L. 1233-3 du Code du travail, 4<sup>ème</sup>, la cessation d'activité de l'entreprise est une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique.

Ce motif est autonome, aussi elle n'a pas, selon le Professeur Couturier, à « *s'expliquer par des circonstances contraignantes [...] et doit être considérée indépendamment de ces autres motifs que sont les difficultés économiques et les nécessités tenant à la concurrence* »<sup>331</sup>. Le Professeur Géa précise « *qu'il faut comprendre par-là que c'est la cessation d'activité, et non, le cas échéant, la raison économique qui la précède, qui est de nature, en tant que telle, à justifier les ruptures* »<sup>332</sup>, exception faite, comme il a été vu (v. *supra* : §117), d'une faute de l'employeur ou de sa légèreté blâmable.

**184. Neutralisation.** La jurisprudence de la Cour va néanmoins limiter l'application de ce motif. Ainsi, en cas de reconnaissance d'une situation de coemploi, la cessation d'activité de l'employeur de droit n'est plus autonome : elle doit s'expliquer par l'un des trois autres motifs mentionnés à L. 1233-3 du Code du travail, les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la sauvegarde de la compétitivité<sup>333</sup>.

Pour le Professeur Loiseau, cette neutralisation s'explique puisque « *l'entreprise coemployeur demeurant en activité, le motif économique n'est pas caractérisé au regard de la situation des deux entreprises coemployeurs, ce que commande pourtant la confusion des situations d'emploi. Cela revient alors à considérer que, en cas de coemploi, le motif*

---

<sup>330</sup> CJCE 10 septembre 2009, *Akavan et a. c/ Fujitsu Siemens Computers*, aff. 44-08

<sup>331</sup> G. Couturier, « *La fermeture d'une filiale, les recours des salariés licenciés* », Dr. Soc., 2011, p. 372

<sup>332</sup> F. Géa, « *La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements* », RDT, 2011, P. 168

<sup>333</sup> Cass. soc., 10 janvier 2011, n° 09-69.199

*économique de rupture doit être commun aux deux sociétés qui sont dans un rapport d'emploi, de droit ou de fait, avec la même collectivité de salariés »<sup>334</sup>.*

Encore une fois, l'adaptation du régime du licenciement pour motif économique s'explique par les critères de qualification du coemploi : l'immixtion économique et sociale justifie que l'on considère le coemployeur comme un employeur à part, débiteur lui aussi des obligations légales qu'entraîne la mise en œuvre de licenciements.

**185. Transition.** Ces effets trahissent la nature fonctionnelle du coemploi. Reconnu après la rupture du contrat de travail, le coemploi permet de déclarer le licenciement comme étant sans cause réelle et sérieuse. Cette reconnaissance rétroactive de la qualité d'employeur a un objet : assurer aux salariés le bénéfice des indemnités de licenciement.

## **Sous-section 2 : Participation à la dette indemnitaire**

**186. Sanction.** Le Professeur Loiseau résume de manière limpide que « *la technique du coemploi est le moyen de mettre rétrospectivement à la charge d'une société qui n'a pas contracté avec les salariés licenciés les obligations attachées à la qualité d'employeur en cas de licenciements pour motif économique et de justifier subséquemment son assujettissement à la dette de réparation en lui faisant supporter les conséquences financières de leur inexécution* »<sup>335</sup>.

Le coemployeur se voit qualifié – de manière rétroactive – d'employeur des salariés. Les licenciements étant déjà prononcés, il viole automatiquement les obligations afférentes à la rupture du contrat de travail. Ces dernières sont alors déclarées comme étant sans cause réelle et sérieuse, ce qui implique le versement d'indemnités au profit du salarié. Se rattachant à la nature fonctionnelle du coemploi – voire téléologique – cette participation à la dette indemnitaire est le fondement du coemploi, notion découlant avant tout d'un objectif de justice sociale.

**187. Logique mécanique.** L'imputation est « *implacable* »<sup>336</sup>. Le coemployeur se voit tenu de verser aux salariés les indemnités de rupture dues au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, en application de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Ces indemnités peuvent

---

<sup>334</sup> G. Loiseau, « *L'identification des effets du coemploi* », *op. cit.*

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> *Ibid.*

aussi être dues pour nullité du licenciement, notamment en cas d'absence de mise en place d'un PSE<sup>337</sup>.

La Cour de cassation a en effet reconnu que « *chacun des coemployeurs devait indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, peu important que la qualité de coemployeur n'ait été reconnue qu'après les licenciements, dès lors que cette situation existait au moment de leur mise en œuvre* »<sup>338</sup>. Le coemploi est en somme rétroactif, il s'apprécie sur une période antérieure à sa reconnaissance, afin de saisir les moments où ses faits constitutifs se retrouvaient déjà.

Cela pose la question de l'appréciation temporelle du coemploi : serait-il possible de contester une telle reconnaissance en arguant qu'au moment de la mise en œuvre des licenciements, les critères du coemploi n'étaient pas réunis, nonobstant des manœuvres passées qui pourraient justifier la qualification de coemploi ? La jurisprudence n'a pas encore abordé cette question.

**188. Recherche du *solvens*.** Ce qui anime les salariés lancés dans une action en reconnaissance d'une situation de coemploi est « la recherche du créancier solvable ». L'employeur de droit est en effet bien souvent en liquidation judiciaire, et atteindre le coemployeur encore solvable est un moyen de s'assurer le versement des indemnités dues.

Pour le Professeur Loiseau, il y a ici un emballement. Si l'appréciation du motif économique pouvait se comprendre, imputer au coemployeur – qui, il faut le rappeler, est à l'origine un tiers au contrat de travail – le paiement des indemnités de rupture et ce en l'absence de faute représente une atteinte considérable à l'effet relatif des conventions. Il relève de plus que ce mécanisme peut entraîner un débordement du coemploi, qui dépasserait son cadre<sup>339</sup>.

**189. Transition.** Le coemploi produit la majorité de ses effets connus lors de la rupture du contrat de travail. Néanmoins, il demeure que le coemployeur est selon la jurisprudence un employeur au même titre que l'employeur de droit. Une vision globale du coemploi pourrait donc amener le juge à examiner des cas de coemploi liés à l'exécution du contrat de travail, et non seulement sa rupture.

## **Section 2 : Exécution du contrat de travail**

---

<sup>337</sup> Cass. soc., 22 juin 2011, n°09-69.021

<sup>338</sup> Cass. soc., 12 septembre 2012, n°11-12.351

<sup>339</sup> G. Loiseau, « *L'identification des effets du coemploi* », *op. cit.*

**190. Plan.** La position de la jurisprudence quant à la nature contractuelle du coemploi implique que les coemployeurs sont redevables de toutes les obligations inhérentes à l'exécution du contrat de travail. La jurisprudence n'a cependant pas encore précisé l'application de ces effets. Ces effets sont cependant imprévisibles, et, si consacrés, entraîneraient une insécurité juridique conséquente. Si certains auteurs considèrent que la reconnaissance du coemploi hors rupture du contrat de travail relève d'un « *cas d'école* »<sup>340</sup>, pour d'autres cette possibilité ne devrait pas être écartée<sup>341</sup>.

Tout en restant donc dans le domaine du prospectif, seront abordées les indemnités contractuelles (Sous-section 1), l'organisation collective des salariés (Sous-section 2) ainsi que l'égalité de traitement (Sous-section 3).

### **Sous-section 1 : Imputation des indemnités contractuelles**

**191. Extension.** Toujours en application de la nature contractuelle du coemploi, des requérants ont pu présenter devant des juges du fond des demandes afférentes à des indemnités dues au titre de l'exécution du contrat de travail. Ainsi, des demandes de rappel de salaire<sup>342</sup> ou de fourniture de travail et par extension des salaires liés<sup>343</sup> ont pu être présentées à l'occasion de litiges en appel.

Si ces demandes s'étaient alors limitées à des litiges au fond, et n'ont pas prospéré devant la Cour de cassation, on voit bien que suite à la consécration du coemploi sociétaire en 2011, la notion a connu un regain de popularité et se présentait comme un moyen nouveau - même si comme il a été vu le coemploi n'est pas un mécanisme nouveau - afin d'obtenir le versement d'indemnités.

**192. Débordement.** Le Professeur Loiseau critique fortement cette tendance cherchant à étendre le coemploi au-delà des cas de rupture du contrat de travail. Il avance ainsi que les demandes afférentes à l'exécution du contrat de travail ne peuvent trouver leur source que dans l'existence d'un lien de subordination juridique entre le salarié et l'employeur. En dehors de ce lien, le coemploi ne doit pas amener à imputer les obligations découlant du contrat de travail à un tiers à ce dernier qui ne présente pas les caractéristiques d'un lien de subordination à l'égard du salarié<sup>344</sup>.

---

<sup>340</sup> G. Loiseau, « *Coemploi et groupe de société* », *op. cit.*

<sup>341</sup> G. Auzero, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », *op. cit.*

<sup>342</sup> CA Douai, 29 mars 2013, n°11/04058

<sup>343</sup> CA Reims, 11 juillet 2012, n°12/00274

<sup>344</sup> G. Loiseau, « *L'identification des effets du coemploi* », *op. cit.*

Pour d'autres auteurs, la Cour de cassation se devait de préciser si l'immixtion dans la gestion sociale et économique de la filiale était révélatrice d'un lien de subordination, permettant ainsi d'appliquer clairement le régime du contrat de travail, et donc d'obtenir le versement d'indemnités afférentes à l'exécution de ce dernier<sup>345</sup>.

La jurisprudence de la Cour de cassation a bien précisé ce point, mais en avançant qu'un lien de subordination n'était pas nécessaire pour caractériser le coemploi sociétaire, consacrant ainsi son autonomie<sup>346</sup>. Une notion autonome signifie donc un régime autonome. Les effets du coemploi quant à l'exécution du contrat de travail demeurent troubles.

**193. Transition.** Cette absence de clarté se retrouve quant à l'impact du coemploi sur les relations collectives de travail au sein des coemployeurs.

## **Sous-section 2 : Organisation collective des salariés**

**194. Plan.** L'adjonction d'un autre employeur à la relation de travail bouleverse de manière évidente les relations collectives de travail au sein des entités concernées. Aussi, le coemploi pourrait bien produire des effets quant au statut collectif applicable aux salariés (§1), ainsi que la mise en place des institutions représentatives du personnel (§2).

### **§1 : Statut collectif des salariés**

**195. Hypothèse.** Le statut collectif des travailleurs dépend pour sa majeure partie du cadre dans lequel ont été négociés les accords pertinents : groupe, entreprise, établissement. Le coemploi bouscule les lignes de ces divisions.

Le Professeur Auzero considère que la reconnaissance du coemploi a pour effet de mettre de côté la personne morale de l'employeur de droit, ne laissant subsister que le coemployeur. Ainsi, à titre d'exemple, les « *accords collectifs éventuellement conclus au niveau de la filiale doivent rester applicables aux salariés qui y travaillent, non plus en tant qu'accord d'entreprise mais en tant qu'accord d'établissement* »<sup>347</sup>, et de manière similaire les accords signés au niveau du coemployeur ne doivent pas être étendus à la filiale, devenue établissement, tant qu'elle continue d'exercer son activité de manière autonome. Cette logique s'appliquera également à la convention de branche de la société-mère, devenue coemployeur, qui ne s'appliquera pas

---

<sup>345</sup> C. Gailhbaud, « *De la théorie du coemployeur à la notion de coemploi* », *op. cit.*

<sup>346</sup> Cass. soc., 18 janvier 2011, n°09-69.199

<sup>347</sup> G. Auzero, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », *op. cit.*

aux salariés de la filiale qu'en cas d'absence d'autonomie dans leur activité<sup>348</sup>. Pour le Professeur Auzero, il faut avant tout se rattacher au « *champ d'application des normes conventionnelles en cause tel qu'il a été déterminé par les parties signataires* »<sup>349</sup>. Cette théorie nécessite cependant de considérer que la personne morale de l'employeur de droit disparaît, au profit de celle du coemployeur - à l'instar de la caractérisation d'une situation de fraude et la nullité d'une société - ce que le coemploi ne produit pas, au vu de la jurisprudence. On conserve en effet deux personnes morales bien distinctes.

Si les accords répondent toujours à leurs conditions légales, ils devraient se maintenir<sup>350</sup>, mais *quid* si ces dernières ne le sont plus des suites de la reconnaissance du coemploi ? de même, *quid* des accords de participation et d'intéressement ?

**196. Doutes.** Le juge de cassation n'a toujours pas abordé ces possibles effets du coemploi dans sa jurisprudence. En l'absence d'un lien de subordination, la justification de l'application du statut collectif applicable dans l'entreprise du coemployeur est tenue.

Aussi, si les décisions de cours d'appel démontrent bien que l'argument se retrouve dans les prétoires - le salarié qui demande la reconnaissance d'une situation de coemploi aurait tout intérêt à demander par là même l'application d'un statut collectif plus favorable à son cas - il ne prospère pas et le doute subsiste<sup>351</sup>.

**197. Transition.** Ces réflexions se retrouvent quant à la mise en place des institutions représentatives du personnel.

## **§2 : Institutions représentatives du personnel**

**198. Mutatis mutandis.** Pour le Professeur Auzero, la reconnaissance d'une situation de coemploi n'aurait pas d'effets « *dévastateurs* »<sup>352</sup> sur la représentation du personnel au sein des différentes entités. Suivant la même logique que pour les statuts collectifs, les institutions représentatives seraient adaptées à la nouvelle configuration, aussi il avance que d'un comité d'entreprise on passerait à un comité d'établissement<sup>353</sup>. Ce raisonnement se maintient pour le comité social et économique, après la réforme de 2016. Une instance centrale devrait être créée

---

<sup>348</sup> *Ibid.*

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> Y. Pagnerre, « *L'extension de la théorie du coemploi, source de destruction du droit du travail* », JCP S 2011, n°39, p. 1423

<sup>351</sup> CA Paris, 26 mars 2013, n°12/00068

<sup>352</sup> G. Auzero, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », *op. cit.*

<sup>353</sup> *Ibid.*

au niveau de la société-mère reconnue comme étant coemployeur<sup>354</sup>. A l'instar du statut collectif, cette vision du coemploi nécessite une disparition de la personne morale de l'employeur de droit, effet qui reste à être constaté dans la jurisprudence.

Le Professeur Pagnerre n'est pas aussi catégorique et relève que certaines instances, telles que le comité de groupe, pourraient bien disparaître, portant une atteinte au droit à la participation prévu à l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946<sup>355</sup>.

**199. Incertitudes.** Un autre pan de la doctrine fait néanmoins remarquer que la situation ne serait pas aussi tranchée que cela. La reconnaissance du coemploi hors rupture du contrat de travail pourrait ainsi mener à des situations confuses où le maintien des instances de l'employeur de droit pourrait être mis en jeu. De même, la possibilité de voir une UES reconnue au niveau des deux sociétés - employeur de droit et coemployeur – est une possibilité<sup>356</sup>.

**200. Transition.** Le statut collectif des salariés se retrouve dans une autre problématique soulevée par une étude des possibles effets du coemploi sur l'exécution du contrat de travail : l'égalité de traitement.

### **Sous-section 3 : L'égalité de traitement**

**201. Principe.** L'égalité de traitement, reposant sur la base du principe « à travail égal, salaire égal » suppose que les salariés exerçant les mêmes activités, aux mêmes niveaux et charges de responsabilités, doivent bénéficier des mêmes avantages<sup>357</sup>.

De ce postulat, la jurisprudence est venue apporter des précisions quant à l'étendue de ce principe. Ainsi, des différences de rémunération peuvent exister entre deux établissements distincts, si ces derniers ne partagent pas les mêmes caractéristiques et types d'activités<sup>358</sup>. De manière générale, afin de comparer le traitement de salariés, ces derniers doivent se trouver sur un pied d'égalité. Les différences de traitement peuvent donc être justifiées par des raisons objectives<sup>359</sup>.

---

<sup>354</sup> *Ibid.*

<sup>355</sup> Y. Pagnerre, « *L'extension de la théorie du coemploi, source de destruction du droit du travail* », *op. cit.*

<sup>356</sup> J. Grangé, « *L'arrêt Molex : le coup d'arrêt au coemploi* », SSL, n°1667, 9 mars 2015

<sup>357</sup> Cass. soc., 29 octobre 1996, n°92-43.680

<sup>358</sup> Cass. soc., 12 juillet 2006, n°05-40.980

<sup>359</sup> Cass. soc., 21 janvier 2009, n°07-43.452 ; Cass. soc., 14 novembre 2012, n°11-22.644

**202. Application.** Le principe n'a pas vocation à s'appliquer entre salariés de différentes entreprises, l'employeur n'ayant pas à donner à ses salariés les mêmes bénéfices que ceux dont bénéficient les salariés d'une autre entreprise, nonobstant son appartenance au même secteur d'activité<sup>360</sup>. Ainsi, en temps normal les sociétés d'un même groupe n'ont pas à être soumises au principe d'égalité de traitement. Cette vision rattachée à la personne morale est un argument contre l'application du principe d'égalité, les coemployeurs étant toujours des personnes morales distinctes.

Néanmoins, pour le Professeur Auzero, le principe peut s'appliquer étant donné que « les salariés de la filiale sont contractuellement liés à la société-mère. Le principe d'égalité de traitement trouve alors à s'appliquer à nouveau, comme il s'applique dans les sociétés divisées en établissements distincts »<sup>361</sup>. Des différences de traitement pourraient alors exister tant que des raisons objectives les justifient.

Une application du principe d'égalité de traitement représenterait un bouleversement conséquent du groupe, ce dernier basant parfois sa politique commerciale sur une segmentation de ses productions, avec des filiales « *low cost* » qui – tirant profit d'avantages moins coûteux accordés aux salariés – proposent des prix plus bas. La reconnaissance du coemploi mènerait certainement à une impossibilité de maintenir une telle politique, si l'égalité de traitement devait s'appliquer entre sociétés reconnues coemployeurs<sup>362</sup>.

**203. Transition.** Il apparaît assez clairement que les effets du coemploi ont avant tout une visée indemnitaire. Notion fonctionnelle, animée pour certains par un désir de « *moralisation des groupes de société* »<sup>363</sup>, il ne semble pas que le coemploi ait été pensé par la jurisprudence pour s'appliquer en dehors du crépuscule d'une société placée en liquidation judiciaire dans l'optique de fournir un autre débiteur aux salariés.

L'étude de ces effets en dehors d'une rupture du contrat de travail révèle indubitablement les zones d'ombre propres à la notion. Impossible de savoir si le coemploi doit englober des situations autres qu'un licenciement en l'absence de jurisprudence sur ces sujets. Le coemploi est une notion jurisprudentielle dans sa création, et le demeure dans son évolution. C'est à la Cour de décider s'il doit s'appliquer au-delà de la rupture du contrat de travail, et les récentes restrictions apportées par l'arrêt *AGC* quant à sa qualification ne laissent pas présager que les conseillers du Quai de l'Horloge soient prêts à franchir le Rubicon.

---

<sup>360</sup> Cass. soc., 16 septembre 2015, n°13-28.415

<sup>361</sup> G. Auzero, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », *op. cit.*

<sup>362</sup> Y. Pagnerre, « *L'extension de la théorie du coemploi, source de destruction du droit du travail* », *op. cit.*

<sup>363</sup> *Ibid.*

Si l'étendue des effets du coemploi à l'égard des salariés est confuse, il en est tout autant de la nature de ses effets à l'égard des coemployeurs.

## **CHAPITRE 2 : EFFETS À L'ÉGARD DES COEMPLOYEURS**

**204. Flou artistique.** Les effets du coemploi à l'égard des coemployeurs pourraient au premier abord apparaître comme étant les plus simples à dégager. La Cour de cassation n'apporte pas de précisions concrètes quant aux effets du coemploi entre employeurs. Dans la majorité de ses arrêts, la Cour ne fait que préciser que le coemployeur « *devait indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse* »<sup>364</sup>. L'objet du coemploi est clair, mais aucune précision quant à la nature de cette obligation.

**205. Effets multiples.** Les effets du coemploi à l'égard des coemployeurs pourraient donc bien être multiples. La Cour dit bien de manière explicite que le coemployeur est tenu *in solidum* des dettes de l'employeur de droit à l'égard des salariés au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse par exemple<sup>365</sup>.

Néanmoins, cette solidarité ne se retrouve pas pour les obligations trouvant leur source dans la rupture du contrat de travail. Ainsi l'obligation de reclassement n'est pas solidaire, auquel cas le coemployeur ne serait pas en tort, son codébiteur ayant accompli les formalités nécessaires.

Les effets en présence sont hybrides, pour ne pas dire confus. Encore une fois, la nature fonctionnelle, d'opportunité, du coemploi déteint sur son régime. Le mécanisme vise un but – l'indemnisation des salariés – et les obstacles à cet objet sont tout simplement écartés pour laisser la notion prendre plein effet. Il n'en demeure que cartographier ces effets est capital, car de là découle l'étendue du coemploi entre les coemployeurs.

**206. Plan.** Si certains effets se traduisent indubitablement par des obligations solidaires, d'autres semblent davantage se traduire par des obligations conjointes (Section 1), confusion qui révèle en réalité un mécanisme d'adjonction de débiteur (Section 2).

### **Section 1 : Pluralités d'obligations**

---

<sup>364</sup> Cass. soc., 28 septembre 2011, n°10-12.278

<sup>365</sup> Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

**207. Plan.** Après la consécration du coemploi sociétaire, la nature des obligations que les coemployeurs détiennent à l'égard des salariés est restée confuse un certain moment. Si la nature conjointe a été envisagée (Sous-section 1), il en est de même pour le caractère solidaire (Sous-section 2).

### **Sous-Section 1 : Obligations conjointes**

**208. Plan.** Une obligation conjointe implique que son accomplissement par un codébiteur libère l'autre partie de sa propre obligation. La doctrine rappelle bien que le coemploi instaure un lien contractuel entre coemployeur et salariés de l'employeur de droit<sup>366</sup>, menant à un contrat unique<sup>367</sup>, sa rupture ne pouvant intervenir qu'une seule fois<sup>368</sup>.

Les obligations contractuelles incombant à l'employeur se prêtent mal à un caractère divisible (§1), ce qui met à mal une hypothétique conjonction de ces dernières (§2).

#### **§1 : Obligations indivisibles de l'employeur**

**209. Division par zéro.** Selon le Professeur Loiseau, le coemploi ne peut pas avoir pour effet de créer des obligations conjointes entre les coemployeurs. Les obligations de l'employeur sont indivisibles, car liées à sa personne, à sa qualité d'employeur au titre du contrat de travail. Or, la conjonction d'obligation est le « *fait pour une obligation de réunir passivement plusieurs sujets qui concurrent au paiement d'une même dette* »<sup>369</sup>.

Cela suppose des obligations de l'employeur qu'elles puissent être accomplies par plusieurs sujets de droit, et ce de manière séparée. L'existence d'une dette unique suppose donc un accomplissement unique, et surtout une réparation unique en cas de violation. Or la jurisprudence a bien montré que les obligations du coemployeur à l'égard des salariés étaient indivisibles. Chaque sujet se doit d'accomplir sa propre obligation, et l'accomplissement par un des coemployeurs de son obligation ne libère pas l'autre. L'obligation de reclassement par exemple s'apprécie selon chaque employeur. Pour le Professeur Loiseau, c'est donc la preuve que les obligations ne sont pas conjointes – ni même solidaires – car étant indivisibles. Une application du droit des obligations ferait donc tomber la notion.

---

<sup>366</sup> Y. Pagnerre, « *Tiers ou partie au contrat de travail* », *op. cit.*

<sup>367</sup> Y. Pagnerre, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », *op. cit.*

<sup>368</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp), Entre employeurs et coemployeurs* » *op. cit.*

<sup>369</sup> G. Loiseau, « *L'identification des effets du coemploi* », *op. cit.*

L'enjeu s'articule autour du quotient indemnitaire. Une obligation conjointe suppose une division de la réparation entre les codébiteurs, à hauteur de la responsabilité de chacun dans le dommage. On voit bien en quoi le caractère indivisible rend complexe ce séquençage.

**210. Controverse.** Le Professeur Pagnerre réfute cette position. Selon lui, une obligation peut très bien être indivisible, et pourtant être conjointe ou solidaire. Les obligations des coemployeurs suivraient donc ce schéma, si en effet elles sont indivisibles, elles n'en demeurent pas moins conjointes<sup>370</sup>.

**211. Transition.** La situation est complexe, il demeure que le caractère conjoint des obligations du coemployeur peut trouver des arguments en sa faveur.

## **§2 : Conjonction des obligations des coemployeurs**

**212. Raisonnement par contraposée.** Pour le Professeur Morvan, l'obligation d'indemnisation ne peut pas être solidaire, elle est donc conjointe. Son argument trouve son fondement dans l'article 1313 du Code civil, disposant que la solidarité ne se présume pas, comme il sera vu (v. *infra* : §215).

Il prend pour exemple l'obligation de reclassement : sa violation s'apprécie selon chaque coemployeur. Or l'article 1315 du Code civil dispose que « *le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles* ». L'exécution d'une obligation est une exception à opposer à une demande de réparation basée sur son inexécution. L'obligation de reclassement doit s'opérer dans le groupe, ce qui signifie que l'employeur de droit, lors de la mise en œuvre des licenciements, a déjà cherché à reclasser ses salariés au sein de la société-mère – désignée comme employeur ensuite – et donc a rempli son obligation de reclassement. La reconnaissance du coemploi mène cependant à vérifier si la société-mère a, elle aussi, accompli l'obligation de reclassement. En vertu de l'article 1315 du Code civil, la société-mère pourrait soulever l'exception d'exécution de ladite obligation, ce qui n'est pas reconnue par la jurisprudence.

Au titre de ce raisonnement, le Professeur Morvan en déduit donc que l'obligation pesant sur les coemployeurs n'est pas solidaire, mais conjointe<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », *op. cit.*

<sup>371</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », *op. cit.*

**213. Dépasser la division.** Ce raisonnement n'est cependant pas partagé par le Professeur Pagnerre qui se base sur une analyse du caractère indivisible des obligations de l'employeur. Il rappelle en effet qu'une grande partie des obligations propres au contrat de travail sont indivisibles par nature, que ce soit pour le salarié avec l'exécution d'une prestation et le respect de la discipline, que pour l'employeur avec la fourniture de ladite prestation et le versement du salaire. Ces obligations ne sont pas divisibles, donc on ne peut pas en diviser l'exécution ou la réparation en cas de pluralité d'employeurs<sup>372</sup>. Sur ce point il rejoint donc le Professeur Loiseau.

Néanmoins, il considère que l'on peut tout de même demander l'exécution de la totalité de l'obligation, précisément car cette dernière est indivisible. S'il est impossible d'en obtenir une exécution partielle, seule une exécution totale peut suffire. Cette thèse se corrobore avec la jurisprudence : la Cour de cassation rappelle souvent dans ses arrêts que le coemployeur doit verser aux salariés les indemnités de licenciement, sans mention d'un fractionnement de ce versement entre coemployeur et employeur de droit, à hauteur de la responsabilité de chacun<sup>373</sup>.

**214. Transition.** La situation est complexe : les obligations propres à chaque employeur sont indivisibles, ce qui semble mettre à mal l'existence d'obligations conjointes. Cependant, la thèse avancée par le Professeur Pagnerre ouvre la voie au caractère solidaire des obligations des coemployeurs.

## **Sous-Section 2 : Obligations solidaires**

**215. Définition.** La solidarité est définie comme suit à l'article 1313 du Code civil : « *La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier* ». On en comprend l'intérêt pour un créancier : ce dernier peut demander l'intégralité de sa créance auprès d'un codébiteur – bien souvent solvable – qui devra exécuter l'intégralité de sa dette, pour ensuite se retourner vers ses codébiteurs dans une action récursoire. La facilité de l'action représente un avantage pratique indéniable.

Souvent présente en droit commercial, la solidarité se retrouve néanmoins en droit du travail, par exemple lors des transferts de contrat en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, avec une solidarité dans le paiement des salaires entre l'ancien et le nouvel employeur<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> E. Jeansen et Y. Pagnerre, « *Guide des clauses du contrat de travail* », LexisNexis, 2<sup>ème</sup> édition, 2017

<sup>373</sup> Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », *op. cit.*

<sup>374</sup> Cass. soc., 6 avril 2011, n°10-16.203

**216. Plan.** Il demeure qu'elle est strictement encadrée, ce qui s'oppose à sa reconnaissance dans le cadre du coemploi (§1), reconnaissance qui trouve cependant des arguments (§2).

### **§1 : Limites à la solidarité**

**217. Solidarité expresse.** La solidarité ne se présume pas, comme en dispose l'article 1310 du Code civil. Elle doit découler d'une stipulation expresse légale ou conventionnelle. Cette position s'oppose de manière claire à la reconnaissance du caractère solidaire des obligations entre coemployeurs.

Comme le relève le Professeur Morvan, les obligations entre coemployeurs ne peuvent être solidaires, « sauf à démontrer l'existence d'une stipulation expresse » de cette solidarité. Stipulation qui a peu de chances de se retrouver dans les accords passés entre coemployeurs<sup>375</sup>.

**218. Contrôle du juge.** Le juge contrôle la solidarité invoquée. Il appartient en effet au contrôle des juges du fond de déceler si la solidarité invoquée par une partie découle d'une convention prévoyant expressément ce caractère solidaire, ou bien d'une disposition légale.

La Cour de cassation apporte ainsi des précisions quant à la reconnaissance de la solidarité entre parties. Aussi, la solidarité ne peut pas se déduire du caractère commun de la faute ayant causé un dommage<sup>376</sup>. Impossible donc d'arguer que le licenciement ayant été causé par les deux coemployeurs – selon la jurisprudence de la Cour – son indemnisation est solidaire.

**219. Transition.** La solidarité légale est donc à écarter, mais une solidarité jurisprudentielle pourrait être retenue.

### **§2 : Solidarité dans l'indemnisation des salariés**

**220. Coresponsabilité.** Si la solidarité doit être expresse, il en est autrement de la condamnation *in solidum*. Création jurisprudentielle<sup>377</sup>, cette forme de solidarité découle d'une décision de justice, le juge conférant par exemple à une obligation indemnitaire un caractère solidaire. Le créancier peut alors en demander l'exécution à un seul codébiteur. C'est au final,

---

<sup>375</sup> P. Morvan, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », *op. cit.*

<sup>376</sup> Cass. com., 20 février 1978, n°76-10.728

<sup>377</sup> Cass. civ. 11 juillet 1892

selon les mots du Doyen Carbonnier, « le résultat mécanique et aveugle de relations de causalité », le « raisonnement jurisprudentiel est que, lorsqu'un dommage a été causé par les actions respectives de plusieurs individus, chacune de ces actions peut être regardée comme la cause de l'entier dommage »<sup>378</sup>.

La condamnation *in solidum* est possible quand la réalisation du dommage est due à une action commune, quand il découle d'une action de coauteurs<sup>379</sup>. Cette solution vise à accommoder le créancier, qui se retrouverait sinon face à une réparation divisée en autant de parts qu'il y a de coauteurs, et différenciée selon la participation de chacun dans la réalisation du dommage. La condamnation *in solidum* vise donc les cas où les modalités de commission du dommage ne permettent pas de distinguer des responsabilités distinctes et donc des réparations distinctes<sup>380</sup>.

**221. Théories de causalités.** L'étude des différentes théories de la causalité amène des précisions quant à la justification de la condamnation *in solidum*. Selon la théorie de l'équivalence des conditions, chaque auteur du dommage ayant fait une chose sans laquelle ce dernier ne se serait pas réalisé, on peut considérer qu'ils l'ont tous causé. Néanmoins la réflexion inverse est tout aussi possible : étant donné que toutes les actions ont causé le dommage, pointer du doigt un auteur et lui attribuer la charge de la réparation du dommage au titre d'une condamnation *in solidum* est infondé<sup>381</sup>. Quant à la causalité adéquate, elle demanderait que l'on examine la part du dommage réellement causé par chaque auteur, et serait bien trop complexe pour le demandeur.

**222. La solidarité comme garantie.** Une justification plus sensée se trouve dans la notion de garantie. La condamnation *in solidum* est là pour servir de garantie au créancier, « chaque coauteur est débiteur pour sa part et garant pour celle des autres »<sup>382</sup>.

Cette position rejoint fortement la notion de coemploi. Le coemployeur est tenu de verser les indemnités aux salariés car il est en quelque sorte garant de l'exécution de tous les débiteurs, donc notamment de l'employeur de droit qui est bien souvent insolvable et en liquidation judiciaire. Les effets entre coemployeurs découleraient donc d'une condamnation *in solidum* après la constatation par le juge d'un manquement aux obligations des coemployeurs, et ce afin d'assurer une garantie au salarié.

---

<sup>378</sup> J. Carbonnier, « *Droit civil* », PUF, Tome 2, n°1261

<sup>379</sup> Cass. civ. 4 décembre 1939

<sup>380</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 juillet 1983, n°82-10.251

<sup>381</sup> M. Mignot, « *Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du code civil* », RDLC, 2006/27, n°2050

<sup>382</sup> L. Aynès, P. Malaurie, P. Stoffel-Munck, « *Droit des obligations* », LGDJ, 11<sup>ème</sup> édition

La notion se retrouve en jurisprudence. Aussi la chambre commerciale a pu reconnaître que, dans un même groupe, des sociétés supportent les conséquences de l'inexécution d'un contrat conclu par l'une d'elles et ce au titre de son manque d'autonomie, les autres sociétés s'étant immiscées dans sa gestion<sup>383</sup>. Le parallèle avec le coemploi – ici sociétaire – est simple à établir. L'immixtion justifie la condamnation *in solidum*, en somme la qualité de « coauteur » dans la réalisation du licenciement serait attribuée aux coemployeurs.

**223. Transitions.** Les obligations entre coemployeurs sont complexes : conjointes, indivisibles, pas légalement solidaires mais *in solidum* par décision du juge. Une réflexion peut se dégager de l'étude de ces notions : le coemploi institue un régime particulier entre les coemployeurs. Lors de la reconnaissance d'une situation de coemploi, si chaque coemployeur reste débiteur d'obligations indivisibles à l'égard des salariés, propres à chacun et découlant de leur qualité d'employeur, la violation par l'un d'une de ces obligations entraîne une condamnation *in solidum* des coemployeurs, dans une optique de garantie des salariés. On a donc un mécanisme en deux temps.

Ce mécanisme *sui generis* vise un objet particulier : instituer un mécanisme d'adjonction afin de faire intervenir un nouveau débiteur au profit des salariés.

## **Section 2 : Mécanisme d'adjonction**

**224. Plan.** Le coemploi servirait avant tout à adjoindre un tiers à la relation contractuelle préétablie du contrat de travail. Aussi, les effets entre coemployeurs découleraient avant tout de ce lien contractuel, on dépasserait donc les considérations de conjonction et solidarité des obligations des coemployeurs.

Aussi, en intégrant un tiers au contrat de travail (Sous-section 1), le coemploi permet avant tout d'intégrer un nouveau débiteur (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : L'adjonction d'une partie au contrat de travail**

**225. Contrat unique.** La Cour de cassation reconnaît que le lien contractuel unissant les coemployeurs est celui d'un contrat unique<sup>384</sup>. Le coemployeur viendrait donc se greffer à ce lien unique, lien qui demeurerait unique après la reconnaissance du coemploi.

---

<sup>383</sup> Cass. com., 4 mars 1997, n°95-10.756

<sup>384</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2003, n°01-47.165 et Cass. soc., 12 septembre 2012, n°11-12.351

Ajouter une partie à une relation contractuelle préexistante est un mécanisme qui a déjà été abordé (v. *supra* : §84) et consacré par la jurisprudence<sup>385</sup> : le tiers, par son comportement, démontre qu'il est en réalité une partie au contrat. Cette théorie est applicable aux coemployeurs, le coemployeur cherchant à s'immiscer dans le contrat de travail conclu entre le salarié et son employeur de droit, comme il avait été relevé par le Professeur Pagnerre<sup>386</sup>.

**226. Immixtion dans le contrat.** Le Professeur Pagnerre ajoute à cela une réflexion du Professeur Gautier : « *Ce fait juridique, caractérisé par le comportement de la mère - en l'espèce celle-ci s'est "constamment immiscée", (...) entraîne des conséquences pour elle, contrepartie de son immixtion dans le contrat. Puisqu'elle a agi commune partie. Elle doit être traitée comme une partie. Il n'y a finalement même pas à s'interroger en termes de faute et de responsabilité délictuelle, encore moins de fraude mais de substitution de fait, ou plutôt d'addition de cocontractant ; ce qui mène à l'obligation in solidum* »<sup>387</sup>.

Les similitudes avec le coemploi sont frappantes : le coemployeur s'est immiscé dans la relation contractuelle entre employeurs de droit et le salarié. Le résultat est une addition dans ladite relation contractuelle. Cette analyse est partagée par le Professeur Gailhbaud, qui considère que la reconnaissance du coemploi implique entre coemployeurs « *ni d'obligations solidaires, ni d'obligations conjointes, mais d'adjoindre une partie supplémentaire au contrat de travail existant* »<sup>388</sup>.

*In fine*, essayer d'appliquer un régime civiliste aux effets entre coemployeurs serait contre-productif, la matière étant avant tout gouvernée par le droit du travail en application d'un contrat de travail unique, où les coemployeurs en seraient des parties. L'indemnisation du salarié et la répartition de la dette entre coemployeurs demeurent obscures, si ce n'est pour ce que l'on peut tirer de la mention d'une condamnation *in solidum*.

**227. Transition.** Cette vision clarifie la vision que l'on peut avoir de la relation entre coemployeurs, mais donne lieu à d'autres interrogations déjà évoquées quant au contrat de travail : si le coemploi trouve sa source dans le contrat de travail, les salariés peuvent-ils agir dans ce cadre sur des demandes liées à l'exécution d'obligations contractuelles ? Comme il a été vu, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée (v. *supra* : §190).

---

<sup>385</sup> Ass. plen., 9 octobre 2006, n°06-11.056

<sup>386</sup> Y. Pagnerre, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », *op. cit.*

<sup>387</sup> P.Y. Gautier, note ss. Cass. com., 12 juin 2012, n°11-16.109

<sup>388</sup> C. Gailhbaud, « *De la théorie du coemployeur à la notion de coemploi* », *op. cit.*

Il demeure que cette adjonction au contrat de travail révèle une volonté propre au juge, celle d'adjoindre un nouveau débiteur à la relation contractuelle.

## **Sous-section 2 : L'adjonction d'un débiteur**

**228. Imputation d'obligations légales.** La Cour rappelle elle-même dans sa note explicative de l'arrêt *AGC* que l'objectif premier du coemploi « est de rechercher le véritable décideur pour lui imputer les effets de ses décisions, notamment pour obtenir l'extension de l'obligation de la dette, par l'adjonction d'un autre débiteur à la créance de dommages-intérêts pour licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse », que c'est donc « une technique d'imputation d'obligations légales »<sup>389</sup>. Pas de mention au final des relations entre employeurs.

Pour le Professeur Loiseau, il faut considérer que les coemployeurs sont « chacun débiteur des obligations que la loi attache à la qualité d'employeur et comptable, à l'égard des salariés, des conséquences de leur inexécution »<sup>390</sup>. Cette vision aussi démontre également que les relations entre coemployeurs ne sont pas vraiment envisagées : ce qui compte sont les relations avec les salariés.

**229. Notion *sui generis*.** Cette volonté d'adjoindre un débiteur se fait en réalité au détriment d'une clarté des relations entre coemployeurs. Il a bien été vu que les obligations entre coemployeurs ne sont pas clairement déterminées, notamment quant à leur nature. Néanmoins le caractère *in solidum* peut être fermement affirmée, car il bénéficie aux salariés. Ces flous à répétition, autour de la nature du coemploi, des obligations qu'il instaure, révèlent bien qu'il est avant tout une notion fonctionnelle.

Son but est clairement affiché : assurer un nouveau débiteur aux salariés. Quelle relation ce débiteur doit-il avoir avec l'employeur de droit ? Une réponse à cette question pourrait être de dire que cela importe peu : l'employeur de droit est, dans les faits impliquant la reconnaissance d'une situation de coemploi, bien souvent une filiale sans autonomie, sans liquidités et se trouvant impliquée dans une procédure collective. Dans ces conditions, le coemployeur ne va probablement pas se retourner vers l'employeur de droit dans le cadre d'une action récursoire afin d'obtenir son dû : le partage de la dette à hauteur de la responsabilité de chacun n'aura donc certainement jamais lieu.

---

<sup>389</sup> Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769

<sup>390</sup> G. Loiseau, « L'identification des effets du coemploi », *op. cit.*

Le coemploi serait *in fine* une notion *sui generis*, ne se rattachant à aucun fondement civiliste ou travailliste clair. Complexe alors d'en envisager les effets entre coemployeurs, encore plus lorsque le caractère fonctionnel de la notion semble prévoir que la notion n'aura jamais à manifester tous ces effets, la cantonnant au rang de mécanisme indemnitaire.

## CONCLUSION

**230.** Depuis ses premières occurrences dans les années 1960, le coemploi s'est adapté aux nouvelles pratiques juridiques. La multiplication des personnes morales, des acteurs économiques intervenant dans les groupes, le renouveau de la notion de subordination du salarié : ces phénomènes trahissent la constante évolution de la pratique, à laquelle le droit doit répondre. Cette réponse se traduit en pratique par des moyens originaux, explicitant néanmoins une certaine frustration induite par le caractère limitatif des outils juridiques à la disposition du juge. Frustration que le juge dépasse parfois en faisant plier ces barrières. Aussi, la reconnaissance par le biais du coemploi sociétaire d'un contrat de travail sans lien de subordination juridique en est le parfait exemple.

**231.** Le coemploi explicite les tensions propres à la place que le droit doit adopter : la norme juridique doit-elle être première sur la brèche et modeler la société vers un certain idéal, ou bien se cantonner à une position de réaction et se limiter à la correction d'abus ? Le coemploi apparaît comme étant une réaction à des abus, à une volonté d'éluder le droit social, mais dans son application dans les groupes de sociétés son effet est limité par les principes fondamentaux qui animent la matière – l'autonomie des personnes morales et du patrimoine ; ainsi que par la pratique des groupes qui se fonde sur l'intégration économique et sociale qu'offre cette structure – et ce alors qu'il vise indubitablement une idée de justice sociale, de responsabilité au sein du groupe de société, instance de la prise de décision.

**232.** L'idéal promu par le coemploi est louable. Hélas, les bonnes intentions ne suffisent pas à justifier un mécanisme juridique aussi intrusif que le coemploi. L'étude comparative des deux formes du coemploi révèle bien la logique de cette acceptation du mécanisme : le coemploi juridique s'appuie sur le lien de subordination et est la reconnaissance d'un contrat de travail vis-à-vis d'un tiers ; le coemploi sociétaire, à l'inverse, s'appuie sur des critères inédits, ne se rattachant pas de manière évidente à une notion juridique établie, et produit des effets exorbitants du droit commun, dépassant les personnes morales et atteignant les obligations de personnes distinctes.

Cette différence de fondement se répercute de manière évidente sur l'acceptation du coemploi. Le coemploi juridique ne soulève aucun débat car démontrant des cas de fictivité ou de simulation. Le coemploi sociétaire est au centre des controverses précisément car ses

contours théoriques sont flous, ses effets imprécis et ses critères modifiés à chaque arrêt de la Cour.

**233.** S'il y a une leçon à tirer du coemploi, à défaut d'une nouvelle vision de la subordination, de la responsabilité des personnes ou des pratiques d'intégration économique et sociale au sein des groupes, c'est peut-être une approche critique de la politique jurisprudentielle de la chambre sociale.

Le coemploi sociétaire était un pavé dans la mare qui s'est révélé être un coup d'épée dans l'eau. La saga dure maintenant depuis plus de 10 ans, et tout en restant conscient des difficultés que représente la conduite d'une politique jurisprudentielle, on peut se demander si le juge doit réellement s'arroger ce rôle créateur, dégageant des principes *ex nihilo*, en dehors de toutes normes légales et ne pouvant pas les rapprocher à des principes préétablis.

Dans notre système de tradition romaine, la norme juridique découle de la Loi. Le juge a pendant un temps eu un rôle réduit suite à la Révolution de 1789 et la répression des parlementaires de l'Ancien Régime, puis la promulgation du Code civil qui, avec son article 4, place le juge en dessous de la Loi avec le délit de déni de justice, suivi ensuite de la suprématie légale de la III<sup>e</sup> République. Néanmoins, la force du juge fait un retour sous l'impulsion des Cours européennes, du développement des droits et des libertés fondamentales et du contrôle de l'action étatique – et maintenant privée – sous leur prisme<sup>391</sup>. Du juge censeur au juge créateur, il n'y a qu'un pas, et ces créations sont difficilement acceptables dans une République où les juges ne sont pas élus.

**234.** Robespierre disait bien que le juge de cassation « *n'est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois* »<sup>392</sup>. En ne tombant pas dans l'orthodoxie révolutionnaire et la méfiance des gens de robe, on peut arguer que cet office de protection ne doit pas être dévoyé par des aventures jurisprudentielles, affaiblissant par le fait même le crédit de la Cour.

---

<sup>391</sup> P. Rémy, « *La part faite au juge* » Pouvoirs 2003/4, n°107, p. 22 à 36

<sup>392</sup> F. Zenati, « *La nature de la Cour de cassation* », Colloque à la Cour de cassation, 2002

## BIBLIOGRAPHIE

### OUVRAGES GÉNÉRAUX

---

- G. Auzero, D. Beaugard, E. Dockès**, « *Droit du Travail* », Dalloz, 34<sup>ème</sup> éd., 2021
- L. Aynès, P. Malaurie, P. Stoffel-Munck**, « *Droit des obligations* », LGDJ, 11<sup>ème</sup> édition,
- J. Carbonnier**, « *Droit Civil* », PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1994
- F. Favennec-Héry, P.Y. Verkindt**, « *Droit du travail* », LGDJ, 7<sup>ème</sup> édition, 2020
- P. Lokiec**, « *Droit du travail* », PUF, 2019
- E. Peskine, C. Wolmark**, « *Droit du travail* », Hypercours Dalloz, 14<sup>ème</sup> édition, 2021
- B. Teyssié**, « *Droit du travail, relations collectives* », LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2020
- B. Teyssié, J.F. Cesaro, A. Martinon**, « *Droit du travail, relations individuelles* », LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, 2014
- A. Supiot**, « *Le droit du travail* », Que sais-je ?, 7<sup>ème</sup> édition, 2019

### OUVRAGES SPÉCIAUX

---

- G. Cornu, Association Henri Capitant**, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 11<sup>ème</sup> édition, 2016
- M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy**, « *Droit des sociétés* », LexisNexis, 31<sup>ème</sup> éd., 2018
- P. Morvan**, « *Restructuration en droit social* », LexisNexis, 4<sup>ème</sup> éd., 2017
- E. Jeansen, Y. Pagnerre**, « *Guide des clauses du contrat de travail* », LexisNexis, 2<sup>ème</sup> édition, 2017
- F. Poulet**, « *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français* », LGDJ, 2017
- B. Teyssié**, « *Les groupes de contrat* », LGDJ, 1975
- I. Vacarie**, « *L'employeur* », Sirey 1979, n°232

### ARTICLES

---

- P.H. Antonmattei**, « *Groupe de sociétés : la menace du coemployeur se confirme !* », SSL 2011, n°1504

- A. Arseguet**, « *Droit du travail, droit décapant : à propos du coemployeur* », RPC, n° 1, janvier 2012, dossier 6
- G. Auzero**, « *Le coemploi bouge encore !* », SSL 2021, n°1936
- G. Auzero**, « *À qui la faute ?* », SSL 2018, p. 1820
- G. Auzero**, « *Les effets avérés et à venir du coemploi* », JCP S 2013, p. 1440
- G. Auzero**, « *Le coemploi sous le regard du juge administratif* », SSL 2017, n°1756
- G. Auzero**, « *Coemploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation* », SSL 2015, p. 1667
- G. Auzero**, « *Coemploi : en finir avec les approximations !* », RDT 2016, p. 27
- G. Auzero**, « *La nature juridique du lien de coemploi* », SSL, n°1600/2013
- G. Auzero**, « *Les effets d'une situation de coemploi* », BJS déc. 2012, n° JBS-2012-0464, p. 881
- P. Bailly**, « *Le coemploi : une situation exceptionnelle* », JCP S 2013, p. 1142, n°4
- P. Bailly**, « *Le coemploi n'est ni une "baguette magique" ni une aberration juridique* », SSL 2013, p. 1600
- A. Bugada**, « *Appréciation du PSE : compétence exclusive du juge administratif* », Procédures 2019, n°1, comm. 15
- M. Carius**, « *Personnes publiques et coemploi* », Dr. soc. 2017, p. 57
- J.F. Cesaro**, « *Le coemploi* », RJS 1/13
- J-F. Cesaro**, « *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* » : JCP S 2013, n°7, p. 1081
- Q. Chatelier**, « *Le coemploi sociétaire à l'épreuve du véritable employeur* », BJT déc. 2020, n°114k5, p. 9
- Q. Chatelier**, « *Le "véritable employeur", alternative confirmée au coemploi sociétaire* », BJT 2021, n°4, p. 17
- P. Coursier**, « *La dualité d'employeurs permet d'élargir la compétence internationale* », JCP S 2007, n°31-35, p. 1618
- G. Couturier**, « *La fermeture d'une filiale, les recours des salariés licenciés* », Dr. Soc., 2011, p. 372
- F. Champeaux**, « *Le Conseil d'État abandonne le coemploi* », SSL 2016, n°17446
- R. Dammann, S. François**, « *Le coemploi : la fin de l'exception française ?* », BJS, n°04, p. 209

- C. Davico-Hoarau**, « *Groupe de sociétés : incertitudes et dangers du coemploi* », SSL 2013, n°355-356
- G. Dedessus-Le-Moustier**, « *Arrêt Molex : consécration d'une conception stricte du coemploi* », JCP E 2014, n°31-34, act. 571
- P. Didier**, « *Théorie économique et droit des sociétés* », Mélanges A. Sayag, Litec 1997, p. 371
- G. Duchange**, « *Le coemploi réduit à "l'immixtion permanente" : explications prétoriennes et perspectives à venir* », BJT janv. 2021, n°114r7, p. 21
- A. Fabre**, « *Les vices et vertus de la responsabilité pour faute dans les groupes de sociétés* », Cah. Soc. 2016, n°289, p. 473
- S. François**, « *Du coemploi à la responsabilité civile : la mécanique se grippe* », Dr. Ouvrier, avril 2021, n°872
- H. de Frémont**, « *La sanction du comportement fautif via le prisme de la responsabilité* », L'essentiel, Droit des entreprises en difficulté, n°07, p.7
- C. Gailhbaud**, « *De la théorie du coemployeur à la notion de coemploi* », Gaz. Pal., 4 août 2012, p. 11
- C. Gailhbaud**, « *Dernière étape de la construction prétorienne de la notion autonome de coemploi ?* », BJE mars 2021, n°118m6, p. 57
- F. Géa**, « *La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements* », RDT, 2011, P. 168
- B. Gomes**, « *Le coemploi en voie de disparition* », Dr. Ouvrier, avril 2021, n°872
- J. Grangé**, « *L'arrêt Molex : le coup d'arrêt au coemploi* », SSL, n°1667, 9 mars 2015
- J. Grangé, F. Aubonnet, F. Terroux-Sfar**, « *Responsabilité civile, alternative au coemploi : l'étau se resserre !* », JCP E 2018, n°31-35, p. 1434
- J.C. Hallouin, E. Lamazerolles, A. Rabreau**, « *Sociétés et groupements* », D. 2015, 2401
- D. Jacotot**, « *Les éléments caractérisant le coemploi redéfinis* », Rev. Pro. Coll. 2021, n°1, p. 14
- D. Jacotot**, « *Licenciement économique et caractérisation du coemploi* », Rev. proc. coll. 2014, n°6, comm. 170
- E. Jeansen**, « *Obligation d'information et de consultation des représentants du personnel dans les groupes d'entreprises* », JCP S, 2009, n° 44, p. 1493
- M. Lafargue**, « *Au cœur de paradoxes, le coemploi* », JCP S, 2018, n°29, p. 1253
- J.P. Lhernould**, « *Consécration de la perte totale d'autonomie de la filiale comme critère du coemploi* », SSL 2021, n°511

- G. Loiseau**, « *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle* », JCP S, 2014, n°29, p. 1311
- G. Loiseau**, « *L'identification des effets du coemploi* », JCP S 2013, n°46, p. 1439
- G. Loiseau**, « *Le coemploi : une compétence réservée du juge judiciaire ?* », JCP S 2015, n°46, p. 1414
- G. Loiseau**, « *Le coup de grâce* », JCP S 2018, n°22, actualités 167
- G. Loiseau**, « *Les débordements du coemploi* », Cah. Soc. juin 2013, n°253
- G. Loiseau**, « *Que reste-t-il du coemploi* », Cah. Soc. 2015, n°270, p. 7
- G. Loiseau**, « *Coemploi et groupe de société* », JCP S 2011, n°47, p. 1528
- F.X. Lucas**, « *Coemploi et responsabilité de l'actionnaire* », BJS, n°10, p. 418
- N. Mathey**, « *La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? - Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de coemploi* », JCP S 2014, n°25, p. 1262
- A. Mazeaud**, « *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés, Aspects de droit du travail* », Dr. Soc. 2010, p. 738
- D. Métin**, « *Quelle compétence pour les actions en responsabilité extracontractuelle ?* », SSL 2019, n°1851
- M. Mignot**, « *Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du code civil* », RDLC, 2006/27, n°2050
- N. Morelli**, « *Propos commercialistes sur la "confusion d'intérêts, d'activité et de direction"* », JCP E, 2009, n°50, P. 2173
- P. Morvan**, « *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) entre employeur et coemployeurs* », JCP S, 2010, p. 1407, spéc. n°11
- P. Morvan**, « *Coemploi dans les groupes* », JCP S 2012, n°6, p. 1052
- P. Morvan**, « *Licenciement - Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses* », JCP S, 2011, n°11-12, p. 312
- P. Morvan**, « *L'étrange action en justice Flodor - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ?* » JCP S, 2009, p. 1489, n°44
- P.H. d'Ornano**, « *L'insoutenable légèreté de l'employeur* », JCP S, 2011, n°9, p. 1095
- Y. Pagnerre**, « *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ?* », JCP S, 2014, n°49, p. 1436

- Y. Pagnerre**, « *Le reflux du coemploi, toujours vivant mais un peu plus mort* », JCP S 2021, p. 1019, n°4
- Y. Pagnerre**, « *L'extension de la théorie du coemploi, source de destruction du droit du travail* », JCP S 2011, n°39, p. 1423
- Y. Pagnerre**, « *Reconnaissance du coemploi et autorisation administrative de licenciement* » JCP S 2015, n°46, p. 1559
- Y. Pagnerre**, « *De la fictivité comme critère du coemploi : certes, mais pas que ...* », RDT 2016, p. 175
- Y. Pagnerre**, « *Le coemploi n'est pas encore mort : entre espoir et déception* », JCP G 2016, n°37, p. 960
- Y. Pagnerre**, « *L'arlésienne des groupes de sociétés devant l'administration du travail (CE, 17 oct. 2016)* », JCP S 2017, n°5-6, p. 1038
- Y. Pagnerre**, « *Une mère indigne* », JCP S, 2018, n°29, p. 1252
- Y. Pagnerre**, « *Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un coemploi* », JCP S, 2014, n°25, p. 1263
- L. Pécaut-Rivolier**, « *L'UES a franchi le gué* », SSL 2011, n°1472
- P. Rémy**, « *La part faite au juge* » Pouvoirs 2003/4, n°107, p. 22 à 36
- B. Reynès**, « *La théorie du coemploi* », JCP S 2012, n°27, p. 1292
- A. Supiot**, « *Les nouveaux visages de la subordination* », DT 2000, p. 131
- S. Tournaux**, « *Libéralisation des groupements d'employeur et statut embryonnaire de la mise à disposition* », RDT 2011, n°572
- F. Zenati**, « *La nature de la Cour de cassation* », Colloque à la Cour de cassation, 2002

# INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

## A

**Abus de personnalité morale** : §100 et s.

**AGC** : §154 et s.

**Aspocomp** : §138 et s.

## C

**Contrat de travail** :

- Parties : §9
- Fondement du coemploi : §84
- Rupture : §172 et s.
- Exécution : §190 et s.
- Adjonction : §225 et s.

**Continental** : §151 et s.

## E

**Employeur** :

- Véritable employeur : §16, §129 et s.
- Pluralité d'employeurs : §32 et s.

## F

**Fiction** : §23

**Fraude** : §26

## G

**Groupes de sociétés** : §30, §66, §71 et s., §146 et s.

**Groupement d'employeurs** : §45

## J

**Jungheinrich** ; §142 et s.

## L

**Licenciement pour motif économique** :

- Obligation de reclassement : §177 et s.
- Mise en place d'un PSE : 180 et s.
- Cessation d'activité : §183 et s.
- Dette indemnitaire : §186 et s.
- Lien de subordination juridique : §12

## M

**Métaleurop** : §142 et s.

**Molex** : §146

## O

**Obligations** :

- Conjointes : §208
- Solidaires : §215
- Indivisibles §209

## P

**Politique jurisprudentielle** : §63, §149

**Pouvoirs de l'employeur** : §11

**Portage salarial** : §49 et s.

**Prêt de main d'œuvre** : §54 et s.

## **R**

### **Responsabilité :**

- délictuelle : §89 et s.
- civile de l'actionnaire : §114 et s.

## **I**

**Immixtion** : §29, §133 et s.

## **S**

### **Sociétés de fait/en participation :**

- **Conditions** : §35 et s.
- **Effets** : §38 et s.

*Solvens* : §18 et s.

**Simulation** : §24

*3 Suisses* : §151

## **T**

**Théorie de l'apparence** : §97

**Triple confusion** : §137 et s.

# TABLE ANALYTIQUE

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>7</b>
<b>TITRE I : CONDITIONS DU COEMPLOI</b> .....	<b>11</b>
<b>CHAPITRE 1 : COEMPLOI JURIDIQUE</b> .....	<b>11</b>
<b>Section 1 : Anormalité des parties au contrat de travail</b> .....	<b>11</b>
Sous-section 1 : Mobilisation du lien de subordination juridique .....	12
§1 : Utilisation du triptyque classique du pouvoir de l'employeur .....	12
§2 : Caractère limitatif du critère .....	14
I : Une qualification individuelle .....	15
II : Une qualification évincée .....	16
Sous-section 2 : Domaine d'application.....	17
§1 : Fictivité.....	17
I : Simulation.....	17
II : Fraude.....	18
§2 : Immixtion .....	19
<b>Section 2 : Pluralité d'employeurs</b> .....	<b>21</b>
Sous-section 1 : Pluralité sociétaire .....	21
§1 : Conditions .....	22
§2 : Effets .....	23
Sous-section 2 : Pluralité sociale .....	24
§1 : Organisation de la pluralité d'employeur .....	25
I : Groupement d'employeurs.....	25
II : Portage salarial .....	27
§2 : Mobilité du salarié .....	28
I : Prêt de main d'œuvre et sous-traitance.....	28
II : Mobilité non-encadrée.....	30
<b>CHAPITRE 2 : COEMPLOI SOCIÉTAIRE</b> .....	<b>32</b>
<b>Section préliminaire : La notion de coemploi sociétaire</b> .....	<b>32</b>
<b>Section 1 : Fondements du coemploi sociétaire</b> .....	<b>36</b>
Sous-section 1 : Fondements théoriques du coemploi sociétaire .....	36
§1 : Obstacles au coemploi sociétaire .....	36
I : Absence de personnalité morale du groupe .....	37
II : L'autonomie des personnes morales .....	40
III : Le fonctionnement normal des groupes de sociétés .....	41
§2 : Justification pluridisciplinaires confuse.....	42
I : Fondements civilistes.....	43
A : Fondement contractuel.....	43
B : Fondement délictuel .....	45
II : Fondements commercialistes .....	48

A : Théorie de l'apparence .....	48
B : Abus de personnalité morale .....	49
III : Fondements travaillistes .....	50
A : L'unité économique et sociale .....	50
B : Droit social européen .....	51
Sous-section 2 : Les alternatives au coemploi sociétaire .....	53
§1 : Alternative privatiste : l'action en responsabilité civile de l'actionnaire .....	55
I : Caractérisation de la responsabilité civile de l'actionnaire .....	56
II : Objet de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire .....	60
III : Régime de l'action en responsabilité civile de l'actionnaire .....	61
§2 : Alternative publiciste : le véritable employeur .....	64
<b>Section 2 : La qualification de l'immixtion .....</b>	<b>67</b>
Sous-section 1 : Évolution de la notion d'immixtion .....	69
§1 : Origines de la triple confusion .....	69
I : Le proto-coemploi sociétaire : l'arrêt <i>Aspocomp</i> .....	70
II : La consécration : les arrêts <i>Jungheinrich</i> et <i>Métaleurop</i> .....	72
§2 : Coup d'arrêt du coemploi sociétaire .....	74
I : La prise en compte du groupe : l'arrêt <i>Molex</i> .....	75
II : La confirmation du désaveu : les arrêts <i>3 Suisses</i> et <i>Continental</i> .....	79
Sous-section 2 : Droit positif .....	81
§1 : Cheminement de la Cour .....	82
§2 : Apports de l'arrêt <i>AGC</i> .....	83
Sous-section 3 : La reconnaissance du coemploi sociétaire .....	89
<b>TITRE II : EFFETS DU COEMPLOI .....</b>	<b>92</b>
<b>CHAPITRE 1 : EFFETS À L'ÉGARD DES SALARIÉS .....</b>	<b>94</b>
<b>Section 1 : Rupture du contrat de travail .....</b>	<b>94</b>
Sous-section 1 : Application du régime légal du licenciement .....	95
§1 : Adaptation du régime du licenciement pour motif économique .....	95
I : Appréciation de l'obligation de reclassement .....	96
II : Appréciation de la mise en place d'un PSE .....	97
§2 : Mise à l'écart de la cessation d'activité .....	99
Sous-section 2 : Participation à la dette indemnitaire .....	100
<b>Section 2 : Exécution du contrat de travail .....</b>	<b>101</b>
Sous-section 1 : Imputation des indemnités contractuelles .....	102
Sous-section 2 : Organisation collective des salariés .....	103
§1 : Statut collectif des salariés .....	103
§2 : Institutions représentatives du personnel .....	104
Sous-section 3 : L'égalité de traitement .....	105
<b>CHAPITRE 2 : EFFETS À L'ÉGARD DES COEMPLOYEURS .....</b>	<b>107</b>
<b>Section 1 : Pluralités d'obligations .....</b>	<b>107</b>
Sous-Section 1 : Obligations conjointes .....	108

§1 : Obligations indivisibles de l'employeur .....	108
§2 : Conjonction des obligations des coemployeurs .....	109
Sous-Section 2 : Obligations solidaires .....	110
§1 : Limites à la solidarité .....	111
§2 : Solidarité dans l'indemnisation des salariés .....	111
<b>Section 2 : Mécanisme d'adjonction .....</b>	<b>113</b>
Sous-section 1 : L'adjonction d'une partie au contrat de travail .....	113
Sous-section 2 : L'adjonction d'un débiteur.....	115
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>117</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>119</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>124</b>