UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

FACULTÉ DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

LA NOTION DE GROUPE EN DROIT DU TRAVAIL

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ

Spécialité droit social

présentée et soutenue publiquement le 26 novembre 2010 par

Marguerite KOCHER

DIRECTRICE DE RECHERCHE

Madame Corinne SACHS-DURAND, Professeur à l'Université de Strasbourg

MEMBRES DU JURY

Monsieur Charley HANNOUN, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
Monsieur Antoine LYON-CAEN, Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense
Monsieur Antoine MAZEAUD, Professeur à l'Université de Paris 2 Panthéon-Assas
Monsieur René DE QUENAUDON, Professeur à l'Université de Strasbourg
Madame Corinne SACHS-DURAND, Professeur à l'Université de Strasbourg, directrice de thèse

La faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Au moment d'écrire ces quelques lignes tant attendues, mes premières pensées sont pour Madame le Professeur Corinne SACHS-DURAND dont la confiance, tout au long de ces années, et le soutien dans les moments décisifs, ont été essentiels dans la réalisation du présent travail. Je lui adresse mes plus sincères remerciements.

Je tiens à remercier également l'ensemble des membres du Laboratoire de Droit social pour leurs conseils et, tout particulièrement, Monsieur le Professeur René de QUENAUDON pour l'attention qu'il porte à l'ensemble des doctorants, Monsieur Frédéric GEA pour notre discussion stimulante dans la dernière ligne droite, et Madame Anja JOHANSSON dont j'ai apprécié la disponibilité tout au long de mes études doctorales.

Enfin, ce travail n'aurait jamais pu se concrétiser sans le soutien indéfectible de Jean, les encouragements de mes parents, ainsi que ceux de ma sœur, Constance.

Listes des principales abréviations

a.	Autres
al.	Alinéa
aff.	Affaire
AktG	Aktiengesetz - loi allemande régissant les sociétés par actions
anc.	Ancien
art.	Article
Ass.plén.	Assemblé plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
BO	Bulletin officiel
C.	Code
CA	Arrêt de la Cour d'appel
C.civ.	Code civil
C.pén.	Code pénal
C.trav.	Code du travail
Cass. Ass. Plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. 2e	Arrêt de la Cour de cassation (deuxième chambre civile)
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Arrêt du Conseil d'État
CECEI	Comité des Etablissements de Crédit et des entreprises
CERIT	Centre d'étude et de recherche de l'institut régional du travail – Université Nancy 2
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Circ. DRT	Circulaire de la Direction des relations du travail
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cons. const.	Arrêt du Conseil constitutionnel
Cons. prud'h.	Jugement du Conseil de prud'hommes
CSBP	Cahiers Sociaux du Barreau de Paris
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Directive
doct.	Doctrine
Doc. Parl.	Document Parlementaire

Dr. fisc.	Droit fiscal
Dr. Ouvr.	Le droit ouvrier
Dr.soc.	Droit social
éd.	Edition
Encycl. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
Fasc.	Fascicule
Gaz.Pal.	La gazette du palais
ibid.	ibidem (au même endroit)
in	Dans
infra	Ci-dessous
INSEE	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
IR	Informations rapides
IRES	Institut de recherches économiques et sociales
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (la semaine juridique)
JCP E	Jurisclasseur édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur édition général
JCP S	Jurisclasseur édition social
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
jurisp.	Jurisprudence
L.	Loi
Liais. soc.	Liaisons sociales
LPA	Les petites affiches
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observations
op.cit.	Ouvrage précité
p.	Page
pan.	Panorama
PUF	Presses universitaires de France
Rép.min.	Réponse ministérielle
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rec. CJCE	Recueil des décisions de la Cour de justice des communautés européennes
Rev. soc.	Revue des sociétés
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social

RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
somm. comm.	Sommaires commentées
Sem. soc. Lamy	Semaine Sociale Lamy
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
T.	Tome
Tb. com.	Tribunal de commerce
Tb. corr.	Tribunal correctionnel
TA	Jugement d'un tribunal administratif
TGI	Jugement d'un tribunal de grande instance
Vol.	Volume

Sommaire

PREMIERE PARTIE – LA GENÈSE DE LA NOTION DE GROUPE

Titre I – LA NÉCESSITÉ D'UNE NOTION JURIDIQUE DE GROUPE

Chapitre 1 – Le groupe : une organisation économique incontournable, juridiquement difficile à saisir

Chapitre 2 – L'aménagement insatisfaisant des notions juridiques du droit du travail

Titre II – LA CONSÉCRATION DE LA NOTION DE GROUPE

Chapitre 1 – Un environnement juridique favorable

Chapitre 2 – La consécration de la notion de groupe en droit du travail

SECONDE PARTIE – DE LA NOTION AU CONCEPT DE GROUPE

Titre I – ESSAI DE CONCEPTUALISATION DE LA NOTION DE GROUPE

Chapitre 1 – La découverte de l'unité complexe du groupe

Chapitre 2 – La spécificité de l'unité complexe du groupe

Titre II – LES EFFETS NORMATIFS DE LA NOTION DE GROUPE EN DROIT DU TRAVAIL

Chapitre 1 – Les effets normatifs dans l'organisation des relations collectives du travail

Chapitre 2 – Les effets normatifs au regard de la responsabilité de l'emploi

INTRODUCTION

1. « Un plus un égale trois ». Au-delà de son caractère provoquant, cette formule exprime l'idée selon laquelle le résultat obtenu à partir de l'association de deux éléments distincts est supérieur à la somme de ses éléments. Elle résume assez bien l'intérêt que présente toute forme d'action collective. En se regroupant et en organisant leurs relations mutuelles, les individus voient leur action démultipliée. Le groupe qu'ils forment, entendu dans son sens courant comme un « *ensemble de personnes qui ont des attitudes et des comportements communs, ayant un objectif commun qui conditionne la cohésion de ses membres* »[1], permet d'atteindre un résultat qu'ils n'auraient jamais pu réaliser seul. Le tout est irréductible à ses parties ; il possède des qualités nouvelles par rapport aux éléments qui le composent. En d'autres termes, il ne suffit pas de connaître les individus qui le composent pour connaître le groupe ; encore faut-il s'intéresser à l'organisation de leurs relations[2] et à la relation dynamique qui s'instaure entre le tout et chacune de ses parties.

2. L'observation de la réalité économique fournit un bon exemple de l'importance accordée aux relations entre acteurs économiques. Dans un monde en perpétuel mouvement où flexibilité, réactivité et adaptation sont devenues les maîtres mots de la survie économique, la capacité à nouer des relations alliant stabilité et souplesse est considérée comme un atout. La sous-traitance, le partenariat, la filialisation, la franchise en sont autant de manifestations. L'intensification de ces types de liens entre des entités économiques jusqu'à présent conçues de manière isolée a favorisé l'émergence d'organisations inédites parmi lesquelles le groupe occupe une place prépondérante dans le tissu économique actuel. Les études chiffrées menées par l'INSEE sur ce point sont révélatrices[3]. Définis par cet organisme comme « *un ensemble de sociétés contrôlées majoritairement, directement ou indirectement, par une même société, elle-même non contrôlée majoritairement par une autre société (directement ou indirectement), cette dernière société étant appelée société-mère ou tête de groupe* », le nombre des groupes n'a pas cessé de croître en France : si, en 1980, on en dénombrait 1306,

---

[1] B. Rohmer et B. Willerval, *Petit Larousse en couleurs*, Paris, Larousse, 1987.

[2] Les sciences sociales ont ainsi mis en évidence que tout regroupement de personnes ne constitue pas nécessairement un groupe, en l'absence de relations entre chacun des éléments constitutifs du groupe. C'est la dimension relationnelle du groupe qui permet de le distinguer de la simple juxtaposition de personnes.

[3] Insee, « Images économiques des entreprises et des groupes au 1er janvier 2008 », *Insee Résultats* n°46 avril 2010. Disponible sur le site : http://www.insee.fr

ils sont 40673 en 2008. Les entreprises membres d'un groupe emploient 58% des salariés travaillant effectivement en France. Si le groupe ne constitue pas à proprement parler un phénomène économique nouveau, sa capacité d'adaptation à l'évolution des relations économiques a conduit à en renouveler la problématique en droit. L'attention que les juristes portent aux groupes n'est pas récente. Depuis les années 1960, date à laquelle les premières études juridiques lui ont été consacrées, cet intérêt ne s'est pas tari avec le temps, bien au contraire. Les groupes continuent d'alimenter régulièrement l'actualité juridique, et notamment celle du droit du travail. Cet intérêt souligne les relations étroites qu'entretiennent le droit et l'économie.

3. Dans son analyse consacrée à la rationalisation du droit, Max Weber[4] propose une typologie du droit qui distingue la rationalité formelle de la rationalité matérielle[5]. Cette distinction correspond à deux approches opposées de l'ordre juridique. Tandis que le droit formel désigne l'ensemble juridique « *qui ne se réfère qu'aux seules présuppositions ou postulats d'un système juridique donné* »[6], fonctionnant en autonomie de son environnement, le droit matériel tient compte « *des éléments non-juridiques ou extra-juridiques, dans la mesure où le droit n'est pas au service de sa propre logique abstraite et de sa cohérence idéale, mais à celui des exigences de la société historique concrète dont il réglemente l'ordre* »[7]. Se situant à mi-chemin entre ces deux idéaux-types, l'ordre juridique jouit d'une « autonomie relative »[8] à l'égard de la société. « *La dynamique juridique ne résulte pas de processus purement internes à l'ordre juridique, mais bien de la tension dialectique entre le droit et le fait* »[9]. En mettant l'accent sur les relations entre un ordre juridique et son environnement, il devient possible de découvrir en quoi un phénomène économique peut conduire à une évolution juridique. Cette approche, particulièrement bienvenue en présence d'un phénomène économique perturbateur de l'ordre juridique, conduit à s'intéresser à la

[4] M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 2007, p.40s.

[5] Il s'agit de types idéaux qui n'existent pas à l'état pur.

[6] J. Freund, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *Archives de philosophie du droit*, tome XXIII, 1978, p.81. « *L'effort de formalisation consiste dans ce cas à épurer du point de vue de la logique les concepts, afin d'élaborer une théorie juridique dans laquelle les normes obéiraient exclusivement à la cohérence de l'ordre juridique abstrait et se laisseraient déduire les unes des autres, en dehors de toute intervention et de toute considération extérieures de caractère éthique, politique, religieux ou économique* ». Selon cette approche, les relations entre le droit et l'économie ne sont pas un objet d'étude.

[7] J. Freund, *Ibid*., p.81.

[8] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p.149.

[9] J. Chevallier, « L'ordre juridique », in J. Chevallier et D. Loschak et *alii*, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p.21.

manière dont le droit « *ingère et digère des informations venues de l'extérieur, en analysant ce qui se passe à l'intérieur même du droit* »[10].

4. Empreint d'une forte rationalité matérielle[11], le droit du travail se prête particulièrement bien à une telle approche. Il entretient une grande proximité avec la réalité sociale en général et la réalité économique en particulier, ce qui se traduit notamment par l'emploi d'un lexique issu du langage économique courant[12], dont le terme « groupe » en est une illustration. Procédé de régulation des rapports sociaux de production[13] participant à la définition d'un cadre de vie sociétaire, le droit du travail joue un rôle actif dans l'organisation des activités économiques[14]. Sans remettre en cause le principe même de l'accumulation du capital ni la poursuite du profit sur lesquels repose le capitalisme[15], il contribue, plus que tout autre[16], à la mise en place de dispositifs normatifs destinés à encadrer la réalité des rapports de force économiques pour les soumettre à des exigences de justice et les rendre acceptables[17]. *« Le droit pose ainsi des contraintes quant à la façon d'user des ressources propres à un monde, de façon à limiter les conduites trop prédatrices qui mettraient en péril la logique sur laquelle repose ce monde. En même temps, il contribue à en assurer la légitimité* »[18]. A chaque mode d'accumulation du capital correspondent des dispositifs de contrainte normative déterminés. Or, il arrive que le capitalisme se transforme, opère un « déplacement » de ses modes

[10] T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009, p.25.

[11] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p.194s.

[12] C. Wolmark, *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Paris, Dalloz, 2007, p.34s ; A. Lyon-Caen, « A propos de l'adjectif « économique » dans la langue du droit », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, 2005, p.137s ; G. Lyon-Caen, « Le langage du droit du travail », in N. Molfessis (dir.) *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, p.1.

[13] A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p.15.

[14] *Ibid*., p.23s. Les théories économiques de type institutionnaliste, régulationniste ou conventionnaliste, rejettent l'idée que seul le mécanisme du prix et du marché régulent les activités économiques et reconnaissent un rôle fondamental au droit.

[15] L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, nrf essais, 1999, p.71. Egalement sur les relations entre le droit du travail et le capitalisme : G. Lyon-Caen, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. Ouvr.* 2004, p.49 ; F. Collin, R. Dhoquois, P.-H.Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PU Grenoble, 1980.

[16] O. Favereau, « Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, *op. cit.*, p.49. C'est le droit du travail « *qui se retrouve le plus directement en charge de cette responsabilité : contribuer à la possibilité d'un monde commun (...) malgré ce déséquilibre structurel, malgré cette inégalité principielle* ».

[17] *Ibid*., p.40s. Selon L. Boltanski et E. Chiapello, le capitalisme s'entoure d'un « esprit du capitalisme », c'est-à-dire d'un ensemble de justifications qui lui donnent sens et suscite l'adhésion du plus grand nombre, y compris de ceux qui ne détiennent pas ou peu de capital. Les modes légitimes d'accumulation du capital, c'est-à-dire ceux qui sont conformes aux justifications correspondant aux définitions du bien commun applicable dans une société donnée, ont d'autant plus de chance de s'imposer que les justifications reposent sur de solides dispositifs normatifs dont la violation appelle une sanction.

[18] *Ibid*., p.498.

d'accumulation du profit. Il s'affranchit alors pour un temps de « *l'exigence de renforcement des dispositifs de justice sociale en se rendant plus difficilement déchiffrable, en « brouillant les cartes* » »[19]. La transformation des règles du jeu appelle alors la mise en place de nouveaux dispositifs normatifs contraignants capables de saisir les spécificités de la nouvelle configuration afin de la « *soumettre à une forme de justice qui en sauvegarde néanmoins la teneur* »[20]. Les évolutions économiques de ces dernières décennies expriment l'entrée du capitalisme dans un « *monde connexionniste* »[21], monde dans lequel la capacité à établir de nouveaux liens est la valeur première et la mobilité devient un atout majeur. Les relations inter-entreprises priment dorénavant sur les relations d'intégration au sein d'une seule et même structure juridique. Le phénomène économique du groupe participe de ce changement.

5. Dans cette perspective, l'étude d'une notion juridique du droit du travail ne peut se passer d'une analyse du phénomène économique dont elle est censée fournir une représentation abstraite. Ainsi, Gérard Lyon-Caen observe que « *si le Droit du travail requiert la connaissance d'autres branches du droit, il impose en plus une culture économique approfondie. Il n'est pas possible d'édicter ou d'expliquer des normes sans connaissance de la matière qu'elles sont appelées à régir* »[22]. Il convient à cet égard de bien distinguer la réalité normative de la réalité économique. Même intimement liées, elles ne sauraient se confondre. Car, pour être spécifique, la rationalité matérielle du droit du travail n'en demeure pas moins juridique : « *ses concepts sont directement empruntés au social, mais leur intégration à un ordre juridique les coupe de ces racines sociales* »[23]. Tandis que la réalité économique demeure de l'ordre du donné, la notion juridique relève de l'ordre du construit. Loin d'être la traduction fidèle d'une réalité concrète qui s'imposerait à l'ordre juridique par la seule force de son existence, une notion juridique est un élément et le produit d'un ordre juridique porteur d'une rationalité et de valeurs spécifiques. Représentation abstraite d'une réalité concrète, la notion est un construit de l'ordre juridique destiné à lui donner prise sur la réalité en vue de répondre à des besoins juridiques précis. « *Le droit ne se borne pas à reproduire mécaniquement les déterminations que lui imposerait quelque infrastructure sociale : il les transcrit dans son ordre propre, leur inculquant quelque chose de sa logique et*

[19] *Ibid.*, p.71.
[20] *Ibid.*, p.161.
[21] *Ibid.*, p.445.
[22] G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983, p.300.
[23] A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p.199.

de sa majesté et, ainsi transformées, les fait agir en retour sur le social »[24]. Une notion juridique est donc l'expression d'un certain regard, celui que le droit du travail porte sur la réalité économique, dans la perspective d'une action. Elle révèle en creux le modèle sur lequel le droit du travail se construit ainsi que ses évolutions. Son analyse implique donc de saisir à la fois la notion juridique dans ses relations avec le réel et comme élément d'un système juridique déterminé.

6. L'attention portée aux relations entre le droit du travail et l'économie permet de préciser l'objet et l'intérêt d'une étude consacrée à la notion de groupe en droit du travail. Un phénomène nouveau dans l'ordre économique n'entraîne pas nécessairement l'introduction d'une nouvelle notion dans l'ordre juridique. Il n'y a là aucune relation de cause à effet. Il peut en revanche conduire à une évolution du droit positif lorsqu'il crée des perturbations telles au fonctionnement et à la cohérence du droit, qu'une réaction est nécessaire. L'introduction de la notion de groupe en droit du travail est, de ce point de vue, liée aux perturbations que l'organisation économique du groupe apporte à l'application du modèle de l'entreprise sur lequel s'est construit le droit du travail.

7. L'entreprise est une notion structurante du droit du travail qui a valeur de paradigme. Le paradigme, terme emprunté à Thomas Kuhn[25], désigne une certaine représentation du monde et des choses partagée par une communauté scientifique permettant d'organiser la connaissance. Il « *oriente, gouverne, contrôle l'organisation des raisonnements individuels et des systèmes d'idées qui lui obéissent* » ; il « *opère la sélection, la détermination et le contrôle de la conceptualisation, de la catégorisation, de la logique. Il désigne les catégories fondamentales de l'intelligibilité et opère le contrôle de leur emploi. C'est à partir de lui que se déterminent les hiérarchies, classes, séries conceptuelles* »[26]. Les perturbations apportées par le phénomène des groupes soulignent la force structurante du paradigme de l'entreprise défini comme « *la situation de référence que constitue la relation entre, d'une part, un employeur, et d'autre part, une collectivité de travailleurs, sans définir la nature juridique de cette relation* »[27]. Ce paradigme a pour objet de mettre en évidence « *l'organisation du*

[24] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit*., p.161.
[25] T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, 1ère éd., 1962, trad. franc., *La structure des revolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983.
[26] E. Morin, *La Méthode*, Lexique, V° Paradigme, Paris, Seuil, 2008, p.1477.
[27] A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTDCom.* 1985, p.625.

groupe social formé par la collectivité des travailleurs soumis à une même autorité »[28]. La logique sous-jacente qui gouverne l'agencement des rapports de travail entre un employeur et un salarié est ainsi inséparable de la conception de l'entreprise véhiculée par le paradigme de l'entreprise : celle d'une organisation hiérarchique dont le trait distinctif est la relation spécifique de pouvoir qui s'instaure entre l'employeur et le salarié. Selon Michel Despax, le principe hiérarchique, en vertu duquel chacun des éléments d'un ensemble se trouve subordonné à celui qu'il suit, est au cœur de l'organisation de l'entreprise[29]. Le modèle est celui d'une organisation pyramidale fondée sur une unité de direction, un pôle unique de pouvoir. « *Au cœur du droit du travail se trouve la relation de subordination, expression d'un rapport de pouvoir entre l'employeur et le salarié. L'entreprise ne se comprend que référée à la relation de subordination, de sorte qu'elle peut être qualifiée d'organisation hiérarchique. Mais en retour, la référence à l'entreprise donne à cette relation de pouvoir une dimension particulière et offre un cadre explicatif des règles relatives à la relation de travail subordonnée (...) en imprimant à la relation de pouvoir une dimension collective* »[30] entre un employeur et une collectivité de salariés. La référence à l'entreprise permet ainsi d'expliquer certains aspects de la relation de travail irréductibles à une approche strictement contractuelle.

8. La mise en œuvre du paradigme de l'entreprise repose sur une approche de l'entreprise « *particulièrement adaptée à une phase de la concentration économique où elle se confondait avec l'unité industrielle de production* »[31] et pour l'essentiel fondée sur le modèle de la « *grande entreprise intégrée* »[32]. Selon cette conception, l'entreprise est conçue comme un monde clos fonctionnant en autonomie de son environnement. Ses frontières correspondent parfaitement aux frontières juridiques de la personne morale qui lui sert de structure juridique d'accueil quelle que soit sa forme juridique. « *Les divers types de sociétés apparaissent alors comme autant de formes juridiques de l'entreprise : à cette forme abstraite qu'est la personnalité morale, correspond une relation concrète entre un employeur et une collectivité de travail* »[33]. Or, dans la mesure où il se compose d'une pluralité d'entités juridiquement

[28] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie Sociale et Economique, 1974, p.527.
[29] M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957.
[30] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse Paris X Nanterre, 2004, p.56.
[31] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », article précité, p.527.
[32] M.-L. Morin, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue Internationale du Travail* 2005, n°1, p.5.
[33] A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », article précité, p.626.

autonomes, le phénomène des groupes ne peut être saisi par l'intermédiaire de cette conception unitaire de l'entreprise. Il participe « *d'une crise plus générale du paradigme de l'entreprise* » en introduisant « *une rupture dans la notion d'entreprise qui s'y révèle incapable de remplir son habituelle fonction paradigmatique* »[34]. L'émergence de la notion de groupe en droit du travail apparaît alors comme une tentative de recomposition du paradigme de l'entreprise. Comme le souligne Thomas Kuhn, « *un paradigme est rarement susceptible d'être reproduit : comme une décision judiciaire faisant jurisprudence, c'est un objet destiné à être ajusté et précisé dans des conditions nouvelles ou plus strictes* »[35].

9. Le terme « groupe » n'est pas inconnu du vocabulaire juridique. Gérard Cornu identifie trois sens différents dont seul le premier correspond à l'objet de notre étude[36]. Le groupe peut désigner un « *ensemble de personnes (physiques ou morales) ayant un caractère ou un objectif commun (licite ou illicite), ou unies par un lien de droit* ». Le « *groupe de coordination* » est distingué du « *groupe de sociétés/entreprises* ». Tandis que le premier est défini comme « *l'ensemble de sociétés demeurées autonomes entre lesquelles l'unité d'action résulte d'accords à l'exclusion de tout moyen de domination* », le second recouvre « *l'ensemble de sociétés ayant chacune une existence juridique distincte souvent constitué par une société mère et une ou plusieurs filiales* ». Dans son acception courante, la référence au groupe renvoie au « *groupe de sociétés/entreprises* » et, plus précisément, à une configuration particulière, celle établie entre une société mère et une ou plusieurs filiales. Si l'accent est mis sur l'existence d'un ensemble composé d'entités juridiquement autonomes, cette première approche du groupe demeure très large et relativement vague. Elle reflète bien les hésitations et incertitudes entourant l'appréhension de ce phénomène par le droit.

10. Sans constituer une réplique fidèle de la réalité empirique, la réalité normative du droit est indissociable de l'objet qu'elle représente. Or, l'un des éléments caractéristiques du phénomène des groupes, au cœur des perturbations qu'il apporte au droit, réside dans l'association paradoxale de l'un et du multiple. Sous l'angle du tout, le groupe constitue bien une unité économique mais sous l'angle des parties, l'autonomie juridique de ses entités membres demeure. Le problème naît de la difficulté à rendre compte à la fois de l'unité du

[34] *Ibid.*, p.625.

[35] Cité par A. Supiot, *ibid*.

[36] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 4éd., 2003, p. 430-431. Le terme « groupe » peut encore désigner un « *ensemble de biens divers réunis en une même main, en un même lieu ou présentant un caractère commun* » ou une catégorie ou espèce (dans une classification).

groupe et de l'autonomie juridique des entités qui le composent. Il se résout le plus souvent en l'alternative suivante : soit l'unité du groupe est privilégiée au détriment du principe de l'autonomie juridique des entités du groupe, soit l'autonomie juridique des entités membres est affirmée ce qui rend l'unité du groupe juridiquement inexistante. Le droit positif parvient en partie à surmonter la contradiction en construisant une notion juridique de groupe à partir des relations entre les entités juridiques. L'attention portée aux relations inter-entreprises est déjà l'expression d'un changement de perspective. Elle repose sur une conception renouvelée de l'entreprise ouverte sur son environnement immédiat par l'identification des liens stables qu'elle noue avec d'autres, et plus précisément des relations de pouvoir.

11. Construite à partir des relations de pouvoir entre des entités juridiquement distinctes, la représentation juridique du groupe participe en droit du travail d'une adaptation du paradigme de l'entreprise. « *Le lien hiérarchique, établi entre un employeur et un salarié, est reproduit et adapté entre deux entités juridiques pour qualifier leur relation et résoudre les questions qui en découlent* »[37]. Appliqué au groupe, le paradigme de l'entreprise désigne la relation qui se noue entre un pôle unique de pouvoir et une collectivité de salariés. « *L'entreprise désignait le rapport entre un employeur et une collectivité de travail. Elle s'entend à présent de la relation qui se noue entre un centre de direction et une collectivité de salariés, de sorte que les groupes d'entreprises sont encore une variante de ce paradigme* »[38]. Cette recomposition du paradigme de l'entreprise privilégie une approche pyramidale du groupe : l'entité qui exerce le pouvoir est identifiée comme le centre unique du pouvoir, situé au sommet du groupe. La vision hiérarchique de l'organisation soumet la notion de groupe à une représentation juridique particulière.

12. Ainsi entendue, la notion de groupe désigne un ensemble d'entités juridiquement autonomes unies à l'une d'entre elles par des relations de pouvoir. La distinction entre les termes de « groupe d'entreprises », « groupe de sociétés » et « groupe d'entités juridiquement autonomes » présente-t-elle un intérêt en droit du travail ? Les notions de groupe de sociétés et de groupe d'entreprises ne se confondent pas totalement, même si elles sont couramment utilisées indistinctement. La principale explication réside dans le fait que la société constitue la structure juridique d'accueil de l'entreprise de loin la plus répandue et que la constitution des groupes repose à l'origine de manière privilégiée sur la technique des sociétés

[37] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail, op. cit.*, p.189.
[38] *Ibid.*, p.190.

anonymes[39]. Pourtant, les deux notions ne se confondent pas : la société est une structure juridique d'accueil parmi d'autres de l'entreprise, celle-ci pouvant être aussi constituée sous forme d'association par exemple. Au sens du droit du travail, la notion d'entreprise ne se confond donc pas nécessairement avec une structure juridique d'accueil de type sociétaire. Le terme « groupe d'entreprises » permet ainsi non seulement de marquer la spécificité du droit du travail par rapport au droit des sociétés mais encore de souligner le dépassement des frontières de l'entreprise. Composé d'entreprises distinctes les unes des autres, le groupe d'entreprises désigne un ensemble plus vaste que l'entreprise.

La distinction entre le groupe d'entreprises et le groupe de sociétés étant clarifiée, le groupe d'entreprises peut-il être assimilé à un groupe d'entités juridiquement autonomes ou de personnes morales ? En principe, la notion d'entreprise désigne l'entreprise correspondant aux frontières de sa structure juridique d'accueil, c'est-à-dire une personne morale juridiquement autonome ayant la qualité d'employeur. Dans cette perspective, les termes de groupe d'entreprises et de groupe d'entités juridiquement autonomes correspondent, le dernier terme permettant toutefois de mettre plus particulièrement l'accent sur le maintien de l'autonomie juridique des entités membres du groupe[40].

13. Cette représentation dominante du groupe qui présente les traits de l'ordre et de la simplicité n'en demeure pas moins réductrice et par là-même incapable de résoudre un certain nombre de problèmes récurrents. Rivée à la recherche d'un centre unique de pouvoir, la prise en compte par le droit des relations inter-entreprises opère une sélection dans la diversité des relations inter-entreprises pour caractériser l'existence d'un groupe. L'attention se focalise sur les relations de pouvoir existant entre une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises dominées, de telle sorte que la représentation juridique du groupe passe sous silence les relations qui s'instaurent entre les entreprises « sœurs » du groupe. Le seul lien qui unit ces entreprises est leur commune soumission au pouvoir exercé par une même entreprise qualifiée de dominante. Le groupe se présente alors comme la somme des relations binaires de pouvoir entre une entreprise dominante et une entreprise dominée. En dehors de l'hypothèse de telles relations, il est difficile de concevoir les liens qui s'instaurent entre les entreprises du groupe. Or, cette difficulté affecte l'efficacité du régime juridique attaché à la notion de groupe

[39] C. Champaud, « Rapport de synthèse », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, p.29. « *Il faut bien comprendre que les groupes de sociétés sont nés de la pratique des sociétés anonymes* ».
[40] Il convient toutefois de réserver le cas de l'unité économique et sociale.

lorsque l'on sort de la relation triangulaire classique entre le salarié, l'employeur et l'entreprise dominante. Tel est par exemple le cas en matière de reclassement des salariés dans le groupe, l'employeur n'ayant pas le pouvoir de contraindre les autres entités membres du groupe, et notamment les « entreprises sœurs », à apporter leur soutien au reclassement de ses salariés.

14. De plus, en doctrine comme en droit positif, il n'existe pas de consensus sur la nature et l'intensité des « liens » caractérisant de manière certaine et mécanique le groupe. En l'absence de conception unitaire, la reconnaissance juridique du groupe est plurielle. Elle repose soit sur une définition *a priori* du groupe établie sur des critères quantitatifs prédéfinis offrant une grande sécurité juridique mais qui, compte tenu du caractère arbitraire de la fixation de seuils, risque de ne pas saisir l'ensemble des relations de pouvoir constitutives d'un groupe, laissant à la pratique la possibilité de se réorganiser pour contourner le cadre juridique défini, soit sur une notion dont le sens est largement indéterminé de manière à garantir une adaptation de la notion à la diversité des configurations de groupe mais en sacrifiant les exigences de prévisibilité. L'incertitude qui entoure les frontières du groupe semble insurmontable. A l'engouement des débuts se substitue le pessimisme ou la fatalité : pour certains, toute tentative de définition des relations caractéristiques du groupe serait aussi vaine qu'arbitraire[41].

15. Certes, une notion n'a pas vocation à correspondre exactement à la réalité. Mais, de la détermination du sens de la notion dépend la capacité du droit à réglementer concrètement les rapports de travail dans les groupes et ce, quelle que soit la singularité de leur configuration. Rivée à la détermination des seules relations de pouvoir, la représentation abstraite du groupe apparaît de ce point de vue insuffisante. Elle l'est tout autant en ce qui concerne la compréhension et les perspectives d'évolution du régime juridique applicable au groupe en droit du travail. L'aménagement des rapports de travail par référence à la relation qui se noue entre un centre unique de pouvoir, l'entreprise dominante, et une collectivité de salariés conduit à cloisonner artificiellement l'organisation des relations de travail entre le niveau de l'entreprise et celui du groupe, de telle sorte qu'il est difficile de saisir la relation dynamique qui s'instaure entre les règles du droit du travail s'appliquant à ces différents niveaux. Bien plus, la relation établie entre un centre unique de pouvoir et la collectivité des salariés

[41] B. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés » *Rev. soc*. 1973, p.577-598.

demeure impuissante à expliquer la persistance du décalage entre le pouvoir et la responsabilité, l'employeur demeurant l'unique pôle d'imputation de responsabilité.

L'émergence de la notion de groupe n'a pas réglé tous les problèmes, bien au contraire, d'autres sont apparus, qu'il s'agisse de la pertinence des liens retenus pour caractériser l'existence d'un groupe ou de l'articulation des différentes notions de groupe entre elles. C'est finalement une relative insatisfaction que suscite l'émergence de la notion de groupe. Comment redonner de la cohérence à cette notion malgré la diversité de ses déclinaisons et s'assurer du minimum de sécurité juridique dans son maniement, sans pour autant limiter la portée de la règle du droit par une approche trop restrictive ?

16. Si la prise en considération des relations de pouvoir inter-entreprises a permis la construction d'une notion juridique de groupe rendant possible l'organisation juridique des relations de travail à ce niveau, il semble aujourd'hui qu'elle ne parvienne pas, à elle seule, à surmonter un certain nombre d'obstacles. Pour sortir de l'impasse, il convient de proposer une vision renouvelée du groupe capable de saisir la relation dynamique qui se tisse entre le tout et les parties, c'est-à-dire entre l'unité constitutive du groupe et chacune des entités membres dont il se compose, et de proposer une nouvelle lecture du régime juridique attaché à la notion de groupe, susceptible d'en saisir la cohérence d'ensemble et d'apporter un certain nombre de solutions pratiques à ses éventuelles limites. Il s'agit, paradoxalement, d'enrichir la représentation juridique du groupe, pour mieux préciser la notion de groupe. Dans cette perspective, la construction d'une nouvelle représentation du groupe implique un effort de conceptualisation.

17. Malgré leur diversité, les différentes approches de la notion de groupe constituent la « matière première » d'un travail de conceptualisation du groupe, seul à même de donner un minimum de cohérence à ce qui ne semble être que confusion. Souvent utilisés l'un pour l'autre, les termes de notion et de concept peuvent néanmoins être distingués. Ils se situent à des niveaux d'abstraction différents et, en partie, spécifiques à la discipline juridique. « *Le philosophe qui s'interroge sur la représentation intellectuelle de la réalité, se trouve face à deux niveaux : la sensation et sa conceptualisation. Le juriste doit quant à lui jongler avec trois éléments : la réalité sociale, la réalité normative, la conceptualisation de cette*

dernière »[42]. La notion part du réel pour opérer la traduction juridique des faits en droit ; elle est descriptive de l'objet et construit la réalité normative du droit. Elle constitue « *le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables. (...) La notion est l'outil qui permet d'opérer des « qualifications » en vue de procéder à l'« imputation » de régimes juridiques déterminés* »[43]. Par rapport à la notion, le concept se situe à un degré d'abstraction supérieur. Création de l'esprit relevant de la science du droit[44], le concept se construit à partir de la réalité normative, dont les notions juridiques et les effets de droit qui leur sont attachés sont les manifestations. Le concept peut donc avoir pour objet une ou plusieurs notions dont il décrit l'unité minimale de « sens »[45] détachée de la description des faits. En les encadrant, il « *accompagne le fonctionnement des « notions » et par là même peut être amené à en guider le fonctionnement effectif* »[46]. Sa construction est l'aboutissement dans le temps d'un processus discursif sur la ou les notions sur lesquelles il porte. « *Le concept ne sera donc « compris » ou « conçu » comme ce qui « correspond » au sens de la notion qui s'y rapporte, qu'à la fin du discours qui développe (définit) ou « explicite » le sens « implicite » de cette notion. (...) Le concept est « compris » non par le seul énoncé de la notion qui s'y rapporte, mais par le développement discursif (du sens) de cette notion, s'effectuant dans le temps qui suit cet énoncé* »[47]. Construction de l'esprit à partir d'un discours sur le sens de la notion, le concept n'est pas neutre. Il est, d'une part, le résultat d'une interprétation théorique de la réalité normative. Potentiellement, pour un même objet de recherche, il peut exister autant de concepts que d'interprétations théoriques, ce qui conduit à souligner le caractère relatif du concept. Il a, d'autre part, vocation à résoudre des problèmes *a priori* insolubles, faute d'un questionnement initial pertinent, en proposant une conception alternative de la réalité juridique, ce qui met ici en évidence à la fois le caractère fonctionnel et historique du concept[48].

---

[42] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p.862.

[43] L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002, n°19.

[44] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p.869 : Pour Paul Amselek, le concept naît d'abord en science du droit tandis que la « technologie » juridique donnerait, elle, plutôt la notion.

[45] *Ibid.*, p.864.

[46] *Ibid.*, p.862.

[47] A. Kojève, *Le concept, le Temps et le Discours. Introduction au Système du Savoir*, Paris, NRF Gallimard, 1990, p.101.

[48] M. Doat, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », article précité, p.192. « *Loin d'être la traduction presqu'immédiate et fidèle d'une « nature juridique », le concept est seulement le produit d'une histoire, qui est inventé pour répondre à des problèmes* ».

18. Même si la notion et le concept se situent à des niveaux d'abstraction différents, la réalité normative pour l'une, la conceptualisation pour l'autre, une relation dynamique s'instaure entre eux. Dans un premier temps, le concept peut se découvrir par induction d'une ou plusieurs notions de droit positif du même nom, qu'il prend pour objet. Une fois construit en doctrine, le concept est « *susceptible d'engendrer une notion, un a posteriori, dont le concept ne saurait être la copie, mais le modèle* »[49]. Il permet de mettre en évidence l'incomplétude de certaines notions juridiques, d'en exclure certaines *a posteriori* ou d'en intégrer de nouvelles qui relèvent implicitement de son modèle[50]. Dans un second temps, le concept ainsi formé peut avoir un effet rétroactif sur la réalité normative et conduire à son évolution. « *La perméabilité des deux « catégories » d'instruments cognitifs que sont le concept et la notion constitue un trait caractéristique des disciplines juridiques où, plus généralement, le discours sur le droit peut, par le truchement des sources formelles, intégrer le droit* »[51]. Dans cette perspective, la construction d'un concept juridique peut guider le sens d'une notion aussi bien dans ses éléments constitutifs que dans ses effets normatifs. Le concept juridique « *« informe » les notions juridiques qui créent, elles, des droits et des obligations* »[52]. Dans un dernier mouvement, cette fois récursif, la nouvelle vision de la réalité proposée par la construction conceptuelle peut conduire la pratique à inventer « *quelque chose de nouveau et de meilleur* »[53] conduisant à une reformulation du concept initialement construit.

Les relations entre la notion et le concept ainsi clarifiées, le travail de conceptualisation du groupe proposé part des différentes approches de la notion de groupe expressément consacrées en droit positif, non seulement en droit du travail mais aussi dans des branches du droit voisines. Plusieurs notions peuvent très bien, malgré leur diversité, se rapporter à un même concept. L'élaboration du concept trouve ainsi son point d'ancrage dans le droit positif. Construction de l'esprit, le concept proposé n'est pas neutre mais s'appuie sur une certaine vision du monde, celle développée en termes de complexité par Edgar Morin.

---

[49] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p.867.
[50] *Ibid.*, p.20.
[51] *Ibid.*, p.867.
[52] *Ibid.*, p.869.
[53] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p.197.

19. Jusqu'à présent, « *la construction d'un savoir juridique stable, capable d'intégrer l'ensemble des rapports sociaux, a été possible par l'élaboration de concepts permanents, dotés d'une véritable unité et universalité* »[54], de telle sorte qu'une idée pouvait se substituer à la réalité concrète. Relevant de la science du droit, l'élaboration d'un concept est le produit d'une organisation de la connaissance, le plus souvent « *conçue comme ayant pour mission de dissiper l'apparente complexité des phénomènes afin de révéler l'ordre simple auquel ils obéissent* »[55]. Le concept apparaît comme une sorte d'unité stable, définissant abstraitement et invariablement le sens de l'objet sur lequel il porte, et ce malgré la diversité de ses manifestations empiriques[56]. Mais, le concept aurait perdu de sa force unificatrice. Il traverserait une crise profonde pour deux principales raisons, l'une tenant à la complexité du réel et l'autre à celle du droit. Ainsi, dans le domaine économique et social, la complexification des relations économiques donne naissance à des « *monstres hybrides imaginés par la pratique* »[57]. « *Des prestations et des activités qui avaient jusqu'à présent été conçues de manière séparées se retrouvent associées pour permettre la réalisation d'une même opération économique* »[58]. L'émergence, dans la pratique, des groupes participe bien de cette imbrication croissante des relations économiques. « *Ce qui avant l'ère de la complexité était souvent un donné, devient une question. Ce qu'on voyait comme un objet clair (...) devient une institution hybride mouvante* »[59]. Parallèlement, le droit lui-même serait devenu complexe, mobile et flou. « *Nous vivons au milieu d'un univers juridique métamorphosé, de règles imprécises, de jurisprudences variables dans lequel il faut trouver un chemin, une méthode, construire une connaissance du variable et du flou. Penser le droit, c'est aujourd'hui se confronter avec ces différents éléments entre lesquels s'établissent des interactions partiellement imprévisibles* »[60]. Et, telle qu'elle se présente en droit du travail, « *terre d'élection de la complexité* »[61], la notion de groupe est un bel exemple de cette complexité du droit.

---

[54] M. Doat, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », in M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007, p.189.

[55] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005, p.9.

[56] Le célèbre exemple du morceau de cire de Descartes exprime parfaitement la différence entre la chose et son concept.

[57] J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, PUAM, 2002, n°2.

[58] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007, p.27.

[59] M. Doat, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », article précité, p.188.

[60] *Ibid*., p.182.

[61] J. Le Goff, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité », in M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, *op. cit*., p.103.

Le mode de conceptualisation classique hérité de la pensée cartésienne, consistant à construire l'objet en isolation de son contexte et à le décomposer en unités élémentaires, en vue de saisir les lois universelles et mécaniques qui le gouvernent, ne permet pas de saisir la dynamique d'ensemble qui anime les phénomènes complexes, ce qui conduit à une « *distorsion entre la représentation générale et abstraite des objets et ce que cette représentation recouvre exactement* »[62]. Or, si une pensée mutilante conduit à des actions imparfaites, il devient dès lors nécessaire de penser cette complexité sans pour autant la réduire à un ensemble de lois simples et déterministes. Dans cette perspective, la pensée complexe développée par Edgar Morin est d'un apport essentiel.

20. Partant de la complexité du réel et des défaillances de la pensée analytique à organiser, sans la mutiler, cette complexité sous la forme de lois simples, la pensée complexe n'a pas vocation à résoudre les problèmes mais à élaborer une stratégie permettant de se préparer à l'inattendu[63]. « *Il ne s'agira pas de reprendre l'ambition de la pensée simple qui était de contrôler et de maîtriser le réel. Il s'agit de s'exercer à une pensée capable de traiter avec le réel, de dialoguer avec lui, de négocier avec lui* »[64]. Est-ce à dire que toute tentative de conceptualisation du groupe serait une entreprise vaine, vouée à l'échec face à la complexité du monde ? S'il est attendu du concept de groupe de fixer une fois pour toutes le sens de la notion à partir de critères quantitatifs définis *a priori*, considérés comme découlant de la nature de l'objet, alors il y a fort à parier que ce concept ne soit d'aucun secours, en ne proposant qu'une vision idéale mais réductrice de la réalité. En revanche, le concept peut fournir une certaine représentation du groupe et dégager les lignes directrices générales pouvant encadrer et préciser le maniement de la notion. Car, si la pensée complexe rejette « *les modes simplificateurs de connaissance* [qui] *mutilent plus qu'ils n'expriment les réalités ou les phénomènes dont ils rendent compte* », elle ne conduit pas corrélativement à l'élimination de « *tout ce qui met de l'ordre, de la clarté, de la distinction, de la précision dans la connaissance* »[65]. Mais, l'ordre ainsi dégagé, dans notre cas par un travail de conceptualisation, ne s'identifie pas à un principe explicatif universel et mécanique qui se situerait dans la nature des choses. La connaissance produite n'est ni complète ni définitive : elle doit composer avec l'incertitude qui gouverne l'infinie diversité du réel et prendre

[62] M. Doat, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », article précité, p.182.
[63] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit*., p.110.
[64] *Ibid.*, p.10.
[65] *Ibid.*, p.11.

conscience des limites mêmes de son mode de production. En d'autres termes, le concept de groupe envisagé n'a pas l'ambition de découvrir la nature des choses mais de fournir un guide d'interprétation par la mise à jour de certaines régularités, sans pour autant rejeter la part irréductible d'incertitude avec laquelle il faut traiter. Dans cette perspective, le travail de conceptualisation est indissociable de la problématique de départ du chercheur qui oriente son point de vue sur le réel et à partir de laquelle « *un travail de mise en ordre, partiel et continuellement remaniable, peut être mis en œuvre* »[66]. S'agissant d'une étude consacrée à la notion de groupe en droit du travail, il apparaît nécessaire de revenir sur ce qui constitue à la fois l'originalité du groupe et la difficulté de sa traduction juridique : l'association paradoxale de l'un et du multiple.

21. Représentation abstraite d'une réalité concrète, la notion est un construit de l'ordre juridique destiné à lui donner prise sur la réalité en vue de répondre à des besoins juridiques déterminés qui peuvent être liés, comme en l'occurrence, à une évolution de l'organisation des activités économiques. Dans le cadre d'une étude consacrée à la notion juridique de groupe, il est donc apparu nécessaire de retracer le cheminement ayant conduit un ordre juridique à consacrer cette notion[67]. Ce n'est qu'une fois la construction juridique de la notion de groupe mise en évidence qu'il devient possible de se livrer à un travail de conceptualisation dont il conviendra d'apprécier la pertinence au regard de ses applications pratiques.

Première partie : La genèse de la notion de groupe

Seconde partie : De la notion au concept

[66] CNRS, « Construire une politique scientifique », extrait du Projet d'établissement du CNRS – février 2002 : disponible sur le site du CNRS/Réflexions stratégiques : http://www.cnrs.fr/Strategie/DocPDF/projetetab.pdf.

[67] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p.16 : il existe deux manières différentes de présenter les notions juridiques : l'une, statique, « *consiste à les montrer sous leur forme la plus aboutie, comme un corps de règles parfaitement cohérentes ou que l'on voudrait telles* » ; l'autre, évolutive, « *insiste sur les tâtonnements qui ont permis à la notion de se former, de se distinguer des notions voisines pour finir par se stabiliser sous des traits qui s'expliquent d'autant mieux qu'on en connaît les origines* ».

Première partie

LA GENÈSE DE LA NOTION DE GROUPE

22. L'apparition dans l'ordre économique d'un phénomène économique nouveau ne conditionne pas à lui seul l'introduction d'une nouvelle notion juridique. Le plus souvent, un tel phénomène est absorbé par les notions juridiques déjà existantes. Il arrive pourtant que la nécessité d'une nouvelle notion se fasse sentir. Tel est le cas lorsqu'un phénomène économique que les notions juridiques existantes ne parviennent pas à traduire de manière satisfaisante, perturbe l'application de la règle de droit ou crée de nouveaux problèmes juridiques. Le groupe semble bien relever de cette hypothèse. Une notion juridique n'est pas la réplique fidèle du réel mais sa représentation abstraite pour les besoins du droit. Construite par un système juridique déterminé, elle exprime la représentation que le droit se fait du groupe ; elle ne correspond donc pas trait pour trait au phénomène économique du groupe présenté dans l'ordre économique.

Aussi, s'intéresser à la genèse de la notion de groupe en droit du travail implique d'une part, de mettre en évidence la nécessité d'une notion juridique de groupe en confrontant le phénomène économique du groupe tel qu'il existe dans l'ordre économique avec les notions juridiques existantes (Titre I) et d'autre part, de considérer la consécration de la notion de groupe comme le résultat d'une construction juridique traduisant la perception que le droit se fait du groupe (Titre II).

Titre I

LA NÉCESSITÉ D'UNE NOTION DE GROUPE

23. Malgré la diversité de ses formes, le groupe se présente comme une organisation économique composée de plusieurs entités juridiquement autonomes, unies entre elles par des liens de nature diverse, et soumises à une même unité de décision économique. Particulièrement bien adapté à la nouvelle donne économique, le groupe s'est imposé dans l'ordre économique comme une organisation économique incontournable mais juridiquement difficile à saisir (Chapitre 1), conduisant à un aménagement des notions juridiques du droit du travail qui demeure néanmoins insatisfaisant (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le groupe : une organisation économique incontournable mais juridiquement difficile à saisir

Chapitre 2 – L'aménagement insuffisant des notions juridiques du droit du travail

Chapitre 1
Le groupe : une organisation économique incontournable, juridiquement difficile à saisir

24. Le législateur n'a pas le monopole de l'organisation juridique des activités économiques. Dans l'ordre économique, forts de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, les acteurs économiques bénéficient d'une capacité d'action et d'innovation non négligeable. Le choix de leur mode d'organisation économique est avant tout destiné, compte tenu des contraintes économiques, à satisfaire au mieux leurs intérêts, indépendamment des objectifs visés par le législateur ou du respect des notions juridiques en vigueur. Le droit devient alors, dans la vie des affaires, un instrument finalisé, « *une technique de gestion et d'organisation au service des finalités économiques, sociales, politiques et culturelles de l'entreprise* »[68]. La portée de la règle ou de la technique juridique employée n'est véritablement significative qu'une fois replacée dans son contexte d'action. Elle peut alors se révéler sensiblement différente de celle initialement attribuée ou visée par le législateur.

Organisation économique adaptée à la nouvelle donne économique (Section 1), le groupe semble hermétique à toute traduction juridique en l'absence de fondement juridique adapté (Section 2).

[68] C. Champaud, *Le droit des affaires*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1981, p.63. Egalement, J. Paillusseau, « Le droit est *aussi* une science d'organisation », *RTDcom.*, 1989, p.1.

Section 1. L'émergence d'une organisation économique adaptée à la nouvelle donne économique

25. Si les modes d'organisation des activités économiques peuvent varier dans le temps, ils sont tous animés par la poursuite d'un même but : la recherche d'un modèle organisationnel optimum adapté aux contraintes économiques et de ce fait capable de réaliser les objectifs économiques définis. Figure organisationnelle innovante particulièrement bien adaptée aux mutations de l'ordre économique (§1), le groupe n'en constitue pas moins une figure organisationnelle problématique en droit du travail (§2).

§1. Une figure organisationnelle innovante adaptée aux mutations de l'ordre économique

26. Le groupe d'entreprises n'est pas véritablement une forme d'organisation économique inédite. Dès le début du XXe siècle[69], l'existence, certes marginale, de groupes est constatée. Cette forme d'organisation encore balbutiante au début du XXe siècle a connu un essor sans précédent à partir de la seconde moitié du XXe siècle. L'intérêt porté par les acteurs économiques à cette forme d'organisation concorde avec l'évolution des contraintes économiques. L'entrée de l'économie dans une nouvelle configuration de la mondialisation ainsi que l'essoufflement du modèle de production de masse de biens indifférenciés ont contraint les acteurs économiques à adopter des formes d'organisation plus souples, concurrentes du modèle de l'entreprise « fordiste » jusqu'alors dominant. Adapté à une certaine configuration de l'économie, le modèle de l'entreprise « fordiste » révèle en effet ses limites en présence d'un changement de configuration. « *« Déclin du fordisme » et « mondialisation » interagissent, puisqu'une des explications la plus couramment donnée du déclin du fordisme vient de la nécessité, face à l'accroissement de la pression compétitive, de mettre en place des modes d'organisation plus concurrentiels et plus souples* »[70]. Face aux mutations de l'ordre économique (A), le groupe d'entreprises apparaît comme une figure organisationnelle innovante adaptée à la nouvelle donne économique (B).

[69] C. Pottier, *Les multinationales et la mise en concurrence des salariés, op.cit.*
[70] M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Paris, Dalloz, 2006, p.10.

A. Les mutations de l'ordre économique

27. L'essor des groupes d'entreprises est indissociable de l'évolution du modèle de production sous l'effet conjugué d'un changement de configuration de la mondialisation de l'économie (1) et des limites organisationnelles du modèle de l'entreprise « fordiste », incapable de répondre de manière satisfaisante au nouvel impératif de flexibilité (2).

1. La mondialisation[71] de l'économie

28. Au sens général du terme, la mondialisation « *constitue à la fois le processus et le résultat du processus selon lequel les phénomènes de divers ordres (économie, environnement, politique, etc.) tendent à revêtir une dimension proprement planétaire* »[72]. L'agitation actuelle autour du thème de la mondialisation traduit moins l'émergence d'un phénomène nouveau que la transformation de ses modalités d'existence. Les effets de la mondialisation sont particulièrement sensibles en économie. Comme l'a démontré Fernand Braudel[73], dès le XIVe siècle, le capitalisme s'organise dans le cadre d'une « économie-monde », dont le centre de gravité évolue selon les époques. Phénomène économique évolutif, non figé dans le temps et l'espace, la mondialisation est un produit de l'histoire. La maîtrise des ressorts de l'ordre économique mondialisé actuel ne peut se dispenser d'une approche historique des différentes phases de la mondialisation du XXe siècle à nos jours. Pour ce faire, l'analyse de la mondialisation proposée par Charles-Albert Michalet[74] nous servira de cadre général et devrait permettre de mieux saisir les implications de la mondialisation dans l'évolution des échanges économiques et des structures organisationnelles.

Charles-Albert Michalet présente la mondialisation comme un « *phénomène économique complexe* » en raison de son caractère « *multidimensionnel* », de

[71] La langue française tend à employer indistinctement les termes de « mondialisation » ou de « globalisation ». La « globalisation » désigne une configuration spécifique et la plus récente de la « mondialisation ». Dans cette perspective, le terme « mondialisation » est plus large que celui de « globalisation ». A la condition de se placer dans la configuration actuelle de la mondialisation, les termes « mondialisation » et « globalisation » peuvent être utilisés comme synonymes. Voir notamment en ce sens : M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, *op. cit*. p.2-3.

[72] M. Pébereau, "Mondialisation", *Encyclopaedia Universalis*.

[73] F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Paris, Flammarion, 1985.

[74] Ch.-A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation* ?, Paris, La Découverte, 2004, p.209.

l'interdépendance et de la hiérarchie variable de ses différentes dimensions[75]. Le caractère multidimensionnel de la mondialisation repose à la fois sur la dimension des échanges de biens et services[76], sur la dimension productive *via* les investissements directs à l'étranger[77] et enfin sur la circulation des capitaux financiers[78]. Ces trois dimensions de la mondialisation sont interdépendantes. En agissant de concert, elles forment une configuration originale de la mondialisation qui ne se réduit pas à une simple addition : un effet de synergie se crée. La configuration de la mondialisation n'est pas définitivement fixée mais est susceptible de se modifier : produit de l'histoire, elle varie dans le temps. Chaque configuration se caractérise par « *une logique économique dominante* » qui est le « *produit de la hiérarchie des trois dimensions de la mondialisation* ». La domination de l'une des dimensions de la mondialisation forme une configuration spécifique. En concentrant son analyse sur la période du XIXe siècle, Charles-Albert Michalet distingue trois principales phases de l'évolution historique de la mondialisation qu'il convient de reprendre successivement : la configuration inter-nationale, la configuration multinationale et la configuration globale.

La configuration inter-nationale

29. Dominante jusqu'au milieu des années soixante, la configuration inter-nationale repose principalement sur les échanges de biens et de services. Les autres dimensions de la mondialisation jouent dans cette configuration un rôle très secondaire. La politique économique des Etats-nations domine la configuration inter-nationale[79]. Dans ce cadre, l'économie mondiale se réduit à l'ensemble des économies nationales reliées entre elles par les échanges de biens et de services. Les investissements directs à l'étranger existent, sous forme de filiales commerciales, mais sont résiduels. Ces filiales doivent simplement favoriser les exportations sur un territoire donné fermé aux échanges de biens ou de services. Opérant

[75] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.18.

[76] Les échanges de biens et de services désignent les flux d'exportation et d'importation entre les pays.

[77] Les investissements directs à l'étranger « *sont effectués par les firmes et sont les vecteurs de l'expansion multinationale de leurs activités. Ils entraînent la mobilité des activités de production des biens et des services, souvent désignée comme la délocalisation de la production* ». « *Ils se traduisent par l'acquisition d'une partie du capital social d'une entreprise locale (nouvelle ou existante) qui permet à l'investisseur d'avoir un pouvoir de contrôle sur la gestion de cette dernière* ». Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.19.

[78] « *Les investissements financiers ou de portefeuille correspondent à des placements effectués par des institutions financières bancaires ou non bancaires ou par des particuliers, dans des sociétés cotées en Bourse. Ils ont pour finalité la rentabilité et non pas la gestion directe des sociétés dans lesquelles sont prises des participations. Ils sont volatils, leurs déplacements obéissant aux variations anticipées des rendements sur les différentes places* ». Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.19.

[79] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.55 : « *Exclusivement construite sur la base des relations commerciales entre les Etats-nations* », « *la régulation de la configuration inter-nationale (...) peut être qualifiée de régulation inter-gouvernementale* ».

sur des marchés locaux protégés, elles sont peu intégrées à la société mère et entretiennent rarement des contacts avec les autres filiales du groupe. Conçues comme des répliques de la société mère et opérant sur un marché fermé, il est juridiquement possible de les traiter indépendamment de leur appartenance à un groupe sans créer de distorsions trop importantes entre leur représentation juridique et la réalité économique. Il n'existe pas encore de délocalisation de la production, mais la configuration multinationale va progressivement s'imposer.

La configuration multinationale

30. A partir des années soixante, les échanges de biens et de services sont concurrencés, puis progressivement supplantés au cours des années quatre-vingt par les investissements directs à l'étranger caractéristiques de la configuration multinationale. Ces investissements directs à l'étranger sont une réponse apportée à l'essoufflement du modèle de la production de masse : l'objectif recherché n'est plus la productivité mais la compétitivité. Pour les entreprises et les groupes, l'acquisition de nouvelles parts du marché mondial pour un produit devient synonyme de compétitivité. Quel que soit le secteur d'activité concerné, les entreprises et les groupes subsistent et demeurent compétitifs en grande partie grâce à leur dimension multinationale, caractéristique de la configuration multinationale.

Par rapport aux groupes qui opèrent exclusivement sur un marché national, les groupes de dimension multinationale ont la possibilité de développer des stratégies de délocalisation qui leur assurent un réel avantage en termes de compétitivité. Pour contrecarrer les effets des mesures protectionnistes de certains Etats ou encore des frais de transport excessifs, l'investissement direct à l'étranger permet de délocaliser une partie de la production par la création d'une « filiale-relais », « *unité de production orientée exclusivement ou majoritairement vers la vente de produits finis pour le marché local* » [80]. La stratégie de délocalisation peut également répondre à un objectif de minimisation des coûts (coût et niveau de formation de la main d'œuvre et des transports, proximité des matières premières, énergie, qualité des infrastructures et des services publics, fiscalité, stabilité politique,…). Elle se traduit alors par l'implantation d'une société dont la production fortement spécialisée est destinée à l'exportation vers d'autres sociétés du groupe. « *La production des « filiales ateliers » est intégralement destinée à l'exportation. Les filiales ateliers produisent des*

[80] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.61.

composants de produits manufacturés ou des produits primaires non ou faiblement transformés »[81]. Il en résulte une modification de l'organisation interne des groupes : sous l'effet de la spécialisation des activités, l'interdépendance entre les membres du groupe s'accroît. Les différents stades de la production des biens ou services ne sont plus intégralement pris en charge par chacune des entités du groupe mais sont répartis entre elles.

A cette configuration multinationale marquée par l'essor des entreprises et groupes d'entreprises de dimension multinationale, a succédé la dernière phase actuelle de la mondialisation : la configuration globale.

La configuration globale

31. La configuration globale est la phase actuelle de la mondialisation marquée par la « financiarisation de l'économie »[82]. Les investissements financiers ont leur logique propre et « *échappent aux déterminations de l'économie réelle qui prédominaient dans les économies antérieures* »[83]. Les principaux acteurs de la configuration globale, sont les institutions financières privées (fonds d'investissements, les fonds de pension, les compagnies d'assurance…). Ces institutions financières développent des stratégies d'investissements qui leurs sont propres et qui sont déterminées en fonction des cours des marchés internationaux et des marchés de changes. En prenant des participations dans le capital des sociétés cotées, elles vont déterminer en partie leurs stratégies économiques. « *La logique financière déborde la dimension financière pour s'étendre aux autres dimensions « réelles » de l'économie, c'est-à-dire celles de la production et des échanges. L'interdépendance des dimensions passe essentiellement par les effets de diffusion de l'objectif de rentabilité financière.(…) La gestion des firmes se calque sur la gestion de portefeuille des banques d'investissement et les actifs industriels sont assimilés à des actifs financiers* »[84].

Non seulement les groupes et entreprises doivent conquérir de nouvelles parts du marché mondial pour survivre dans une économie très concurrentielle, mais encore ils doivent afficher une rentabilité financière suffisamment élevée pour que les institutions financières

[81] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.62.
[82] C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT* 2008, p.288.
[83] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.28.
[84] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.28.

privées maintiennent leurs actions dans leurs portefeuilles. A défaut, ils courent le risque d'être absorbés par un concurrent ou d'être mis en faillite[85]. L'essor de la configuration globale repose largement sur les nouvelles technologies de l'information qui ont pour effet d'accélérer le temps de la décision économique afin de l'adapter au temps des stratégies financières : quel que soit le lieu où se trouvent chacun des interlocuteurs, la communication s'établit dorénavant en temps réel. « *Dans la dimension globale, la vitesse constitue une dimension plus pertinente que la dimension spatiale* »[86]. Ce nouveau rapport au temps implique davantage encore qu'auparavant, une organisation flexible devant permettre une adaptation rapide aux changements de stratégies nécessaires à la satisfaction de l'objectif de rentabilité financière.

Les transformations de la mondialisation impliquent de nouvelles contraintes économiques qui représentent autant de nouveaux défis pour les acteurs économiques dont les facultés d'adaptation constituent le gage de leur survie. Ces nouvelles contraintes économiques se traduisent principalement par un impératif de flexibilité qui a révélé les limites du modèle de l'entreprise « fordiste » et favorisé l'apparition de nouvelles formes d'organisation économiques.

2. L'impératif de flexibilité

32. Pendant longtemps, l'entreprise « fordiste » a servi de modèle organisationnel de régulation socio-économique à une économie fondée sur la production massive de biens indifférenciés. Mais, face à l'essoufflement de ce modèle de production, les acteurs économiques se sont progressivement orientés vers un mode de production de biens diversifiés. La qualité recherchée devient la flexibilité, c'est-à-dire la capacité à s'adapter aux variations de la demande et des produits, qualité que l'entrée dans l'ère de la configuration globale a rendue plus nécessaire que jamais. En mettant l'accent sur l'impératif de flexibilité, la transformation du modèle de production et la mondialisation ont été les principaux vecteurs de l'essoufflement de l'entreprise « fordiste » (a), concurrencée par le déploiement de stratégies de flexibilisation alternatives (b).

[85] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.117.
[86] Ch.-A. Michalet, *ibid.*, p.119.

a) L'essoufflement de l'entreprise « fordiste »

33. Depuis le début du XXe siècle, le modèle organisationnel de régulation socio-économique repose sur l'entreprise « fordiste », dont l'une des caractéristiques est d'intégrer en son sein toutes les fonctions, tant principales que secondaires, nécessaires à la réalisation de produits ou de services. Ce modèle d'organisation présente non seulement l'avantage de réduire les coûts de transaction[87] générés par le recours à des entreprises extérieures opérant sur le marché mais aussi celui de contrôler l'ensemble du processus de production. Le modèle de l'entreprise « fordiste » correspond à une phase de la concentration des activités économiques[88]. En économie, la concentration désigne « *un phénomène économique qui se caractérise par la croissance de la taille des entreprises et par une diminution corrélative de leur nombre* »[89]. Certains auteurs adoptent une conception extensive de la concentration en la définissant comme un « *mouvement qui entraîne la formation d'unités économiques de plus en plus vastes* »[90]. Cette approche n'est pas démentie par la distinction classique entre la concentration par croissance interne[91] et la concentration par croissance externe[92].

34. La croissance interne correspond à une approche restrictive de la concentration définie comme « *une forme de développement de la firme où celle-ci crée en son sein de nouvelles capacités de production* »[93] et qui rassemble « *les opérations qui ont pour but d'accroître sensiblement la taille et la puissance des entreprises individuelles ou sociales* », conduisant « *à un accroissement des dimensions des cellules économiques fondamentales et à la diminution de leur nombre* »[94]. La croissance externe désigne quant à elle le « *processus par lequel l'entreprise s'agrandit par regroupement avec d'autres entreprises préexistantes dont elle prend le contrôle* »[95]. Ce mode de concentration des entreprises « *se caractérise par la*

---

[87] « *coûts auxquels on doit faire face en échangeant un bien ou les services d'un facteur de production sur un marché* ». J.-L. Mucchielli, cité par A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Paris, 2002, p.20.

[88] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie Sociale et Economique, 1974, p.527.

[89] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, p.3.

[90] C. Champaud, *ibid*.

[91] Ou concentration de type primaire selon la terminologie proposée par C. Champaud, *ibid.*

[92] Ou concentration de type secondaire selon la terminologie proposée par C. Champaud, *ibid.*

[93] A. Beitone, A. Cazorla, C. Dollo et A.-M. Drai, *Dictionnaire de sciences économiques*, Paris, Armand Collin, 2001, p.116.

[94] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, p.3.

[95] A. Beitone, A. Cazorla, C. Dollo et A.-M. Drai, *Dictionnaire de sciences économiques*, *op. cit*. p.116.

persistance des cellules économiques de base, les entreprises, et par leur intégration à des unités plus vastes, dont les organes imposent à l'ensemble une direction économique unitaire »[96]. A la lumière de ces précisions terminologiques, l'entreprise « fordiste » résulte d'un processus de concentration par croissance interne.

35. Or, arrivée à un certain seuil, la concentration par croissance interne montre ses limites. Elle ne peut « *servir indéfiniment de cadre à la croissance des entreprises. A partir d'un certain moment les méfaits du gigantisme risquent de stériliser les bienfaits de la puissance* »[97]. Ce que l'entreprise « fordiste » gagne en réduction des coûts de transaction et en organisation hiérarchique, elle le perd en frais fixes de fonctionnement et en rigidité. « *A partir d'un certain stade, la direction de l'entreprise devient d'un maniement malaisé, et son fonctionnement devient plus lourd comme si, dans cet organisme que constitue une vaste entreprise, le cerveau n'était plus capable de donner les impulsions nécessaires à un corps devenu trop grand pour lui* »[98]. Les inconvénients du modèle de l'entreprise « fordiste » se rapprochent alors de ceux identifiés par Michel Crozier à propos du phénomène bureaucratique[99].

36. Malgré ses limites, le modèle de l'entreprise « fordiste » était adapté à une économie de production de masse, les avantages du modèle compensant largement ses inconvénients. En revanche, il n'a pas résisté à la modification du modèle de production lui-même et aux transformations de la mondialisation. Ces évolutions économiques mettent toutes l'accent sur la souplesse des organisations afin de favoriser leur adaptation à des variations de plus en plus rapides. C'est la raison pour laquelle de nouveaux modèles d'organisation plus « flexibles », privilégiant des structures de taille réduite recentrées sur leur cœur de métier, sont apparus. Sans totalement remettre en cause le modèle jusqu'alors dominant de l'entreprise « fordiste » qui continue d'exister, des modèles concurrents apparaissent. « *La situation économique et sociale actuelle ne saurait être ramenée à l'émergence d'un modèle unique de relations de travail, car elle se caractérise par une pluralité de modes de production* »[100]. L'émergence de

[96] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit.* p.4.
[97] C. Champaud, *ibid.*, p.3.
[98] M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, p.104.
[99] M. Crozier, *Le Phénomène bureaucratique*, Paris, Seuil, 1965.
[100] A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe.* Rapport pour la commission européenne, Paris, Flammarion, 1999, p.27.

ces modèles organisationnels plus souples est le signe de l'évolution des contraintes du système de production économique, auxquelles les entreprises doivent s'adapter.

La flexibilité devient le maître-mot de la survie économique.

b) Les stratégies de flexibilisation alternatives

37. Dans le discours économique, la flexibilité s'est progressivement imposée comme un impératif et une contrainte de gestion des hommes et des équipements[101]. L'objectif poursuivi est toujours identique : pour les acteurs économiques, il s'agit d'une part de s'adapter aux variations de la demande et des produits et d'autre part, d'assurer un certain degré de rentabilité financière dans une économie dominée par la finance.

38. Parmi les diverses stratégies de flexibilisation déployées, l'extériorisation des activités de production agit directement sur les structures organisationnelles et a pour effet de pallier les inconvénients du « gigantisme » de l'entreprise « fordiste ». Le terme « extériorisation » désigne l'« action d'extérioriser », c'est-à-dire l'action de « mettre au-dehors ». L'extériorisation d'une activité de production signifie alors l'action par laquelle une entreprise met en dehors d'elle-même une activité. En ce sens, elle correspond bien à une forme de flexibilité de la gestion des processus de production. L'extériorisation des activités de production a pour effet de recentrer les entreprises sur leur cœur de métier. Elle présente l'avantage de réduire le coût et le volume des charges fixes de l'entreprise et d'assouplir l'organisation en la délestant de ses activités secondaires les moins rentables[102]. L'extériorisation des activités de production s'est notamment traduite par l'abandon pour certaines entreprises de leurs activités secondaires reposant sur une faible qualification de la main d'œuvre, comme les activités de nettoyage, de gardiennage, de restauration du personnel… De manière plus étonnante *a priori*, certaines entreprises se sont également délestées de leurs activités hautement qualifiées, leur assurant pourtant une innovation technique essentielle à leur survie.

[101] J.-C. Barbier et H. Nadel, « La flexibilité du travail et de l'emploi », in J. Allouche (dir.), *Encyclopédie des Ressources Humaines*, Paris, Vuibert, 2003, p.553.
[102] J. Freyssinet, « La dimension économique du problème », *Dr. Ouv.* 1981, p.116.

39. Dans le cadre d'un mode de production privilégiant la diversification des produits, l'innovation technique représente en effet un élément essentiel de la stratégie économique des entreprises. L'innovation technique peut se décliner sous différentes formes, le plus souvent liées entre elles[103] : technologique, productive (nouveau produit, nouveau procédé de production, nouvelle source de matière première), organisationnelle (nouvelle organisation de la production) ou encore commerciale (ouverture d'un nouveau marché). Elle implique l'acquisition de connaissances techniques pointues, exigeant un haut niveau de formation et de compétence. Mais, dans ce domaine, les investissements sont à la fois coûteux et risqués : la promesse d'un résultat final générateur de profit, n'est pas assurée et ne se réalise pas à court terme. Aussi, même si les entreprises conservent des laboratoires de recherches internes, elles n'hésitent plus à se délester de pans entiers de leur activité de recherche et de développement sur de petites structures indépendantes hautement spécialisées qui supportent le risque de l'investissement.

Cette stratégie de réduction des coûts d'investissement en matière d'innovation technique illustre un des effets de la financiarisation de l'économie[104]. L'exigence de rentabilité financière des fonds d'investissement, actionnaires de la société, s'avère le plus souvent inconciliable avec la mise en place d'une politique de développement technologique et scientifique. Elle « *peut conduire à la réduction des investissements risqués. Etant donné le rôle de l'innovation dans la stratégie productive de l'entreprise, la réduction du risque est allée souvent de pair au cours des années récentes avec l'externalisation d'activités risquées dont fait partie la R&D. De fait les stratégies d'appropriation externes prennent une importance grandissante* »[105]. Aussi, bien souvent, l'entreprise n'assume plus directement et intégralement le risque de l'investissement technique et scientifique et préfère le reporter sur d'autres entreprises spécialisées avec lesquelles elle travaille en étroite collaboration. Cette collaboration est favorisée par l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication qui assurent à l'entreprise un accès en temps réel à l'information entre les entreprises.

---

[103] La production et le lancement d'un nouveau produit induisent fréquemment l'ouverture d'un nouveau marché et la modification de l'organisation. B. Laperche, « Capital-savoir et innovation dans les firmes mondiales. Impacts sur le travail scientifique et technique », in S. Boutillier et *D.* Uzunidis (dir.), *Travailler au XXIe siècle. Nouveaux modes d'organisation du travail*, Paris, De Boeck, 2006, p.160.

[104] Comme le souligne B. Laperche, la « *prise en compte des considérations financières dans les stratégies des entreprises a des conséquences non négligeables sur les modalités de la constitution mais aussi de la gestion du capital-savoir* ». B. Laperche, *ibid.*, p.177.

[105] B. Laperche, *ibid.*

40. En définitive, la transformation du mode de production ainsi que l'entrée de l'économie dans une nouvelle phase de la mondialisation ont révélé l'inadaptation du modèle d'organisation de l'entreprise « fordiste » à cette « nouvelle donne » économique. Pour répondre à l'impératif de flexibilité, devenu le nouveau *credo* économique, les entreprises se lancent dans une stratégie d'extériorisation des activités de production. La concentration par croissance interne est délaissée ; les entreprises se recentrent sur leur cœur de métier. Mais, contrairement à ce qu'il aurait été possible de concevoir, l'extériorisation des activités de production ne s'est pas accompagnée d'un mouvement de déconcentration des activités économiques. Bien au contraire, de nouvelles techniques de concentration sont privilégiées et favorisent l'émergence d'organisations plus vastes que l'entreprise adaptées à la « nouvelle donne » économique. L'essor des groupes d'entreprises participe de ce mouvement et correspond à l'entrée de l'économie dans une nouvelle phase de la concentration économique.

B. Une figure organisationnelle innovante adaptée à la nouvelle donne économique

Le groupe d'entreprises constitue un mode de concentration des entreprises original (1) particulièrement bien adapté à la nouvelle donne économique (2).

1. Un mode de concentration des entreprises original

Mode de concentration par croissance externe (a), la formation du groupe repose sur des techniques juridiques de concentration bien connues (b).

a) Un mode de concentration par croissance externe

41. Le groupe d'entreprises est un instrument de concentration[106] parmi d'autres. Il peut tout aussi bien se présenter sous la forme d'une concentration verticale en regroupant des entreprises intervenant successivement dans un même processus de production ou de distribution, que d'une concentration horizontale en réunissant un ensemble d'entreprises sur un même marché donné ou enfin d'une concentration conglomérale, les entreprises intervenant dans des secteurs de production divers, sans rechercher la complémentarité industrielle ou commerciale de leurs activités[107]. Qualifié par certains de « *symbole de la concentration capitaliste* »[108], le groupe d'entreprises résulte d'un mode de concentration par croissance externe[109] : les entreprises sont intégrées dans une organisation économique plus

[106] La concentration désigne le « *phénomène économique qui se caractérise par la croissance de la taille des entreprises et par une diminution corrélative de leur nombre* ». C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.*, p.3.

[107] Notamment : D. Vidal, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 5e éd., 2006, p.103, n°197 ; A. Jacquemin, « Le groupe de sociétés : décentralisation dans la concentration », in *Les groupes de sociétés*, Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, Faculté de Droit de Liège, 1973, p. 29.

[108] C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTDcom.*, 1967, p.1011.

[109] La croissance externe se définit comme le « *processus par lequel l'entreprise s'agrandit par regroupement avec d'autres entreprises préexistantes dont elle prend le contrôle* » (A. Beitone, A. Cazorla, C. Dollo et A.-M. Drai, *Dictionnaire de sciences économiques*, *op. cit.* p.116) et « se caractérise par la persistance des cellules économiques de base, les entreprises, et par leur intégration à des unités plus vastes, dont les organes imposent à l'ensemble une direction économique unitaire » (C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.* p.4).

vaste, le groupe, dont l'organisation interne a pour effet de les soumettre à une unité de décision économique. Cette unité de décision économique « *permet d'écarter l'apparente multiplicité des entreprises sociales et de déceler derrière elle l'unité de gestion des patrimoines concentrés au sein d'un corps économique nouveau* »[110]. Elle est le « *véritable signe de la concentration* »[111], sans laquelle l'unité économique du groupe n'existerait pas.

42. L'association de la pluralité d'entreprises et de l'unité économique du groupe confère à ce procédé de concentration toute son originalité. Il se distingue en cela d'un autre mode de concentration : la fusion. A la différence du groupe d'entreprises, la fusion réalise une unité de structure, de patrimoine et de direction. Selon Claude Champaud, « *toute fusion conduit à une concentration. Au sens strict de ce dernier terme l'opération entraîne une diminution du nombre des entreprises et, corollairement, l'accroissement de leur taille relative. Au sens large, la fusion réalise l'unité de direction économique d'entreprises autrefois indépendantes, et elle le fait de la façon la plus absolue et même la plus brutale qui soit* »[112]. Le groupe d'entreprises se distingue également d'autres formes contemporaines de concentration des entreprises dont l'unité économique est construite sur des relations de coopération égalitaires[113]. L'appartenance à un groupe dépend en effet de la constatation d'une relation de domination[114] : les entreprises sont le plus souvent placées sous la domination économique d'une (ou plusieurs) autre(s) entreprise(s) du groupe chargée(s) de coordonner l'ensemble et d'assurer par là-même l'unité de décision économique. La coordination de l'ensemble repose sur des techniques juridiques de concentration bien connues.

---

[110] C. Champaud, *ibid.*, p.199.

[111] R. Houin, « Synthèse des travaux », *Droit des groupes de sociétés. Analyse-propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.210.

[112] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.*, p.167.

[113] R. Houin distingue ainsi les groupes des « *ententes, accords, conventions de coordination, de coopération (associations, sociétés, groupement d'intérêt économique, filiales communes et sociétés de sociétés, simples accords) qui ne réalisent l'unité d'action que sur la base d'accords entre sociétés demeurant autonomes et non sur la base de moyens de domination* ». R. Houin, « Perspectives générales d'une action de lege ferenda », in *Les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.360.

[114] C. Champaud, « Recherche des critères d'appartenance à un groupe », in Association française de juristes d'entreprise et Centre de droit des affaires de Rennes, *Droit des groupes de sociétés. Analyse-propositions*, *op. cit.* : « *Déterminer l'appartenance à un groupe, c'est en premier lieu et au premier chef constater l'existence d'un contrôle exercé de société à société* ».

b) Les techniques juridiques de concentration

43. La constitution d'un groupe d'entreprises est souple et variée. Elle peut tout aussi bien résulter d'une agrégation que d'un éclatement d'entreprises. Il est néanmoins possible de distinguer deux principales techniques juridiques distinctes : l'une empruntée à la technique sociétaire (1°) et l'autre à la technique contractuelle (2°). « *Des techniques juridiques différentes (le contrat et la société) peuvent avoir des résultats sinon totalement identiques, du moins très proches. C'est ainsi que l'intégration d'une entreprise dans un ensemble plus vaste peut se réaliser aussi bien par des participations financières que par la conclusion de certains contrats commerciaux* »[115]. Ces deux techniques ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Il arrive en effet fréquemment que la constitution d'un groupe repose, successivement ou cumulativement, sur ces deux techniques[116].

1°La technique sociétaire

Comme mode de constitution des groupes d'entreprises, le recours aux techniques sociétaires est largement répandu et peut notamment prendre la forme d'une participation dans le capital d'une société par scission, apport partiel d'actifs, cession de contrôle[117].

44. La prise de participation est une technique de constitution des groupes largement répandue dans la pratique. Dès la fin du XIXe siècle, la Chambre des requêtes a admis le principe d'une participation d'une société dans le capital d'une autre : « *aucun texte de loi, aucun principe de droit n'interdit aux sociétés…d'entrer comme associé dans d'autres sociétés du même genre* »[118]. De plus, par ce biais, une société peut être nommée administrateur d'une autre, seule la qualité d'actionnaire étant exigée[119]. Cette solution de la Chambre des requêtes ouvrait donc la porte à la constitution de groupes d'entreprises sur la

[115] M. Jeantin, « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », *Dr. Ouv.* 1981, p.118. Voir également : G. Keutgen, « Les groupes au regard du droit belge des sociétés », in *Les groupes de sociétés, op. cit.*, p.89.

[116] M. Jeantin, *ibid.* p.119.

[117] Les mécanismes spécifiques applicables à la cession de contrôle des sociétés cotées ne seront pas envisagées, et notamment l'offre publique d'achat et la négociation du bloc de contrôle. Il en sera de même de la prise de contrôle par voie d'augmentation de capital peut usitée en pratique.

[118] Chambre des requêtes, 10 décembre 1878, DP 1879.1.5, Beudant.

[119] P. Didier, *Droit commercial*, t.3, Paris, PUF, 1993, p.315s.

base de participations en capital. A partir d'un certain pourcentage de participation variable d'une société à l'autre, la participation d'une société dans le capital d'une autre peut lui permettre de définir la politique générale de la société[120].

Techniquement, la prise de participation peut résulter d'un apport partiel d'actifs ou d'une cession de contrôle. La scission partielle d'actifs consiste pour une société à se délester d'une partie seulement de ses actifs au profit d'une autre. Claude Champaud qualifie cette technique de « *fausse scission* »[121]. Car, si la société qui fait son apport « *se sépare d'une partie des biens qui composent son actif, elle reçoit en retour des actions qui viennent prendre la place de ces biens dans son patrimoine* »[122]. Lorsque le pourcentage de ces actions est suffisant, l'entreprise ayant procédé à l'apport peut exercer un certain pouvoir sur l'entreprise placée sous sa dépendance. La cession de contrôle permet quant à elle d'acquérir contractuellement une participation. Elle se définit comme « *la convention par laquelle certains s'obligent à transférer et d'autres à payer un portefeuille de titres, parts ou actions, propre à assurer à son propriétaire la direction et le contrôle de la société concernée* »[123]. La cession de contrôle s'accompagne d'un changement de direction.

45. Si la scission partielle d'actifs ou la cession de contrôle peuvent donner lieu à la constitution d'un groupe d'entreprises, ce dernier peut également résulter d'une scission. La scission est une technique juridique souvent associée en droit du travail au thème de l'« éclatement de l'entreprise ». Elle a pour effet « *de diviser en plusieurs sociétés juridiquement indépendantes les diverses branches d'activité d'une même entreprise qui trouvait auparavant son expression juridique dans une seule société* »[124]. Elle n'appartient pas au même type de concentration des entreprises que la fusion. « *la scission n'aboutit à une concentration d'entreprises que si elle s'accomplit dans le cadre d'un groupe de sociétés qui assure par ses propres techniques l'unité de direction économique des éléments du*

---

[120] Selon J. Paillusseau, *« le pouvoir dont il s'agit est celui qui consiste à décider la politique générale de l'entreprise, à fixer ses objectifs à court, moyen et long terme, à prendre les décisions les plus importantes dont celles des investissements, à choisir les modalités de financement, à accorder des garanties aux créanciers, à apprécier les résultats des principaux responsables de l'entreprise et, éventuellement, à infliger des sanctions, comme des licenciements, par exemple ».* J. Paillusseau, « Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », in *Les groupes de sociétés, op. cit.*, p.146.

[121] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit.*, p.186. Il en est de même à propos de la création d'une société holding.

[122] C. Champaud, *ibid.*, p.187.

[123] P. Didier, *Droit commercial, op. cit.*, p.429.

[124] M. Despax, *L'entreprise et le droit, op. cit.*, p.105.

patrimoine social scindé »[125]. L'opération de scission entraîne la disparition de la société qui se divise, son patrimoine étant intégralement réparti entre deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou créées pour l'opération. Les actionnaires de la société disparue à la suite de la scission deviennent alors les actionnaires des sociétés qui ont recueilli son patrimoine. S'ils jouissent d'un taux de participation suffisant pour exercer le pouvoir dans ces sociétés, l'unité de décision économique caractéristique du groupe peut alors être assurée par un associé ou un groupe d'associés. A la suite de la scission, les sociétés n'ont pas nécessairement entre elles de liens financiers ni même de liens contractuels mais la communauté d'associés et/ou de dirigeants qui les anime crée une unité de décision économique constitutive d'un « groupe personnel ».

46. Le « groupe personnel » n'est toutefois pas le seul type de groupe existant. Dans la pratique, chaque groupe d'entreprises est une forme d'organisation originale. Les différentes techniques sociétaires de constitution des groupes ne préjugent pas de leur configuration finale. Il est en ce sens difficile d'établir une figure type du groupe d'entreprises ou encore une typologie exhaustive des groupes tels qu'ils se présentent dans la réalité économique. Pourtant, tout en gardant à l'esprit les limites inhérentes à toute tentative de classification des groupes[126], il est possible, à l'instar de Claude Champaud, de distinguer, à côté du groupe personnel, deux autres principaux types de groupes : le groupe industriel et le groupe financier.

47. Le groupe industriel correspond initialement aux besoins de l'entreprise de type fordiste « *qui ne peut grandir qu'en essaimant* »[127]. Il regroupe en général des entreprises aux activités identiques, similaires ou complémentaires, soumises à une unité de direction économique assurée par les diverses participations en capital. La structure du groupe industriel peut être pyramidale, radiale ou circulaire. Dans la pratique, la structure financière des groupes est plus complexe car elle combine le plus souvent ces différentes structures[128]. Soucieux de rationaliser son organisation interne, il arrive que le groupe industriel évolue en groupe financier par la création d'une société holding.

---

[125] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.*, p.165.
[126] C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTDcom.*, 1967, p.1012s.
[127] C. Champaud, *ibid*.
[128] C. Champaud, *ibid.*

La société holding est une société qui conserve l'intégralité de son patrimoine mais sous formes de titres qu'elle détient dans une ou plusieurs sociétés. Elle est en principe la seule actionnaire de ces sociétés. En pratique, la société holding n'exerce aucune activité industrielle et commerciale, mais se consacre exclusivement à la définition et à la réalisation de la stratégie de groupe par l'intermédiaire des sociétés qu'elle contrôle. En l'absence de disposition légale spécifique, s'est posée la question de la validité de la société holding. La jurisprudence s'est nettement prononcée en faveur de sa licéité. Il a notamment été décidé qu'« *une telle forme de société n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire et son rôle consiste précisément à exercer un contrôle sur les filiales pour définir la politique économique de l'ensemble ; qu'il y a lieu de souligner par ailleurs que les actionnaires des filiales ont continué à participer à la vie sociale…qu'ainsi n'est démontrée aucune atteinte illicite au droit de vote des actionnaires des filiales qui puisse entacher de nullité la société holding* »[129].

La constitution d'un groupe d'entreprises ne résulte pas nécessairement des techniques sociétaires. Des relations contractuelles entre des entreprises peuvent également soit renforcer, soit donner naissance à un groupe d'entreprises.

2°La technique contractuelle

48. Parallèlement au recours aux techniques sociétaires, et notamment à la filialisation, certaines entreprises utilisent le contrat pour créer une unité économique plus vaste que l'entreprise et former un « groupe contractuel ». S'il est courant de distinguer le groupe qui se caractériserait par une structure sociétaire du réseau reposant sur une structure contractuelle, certains auteurs intègrent dans leur réflexion sur les groupes les groupes contractuels qu'une différence de technique ne saurait exclure[130]. Ainsi, Claude Champaud soulignait déjà que *« l'évolution des structures contractuelles de concentration révèle un phénomène d'imitation des groupes à structure sociétaire. Par des techniques juridiques certes différentes, on voit se constituer une unité de décision autour d'une société. Dans certains cas, « le groupement*

[129] CA Paris, 18 juin 1986, *Rev. soc.*, 1986, 422, note Y. Guyon ; Cass. com., 24 février 1987, n°86-14951, *Bull. Joly* 1987, 213, note P. Le Cannu, *D.* 1987, 599, note J. Honorat.

[130] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, p.49 ; P. English, *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, Thèse, Angers, 1980 ; A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p.131.

contractuel apparaît comme un substitut du groupement sociétaire »[131]. La constitution d'un « groupe contractuel » est le résultat d'une stratégie de « filièrisation »[132] menée par les entreprises afin de rationaliser leur activité économique et de les rendre les plus compétitives possible. La « filièrisation » est un néologisme qui désigne l'action de créer « *une filière productive ou distributive, c'est-à-dire un ensemble organisé et hiérarchisé d'entreprises juridiquement indépendantes, mais placées sous la maîtrise d'une entreprise dominante à l'activité de laquelle elles participent, sous son autorité et son contrôle* »[133]. Elle constitue un moyen pour l'entreprise de se concentrer sur son cœur de métier, d'alléger sa structure organisationnelle, en confiant à des entreprises extérieures certaines tâches nécessaires à son fonctionnement. L'entreprise compense les incertitudes inhérentes à l'externalisation d'une partie de ses activités par l'exercice d'une domination économique sur les entreprises chargées des activités externalisées. Cette domination économique née de la conclusion d'un contrat lui assure tout à la fois un droit de regard sur la bonne réalisation des tâches et la possibilité d'imposer à l'ensemble des entreprises dominées, une unité de décision économique. Ainsi, « *longtemps exclusivement recherchée au travers de liens capitalistiques, cette concentration verticale est de plus en plus souvent réalisée grâce à l'établissement de liens contractuels* »[134], et plus précisément de contrats d'intégration[135]. « *Dans de nombreux domaines, les activités économiques s'organisent aujourd'hui autour de relations contractuelles asymétriques, qui placent de petites ou moyennes entreprises sous la dépendance d'un puissant partenaire, les privant de toute existence autonome sur le marché* »[136]. Malgré leur diversité[137], ces types de contrats impliquent la domination d'une entreprise sur une autre et rendent possible l'exercice d'une unité de décision économique[138] et non la création d'une coalition économique[139].

---

[131] C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », p.1030.

[132] F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit*., p.11.

[133] F. de Boüard, *ibid.*

[134] F. de Boüard, *ibid.*, p.10.

[135] Selon J. Paillusseau, les procédés de formation d'un groupe relevant du droit des contrats « *sont essentiellement constitués par les contrats dits « d'intégration »* » : J. Paillusseau, « Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », in *Les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.145.

[136] F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit*., p.1.

[137] Les contrats d'intégration désignent des contrats aussi divers que l'intégration agricole, la sous-traitance structurelle, l'approvisionnement des circuits de la grande distribution en produits sous marque de distributeur sur le secteur de la production, la concession commerciale exclusive, la franchise, la location-gérance de fonds de commerce, certains accords de brevets ou de marques.

[138] Voir notamment en ce sens : R. Houin, « Conclusions générales », in *Les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.287.

[139] G. Farjat, *Droit économique*, 1ère éd., PUF, coll. Thémis, 1971, 2e éd., 1982, p.147.

Qu'il repose sur une technique sociétaire ou contractuelle, le groupe d'entreprises se caractérise essentiellement par un ensemble d'entreprises soumises à une unité de décision économique exercée par une ou plusieurs d'entre elles, et qui assure la cohérence de l'ensemble du groupe. La souplesse de cette forme d'organisation économique lui permet de proposer aux acteurs économiques une réponse adaptée à la « nouvelle donne » économique.

2. Une réponse adaptée à la « nouvelle donne » économique

Face aux nouvelles contraintes de l'ordre économique mondial, le groupe d'entreprises conjugue les atouts de la concentration tout en limitant ses inconvénients. La mise en place d'un marché interne (a) de groupe permet une rationalisation optimale de ses activités, tandis que la souplesse de ses structures (b) lui assure une capacité d'adaptation aux évolutions du marché et l'immunise contre le risque d'une inertie structurelle.

a) La mise en place d'un marché interne de groupe

49. Le groupe d'entreprises rend possible une rationalisation de ses activités économiques non pas entreprise par entreprise, mais au niveau global du groupe. Il en résulte un effet de « synergie »[140] qui profite aussi bien au groupe qu'à chacune de ses entreprises. La rationalisation des activités s'est traduite par une division du travail entre les entreprises du groupe. La spécialisation accrue des entreprises a eu pour effet de multiplier leurs échanges intra-groupes. La mise en place d'un marché interne permet au groupe de retirer un avantage substantiel de l'intensification de ces échanges en limitant leurs coûts de transaction (1°). Chacune des entreprises du groupe retire également un avantage de la mise en place de ce marché interne : elles ont accès à des ressources spécifiques que seule leur appartenance à un groupe rend possible (2°).

[140] La synergie peut se définir comme « *la mise en commun de plusieurs actions concourant à un effet unique et aboutissant à une économie de moyens* » (*Dictionnaire Larousse*).

1°La spécialisation des entreprises du groupe et l'accroissement de l'interdépendance entre entreprises

50. La rationalisation des activités économiques des groupes d'entreprises a entraîné l'accroissement de la spécialisation des entreprises. Cette spécialisation vise à « *une meilleure exploitation d'activités très profitables qui seraient restées secondaires au sein d'une entreprise unique* »[141]. La fragmentation du processus de production entre plusieurs entreprises permet en effet d'optimiser les investissements nécessaires au développement technique de certaines activités de production en les concentrant sur une seule et même entreprise spécialisée. Les activités de production autrefois prises intégralement en charge par une seule entreprise, se répartissent entre les différentes entreprises spécialisées du groupe.

51. L'exemple des groupes multinationaux analysés par Claude Pottier[142] illustre parfaitement cette évolution des groupes vers une organisation globale de leurs activités. Au début du XXe siècle, les filiales implantées à l'étranger étaient peu intégrées à la société-mère et avaient très rarement de contact avec les autres filiales du groupe. Ces-dernières étaient le plus souvent des répliques de la société-mère, opérant sur des marchés locaux protégés. Chacune des sociétés du groupe s'occupait intégralement du processus de production. Or, à partir des années soixante, et plus encore des années quatre-vingt, le processus s'inverse. Le progrès des coûts et des temps de transport, l'amélioration des capacités de standardisation des techniques de production, la libéralisation du commerce international, ainsi que l'essor des télécommunications permettent une coordination de la production à l'échelle mondiale. L'élément essentiel de l'évolution de l'organisation des groupes de sociétés réside en un « *accroissement de la spécialisation des filiales et (en) un approfondissement de la division du travail entre elles* » [143]. Les investissements engagés dans une société spécialisée sont concentrés sur une activité spécifique au lieu d'être dilués dans un ensemble d'activités distinctes mais regroupées au sein d'une même société.

L'organisation globale des activités par division du processus de production entre les entreprises du groupe a pour effet d'intensifier les échanges intra-groupes et corrélativement l'interdépendance des entreprises entre elles. Chaque entreprise devient nécessaire à l'activité

[141] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit.*, p.206.
[142] C. Pottier, *Les multinationales et la mise en concurrence des salariés, op. cit.*
[143] C. Pottier, *ibid.*

globale du groupe : la défaillance de l'une est susceptible de mettre en difficulté l'activité des autres. Pour parvenir à la réalisation du produit final, les entreprises du groupe doivent collaborer entre elles. Mais, l'intérêt d'une intensification des échanges intra-groupes ne vaut que dans le cadre d'un « marché interne » au groupe. Le gain tiré de la spécialisation des entreprises et de leur interdépendance au sein du groupe n'existe que si les échanges intra-groupe s'effectuent « hors marché », c'est-à-dire à l'intérieur d'un « marché interne » propre au groupe. L'accès à ce marché interne est exclusivement réservé aux entreprises du groupe, soit les entreprises soumises à une même unité de décision économique[144]. Marché interne et unité de décision économique du groupe « *servent à décrire la même réalité* »[145]. Dans le cadre de ce marché interne, « *sont canalisés tous les flux et échanges entre les filiales, les autres établissements et la société mère (...) Il s'agit d'un espace fermé constitué par des opérations qui ne concernent que les composantes* [du groupe]. *(...) Le marché « normal » sur lequel interviennent les autres opérateurs, et qui est, par définition, ouvert à la concurrence, devient un marché « externe »* »[146] pour le groupe. C'est la raison pour laquelle Claude Champaud observe que « *certains groupes (...) vivent dans une sorte d'autarcie (...) quasiment isolés du marché* »[147].

52. L'objectif poursuivi est la réduction des coûts de transaction générés par les aléas du marché[148]. Les prix pratiqués dans le marché interne ne correspondent pas à ceux du marché « externe ». « *Les prix sont déterminés directement par la firme et non par la confrontation d'une offre et d'une demande sur un marché* »[149]. Il s'agit de prix de transfert. La maîtrise de ces prix de transfert constitue également un moyen pour le groupe de développer une stratégie financière et fiscale avantageuse. Le plus souvent, les prix de transfert *« sont fixés dans le but de concentrer les bénéfices dans certaines entités. Ils peuvent être augmentés pour réduire les bénéfices d'une filiale implantée dans un pays à fiscalité défavorable, comme ils peuvent être*

---

[144] Le concept économique d'internalisation formulé par R. Coase dans *The Nature of the firm* (Economica, 1937), décrit le processus de création de ce marché interne. L'internalisation crée un marché interne à la firme dans lequel les fournisseurs et clients, nationaux et étrangers, sont intégrés au marché interne, et donc au groupe, par des prises de contrôle et de rachat ou de détention en capital à 100%. Ch.-A. Michalet propose de réajuster la notion de marché interne à l'évolution économique en prenant également compte les groupes intégrés fondés sur le contrat. Ch.-A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation* ?, *op. cit*., p.137s.

[145] M. Snoussi, « Les stratégies juridiques des sociétés transnationales : l'exemple des prix de transfert », *RIDE* 2003, p.447.

[146] M. Snoussi, *ibid*., p.447.

[147] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit.,* p.206.

[148] Il s'agira principalement de tous les risques liés à l'exécution du contrat : non paiement ou retard dans le règlement des factures, qualité des produits moindre que celle attendue, retard dans les délais de livraison, variation inattendue des prix…

[149] Ch.-A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation* ?, *op. cit.,* p.137.

réduits pour accroître les bénéfices d'une filiale implantée dans un pays à fiscalité favorable »[150]. Ce type de procédé est susceptible de heurter directement les intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers de la société dont les bénéfices ont été artificiellement baissés, mais aussi ceux de la collectivité qui aura versé des subventions publiques à une société maintenue artificiellement en déficit.

Dans les groupes d'entreprises[151], la création d'un marché interne ne profite pas seulement au groupe dans son ensemble mais aussi à chacune des entreprises qui, du fait de leur appartenance au groupe, ont accès à des ressources spécifiques dont elles ne pourraient pas bénéficier si elles opéraient de manière isolée sur le marché.

2°L'accès des entreprises à des ressources spécifiques de groupe

53. La mise à la disposition des entreprises du groupe de ressources spécifiques poursuit l'objectif de rationalisation des activités économiques à l'échelle du groupe. Il s'agit d'une part de délester les entreprises de certaines fonctions nécessaires à leur bon fonctionnement mais qui ne concernent pas directement leur cœur de métier et d'autre part de favoriser la circulation de ressources profitables à l'ensemble des entreprises du groupe. Comparées à des entreprises qui agissent seules sur le marché, les entreprises d'un groupe « *bénéficient de ressources plus sûres et plus volumineuses que les autres* », comme par exemple « *l'existence d'une circulation des salariés interne au groupe et la mise en place d'entreprises internes spécialisées dans l'exécution de diverses fonctions* »[152].

54. Les entreprises internes spécialisées n'existent pas dans tous les groupes d'entreprises. Leur existence et leur nombre sont liés à la taille du groupe d'entreprises[153]. Ces entreprises « *sont des unités dont (les groupes) se dotent pour faciliter leur propre fonctionnement et dont certaines peuvent être considérées comme étant destinées aux entreprises que le groupe recrute. Ces dernières y entrent en pouvant alors bénéficier de ses entreprises internes,*

[150] M. Snoussi, *ibid.*, p.450.
[151] Il s'agit généralement de groupes d'entreprises d'une taille déjà importante.
[152] S. Delarre, « La reproduction des groupes d'entreprises comme entités socio-économiques stables », *Revue française de sociologie* 46-1, 2005, p.128.
[153] S. Delarre, *ibid.*, p.129. Le nombre des entreprises internes spécialisées augmente avec celui des entreprises du groupe.

dévolues à leur service »[154]. Ces entreprises internes spécialisées permettent aux entreprises du groupe de se concentrer sur leurs activités spécialisées et de centraliser certaines activités nécessaires aux entreprises quelles que soient leurs activités économiques. Il en résulte une économie de coûts de fonctionnement par synergie. Tout en rationalisant les activités économiques des entreprises du groupe, la mise en place d'entreprises internes spécialisées renforce également l'interdépendance de chacune de ces entreprises à l'égard du groupe. Les entreprises du groupe se différencient alors plus nettement de l'entreprise agissant seule sur le marché. L'accès aux services offerts par les entreprises internes spécialisées implique une réorganisation des structures internes de l'entreprise, de telle sorte que son fonctionnement ne peut plus se comprendre que référé à l'organisation interne du groupe[155].

55. Malgré les avantages d'une organisation globale des activités économiques à l'échelle du groupe et non plus entreprise par entreprise, il existe néanmoins un risque d'inertie inhérent à toutes les organisations dont la taille devient une source de rigidité face à l'évolution du marché des activités économiques. Comment le groupe d'entreprises parvient-il à répondre à l'impératif de flexibilité en maintenant la souplesse de ses structures ?

b) La souplesse des structures du groupe

La souplesse des structures du groupe se vérifie à la fois par la capacité du groupe à se restructurer en permanence (1°) et par l'originalité de son organisation interne (2°).

1°La restructuration permanente

56. Pour maîtriser le risque d'inertie inhérent à toute organisation suffisamment structurée, le groupe d'entreprises dispose d'une structure organisationnelle assez malléable pour s'adapter aux évolutions économiques. Pour bénéficier des avantages de la concentration sans en subir les inconvénients, le groupe d'entreprises dispose d'une marge de liberté suffisante pour adapter ses structures sans remettre en cause le fondement de sa structure organisationnelle. Sa force réside dans sa capacité à associer l'ordre et le mouvement : l'unité

[154] S. Delarre, *ibid.*, p.129.
[155] S. Delarre, *ibid.*, p.134.

du groupe repose sur la stabilité des échanges intra-groupes tandis que sa survie réside dans sa capacité à modifier ses structures au rythme de l'évolution du marché. « *Le groupe peut réaliser ce dont une seule entreprise est incapable : s'adapter, imprimer à son inertie des revirements puissants et radicaux, suivre le rythme* »[156].

Il apparaît en effet que le groupe procède par renouvellement partiel de ses membres. Ce renouvellement se matérialise par « *l'apparition d'une entreprise (...) contemporaine de la disparition d'une autre* »[157]. Comme le souligne Alex Jacquemin, « *il est relativement aisé de se retirer d'un groupe ou de rejeter du groupe un participant lorsque les conditions du marché ou des groupements alternatifs s'avèrent préférables. Qu'il s'agisse d'un contrat de sous-traitance ou d'une prise de participation, les coûts économiques et institutionnels d'un changement de partenaires seront bien moindres que dans le cas du démembrement d'une société intégrée* »[158]. L'adaptation est ainsi assurée au niveau du groupe sans que sa structure globale n'en soit bouleversée. Le risque d'inertie est neutralisé au niveau du groupe, c'est-à-dire à un niveau d'abstraction supérieur à celui de l'entreprise, grâce à la grande mobilité de ses ressources en capital.

57. Cette mobilité du capital se manifeste par des opérations de restructuration. Ces-dernières sont un élément essentiel de la stratégie des groupes qui ont largement contribué à en modifier la pratique sous l'effet de l'évolution du contexte économique. Selon une approche extensive, les restructurations désignent « *l'ensemble des changements d'activités et d'actifs des entreprises. Elles peuvent se manifester tant dans des arrêts d'activités, que des créations, des cessions, acquisitions ou fusions, ainsi que des externalisations et des délocalisations. Elles se traduisent dans des changements de périmètres et de localisations d'activités, dans des transformations organisationnelles et dans des modifications du statut juridique des firmes. Dans cette conception, elles ne se traduisent donc pas nécessairement par des réductions d'activité et d'emploi, mais par des remaniements structurels internes et externes à la firme* »[159]. Dans les groupes d'entreprises, les restructurations vont notamment

[156] S. Delarre, *ibid.*, p.146.
[157] S. Delarre, *ibid.*
[158] *A. Jacquemin*, « Le groupe de sociétés : décentralisation dans la concentration », *artible précité* p. 39.
[159] M. Raveyre, « Introduction. Les restructurations : vers un état d'instabilité durable ? », *Ires* n°47, 205/1, p.10.

se traduire par des fusions, absorptions, scissions, apports partiels d'actifs ou fusions-acquisitions[160]. Depuis les années quatre-vingt-dix, le processus s'est nettement accéléré[161].

58. Malgré leur caractère protéiforme, les restructurations représentent un moyen pour les entreprises de s'adapter aux évolutions de l'économie. Elles sont une condition nécessaire à leur survie dans une économie marquée par un « *processus de destruction créatrice* »[162]. Si le changement est une constante de l'économie, il faut bien constater l'accélération de son rythme qui ne manque pas de se répercuter sur la pratique des restructurations. Aux remaniements massifs des années soixante dans le secteur de la sidérurgie et de la métallurgie, a succédé, à partir des années quatre-vingt, des restructurations plus discrètes et plus fréquentes aussi. La restructuration devient permanente[163]. « *Désormais la tendance est plutôt à une réorganisation permanente des activités qui, si elle est toujours interprétée par certains comme une crise de transition (donc un passage vers une future stabilité), est considérée par beaucoup comme correspondant à un nouveau modèle de développement, démarqué du modèle fordien* »[164]. Les restructurations deviennent un mode de gestion structurel des entreprises. La mobilité des ressources en capitaux du groupe d'entreprises et la souplesse de la technique contractuelle lui permettent de suivre le rythme de l'évolution économique.

2°La décentralisation dans la concentration

59. A un certain stade de la concentration des groupes, la représentation classique du modèle hiérarchique des groupes devient synonyme de rigidité organisationnelle. La centralisation des centres de décision devient une source de conflits et de blocages. Elle pose notamment des problèmes de fonctionnement et de réactivité dans la définition de la stratégie des filiales situées à l'étranger. « *Au niveau des filiales, les managers vont se révolter contre la centralisation qui leur fait manquer des opportunités d'affaires, par suite des goulets*

---

[160] A. Degrémont, « Le contexte économique des restructurations en Europe : la « restructuration permanente », in C. Sachs-Durand (dir), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p.8. « *Les fusions-acquisitions ont lieu lorsque des entreprises en activité amalgament leurs opérations (fusion) ou acquièrent le contrôle (acquisition) de tout ou partie d'une autre entreprise* ».

[161] *ibid*., p.11.

[162] J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, coll. « Petite Bibliothèque Payot », Paris, Payot & Rivages, 1974.

[163] L'expression « restructuration permanente » est empruntée à A. Degremont (Alain), « Le contexte économique des restructurations en Europe : la « restructuration permanente », article précité, p.7.

[164] M. Raveyre, « Introduction. Les restructurations : vers un état d'instabilité durable ? », article précité, p.9.

d'étranglement propres à toutes les bureaucraties »[165]. Ils revendiquent un accroissement de leurs marges d'initiatives dans une économie où la réactivité est essentielle. Ces tensions internes sont le reflet d'une inadéquation du modèle organisationnel à la nouvelle réalité économique. L'évolution des structures organisationnelles internes, constatée dans certains groupes, vise à éviter le risque d'inertie qui menace toute structure hiérarchique et centralisée à partir d'une certaine taille et dans une certaine configuration économique.

60. La nouvelle organisation interne des groupes d'entreprises privilégie des divisions régionales ou des divisions par produits ou encore une organisation matricielle qui croise régions et produits. « *Le pouvoir se décentralise et se rapproche (des managers de filiales). En effet, la mise en place des directions régionales s'accompagne de l'installation de QG au sein de chaque région. (...)* [La structure centrale est] *allégée. En effet, les fonctions qui restent sous la responsabilité directe du siège sont la planification stratégique, la finance et la recherche-développement. Il s'agit du cœur de la compétitivité de la firme* »[166]. En décentralisant une partie du pouvoir, tout en s'assurant de la définition globale de la stratégie du groupe, le groupe s'assure d'une organisation suffisamment souple pour réagir à l'évolution des marchés. « *Plutôt qu'une hiérarchie tatillonne à base de relations personnelles, il s'agira d'un système où les décisions de gestion sont nettement laissées à la discrétion des unités constitutives et où le contrôle s'exerce au niveau des résultats : une concurrence interne sera d'ailleurs fréquente et permettra d'éviter la sclérose propre au gigantisme* »[167].

61. Chaque contexte économique génère des contraintes spécifiques. L'entrée de l'économie dans une production de biens diversifiés et dans une nouvelle configuration mondiale a entraîné le déclin du modèle de l'entreprise « fordiste », incapable de répondre au nouvel impératif de flexibilité. Mieux adaptés à ces nouvelles contraintes économiques, des modèles organisationnels plus souples comme le groupe d'entreprises, prennent leur essor. Mode de concentration par croissance externe, le groupe d'entreprises conjugue les avantages de la concentration de l'entreprise « fordiste » sans en subir les inconvénients. Qu'il repose sur des techniques sociétaires ou contractuelles, le groupe réunit un ensemble d'entreprises soumises à une unité de décision économique, assurée par une ou plusieurs entreprises du

[165] Ch.-A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation* ? *op. cit.*, p.69.
[166] Ch.-A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation* ? *op. cit.*, p.70.
[167] A. Jacquemin, « Le groupe de sociétés : décentralisation dans la concentration », article précité, p.40.

groupe, et qui garantit la cohérence de l'ensemble. Le groupe d'entreprises a su s'adapter à l'évolution des contraintes économiques par un renforcement de l'interdépendance de ses membres ainsi que par la mobilité de ses ressources en capital et/ou le choix d'une organisation interne déconcentrée, qui le préservent des rigidités de l'entreprise « fordiste » et garantissent son adaptation aux évolutions du marché.

62. L'essor des groupes d'entreprises de dimension nationale et surtout multinationale ainsi que l'évolution de leur organisation interne ont largement contribué à renouveler leur problématique en droit. Moins encore que par le passé, l'entreprise d'un groupe ne peut être considérée indépendamment de son appartenance au groupe. Or, ce changement de perspective n'est pas évident pour un ordre juridique construit autour de l'entreprise isolée. Ce décalage entre la réalité économique de l'entreprise et sa représentation juridique pose un problème juridique majeur au regard de ses conséquences juridiques (§2).

§2. Une figure organisationnelle problématique en droit du travail

L'affaiblissement des contraintes normatives mises en place en droit du travail (B) est lié à l'usage original du principe de l'autonomie juridique de la personne morale dans le cadre d'un groupe (A).

A. L'usage original du principe de l'autonomie juridique de la personne morale

Appliquée aux relations entre le groupe et l'ordre juridique, la théorie de la réception devrait permettre de révéler le point sur lequel se cristallise le nœud du problème (1) et mettre en évidence la dichotomie entre l'application formelle du principe de l'autonomie juridique et la réalité de l'unité organisationnelle du groupe (2).

1. L'apport de la théorie de la réception à l'identification du problème

63. La théorie de la réception (a) d'un ordre juridique par un autre présente l'intérêt d'offrir un cadre théorique pertinent pour l'analyse des relations entre le droit et une organisation économique constitutive d'un ordre juridique (b). Elle révèle notamment que le point névralgique des difficultés que pose le groupe à l'ordre juridique étatique se concentre autour du principe de l'autonomie patrimoniale des personnes morales.

a) L'intérêt d'une analyse en termes de réception

64. L'analyse en termes de réception relève du domaine de la connaissance juridique et n'a pas vocation à influer sur la pratique juridique[168]. La théorie de la réception ouvre « *la voie à une analyse du rôle et de la signification des techniques du droit étatique invoquées pour régler le conflit entre ce dernier et l'ordre interne des entreprises transnationales* »[169]. Plus généralement, elle devrait permettre, tout au long de cette étude, d'apprécier la pertinence des concepts juridiques mis en œuvre pour saisir juridiquement cette réalité économique et de mesurer la distance qui sépare cette réalité de sa représentation conceptuelle. Une application de la théorie de la réception implique un raisonnement en termes d'ordre juridique et suppose admis le postulat du pluralisme juridique.

65. Le pluralisme juridique s'oppose au monisme juridique. Pour les partisans du monisme juridique, comme Hans Kelsen, « *le droit n'existe que sous la forme d'un système unique et universel* »[170] ; tandis que pour les partisans du pluralisme juridique, « *plusieurs systèmes*

---

[168] Voir notamment en ce sens : N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Thèse Strasbourg, 1980, p.40 ; A. Lyon-Caen, « Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1983, p.197 : « *Le critère du caractère juridique des ordres et des normes n'est pas opérationnel pour les praticiens du droit, mais il aide à la meilleure connaissance du phénomène juridique. On peut dire que son utilité est d'ordre méthodologique ou selon une formule récente, qu'il s'agit d'une définition stipulative du droit nécessaire aux fins de repérage et d'analyse comparée des ordres extra ou infra-étatiques* ».

[169] A. Lyon-Caen, *ibid*., p.197.

[170] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 188. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1972, p.213 : Dans cette conception, « *ou bien les phénomènes dépeints comme constituant un autre droit sont pris en considération par le système juridique global…et l'unité est restaurée à travers ce système global qui assume l'ensemble ; ou bien les phénomènes du prétendu autre*

juridiques coexistent au même moment »[171]. Ces systèmes ou ordres juridiques peuvent être de même nature (le plus souvent étatiques) ou de différentes natures : supra-étatiques[172], infra-étatiques[173], transnationaux ou déterritorialisés[174]. Admettre la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques implique de s'intéresser à ses critères d'identification.

66. Ensemble des règles destinées à organiser la vie en société, l'ordre juridique ne se réduit pas pour autant à la somme de ses normes. De même qu'« *on ne peut avoir une idée exacte des divers membres de l'homme ou des rouages d'une machine si l'on ne sait d'avance ce qu'est l'homme ou cette machine* », il est impossible de se faire « *une conception juste des normes d'un ordre juridique sans une conception préalable de l'ordre juridique comme tel* »[175]. François Ost et Michel van de Kerchove rappellent que « *l'identité d'un système juridique est directement liée à un principe d'unité reliant différents éléments pour en faire un système* [176]». C'est l'autonomie, même relative, du système qui lui donne son identité et va permettre de lui attribuer la « paternité » d'un ensemble de normes. Face à la diversité des conceptions doctrinales de l'ordre juridique, les auteurs distinguent, dans un effort de synthèse, trois formes distinctes d'autonomie : l'autonomie « sociale », l'autonomie « organique » et l'autonomie « organisationnelle ».

67. L'autonomie sociale est proche de l'analyse de Santi Romano, selon laquelle tout groupe social organisé constitue un ordre juridique. Tel est le cas par exemple des « règles corporatives » édictées par un groupement privé pour ses membres. Ces règles sont susceptibles de former un système juridique distinct de l'ordre juridique étatique, système qu'on peut qualifier de « droit corporatif ».

68. L'autonomie organique se caractérise par l'existence d'organes propres qui « *statuent au nom de la collectivité dont ils procèdent* », disposent de « *prérogatives propres* » et d'une sphère d'autonomie. Ce critère d'autonomie est relatif : d'une part, « *une entité peut posséder certains organes à l'exclusion d'autres* » et d'autre part, un « *dédoublement fonctionnel* »

---

droit restent en dehors, non intégrés au système, à l'état sauvage, et ils ne peuvent être qualifiés véritablement de droit, tout au plus de sous-droit ».

[171] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre, op. cit.*, p.189.

[172] Par exemple l'ordre juridique international.

[173] Par exemple un ordre juridique corporatif.

[174] Par exemple l'ordre juridique d'un groupe transnational, ou un ordre ecclésiastique.

[175] S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. française, Paris, Dalloz, 2e éd., 2002, p.7.

[176] Le terme de système est ici employé comme synonyme d'ordre juridique.

« *aux termes duquel les mêmes agents constituent les organes de plusieurs systèmes juridiques différents* » n'est pas exclu. *« Dans ce cas, tout en ayant des organes propres, on doit admettre qu'un tel système juridique ne possède pas des organes qui lui soient exclusifs* »[177]. Les illustrations classiques de cette forme d'autonomie sont celles de la collectivité territoriale décentralisée, de l'Etat fédéré et de l'Etat unitaire par contraste avec l'administration déconcentrée qui ne possède aucune autonomie organique, « *les agents déconcentrés agissant par délégation et étant hiérarchiquement subordonnés aux autorités centrales de l'Etat* ». Fédéralisme et décentralisation reposent tous deux sur « *un mode de répartition des attributions entre la collectivité générale et des collectivités particulières* ». Quant à leur autonomie, il ne s'agirait que d'une différence de degré.

69. L'autonomie organisationnelle désigne la « *faculté d'auto-organisation* »[178] d'un système juridique. Elle renvoie au caractère auto-organisateur des systèmes juridiques, tels que les conçoivent des auteurs comme Kelsen et Hart. L'essentiel réside dans l'existence d'une norme fondamentale pour Kelsen ou d'une règle de reconnaissance pour Hart. La règle de reconnaissance définit « *le mode de création des normes de conduite* »[179]. Ces normes de conduite, toutes conçues selon un même mode de création, bénéficient d'une cohésion suffisante permettant de les instituer en ordre. Quant à la norme fondamentale, elle « *ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes… »*[180] ; elle pose les règles suivant lesquelles les normes d'un système doivent être créées. Cette norme, empiriquement vérifiable, *« a cette caractéristique de conférer des pouvoirs juridiques, à savoir des pouvoirs de créer d'autres normes* »[181].

70. La réception désigne les rapports entre deux ordres juridiques distincts. Bien que cette expression ne soit pas employée par Santi Romano, il revient à cet auteur d'avoir systématisé les relations entre ordres juridiques. Santi Romano s'exprime en termes de relevance ou d'irrelevance. « *Pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre* »[182]. Selon Nikitas Aliprantis, « *la première démarche –fondamentale – de la réception consiste à*

[177] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p.191.
[178] F. Ost et M. van de Kerchove, *ibid.* p.194.
[179] N. Aliprantis, cité par A. Lyon-Caen, « Observations sur les dirigeants de multinationales », article précité.
[180] N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, op. cit.*, p.40s.
[181] *Ibid.*
[182] S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. française, Paris, Dalloz, 2e éd., 2002, p.106.

transposer telle quelle une réglementation faite par autrui et à l'accepter comme sienne ». Il en résulte d'une part que la réglementation, objet de la réception, existe indépendamment de l'ordre récepteur (en l'occurrence l'Etat) et d'autre part que la réception est un acte créateur et non une simple constatation par l'ordre récepteur de la réglementation de l'ordre reçu[183]. La réception peut être totale ou partielle. En sa qualité d'acte créateur, elle peut donner lieu à une qualification juridique différente de celle en vigueur dans l'ordre reçu. La seconde démarche de la réception « *suppose l'existence de deux ordres juridiques qui se mettent en contact, l'ordre « recevant » (récepteur) et l'ordre « reçu »* » [184]. Eléments de l'ordre juridique, les notions peuvent constituer un mode de réception, qualifié par Santi Romano d'irrelevance partielle[185]. Pour que la réception puisse avoir lieu, les deux ordres doivent être juridiques[186] ; à défaut, la notion de réception est inapplicable[187]. Ensuite, la réception d'un ordre juridique par un autre n'entraîne pas la disparition de l'ordre reçu. Les deux ordres continuent de coexister même postérieurement à la réception. C'est la raison pour laquelle il peut exister des conflits de qualification juridique et/ou des conflits de licéité ainsi que des influences réciproques entre ordres.

Il s'agit à présent de déterminer si le groupe d'entreprises constitue bien un ordre juridique, auquel cas une analyse en termes de réception sera menée afin d'identifier le ou les problèmes que le groupe d'entreprises pose à l'ordre juridique étatique.

---

[183] N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, *op. cit.*, p.47s. *« L'ordre récepteur (ici l'Etat) ne constate pas seulement (la réglementation de l'ordre reçu), il la (re)crée par la réception, puisqu'il l'intègre dans son propre système juridique. En effet, le concept de réception suggère que celle-ci est un acte constitutif (créateur) et non pas seulement déclaratif* ».

[184] N. Aliprantis, *ibid.*

[185] Santi Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 145. « *Un ordre, quoique non reconnu par un autre, par exemple par l'ordre étatique, comme système indépendant de droit objectif, peut toutefois être considéré comme un fait licite et trouver place, dans une certaine mesure, dans quelqu'une des catégories entre lesquelles il répartit les faits sous son empire. Dans cette hypothèse, ce qui, considéré en soi et pour soi, est bien un ordre objectif, se mue, vu d'un autre ordre, en quelque chose de substantiellement différent* ».

[186] Il s'agit de la condition d'« homogénéité des données » posée par N. Aliprantis.

[187] Une conception large de la réception peut néanmoins être retenue comme celle développée par Charley Hannou. Dans ce cas, la réception réalise le passage du fait au droit ; elle ne porte pas exclusivement sur la réglementation d'un ordre juridique distinct de l'ordre récepteur. « Tous les faits sociaux, et non simplement les normes juridiques sont susceptibles d'être analysés en ces termes ». Ch. Hannoun, *Le groupe de sociétés et le droit*, *op. cit.*, p. 172.

b) Application de la théorie de la réception au groupe d'entreprises

71. L'approche du groupe ou de l'entreprise en tant qu'ordre juridique n'est pas inédite. Déjà, Nikitas Aliprantis proposait, à partir d'une approche normativiste du droit, de considérer l'entreprise comme un ordre juridique. Selon lui, « *la conception proposée permet de dépasser l'obstacle classique qui liait le sujet de droit à la personnalité juridique. L'ordre juridique de l'entreprise se passe de la personnalité juridique mais assure l'unité de cet ordre par la norme fondamentale. La notion peut donc s'appliquer à toute entreprise, qu'elle ait une structure simple ou complexe, et même à des groupes de sociétés ou d'entreprises à condition de repérer cette norme fondamentale* »[188]. Concernant le groupe d'entreprises, Antoine Lyon-Caen a identifié un « *ordre organisationnel* »[189] à propos des statuts et décisions des dirigeants de multinationales, tandis que Charley Hannoun a qualifié le groupe de sociétés d'« *ordre infra-économique* »[190].

72. Malgré la pluralité de ses membres, le groupe constitue une unité organisationnelle dotée de règles de fonctionnement internes qui lui sont propres. A bien des égards, cet ordre interne présente les traits d'un ordre juridique. Il en est ainsi de l'autonomie sociale. Le groupe présente bien les caractéristiques d'un ordre corporatif. Il produit de nombreuses règles à destination de ses membres, parmi lesquelles les codes de conduite figurent en bonne place. Il en est de même d'une série de dispositions réglant le statut des dirigeants de sociétés dans le groupe ou tendant encore à l'harmonisation des relations de travail des salariés du groupe dans certains domaines spécifiques. Ces règles destinées à l'ensemble des membres du groupe ont vocation à assurer l'unité organisationnelle du groupe.

73. Ensuite, les éléments d'une autonomie organique sont également identifiables. Des études empiriques sur les groupes mettent en évidence l'existence d'organes de groupe « officieux » qui ne sont ni institués ni même reconnus par le législateur. Il s'agit d'organes propres à l'organisation interne du groupe, qui permettent le plus souvent d'organiser la prise

[188] N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in *Hommages en l'honneur du Professeur Hélène Sinay*, Paris, Peter Lang, 1994, p.206.

[189] A. Lyon-Caen, « Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales », article précité.

[190] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.158s. L'analyse de cet auteur présente l'intérêt de ne pas se prononcer sur la nature juridique de l'ordre du groupe par une approche extensive de la notion de réception entre un ordre infra-économique et un ordre juridique. Selon une conception classique, la réception ne peut exister qu'entre deux ordres juridiques. Voir en ce sens : N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, *op. cit*.

de décision dans le groupe, en associant l'ensemble des sociétés du groupe, selon des modalités variées. Tous les groupes ne mettent pas en place de tels organes de groupe. La prise de décision au niveau du groupe relève alors de l'hypothèse du « dédoublement fonctionnel ». Le plus souvent, ce sont les organes de la société mère qui sont investis du pouvoir de prendre des décisions pour l'ensemble du groupe tout en continuant à exercer en parallèle leurs fonctions traditionnelles d'organes de la société mère. L'autonomie des organes de groupe est non pas exclusive mais relative. Certaines matières relèvent exclusivement de la compétence des organes de l'entreprise tandis que d'autres sont plus volontiers rattachées aux organes du groupe. Dans son analyse de la prise de décision dans les groupes, Michel Ghertman[191] a mis en évidence une typologie de la prise de décision en distinguant, selon leur nature, celles qui sont généralement prises au niveau du groupe de celles relevant en principe du niveau de l'entreprise. Comme pour le fédéralisme et la décentralisation, il est possible d'identifier une répartition des attributions entre le groupe et les entités qui le composent. Cette répartition variera d'un groupe à l'autre et se fait « officieusement » ou, plus exactement, en marge des catégories juridiques de l'ordre étatique. Selon l'autonomie organique des entreprises du groupe, la structure générale du groupe sera plus ou moins centralisée. Cet aperçu de l'autonomie organique du groupe permet de battre en brèche l'idée fermement ancrée dans les esprits selon laquelle la décision unilatérale de la société mère est le seul mode de prise de décision possible dans le groupe. Dans certains groupes, il peut en effet être fait application d'un principe majoritaire dans la prise de décision.

74. Enfin, l'autonomie organisationnelle du groupe est quant à elle plus délicate à identifier. Cette approche de l'ordre juridique est marquée pour l'essentiel par une conception normativiste du droit qui s'attache à identifier une norme fondamentale. Nikitas Aliprantis a proposé une conception normativiste de l'entreprise et de l'ordre socio-professionnel comme ordres juridiques. Selon lui, « *la norme fondamentale de l'ordre de l'entreprise institue (...) l'acte unilatéral patronal et le contrat (de travail) comme modes de création de normes dans l'entreprise* »[192]. La norme fondamentale peut également instituer une pratique mise en place par l'employeur ou les salariés, comme fait créateur de normes juridiques, à la condition que cette pratique soit suivie par tous ceux qui sont concernés. De même, la norme fondamentale de l'ordre juridique des relations collectives professionnelles est « *la norme qui institue le*

[191] M. Ghertman, *La prise de décision*, Paris, PUF, 1981.
[192] N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », article précité, p.195.

procédé collectif comme fait créateur de normes de conduite. C'est la norme par laquelle les antagonistes sociaux ont reconnu réciproquement la convention collective de travail comme mode typique de création future de normes »[193]. Il convient dès lors de s'interroger sur l'existence d'une norme fondamentale du groupe, ou autrement dit sur l'existence d'une norme par laquelle sont institués des pouvoirs juridiques de créer des normes.

75. Les groupes d'entreprises se sont dotés d'une organisation interne contraignante qui produit des règles conformément à un processus de prise de décision spécifique à chaque groupe. Les règles produites[194] s'imposent à l'ensemble des membres du groupe, et notamment aux dirigeants d'entreprises. Selon la théorie normativiste, ces règles sont des normes de conduite qui découlent toutes d'une norme fondamentale ou d'une règle de reconnaissance (Hart). « *C'est la norme qui précise les traits auxquels on reconnaît qu'une règle donnée, notamment primaire, constitue bien une règle du groupe* »[195]. Cette règle de reconnaissance peut prendre la forme d'une « pratique » traduisant l'adhésion des membres du groupe à l'ordre juridique institué. Dans le cadre d'un groupe, l'unité de l'ensemble organisationnel est assurée par la reconnaissance de la part des destinataires de ces normes de conduite, de la légitimité du procédé de prise de décision propre au groupe. « *Par là même, apparaît la norme qui instaure une procédure de création de normes de conduite, normes qui modèlent la carrière, les responsabilités et les décisions des dirigeants. Le pouvoir d'arrêter des chartes qui assurent la disponibilité et la mobilité des cadres, qui définissent les processus de décisions, est reconnu par ceux qui sont à la fois ses titulaires et ses sujets et ce, sans que ce pouvoir ne se rattache à aucune autre norme* »[196]. Sans cette reconnaissance du mode d'organisation interne de la prise de décision au sein du groupe, l'unité du groupe, et donc l'existence même de son ordre, ne seraient pas assurées. L'action du groupe dépend en effet de la mise en œuvre de ses décisions par les organes de représentation de chacune des entreprises du groupe. Cette norme fondamentale (ou règle de reconnaissance) est protégée par des « mécanismes de sanction », assurés par le pouvoir de domination économique. « *L'équilibre collectif de ceux qui participent à cet ordre prend racine dans ces normes qui*

---

[193] N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, *op. cit.*, p.40s.

[194] Il peut par exemple s'agir de codes de conduite ou de décisions stratégiques prises pour l'ensemble du groupe.

[195] H.L.A Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 138, note 9. P. Mayer, « *Critique de Pierre Mayer* », Préface, in Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, trad. française, 2e éd. 2002 : « *Si cette prétendue règle, en réalité cette pratique, fondement de tout l'ordre juridique, nécessite l'adhésion tant des simples membres de la société que de ses organes – autant dire du corps social tout entier – c'est que le phénomène juridique ne se réduit pas à un système normatif mais intègre l'organisation sociale concrète qui seule donne (plutôt que « reconnaît ») leur valeur aux normes* ».

[196] A. Lyon-Caen, « Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales », article précité, p.195.

règlent l'apparition de modèles de comportement mais aussi dans les mécanismes de sanction dont ces normes sont assorties. L'on peut considérer que l'existence de mécanismes sanctionnateurs propres révèle un ordre juridique »[197]. Ainsi, dans l'ordre juridique du groupe, ces moyens de sanction s'exercent principalement envers les dirigeants de sociétés qui ne mettraient pas correctement en application les décisions prises par le groupe. Ils sont nécessaires pour assurer la mise en œuvre des décisions du groupe.

76. L'existence d'un ordre juridique propre au groupe autorise une analyse des relations qu'entretient cet ordre avec l'ordre juridique étatique. Cette analyse permet d'établir le fondement des difficultés de l'ordre juridique étatique à saisir juridiquement cette forme d'organisation économique, en mettant l'accent sur la dichotomie existante entre l'approche formelle de l'autonomie juridique de la personne morale et la réalité de l'unité organisationnelle du groupe.

2. La dichotomie entre l'application formelle du principe de l'autonomie juridique et la réalité de l'unité organisationnelle du groupe

77. Même si l'ordre juridique du groupe d'entreprises et l'ordre juridique étatique évoluent en parallèle, ils ne sont pas hermétiques l'un à l'autre. Il existe un point de rencontre commun aux deux ordres : la personnalité morale et son corollaire, le principe de l'autonomie juridique de la personne morale. L'autonomie juridique et la personnalité morale sont des concepts fondateurs de l'ordre juridique étatique. Comme le groupe se compose d'un ensemble d'entités juridiquement autonomes, c'est par leur intermédiaire que son ordre juridique entre en contact avec l'ordre juridique étatique. Mais, en même temps, l'ordre juridique du groupe s'émancipe de l'approche formelle du principe de l'autonomie juridique des personnes morales, adoptée par l'ordre juridique étatique, en associant d'une part l'autonomie juridique de ses membres à l'unité de décision économique du groupe (a) et en dissociant d'autre part les frontières organisationnelles de l'entité membre du groupe de ses frontières juridiques (b). L'ordre juridique étatique se montre alors incapable de concevoir juridiquement le groupe d'entreprises, ce dont ce dernier tire le plus grand avantage.

[197] A. Lyon-Caen, *ibid.* p.194.

a) L'association de l'autonomie juridique de l'entité membre et de l'unité de décision économique du groupe

78. Malgré leur autonomie juridique, les entités constitutives du groupe sont placées, à des degrés divers et selon des modalités variables d'un groupe à l'autre, dans une situation de dépendance économique qui assure leur soumission à une unité de décision économique contraignante, nécessaire à la cohérence d'ensemble du groupe et à la définition de sa politique économique. Elles sont soumises à un pouvoir de décision économique extérieur à leur organisation interne, situé à un niveau supérieur, celui du groupe. En s'en tenant à une approche formelle de l'autonomie juridique des personnes morales, l'ordre juridique étatique se prive de la possibilité de saisir le groupe. Quel que soit l'environnement économique et organisationnel dans lequel la personne morale évolue, elle est juridiquement considérée comme un sujet de droit isolé. Elle est en quelque sorte extrait de son environnement économique et social. Malgré l'appartenance des personnes morales à un groupe, elles « *sont toujours envisagées dans leur forme abstraite d'entité juridique indépendante* » [198]. La conception abstraite de l'autonomie juridique de la personnalité morale a pour effet de concevoir la personne morale comme un tout, une entité distincte des personnes physiques ou morales qui la composent[199] et des relations qu'elle peut entretenir avec d'autres entités elles aussi juridiquement autonomes.

79. D'une part, le patrimoine de la personne morale est distinct de ceux de ses associés. La personne morale est seule responsable, à l'égard des tiers, des actes passés en son nom et pour son compte, par ses organes sociaux. Les actionnaires ne peuvent être personnellement responsables de l'activité exercée par la société. La personnalité morale du groupement constitue en quelque sorte un écran entre les actionnaires et les tiers. « *La personnalité juridique des actionnaires s'effaçant derrière la personne morale sociétaire, ces-derniers ne sont donc pas propriétaires de l'actif social ; ils possèdent simplement des droits sociaux leur conférant des prérogatives d'ordre pécuniaire et prérogatives de participation à la vie sociale* » [200].

---

[198] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p.67.

[199] C. Del Cont, *ibid.*, p.87. « *la personne morale sociétaire est un sujet juridique autonome, distinct des personnes physiques ou morales qui la composent et la dirigent* ».

[200] C. Del Cont, *ibid.*, p.88.

80. D'autre part, la conception abstraite de la personnalité morale ne tient pas compte des relations existantes entre personnes morales, et notamment de leur commune appartenance à un groupe. L'appartenance de sociétés à un même groupe ne remet pas en cause le principe de leur autonomie juridique, et n'est pas susceptible d'engager *a priori* leur responsabilité solidaire. Le principe est affirmé de manière constante par la jurisprudence, notamment dans les relations de société mère à filiale. Les relations inter-sociétés ne suffisent pas à elles seules à remettre en cause leur autonomie juridique et ce, quelle que soit l'importance de la participation d'une société dans le capital d'une autre ou malgré l'existence de dirigeants communs. La Cour d'appel de Paris[201] a ainsi rappelé sans ambiguïté que l'appartenance commune d'une société mère et d'une société filiale détenue à 100% et ayant le même dirigeant, à un groupe qui les soumet à une stratégie économique commune, ne pouvait entraîner la disparition de l'autonomie de la personnalité morale de chacune d'entre elles. Quelle que soit l'intensité et la nature des relations entre les sociétés du groupe, ces-dernières demeurent juridiquement étrangères les unes aux autres.

81. Cette approche formelle de l'autonomie juridique de la personnalité morale ne permet pas de tenir compte de la réalité des relations de domination qui structurent l'organisation des groupes et placent les entités du groupe sous la dépendance économique d'une ou plusieurs autres entités du groupe qui définissent et imposent la stratégie économique du groupe. « *La subordination économique des sociétés contrôlées n'est en effet pas traduite juridiquement comme une atteinte objective à leur autonomie juridique, justifiant l'imputation de leurs dettes de responsabilité sur la ou les sociétés dominantes* »[202]. Finalement, la négation juridique du groupe profite essentiellement au groupe d'entreprises lui-même. Sa prospérité dépend de l'application formelle du principe de l'autonomie juridique des personnes morales, qui lui permet d'agir avec discrétion et d'organiser une limitation des risques liés à son activité économique. « *Le principe d'autonomie est ainsi un facteur d'opacité des groupes de sociétés. (...) C'est la conséquence normale de l'organisation des groupes de sociétés autour de l'autonomie formelle des personnes morales* »[203].

[201] CA Paris, 3e Ch. B, 31 mai 1989, *JCP* 1989, I, 19005.
[202] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, *op. cit*., p.97.
[203] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.223.

82. La dichotomie créée entre l'autonomie juridique formelle des entités du groupe et leur soumission à l'unité de décision économique du groupe se double d'une distorsion entre la réalité des frontières organisationnelles des entités membres du groupe et leurs frontières juridiques.

b) La dichotomie entre les frontières juridiques de l'entité membre et la réalité de ses frontières organisationnelles

83. Formellement, l'organisation juridique de la personne morale est respectée, mais, dans la pratique, elle est profondément remaniée par son intégration dans le groupe, à tel point que les frontières juridiques des entités du groupe ne reflètent plus nécessairement ses frontières organisationnelles. Tout en s'appuyant sur le principe de l'autonomie juridique des personnes morales, l'organisation interne du groupe se joue de leurs frontières juridiques. « *C'est précisément autour de la contradiction de la forme juridique et de sa pratique que le groupe trouve le principe de son organisation* »[204]. Quelle que soit la forme juridique de cette entité, les frontières de la personne morale ne parviennent plus à englober la totalité d'une réalité organisationnelle. L'organisation globale des groupes a le plus souvent pour effet de répartir les activités et les compétences indépendamment des limites fixées par les enveloppes juridiques de ses entités membres. « *Dans un groupe, la personnalité juridique ne réalise pas forcément l'unité de compétence relativement à un patrimoine donné. (...) La société filiale n'a plus compétence au sein d'un groupe pour décider de tout ce qui la concerne juridiquement. Ce qui n'exclut pas qu'elle conserve un certain degré d'autonomie au sein du groupe, ni même qu'elle ait compétence dans des domaines qui juridiquement ne devraient pas la concerner* »[205]. L'activité des entités du groupe n'a de sens que référée à l'ensemble dans lequel elle s'intègre, c'est-à-dire au niveau du groupe et non plus seulement au niveau de sa structure juridique.

84. Le caractère transnational des groupes d'entreprises a aussi pour effet de bouleverser les rapports qu'entretiennent l'ordre juridique étatique et les groupes d'entreprises. Avec l'entrée de l'économie dans une configuration multinationale puis globale, l'organisation des groupes d'entreprises s'élabore à l'échelle mondiale indépendamment des frontières étatiques.

[204] Ch. Hannoun, *ibid.*, p.158.
[205] Ch. Hannoun, *ibid.*, p.164.

Désormais, les groupes d'entreprises n'opèrent plus sur un territoire national déterminé, mais sur une pluralité de territoires. Or, le champ d'application de l'ordre juridique étatique est en principe limité aux frontières territoriales de l'Etat-nation. Au-delà, le droit étatique n'a plus vocation à s'appliquer. Il devient dès lors impossible, du moins extrêmement complexe, pour l'ordre juridique étatique d'avoir une vision d'ensemble exacte du groupe d'entreprises de dimension transnationale. Le groupe d'entreprises de dimension transnationale ne connaît pas de frontière, ce qui lui permet d'échapper, au moins en partie, à l'ordre juridique étatique.

85. Si l'usage original du principe de l'autonomie juridique des personnes morales sert les intérêts du groupe d'entreprises, il conduit parallèlement à un affaiblissement des contraintes normatives mises en place en droit du travail.

B. L'affaiblissement des contraintes normatives mises en place en droit du travail[206]

86. En droit du travail, l'usage original par le groupe du principe de l'autonomie juridique de la personne morale perturbe l'application du modèle de référence de l'entreprise sur lequel le droit du travail s'est construit. Par l'intermédiaire de la personnalité morale du groupement, les notions d'entreprise et d'employeur s'appliquent à une même réalité socio-économique, de telle sorte qu'une relation est juridiquement établie entre l'employeur et la collectivité de travail de l'entreprise. La personne morale est à la fois l'employeur partie au contrat de travail des salariés et la structure juridique d'accueil de l'entreprise. De là naît la concordance entre l'employeur et l'entreprise à laquelle est attachée une collectivité de travailleurs. Le groupe d'entreprises a pour effet de rompre cette unité : « *on ne voit plus très bien ni sur quel employeur ni sur quelle collectivité de travail s'appuyer pour mettre en œuvre les dispositifs juridiques qui, implicitement ou explicitement, se réfèrent à l'unité et à la stabilité de ces deux éléments* »[207].

[206] L'ensemble des développements qui suivent ne tiennent pas compte des évolutions légales et jurisprudentielles liées à la reconnaissance d'une notion juridique du groupe ou même à l'aménagement des notions du droit du travail.

[207] A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTDcom.*,, 1985, p.625.

87. C'est, plus généralement, un problème d'effectivité des règles du droit du travail qui se pose. D'abord employée en doctrine puis consacrée en jurisprudence, l'effectivité s'inscrit dans un contexte juridique favorable à une approche de la règle de droit en ces termes[208]. Elle désigne le « *caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »[209]. En mettant l'accent sur le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »[210], l'approche de la règle de droit en terme d'effectivité rompt avec la conception normativiste selon laquelle une règle de droit est effective lorsqu'elle est valide[211]. Selon une approche dominante, une règle est effective lorsque ses destinataires se comportent conformément à ses prescriptions ou, à défaut, si sa violation est assortie d'une sanction. Soulignant les limites de cette approche[212], certains auteurs[213] apprécient l'effectivité de la règle de droit en considération des effets produits. L'effectivité d'une règle de droit se définit alors comme « *sa qualité à produire des effets qui correspondent à ses finalités* »[214]. Liée à une approche téléologique de la règle de droit, l'effectivité consiste alors à mesurer l'écart existant entre les effets de la règle et sa ou ses finalités.

---

[208] Sous l'effet de la jurisprudence européenne et du droit international, la montée en puissance du « critère d'effectivité » a déjà été soulignée. Notamment P. Sargos, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », note sous Cass. soc., 28 février 2006, n°05-41555, *JCP S* 2006, 1278, p.29). Ainsi, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice des communautés européennes, toutes deux rappellent régulièrement l'exigence d'effectivité dans l'interprétation des normes (CEDH, 9 octobre 1979, Airey c/ République d'Irlande, série A, n°32 ; CEDH, 26 octobre 2000, Kudla c/ Pologne). Sous l'influence des juridictions européennes, le droit du travail n'est pas demeuré en retrait, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant déjà, à plusieurs reprises, appliqué le critère d'effectivité dans l'interprétation de la règle de droit (Cass. soc., 17 décembre 2004, n°03-40008, *Bull. civ. V*, n°346 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, p.210 et 213; Cass. soc., 28 février 2006, n°05-41555, *Bull. civ. V*, n°87, *JCP S* 2006, 1278, note P. Sargos). Selon certains auteurs, le droit du travail se prêterait particulièrement bien à une analyse en termes d'effectivité. Sans lui être spécifique, la problématique de l'effectivité « *semble participer d'un certain particularisme de ce droit* » (P. Auvergnon, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in P. Auvergnon (dir.), *L'effectivité en droit du travail. A quelles conditions ?, PU* Bordeaux, 2008, p.8).

[209] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7e éd., 2005, V°Effectivité.

[210] P. Lascoumes, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, V°Effectivité ; J. Commaille, « Effectivité », in D. Allan et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003.

[211] La règle de droit est valide lorsqu'elle est conforme au principe de cohérence interne entre les sources du droit et que ses formes d'édiction sont régulières.

[212] Cette approche conduit à s'intéresser davantage à l'ineffectivité qu'à l'effectivité proprement dite et, d'une manière générale, à ne pas tenir compte, dans l'appréciation de la contrainte réellement exercée par la règle, des motifs d'action extra-juridiques des destinataires de la règle.

[213] Notamment : F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989 ; Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Thèse, Nancy II, 2008 ; A. Lyon-Caen (dir.), *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes*, Rapport final – Vol. 1 – Rapport de synthèse, IIPEC, avril 2008, p.41s.

[214] Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op. cit.*, p.421.

88. A la lumière de ces précisions, il convient de mettre en évidence que, lorsque la relation de travail se déroule dans le cadre d'un groupe, les règles du droit du travail perdent en effectivité : elles s'appliquent toujours mais ne garantissent plus aussi bien la protection des droits des salariés tant du point de vue des relations individuelles de travail (1) que des relations collectives de travail (2).

1. Dans les relations individuelles de travail

89. L'approche formelle de la personne morale emporte d'importantes conséquences en matière de responsabilité de l'emploi (a), tandis que l'organisation globale du groupe a pour effet de perturber l'approche strictement contractuelle de la détermination de l'employeur (b).

a) Les conséquences de l'approche formelle de l'autonomie juridique de la personne morale sur la responsabilité de l'emploi dans le groupe

90. Le décalage entre l'exercice d'un pouvoir économique et la responsabilité juridique (1°) spécifique au groupe, se répercute sur la responsabilité de l'emploi (2°). Seul l'employeur est juridiquement responsable envers le salarié, alors même qu'il n'est pas nécessairement à l'origine de la décision ayant affecté la relation d'emploi du salarié.

1°Le décalage entre le pouvoir et la responsabilité

91. L'autonomie juridique des personnes morales s'accompagne de la mise en place d'un régime de responsabilité limitée. En garantissant l'objet social et la constance du patrimoine social ainsi que la séparation entre les biens du patrimoine social et ceux des associés, elle assure aux actionnaires la sécurité de leur investissement. Elle permet également d'éviter que les échecs des entreprises les moins performantes n'affectent la survie des entreprises les plus

saines et enfin, elle favorise la diversification des investissements[215]. A l'origine, le principe de la responsabilité limitée s'est imposé alors que le phénomène des groupes était encore inconnu[216], du moins marginal. Or, dans le cadre d'un groupe, « *l'application du principe de responsabilité limitée dépasse sa raison d'être* »[217]. La personne morale devient un instrument de répartition et de limitation des risques liés à l'exercice de l'activité économique du groupe. « *Le groupe est donc une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés* »[218]. Ainsi, l'affirmation de l'autonomie juridique permet de limiter le passif à la seule personne morale en état de cessation de paiement. Ses créanciers se trouvent alors dans l'impossibilité, sauf exception[219], de se retourner contre les autres sociétés du groupe qui disposent pourtant des actifs nécessaires pour honorer sa créance. « *C'est en effet la qualité formelle de sujet de droit et non la réalité matérielle des rapports économiques, qui conditionne l'imputation de la dette de responsabilité* » [220]. Autrement dit, le transfert de responsabilité se heurte au principe de l'autonomie juridique.

92. Les décisions jurisprudentielles rendues en matière de compensation et de responsabilité civile illustrent parfaitement les difficultés engendrées par le principe de l'autonomie juridique des personnes morales lorsqu'elles appartiennent à un groupe. Ainsi, une société mère n'étant pas responsable des dettes contractées par les autres sociétés du groupe, pourtant placées sous son pouvoir, la compensation entre la dette d'un commerçant envers la société mère et celle de la société mère envers l'une de ses filiales, n'est pas admise[221]. De même, un tiers ne peut demander à la société mère de supporter le poids de la réparation de dommages causés par l'une de ses filiales. Malgré leur appartenance à un même groupe, l'indépendance juridique des personnes morales interdit que la société mère indemnise aux lieu et place de sa filiale un de ses créanciers[222]. A l'égard de la société mère, le cocontractant de la filiale est un tiers. Chaque personne morale répond exclusivement sur son seul patrimoine des dettes et des fautes commises dans le cadre de sa propre activité. De ce point de vue, son appartenance à un groupe ne produit pas d'effets juridiques. L'approche formelle du principe de l'autonomie

[215] Sur les avantages de la responsabilité limitée, voir notamment : N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, Paris II, 2001, p.574.
[216] N. Mathey, *ibid.*, p.574.
[217] N. Mathey, *ibid.*, p.575.
[218] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*. p.159.
[219] Nous pensons notamment aux hypothèses d'extension de passif pour confusion des patrimoines.
[220] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p.67.
[221] Cass. com., 12 février 1980, *Bull. civ*. IV, n°73, p.57.
[222] A propos de la rupture abusive d'un contrat d'exclusivité : Cass. com., 24 mai 1982, *Bull. civ*. IV, n°195, p.171.

juridique ne permet pas de rendre solidairement responsables les autres personnes morales du groupe.

93. L'absence de transfert de responsabilité liée à une application stricte du principe de l'autonomie juridique des personnes morales crée dans les groupes un décalage entre le pouvoir et la responsabilité qui emporte des conséquences importantes en matière de responsabilité de l'emploi.

2°Les conséquences en matière de responsabilité de l'emploi

94. Phénomène de concentration des activités économiques par agrégation ou éclatement des entreprises, le groupe d'entreprises favorise le développement des pratiques d'extériorisation de l'emploi. L'extériorisation de l'emploi est étroitement liée à la concentration du capital. Selon Olivier Fardoux, « l*'extériorisation d'une partie de l'activité de l'entreprise conduit à une extériorisation de l'emploi* »[223]. Afin de bien saisir les implications de cette « extériorisation de l'emploi » en droit du travail, il convient préalablement de préciser cette notion.

95. Selon Jacques Freyssinet[224], il convient de distinguer l'extériorisation au sens physique de l'extériorisation juridique[225]. Alors que l'extériorisation au sens physique concerne tous les travailleurs qui participent à l'activité de l'entreprise sans être physiquement présents dans ses unités de production[226], l'extériorisation juridique « *naît lorsque la relation bilatérale instaurée par le contrat de travail entre le salarié et l'utilisateur de sa force de travail est remplacée par une relation trilatérale* » entre le salarié, l'employeur et l'utilisateur [227]. L'employeur n'est plus l'utilisateur exclusif de la force de travail du salarié.

---

[223] O. Fardoux, *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, Thèse, Lille, 1997, p.45.

[224] J. Freyssinet, *Politiques d'emploi des grands groupes français*, Grenoble, PUG, 1982.

[225] Il existe d'autres approches économiques de l'extériorisation, parmi lesquelles figure celle de Bernard Gazier. Cet auteur propose de distinguer l'extériorisation organisationnelle de l'extériorisation externe. A l'extériorisation juridique de Jacques Freyssinet correspond l'extériorisation externe qui se caractérise également par la « *disjonction de l'employeur et de l'utilisateur de la main d'œuvre* ». L'extériorisation physique est quant à elle qualifiée d'extériorisation organisationnelle par laquelle l'entreprise limite la concentration d'un nombre important d'effectifs sur un même lieu de travail, évitant ainsi l'apparition de rapports de force pouvant lui être défavorables. B. Gazier, *Economie du travail et de l'emploi*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1992, n°222.

[226] Sont visés les travailleurs à domicile, les travailleurs détachés, les salariés d'entreprises sous-traitantes travaillant sur le site de production du donneur d'ordre.

[227] J. Freyssinet, *Politiques d'emploi des grands groupes français*, *op. cit.*, p.132.

96. En droit du travail, la notion d'extériorisation est apparue plus tardivement. Elle a été introduite par la doctrine dans le vocabulaire juridique vers la fin des années soixante-dix. Elle part du constat suivant : l'entreprise n'assume plus à elle seule l'intégralité des activités nécessaires à son fonctionnement mais en confie certaines à des entreprises extérieures. « *L'entreprise moderne n'est plus un monde clos où s'activent ses seuls salariés* »[228].

97. A la différence de l'approche économique de l'extériorisation de l'emploi qui intègre le travailleur indépendant dont la force de travail profite à une personne autre qu'à lui-même, le droit du travail adopte une conception plus restrictive de la notion puisque seule la relation contractuelle du travail salarié est prise en compte. Autrement dit, il n'y a, en droit du travail, extériorisation de l'emploi qu'en présence d'un salarié, d'un employeur et d'un tiers qui utilise la force de travail du salarié sans assumer d'obligations sociales à l'égard du salarié. L'extériorisation de l'emploi marque ainsi le passage d'une relation bilatérale à une relation triangulaire de travail. Elle vise « *l'ensemble des techniques qui aboutissent à une dissociation entre employeur nominal et utilisateur de la main d'œuvre* »[229].

98. Tandis que dans le cadre de la relation bilatérale de travail, l'employeur est l'utilisateur exclusif de la force de travail du salarié, dans le cadre de la relation triangulaire de travail, la force de travail du salarié profite non seulement à l'employeur mais également à l'utilisateur de la force de travail uni juridiquement à l'employeur par une relation d'affaires. C'est sur cette relation d'affaires que se greffe la relation de travail. La relation de travail devient alors triangulaire : la force de travail bénéficie non seulement à l'employeur mais aussi à l'utilisateur. Mais, comme seul l'employeur est lié juridiquement au salarié par le contrat de travail, il en assume également seul la responsabilité de l'emploi : entre le salarié et l'utilisateur de la force de travail, il n'existe aucun lien de droit.

99. Au sein des groupes d'entreprises, l'extériorisation de l'emploi participe de la stratégie de rationalisation des activités économiques. « *Tous les moyens d'extériorisation y sont représentés* »[230]. Certains, comme le prêt de main d'œuvre ou le recours à la sous-traitance, ne sont pas spécifiques au groupe. D'autres, comme la mobilité du personnel intra-groupe, sont

[228] H. Blaise, « A la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main d'œuvre », *Dr. soc.* 1990, p.418.
[229] M. Henri, « Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives », *Dr. Ouvr.* 1981, p.122.
[230] O. Fardoux, *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, *op. cit.*, p.392.

favorisés par l'organisation interne du groupe et l'étroitesse de ses relations inter-entreprises. Comme « l'*unité économique du groupe de sociétés se traduit par une mise en commun des moyens de production ; les salariés sont donc logiquement susceptibles d'être utilisés par les différentes sociétés du groupe* »[231]. Enfin, la structure même du groupe entraîne une extériorisation de l'emploi puisque la force de travail du salarié profite non seulement à son employeur mais aussi au groupe dans son ensemble[232]. « *Cette gestion de la main d'œuvre propre au groupe de sociétés tend à démontrer qu'au-delà de leur rattachement juridique à une société du groupe, c'est au service du groupe tout entier, et donc des détenteurs du pouvoir économique au sein du groupe, que les salariés sont placés. Mais, en raison de l'autonomie juridique de chacune des sociétés du groupe, les détenteurs de ce pouvoir économique sont largement inaccessibles pour la majorité des salariés du groupe* »[233]. Il est dès lors possible de mesurer l'impact de la dissociation du pouvoir et de la responsabilité sur l'emploi des salariés lorsque l'employeur appartient à un groupe.

100. Dans le cadre d'un groupe, le risque de l'emploi pèse exclusivement sur l'employeur juridique malgré son appartenance au groupe. Celui-ci est juridiquement le pôle exclusif d'imputation de responsabilité. Le titulaire du pouvoir économique est juridiquement un tiers à la relation contractuelle de travail et il n'existe pas de responsabilité solidaire entre les entreprises du groupe en application du principe de l'autonomie juridique des personnes morales. Pourtant, la relation d'emploi peut être potentiellement affectée par l'appartenance de l'employeur au groupe.

101. D'une part, l'employeur économiquement dépendant est tributaire de la stratégie économique décidée par l'entreprise dominante pour l'ensemble du groupe. Certaines décisions économiques qui s'imposent à l'employeur peuvent avoir pour effet de mettre en péril la relation d'emploi du salarié. En ce sens, la relation contractuelle de travail est bien affectée par la relation de pouvoir qui existe entre l'employeur et le tiers au contrat de travail. L'employeur assumera seul le poids d'une procédure de licenciement pour motif économique. En cas de défaillance de l'employeur, le salarié ne pourra pas se retourner contre le détenteur du pouvoir économique pourtant à l'origine de la décision. « *Le partenaire contractuel du salarié demeure l'employeur de jure. Mais ce dernier ne détient plus en réalité qu'une partie*

[231] *Ibid.*, p. 316.
[232] *Ibid.*, p.224.
[233] *Ibid.*, p.17.

du pouvoir (pour l'essentiel celui de veiller à l'exécution du contrat). En revanche les décisions les plus importantes dépendent d'un autre pôle patronal (la société mère, ou le donneur d'ordres), qui exerce un pouvoir de facto sur la gestion du personnel sans avoir à en assumer la responsabilité juridique »[234].

102. D'autre part, la force de travail du salarié profite non seulement à son employeur mais aussi à l'ensemble du groupe. Or, l'application formelle du principe de l'autonomie juridique de la personne morale conjuguée à l'application du principe de l'effet relatif des contrats, privilégie une conception abstraite de l'entreprise qui ne permet pas de prendre en compte la réalité économique du groupe. Le cadre de référence de l'appréciation des droits des salariés et des obligations de l'employeur en matière de licenciement pour motif économique reste celui de l'entreprise, assimilée à sa structure juridique d'accueil personnifiée. Ainsi, le reclassement du salarié n'est recherché qu'au niveau de l'entreprise alors que d'autres possibilités de reclassement peuvent exister auprès d'autres entreprises du groupe[235]. De même, le motif économique de licenciement est apprécié au niveau de l'entreprise alors que, si l'entreprise peut effectivement rencontrer des difficultés économiques, le groupe peut quant à lui être bénéficiaire ou avoir provoqué artificiellement, par des opérations comptables et des transferts de capitaux, des difficultés économiques au sein de l'entreprise[236].

103. En définitive, le groupe d'entreprises pose le problème plus général des « *économies illégitimes de coûts de transaction que l'on qualifie plus franchement d'« irresponsabilité organisée* » »[237]. Ces économies illégitimes de coûts de transaction sont directement liées « *au morcellement de la division du travail et de l'isolation de chaînes d'action coordonnées du point de vue de la responsabilité* »[238]. Le groupe d'entreprises a non seulement pour effet de dissocier le pouvoir économique de la responsabilité juridique mais il a encore pour effet de diluer le pouvoir de direction patronal, brouillant par la même occasion encore un peu plus les contours de la figure de l'employeur.

---

[234] A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p.135.
[235] L'obligation de reclassement dans le groupe sera abordée ultérieurement.
[236] L'appréciation du motif de licenciement dans le secteur d'activité du groupe sera abordée ultérieurement.
[237] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ/Bruylant, 1996, p.288.
[238] *Ibid.*

b) Les conséquences de l'organisation globale du groupe sur la détermination de l'employeur

104. Dans le cadre d'un groupe d'entreprises, la conclusion d'un contrat de travail n'emporte pas nécessairement identification de l'employeur réel du salarié. Autrement dit, il ne suffit pas d'être le cocontractant du salarié pour être effectivement son employeur. « *Si l'on peut considérer qu'est employeur celui qui est lié à chacun des salariés par un contrat de travail, on se rend vite compte que cette présentation simplificatrice ne peut concerner que l'entreprise dont l'organisation est homogène et qui, en pratique, se confond avec son propriétaire ou avec la société* »[239]. Affirmer que le contrat de travail ne permet pas d'être la source de toutes les manifestations du pouvoir patronal, c'est reconnaître ses limites dans la détermination de l'employeur. Certes, le contrat de travail présente l'avantage de fonder l'exercice du pouvoir patronal, le salarié ayant volontairement accepté de se placer sous la subordination juridique de son cocontractant, l'employeur. Toutefois, une approche exclusivement contractuelle de la relation de travail se révèle incapable de rendre compte de la complexité de certaines situations[240]. Alors qu'en principe l'employeur est le cocontractant du salarié au contrat de travail, le groupe d'entreprises révèle l'insuffisance de l'approche contractuelle de la relation de travail et des principes du droit commun des contrats. La question de la détermination de l'employeur n'est plus nécessairement réglée par l'identité du cocontractant du salarié au contrat de travail. Le contrat de travail ne devient qu'un indice parmi d'autres de la détermination de l'employeur, même s'il s'agit de la « *manifestation la plus évidente, et sans doute la première, de l'exercice de ce pouvoir* [patronal] »[241]. La fin de la concordance parfaite entre l'employeur et la qualité de cocontractant du salarié au contrat de travail résulte d'un *hiatus* entre le découpage juridique du groupe en une pluralité de personnes morales et le découpage organisationnel ou fonctionnel du groupe. Le découpage juridique sur lequel repose l'identification du débiteur des obligations patronales ne rend compte qu'imparfaitement de la réalité de l'exercice du pouvoir patronal dans les groupes. Le pouvoir patronal peut en effet être exercé soit par une entité membre du groupe étrangère à la relation contractuelle de travail, soit de manière plus diffuse entre une pluralité d'entités

[239] B. Boubli, « La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, p.23.
[240] *Ibid.*, p.25.
[241] *Ibid.*

membres dont celle partie au contrat de travail. Cette dernière situation reflète une « *dilution du pouvoir patronal* »[242] caractéristique du phénomène des groupes.

105. L'appartenance à un groupe tend à une certaine dépersonnalisation de la relation de travail, pourtant fortement imprégnée d'*intuitu personae* dans le cadre d'une entreprise monocellulaire. L'exemple de la filiale de recrutement illustre la particularité du lien contractuel de travail dans un groupe. Parmi les diverses techniques de rationalisation de l'organisation des groupes, l'une d'elle consiste à confier certaines tâches administratives bien déterminées et généralement communes à l'ensemble des entreprises du groupe, à une entreprise déterminée du groupe. Tel est le cas de la « filiale de recrutement », entreprise spécialisée dans la gestion du personnel pour l'ensemble des entreprises du groupe. Une telle entreprise est en principe chargée de procéder au recrutement de la totalité ou d'une partie des salariés dont l'activité s'exercera au bénéfice des diverses entreprises du groupe, de la centralisation des activités de gestion du personnel (bulletins de paie, modifications des contrats, mobilité des salariés dans le groupe,…). La fonction d'employeur est concentrée auprès d'une entreprise tandis que l'activité des salariés est dispersée dans l'ensemble du groupe. Cette centralisation de la gestion du personnel de l'ensemble des entreprises du groupe doit permettre d'ajuster rapidement les besoins en personnel au niveau du groupe et de soulager les entreprises du groupe d'une activité qui peut être relativement éloignée de leur cœur de métier. Elle pose néanmoins un certain nombre de questions quant à la détermination de l'employeur du salarié. L'employeur est-il nécessairement celui qui embauche et rémunère le salarié ?

106. L'exemple de la filiale de recrutement peut être rapproché de la mobilité intra-groupe des salariés. Certains salariés peuvent travailler successivement ou de manière concomitante pour plusieurs entreprises du groupe en étant placés sous leur direction, alors qu'ils sont pourtant contractuellement liés à un seul employeur. L'étroitesse des relations entre les entreprises d'un groupe favorisent en effet la mobilité intra-groupe des salariés. Se pose alors la question de savoir si un salarié peut être juridiquement lié à plusieurs employeurs à la fois. De plus, la mobilité intra-groupe pose le problème de la gestion de carrière du salarié dans le groupe. En application du principe de la relativité des conventions et de l'autonomie juridique des personnes morales, le salarié qui a travaillé successivement pour plusieurs employeurs du

[242] Expression d'Alain Supiot.

groupe en vertu de contrats de travail distincts, risque de perdre certains avantages attachés à son ancienneté. Enfin, le caractère international de la mobilité du salarié dans un groupe, pose avec âpreté la question de l'internationalisation des relations de travail, et avec elle, celle de la détermination de la loi applicable.

107. En définitive, l'organisation interne du groupe d'entreprises associée à l'application formelle du principe de l'autonomie juridique de la personne morale a pour effet de diluer les contours juridiques de la notion d'employeur. L'employeur juridiquement responsable, c'est-à-dire la personne ayant contracté avec le salarié, n'est plus nécessairement l'unique détenteur du pouvoir. Soit l'employeur est dépossédé de tout ou partie de son pouvoir économique, soit l'employeur partage en réalité l'exercice de son pouvoir de direction avec d'autres employeurs du même groupe. Face à la fragmentation de l'exercice du pouvoir économique et/ou de direction dans les groupes d'entreprises, le risque encouru est bien celui d'un décalage entre le détenteur du pouvoir patronal et le responsable juridique. Or, *« là où se trouve réellement le pouvoir doit se situer la responsabilité »*[243]. Il s'agit, selon Claude Champaud, d'une exigence du droit démocratique : « *il ne faut pas dissocier la responsabilité de l'autorité, ni l'autorité de la responsabilité* » [244]. Pourtant, ni le principe de l'autonomie patrimoniale des personnes morales, ni le principe de l'effet relatif des contrats ne permettent d'unifier le pouvoir et de rendre compte de l'unité organisationnelle du groupe d'entreprises. L'inadaptation des dispositifs normatifs classiques d'encadrement du pouvoir conduisent alors à une fragilisation des droits individuels des salariés. Le même constat peut être fait à propos des droits collectifs des salariés.

2. Dans les relations collectives de travail

108. L'extériorisation de tout ou partie des activités économiques a également soulevé en doctrine le problème de l'« éclatement de l'entreprise »[245]. qui traite plus spécifiquement des

[243] L. Dabin, « Introduction générale », in *Les groupes de sociétés*, séminaire organisé à la faculté de droit de Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, Liège, 1973, Martinus Nijhoff, p.18.

[244] C. Champaud, « Rapport de synthèse - Le droit social et les groupes d'entreprises », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, p.33.

[245] M. Jeantin, « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », *DO* 1981, p.118 ; A. Lyon-Caen, « A propos de l'entreprise éclatée », *Dr. Ouvr.* 1981, p.127 ; J. Magaud, « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. soc.* 1975, p.525 ; J. de Maillard, P. Mandroyan, J.-P. Plattier, T. Priestley,

conséquences de l'extériorisation des activités économiques sur les relations collectives de travail. « *C'est donc la dissociation juridique entre l'employeur officiel et l'utilisateur de la force de travail que l'on tiendra pour caractéristique de l'éclatement de la collectivité des travailleurs* »[246]. Avant d'établir les conséquences de l'appartenance d'une entreprise à un groupe sur le statut collectif des salariés (b), il convient d'identifier l'origine du problème qui réside dans l'assimilation de l'entreprise à sa structure juridique d'accueil (a).

a) L'assimilation de l'entreprise à sa structure juridique d'accueil

109. L'organisation juridique de l'ensemble des droits collectifs des salariés repose sur la notion d'entreprise. Cette notion s'est progressivement imposée comme une figure incontournable du droit du travail, spécialement dans les relations collectives. Pourtant, malgré ce « succès », il n'existe pas de définition unitaire de l'entreprise[247]. En droit du travail, l'entreprise a pour objet principal de rendre compte de l'organisation d'une communauté de travailleurs réunis sous les ordres d'une même autorité. Elle se présente comme une entité autonome, composée de moyens matériels et humains nécessaires à l'exercice d'une activité économique. Mais, dépourvue de personnalité morale, elle ne bénéficie pas des éléments attachés à cette qualité : capacité de contracter et d'ester en justice, siège social, nationalité, patrimoine, droit subjectif. C'est sa structure juridique d'accueil qui donne à l'entreprise l'« enveloppe juridique » qui lui manque et qui s'avère nécessaire à l'exercice de son activité économique. Schématiquement, la structure juridique d'accueil recouvre l'ensemble des groupements personnifiés dont l'organisation interne est le plus souvent réglementée par le législateur. Si la concordance entre la notion d'entreprise en droit du travail et ces groupements personnifiés n'est pas toujours parfaite, la notion d'entreprise pouvant être plus large, elle revêt en pratique une importance considérable. La forme sociétaire est fréquemment utilisée pour organiser les activités économiques. Même si les deux notions ne se recoupent pas totalement, par commodité de langage, l'entreprise est le plus souvent assimilée à sa structure juridique d'accueil. Ainsi, lorsque l'entreprise a pour support juridique la société, « *un grand nombre de règles du droit des sociétés concourent en*

« L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi », *Dr. soc.* 1979, p. 323.

[246] Notamment : A. Lyon-Caen, « A propos de l'entreprise éclatée », article Précité, p.127. « *C'est donc la dissociation juridique entre l'employeur officiel et l'utilisateur de la force de travail que l'on tiendra pour caractéristique de l'éclatement de la collectivité des travailleurs* ».

[247] Despax (M.), *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*

effet à l'organisation juridique de l'entreprise. (...) à l'activité économique de l'entreprise correspondent en droit des sociétés l'objet social et l'activité sociale, à l'affectation de moyens à l'activité correspondent les apports et l'émission des titres les plus divers, au centre de décision et de pouvoir correspondent les différents organigrammes et organisations du pouvoir proposés par le droit des sociétés, etc.»[248].

110. La concordance entre l'entreprise et sa structure juridique d'accueil personnifiée a pour effet de cantonner la notion d'entreprise dans le cadre des frontières de la personne morale qui l'incarne. Elle correspond à un moment de la concentration du capital dont le modèle dominant est celui de l'entreprise « fordiste ». L'organisation juridique des relations collectives de travail s'est construite sur ce modèle de référence. Par l'intermédiaire de la personne morale, l'entreprise et l'employeur forment une même unité. Le cadre d'exercice du pouvoir de direction et de gestion de l'employeur coïncide avec les frontières de l'entreprise assimilée à sa structure juridique d'accueil. « *Il s'agit d'un modèle unitaire qui ne fait pas de différence entre l'employeur (personne juridique) et l'entreprise, caractérisée comme une collectivité de travail qui poursuit une activité sous la direction du propriétaire du fonds* »[249]. En effet, l'entreprise n'ayant pas la personnalité juridique, seule la personne morale, c'est-à-dire le groupement personnifié, peut avoir la qualité d'employeur. Or, comme l'entreprise épouse les frontières juridiques du groupement personnifié, les notions d'employeur et d'entreprise correspondent.

111. Malgré la division de l'entreprise en établissements distincts, cette construction juridique demeure pertinente. Car, même si chaque établissement distinct forme une collectivité de travail autonome soumise à l'autorité d'un chef d'établissement, la personne juridique de l'employeur demeure unique et identique pour l'ensemble des salariés de l'entreprise. « *Le pouvoir économique continue (...) à se situer au niveau de l'entreprise.(...) Il n'y a donc pas de distorsion trop grave entre la structure juridique de l'entreprise et les règles de droit du travail* »[250]. En revanche, malgré la concentration du pouvoir économique, le groupe d'entreprises se compose d'autant d'entreprises que d'entités juridiquement distinctes, ce qui a pour effet de mettre fin à une conception unitaire du pouvoir et d'entraîner l'éclatement de la collectivité de travail. Un décalage se crée entre la réalité d'une collectivité

[248] Lamy Social Groupes, Etude 102-3.
[249] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.478.
[250] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », article précité, p.529.

de travail de groupe et sa représentation juridique fragmentée. Certains auteurs qualifient ce décalage d'« éclatement de la collectivité de travail »[251].

112. Comme la notion d'entreprise constitue le socle sur lequel reposent les droits collectifs des salariés, l'appartenance d'une entreprise à un groupe ne peut manquer de se répercuter sur le statut collectif des salariés.

b) Les conséquences sur le statut collectif des salariés[252]

113. L'appartenance d'une entreprise a un groupe entraîne un éclatement du statut collectif des salariés (1°), un affaiblissement potentiel des institutions représentatives du personnel et de la négociation collective d'entreprise (2°) ainsi qu'un manque à gagner pour l'épargne salariale d'entreprise et l'actionnariat salarié (3°).

1°L'éclatement du statut collectif des salariés

114. En droit du travail, l'employeur constitue « *le pôle de rattachement du statut collectif* », ce qui rend « *le champ d'application personnel d'un accord (...) tributaire de l'employeur* »[253]. Autrement dit, il y a autant de conventions collectives que d'entités juridiquement autonomes employant des salariés. Il n'existe pas d'harmonisation des statuts conventionnels des salariés à l'échelle du groupe : la détermination de la convention collective applicable dépend de l'activité principale de chacune des entreprises du groupe. Pour des raisons de commodité de gestion, l'entreprise dominante ne peut imposer l'application de sa convention collective à l'ensemble des entreprises du groupe placées sous sa dépendance. Ni l'existence de relations de dépendance économique ni celle d'un groupe d'entreprises n'exercent d'influence sur la détermination de la convention collective applicable : l'ensemble de l'édifice repose sur l'activité principale de l'employeur des salariés.

[251] Notamment J. Magaud, « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », article précité, p.525-530.
[252] Le développement des relations collectives de travail dans le groupe fera l'objet d'un développement ultérieur.
[253] A. Lyon-Caen, « A propos de l'entreprise éclatée », article précité, p.129.

115. Par rapport au modèle unitaire de l'entreprise « fordiste », le groupe d'entreprises entraîne une mosaïque de statuts collectifs, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés. Ainsi en cas de mobilité intra-groupe, hypothèse fréquente dans les groupes, l'absence d'harmonisation des statuts collectifs soulève la question du maintien des avantages collectifs des salariés. De même, le principe du rattachement du statut collectif à l'employeur peut pénaliser le salarié qui met sa force de travail à la disposition d'un tiers à la relation contractuelle de travail. Dans ce cas, « *l'éclatement a pour effet de soustraire les salariés de l'emprise du statut applicable à l'utilisateur de la force de travail* » [254]. Or, le plus souvent, le statut collectif des salariés extériorisés est moins avantageux que celui des salariés de l'entreprise utilisatrice[255]. Enfin, l'absence d'harmonisation des statuts collectifs a également pour effet de freiner la défense collective des droits des salariés, voire même d'entraîner des tensions entre salariés. Il arrive en effet que des salariés employés par des employeurs différents, et par conséquent relevant de statuts collectifs différents, travaillent ensemble sur un même lieu de travail, participent à un même processus productif. « *D'une manière générale, dès qu'une partie de l'activité d'une entreprise donnée est confiée à des travailleurs extérieurs, qu'ils soient ou non amenés à travailler aux côtés des salariés de cette entreprise, une atteinte est portée à la collectivité de travail dans sa consistance même* »[256].

116. Outre l'éclatement du statut collectif des salariés, les groupes d'entreprises emportent d'importantes conséquences sur les institutions représentatives du personnel et la négociation collective.

2°Les conséquences sur les institutions représentatives du personnel et la négociation collective.

117. La constitution des groupes en plusieurs entités juridiquement autonomes associée à l'assimilation de l'entreprise à sa structure juridique d'accueil conduit soit à remettre en cause

[254] *Ibid.*

[255] Seul le travailleur intérimaire bénéficie expressément du fait de la loi d'un droit à une rémunération égale à celle des salariés permanents de l'entreprise utilisatrice.

[256] O. Fardoux, *Le droit social à l'épreuve de l'extériorisation de l'emploi*, *op. cit.*, p.456.

l'existence même des institutions représentatives du personnel mises en place au niveau de l'entreprise, soit à affaiblir la portée concrète de leurs prérogatives.

118. En effet, la mise en place d'institutions représentatives du personnel suppose le plus souvent d'atteindre un certain seuil d'effectifs dans l'entreprise. Or, l'assimilation de l'entreprise à sa structure juridique d'accueil peut constituer un obstacle lorsque la collectivité de travail est artificiellement divisée par des montages sociétaires. Constitue également un obstacle à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, le mode de calcul des effectifs de l'entreprise. A certaines conditions, seuls les salariés extériorisés qui intègrent physiquement la collectivité de travail de l'entreprise sont pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise au *prorata* de leur temps de présence. Autrement dit, seules les hypothèses de détachement ou de sous-traitance sur site peuvent être prises en compte, à l'exclusion d'autres formes de participation des salariés à un même processus productif « hors site ».

119. A supposer les conditions d'effectifs réunies, l'appartenance d'une entreprise à un groupe pose le problème de la pertinence des prérogatives des institutions représentatives du personnel. L'absence de prise en compte de l'appartenance des entreprises à un groupe affaiblit la portée des prérogatives des institutions représentatives du personnel, et tout particulièrement dans les domaines de l'accès à l'information économique et de la négociation collective.

120. En matière de représentation comme de négociation collectives, le principal enjeu est l'identification de l'interlocuteur ou du partenaire social pertinent. A la différence du modèle unitaire de l'entreprise « fordiste » sur lequel le droit de la représentation collective s'est construit, le groupe d'entreprises conduit à une « *superposition des pouvoirs de décision* »[257], dont l'agencement varie d'un groupe à l'autre. « *Les décisions d'investissements, financières (...), sont en règle générale concentrées, auprès de la société mère, ceci parce que s'agissant d'une stratégie qui engage le long terme et qui constitue la tâche essentielle de la direction centrale. Par contre, dans la politique sociale, l'importance des conditions locales, l'état de tension du marché du travail, la nature de la réglementation sociale s'avèrent plus*

[257] G. Caire, « Participation des travailleurs et entreprises multinationales », *Dr. Ouvr.* 1983, p.362 ; M. Despax, « Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel », *D.* 1972, chron., 2465.

déterminants et (...) la décentralisation des relations de travail est fréquente »[258]. Juridiquement, seul l'employeur nominal est responsable des décisions économiques susceptibles d'affecter la collectivité de travail et est le seul interlocuteur des représentants du personnel[259]. Or, les décisions économiques qui engagent la collectivité de travail peuvent s'intégrer dans une stratégie globale qui n'est pas élaborée au niveau de l'entreprise mais du groupe.

121. L'évolution des relations collectives de travail vers une ouverture du dialogue social à la gestion économique de l'entreprise[260] rend plus épineuse encore la question de l'accès des salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants, à une information économique pertinente. Dans le cadre d'un groupe, l'information sur la situation économique de l'entreprise ne donne qu'une vision tronquée de la réalité économique, de la nécessité et de l'ampleur des projets économiques envisagés. « *Les résultats financiers d'une filiale n'ont aucune valeur significative dans la mesure où la société mère, client et fournisseur, décidera de son sort en pesant sur ses résultats, le plus souvent pour les minorer par le biais de facturation des échanges. Les institutions représentatives seront donc confrontées au triple problème de n'avoir pas d'interlocuteur responsable, pas d'accès à l'information au niveau où sont prises les décisions affectant réellement l'avenir de la société, pas de possibilité d'appréciation de la valeur des résultats financiers isolés des résultats du groupe* »[261]. Cette information incomplète conduit finalement à affaiblir la portée des prérogatives économiques du comité d'entreprise alors même que la loi n'a cessé d'accroître son rôle. L'appartenance d'une entreprise à un groupe implique pour le comité d'entreprise d'avoir une information suffisante de l'organigramme du groupe, de sa situation économique, de pouvoir identifier le ou les centres de décisions économiques. Une telle approche implique de se départir de la conception abstraite de l'entreprise.

122. Concernant la négociation collective, les syndicats sont confrontés à la même problématique que les représentants élus du personnel. En la matière, l'employeur a la

---

[258] *Ibid.*

[259] Notamment en ce sens : M. Henri, « Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives », article précité, p.124 : « *le comité d'entreprise, constitué dans le cadre d'une filiale, sera privé de l'accès à l'information économique puisqu'il sera privé d'un interlocuteur patronal responsable, le président du comité d'entreprise n'étant le plus souvent qu'un commis de l'entreprise mère, employeur sans réelle autonomie* ».

[260] Extension des prérogatives économiques du comité d'entreprise, développement des mécanismes de participation des salariés à la gestion de l'entreprise et de l'actionnariat salarié.

[261] M. Henri, « Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives », article précité, p.124.

capacité d'engager la collectivité de travail. Juridiquement, il n'existe pas d'accords de groupe permettant d'harmoniser les statuts collectifs des salariés entre les entreprises du groupe. De plus, la négociation et la conclusion d'un accord collectif entre un syndicat représentatif et majoritaire dans l'entreprise et l'entreprise dominante seraient sans valeur.

123. La question de l'accès à l'information économique pertinente se pose également aux syndicats des entreprises d'un groupe compte tenu de l'évolution des fonctions et de l'objet de la négociation collective depuis une vingtaine d'années. La négociation collective n'a plus seulement une fonction d'amélioration des conditions de travail du salarié mais a également « *une fonction d'instrument de gestion de l'entreprise* »[262]. Elle devient une sphère d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur dans des matières telles que les licenciements, les restructurations d'entreprise, l'ordre des licenciements, le contenu des plans de sauvegarde de l'emploi, les mesures de reclassement. Parallèlement à ces nouvelles fonctions, la négociation collective porte sur de nouveaux objets et joue notamment un rôle de plus en plus important en matière de politique d'emploi.

124. Enfin, l'appartenance d'une entreprise à un groupe n'est pas sans conséquence sur l'épargne salariale et l'actionnariat des salariés.

3°Les conséquences sur l'épargne salariale et l'actionnariat des salariés.

125. Les mécanismes d'épargne salariale élaborés au niveau de l'entreprise ne permettent pas une participation pleine et entière des salariés aux résultats de l'entreprise. Le montant de la participation des salariés peut ne pas être représentatif de la production réelle de richesses de l'entreprise. Il se peut très bien en effet que les bénéfices de l'entreprise soient affectés dans d'autres entreprises sur décision de la direction du groupe.

[262] A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999, p.142.

126. En définitive, le groupe d'entreprises organise son propre ordre juridique autour d'un principe de l'ordre juridique étatique : le principe de l'autonomie juridique de la personne morale. Formellement, en se composant d'un ensemble d'entités juridiquement autonomes, le groupe d'entreprises respecte ce principe, mais l'ordre juridique interne du groupe vide en partie le principe de l'autonomie juridique de sa substance, en dissociant l'autonomie juridique et la dépendance économique d'une part, et en dissociant les frontières organisationnelles et les frontières juridiques de l'entreprise d'autre part.

Les perturbations apportées au principe de l'autonomie juridique des personnes morales emportent d'importantes conséquences en droit du travail. La notion d'employeur a perdu de son évidence : le contrat de travail ne permet plus d'identifier le détenteur du pouvoir de direction sur les salariés. Soit le pouvoir de direction économique n'appartient plus à l'employeur juridique, placé dans une situation de dépendance économique, soit le pouvoir de direction sur les salariés n'est plus exclusivement exercé par l'employeur juridique. Or, juridiquement, seul l'employeur, c'est-à-dire le cocontractant du salarié, est responsable envers le salarié. Le groupe d'entreprises a ainsi pour effet de fragmenter l'exercice du pouvoir autrefois unifié, créant de la sorte un décalage entre le pouvoir et la responsabilité.

Ensuite, les relations collectives du travail sont également affectées par l'appartenance d'une entreprise à un groupe puisque le pôle de rattachement du statut collectif est l'employeur. Or, retenir formellement l'employeur comme pôle de rattachement du statut collectif ne permet pas de prendre en compte l'existence d'une organisation juridique plus vaste que l'entreprise, comme le groupe. Il en résulte un éclatement du statut collectif des salariés en autant d'employeurs. Dans certains cas, la concordance entre l'entreprise et sa structure juridique d'accueil peut également empêcher la mise en place d'institutions représentatives du personnel par une division artificielle des structures de l'entreprise en une pluralité d'entités juridiquement autonomes. Ensuite, l'employeur ne permet pas de saisir le centre économique, situé au niveau du groupe, et dont les décisions peuvent affecter la collectivité de travail de l'entreprise. Ce décalage entre le pouvoir et la responsabilité affaiblit considérablement la portée des prérogatives légales attribuées aux représentants du personnel de l'entreprise. Enfin, la mise en place d'une politique économique de groupe peut avoir pour effet de réduire au niveau de certaines entreprises, les droits des salariés en matière d'épargne salariale et d'actionnariat.

En conclusion, le droit du travail s'est construit par référence à une étape de la concentration du capital, celle correspondant au modèle de l'entreprise « fordiste ». Or, l'évolution de l'économie a contribué au déclin de ce modèle et a favorisé l'émergence de nouvelles formes d'organisation, comme le groupe d'entreprises, mieux adaptées à la « nouvelle donne économique ». Ces transformations de l'économie ne peuvent laisser le droit, et plus particulièrement le droit du travail, indifférent. « *Le droit du travail est tributaire des formes d'organisation des entreprises. Devant certaines formes et leurs effet sur la condition des salariés, certains n'hésitent pas à parler d'effondrement ou d'effacement du droit du travail* »[263]. La construction du droit du travail se fonde en effet sur un modèle unitaire dans lequel l'employeur, l'entreprise et sa structure juridique d'accueil personnifiée correspondent. Le groupe d'entreprises remet en cause cette unité et par là même, conduit à une fragilisation des droits des salariés, aussi bien dans les relations individuelles que collectives de travail. Un décalage se creuse entre la réalité économique et sa représentation juridique. Face aux perturbations que ce décalage engendre, le droit du travail ne peut rester indifférent à l'émergence de ces nouvelles formes d'organisation plus vastes que l'entreprise. Aussi, il convient de s'interroger sur les « ressources » juridiques dont dispose le droit pour fournir un fondement juridique adapté à la traduction juridique de l'organisation économique du groupe.

Section 2. L'absence de fondement juridique adapté

127. Le groupe d'entreprises pose à l'ordre juridique étatique un problème de traduction juridique. Ce problème naît de la difficulté à rendre compte à la fois de l'unité organisationnelle du groupe et de l'autonomie juridique des entités qui le composent. « *Le caractère irréductible de l'opposition des notions de groupe et d'individu révèle ainsi ce qui, au départ, rend* [le groupe] *insaisissable pour le droit classique* »[264]. « *L'existence des groupes est paradoxale, car leur perception est la source d'une contradiction au sein du système juridique. Cette dernière est inhérente à la notion même de groupe de sociétés* »[265].

[263] A. Lyon-Caen, « A propos de l'entreprise éclatée », article précité, p.130.
[264] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.161.
[265] *Ibid*., p.49.

Deux alternatives s'offrent en effet à l'ordre juridique étatique[266] : soit l'unité du groupe est privilégiée au détriment du principe de l'autonomie juridique des entités du groupe, soit l'autonomie juridique des entités du groupe est affirmée ce qui rend alors l'unité du groupe juridiquement inexistante. « *Le clivage entre les deux conceptions apparaît dès lors à l'évidence. Pour les uns, l'autonomie patrimoniale se situe au niveau du groupe qui constitue une unité ; pour les autres, elle demeure au niveau des sociétés dominées* »[267].

128. Dans un premier temps, une partie de la doctrine favorable à une approche unitaire du groupe a concentré ses efforts sur les voies permettant de personnaliser le groupe d'entreprises pour le faire accéder à la vie juridique (§1) et à rechercher les notions juridiques du droit existantes pouvant correspondre au groupe (§2). Face à l'échec de ces tentatives, la théorie de la transparence a également proposé une approche unitaire du groupe (§3) partiellement retenue en droit positif.

§1. Le rejet de la personnification du groupe en droit positif

129. Sans résoudre la question de la définition du groupe, admettre le principe d'une personnification du groupe présente l'intérêt de reconnaître l'entité « groupe » et de rétablir une correspondance entre l'exercice d'un pouvoir et la responsabilité qui en découle. Ainsi, en droit du travail, le groupe pourrait être l'employeur juridique du salarié, assumer par conséquent la responsabilité de l'emploi et constituer le point de rattachement permettant d'unifier le statut collectif des salariés de l'ensemble du groupe. Plusieurs propositions doctrinales ont envisagé la reconnaissance juridique du groupe par l'intermédiaire de sa personnification, mais aucune d'entre elles n'a été retenue en droit positif. Aussi, convient-il d'envisager d'une part les conditions d'attribution de la personnalité juridique et ses conséquences (A) et d'autre part les obstacles à la personnification du groupe en droit positif (B).

[266] Voir notamment : R. Contin et H. Hovasse, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.* 1971, chron. XXVIII, p.198s.
[267] *Ibid.*, p.199.

A. Les conditions et les conséquences de la personnification juridique du groupe

130. Avant d'envisager les conséquences de l'attribution de la personnalité morale au groupe d'entreprises (2), il convient d'en déterminer les conditions d'attribution (1).

1. Les conditions d'attribution de la personnalité morale

131. Attribuer la personnalité juridique à un groupement, c'est lui reconnaître la qualité de sujet de droit, c'est-à-dire non seulement l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, ce qui implique la possession d'un patrimoine propre, mais aussi la capacité de contracter et de défendre ses intérêts en justice. La personnalité morale est une technique juridique permettant notamment à des groupements de droit privé de bénéficier de la personnalité juridique, d'être des sujets de droit à part entière. « *Ainsi, si un groupement d'individus déjà dotés de la personnalité juridique, acquiert la personnalité morale, un nouveau sujet de droits et d'obligations apparaît, doté d'une capacité juridique et d'un patrimoine distincts de ceux de chacun des membres du groupement* »[268]. En l'état actuel du droit positif, de nombreux groupements de droit privé sont des personnes morales, sujets de droit. Concevoir la possibilité d'une personnification juridique du groupe d'entreprises conduit alors à se demander si le groupe réunit les conditions nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale.

132. Les conditions d'attribution de la personnalité morale ont fait l'objet d'une vive controverse doctrinale opposant les théories de la fiction à celles dites « de la réalité ». Sans entrer dans les détails d'un débat aujourd'hui dépassé, il convient de présenter brièvement les principaux traits de ces théories (a) afin de mieux apprécier la position adoptée par le droit positif en la matière (b).

[268] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, Thèse Lille III, 2002, p.9.

a) Les éléments de la controverse doctrinale

133. Selon la théorie de la fiction, seules les personnes humaines peuvent avoir la qualité de sujet de droit. La reconnaissance de la personnalité juridique à un groupement repose alors nécessairement sur une fiction juridique : admettre la personnification d'un groupement revient à faire comme si ce groupement était une personne humaine. « *Le droit crée donc artificiellement des sujets de droit – des fictions juridiques – auxquels il confère la personnalité morale à des fins pratiques* »[269].Cette théorie, marquée par le souhait des conceptions individualistes de limiter la multiplication des personnes morales, charge exclusivement le législateur de la mise en œuvre de cette fiction. Le législateur décide seul des conditions d'attribution de la personnalité morale et de l'opportunité de reconnaître ou de refuser la personnalité morale à tel ou tel groupement. Son silence est interprété comme le signe d'une absence de reconnaissance de la personnalité juridique au groupement. Par conséquent, en application de la théorie de la fiction, seule une intervention législative expresse permettrait de personnifier le groupe d'entreprises.

134. S'opposent à cette conception de la personnalité morale, les théories dites de la « réalité ». Celles-ci analysent la personnalité morale comme « *la reconnaissance par l'ordonnancement juridique de la réalité préexistante* ». Parmi les théories de la « réalité », il convient de distinguer la théorie de la « réalité concrète » de celle de la « réalité technique ».

135. La théorie de la « réalité concrète » place la volonté au cœur du droit subjectif. La personnalité morale du groupement s'impose du seul fait de la constatation d'une volonté collective, distincte des volontés individuelles des membres du groupement. « *La réalité de la personne* [morale] *s'impose sans qu'une intervention préalable soit nécessaire* » [270]. Cette théorie a été relativement peu suivie en droit positif en raison des difficultés pratiques de sa mise en œuvre : la démonstration d'une volonté collective est en effet des plus ardues.

136. La théorie de la « réalité technique » a quant à elle fortement influencé, du moins inspiré, le droit positif. Selon cette théorie, ce n'est pas la volonté en tant que telle que protège le droit subjectif mais l'intérêt vers lequel tend cette volonté. Cette théorie présente l'avantage

[269] C. Morin, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, Thèse Toulon III, 2000, p.30.
[270] *Ibid.*, p.31.

de reconnaître à côté des intérêts individuels des personnes physiques, les intérêts collectifs des groupements. « *Les droits subjectifs se définissent comme des intérêts juridiquement protégés, lesquels peuvent être soit des intérêts individuels, soit des intérêts collectifs. La réalité impose donc de reconnaître, à côté des droits des personnes physiques, l'existence de droits d'essence collective qui, techniquement, ne peuvent reposer que sur une personne morale* »[271]. Dans cette perspective, la personnalité morale est une technique juridique permettant la protection par le droit subjectif d'un intérêt collectif.

137. La théorie de la « réalité technique » n'est toutefois pas à l'abri de la critique. Il lui est notamment reproché de nier le rôle de l'action régulatrice de l'Etat dans la reconnaissance de la personnalité morale. Par ailleurs, si la théorie de la « réalité technique » constitue une avancée en conditionnant la personnification à l'existence d'un intérêt distinct des intérêts individuels, il est partiellement inexact de définir cet intérêt comme un intérêt collectif par opposition aux intérêts individuels. D'une part, le droit positif reconnaît des « *personnes morales non collectives* », comme l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, les fondations, l'entreprise agricole à responsabilité limitée et, d'autre part, « *l'opposition d'intérêt entre la personne morale et ses membres conduit à envisager celle-ci comme un être nouveau absolument distinct des personnes qui l'on constituée* »[272].

138. La controverse doctrinale relative à la nature juridique de la personnalité morale a perdu de son intensité à la suite de l'adoption en droit positif d'une position intermédiaire assurant la collaboration du législateur et des juges.

[271] G. Wicker, V° Personne morale, *Répertoire Civil Dalloz*, 1998, p.3.
[272] G. Wicker, V° Personne morale, *Répertoire Civil Dalloz*, 1998, p.3.

b) L'état du droit positif

139. Le droit positif s'inspire de la théorie de la fiction puisque le législateur est compétent pour reconnaître[273] et fixer[274] les conditions d'attribution de la personnalité morale aux groupements. Mais, depuis une décision de la Cour de cassation du 28 janvier 1954[275], la compétence du législateur n'est pas exclusive : la Cour de cassation a également son mot à dire. Rompant avec sa jurisprudence antérieure[276], la Haute juridiction a eu l'occasion de reconnaître, dans le silence du législateur, la personnalité civile aux comités d'établissements en affirmant que « *la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par la suite, d'être protégés* ». Il est fait application de la théorie de la « réalité technique ». Cette jurisprudence, confirmée par la suite à maintes reprises[277], ne marque pas pour autant la fin de la compétence du législateur. « *Le juge ne met en œuvre les théories de la réalité des personnes morales que lorsque le législateur n'a pas adopté de solution tranchée et lui laisse par conséquent une marge d'interprétation* »[278]. Il appartient par la suite au législateur, s'il le souhaite, de consacrer ou d'adopter une position contraire qui s'imposera alors aux juges, par une disposition légale expresse. « *La reconnaissance de la personnalité morale sur le fondement des théories de la réalité n'intervient d'ailleurs que dans le respect des dispositions légales* »[279]. Dans tous les cas, le législateur n'est pas tenu par les conditions de reconnaissance de la personnalité morale fixées par la Cour de cassation ; il

[273] La loi a ainsi attribué la personnalité juridique à des groupements divers comme les sociétés civiles et commerciales, les associations et plus récemment, le groupement d'intérêt économique, le groupement européen d'intérêt économique, les fondations d'entreprise… A l'inverse, le législateur peut également décider de refuser la personnalité juridique à certains groupements, comme les sociétés en participation, les sociétés créées de fait ou encore les fonds communs de placement.

[274] Ainsi, par exemple, le législateur subordonne l'attribution de la personnalité morale aux sociétés et au groupement d'intérêt économique à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

[275] Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, n°54-07081, *JCP G*, 1954, II, 7958, concl. Lemoine, *D.* 1954, p.217, note Levasseur, *Dr. soc.* 1954, p.191, note P. Durand.

[276] Antérieurement à sa jurisprudence du 28 janvier 1954, la Cour de cassation considérait, en application de la théorie de la fiction, le silence du législateur comme valant refus d'attribuer la personnalité morale. Ainsi, dans un arrêt du 18 avril 1860, la Cour de cassation a refusé, à défaut d'attribution légale expresse, de reconnaître la personnalité morale à la communauté conjugale. Cass. civ., 18 avril 1860, *DP* 60, 1, 185.

[277] La Cour de cassation a notamment reconnu la personnalité juridique à la masse des créances en cas de faillite, au comité de groupe, au comité d'hygiène et de sécurité, mais l'a refusée aux sections syndicales d'entreprise.

[278] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, *op. cit.*, p.12.

[279] *Ibid.*

reste libre de reconnaître ou non la personnalité morale indépendamment des critères fixés par la jurisprudence[280].

140. Une fois les conditions d'attribution de la personnalité morale précisées, il convient d'en déterminer les conséquences.

2. Les conséquences de l'attribution de la personnalité morale

141. Attribuer la personnalité morale à un groupement composé de personnes morales et/ou de personnes physiques permet de créer un nouveau sujet de droit, c'est-à-dire un être juridique capable de passer des actes juridiques en son nom et pour son compte, de conclure des contrats, de mener des actions en justice ou d'être attrait en justice. Le groupement personnifié devient responsable civilement et pénalement. « *La personne morale constitue un sujet de droit indépendant tant de la personne ou des personnes qui la créent que du groupement que ces personnes constituent* »[281]. Concrètement, l'entrée dans la vie juridique se matérialise pour le groupement par l'obligation d'avoir par exemple un nom, un domicile (siège social), une nationalité, une durée, une représentation, une publicité. Ces éléments de la personne morale, associés à la mise à disposition d'un patrimoine indissociablement lié à son existence juridique, permettent d'individualiser la personne morale, de lui donner une existence juridique à part entière. « *La personnalité juridique permet alors à son détenteur* (…) *de se différencier des autres, de n'être plus regardé comme une chose mais comme une personne* »[282].

142. L'hypothèse d'une personnification du groupe d'entreprises représenterait un moyen pour l'ordre juridique de recevoir en son sein cette forme d'organisation économique, en le reconnaissant comme un nouvel être juridique distinct de ses membres. L'accès à la vie juridique du groupe d'entreprises permettrait aux tiers d'engager la responsabilité du groupe dans son ensemble et, par conséquent, de responsabiliser le niveau où se prennent effectivement les décisions économiques qui engagent l'ensemble des entités du groupe.

[280] Tel est le cas par exemple des fondations qui sont des personnes morales du fait de la loi alors même qu'elles n'ont pas pour objectif de permettre l'expression d'un groupement de personnes.
[281] J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTDciv.*, 1993, p.709.
[282] C. Morin, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, *op. cit.*, p.27.

« *Aux diverses personnes morales qui constituent les diverses sociétés, ne faut-il pas superposer une entité juridique qui centralise tous les intérêts communs et qui serait le groupe lui-même* »[283] ?

143. Malgré les avantages que présenterait une personnification du groupe d'entreprises, le droit positif ne s'est pas engagé dans une telle voie (B).

B. Le refus de la personnification juridique du groupe

144. En dépit de certaines propositions doctrinales favorables (1), la jurisprudence affirme clairement, dans le silence du législateur, l'absence de personnification du groupe (2).

1. Des théories doctrinales favorables à la personnification du groupe restées lettre morte

145. Les difficultés inhérentes à la personnification du groupe sont directement liées à son organisation paradoxale, « *bâtie autour d'un antagonisme fondamental, celui de l'identité et de l'altérité* »[284]. Les théories doctrinales favorables à la personnification du groupe ont tenté de justifier, non sans mal, leur position sans pour autant occulter le paradoxe de l'unité et de l'altérité. L'initiateur de ce mouvement théorique est Henri Rousseau[285] (b), dont l'analyse a été précisée par Pierre Coulombel[286] (c), puis reprise et adaptée par Michel Despax[287] (d). Ces différentes théories doctrinales favorables à la personnification du groupe ont toutes pour point de départ l'arrêt Lamborn rendu par la Chambre des Requêtes le 20 novembre 1922[288] (a).

[283] J. Hamel, « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, chron., p.31.
[284] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.49.
[285] Req. 20 novembre 1922, *Sirey* 1926, I, 305, note H. Rousseau.
[286] P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1950.
[287] M. Despax, *L'entreprise et le droit*, *op. cit*.
[288] Req., 20 novembre 1922, Sirey 1926, I, 305, note H. Rousseau.

a) Le point de départ : l'arrêt Lamborn

146. La Chambre des Requêtes avait à connaître d'un litige opposant une société new-yorkaise à son cocontractant de nationalité française, Monsieur Varounis. Postérieurement à la conclusion du contrat, la société new-yorkaise a créé une société à Paris et lui a confié la gestion en France de ses affaires. Elle a informé l'ensemble de ses clients par l'envoi d'une circulaire. Par un arrêt « Lamborn » du 20 novembre 1922, la Chambre des Requêtes suit le raisonnement de la Cour d'appel et confirme la condamnation solidaire de la société parisienne, qualifiée par la Cour d'appel de société filiale, et de la société new-yorkaise à payer les dettes de celle-ci. Pour justifier sa décision, la Chambre des Requêtes reprend l'argumentation de la Cour d'appel et considère la société parisienne comme une « *émanation* » de la société new-yorkaise. Pour la première fois, la Chambre des Requêtes retient la responsabilité d'une société juridiquement autonome pour le compte d'une autre elle-même juridiquement autonome, sur le fondement d'une convention à laquelle elle n'est pas partie et qui est antérieure à sa création. Ainsi, sans remettre en cause l'autonomie juridique de la filiale, puisque la condamnation solidaire de la filiale postule bien son existence juridique et qu'à aucun moment le recours à la technique de la délégation ou le caractère fictif de la filiale n'ont été soulevés, la Chambre des Requêtes saisit l'unité économique formée par les deux sociétés, en s'affranchissant du principe de l'autonomie patrimoniale des personnes juridiques. « *La Chambre des Requêtes fait abstraction de la personnalité morale de la société de Paris pour la déclarer responsable d'un engagement contracté par une autre société, antérieurement à sa constitution* »[289]. L'engagement de la société mère s'impose à la filiale qui ne peut se retrancher derrière le principe de son autonomie patrimoniale. Dans cette espèce, la filiale est juridiquement bien distincte de la société mère, ce qui justifie leur condamnation solidaire : la filiale n'est donc pas assimilée à la société mère. Mais, même juridiquement autonome, la filiale doit répondre des dettes de la société mère, car elle en est « *l'émanation* », c'est-à-dire que, dans les faits, elles forment une unité économique entraînant pour la filiale l'engagement de sa responsabilité solidaire à l'égard d'un tiers.

[289] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.52.

147. L'arrêt Lamborn marque le point de départ de propositions doctrinales favorables à la personnification du groupe d'entreprises, et dont la théorie du sujet de droit réel formulée par Henri Roussseau, a amorcé le mouvement.

b) La théorie du sujet de droit réel d'Henri Rousseau

148. Interpellé par l'originalité de la solution de l'arrêt Lamborn, Henri Rousseau tente d'expliquer cet arrêt en opposant aux sujets de droit « formels », c'est-à-dire les sociétés juridiquement autonomes, un nouveau sujet de droit « réel » ou une entité qui aspire à la personnification, le groupe. Pour cet auteur, chaque société du groupe « a sa personnalité propre » et se comporte à l'égard des tiers comme une société « ordinaire ». Mais l'esprit social qui anime ces sociétés est le même : elles n'ont qu'un seul et même intérêt véritable, même si, en apparence, leurs intérêts sont divergents. Elles n'ont qu'un être social qui se manifeste en deux créations distinctes[290]. Ainsi, le groupe serait le sujet de droit « réel », c'est-à-dire celui qui désigne la réalité sociale émanant « *de l'intérêt collectif juridiquement organisé* », tandis que les sociétés membres du groupe seraient les sujets de droit « formel », à savoir les « *sociétés qui donnent forme à cette organisation* »[291]. Selon Henri Rousseau, « *chacune des sociétés conserverait dans ses rapports avec les tiers le bénéfice de la personnalité juridique. En revanche, elles ne pourraient jamais se prévaloir du lien, secret ou public, qui les unit pour se dérober aux conséquences de leur indépendance apparente. Les sociétés du groupe ne pourraient pas opposer leur personnalité juridique, tandis que les tiers pourraient toujours le faire* »[292]. A l'égard des tiers, les sociétés du groupe ne pourraient pas se prévaloir de la situation de groupe pour échapper aux conséquences de leur autonomie juridique formelle et, inversement, toujours à l'égard des tiers, elles ne pourraient pas leur opposer leur autonomie juridique pour déroger à leur responsabilité découlant de leur commune appartenance au sujet de droit « réel ».

Pierre Coulombel va reprendre la théorie des sujets de droit « réel » de Henri Rousseau tout en la précisant.

---

[290] H. Rousseau, note sous Req. 20 novembre 1922, *Sirey* 1922, I, 305.
[291] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit.*, p.281.
[292] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p.101.

c) La théorie du sujet de droit de Pierre Coulombel

149. L'analyse de Pierre Coulombel se fonde sur la distinction entre la personnalité morale et la personnalité juridique. Une même personne morale peut être représentée par deux personnes juridiques distinctes lorsque ces deux personnes juridiques représentent un intérêt identique. L'auteur conçoit la personne morale comme « *la traduction d'un intérêt organisé* ». Or, il peut arriver qu'une autre personne morale soit « *l'expression du même intérêt dans une organisation différente* »[293]. Dans ce cas, Pierre Coulombel considère qu'« *elles sont deux personnes juridiques, mais une personne morale* »[294]. « *Sur le plan du droit positif, les deux sociétés existent comme deux sujets de droit, mais au regard du juge, dans la conscience du juge, les deux sociétés ne font qu'un sujet de droit* »[295]. Appliquée au groupe, l'analyse de Pierre Coulombel conduit à affirmer l'autonomie juridique des entités membres du groupe en droit positif, tout en concevant le groupe comme le véritable sujet de droit « *dans la conscience du juge* ».

150. Michel Despax reprend la distinction de Pierre Coulombel entre la personnalité morale et la personnalité juridique, pour démontrer l'émergence d'un nouveau sujet de droit naissant : l'entreprise.

d) La théorie du sujet de droit naissant de Michel Despax

151. Selon Michel Despax, un nouveau sujet de droit est en gestation : l'entreprise. « *De même qu'il a pu pendant longtemps y avoir personnalité physique sans personnalité juridique, de même il a pu y avoir pendant longtemps absence de coïncidence entre personnalité morale et personnalité juridique et c'est seulement de nos jours que la distinction entre les deux notions a tendance à s'estomper, bien que des raisons « techniques » très sérieuses rendent peut-être souhaitable son maintien* »[296]. Analysant les relations entre la société mère et les filiales, Michel Despax considère le groupe qu'elles

[293] P. Coulombel, *Le particularisme de la condition des personnes morales de droit privé*, *op. cit*., p.192.
[294] *Ibid.*
[295] *Ibid.*, p.189.
[296] M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, p.379.

forment comme un nouveau sujet de droit. Le groupe est alors assimilé à une entreprise. « *En face d'une société mère et de ses filiales, tout se passe comme si, pour le juge, le véritable sujet de droit était sous la dualité ou la pluralité des personnes morales sociétaires, l'unique entreprise sous-jacente* »[297].

152. Si ces théories tentent de tenir compte de l'organisation paradoxale des groupes, leur apport est plus théorique que pratique. Michel Despax soulignait déjà en 1957 que la mise en œuvre de la théorie du sujet de droit « réel » nécessite « *une transformation profonde dans l'ordre juridique [qui] ne peut s'accomplir sans transitions mais doit, avant d'apparaître au grand jour, suivre un lent cheminement jurisprudentiel* »[298]. Or, il faut bien reconnaître que le droit positif ne s'est pas orienté dans la direction tracée par les théories du sujet de droit « réel » et reste attaché au principe de l'autonomie juridique de la personne morale. Ainsi, selon Claude Champaud, « *qualifier le groupe d'entreprise ou de sujet de droit réel est de peu d'intérêt dans la mesure où le droit positif ne connaît pas ces entités, et où il n'attache aucune conséquence à cette qualification* »[299]. Plus fondamentalement, ces théories ne parviennent pas à dépasser la problématique de l'organisation paradoxale des groupes. D'une part, qualifier le groupe de sujet de droit « réel » ne règle pas la question du moment à partir duquel « *le sujet de droit réel peut être défini comme support de droits et d'obligations* » [300]. D'autre part, ces théories reposent sur deux conceptions contradictoires du sujet de droit. La qualification de sujet de droit « réel », inspirée des thèses de la réalité de la personne morale, devrait entraîner « *la négation des sujets purement formels dépourvus d'autonomie et de consistance* », tandis que la qualification de sujet de droit « formel », inspirée de la théorie de la fiction, « *devrait rejeter, dans le domaine du fait, ce sujet spontané que constitue le sujet de droit réel* »[301].

153. En définitive, les théories du sujet de droit « réel » n'ont pas totalement convaincu et la voie qu'elles ont tracée vers une personnification du groupe, n'a pas été suivie en droit positif.

---

[297] *Ibid.*, p.162.
[298] *Ibid.*
[299] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.*, p.285.
[300] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.103.
[301] *Ibid.*

2. Le rejet par la jurisprudence de la personnification du groupe

154. En rejetant le principe d'une personnification du groupe, la Cour de cassation fait une application orthodoxe du principe de l'autonomie juridique de la personne morale (a). Sa solution est en cela conforme à l'évolution contemporaine du droit de la personnalité morale(b).

a) Le droit positif

155. Dans le silence du législateur, il appartient à la jurisprudence de se prononcer sur la personnification du groupe. De manière constante, la Cour de cassation affirme le principe de l'autonomie juridique des entités membres du groupe. Même si celles-ci appartiennent à un groupe, elles n'en demeurent pas moins des personnes morales distinctes, juridiquement autonomes les unes des autres[302]. La personnalité morale de chacune des entités crée un écran juridique qui, sauf exception, empêche l'engagement de la responsabilité solidaire des autres entités du groupe ou la mise en jeu de la responsabilité de l'une pour les engagements pris par d'autres. La réalité économique du groupe est ici sans influence. Implicitement, la Cour de cassation rejette la personnification du groupe. En vertu du principe de l'autonomie juridique de la personne morale, elle privilégie la diversité des entités du groupe en laissant dans l'ombre l'unité économique du groupe. Il faut attendre un arrêt du 2 avril 1996[303] pour que la Cour de cassation rejette cette fois-ci expressément la personnification juridique du groupe. Pour la première fois, elle ne se contente plus d'analyser la réalité de l'autonomie juridique des entités membres, mais au contraire, elle s'intéresse au groupe comme groupement de personnes morales. Dans cette affaire, trois sociétés, un groupement d'intérêt économique et une personne physique ont fait l'objet d'une mise en liquidation judiciaire dans le cadre de procédures distinctes. Pour chacune de ces procédures, un même administrateur judiciaire a été désigné. Après avoir obtenu d'une banque l'ouverture d'un seul et même compte intitulé « redressement judiciaire du groupe Robert », des avances de trésorerie ont été accordées par

[302] Cass. com., 18 octobre 1994, n°92-21199, *Bull. civ.* IV, n°301 ; Cass. com., 13 juin 1995, n°s 94-21003 et 94-2.436, *JCP E* 1995, II, 712, note Y. Guyon.
[303] Cass. com., 2 avril 1996, n°94-16380, *Bull. civ.* IV, n°113, *JCP G* 1997, II, 22803, note Chazal, *D.* 1996, IR, 123, *Gaz. Pal.* 1996, pan., p.299, *Bull. Joly*, 1996, p.510, §173, note Le Cannu.

la banque *via* ce compte. Une fois la liquidation judiciaire des cinq débiteurs prononcée, la banque a sollicité le remboursement de ses avances de trésorerie, mais s'est vu opposer par le liquidateur l'absence de personnalité morale du « groupe Robert ». Saisie du litige, la Cour de cassation se prononce sur le fondement de l'article 1108 du Code civil, en vertu duquel la capacité de contracter est une condition essentielle de validité du contrat. La solution de la Cour de cassation est lapidaire : « *un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter, l'une des conditions essentielles pour la validité de la convention d'ouverture de compte faisait défaut* ». Comment justifier cette décision ?

b) Les arguments favorables au rejet de la personnification du groupe

156. Pour rejeter la personnalité morale du groupe, la Cour de cassation ne reprend pas les critères jurisprudentiels de reconnaissance de la personnalité morale, pourtant constants depuis sa décision du 28 janvier 1954[304]. Ainsi, elle ne vérifie ni l'existence d'un intérêt distinct des intérêts individuels des membres du groupe, ni la possibilité d'exprimer une volonté collective apte à représenter et à défendre cet intérêt. Dès lors, la justification de l'absence de reconnaissance de la personnalité morale du groupe reste posée. Plusieurs arguments tirés de l'évolution contemporaine du droit de la personnalité morale, comme l'absence de besoin en autonomie (1°) et l'absence de pouvoir pour les « utilisateurs » du droit de créer des personnes morales (2°), permettent d'éclairer cette solution jurisprudentielle.

1°L'absence de besoin en autonomie juridique

157. Selon Jean Paillusseau[305], l'approche de la personnalité morale en termes de « *besoin en autonomie juridique* » constituerait une « *évolution fondamentale du droit de la personnalité morale* »[306]. La seule existence d'un groupement de personnes, physiques ou morales, réunissant les critères jurisprudentiels de reconnaissance de la personnalité morale, ne suffit

[304] Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, n°54-07081, *JCP G* 1954, II, 7958, concl. Lemoine, *D.* 1954, p.217, note Levasseur, *Dr. soc.* 1954, p.191, note P. Durand.
[305] J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », article précité, p.710.
[306] *Ibid.*

pas à attribuer la personnalité juridique. Car, « *le besoin – l'intérêt de l'existence d'une personnalité morale ne naît pas du seul fait de l'existence de ces personnes, qu'elles soient groupées ou indépendantes, mais du besoin qu'elles ressentent de conférer une autonomie juridique à leur opération, à leur action, à leur activité ou à leur entreprise* » [307]. « *Ce qui appelle la personnalité juridique, ce n'est pas l'existence même de ces personnes, qu'elles soient seules ou groupées, mais ce qu'elles entreprennent et qu'elles désirent « autonomiser » sur le plan juridique. Ainsi, c'est la nécessité de donner une autonomie juridique à l'exercice de leur activité qui implique la personnalité juridique* » [308]. Ce besoin d'autonomie juridique naît notamment de la volonté de protéger l'exercice d'une activité. La reconnaissance de la personnalité morale se présente alors comme « *une technique juridique adaptée, à un moment donné, à la protection jugée nécessaire de l'intérêt* »[309]. La personnalité morale doit alors répondre à « *un besoin* [en autonomie juridique] *plus ou moins impérieux pour l'exercice d'une activité* »[310]. Or, une des spécificités du groupe réside justement dans l'absence de besoin en autonomie juridique. « *Pour la défense de ses intérêts, et contrairement au comité d'établissement, le groupe de sociétés n'a aucunement besoin de la personnalité morale. Chacune des sociétés intéressées peut ester en justice pour assurer sa défense* »[311].

158. Bien plus, le groupe retire un avantage substantiel de l'absence de personnification juridique. Tout d'abord, le groupe est une technique d'organisation de la responsabilité limitée. En agissant par l'intermédiaire de ses membres, le groupe n'est jamais responsabilisé en tant que tel. « *L'intérêt principal de constituer un groupe de sociétés réside dans l'autonomie juridique de chaque filiale, les unes ne répondant pas du passif des autres. Conférer la personnalité juridique aux groupes de sociétés reviendrait à anéantir cet avantage* »[312]. Seules ses entités constitutives, bénéficiant de la personnalité juridique, peuvent être mises en cause par les tiers et engager leur responsabilité. Ensuite, l'absence de personnification juridique permet au groupe de mener « *une action collective de manière discrète* »[313]. En l'absence de mesure de publicité, exigence souvent imposée par le législateur pour obtenir la personnalité juridique, il est souvent difficile pour les tiers d'identifier de manière exhaustive les membres du groupement. C'est la raison pour laquelle le groupe est

[307] *Ibid.*
[308] *Ibid*, p.712.
[309] *Ibid.*
[310] *Ibid*, p.705.
[311] J.-P. Chazal, note sous Cass. com., 2 avril 1996, *JCP G* 1997, II, 22803, p.125.
[312] *Ibid.*
[313] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, *op. cit*. p.19.

souvent qualifié d'organisation « occulte ». Enfin, le groupe gagne en souplesse dans la mesure où il n'a pas à se plier aux exigences d'organisation et de moyens imposées au fonctionnement des groupements personnifiés (représentants légaux, siège, capital social minimum et/ou responsabilité de ses membres…) pour assurer la protection des tiers[314]. Il peut modifier sa physionomie, au fil des restructurations, sans être soumis à d'incessantes formalités.

159. Non seulement le groupe tire un avantage substantiel de l'absence de personnification, mais encore, cette absence n'affecte pas l'efficacité de ses activités et de son action collective, bien au contraire. A la différence des groupements personnifiés dont l'organisation interne est le plus souvent réglementée par le législateur, il bénéficie d'une liberté d'organisation qui pourra se traduire dans les faits par la mise en place d'organes spécifiques lui permettant d'être suffisamment structuré pour maintenir la cohérence de l'ensemble organisationnel et rendre possible l'expression d'une « volonté collective » de groupe.

2° L'absence de pouvoir pour les « utilisateurs » du droit de créer des personnes morales

160. L'absence de réglementation légale du fonctionnement interne des groupes peut également constituer un argument justifiant l'absence de reconnaissance jurisprudentielle de la personnification juridique des groupes. Car, tout en affirmant que « *la personnalité morale n'est pas une création de la loi* »[315], et en s'attribuant ainsi le pouvoir, dans le silence du législateur, de reconnaître ou non la personnalité morale à certains groupements, la Cour de cassation n'accorde la personnalité morale « *qu'à des groupements dotés par le législateur d'une organisation satisfaisante* »[316]. Il en résulte que les « utilisateurs » du droit n'ont pas le pouvoir de créer des personnes morales. « *S'ils veulent donner une autonomie, une individualité et une personnalité à ce qu'ils entreprennent, ils doivent choisir la structure d'accueil qui leur convient le mieux parmi celles que propose le législateur. En revanche, ils peuvent souhaiter disposer de la plus grande liberté possible pour adapter leur structure à*

[314] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, *op. cit*., p.19.
[315] Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, *JCP G* 1954, II, 7958, concl. Lemoine, *D.* 1954, p.217, note Levasseur, *Dr. soc*. 1954, p.191, note P. Durand.
[316] J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », article précité, p.734.

leurs besoins »[317]. Dans ce dernier cas, la personnalité juridique du groupement n'est pas nécessairement reconnue.

161. En définitive, malgré son unité organisationnelle et décisionnelle, le groupe est dépourvu de personnalité juridique, ce qui a pour effet de le rendre inopposable aux tiers. Autrement dit, en droit du travail, le groupe ne peut pas être considéré comme l'employeur des salariés. Dans le silence du législateur et en dépit de quelques propositions doctrinales tendant à la personnification du groupe, la position de la jurisprudence est constante sur ce point : le groupe est un « *non sujet de droit* »[318]. La reconnaissance de la personnalité morale des groupements ne dépend pas uniquement des critères jurisprudentiels objectifs dégagés par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 janvier 1954. Le besoin en autonomie juridique ainsi que l'existence d'une organisation légale plus ou moins contraignante du groupement en question, semblent également tenir une place importante dans la décision des juges. C'est la raison pour laquelle certains auteurs considèrent que « *la reconnaissance de la personnalité morale obéit (...) plus à des contingences factuelles et à l'opportunité qu'à un raisonnement rigoureux* »[319]. L'absence de reconnaissance juridique du groupe comme personne morale *sui generis* conduit à s'interroger sur la possibilité de traduire juridiquement le groupe au moyen de notions juridiques connues et de le soumettre au régime juridique correspondant à sa qualification juridique. Là encore, le constat de l'inadéquation des notions juridiques est sans appel.

§2. L'absence de notion juridique adéquate

162. Le droit du travail s'est construit en référence à un modèle unitaire qui repose sur la concordance entre les notions d'employeur et d'entreprise par l'intermédiaire de sa structure juridique d'accueil. Une des voies envisagées pour la traduction juridique du groupe a été de qualifier le groupe de société ou de société créée de fait. Ainsi qualifié, le groupe peut être considéré, par l'intermédiaire de la société jouant le rôle de structure juridique d'accueil de l'entreprise, à la fois comme l'employeur et l'entreprise en droit du travail. Ainsi recomposé, le modèle unitaire de référence du droit du travail peut à nouveau se déployer. Mais, qu'il

[317] *Ibid.*
[318] Expression de J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Archives de Philosophie du Droit. Le sujet de droit*, t.XXXIV, 1989, p.197.
[319] J.-P. Chazal, note sous Cass. com., 2 avril 1996, n°94-16380, *JCP G* 1997, II, 22803, p.125.

s'agisse de la catégorie juridique de société (A) ou de celle de société créée de fait (B), aucune d'entre elles ne convient.

A. L'inadéquation de la notion juridique de société

163. Considérer le groupe comme une « super-société » composée de plusieurs entités juridiquement distinctes présente l'avantage de se référer à une notion juridique connue dont l'organisation et le régime juridique sont précisément fixés par le législateur. De plus, la qualification juridique de société permettrait de reconnaître au groupe la personnalité morale. Mais, en l'état actuel du droit positif, malgré l'intérêt que cette qualification pouvait représenter en droit du travail (1), le groupe n'est pas une société (2).

1. L'intérêt de la qualification de société en droit du travail

164. Comme l'entreprise est dépourvue de personnalité juridique, c'est sa structure juridique d'accueil qui lui permet d'accéder à la vie juridique. Si la structure d'accueil de l'entreprise est la forme sociétaire, l'entreprise et la société se correspondent point par point. Dans cette perspective, admettre que le groupe soit juridiquement qualifié de société, rend possible une assimilation du groupe à l'entreprise, sans remise en cause de la concordance entre l'entreprise et sa structure juridique d'accueil sur laquelle le droit du travail repose en partie.

165. Une telle qualification ne semble pas *a priori* incongrue au regard des similitudes que présentent l'entreprise et le groupe. « *Tout comme l'entreprise, le groupe (...) développe une activité économique pour la réalisation et la conduite de laquelle la mise en œuvre de moyens matériels et humains est nécessaire. L'ensemble groupé constitue une communauté humaine organisée. La coordination de l'ensemble, qui représente un centre d'intérêt, de décision et de pouvoir exige une organisation complexe* »[320]. Il est alors tentant de qualifier juridiquement le groupe d'entreprise. « *L'analyse de la réalité économique conduit souvent à voir dans le groupe de sociétés un même système organisé dont les membres, bien que juridiquement distincts, sont généralement privés d'indépendance économique qui caractérise*

[320] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social, op. cit*., p.42.

toute entreprise »[321]. Encore faut-il que les critères de la qualification juridique de société soient réunis, ce qui ne semble pas être le cas.

2. Le groupe n'est pas une société

166. Selon cette approche, les sociétés du groupe sont considérées comme des associés du groupe. « *Rien ne s'oppose à ce qu'une société comporte, comme associés, des personnes morales et non des personnes physiques* »[322]. Considérer les sociétés d'un groupe comme les associés de ce groupe permettrait de réduire la contradiction pouvant exister entre l'intérêt de chacune des entités membres et l'intérêt du groupe à « *la distinction bien connue entre associés et société douée d'une personnalité juridique différente de ses membres* »[323]. Il appartiendrait alors aux tribunaux de déterminer qui, de l'entité membre ou du groupe, serait responsable de la dette contractée envers un tiers. « *Ainsi, chaque fois qu'une filiale agit pour le compte du groupe plus que pour son compte personnel, le groupe, en tant que tel, est engagé* »[324]. Mais, pour qualifier le groupe de société, encore faut-il que les éléments constitutifs de la société et les conditions légales nécessaires à sa personnification, soient réunis.

167. Définie par la loi à l'article 1832 du Code civil, « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Or, à la seule lecture de la définition légale de la société, il est possible d'affirmer que le groupe ne peut être qualifié de société. En effet, au fondement de la constitution d'une société, qu'elle soit civile ou commerciale, il y a nécessairement un contrat de société. Or, la constitution d'un groupe ne fait en pratique jamais l'objet d'un contrat de société. De plus, une fois contractuellement constituée, une société ne dispose pas pour autant de la personnalité juridique. L'acquisition de la personnalité juridique de la société est en effet subordonnée par la loi à des mesures de publicité. Selon l'article 1832 du Code civil, « *les*

[321] O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, Georg, 1974, p.85.
[322] G. Cousin, *Etude juridique du groupe industriel constitué par une société mère et ses filiales*, Thèse, Nancy, 1950, p.30.
[323] *Ibid*., p.31.
[324] *Ibid.*

sociétés autres que les sociétés en participation (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ». Tant que la société n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés, elle n'a pas la personnalité juridique. Or, il va de soi qu'en l'absence de contrat de société du groupe, aucune publication n'est possible. En définitive, l'article 1842 du Code civil constitue un obstacle textuel majeur à la qualification juridique de société et à la personnification juridique du groupe. De plus, « *il n'est pas certain que la rigidité résultant de l'existence d'un corpus de règles applicables aux sociétés serait d'une part souhaitable et d'autre part réponde à la nécessité de souplesse, de flexibilité voire de discrétion que suppose l'existence et le fonctionnement d'un groupe de sociétés* »[325]. L'absence de contrat de société permet également d'exclure le groupe de la qualification de société en participation.

168. Par conséquent, le groupe ne peut pas entrer dans la notion juridique de société. Corrélativement, tant que l'entreprise est assimilée à sa structure juridique d'accueil, le groupe ne constitue pas non plus une entreprise unique. « *Si l'on ne tient compte que de la structure juridique formelle, le groupe de sociétés ne peut pas apparaître comme une entité en soi. Dans la mesure où l'on identifie « entreprise » à « sujet de droit », le groupe de sociétés constitue en effet une pluralité d'« entreprises* » »[326]. Il convient néanmoins de déterminer si le groupe ne pourrait pas constituer une société créée de fait, c'est-à-dire une société créée sans contrat de société mais dépourvue, en l'absence d'immatriculation, de personnalité morale.

B. L'inadéquation de la notion juridique de société créée de fait

169. La société créée de fait se définit « *par le comportement de deux ou plusieurs personnes qui agissent, en fait, comme si elles étaient associées, alors qu'elles ne sont engagées par aucun contrat de société* »[327]. La société créée de fait est reconnue judiciairement. Pour retenir la qualification de société créée de fait, les juges recherchent les éléments constitutifs du contrat de société, à savoir deux éléments matériels, la participation aux résultats (pertes et

[325] C. Morin, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, *op. cit.*, p.40.
[326] O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p.85.
[327] D. Vidal, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p.411.

bénéfices) et un apport, et un élément subjectif, l'*affectio societatis*. La demande de reconnaissance juridique d'une société créée de fait peut résulter soit d'une personne qui invoque sa qualité d'associé et souhaite procéder à un partage de résultats, soit d'un tiers qui recherche la responsabilité solidaire des « associés » de son débiteur. Pour qualifier juridiquement le groupe de société créée de fait, il faut pouvoir identifier les éléments du contrat de société. Ainsi, « *en droit, rien ne s'opposerait à ce qu'une société créée de fait vienne se superposer à des sociétés régulières. Encore faut-il que tous les éléments du contrat de société soient caractérisés* »[328]. Autrement dit, dans le cadre d'un groupe, l'apport (1), la participation aux résultats (2) et l'existence d'une *affectio societatis* (3) sont-ils caractérisés ?

1. L'apport

170. Conformément à l'article 1843-3 du Code civil, l'apport en société peut prendre la forme d'un apport en numéraire, en nature ou en industrie. Une fois l'apport mis à la disposition de la société, il n'appartient plus à l'apporteur. En contrepartie, et ce quelle que soit leur forme, tous les apports donnent droit à un partage des résultats de la société ainsi qu'à la reconnaissance de la qualité d'associé. Peu importe que les apports n'entrent pas dans le capital social de la société, comme c'est le cas pour l'apport en industrie ou en nature.

171. La notion d'apport est suffisamment souple pour pouvoir être retenue dans le cadre d'un groupe. Les biens mis par les entités membres à la disposition du groupe pour son fonctionnement ne sortent pas du patrimoine de la société, ce qui semble exclure ces moyens de la qualification d'apport. En revanche, l'apport peut prendre la forme d'un apport en industrie qui se matérialisera, dans le cadre d'un groupe, par la mise en commun d'activités et de services, à la condition que cette mise en commun soit opérée en vue d'une activité[329]. Pour conforter cette analyse, un rapprochement avec les groupements momentanés d'entreprises constitués en vue des adjudications de travaux publics a déjà été proposé[330]. Ces groupements s'engagent envers l'administration à exécuter un marché de travaux publics mais chacune des entreprises du groupement est chargée, en toute autonomie, de l'exécution de la

[328] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.60.
[329] En ce sens, Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.62 ; C. Morin, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.65.
[330] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*. p.60.

part de marché qui lui revient. En cas de défaillance de l'une des entreprises, des créanciers ont invoqué l'existence d'une société créée de fait pour engager la responsabilité solidaire de l'ensemble des entreprises du groupement momentané d'entreprises. Malgré quelques hésitations jurisprudentielles, la Cour de cassation a admis, dans une décision du 10 novembre 1970[331], de considérer les services mis en commun comme des apports à la condition d'une part que les activités des entreprises soient complémentaires et permettent de réaliser l'objet social du groupement, et, d'autre part que les entreprises du groupement aient contribué à la réalisation du « *travail qui était l'objet de leur groupement* » en mettant à disposition tout leur potentiel, c'est-à-dire leurs connaissances et leurs compétences.

172. Par conséquent, si la notion d'apport n'est pas étrangère à l'organisation de l'activité économique du groupe, elle ne peut être retenue qu'en présence de groupes suffisamment intégrés, ayant mis en place des services communs à l'ensemble des entités du groupe et dont les activités sont complémentaires. Ces conditions ne permettent pas de saisir les groupes dans toute leur diversité.

A considérer la condition d'un apport à l'échelle du groupe réunie, encore faut-il caractériser la participation aux résultats.

2. La participation aux résultats

173. La participation aux résultats est la perspective en vue de laquelle les associés décident de mettre en commun des biens et des activités. La notion de résultat désigne non seulement les bénéfices et les pertes de la société, mais également les économies que peut réaliser la société. Si l'objet principal d'une société est bien la réalisation de bénéfices à partager entre les associés, l'introduction par la loi du 4 janvier 1978 de la notion d'économie à l'article 1832 du Code civil définissant la société permet de caractériser l'existence d'une participation aux résultats dans les groupes. En effet, il est *a priori* difficile d'établir une répartition des bénéfices entre toutes les entités membres du groupe. « *La société –mère profite des bénéfices des ses filiales sous forme de dividendes ; mais il n'y a aucun bénéfice d'ensemble réparti entre les membres du groupe. (...) S'il existe une filiale en situation difficile, la prospérité de*

[331] Cass. com., 17 novembre 1970, n°68-12145, *Rev. soc.*, 1971, p.534.

toutes les autres ne lui apportera, en soi, aucune amélioration. La société en perte pourra tout au plus retirer un avantage indirect des prêts que lui consentira la société-mère ou telle autre filiale »[332]. L'introduction de la notion d'économie change quelque peu la donne en permettant d'élargir la notion de participation aux résultats. « *Le profit s'entendrait non seulement du gain pécuniaire ou du gain matériel qui ajouterait à la fortune des sociétés, mais également de l'économie qu'elles pourraient faire grâce à leur appartenance au groupe* »[333]. Caractériseraient l'existence d'une participation aux résultats, tous les profits générés par la situation de groupe comme par exemple les économies d'emprunts obtenues grâce aux opérations intra-groupes de trésorerie, des économies nées de la constitution de sociétés spécialisées dont les services sont exclusivement mis au service des sociétés du groupe ou encore de l'acquisition de biens ou services à des conditions avantageuses, correspondant non pas au prix du marché mais à un prix de transfert intra-groupe.

Si la notion de participation aux résultats est comprise de manière suffisamment souple, il semble en revanche que la condition tenant à l'existence de l'*affectio societatis* fasse défaut.

3. L'affectio societatis

174. L'*affectio societatis* est l'élément subjectif du contrat de société. Dégagée par la jurisprudence, cette notion est définie en doctrine comme la « *collaboration volontaire, active, intéressée et égalitaire* »[334] des associés à la gestion des affaires sociales de la société. L'*affectio societatis* est également parfois définie par la jurisprudence comme « *la volonté d'union et l'acceptation d'aléas communs* »[335]. Il permet de distinguer le contrat de société d'autres contrats voisins.

175. Dans le cadre d'un groupe, il semble difficile de démontrer l'existence de l'*affectio societatis*, soit l'existence d'une intention réelle de s'associer sur un pied d'égalité avec l'ensemble des associés. « *Les relations de contrôle et donc de domination existantes au sein du groupe constituent l'obstacle essentiel* » à la reconnaissance d'une *affectio societatis* de

[332] G. Cousin, *Etude juridique du groupe industriel constitué par une société mère et ses filiales, op. cit.* p.36.
[333] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p.61.
[334] D. Vidal, *Droit des sociétés, op. cit.*, p.49.
[335] Cass. com., 19 février 1991, n°89-16590, inédit.

groupe. « *Comment admettre une volonté de se traiter comme des égaux lorsqu'une des sociétés impose, même en vue d'un objectif commun, ses décisions aux autres ?* »[336] C'est la difficulté à caractériser cette *affectio societatis* dans un groupement profondément organisé autour de relations de domination qui conduit généralement à rejeter la qualification juridique de société créée de fait en présence d'un groupe.

176. Certes, certains groupes sont organisés de telle manière qu'il est possible de concilier l'impératif d'égalité inhérente à l'*affectio societatis* et la dépendance économique des entités membres du groupe. Ainsi, à titre d'exemple, le groupe organisé selon le modèle de la participation circulaire permet à une filiale d'exercer un contrôle indirect sur la société mère, de sorte que « *le lien de subordination ne serait qu'apparent* »[337]. Ensuite, il existe des situations dans lesquelles l'égalité et la dépendance économique ne sont pas exclusives l'une de l'autre. « L*a soumission d'un associé aux décisions de la majorité traduit une certaine subordination* »[338]. Enfin, l'égalité juridique formelle entre les entités membres du groupe n'est pas rompue. La dépendance économique n'est pas reconnue en tant que telle et seul un lien de subordination juridique pourrait faire obstacle au principe d'égalité.

177. Ainsi, un rapprochement entre le contrat d'entreprise et la mise en œuvre d'une politique de gestion décentralisée du groupe a été proposé par Charley Hannoun[339]. Dans le cadre d'un contrat d'entreprise, la collaboration prime sur la subordination juridique. De la même manière que le maître d'œuvre a le pouvoir de donner des ordres sur l'orientation générale du travail et de contrôler l'exécution du travail, mais en laissant à l'entrepreneur le soin de décider en toute autonomie des moyens d'exécution du travail, la société-mère se contente de fixer les orientations générales de la stratégie de groupe et les objectifs à atteindre. Elle laisse à la filiale le soin de déterminer les moyens qui lui permettront d'atteindre les objectifs fixés. Concrètement, « *ce critère permettrait de caractériser les relations entre les sociétés-mère et filiale comme des rapports de collaboration et non de subordination* »[340].

---

[336] C. Morin, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.66.
[337] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.65.
[338] *Ibid.*
[339] *Ibid.*
[340] *Ibid.*

178. Si l'on ne saurait « *dans ces conditions écarter, de façon générale, la qualification de société créée de fait, dès l'instant que les sociétés entretiennent des rapports de groupe* »[341], il convient néanmoins d'en souligner les limites. D'un point de vue pratique, la société créée de fait est une catégorie juridique qui ne concerne qu'une minorité de groupes. Seuls sont concernés les groupes dont les activités sont complémentaires, dont l'organisation est suffisamment développée pour mettre en place des services communs susceptibles de générer des économies, et enfin dont l'organisation est suffisamment décentralisée dans la mise en œuvre de la stratégie de groupe. D'un point de vue théorique, la qualification juridique de société créée de fait ne rend pas compte de l'originalité de la forme organisationnelle du groupe. La société créée de fait repose en effet sur le modèle unitaire et hiérarchisé de l'entreprise. « *Ce modèle est celui d'une entreprise dont l'activité est nettement circonscrite et les décisions très centralisées* »[342]. Assimiler le groupe à une société créée de fait revient à développer une conception unitaire du groupe et à le priver de son utilité économique par une mise en œuvre systématique de la responsabilité solidaire de toutes les entités du groupe. « *Il paraît difficile d'admettre une solidarité de principe des sociétés du groupe sans nier le concept même de groupe et, surtout, son utilité économique recherchée à travers l'autonomie des sociétés. Au total, le groupe met en cause le modèle canonique de la firme et les catégories juridiques élaborées sur la base d'une telle représentation* »[343].

179. En définitive, les notions connues de l'ordre juridique étatique ne permettent pas de saisir le groupe dans sa complexité. Le groupe n'est pas une personne morale et « *ne s'insère dans aucune catégorie juridique connue* »[344]. L'assimilation de l'entreprise à sa structure juridique d'accueil personnifiée conduit à la négation du groupe en droit positif. Seules sont prises en compte les entités juridiquement autonomes du groupe. Le sujet de droit constitue un obstacle à la reconnaissance juridique du groupe. Dans cette perspective, un raisonnement en termes de transparence a pu être proposé comme technique de réception des groupes dans l'ordre juridique.

[341] *Ibid.*, p.66.
[342] *Ibid.*, p.67.
[343] *Ibid.*
[344] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op.cit.*, p.280.

§3. La théorie de la transparence

180. Le groupe représente un terrain d'étude privilégié pour une théorie de la transparence (A) dont un certain nombre d'applications pratiques peuvent être relevées en droit positif, et notamment en droit de l'Union européenne de la concurrence (B).

A. La théorie de la transparence appliquée au groupe

181. Les tempéraments juridiques apportés dans certaines situations au principe de la responsabilité limitée attaché à la personne morale sont interprétés par une partie de la doctrine en termes de transparence. Les phénomènes de transparence désignent les situations dans lesquelles les effets traditionnellement attachés à la personnalité morale semblent altérés, de telle sorte que le point d'imputation de certaines normes juridiques est déplacé : des tiers peuvent atteindre les membres d'un groupement personnifié, en général protégés par le principe de la séparation des patrimoines, et les rendre responsables d'engagements contractés par la personne morale. Interprétés comme le signe d'un affaiblissement de la personnalité morale, ces phénomènes ont inspiré plusieurs théories de la transparence qui, malgré leur diversité, reposent toutes sur une conception relative et fonctionnelle de la personnalité morale. Ces théories[345] proposent d'expliquer l'éviction de tout ou partie des effets de la personnalité morale chaque fois qu'ils heurtent une certaine conception de la justice, voire de l'équité[346]. La théorie de la transparence développée par Charley Hannoun à propos de la réception des groupes de sociétés dans l'ordre juridique retiendra plus particulièrement notre attention.

---

[345] En droit français, la théorie de l'abus de la personnalité morale s'inscrit dans le cadre d'une théorie de la transparence. Ses détracteurs soulignent toutefois l'insuffisance de son fondement et de ses critères. Ainsi, selon M. Germain, « *une solution fondée sur la personnalité morale manque de bases solides et de rigueur : la personnalité morale est tantôt reconnue, tantôt contrainte à s'évanouir, sans qu'aucun critère sérieux permette d'éviter l'arbitraire* » (M. Germain, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, Thèse dactylographiée, Nancy, 1974, n°334). Cette analyse est reprise par Nicolas Mathey selon lequel « *la théorie de la levée du voile social est fort peu juridique. Aucun fondement sûr n'est proposé pour aider le juge. Seules sont avancées des justifications économiques ou morales* » (N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, Paris II, 2001, p.555). Sont également relevés l'absence de consensus doctrinal sur la notion même d'abus et sa santion.

[346] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, *op.cit.*, p.530.

182. Selon Charley Hannoun, la prise en compte par le droit du groupe ne correspond pas tant à un phénomène économique nouveau qu'il appartiendrait au droit de décrire mais à un conflit de normes que le juge doit résoudre. Le conflit entre l'autonomie juridique des entités membres et la reconnaissance du groupe correspond à un conflit entre des intérêts catégoriels en concours et, plus exactement, entre l'intérêt attaché au principe de l'autonomie juridique des entités membres et celui attaché à l'application de la règle de droit substantiellement applicable à la situation de fait du groupe. La solution du conflit de normes dépend, après mise en balance des intérêts concernés, de l'intérêt le plus légitime à protéger. Si celui-ci relève de la norme substantiellement applicable, alors la « réalité sous-jacente » du groupe apparaît par éviction des effets du principe de l'autonomie des personnes morales. « *La notion de groupe n'intervient en définitive que pour (...) déroger au principe d'autonomie des personnes morales* »[347].

183. La reconnaissance du groupe, considéré comme une situation de fait, n'entraîne pas nécessairement d'adaptation de la règle de droit applicable. Sa qualification juridique dépend de la catégorie juridique sur laquelle repose la norme substantiellement applicable[348]. Cette interprétation repose sur de nombreux exemples empruntés à diverses branches du droit. Ainsi, en droit pénal, la norme substantiellement applicable à l'incrimination pour abus de biens sociaux repose sur la catégorie juridique de société. « *Le groupe étant défini à partir de la norme qu'il s'agit d'adapter, il devient cohérent de légitimer des actes conformes à l'intérêt du groupe appréhendé comme une société de sociétés* »[349]. De même, en droit des sociétés, comme la norme substantiellement applicable repose également sur la société, le groupe apparaît alors comme une « *super-société anonyme* »[350] et « *la notion d'intérêt du groupe constitue (...) l'adaptation de la notion d'intérêt social, ce qui permet de rendre matériellement applicable tout le droit des sociétés élaboré pour régir des sociétés fonctionnant isolément* »[351]. En droit du travail, l'auteur s'appuie sur l'arrêt Clin-Midy[352]

---

[347] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.181.

[348] *Ibid*., p.188.

[349] *Ibid*., p.91. Pour étayer son argumentation, Charley Hannoun s'appuie sur la référence à « *l'objet social du groupe* », formule utilisée par le Tribunal Correctionnel de Paris du 16 mai 1974 dans l'affaire Willot (Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, *D.* 1975, 37 ; *RTDcom.*, 1975, p.123, obs. Houin)

[350] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op.cit*., p.228.

[351] *Ibid*., p.229.

[352] Cass. soc., 20 mars 1980, Sté Laboratoires Midy et Sté Clin-Midy c/ Féd. Nat. des Industries de la Pharmacie CGT-FO, n°77-13976, *Dr. soc.* 1980, p.339, note J. Savatier ; *D.* 1980, Jur., p. 256, note Langlois ; *JCP* G 1982, II, 19755, note P. Rodière.

relatif à la détermination de la convention collective applicable aux entreprises d'un groupe, pour « *prétendre que tout ou partie du groupe constitue un établissement distinct rendant applicable la convention collective correspondant à son activité* »[353]. En l'espèce, il s'agissait de savoir si une seule et même convention collective pouvait s'appliquer à l'ensemble des entreprises d'un groupe, y compris à celles exerçant des activités nettement distinctes. La catégorie juridique de référence d'application de la règle de droit visée est l'établissement. La règle de droit applicable devrait donc être, suivant le raisonnement proposé, transposée à la situation de groupe. « *Que ce soit une société unique ou un groupe de sociétés qui se partagent entre activités diverses, la recherche est toujours la même. Si l'ensemble constitue un établissement unique par application des critères de l'établissement distinct, l'ensemble connaîtra d'une convention collective unique. Si au contraire certains éléments – société propre ou subdivision sans personnalité – forment eux-mêmes des établissements distincts, ils seront régis par les conventions collectives correspondant à leur activité propre* »[354]. La situation de fait du groupe est alors juridiquement qualifiée d'entreprise à établissements multiples ou à établissement unique.

184. Le traitement juridique des groupes en droit de l'Union européenne de la concurrence peut être interprété en termes de transparence.

B. L'exemple de l'entreprise en droit de l'Union européenne de la concurrence

185. Il a été établi que la correspondance entre la notion d'entreprise et le sujet de droit qui constitue sa structure juridique d'accueil ne permet pas de saisir une entité économique composée de plusieurs sujets de droit, comme le groupe. Un écart se creuse alors entre la réalité empirique et sa représentation juridique. Pour remédier à cette situation préjudiciable à l'application de ses règles et de ses objectifs, le droit de l'Union européenne de la concurrence a progressivement élaboré une notion d'entreprise autonome de toute référence au sujet de droit.

[353] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*. p.187.
[354] P. Rodière, note sous Cass. soc., 20 mars 1980, *JCP* G 1982, II, 19755, n°5.

186. En droit de l'Union européenne de la concurrence, l'unité de référence est l'entreprise et non la personne juridique qui en est le support. Ainsi, seule l'entreprise peut être l'auteur d'une infraction en cas d'entente ou d'abus de position dominante et non sa structure juridique d'accueil. Le droit de la concurrence a progressivement élaboré une notion originale d'entreprise en abandonnant « *l'identification traditionnelle de la notion d'entreprise avec celle de sujet de droit* ». Il parvient de la sorte à saisir juridiquement l'unité d'organisations économiques composées d'entités juridiquement autonomes comme le groupe. « *L'entreprise n'est plus simplement assimilée à tout sujet de droit, elle devient une notion originale qui va dans ces décisions coïncider avec l'entité économique du groupe de sociétés* »[355]. Ainsi, selon la Cour de Justice de l'Union européenne, « *la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales* »[356]. L'approche retenue de la notion d'entreprise est suffisamment extensive pour permettre de qualifier le groupe d'entreprise[357]. Cette qualification s'explique au regard de l'enjeu du problème posé à cette branche du droit par les groupes.

187. L'objectif du droit de l'Union européenne de la concurrence consiste à préserver la concurrence entre les entreprises opérant sur le marché, en prohibant certaines pratiques contraires à la concurrence comme les ententes ou l'abus de position dominante. La concurrence de marché est en effet considérée, avec le processus de concentration des activités économiques, comme un facteur essentiel de développement économique. Mais, aux yeux de certains industriels européens, une contradiction pouvait naître entre le fait d'encourager le mouvement de concentration des activités économique dont la constitution des groupes est une manifestation, et la prohibition des ententes pouvant s'appliquer aux accords intra-groupes. Conscientes de ce problème, les autorités communautaires ont considéré que « *le seul moyen de permettre de satisfaire aux objectifs de la politique*

[355] O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence, op. cit.*, p.111.

[356] CJCE, 12 juillet 1984, Hydrotherm Gerätebau, aff. 170/83, Rec. CJCE, p.2999.

[357] L. Arcelin-Lécuyer, « L'entreprise et le groupe de sociétés en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique », Revue Lamy Droit des Affaires 2010, n°48, p.57. La Cour de Justice de l'Union européenne définit l'entreprise comme « *une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé* » (CJCE, 22 mars 1961, Aff. 42 et 49-59, SNUPAT c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Rec. CJCE, p.101 ; CJCE, 13 juillet 1962, Mannesmann AG, aff. 19/61, Rec. CJCE, p. 677). La qualification d'entreprise implique nécessairement l'exercice d'une activité économique exercée en toute autonomie, et quelle que soit la forme juridique à travers laquelle cette activité s'exerce (CJCE, 23 avril 1991, K. Höfner, aff. C-41/90, Rec. CJCE, p. I-1979 ; *RJS* 1991, p.474).

économique de la CEE en n'entravant pas le processus de concentration par une très lourde menace a été de considérer le groupe de sociétés comme une entreprise unique et d'empêcher ainsi radicalement la mise en œuvre de l'article 85[358] *à son égard* »[359].

188. La reconnaissance de l'unité du groupe en droit de l'Union européenne de la concurrence s'est faite progressivement, sous l'impulsion de la Commission suivie par la Cour de Justice des Communautés Européennes[360]. Deux décisions de la Commission, Christiani & Nielsen[361] et Kodak[362], ont écarté l'application de l'article 101 du Traité aux accords intra-groupes. Ces décisions sont justifiées par la reconnaissance de la réalité économique du groupe considéré comme une entreprise unique. Ainsi, dans la décision Christiani & Nielsen, la Commission a pu décider que « *la répartition des marchés, prévue par l'accord, n'est en définitive qu'une répartition des tâches à l'intérieur d'une même entité économique, que l'on ne saurait exiger en l'espèce qu'une partie de cette entité, fût-elle dotée de la personnalité juridique, entre en concurrence avec la société mère* »[363]. « *Privées d'indépendance économique parce qu'elles sont dans la dépendance exclusive et complète de leur société mère, des filiales ne peuvent pas dans ces conditions être des sujets propres du droit de la concurrence (...) La Commission méconnaît la personnalité juridique distincte des filiales. Leur indépendance juridique est ignorée parce que purement formelle et sans contenu réel. Ces sociétés sont traitées comme des succursales, incapables de volonté propre* »[364]. Dans une décision Zoja[365], la Commission adopte la même approche unitaire du groupe pour l'application de l'article 102 relatif à l'abus de position dominante, tout en apportant certaines précisions. Elle décide en effet qu' « *il convient de traiter les sociétés CSC et ICI comme ne formant, dans leurs relations avec Zoja, et aux fins de l'application de l'article 86, qu'une seule et même entreprise ou entité économique* ». La portée de cette décision est doublement limitée puisque le groupe n'est qualifié d'entreprise unique qu'en ce qui concerne ses

[358] Actuellement l'article 81 du Traité.
[359] O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, *op.cit*. p.150.
[360] Devenue depuis le 1er octobre 2009 la Cour de Justice de l'Union Européenne.
[361] Com., 18 juin 1969, *JOCE*, n°L 165/12 du 5 juillet 1969.
[362] Com., 30 juin 1970, *JOCE*, n°L 147/24 du 7 juillet 1970.
[363] La décision de la Commission du 18 juin 1969, Christiani & Nielsen a été confirmée par un arrêt de la CJCE du 25 novembre 1972, Béguelin, aff. 22/71, Rec. CJCE, 1971, 949. La Cour affirme à son tour le principe de la non-application de l'article 85 aux relations entre sociétés appartenant à un même groupe étroitement intégré. La Cour précise que « *les rapports entre deux sociétés dont l'une ne jouit d'aucune autonomie économique vis-à-vis de l'autre ne peuvent être pris en considération pour apprécier la validité d'un accord de concession exclusive passé entre la filiale et un tiers* ».
[364] O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, *op.cit*., p.99.
[365] Com., 14 décembre 1972, *JOCE*, n° L 299/51 du 31 décembre 1972.

relations avec Zoja d'une part et pour l'application d'une disposition bien précise du traité d'autre part. « *Il est donc possible d'imaginer d'autres situations, en vue d'autres fins, où ce groupe de sociétés serait éventuellement traité comme une pluralité d'entreprises* »[366].

189. En bref, le droit de l'Union européenne de la concurrence admet que, dans un certain contexte, un groupe d'entreprises soit qualifié d'entreprise unique. L'approche extensive et originale de la notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence se justifie au regard de sa finalité. « *Le but visé par l'adoption d'une notion originale d'entreprise est avant tout de permettre, dans le respect des finalités du Traité, une application plus réaliste des règles de concurrence* » [367] « *L'interprète des règles de concurrence ne voit (...) qu'un ensemble économique composé de plusieurs sujets de droit, face auxquels il se demande s'il faut estimer qu'il y a unité ou pluralité d'« entreprises* »[368].

190. La théorie de la transparence a pu être présentée comme le moyen de transposer au niveau du groupe des solutions applicables à l'entreprise ou à la société. Malgré l'intérêt pratique d'un tel raisonnement et des applications concrètes, le droit positif, attaché au principe de l'autonomie juridique de la personne morale, ne s'est pas totalement engagé dans cette voie.

191. **En conclusion**, les difficultés de traduction juridique des groupes dans l'ordre juridique étatique fournissent une bonne illustration des relations entre le droit et l'économie. Sans remettre en cause leur part d'autonomie respective, il est évident que ces deux pans de l'activité sociale interagissent. La transformation de l'une affectera nécessairement celle de l'autre, et *vice versa*. Ainsi, l'évolution des contraintes économiques a poussé les acteurs économiques à s'adapter en créant de nouvelles formes d'organisations économiques en marge des notions juridiques existantes. Le groupe est le produit de cette adaptation. Cette organisation économique composée de plusieurs entités juridiquement autonomes mais unies entre elles par des liens de droit de natures diverses et soumises à une même unité de décision économique, s'apparente à un « casse-tête » pour l'ordre juridique étatique, en général, et le droit du travail, en particulier. Aucune des notions juridiques existantes ne semble être en mesure de traduire juridiquement cette forme d'organisation : l'ordre juridique étatique se

[366] O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, *op.cit*. p.109.
[367] *Ibid*., p.177.
[368] *Ibid.*, p.134.

révèle alors incapable de réglementer cette forme d'organisation et de garantir en son sein la pertinence des droits individuels et collectifs des salariés.

Le recours à la théorie de la réception a en effet permis de préciser la source de l'inadaptation des notions juridiques, et d'en mesurer les conséquences sur l'application du droit du travail. Le principal facteur de turbulence est lié à une articulation paradoxale de l'unité et de l'altérité. Le principe de l'autonomie juridique des personnes morales est étroitement associé à une unité de gouvernance placée au niveau du groupe. Par une application stricte du principe de l'autonomie juridique, le droit étatique fait prévaloir l'altérité, c'est-à-dire l'individualité propre à chaque personne morale ; mais elle masque corrélativement l'unité du groupe.

L'association de l'unité économique du groupe et de la pluralité juridique de ses membres pose à l'ordre juridique étatique un véritable problème de traduction juridique. Quelle que soit l'alternative retenue, aucune n'est satisfaisante. Soit l'ordre juridique étatique s'en tient à une application stricte du principe de l'autonomie juridique des entités du groupe et le groupe n'existe pas juridiquement ; soit il privilégie une approche unitaire du groupe, l'entité-groupe est dans ce cas reconnue mais au prix de la disparition de la personnalité juridique des entités du groupe. Dans toutes les hypothèses, un décalage se creuse entre la réalité économique du groupe et sa représentation (ou son absence de représentation) juridique, ce qui fragilise les droits des salariés. Les propositions doctrinales favorables à une approche unitaire du groupe, qu'il s'agisse de celles visant la personnification du groupe, ou à rechercher une catégorie juridique permettant de qualifier juridiquement le groupe ou encore des théories de la transparence n'ont pas convaincu. Le droit positif privilégie en effet une application stricte du principe de l'autonomie juridique des entités du groupe, favorisant ainsi *de facto* la stratégie de limitation de responsabilité des groupes, au détriment des salariés.

192. Face à l'incapacité des notions juridiques existantes à saisir juridiquement le groupe, le droit du travail a amorcé, à son tour, une évolution en redéfinissant le contour des notions d'entreprise et d'employeur.

Chapitre 2
L'aménagement insuffisant des notions juridiques du droit du travail

193. En l'absence de notion juridique adéquate, le groupe est un phénomène économique juridiquement indifférent. Or, l'enjeu est de garantir la pertinence des règles de droit du travail protectrices des intérêts des salariés. Si l'opération de réception qui réalise le passage du fait au droit[369] ne peut se faire par les notions existantes, une évolution de ces notions est néanmoins envisageable[370]. Une telle possibilité témoigne d'une certaine souplesse afin que « *le système juridique puisse absorber les évolutions du milieu social et de l'ordre juridique. A cet égard, la capacité d'absorption de phénomènes nouveaux par les catégories juridiques existantes est liée à leur définition qui ne peut être ni trop imprécise, ni trop rigide* »[371]. Ainsi, une évolution des notions d'entreprise (Section 1) et d'employeur (Section 2) s'est progressivement dessinée puis confirmée en droit du travail, et peut être interprétée comme une tentative de réception du groupe en droit du travail.

Section 1. L'aménagement de la notion d'entreprise en droit du travail

194. La notion d'entreprise constitue la référence en droit des relations collectives du travail et le cadre d'application de nombreuses dispositions de droit des relations individuelles du travail. Conformément au modèle unitaire de l'entreprise, celle-ci recoupe généralement les frontières de sa structure juridique d'accueil personnifiée. Dans le cadre d'un groupe, cette conception de l'entreprise a notamment pour effet d'entraîner un éclatement du statut collectif des salariés du groupe, un affaiblissement des institutions représentatives du personnel et de la négociation collective d'entreprise. Aussi, la consécration de l'unité économique et sociale

[369] Ch. Hannoun, *Le groupe de sociétés et le droit*, *op. cit.*, p. 172.

[370] S. Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2002, p. 145. « *Un ordre, quoique non reconnu par un autre, par exemple par l'ordre étatique, comme système indépendant de droit objectif, peut toutefois être considéré comme un fait licite et trouver place, dans une certaine mesure, dans quelqu'une des catégories entre lesquelles il répartit les faits sous son empire. Dans cette hypothèse, ce qui, considéré en soi et pour soi, est bien un ordre objectif, se mue, vu d'un autre ordre, en quelque chose de substantiellement différent* »[370].

[371] J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p.128.

(§1) marque une évolution sensible de la notion d'entreprise en droit du travail, qui lui permet, non sans de sérieuses limites, de qualifier juridiquement le groupe d'entreprise (§2).

§1. L'unité économique et sociale

195. L'unité économique et sociale est une construction originale du droit du travail (A), qui peut être considérée, dans la limite des domaines où elle s'applique, comme l'entreprise au sens du droit du travail (B).

A. Une construction originale du droit du travail

196. Lorsque les critères de l'unité économique et sociale (2) sont réunis, sa reconnaissance consacre la dissociation des notions d'entreprise et de sujet de droit (1) en droit du travail.

1. La dissociation de l'entreprise et du sujet de droit

197. La pertinence d'une construction juridique des relations de travail reposant sur la concordance entre l'entreprise et sa structure juridique d'accueil s'évanouit face au constat de l'éclatement de la collectivité de travail. Il convient dès lors de rechercher « *les formes juridiques permettant l'expression de la collectivité, indépendamment de la structure juridique de l'entreprise* »[372]. Dans cette perspective, la notion d'unité économique et sociale apporte en droit du travail un certain nombre de solutions aux problèmes juridiques posés par l'appartenance d'une entreprise à un groupe[373]. En dissociant l'entreprise du sujet de droit, elle révèle l'existence d'une collectivité de travail là où l'utilisation des techniques sociétaires tend à la désagréger. Autrement dit, il n'existe plus nécessairement autant d'entreprises que

[372] J. Magaud, « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », article précité, p.529.

[373] Voir notamment en ce sens : G. Picca, « Sur la notion d'unité économique et sociale », *Dr. soc.* 1985, p.541 ; J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, Paris, La Documentation Française, 1982 : « *La multiplication des groupes de sociétés au sein desquels les travailleurs ne sont pas représentés et au niveau desquels se prennent les décisions les plus importantes, le recours de plus en plus répandu à des formes de travail précaire qui désagrègent l'unité de l'entreprise ont créé une situation nouvelle (...) il faut donc sortir de l'ambiguïté et dans le respect des responsabilités respectives des unes et des autres, aménager les relations au sein de l'entreprise de telle manière qu'une meilleure combinaison des données économiques et des impératifs sociaux et humains soit assurée* ».

d'entités juridiquement distinctes. L'arrêt fondateur consacrant l'unité économique et sociale affirme sans ambiguïté que plusieurs personnes morales, malgré leur existence juridique propre, ne constituent pas nécessairement des entreprises distinctes au regard du droit du travail[374]. Ainsi entendue, l'entreprise s'émancipe de sa structure juridique d'accueil : le principe de l'équation « une entreprise, un sujet de droit » est battu en brèche. Si les notions d'entreprise et de sujet de droit peuvent correspondre, elles ne se recoupent plus nécessairement en droit du travail.

198. Selon l'article L. 2322-4 du Code du travail[375], une unité économique et sociale n'existe qu'entre des « *entreprises juridiquement distinctes* ». Cette formulation malheureuse du législateur[376], l'entreprise n'ayant pas la personnalité juridique[377], ne rend pas exactement compte de la réalité de l'unité économique et sociale qui ne peut être à la fois composée d'entreprises, qui plus est juridiquement distinctes, et être l'entreprise en droit du travail. « *La loi fait référence aux entreprises que l'UES regroupe, ce qui peut être source de confusion : si l'UES est l'entreprise au sens social, elle ne peut être composée d'entreprises ; l'entreprise qui entre dans l'UES est donc prise dans sa forme juridique (...) L'UES, elle, fait abstraction de la forme juridique des entreprises qui la composent* »[378]. La jurisprudence a apporté un certain nombre de corrections terminologiques plus adéquates. Dans un arrêt du 3 juillet 1985[379], la Cour de cassation avait déjà désigné les éléments composant l'unité économique et sociale de « *personnes morales juridiquement distinctes* ». L'unité économique et sociale peut se composer de personnes morales aux formes juridiques variées pourvu qu'elles soient juridiquement distinctes. La forme sociétaire est certes la plus répandue mais n'est pas la seule visée par l'article L. 2321-1 du Code du travail relatif au champ d'application de la législation sur les comités d'entreprise[380]. Si la terminologie employée par la Cour de cassation est *« plus satisfaisante que celle figurant dans la loi* »[381], elle ne l'est pas encore

[374] Cass. crim., 23 avril 1970, n°68-91333, *Bull. crim.*, n°144, p.335.

[375] Ancien article L.431-1, alinéa 6 du Code du travail. Cet article est relatif à la mise en place d'un comité d'entreprise commun dans la cadre d'une unité économique et sociale.

[376] R. Rodière évoque « *une maladresse voire une erreur juridique dans la rédaction* », in « L'adaptation du comité d'entreprise aux structures de l'entreprise », *Dr. soc.* juin 1983, p.361.

[377] M. Cohen, « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *RJS* 3/01, p.185s.

[378] B. Boubli, « L'unité économique et sociale à l'époque des voeux. Etat des lieux et souhaits de réforme (I) », *Sem. soc. Lamy* 16 février 2004, n°7.

[379] Cass. soc., 3 juillet 1985, n°85-60060, *Dr. soc.* 1986, p.12.

[380] Ancien article L.431-1, alinéa 1, 4 et 5 du Code du travail. A propos d'une unité économique et sociale composée d'associations, voir Cass. soc., 27 mars 1985, *Dr. soc.* 1986, p.18. G. Picca, « Sur la notion d'unité économique et sociale. Conclusions de l'avocat général », *Dr. soc.* 1985, p.540-544.

[381] J. Savatier, « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1986, p.12.

pleinement. Il n'est en effet pas totalement exclu qu'une personne physique soit incluse dans une unité économique et sociale[382]. Aussi, la Cour de cassation opte-t-elle désormais pour les expressions de « *groupe de personnes morales ou physiques* »[383], d'« *entités juridiquement distinctes* »[384] ou encore de « *personnes juridiquement distinctes* »[385]. Ces précisions terminologiques permettent de distinguer l'unité économique et sociale des entités qui la composent.

199. La reconnaissance de l'unité économique et sociale est interprétée par certains auteurs comme un phénomène de transparence. « *Le concept d'unité économique et sociale, défini comme une confusion homogène impliquant des solidarités économiques et sociales étroites, est sous-tendu par l'idée de « transparence »*»[386]. C'est par la formation d'une notion propre au droit du travail que la contradiction de l'unité d'entreprise et du principe de l'autonomie juridique de la personne morale parvient à être surmontée. « *La dissociation des notions de personne morale au sens du droit commercial et d'entreprise au sens du droit du travail, permet, en définitive, aux tribunaux de lever la contradiction, irréductible d'un point de vue logique, entre les dispositifs de deux règles* »[387].

200. Indifférent à la forme juridique de l'entreprise, le droit du travail admet qu'une unité économique et sociale puisse se composer d'une pluralité d'entités juridiquement distinctes[388]. Encore faut-il que les critères de l'unité économique et sociale soient réunis.

---

[382] Coeuret (Alain), « Rapport – Unité économique et sociale – les Hespérides », *RJS* 7-8/00, p.529.
[383] Cass. soc., 16 octobre 2001, n°99-44037, *Bull. civ.* V, n°324.
[384] Cass. soc., 23 mai 2000, n°99-60006, 99-60008 et 99-60012.
[385] Cass. soc., 15 mai 2001, n°00-60048 ; Cass. soc., 30 mai 2001, n°99-60535 ; Cass. soc., 7 mai 2002, n°00-60424, Vivendi.
[386] AG. Bélier, « Mise en place et attribution du comité de groupe : de l'UES à la directive Vredeling », *Dr. soc.* 1983, p.440.
Contra : N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, Paris II, 2001, p.552.
[387] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.198.
[388] Cass. soc., 3 juillet 1985, n°85-60060, *Dr. soc.* 1986, p.12.

2. Les critères de l'unité économique et sociale

201. A l'origine, la seule constatation de la fraude suffisait au juge pour reconnaître l'unité économique et sociale, sans que la réunion de critères spécifiques n'ait à être constatée[389]. Puis, la Chambre sociale a reconnu l'existence d'une unité économique et sociale même en l'absence de fraude[390], ce qui l'a conduite à préciser les critères de la notion. La Chambre sociale identifie bien distinctement deux critères cumulatifs : l'unité économique (1°) et l'unité sociale (2°).

a) L'existence d'une unité économique

202. L'unité économique suppose de caractériser d'une part l'unité d'un pouvoir de direction et d'une part l'existence d'activités identiques, similaires ou complémentaires.

203. L'identification d'une unité de pouvoir de direction tend à rétablir une correspondance entre une autorité unique et une communauté de travailleurs sur laquelle elle s'exerce[391]. L'unité économique et sociale « *vise à saisir l'unité du pouvoir, ce qui exclut les entités soumises à un autre pôle de décision* »[392]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'absence d'unité économique entre une société et un établissement d'une autre société[393]. Pour la Cour de cassation, « *il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes, prises dans*

---

[389] Cass. soc., 23 avril 1985, *Dr. soc.* 1986, p.19. Selon la Chambre sociale, « *le tribunal d'instance ayant caractérisé la fraude par le fait de laquelle des entreprises juridiquement distinctes n'étaient que des fictions destinées à masquer la réalité d'une entreprise unique, il n'était pas tenu de spécifier chacun des éléments constitutifs de celle-ci* ».

[390] Cass. soc., 31 mars 1977, n°76-60262, *Bull. civ.* V, n°246 ; « *même en l'absence de fraude il y a lieu à élection d'un comité d'entreprise commun à toutes les personnes morales constituant une unité économique et sociale* ».

[391] J. Savatier, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et soiale », *Dr. soc.* 1997, p.349. « *Dans le cas de l'UES, on s'attache à l'existence d'une communauté de travailleurs soumis en fait à une même autorité exerçant à leur égard un pouvoir de direction* ». Egalement en ce sens : A. Coeuret, « Rapport – Cass. soc., 23 mai 2000, les Hespérides » article précité, p.537. « *L'entreprise qu'elle* (l'unité économique et sociale) *ne fait que redécouvrir suppose une cohérence institutionnelle, entendue comme la présence, face à la communauté des travailleurs, d'un seul pouvoir de direction, normatif et disciplinaire, sans laquelle les IRP concernées ne disposeraient pas d'un unique interlocuteur répondant à la manière dont sont définies leurs attributions et qui va même, dans la conception française des comités, jusqu'à être un élément constitutif* ».

[392] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse Paris X-Nanterre, 2004, p.163.

[393] Cass. soc., 21 novembre 1990, n°s 89-61217 et 89-61218, *RJS* 1/91, n°44, *Bull. civ.* V, n°578 ; Cass. soc., 13 janvier 1999, n°97-60782, *Bull. civ.* V, n°20.

l'ensemble de leurs établissements et de leur personnel »[394]. Il s'agit de constater l'existence d'un pouvoir de direction unique effectif et stable afin que l'existence de l'unité économique et sociale ne soit pas trop facilement remise en cause[395]. Un « *pouvoir de direction unique* »[396] ou encore la « *concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction* »[397] est recherchée. Pour caractériser l'unité du pouvoir de direction, les juges du fond s'attachent notamment à relever l'identité de gérant[398], l'exercice par une même personne physique de mandats sociaux, ou encore, en l'absence d'identité de dirigeants, la concentration du pouvoir entre les mains des administrateurs et cadres de l'une des sociétés[399]. La Cour de cassation[400] a récemment précisé que la détention de mandats sociaux n'est pas le seul moyen de caractériser une concentration des pouvoirs de direction. « *Il peut y avoir d'autres formes de concentration, en particulier comme en l'espèce, la direction de fait, par une même personne physique, de plusieurs unités de travail rattachées à des entités juridiquement distinctes* »[401].

204. L'existence d'un pouvoir de direction unique ne suffit pas à elle seule à caractériser l'unité économique ; encore faut-il que les entités juridiquement distinctes aient des activités identiques ou complémentaires. L'identité d'activités s'inscrit dans la perspective originelle d'une division artificielle de l'entreprise en plusieurs entités juridiquement distinctes. L'élargissement du critère de l'identité vers la complémentarité des activités témoigne de la volonté des juges d'inclure dans la qualification juridique d'unité économique et sociale des

---

[394] Cass. soc., 7 mai 2002, n°00-60424, *Dr. soc.* 2002, p.719. J. Savatier, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés (à propos de l'arrêt Vivendi du 7 mai 2002), article précité, p.716.

[395] Cass. soc., 23 mai 2000, n°s 99-06.006, 99-60.007, 99-60.008 et 99-60.012, « les Hespérides », *Dr. soc.* 2000, p.856 ; P. Lyon-Caen, « Peut-il exister une unité économique et sociale entre syndicats de copropriétaires ? Conclusions de l'avocat général », *Dr. soc.* 2000, p.852s ; A. Coeuret, « Rapport – Unité économique et social. Cass. soc., 23 mai 2000, les Hespérides », article précité, p.529s.

Selon cet arrêt, « *le fait que les différents syndicats de co-propriétaires restent libres de désigner de nouveaux syndics s'oppose à la reconnaissance de l'unité économique* ». En l'espèce, des syndicats de copropriétaires fournissent aux occupants des résidences des services gérés par le même syndic. Ces services, divers et nombreux, sont assurés par des salariés employés en nombre. Le syndic est la mandataire contractuel des différents syndicats de copropriétaires. L'article 31 d'un décret du 17 mars 1967 charge le syndic de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, le syndic ayant les pouvoirs d'engager, de licencier et de fixer les conditions de travail du personnel du syndicat. S'il y a bien concentration du pouvoir de direction entre les mains du syndic, force est de constater que ce pouvoir est bien précaire, le syndic pouvant être à tout moment désinvestit de son mandat par les syndicats de copropriétaires, au profit d'un autre syndic. Dans ce contexte, la reconnaissance d'une unité économique et sociale risque d'être remise en cause facilement ce qui est susceptible de générer nombre de problèmes pratiques.

[396] Cass. soc., 15 mai 2001, n°00-60048, *Dr. soc.* 2001, p.777, obs. J. Savatier.

[397] Cass. soc., 3 mars 1988, n°86-60507, *Bull. civ.* V, 164.

[398] Cass. soc., 23 septembre 2009, n°08-60521, Légifrance, inédit.

[399] Cass. soc., 28 juin 2006, n°05-60326, Légifrance, inédit.

[400] Cass. soc., 4 mars 2009, n°08-60497, *RJS* 5/09, n°448.

[401] A. Coeuret, « Du nouveau sur la reconnaissance de l'unité économique et sociale ? », *RJS* 10/09, p.671.

groupes détenant tout ou partie d'une chaîne de production regroupant des activités distinctes mais complémentaires.

Une fois l'unité économique établie, une unité sociale doit être identifiée.

b) L'existence d'une unité sociale

205. L'unité sociale suppose la constatation d'une communauté de travailleurs au statut social identique. Les indices de l'unité sociale peuvent être multiples mais doivent révéler une identité d'intérêts ou de problèmes communs. Sont fréquemment relevés la similarité des conditions de travail, la soumission à un même règlement intérieur ou à une convention collective identique ou similaire, un même mode de calcul de la rémunération des salariés, l'application d'un accord de participation identique, la mise à disposition de services sociaux communs (cantines, infirmerie, médecine du travail…), voire même l'existence de conflits sociaux communs aux salariés des entités concernées[402]. La permutabilité ou l'interchangeabilité du personnel est un indice fort de l'existence d'une unité sociale, à condition toutefois de ne pas être ponctuelle et de s'inscrire dans une politique sociale plus globale de gestion du personnel commune aux entités en cause[403]. « *Les travailleurs du groupe forment du fait qu'ils sont tous dans une situation semblable une communauté sociale qui est aussi réelle que la communauté des dirigeants et des entreprises qui les emploient. La conjonction de ces deux communautés permet de considérer en ce qui concerne le droit du travail le groupe comme une entreprise unique dans laquelle tous les travailleurs doivent avoir des représentants communs pour la défense de leurs intérêts* »[404].

206. Affirmer que l'unité économique et sociale marque l'émergence d'une notion d'entreprise dissociée du sujet de droit, revient à considérer l'unité économique et sociale comme l'entreprise au sens du droit du travail. Il convient toutefois de prendre la mesure de cette interprétation (B).

[402] Cass. soc., 5 décembre 2000, n°99-60397, *RJS* 2/01, n°213, p.143.
[403] *Ibid.*
[404] R. de Lestang, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* avril 1979, n°4, p.13.

B. L'entreprise au sens du droit du travail (?)

207. L'application à l'unité économique et sociale du régime juridique attaché à l'entreprise pour certaines dispositions relatives aux relations collectives du travail contribue à faire de l'unité économique et sociale l'entreprise au sens du droit du travail (1). Il ne saurait toutefois être question d'étendre de manière systématique l'ensemble des dispositions applicables dans l'entreprise à l'unité économique et sociale, ce qui conduit à relativiser l'idée d'unité économique et sociale, entreprise au sens du droit du travail (2).

1. L'application du régime juridique attaché à l'entreprise

208. L'application du régime juridique de l'entreprise à l'unité économique et sociale pourrait être interprétée comme une application de la technique de l'assimilation, « *procédé législatif consistant à soumettre deux éléments distincts au même régime juridique, en faisant abstraction de leurs différences* »[405]. En réalité, la jurisprudence affirme expressément que l'unité économique et sociale constitue l'entreprise en droit du travail[406], ce qui lui permet de justifier de l'application du régime juridique de l'entreprise notamment en matière de représentation collective. En ce sens, il n'y a pas de technique d'assimilation mais reconnaissance d'une forme particulière d'entreprise relevant de la catégorie juridique d'entreprise.

209. La reconnaissance de l'unité économique et sociale permet de mettre en place à ce niveau les instances de représentation collective des salariés spécifiques à l'entreprise[407].

---

[405] G. Cornu, *Droit civil – Introduction Les personnes Les biens*, 7e éd., Montchrestien, Paris, 1995, p. 84. Selon Gérard Cornu, « *l'assimilation est une fiction lorsque la non-différenciation est obtenue par la confusion des deux catégories juridiques initiales. Mais, le plus souvent, l'assimilation se distingue de la fiction parce que, maintenant la distinction des catégories (sans dénaturer l'une en la ramenant à l'autre), elle se borne à étendre à l'une tout ou partie du régime juridique de la catégorie de rattachement : elle est alors uniformisation totale ou partielle de régime, sans identification de nature ; assimilation quant aux conséquences juridiques (et souvent limitée, sous tel ou tel rapports, à l'application d'une règle spécifiée)* ».

[406] Cass. soc., 16 octobre 2001, n°99-44037, *Bull. civ.* V, n°324 : « *Lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas, en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe* ».

[407] La mise en place et le fonctionnement des institutions représentatives du personnel au niveau de l'unité économique et sociale nécessitent toutefois quelques aménagements, leurs règles n'étant pas adaptées à une

D'origine prétorienne, la notion d'unité économique et sociale concerne aussi bien le comité d'entreprise, que le délégué du personnel ou encore la désignation d'un délégué syndical. En ne visant que la mise en place d'un comité d'entreprise commun, la consécration légale de l'unité économique et sociale par la loi du 28 octobre 1982, à l'ancien article L. 431-1, alinéa 6 du Code du travail[408], a pu un temps semer le doute. Mais, vraisemblablement, tel n'était pas l'intention du législateur. Selon la circulaire ministérielle du 25 octobre 1983, « *on ne peut (...) pas interpréter le silence de la loi concernant les deux autres institutions comme remettant en cause la jurisprudence traditionnelle selon laquelle peut exister une unité économique et sociale pour la désignation des délégués syndicaux ou l'élection des délégués du personnel* ». Aussi, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence relative à la mise en place, dans le cadre d'une unité économique et sociale, de délégués syndicaux[409] et de délégués du personnel[410]. L'unité économique et sociale relève bien du régime juridique de l'entreprise pour la mise en place des institutions représentatives du personnel.

210. Progressivement, tout en demeurant dans le champ des relations collectives du travail, le régime juridique de l'entreprise applicable dans le cadre de l'unité économique et sociale s'est étendu à d'autres domaines que celui des institutions représentatives du personnel *stricto sensu*. Les références légales à l'unité économique et sociale se sont multipliées dans des domaines aussi variés que l'épargne salariale[411], la médecine du travail[412], les licenciements

---

entité composée d'une pluralité de personnes juridiques distinctes. J. Daniel et A. Teissier, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », *JCP* S 2006, n°40, 1774, p.12, spécialement p.20s.

[408] Article L.2322-4 du Code du travail.

[409] Cass. soc., 3 juillet 1985, n°85-60060, *Dr. soc.* 1986, p.18 : « *Malgré le silence de la loi à cet égard, la notion d'unité économique et sociale de personnes morales juridiquement distinctes s'applique en matière de désignation de délégués syndicaux* ». Cass. soc., 7 janvier 1998, *Liaisons Sociales*, Jurisp. soc. Act., n° 7798 du 27 janvier 1998 : Le fait que les sociétés qui composent l'unité économique et sociale n'aient pas toutes des sections syndicales n'affecte pas la validité de la désignation d'un délégué syndical.

[410] Cass. soc., 3 juillet 1985, n°85-60060, *Bull. civ.* V, n°401 ; Cass. soc., 12 décembre 1990, n°89-61198, *Bull. civ.* V, n°664.

[411] Article L.3322-2 du Code du travail (ancien article L.442-1, alinéas 1 et 3) : « *Les entreprises employant habituellement cinquante salariés et plus garantissent le droit de leurs salariés à participer aux résultats de l'entreprise. Il en va de même pour les entreprises constituant une unité économique et sociale de cinquante salariés et plus reconnue dans les conditions prévues à l'Article L2322-4. La base, les modalités de calcul, ainsi que les modalités d'affectation et de gestion de la participation sont fixées par accord dans les conditions prévues par le présent titre* ».

[412] Article D.4622-13 du Code du travail (ancien article R.241-6 du Code du travail) : « *Lorsqu'une unité économique et sociale a été reconnue entre des entreprises distinctes dans les conditions prévues à l'article L. 2322-4 et que, soit l'effectif de salariés suivis, soit le nombre d'examens médicaux pratiqués dépasse la moitié des plafonds mentionnés aux articles R.4623-9 et R.4623-10, un service de santé au travail commun à ces entreprises peut être créé. Ce service est institué par un accord conclu entre les employeurs et les organisations syndicales représentatives au niveau national intéressées* ».

collectifs pour motif économique[413] ou encore la négociation collective[414]. Dans le silence du législateur, la jurisprudence s'est attachée à déterminer et pérenniser les critères de l'unité économique et sociale, sans jamais s'engager, sauf exception, dans une entreprise d'extension de la notion à des situations autres que celles visées par la loi[415]. La jurisprudence participe toutefois au mouvement amorcé par le législateur. Ainsi, dans un arrêt du 2 juin 2004[416], la Cour de cassation admet la possibilité de reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale indépendamment d'une demande tendant à la mise en place d'une institution représentative. La notion d'unité économique et sociale déborde la seule question de l'implantation des institutions représentatives du personnel. Dans le même esprit, un arrêt de la Chambre sociale du 16 octobre 2001[417] étend le périmètre de réintégration d'un salarié protégé au périmètre de l'unité économique et sociale, la prise en compte de l'unité économique et sociale se justifiant ici par l'atteinte causée au droit de la représentation collective des salariés, exercé à ce niveau.

211. Toutes ces dispositions visent à renforcer le statut collectif des salariés. L'unité économique et sociale devient une technique d'organisation des relations collectives de travail qui se généralise par application du régime juridique de l'entreprise. Elle s'affirme la même occasion comme l'entreprise au sens du droit du travail.

---

[413] Article L.1235-10 du Code du travail (ancien article L.321-4-1, alinéa 11, issu de la loi de Modernisation Sociale du 17 janvier 2002) : « *La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe* ».

[414] Circ. DRT 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, fiche n°5, pt 1, *JO* 31 octobre 2004, p.18472. « *les accords collectifs négociés et conclu, au sein d'une unité économique et sociale reconnue, par les organisations syndicales représentatives ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical dans ce cadre, sont soumis au régime des conventions et accords d'entreprise, ainsi qu'à leurs conditions de validité* ».

NB : les anciens articles L.442-1 (article L.3322-2) et R. 241-6 (D.4622-13) du Code du travail prévoyaient déjà la possibilité de conclure un accord collectif au niveau de l'unité économique et sociale, mais il ne s'agissait pas d'une reconnaissance générale. De plus, antérieurement à la consécration légale d'un droit général à la négociation collective d'unité économique et sociale, la jurisprudence ne semblait pas s'y opposer. Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-47010, *Dr. soc.* 2004, p.212, obs. J. Savatier : « e*n l'absence d'accords collectifs communs aux différentes sociétés, composant l'unité économique et sociale, les accords propres à chacune d'elles conservent leur champ d'application respectif* ».

[415] Voir toutefois, Cass. soc., 16 octobre 2001, n°99-44037, *Bull. civ.* V, n°324, p.260 relatif à l'extension du périmètre de réintégration d'un salarié protégé au périmètre de l'unité économique et sociale en dehors de toute référence légale ; A rapprocher de Cass. soc., 4 mars 1998, *RJS* 4/98, n°495 selon lequel l'obligation de reclassement des membres du comité d'entreprise commun s'impose à toutes les entreprises composant l'UES.

[416] Cass. soc., 2 juin 2004, n°03-60135, *Bull. civ.* V, n°157, *Dr. soc.* 2004, p.913, note J. Savatier.

[417] Cass. soc., 16 octobre 2001, n°99-44037, *Bull. Civ. V*, n°324; *RJS* 12/01, n°1446, p.969.

212. L'abandon par la Cour de cassation, malgré quelques hésitations[418], d'une approche relative et fonctionnelle[419] au profit d'une approche objective de l'unité économique et sociale a également été interprété par certains auteurs comme la volonté affichée de faire de l'unité économique et sociale l'entreprise au sens du droit du travail. Par un arrêt du 13 juillet 2004, la Cour de cassation admet en effet que « *la notion d'UES n'est pas relative* » et en conclut que « *sa reconnaissance par le juge selon des critères propres indépendants de la finalité des institutions représentatives comprises dans son périmètre, même si elle modifie nécessairement la configuration des institutions existantes, n'implique pas du juge une appréciation de l'opportunité de la demande présentée par un syndicat représentatif* »[420]. Désormais, le périmètre de l'unité économique et sociale n'est plus défini en fonction de la finalité des institutions représentatives du personnel, mais selon une appréciation objective des critères, identique quelle que soit l'institution représentative. Le juge n'a pas à se prononcer sur l'opportunité de la reconnaissance d'une unité économique et sociale ou de son périmètre, mais doit seulement la constater si les critères de sa définition sont objectivement réunis. L'unité économique et sociale reconnue pour la mise en place d'une institution représentative du personnel entraîne alors automatiquement l'adaptation de la configuration des autres institutions représentatives existantes à l'unité économique et sociale[421].

213. Ainsi objectivée, l'unité économique et sociale rendrait compte pour une partie de la doctrine d'une réalité préexistante, celle d'une entreprise unique[422]. Ainsi Pour Gérard Couturier, « *s'affirme […] l'idée première selon laquelle la reconnaissance d'une unité économique et sociale exprime la réalité d'une entreprise unique au regard du droit du*

---

[418] Un début d'évolution est perceptible dans un arrêt du 5 mai 1988 (Cass. soc., 5 mai 1988, n°87-60215 ; Cass. soc., 7 octobre 1998, n°97-60491) par lequel la Cour de cassation décide de l'identité des critères de l'unité économique « *quelle que soit l'institution représentative à mettre en place* ». Tout en rappelant régulièrement ce principe, la Cour de cassation s'engage toutefois dans un « *fonctionnalisme hésitant* » (expression de G. Borenfreund, *D.* 1994, somm. p.296). La Cour de cassation continue en effet à affirmer que la reconnaissance de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'une institution représentative du personnel ne vaut pas nécessairement pour l'ensemble des autres institutions représentatives. (Cass. soc., 21 novembre 1990, n°90-60046 ; Cass. soc., 21 octobre 1995, n°94-60584). Puis, la Cour de cassation a affirmé plus vigoureusement que « *quelles que soient les institutions représentatives les critères de l'unité économique et sociale sont les mêmes* » (Cass. soc., 1er décembre 1998, n°97-60.492 - 2e espèce - , *RJS* 1/99, n°65).

[419] Pendant longtemps, la Cour de cassation a admis que « *les diverses institutions représentatives du personnel ayant chacune leur finalité propre, les critères à retenir pour déterminer le cadre le plus approprié au bon fonctionnement de chacune d'elles sont de ce fait différentes* » (Cass. soc., 6 novembre 1985, n°84-60751, *Bull. civ.* V, n°510 ; Cass. soc., 7 juin 1984, n°83-60927 et 83-6092). L'unité économique et sociale se présentait alors comme une « *notion à géométrie variable* » (expression empruntée à M. Lenoir, « Entreprises et unité économique et sociale », *Dr. Ouvr.* 1986, p.165).

[420] Cass. soc., 13 juillet 2004, n°03-60412 et n°03-60413.

[421] Cass. soc., 26 mai 2004, n°01-60935, *Sem. soc. Lamy*, n°1174, p.10. L'adaptation des autres institutions représentatives du personnel se fait sans attendre l'expiration des mandats en cours.

[422] P. Lanquetin, *Liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, Thèse Strasbourg III, 1979.

travail, réalité dont il y a lieu de tirer toutes les conséquences »[423]. Pierre Sargos ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que la Chambre sociale s'est livrée à « *un véritable travail de recherche de la vérité de la communauté de travail dans l'entreprise* », de sa réalité aussi « *à travers sa dimension économique et sociale effective* »[424].

214. Si l'unité économique et sociale constitue bien l'entreprise au sens du droit du travail, son champ d'application n'a-t-il pas dès lors vocation à recouvrir l'ensemble des règles du droit du travail ayant pour cadre l'entreprise, y compris les relations individuelles du travail ? En réalité, le champ d'application de l'unité économique et sociale est plus restreint que celui de l'entreprise.

2. Les limites tenant au champ d'application de l'unité économique et sociale

215. Même si l'unité économique et sociale constitue l'entreprise en droit du travail, son champ d'application ne s'étend pas, en l'absence de dispositions légales expresses, à toutes les règles de droit qui visent comme cadre de référence l'entreprise en général. Ce constat se vérifie tant en matière de calcul des effectifs qu'en matière de détermination de l'employeur.

216. Hormis les dispositions légales qui se réfèrent expressément à l'unité économique et sociale comme cadre d'appréciation du calcul de l'effectif de l'entreprise[425], la question s'est posée de savoir si la référence légale à la seule entreprise pouvait suffire à retenir l'unité économique et sociale comme cadre de référence pour la détermination des effectifs[426], qu'il s'agisse du calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse[427] ou de l'obligation de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

[423] G. Couturier, « L'unité économique et sociale – trente ans après », *Sem. soc. Lamy* 20 octobre 2003, n°1140, p.58.
[424] P. Sargos, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *Rapport de la Chambre sociale de la Cour de cassation* 2004.
[425] Notamment les articles L.3322-2 (ancien article L.442-1, alinéa 4), L.3324-7 (ancien article L.442-4, alinéa 4) et D.4622-13 (ancien article R. 241-6) du Code du travail.
[426] A. Coeuret, « Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2001, p. 491.
[427] Articles L.1235-3 et L.1235-5 du Code du travail, respectivement anciennement articles L.122-14-4 et L. 122-14-5.

217. En l'absence de disposition légale expresse, la seule référence générique à l'entreprise ne permet pas d'étendre le champ d'application des articles L. 1235-3[428] et L. 1235-5[429] du Code du travail à l'unité économique et sociale. La Cour de cassation procède à une appréciation globale des effectifs non pas par référence à l'unité économique et sociale mais en considération de la qualité d'employeur. Ainsi, par un arrêt 5 mai 1983[430], la Cour de cassation affirme expressément que « *la Cour d'appel n'aurait pu tenir compte de l'ensemble des effectifs des deux sociétés, pour la détermination du régime légal applicable au licenciement de M. X, que si ces sociétés avaient été ses employeurs conjoints, ce que ne suffisait pas à établir les liens étroits relevés entre elles* »[431]. Or, les notions d'unité économique et sociale et d'employeurs conjoints sont autonomes l'une de l'autre. De même, dans un arrêt du 1er juin 1988[432], la Cour de cassation admet une appréciation globale des effectifs entre une société mère et sa filiale non pas en se fondant sur l'existence d'une unité économique et sociale, mais sur une « unité économique » qui naît de la confusion de fait régnant entre l'ensemble des sociétés du groupe. Il n'y a pas alors à proprement parler pluralité d'employeurs mais unicité d'employeur[433].

218. La détermination du nombre de licenciements envisagés pour motif économique connaît un traitement jurisprudentiel similaire. La procédure applicable[434] variera selon les effectifs. La question du cadre d'appréciation du décompte des effectifs est donc primordiale : s'agit-il de l'unité économique et sociale ou bien de l'entreprise prise dans sa structure juridique d'accueil ? L'article L. 1235-10 du Code du travail[435] dispose que « *la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe* », mais ne se prononce pas directement sur le cadre du décompte des effectifs. En l'absence de position claire de la Cour de cassation, certains

[428] Ancien article L.122-14-4 du Code du travail.

[429] Ancien article L.122-14-5 du Code du travail.

[430] Cass. soc., 5 mai 1983, *Bull. civ.* V, n°236.

[431] *Ibid.* Une solution identique a été consacrée par la Cour de cassation à propos du congé pour création d'entreprise de l'article L.3142-81 du Code du travail (*ancien article L.122-32-13*) : Cass. soc., 17 avril 1996, n°93-41168, *Bull. civ.* V, n°173.

[432] Cass. soc., 1er juin 1988, n°86-40174, inédit.

[433] Pour une interprétation contraire de l'arrêt : J. Savatier, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.* 2004, p.947. L'auteur assimile ici l' « unité économique » de la Cour de cassation à une unité économique et sociale et en conclut que la Cour de cassation a admis en l'espèce le pourvoi du salarié qui se serait fondé sur l'existence d'une unité économique et sociale pour obtenir l'application de l'article L.1235-3 du Code du travail (*ancien article L.122-14-4*).

[434] Notamment l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

[435] Ancien article L.321-4-1 du Code du travail.

juges du fond ont retenu l'unité économique et sociale comme cadre d'appréciation[436]. La Cour de cassation a depuis coupé court à toute tergiversation en prenant expressément position, pour ce qui est de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, en faveur d'un décompte des effectifs dans le cadre de l'entité employeur et non dans le cadre de l'unité économique et sociale[437]. En revanche, lorsque la décision de licencier a été prise au niveau de l'unité économique et sociale, dans ce cas, les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi doivent être vérifiées dans l'ensemble de l'unité économique et sociale[438].

219. Les limites du champ d'application de l'unité économique et sociale comme entreprise au sens du droit du travail, se vérifient encore lorsque la Cour de cassation affirme sans ambiguïté que l'unité économique et sociale n'a pas la qualité d'employeur.

220. En principe, dépourvue de personnalité juridique, l'entreprise ne peut être l'employeur. En revanche, lorsque l'entreprise est assimilée au sujet de droit, une unité se crée entre l'employeur et l'entreprise par l'intermédiaire du sujet de droit. En dissociant l'entreprise du sujet de droit, l'unité économique et sociale rompt cette unité pour rendre possible l'existence d'une collectivité de travailleurs entre des salariés unis à des employeurs différents. L'objectivation de la notion d'unité économique et la possibilité reconnue par la Cour de cassation d'« *étendre* [conventionnellement] *les effets* [de l'unité économique et sociale] *au-delà de la seule mise en place des institutions représentatives du personnel* »[439], a pu être interprétée comme une invitation à une incursion plus aboutie de l'unité économique et sociale dans l'organisation des relations individuelles de travail. La Cour de cassation tempère toutefois une telle évolution.

221. Suivant le raisonnement mené par la Cour d'appel de Paris[440], la Cour de cassation affirme expressément, par un arrêt du 16 décembre 2008[441], que « *si la reconnaissance d'une*

---

[436] Notamment : TGI Paris, 27 octobre 1993, *RJS* 1/94, n°16 ; TGI Châlons sur Marne, 20 juillet 1994, *RJS* 10/94, n°1126, CA Montpellier, 9 avril 2008, n°07/06564, Légifrance.

[437] Cass. soc, 28 janvier 2009, n°07-45481, Légifrance, publié : « *L'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan* ».

[438] Cass. soc., 16 novembre 2010, n°09-69485, FR-PBR.

[439] Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-40331, *Dr. soc*. 2006, p.1065, note J. Savatier.

[440] CA Paris, 18e ch. C, 31 mai 2007, n°05/20666, *Sem. soc. Lamy* 3 septembre 2007, n°1318, p.12. A. Lyon-Caen, « L'UES sauvée de ses excès », *Sem. soc. Lamy*, n°1318, p.9.

[441] Cass. soc, 16 décembre 2008, n°07-43875, *Bull. civ*. V, n°255, *RDT* 2009, 228, note B. Lardy-Pélissier. Egalement : F. Petit, « L'unité économique et sociale n'a pas la personnalité juridique », *D*. 2009, p.986.

UES permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale » et ne peut donc pas être l'employeur des salariés. En l'espèce, était en cause un accord portant sur l'organisation sociale de l'unité économique et sociale aux termes duquel les entités formant l'unité économique et sociale « *constituent l'entreprise Assurance France Generali au sens du droit du travail, laquelle délimite le cadre naturel des relations collectives et individuelles de travail* » et « *l'entreprise Assurance France Generali est l'employeur unique au sens du droit du travail* » de telle sorte que « *c'est sur elle que pèse à leur profit* [celui des salariés] *l'ensemble des obligations légales et conventionnelles attachées à l'exécution de leur contrat de travail* ».

222. Plus avant, en réaffirmant son attachement au principe de l'autonomie juridique des entités composant l'unité économique et sociale, la Cour de cassation semble marquer les limites de l'extension du champ d'application de l'unité économique et sociale dans les relations de travail. S'il est possible pour un accord collectif reconnaissant l'unité économique et sociale de créer des obligations nouvelles pour les différentes entités membres, ce ne peut être au mépris des principes contractuels régissant la relation de travail. « *L'utilisation d'un cadre collectif pour dénaturer la relation individuelle de travail s'apparente à une déviation conceptuelle qui s'avère juridiquement insoutenable* »[442]. Ainsi, la seule existence d'une unité économique et sociale ne peut avoir pour effet d'étendre le cadre d'application du principe « A travers égal, salaire égal » entre des salariés liés par des employeurs différents[443], sauf dans l'hypothèse où les conditions de rémunération des salariés sont « *fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ». Le périmètre de la collectivité de travail dessiné par l'unité économique et sociale ne se confond pas avec celui des obligations contractuelles de l'employeur.

223. Dans la même optique, en matière de négociation collective, la Cour de cassation marque également son attachement au principe de l'autonomie juridique des personnes

[442] B. Lardy-Pélissier, « L'UES ne peut avoir la qualité d'employeur. » ; Cass. soc., 16 décembre 2008, n°07-43875, *RDT* 2009, p.228.

[443] Cass. soc., 1er juin 2005, n°04-42143, *Bull. civ.* V, n°185. La Cour de cassation précise qu'« *il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ».

morales employeurs[444] en décidant que l'unité économique et sociale n'a pas pour effet de soumettre *ipso facto* les employeurs aux accords collectifs conclus à ce niveau. « *En l'absence d'accords collectifs communs aux différentes sociétés composant l'unité économique et sociale, les accords propres à chacune d'elles conservent leur champ d'application respectif* »[445]. « *L'employeur ne peut se soustraire, du fait du rattachement de son entreprise à une UES, aux obligations qu'il a souscrites envers son personnel, et les travailleurs ne peuvent bénéficier d'avantages prévus par des accords collectifs auxquels leur employeur n'était pas partie* »[446].

224. La portée de la perception de l'unité économique et sociale comme l'entreprise au sens du droit du travail ainsi précisée, il convient de déterminer à présent dans quelle mesure l'unité économique et sociale est une notion susceptible de recevoir le groupe dans l'ordre juridique et de le soumettre au régime de l'entreprise.

§2. La portée de l'unité économique et sociale comme technique de réception du groupe

225. En dissociant la notion d'entreprise de son support juridique, la notion d'unité économique et sociale permet de regrouper un ensemble d'entités juridiquement autonomes. L'entité ainsi formée est juridiquement qualifiée d'entreprise. Comme le groupe est aussi une entité composée d'entités juridiquement autonomes, la notion d'unité économique et sociale peut constituer un mode de réception des groupes dans l'ordre juridique (A), dont il convient pourtant de mettre en évidence les limites (B).

[444] N. Dauxerre et G. Laferrière, « Unité économique et sociale et négociation collective », *JCP S* 2006, n°40, 1775, p.22. « *C'est bien l'existence de sociétés juridiquement distinctes qui fonde ces décisions, et plus précisément le fait que ces sociétés ne sont pas elles-mêmes assujetties aux conventions en cause* ».

[445] Cass. soc., 2 décembre 2003, *Bull. civ.* V, n°310, *Dr. soc.* 2004, p.212, obs. J. Savatier, *JCP* E 2004, 428, obs. F. Duquesne, *Bull. Joly* Sociétés 2004, p.274, obs. G. Auzero.

[446] J. Savatier, obs. sous Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-47010, *Dr. soc.* 2004, p.213.

A. Le groupe qualifié juridiquement d'entreprise en droit du travail

226. Lorsque le groupe réunit les critères de l'unité économique et sociale, il est juridiquement qualifié d'unité économique et sociale, c'est-à-dire à une entreprise au sens du droit du travail soumise au régime juridique de l'entreprise. En ce sens, la notion d'unité économique et sociale peut être considérée comme un mode de réception du groupe dans l'ordre juridique étatique. Certaines décisions jurisprudentielles comme l'inclusion de la société holding dans l'unité économique et sociale ou celle d'entités juridiquement autonomes situées à l'étranger, confortent cette analyse.

227. La jurisprudence insiste sur l'inclusion dans le périmètre de l'unité économique et sociale de l'entité juridiquement autonome qui détient le pouvoir effectif de direction. « *L'existence d'une unité économique et sociale nécessite que l'entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale, soit présente en son sein* »[447]. Admettre le contraire équivaudrait à « *consacrer un corps sans tête où le principal interlocuteur des représentants du personnel par son extériorité risquerait de susciter de multiples problèmes de fonctionnement des institutions* »[448]. C'est dans cette perspective qu'un arrêt « Michelin » du 21 janvier 1997 décide que « *la circonstance que l'une des sociétés n'ait pas de personnel ne l'exclut pas de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun* »[449]. Dans cette affaire, six sociétés du groupe Michelin contestaient former une unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun, unité qui avait pourtant été constatée par le tribunal d'instance. Après avoir vérifié que les critères de l'unité économique et sociale ont bien été caractérisés en première instance, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Cet arrêt est riche d'enseignements sur plusieurs points. D'une part, l'unité sociale ne concerne que quatre des six sociétés formant le périmètre de l'unité économique et sociale. Le fait que l'unité sociale soit moins étendue que l'unité économique n'entraîne pas l'exclusion des sociétés de l'unité économique et sociale. D'autre part, une société n'ayant pas de personnel peut tout de même être incluse dans le périmètre de l'unité économique et sociale. Cette solution peut surprendre

[447] Cass. soc., 23 mai 2000 (2 arrêts : n°s 98-60212 et 98-60217 et n°s 99-06006, 99-60007, 99-60008 et 99-60012), *Dr. soc.* 2000, p.856.
[448] A. Coeuret, « Unité économique et sociale. Rapport, les Hespérides », article précité, p.538.
[449] Cass. soc., 21 janvier 1997, n°s 95-60833, 95-60838, 95-60839 et 95-60840, *Dr. soc.* 1997, p.350.

au regard de la mission générale du comité d'entreprise qui est d'« *assurer l'expression collective des salariés* »[450]. Mais, l'inclusion d'une société dépourvue de personnel dans le périmètre de l'unité économique et sociale se justifie dès lors que la mission générale du comité d'entreprise implique d'avoir pour interlocuteur celui qui exerce effectivement le pouvoir de direction sur le personnel dans la prise de décision économique[451]. Dans cette optique, il est possible de qualifier d'unité économique et sociale des groupes fortement intégrés organisés autour d'une société holding.

228. Dans la même optique, la Cour de cassation admet la reconnaissance d'une unité économique entre des entités juridiquement autonomes dont certaines d'entre elles sont situées à l'étranger[452]. Le principe de l'application territoriale de la loi française en matière de représentation du personnel ne fait pas obstacle à ce que l'interlocuteur des salariés soit étranger ou représenté, à condition que l'exercice de ces attributions soit compatible avec sa présence à l'étranger[453]. En l'espèce, l'interlocuteur du délégué syndical central était situé à l'étranger. Pour la Cour de cassation, la localisation à l'étranger du pouvoir de direction « *n'est pas retenue comme un critère d'exclusion de la loi française, car celle-ci ne fait pas obstacle à l'application effective en France du pouvoir de direction, qui conditionne en contre-poids la mise en place des mécanismes de représentation* »[454]. L'application du droit français de la représentation collective n'est pas conditionnée par la localisation du pouvoir de direction mais par les effets de l'exercice de ce pouvoir sur la collectivité de travail située en France. « *Le lieu d'activité, justifiant la représentation, est bien le critère de compétence » justifiant la mise en place d'institutions représentatives du personnel, et non le rattachement au siège social de la société holding concentrant le pouvoir de direction* »[455]. Mais, concrètement, la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre des entités ayant leur siège social à l'étranger risque de se heurter à la preuve d'une unité sociale[456].

---

[450] Article L.2323-1 du Code du travail (ancien article L.431-4).

[451] J. Savatier, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale (à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997), article précité. p.349. « *Pour permettre la prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion économique de l'entreprise, il est nécessaire que leur représentation soit organisée au niveau où se prennent ces décisions* » ; du même auteur, « « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1986, p.12-13.

[452] Cass. soc., 3 mars 1988, n°86-60507, *Bull. civ.* V, n°164, *JDI* 1989, p.78, note M-A Moreau-Bourles.

[453] Pour une solution similaire en présence d'un établissement distinct situé en France mais dont l'entreprise a son siège social à l'étranger : Cass. soc., 14 janvier 2004, n°02-60119, *Bull. civ.* V, n°17.

[454] M.-A. Moreau-Bourles, note sous Cass. soc, 3 mars 1988, *JDI* 1989, p.84.

[455] *Ibid.*, p.83.

[456] *Ibid.*, p.82.

229. Il convient d'apporter quelques précisions terminologiques entre les termes « groupe » et « unité économique et sociale ». Lorsque les juges du fond apprécient l'existence d'une unité économique et sociale, la situation de fait qui est soumise à leur appréciation est parfois nommée par les termes « groupe » ou « groupe de sociétés ». Cette dénomination ne doit pas induire en erreur. Elle ne désigne pas une notion juridique de groupe, mais une réalité économique qualifiée dans le langage courant de « groupe ». Elle ne vaut pas qualification juridique. En présence d'une situation de fait nommée « groupe », les juges du fond sont confrontés à l'alternative suivante : soit les critères de l'unité économique et sociale sont réunis et le « groupe » est qualifié d'unité économique et sociale, c'est-à-dire d'entreprise au sens du droit du travail ; soit les critères de l'unité économique et sociale ne sont pas réunis et le « groupe » n'existe pas juridiquement en tant qu'entité dans l'ordre juridique étatique, mais se décompose en autant d'entreprises que de personnes morales. D'une part, l'unité économique et sociale n'est pas juridiquement un groupe mais une entreprise et d'autre part, tous les groupes ne réunissent pas les critères de l'unité économique et sociale. On touche là aux limites de l'unité économique et sociale comme technique de réception des groupes dans l'ordre juridique.

B. Les limites de la qualification

230. Les limites de la qualification juridique du groupe d'unité économique et sociale tiennent principalement aux critères de l'unité économique et sociale. Malgré l'extrême souplesse dont fait preuve la jurisprudence dans l'appréciation de ces critères, la notion d'unité économique et sociale ne saisit qu'imparfaitement la réalité des groupes. Elle n'est vraiment adaptée qu'à une certaine configuration de groupe caractérisée par une forte intégration économique et sociale. « *Il a toujours été clair que cette notion n'était pas susceptible d'être appliquée à tous les groupes de sociétés (...). Il est nécessaire de distinguer les groupes qui sont si intégrés et si homogènes qu'ils constituent, en eux-mêmes des entreprises et les autres groupes (les plus nombreux et les plus importants) qui constituent des ensembles organisés d'entreprises distinctes – ce sont des « groupes d'entreprises* » »[457]. Parmi les critères de l'unité économique et sociale, le critère du pouvoir de direction unique (1) et celui ayant trait aux activités des entités juridiquement distinctes de l'unité économique

[457] G. Couturier, *Droit du travail 2/ Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, 1994, p.38, n°12.

et sociale (2) contribuent à limiter la portée de l'unité économique et sociale comme mode de réception des groupes.

1. Le critère du pouvoir de direction unique

231. La détermination par les juges du fond de l'unité économique implique nécessairement une concentration du pouvoir de direction. Or, l'existence d'un pouvoir de direction unique ne se confond pas avec celui du pouvoir économique d'une entité dominante sur les autres entités membres du groupe. Alors que le pouvoir de direction a vocation à s'exercer sur une collectivité de travailleurs, le pouvoir économique de l'entreprise dominante s'exerce quant à lui sur un ensemble d'entités juridiquement autonomes placées sous sa dépendance économique. Certes, il n'est pas question de nier l'influence que le pouvoir économique exercé sur des entités employant du personnel peut avoir sur la collectivité de travail de chacune de ces entités. Il convient simplement de souligner que la nature du pouvoir dont il s'agit, n'est pas la même. Ainsi, selon la Chambre sociale, « *une société dominante qui ne participe pas au pouvoir de direction ne doit pas être incluse dans une unité économique et sociale* »[458]. Compte tenu de la spécificité du pouvoir de direction comme critère d'identification de l'unité économique, il est d'ores et déjà possible de conclure à une inadéquation, totale ou partielle, de la notion d'unité économique et sociale pour qualifier juridiquement le groupe. Selon un arrêt du 15 mai 2001, la seule « *imbrication dans les pouvoirs de direction* » ne suffit pas à caractériser un pouvoir de direction unique. Pour établir l'imbrication dans les pouvoirs de direction, le Tribunal d'instance de Soissons avait relevé que le président de l'une des sociétés était un ancien cadre salarié de Michelin et que le directeur général d'une autre société était responsable de l'un des secteurs industriels de la Manufacture française des pneumatiques Michelin. En réalité, les sociétés concernées par la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, se trouvaient toutes sous la dépendance économique de la Société Michelin. Pour la Chambre sociale, ces motifs sont inopérants et « *se bornent à faire ressortir l'appartenance des sociétés concernées à un même groupe* ». Cette solution jurisprudentielle est proche d'un arrêt précédent de la Chambre sociale rendu le 3 mars 1988[459]. Dans cette espèce, le seul fait d'établir que les sociétés en cause « *dépendaient toutes quatre de la même société holding et étaient en conséquence liées*

[458] Cass. soc., 23 juin 1988, n°s 87-60245 et 87-60250, *Bull. civ.* V, n°392.
[459] Cass. soc., 3 mars 1988, n°86-60507, *Bull. civ.* V, n°164.

par la même stratégie commerciale et financière », caractérise un pouvoir de coordination mais pas la concentration entre les mêmes mains d'un pouvoir de direction. La dépendance économique ne suffit donc pas à elle seule à établir l'existence d'une concentration du pouvoir de direction[460].

232. Soit le groupe est fortement intégré et, dans ce cas, il est possible d'identifier une concentration du pouvoir de direction et de qualifier ce groupe d'unité économique et sociale[461] ; soit il ne l'est pas suffisamment et le cadre de la représentation collective des salariés demeure l'entreprise assimilée à sa structure juridique d'accueil. Encore faut-il pouvoir identifier une identité ou complémentarité d'activités, ce qui constitue une restriction supplémentaire.

2. Le critère de l'activité identique, similaire ou complémentaire

233. Le critère de l'activité des entités de l'unité économique et sociale ne permet pas de qualifier juridiquement l'ensemble des groupes d'unité économique et sociale. En effet, si le critère de la complémentarité des activités participe d'une conception extensive de la notion d'unité économique et sociale en permettant l'inclusion de sociétés qui ne satisfont pas au critère de l'identité ou de la similarité d'activité, il constitue néanmoins une limite à l'unité économique et sociale comme technique de réception des groupes. Sont exclus les groupes aux activités très diversifiées. Le critère de l'activité implique en effet que les entités du groupe opèrent sur un même marché ou appartiennent à une même filière de production, c'est-à-dire un « *cycle productif relevant de la même technologie et se caractérisant par des relations « Amont-Aval » fortement complémentaires* »[462]. Il apparaît dès lors évident que l'unité économique et sociale n'est pas à même de toucher des groupes menant une politique de diversification de leurs activités, dans le but de limiter les risques liés à l'instabilité de tel ou tel secteur d'activité économique. Cette stratégie doit permettre d'assurer des résultats économiques les plus stables possibles, le déclin d'un secteur d'activité étant compensé par l'expansion d'un autre. Il est plus approprié de qualifier cette forme d'organisation de

[460] Il en est de même de la dépendance administrative et financière à l'égard d'une même autorité de tutelle et de la participation de mêmes personnes ès qualités aux conseils d'administration. Cass. soc., 24 novembre 1992, n°s 91-60368 et 91-60378, *RJS* 1/93, n°47.

[461] A condition que les autres critères constitutifs de la notion soient également réunis.

[462] J. Parent et F. Bandt, cité par M. Glais, « L'unité économique et sociale entre les personnes morales juridiquement distinctes », *Gaz. Pal*. 1987, doctr., p.310.

l'activité économique d'unité financière que d'unité économique. « *L'unité financière s'exprime dans une volonté de réduction du risque de l'entreprise. De ce fait, elle s'oppose par essence à l'unité économique dans la mesure où celle-ci implique, au contraire, d'investir sur un même marché ou des activités strictement complémentaires sur le plan technologique* »[463]. Consciente de cette limite, une partie de la doctrine a proposé d'étendre l'unité économique et sociale aux entités juridiquement distinctes qui n'auraient pas la même activité[464]. La jurisprudence n'a pas suivi cette proposition et décide que de simples activités « voisines » ne suffisent pas à caractériser une unité économique entre sociétés[465].

234. **En conclusion,** face à l'éclatement de la collectivité de travail, l'unité économique et sociale est une technique juridique de recomposition de l'entreprise en droit du travail. Elle rend possible l'application du régime juridique de l'entreprise. La conception extensive de la notion d'unité économique et sociale a fortement contribué à assimiler le groupe à l'entreprise. Qualifié juridiquement d'unité économique et sociale, le groupe est alors considéré comme une entreprise au sens du droit du travail, soumis en conséquence à son régime juridique. Dans un premier temps, la qualification juridique d'unité économique et sociale s'adressait principalement au groupe familial, de taille modeste, et en situation d'étroite compénétration[466]. Puis l'évolution des critères de l'unité économique et sociale a rendu possible une application de la notion à des ensembles économiques de taille importante, comme les groupes[467].

La notion d'unité économique et sociale n'en demeure pas moins un mode imparfait de réception des groupes. Les critères de l'unité économique et sociale ainsi que son champ d'application révèlent en effet les limites d'une notion construite pour endiguer les effets de l'éclatement de l'entreprise sur le statut collectif des salariés. Or, « *le phénomène des groupes de sociétés ne recouvre pas exactement celui de l'éclatement de l'entreprise* »[468]. Alors que l'éclatement de l'entreprise tend à la destruction de l'entreprise notamment au moyen de techniques de droit commercial, l'organisation des groupes ne s'inscrit pas nécessairement

[463] *Ibid.*, p.311.
[464] P. Rodière, « L'adaptation du comité d'entreprise aux structures de l'entreprise », *Dr. soc.* 1983, p. 361.
[465] Cass. soc., 3 mars 1988, n°87-60008, *Bull. civ.* V, n°162.
[466] Notamment : P. Rodière, « L'adaptation du comité d'entreprise aux structures de l'entreprise », *Dr. soc.* 1983, p.362.
[467] Cass. soc., 21 janvier 1997, n°s 95-60833 95-60838 95-60839 95-60840 et n°95-60992, *Dr. soc.* 1997, p.347, note J. Savatier, *DO* 1997, p.170, note M. Cohen.
[468] M. Jeantin, « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », *Dr. Ouvr.* 1981, p.118.

dans cette perspective. Hormis les situations dans lesquelles les groupes sont suffisamment intégrés pour être qualifiés d'unité économique et sociale, il existe un large éventail de situations qui en sont exclues. « *La théorie juridique de l'entreprise ne peut suffire, dans la majorité des cas, pour rendre compte du phénomène des groupes de sociétés* »[469]. Dès lors, face aux insuffisances de l'aménagement de la notion d'entreprise en droit du travail, la question de la garantie du statut collectif des salariés des entreprises appartenant à un groupe demeure.

Parallèlement, les limites du champ d'application de l'unité économique et sociale dans le domaine des relations individuelles du travail mettent en évidence la dilution du pouvoir patronal à l'œuvre dans le cadre d'un groupe. L'intensification de la mobilité des salariés intra-groupe ainsi que la mise en place d'une unité de décision économique au niveau du groupe contribuent à brouiller la figure de l'employeur. La personne partie au contrat de travail n'est plus nécessairement celle qui exerce effectivement ou exclusivement le pouvoir de direction sur les personnes et le pouvoir de décision économique susceptible d'affecter la relation d'emploi du salarié. Dépourvu de personnalité juridique, le groupe ne peut être juridiquement l'employeur des salariés. Tentant de contourner cet obstacle, le droit du travail s'est orienté vers un aménagement de la notion d'employeur.

[469] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », article précité, p. 546.

Section 2. L'aménagement de la notion d'employeur en droit du travail

235. L'aménagement de la notion d'employeur permet de recomposer l'unité du lien contractuel pour pallier la dilution du pouvoir de l'employeur (§1), même si, comme technique de réception des groupes, cet aménagement reste limité (§2).

§1. La recomposition de l'unité du lien contractuel face à la dilution du pouvoir de l'employeur

236. Défini comme « *la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération* »[470], le contrat de travail repose sur la subordination juridique du salarié. Celui-ci exécute sa prestation de 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* »[471]. Appréciation objective des éléments de fait et principe d'indisponibilité pour les parties au contrat[472] encadrent la qualification juridique du contrat de travail. Une démarche similaire inspire la détermination de l'employeur. L'objectif est d'éviter que le titulaire effectif du pouvoir de direction ne se décharge de ses obligations patronales en créant les apparences d'un lien de subordination juridique entre un salarié et une personne juridique qui n'exerce en réalité aucun pouvoir de direction.

---

[470] J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, coll. « précis », 24e éd., Paris, Dalloz, 2008, p.382. La CJCE retient une conception très extensive de la relation de travail qu'elle préfère à la notion de contrat de travail et qui lui permet d'appréhender la plupart des activités professionnelles dépendantes. « *La caractéristique essentielle de la relation de travail tient au fait qu'une personne accomplit en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* », CJCE, 3 juillet 1986, Lawrie Blum, 389 et 390/87, Rec. CJCE, p. 755.

[471] Cass. soc., 13 novembre 1996, *Société générale*, n°94-13187, *RJS* 1996 n°1320, p. 846 : c'est le premier arrêt qui applique la même définition du lien de subordination en droit du travail et en droit de la sécurité sociale.

[472] L'arrêt de principe du 19 décembre 2000 affirme très nettement que « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* ». Cass. soc., 19 décembre 2000, Labbane, n°98-40572.

237. Sensible à l'évolution de l'exercice du pouvoir de l'employeur au sein d'un groupe, et sans pour autant adopter de solutions spécifiques au groupe, la Cour de cassation abandonne une approche purement formelle de la relation contractuelle de travail : l'employeur n'est pas nécessairement ou exclusivement la personne juridique partie au contrat de travail du salarié. Elle développe à cet effet plusieurs techniques juridiques de recomposition de l'unité du lien contractuel destinées à enrayer la dilution du pouvoir de l'employeur. D'une part, le juge s'efforce de rechercher le détenteur réel du pouvoir de direction (A) et d'autre part, sans s'en tenir au cloisonnement formel des entités juridiquement autonomes du groupe, il s'applique à reconstituer le pouvoir de direction de l'employeur en admettant qu'un salarié puisse être lié, pour une même relation contractuelle de travail, à plusieurs employeurs qualifiés d'employeurs conjoints (B).

A. La détermination de l'employeur réel au-delà des apparences

238. Derrière les apparences des montages sociétaires, se cache parfois l'employeur réel du salarié, c'est-à-dire celui qui exerce effectivement le pouvoir de direction. Certains éléments pouvant indiquer l'existence d'une relation contractuelle de travail sont indifférents (1), tandis que l'absence d'autonomie dans l'exercice du pouvoir de direction est rédhibitoire (2).

1. Eléments de la relation de travail indifférents à la détermination de l'employeur

239. Au sein d'un groupe, il y a en principe autant d'employeurs que de personnes juridiques distinctes employant du personnel. « *Dans tous les pays, la relation de travail est conçue dans le cadre juridique établi par la personnalité morale et non dans son cadre économique* »[473]. Par une application stricte du principe de l'autonomie juridique de la personne morale et du principe de l'effet relatif des contrats, « *le droit du travail pourrait ignorer l'existence du groupe en considérant que le seul employeur qui soit engagé dans le contrat de travail avec chaque salarié est la société qui a été partie à ce contrat* »[474]. Or, cette conception formelle

[473] M.-A. Moreau, « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire », *Travail et emploi*, n°53, 3/1992, p. 60.
[474] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », article précité, p.530.

de l'employeur correspond à une approche unitaire de la relation de travail qui, si elle est adaptée au modèle de l'entreprise « fordiste », ne traduit pas la réalité de l'exercice du pouvoir patronal dans le groupe et conduit alors à dissocier le responsable juridique du détenteur effectif du pouvoir de direction.

240. L'exemple de la filiale de recrutement illustre parfaitement les limites d'une approche purement contractuelle de l'employeur. Dans le but de rationaliser leurs activités économiques, certains groupes ont mis en place des entreprises spécialisées au service de l'ensemble des autres entreprises du groupe. Parmi elles, la filiale de recrutement concentre l'ensemble des opérations de recrutement et de gestion du personnel de toutes les entreprises du groupe. Dans le cadre de son activité, elle est amenée à conclure des contrats de travail avec les salariés. Une fois le contrat conclu, le salarié est affecté, selon les besoins du groupe, dans l'une ou l'autre des entreprises. Selon une application formelle du droit commun des contrats, l'employeur nominal est la personne juridique partie au contrat de travail, c'est-à-dire la filiale de recrutement. Or, dans les faits, le salarié travaille pour le compte et sous la direction d'une autre société du groupe. La filiale de recrutement s'occupe au mieux de la gestion administrative de la relation de travail, mais n'exerce, en tout état de cause, aucune autorité sur le salarié. De plus, cette approche formelle est susceptible d'affecter le statut conventionnel du salarié. Comme la filiale de recrutement n'exerce pas d'activité de production, elle n'entre dans le champ d'application d'aucune convention collective professionnelle, ce qui revient finalement à priver le salarié de la protection de la convention collective normalement applicable dans la société d'affectation. Dans ces conditions, est-il raisonnable de qualifier la filiale de recrutement d'employeur et de faire ainsi peser sur elle l'ensemble des obligations en découlant ?

241. Consciente des limites de l'approche formelle de l'employeur, la jurisprudence exclut certains éléments pourtant constitutifs de la relation contractuelle de travail, comme la rémunération ou l'embauche du salarié, et ne se concentre que sur les éléments de fait indiquant l'exercice d'un pouvoir de direction effectif. Ainsi, selon une jurisprudence constante, il ne suffit pas de rémunérer un salarié pour être considéré comme l'employeur. Dans un arrêt du 21 avril 1966[475], la Cour de cassation affirme clairement que le versement de la rémunération n'est pas à lui seul déterminant. En l'espèce, une salariée écrivait des articles

[475] Cass. soc., 21 avril 1966, *Bull. civ.* IV, n°352, p.300.

de journaux pour deux sociétés d'un même groupe : l'une, américaine, était en charge de l'édition américaine du journal New York Herald Tribune et l'autre, française, s'occupait de l'édition française pour le même journal. La salariée était intégralement rémunérée par la société américaine qui remboursait à la société française la part de rémunération qu'elle versait à la salariée. La Cour de cassation attribue la qualité d'employeur à la société française « *compte tenu des liens étroits existant entre ces deux sociétés et de la publication des articles de la salariée essentiellement dans l'édition française* ». Ensuite, l'auteur du recrutement n'est pas nécessairement l'employeur. La Cour de cassation reconnaît la qualité d'employeur à la société qui utilise les services du salarié, peu importe qu'elle n'ait pas procédé à l'embauche du salarié[476]. Ainsi, la filiale de recrutement ne sera pas nécessairement l'employeur du salarié ; cette qualité sera attribuée à celui qui exerce dans les faits le pouvoir de direction.

242. L'existence du pouvoir de direction s'apprécie *in concreto* à l'aide de la technique du faisceau d'indices. Ainsi, à propos d'un salarié engagé par une société et mis à disposition d'une autre appartenant au même groupe, la Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 7 février 2005[477], a caractérisé la subordination du salarié envers l'entreprise d'accueil en considération des éléments suivants : la durée de la mise à disposition (16 ans), l'importance des missions exercées qui supposaient une relation directe avec la société et ne pouvaient se concevoir que dans le cadre d'un lien de subordination, l'existence d'une délégation de pouvoir pour exercer la mission de représentation de la société en France.

243. Toujours à la recherche du détenteur effectif du pouvoir de direction, la jurisprudence considère que l'absence d'autonomie dans l'exercice du pouvoir de direction est exclusive de la qualité d'employeur.

[476] Cass. soc., 29 mai 1973, n°72-10664, *Bull. civ.* V, n°346, p.310.
[477] CA Grenoble, 7 février 2005, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°37166.

2. L'absence d'autonomie dans l'exercice du pouvoir de direction

244. La jurisprudence subordonne la qualité d'employeur à l'existence d'une certaine autonomie dans l'exercice du pouvoir de direction sur les salariés. Dans un arrêt du 29 octobre 2004[478], la Cour d'appel de Douai rappelle que « *la société mère ne sera considérée comme l'employeur que si elle exerce les prérogatives de l'employeur ou s'il apparaît que la filiale n'a en réalité aucune autonomie* ». Plus rarement, la jurisprudence sociale retient la fictivité d'une société pour établir l'absence d'autonomie de la société partie au contrat de travail du salarié. L'existence d'une société fictive est dans cette hypothèse associée à une volonté de fraude à la loi : afin d'échapper à ses obligations patronales en matière d'emploi, une personne juridique crée une société qui est juridiquement l'employeur du personnel mais qui, en réalité, n'a pas l'autonomie nécessaire à l'exercice du pouvoir de direction attaché à la qualité d'employeur. La référence à la fictivité est ici indépendante de celle applicable en droit commercial : une société qualifiée de fictive par la jurisprudence sociale ne le sera pas nécessairement au sens du droit commercial. En droit du travail, la notion de société fictive ne sera retenue que dans la mesure où cette qualification permet de rendre compte de la réalité du lien de subordination juridique entre un salarié et un employeur réel. Ainsi, à propos d'une société fictive de prêt de main d'œuvre, la Cour de cassation a considéré que le véritable et unique employeur était une société, unique cliente de la société fictive de location de main d'œuvre qui, sans organisation administrative ni matériel susceptible de répondre aux besoins d'une clientèle, spéculait sur la fourniture des salariés[479]. De même, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir décidé du caractère fictif d'une société au motif que « *les trois sociétés étaient étroitement imbriquées et que la salariée avait travaillé sous une même direction dans ces trois sociétés sans qu'il y ait eu rupture de son contrat de travail initial* »[480].

La détermination de l'employeur peut conduire à rechercher l'employeur réel du salarié au-delà des apparences mais aussi une pluralité d'employeurs.

[478] CA Douai, 29 octobre 2004, SA Sidel C/ Monsieur Bataille, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°36625.
[479] Cass. soc., 1er juin 1978, n°77-10182, *Bull. civ.* V, n°431.
[480] Cass. soc., 3 décembre 1992, n°89-43339, inédit.

B. La pluralité d'employeurs

245. Face à la dilution du pouvoir patronal, la jurisprudence sociale reconnaît la possibilité pour un salarié d'être juridiquement lié pour une même relation contractuelle de travail à une pluralité d'employeurs qualifiés d'employeurs conjoints. Pour produire ses effets (2), la qualification juridique d'employeur conjoint doit réunir certains critères (1).

1. Les critères de reconnaissance

246. Pour établir l'existence d'employeurs conjoints, les juges du fond relèvent soit l'exercice en commun du pouvoir de direction (a) soit une confusion d'activité, d'intérêt et de direction (b).

a) Le critère d'autorité

247. Les principes de l'effet relatif du contrat et de l'unicité de l'employeur conduisent à fragmenter la carrière du salarié qui a travaillé successivement ou concomitamment pour plusieurs employeurs du groupe, en autant de contrats de travail autonomes qu'il y a d'employeurs. Sans jamais cessé de travailler pour le même groupe, mais parce que le salarié est uni à des employeurs distincts, sa carrière n'est pas appréciée globalement : ses droits individuels et collectifs sont calculés en fonction de l'ancienneté acquise non pas dans le groupe mais auprès de chacun de ses employeurs. Afin de ne pas pénaliser le salarié dans ses droits par une application rigoureuse de ces principes, la jurisprudence sociale s'efforce de maintenir l'unité du lien contractuel malgré la dilution du pouvoir de direction de l'employeur. Son objectif est de recomposer l'unité d'un pouvoir de direction qui peut être divisé entre plusieurs entités du groupe. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation admet l'existence d'employeurs conjoints. La notion d'employeur conjoint constitue un aménagement de la notion d'employeur particulièrement bien adapté à la réalité des relations intra-groupes. Certes, la dilution du pouvoir de direction ne relève pas de l'essence du groupe et n'est qu'une conséquence possible mais pas nécessaire du fonctionnement des groupes ; il

n'en demeure pas moins que l'étroitesse des liens qui unissent les entités membres favorise la plupart du temps la mobilité du personnel ainsi que, dans certains cas, un véritable partage du pouvoir de direction. Mais, en tant que telle, l'existence d'un groupe n'emporte aucune conséquence juridique : elle n'est pas un critère de reconnaissance de la qualité d'employeur conjoint.

248. Deux situations fréquentes de co-emploi peuvent être distinguées : soit un lien de subordination juridique est établi entre un salarié et deux employeurs juridiquement distincts, parce que le salarié a conclu, successivement ou concomitamment, un contrat de travail avec chacun des deux, soit un contrat de travail unique abrite une pluralité d'employeurs. Seule la constatation de l'exercice en commun d'un pouvoir de direction entre deux entités juridiquement distinctes sur un même salarié exerçant des fonctions identiques ou similaires entraîne la qualification d'employeur conjoint.

249. Tout d'abord, les juges du fond s'attachent à la nature des fonctions du salarié. « *Lorsque le salarié exécute une prestation nettement différenciée au service de chacun de ses employeurs, il est lié par des contrats distincts. S'il leur est subordonné dans l'exécution d'une prestation commune, la dualité d'employeurs se greffe sur un contrat unique* »[481]. Ce critère emporte des conséquences juridiques importantes. D'une part, le fait d'être simultanément lié à deux employeurs d'un même groupe mais pour des fonctions distinctes n'entraîne pas la qualification d'employeur conjoint. D'autre part, le fait de conclure successivement plusieurs contrats de travail avec des employeurs d'un même groupe n'a pas nécessairement pour effet de remettre en cause le principe de l'effet relatif des contrats. Ainsi, le fait pour deux employeurs successifs d'assortir leurs contrats de travail d'une période d'essai n'est pas en soi une anomalie, même si les deux employeurs appartiennent à un même groupe, dès lors que « *les fonctions assignées étaient différentes par nature, s'agissant dans le premier contrat de travail de fonctions de responsable de concession avec une rémunération fixe et dans le second contrat de travail de négociateurs de voitures avec une rémunération fixe et des primes* »[482]. De même, la reprise d'ancienneté, justifiée par les relations étroites entre les deux sociétés, est sans incidence sur la validité de la période d'essai prévue au nouveau contrat, cette période d'essai étant justifiée par la nature différente des deux emplois

[481] I. Vacarie, *L'employeur*, Paris, éd. Sirey, 1979, p.135.
[482] CA Colmar, 26 mai 2005, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°37826.

de maintenance et d'action commerciale[483]. L'appartenance des sociétés à un même groupe est en soi indifférente. Il est fait une stricte application des principes régissant le régime et la finalité de la période d'essai. Compte tenu des fonctions différentes occupées par le salarié, le principe de l'effet relatif des contrats s'applique, les parties restant libres de prévoir une reprise d'ancienneté, disposition favorable pour le salarié.

250. Ensuite, après avoir déterminé la nature des fonctions du salarié, la jurisprudence recherche *in concreto* l'existence d'un partage du pouvoir de direction de nature à caractériser une situation de co-emploi. Pour une même prestation de travail, un salarié peut être en réalité subordonné à plusieurs employeurs. L'exemple le plus fréquent est celui du salarié mis à disposition par son employeur dans une entreprise du groupe. Le co-emploi est caractérisé lorsque les éléments de fait établissent que, malgré l'affectation du salarié auprès d'une autre entreprise, l'employeur initial continue d'exercer son pouvoir de direction et de contrôle, notamment en matière de rémunération, de modification du contrat, et de renouvellement annuel par avenant du contrat pour chaque affectation du salarié dans la filiale, le rattachement hiérarchique n'apparaissant alors que comme une modalité administrative[484]. Il en est de même lorsque, après l'affectation du salarié dans une autre entreprise, l'employeur initial continue d'exercer son pouvoir disciplinaire à l'encontre du salarié[485]. Dans la recherche du ou des titulaires réel(s) du pouvoir de direction, le pouvoir d'affectation est un élément déterminant. Ainsi, le critère du pouvoir d'affectation est mis en avant pour caractériser le pouvoir de direction. Tel est le cas d'un salarié engagé par la société mère puis muté dans plusieurs établissements appartenant à chaque fois à une sàrl différente. La société mère étant la seule à donner les instructions et à muter le salarié, est désignée comme l'employeur du salarié[486].

251. Certaines sociétés sont parfois tellement imbriquées qu'il devient impossible de distinguer laquelle exerce effectivement le pouvoir de direction. Le pouvoir de direction est exercé indistinctement par l'ensemble de ces sociétés qui sont qualifiées par la jurisprudence sociale de « confusion d'activité, d'intérêt et de direction ».

[483] CA Montpellier, 5 juin 1996, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°21059.
[484] CA Paris, 28 novembre 2001, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°32684.
[485] Cass. soc., 22 janvier 1992, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°16120.
[486] CA Rennes, 19 mai 1988, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°10331.

b) Le critère de la « confusion d'activité, d'intérêt et de direction »

Après avoir précisé la notion de confusion d'activité, d'intérêt et de direction (1°), il conviendra de déterminer si cette notion permet de caractériser l'entreprise en droit du travail (2°).

1°La notion de « confusion d'activité, d'intérêt et de direction »

252. La constatation d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction permet de qualifier un ensemble d'entités juridiquement autonomes d'employeurs conjoints[487]. Il est difficile de déterminer ce que recouvre exactement la « confusion d'intérêts, d'activités et de direction ». La Cour de cassation se limite à un contrôle de motivation de la décision des juges du fond souvent très synthétique, sans fournir les éléments constitutifs de cette notion ou reprendre les éléments de fait retenus par les juges du fond[488]. Certains arrêts se révèlent néanmoins plus éclairants.

253. D'abord, la confusion d'intérêts, d'activités et de direction est exclue lorsqu'il est établi que le salarié est placé sous la subordination exclusive d'un seul employeur. Dans ce cas, l'étroitesse des liens économiques n'est pas significative. On ne peut parler de confusion : le titulaire du pouvoir de direction est identifiable et unique. L'existence d'un lien de subordination exclusif avec une seule société du groupe conduit à rejeter l'hypothèse d'une situation de co-emploi. Hors l'hypothèse d'un lien de subordination exclusif, la Cour de cassation exerce un contrôle de motivation sur les juges du fond. Elle rappelle que la qualité de co-employeur se déduit non seulement de l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et le ou les sociétés du groupe, mais également de l'existence d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction. Les juges du fond doivent se livrer à ces deux types de recherche si la preuve d'un lien de subordination exclusif n'est pas rapportée[489].

[487] Cass. soc., 20 décembre 1977, n°76-40428, *Bull. civ.* V, n°719 ; Cass. soc., 26 juin 1997, n° 94-45173.
[488] Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551, *Bull. civ.* V, n°109.
[489] Cass. soc., 11 juillet 2000, n°98-40146, inédit titré.

254. Ensuite, la confusion d'intérêts, d'activités et de direction se déduit d'un ensemble d'indices. Les juges du fond appliquent la technique du faisceau d'indices. Ainsi, les indices d'une confusion d'intérêts, lorsqu'elle est expressément caractérisée par les juges, se matérialisent le plus souvent par une identité de dirigeants ou d'administrateurs[490]. Un arrêt de la Cour de cassation du 1er juin 2004, reprenant la motivation de l'arrêt de Cour d'appel retient que, si « *la prise de contrôle d'une société ne peut suffire, à elle seule, à entraîner un changement d'employeur* », la prise de contrôle majoritaire de la Société RTA par la Société SERC, a rendu possible la « *nomination aux fonctions de gérante de la Société RTA de la directrice financière de la Société SERC après le rachat de capital* »[491]. La mobilité du personnel dirigeant d'une société du groupe à l'autre révèle une gestion globale des intérêts des sociétés du groupe.

255. De même, la confusion d'activités implique l'exercice d'une identité d'activités. Des activités connexes ou complémentaires ne semblent pas suffisantes. Ainsi, les juges du fond ont pu relever que deux sociétés exerçant leur activité dans le domaine de l'exploitation radiophonique caractérisaient une confusion d'activités[492]. Il en est de même de l'exploitation commune par deux sociétés d'une même usine, en l'absence de cession d'exploitation de l'usine par l'une des sociétés au profit de l'autre alors qu'est également relevée l'identité de siège social et de numéro de téléphone des deux sociétés[493].

256. Enfin, la confusion de direction se caractérise par un exercice confondu des obligations et prérogatives patronales inhérentes à la qualité d'employeur. Tel est le cas par exemple du salarié recruté par une des sociétés, mais employé et licencié par l'autre[494], ou encore du salarié subordonné à un agent appartenant à deux sociétés, ce qui caractérise une confusion de fait des sociétés envers le salarié[495], du fait pour un salarié de travailler pour une société à la demande de celle-ci, d'être placé sous sa direction, alors qu'il est contractuellement lié à une autre société du groupe qui lui envoie du courrier avec la mention des deux sociétés, puis d'être embauché par ladite société[496].

---

[490] Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-45341, inédit ; Cass. soc., 24 mars 1969, *Bull. civ.* V, n°209, p.173, *Dr. soc.* 1969, p.513, obs. J. Savatier.
[491] Cass. soc., 1er juin 2004, n°02-41176, inédit.
[492] Cass. soc., 1er juin 2004, n°02-41776, inédit.
[493] Cass. soc., 1er février 1961, *Bull. civ.* IV, n°146, p.115.
[494] Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-454341, inédit.
[495] Cass. soc., 22 mai 1964, *Bull. civ.* IV, n°425, p.346.
[496] Cass. soc., 1er juin 2004, n°02-41176, inédit.

257. Il a déjà été relevé qu'un lien de subordination exclusif avec une société employeur écarte la qualification de « confusion d'intérêts, d'activités et de direction ». La confusion dans l'exercice de la direction du salarié est donc un élément nécessaire à la qualification. En réalité, il en est de même de la confusion d'intérêts et d'activités. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1982[497] rejette l'existence d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, en se fondant d'une part sur une absence de communauté totale d'intérêts et de direction et d'autre part sur le constat d'activités entièrement distinctes. La Cour de cassation en conclut que les relations entre les sociétés n'étaient pas suffisamment étroites et structurées pour faire échec à leur indépendance juridique. Aussi, il apparaît que les relations entre les sociétés doivent être suffisamment étroites pour revêtir les traits d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction. L'un de ces éléments ne suffit pas à lui seul pour entraîner la qualification d'employeur conjoint.

258. La confusion d'intérêts, d'activités et de direction permet de déterminer les employeurs du salarié. Permet-elle de caractériser l'existence d'une entreprise ?

2°La recherche de l'unité d'entreprise ?

259. Pour certains, la confusion d'intérêts, d'activités et de direction traduit la reconstitution d'une seule entreprise[498]. Il convient toutefois de mesurer la portée de cette interprétation au regard de la jurisprudence. En effet, la confusion d'intérêts, d'activités et de confusion a pour objet et pour effet de désigner les employeurs conjointement responsables du salarié, mais en aucun cas, elle n'est destinée à définir l'existence d'une collectivité de travail à laquelle le salarié appartiendrait. Du reste, l'appréciation des juges du fond quant à la reconnaissance d'une confusion de sociétés peut varier d'un salarié à l'autre, notamment pour ce qui est de la confusion de direction. Dès lors, s'il est possible de voir dans la confusion d'intérêts, d'activités et de direction la reconstitution d'une entreprise unique, il ne faut pas confondre la détermination de l'employeur de celle de la collectivité de travail.

[497] Cass. soc., 22 mars 1982, n°80-15496, publié, n°193.

[498] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.148 ; J. Savatier, obs. sous Cass. soc., 24 mars et 13 mai 1969, *Dr. soc.* 1969, p. 514 ; I. Vacarie, *L'employeur, op. cit.*, p.112.

260. Par conséquent, la pluralité d'employeurs peut résulter soit de l'exercice effectif et en commun du pouvoir de direction, soit d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction. Une fois la qualification d'employeurs conjoints retenue, il convient d'en préciser les effets.

2. Les effets : la responsabilité solidaire des co-employeurs

261. En principe, chaque contrat de travail passé par le salarié avec des employeurs différents d'un même groupe a une vie autonome. « L*a pluralité d'employeurs n'imprime aucune originalité au statut du salarié. L'un des employeurs ne peut opposer au salarié les actes de l'autre, notamment un congédiement. (...) Mais en contrepartie, les actes du premier employeur n'engagent pas la responsabilité du second ; aucune solidarité passive n'existe* »[499]. En revanche, la qualification juridique d'employeur conjoint entraîne la responsabilité solidaire de tous les employeurs. Chaque employeur peut être tenu à l'égard du salarié au paiement de l'intégralité de la dette. Il s'agit d'une solidarité passive puisque le salarié peut exiger de l'un quelconque des employeurs conjoints, ses débiteurs, le paiement de la totalité de sa créance, sauf recours entre les débiteurs[500]. La responsabilité solidaire entre co-employeurs présente l'intérêt pour le salarié de demander à l'un ou l'autre employeur le paiement de l'intégralité des sommes auxquelles il a droit[501]. Les principales applications jurisprudentielles de la notion d'employeur conjoint concernent le paiement des salaires et des indemnités consécutives à la rupture du contrat de travail ainsi que le calcul de l'ancienneté du salarié qui doit être décomptée en fonction de la durée de la relation de travail avec toutes les sociétés du groupe, le dernier employeur supportant la charge des indemnités en conséquences[502]. Cette solution est particulièrement avantageuse pour le salarié lorsque l'employeur qui a procédé au licenciement n'est pas en mesure de régler le montant des indemnités de rupture[503]. Selon la jurisprudence[504], le licenciement prononcé par un co-employeur est réputé prononcé par tous : chaque co-employeur doit alors répondre des obligations patronales découlant de la rupture du contrat. La pluralité d'employeurs a alors

[499] I. Vacarie, *L'employeur*, *op. cit*. p.135.
[500] R. Guillien et J. Vincent (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 15e éd., 2005, p. 582.
[501] Cass. soc., 31 octobre 1989, n°86-42641.
[502] Cass. soc., 18 février 1998, n°95-41864, inédit.
[503] La garantie fournie par les AGS ne permet pas toujours de couvre l'intégralité des créances salariales, plafond de garantie considérablement réduit depuis un décret du 24 juillet 2003, pouvant être opposé à chaque salarié.
[504] Cass. soc., 1er juin 2004, n°01-47165.

pour effet de multiplier les possibilités d'action en justice. La théorie de l'employeur conjoint permet également au salarié d'agir devant les juridictions françaises si l'un des employeurs conjoints a son siège social en France[505], ce qui intéresse particulièrement le salarié appartenant à un groupe transnational ou qui a été amené à travailler à l'étranger.

262. Malgré les apparences, la personne juridique partie au contrat de travail n'est plus nécessairement ou exclusivement le détenteur réel du pouvoir de direction sur les salariés. Aussi, la détermination de l'employeur dans le groupe implique de se départir d'une analyse exclusivement contractuelle de la relation de travail pour saisir la réalité et la diversité de l'exercice du pouvoir de direction dans les groupes. Malgré l'avancée incontestable que représente l'aménagement de la notion d'employeur en termes de garantie pour les salariés, cet aménagement ne constitue qu'un mode limité de réception du groupe en droit du travail.

§2. Les limites de l'aménagement de la notion d'employeur en droit du travail

263. La seule référence au pouvoir de direction ne permet pas d'étendre la qualité d'employeur au titulaire du pouvoir de décision économique pourtant caractéristique du groupe. D'une part, les décisions affectant la relation d'emploi du salarié dans le groupe ne découlent pas toutes de l'exercice du pouvoir de direction sur les personnes et d'autre part, l'existence d'un groupe n'implique pas nécessairement un partage de l'exercice du pouvoir de direction. Dans ces hypothèses, et en dépit de son influence sur la relation de travail salariée, le groupe demeure opaque pour l'ordre juridique étatique (A). Malgré ces limites, l'aménagement de la notion d'employeur a pour effet de dévoiler la dualité de la relation d'emploi (B).

[505] Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551.

A. Les limites tenant au critère du pouvoir de direction des personnes

264. Même si le groupe représente un terrain de prédilection pour les techniques juridiques de recomposition du pouvoir patronal, celles-ci ne lui sont pas spécifiques[506]. Qu'il s'agisse de l'employeur réel ou de l'employeur conjoint, le droit du travail cherche à s'adapter au développement et à la diversité des relations triangulaires de travail, par une recomposition du pouvoir de direction. L'aménagement du concept d'employeur repose donc exclusivement sur le pouvoir de direction qui permet d'établir l'existence d'un lien de subordination juridique entre un salarié et un ou plusieurs employeurs. Si ce critère présente d'indéniables avantages, il n'est toutefois pas en mesure de saisir la relation de pouvoir particulière à l'organisation des entreprises en groupe. La question s'est en effet posée de savoir si le pouvoir économique qu'exerce l'une des entités membres du groupe sur l'ensemble des autres entités membres du groupe pouvait conduire à lui reconnaître la qualité d'employeur. La jurisprudence rejette expressément un tel critère.

265. Ainsi, selon la Cour d'appel de Douai, « *le simple contrôle économique, voire certains arrangements financiers* », ne confèrent pas nécessairement à la société qui exerce le contrôle, la qualité d'employeur « *en l'absence d'immixtion dans les conditions de travail du salarié* ». La relation de contrôle d'une entité sur l'autre ne relève pas des critères de détermination de l'employeur. « *Les diverses sociétés d'un groupe gardent leur personnalité juridique propre mais sont soumises à une direction commune exercée par la société mère qui définit la stratégie globale du groupe en matière économique, commerciale et financière, influant ainsi directement ou indirectement sur la politique générale à l'égard du personnel. Il ne suffit cependant pas qu'une société soit la mère de la société qui a embauché pour qu'elle devienne directement l'employeur du salarié* »[507]. Peu importe qu'une relation de contrôle influe sur la relation de travail du salarié ; celle-ci ne caractérise pas un lien de subordination juridique entre la société qui exerce le contrôle et le salarié de la société contrôlée. C'est ce que souligne très expressément la Cour d'appel de Dijon dans un arrêt du 9 mars 1993 : « *la subordination d'une filiale envers la société mère ne concerne pas les rapports du travail*

[506] Pour un exemple de qualification d'employeurs conjoints entre des sociétés unies par des relations contractuelles de partenariat : Cass. soc., 17 novembre 2004, n°02-44337.

[507] CA Douai, 29 octobre 2004, SA Sidel C/ Monsieur Bataille, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°36625.

entre l'employeur et son salarié ». En l'espèce, le salarié s'attachait à établir sa subordination à l'égard de la holding en se fondant sur les pouvoirs du co-gérant, directeur de la holding et associé majoritaire de la Sàrl employeur. Dans le même sens, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 26 mai 2005[508], a décidé que l'appartenance à un même groupe ne générant que des liens économiques, ne permettait pas d'établir la continuité du contrat de travail entre deux entités juridiques distinctes, malgré le paiement par le second employeur des congés payés dus au titre du premier contrat et l'identité de Président Directeur Général. Dans la même perspective, la Cour de cassation estime, dans un arrêt du 6 novembre 2001[509], que la dépendance économique et financière mise en évidence par un rapport d'expertise, ne suffit pas à elle seule à établir l'absence d'autonomie de la filiale dans l'exercice de son pouvoir de direction.

266. Par conséquent, le pouvoir économique d'une société sur l'autre n'est pas un élément pertinent pour déterminer l'employeur, dans la mesure où il n'entraîne pas la perte pour l'entité juridiquement autonome de sa capacité à exercer un pouvoir de direction effectif sur le salarié. « *Le pouvoir de décision économique ne peut suppléer le pouvoir de direction du personnel (...) ce dernier n'exige pas un pouvoir de décision économique autonome* »[510]. Pouvoir de décision économique et pouvoir de direction sont certes toutes deux l'expression d'un pouvoir qui s'exerce sur la relation de travail, mais seul le pouvoir de direction caractérise un lien de subordination juridique avec le salarié. « *Une distinction est clairement établie entre le pouvoir de direction économique, et le pouvoir de direction du personnel, reposant sur une vision « cantonnée à l'observation des interventions quotidiennes dans l'activité des salariés »* »[511]. L'appartenance de l'employeur à un groupe entraîne certains « arrangements » inhérents à ce type d'organisation économique mais sans conséquences sur la détermination de l'employeur. Ainsi, dans un arrêt du 21 janvier 2003[512], la Cour d'appel de Paris a considéré comme indifférents, en l'absence de lien de subordination établi avec la société mère, la mise à disposition de locaux et de prestations de services facturées, l'application de la convention collective de l'employeur initial, l'existence de dirigeants communs, des liens financiers étroits et des notes d'information sur les activités de la filiale. L'ensemble de ces éléments est considéré par la Cour d'appel de Paris comme inhérent à

[508] CA Colmar, 26 mai 2005, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°37826.
[509] Cass. soc., 6 novembre 2001, n°99-43803, inédit.
[510] I. Vacarie, « Groupes de sociétés et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* janvier 1975, p.26.
[511] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.148.
[512] CA Paris, 21 janvier 2003, CERIT, Univ. Nancy 2, fiche n°33800.

l'organisation des sociétés en groupe, sans qu'une immixtion de la société mère dans les conditions de travail du salarié ne soit caractérisée.

267. Un rapprochement peut être fait avec la distinction entre la subordination juridique découlant d'un contrat de travail et le respect des directives imposées à un dirigeant de filiale par la société mère à propos de la gestion de la filiale. Il permet de préciser l'autonomie des sociétés d'un groupe dans l'exercice du pouvoir de direction. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 5 février 2003[513] est particulièrement riche d'enseignements. D'une part, il est affirmé que « *le dirigeant d'une filiale qui respecte les directives imposées par la société mère dans le cadre de la gestion du groupe ne se trouve pas en état de subordination juridique à l'égard de cette-dernière* ». La différence de nature entre les deux types de pouvoir est ici posée : le fait pour un dirigeant de filiale de suivre les décisions de la société mère dans le cadre du fonctionnement institutionnel de la société ne saurait être assimilé à l'exercice d'un pouvoir de direction hiérarchique permettant au dirigeant de filiale de faire valoir l'existence d'un contrat de travail le liant à la société mère. D'autre part, des éléments d'appréciation de l'absence d'immixtion de la société dans le pouvoir de direction des personnes sont précisés. Si « *la société mère définit la politique générale du groupe et peut imposer, dans une certaine mesure, à ses filiales la poursuite de l'intérêt du groupe* », le dirigeant de filiale « *disposait de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires pour gérer la société dans le cadre déterminé par la société mère – organisation, personnel, ordres, sanctions*[514] ». Cet arrêt met l'accent sur le pouvoir de gestion de la filiale et sa capacité à avoir la qualité d'employeur. Celui qui peut organiser l'activité et donc les conditions de travail du personnel, exercer un pouvoir de direction en donnant des ordres, et un pouvoir disciplinaire en prononçant des sanctions, bénéficie d'une autonomie suffisante dans l'exercice de son pouvoir de direction sur les salariés de la filiale et doit en conséquence assumer la responsabilité des obligations patronales. Certes, le dirigeant de filiale ne décide pas de la politique économique en toute autonomie : l'appartenance à un groupe implique de se conformer à la politique générale du groupe. Mais, la société mère ne décide pas de tout sous peine de porter atteinte à l'autonomie juridique des sociétés, condition sur laquelle repose l'existence même du groupe et son intérêt. Entre la dépendance économique et l'absence d'autonomie dans l'exercice du pouvoir de direction sur les personnes, il existe un

[513] CA Versailles, 11e Ch. soc. 5 février 2003, M. Richaud c/ Canon France, *Droit et Patrimoine* 2003, n°118, p. 122-123.
[514] C'est nous qui soulignons.

éventail de possibilités permettant à une filiale d'assumer les obligations découlant de sa qualité d'employeur, tout en étant soumise à un pouvoir de décision économique qui lui est extérieur.

268. Ainsi, le critère du pouvoir de direction sur les personnes se révèle incapable de saisir les situations dans lesquelles la relation de travail subit les conséquences de décisions imposées à son employeur par une tierce personne, détenteur d'un pouvoir économique. L'employeur est le seul responsable des obligations patronales puisqu'il exerce effectivement un pouvoir de direction sur les salariés, mais le détenteur du pouvoir de décision économique demeure juridiquement étranger à la relation de travail. Ce n'est qu'indirectement, dans l'hypothèse où le détenteur du pouvoir économique exerce également un pouvoir de direction, que sa responsabilité peut être engagée par les salariés, en sa qualité d'employeur réel ou d'employeur conjoint[515]. A défaut, le décalage entre le pouvoir et la responsabilité subsiste et l'employeur juridique supporte seul la charge des obligations patronales. « *La qualité de tiers des sociétés ayant profité du travail du salarié sans l'avoir dirigé fait apparaître les limites du critère d'autorité : élaboré à partir de rapports de travail bilatéraux, il ne s'adapte pas à toutes les variétés de relations triangulaires* »[516].

269. Ensuite, l'aménagement de la notion d'employeur n'est pas en mesure de traduire juridiquement l'originalité du groupe. Ce n'est, par exemple, qu'indirectement que l'ensemble formé par les personnes juridiques qualifiées d'employeurs conjoints reflètera l'ensemble organisationnel du groupe. Tel pourra être le cas en présence d'un groupe dont l'organisation repose sur un degré élevé d'intégration entre ses membres ayant pour conséquence une dilution de l'exercice du pouvoir de direction sur les personnes. Il se peut également que la constitution d'un groupe réponde à la volonté du détenteur réel du pouvoir de direction de contourner ses obligations patronales par la mise en place d'une « société écran ». Concrètement, l'aménagement du concept juridique d'employeur révèle ses limites lorsque l'organisation des relations intra-groupes repose sur un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir de direction des personnes caractéristique de la relation de travail subordonnée. Le salarié est alors dans l'impossibilité d'exiger de ce tiers l'exécution d'obligations patronales

[515] Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551, publié au bulletin : la qualité d'employeur conjoint de la société mère a permis de retenir sa responsabilité pour des licenciements sans cause réelle et sérieuse consécutifs à une décision de délocalisation prise au niveau du groupe.
[516] I. Vacarie, *L'employeur, op. cit*., p.133.

alors même que son pouvoir de décision économique a pu être à l'origine du dommage subi par le salarié.

270. Consciente des limites du critère d'autorité dans la détermination de l'employeur, Isabelle Vacarie proposait, à l'instar de Gérard Lyon-Caen[517], de « *dépasser la notion traditionnelle d'employeur – entendu comme partie au contrat de travail et à ce titre débiteur du salaire et auteur du licenciement – pour retenir celles de « centre de décision » ou de « pouvoir »* »[518]. Selon ces auteurs, les notions de « centre de décision » ou de « pouvoir » permettraient d'assurer l'adaptation du droit du travail aux évolutions de la concentration du capital[519]. Proposer la substitution du « centre de décision » à celle d'employeur procède d'une intuition : celle de l'existence d'un pouvoir qui se juxtapose au pouvoir de direction propre à l'employeur. Mais, une chose est de prendre conscience de l'existence d'un tel pouvoir, une autre est de vouloir le substituer à celui de l'employeur.

271. Dans l'hypothèse où l'activité d'un travailleur profite simultanément à plusieurs sociétés du groupe, Isabelle Vacarie propose d'adopter le critère du « *lien d'activité* » à la place du critère d'autorité pour imputer à l'ensemble des sociétés du groupe à qui la prestation du salarié a profité, la qualité d'employeur, « *peu important qu'elle la dirige ou ne fasse qu'en bénéficier* »[520]. Dans cette perspective, la source de la responsabilité de l'employeur en est passablement modifiée et s'apparente à ce que Thérèse Aubert-Monpeyssen nomme le « *droit de l'activité professionnelle* »[521]. L'idée sous-jacente est celle d'une responsabilité sociale des entreprises fondée sur le pouvoir d'entreprendre. « *Il paraît équitable que celui qui entreprend une tâche et met en œuvre une activité, réponde des dommages qui peuvent en résulter, du fait des agents qui agissent dans son intérêt et alors qu'il maîtrise l'opération* »[522]. Ces propositions doctrinales présentent non seulement l'intérêt de pointer du doigt l'insuffisance de l'aménagement du concept d'employeur face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises, mais aussi de reconnaître implicitement l'existence d'autres

[517] G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTDciv.*, 1974, p.229s.
[518] I. Vacarie, *Ibid.*, p.146.
[519] *Ibid.*
[520] *Ibid.*, p.133.
[521] Th. Aubert-Monpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.* 1997, p.616, spéc. p.621s.
[522] P. Le Tourneau et L. Cadiet, cité par Aubert-Monpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », article précité.p.624.

formes de pouvoir qu'il convient de traduire juridiquement afin d'assurer une application satisfaisante du droit du travail.

272. Malgré la pertinence de ces propositions, ni la jurisprudence, ni le législateur ne se sont engagés dans une telle voie. L'employeur demeure celui qui exerce sur les salariés un pouvoir de direction effectif et qui assure, en conséquence, les obligations patronales qui y sont attachées. Seul, peut-être, l'exemple de la mise en œuvre de la clause de conscience des journalistes en cas de cession de journal consécutive à une prise de contrôle tient compte du critère de la détention du pouvoir économique pour caractériser un changement d'employeur. En vertu de l'article L. 7112-2 du Code du travail[523], le journaliste professionnel peut, sur le fondement de la clause de conscience, décider de quitter son entreprise de presse dans trois situations : la cession du journal, la cessation de la publication du journal et un changement notable de l'orientation du journal. Selon la jurisprudence, est assimilée à une cession de journal la prise de contrôle de la deuxième moitié du capital par le détenteur de la première moitié du capital[524]. Cette prise de contrôle, qui peut être directe ou indirecte, révèle une modification du titulaire du pouvoir. La cession de la majorité des actions doit toutefois s'accompagner d'une prise de contrôle par un nouveau groupe d'actionnaires[525] pour entraîner la cession de journal et donc la mise en œuvre éventuelle de la clause de conscience.

273. Si l'aménagement de la notion d'employeur est un mode de réception limité des groupes en droit du travail, il présente néanmoins l'intérêt, si on le rapproche de l'aménagement de la notion d'entreprise en droit du travail, de poser les bases d'une reconnaissance juridique du groupe par la dissociation qui s'opère entre le lien d'entreprise et le lien contractuel.

B. La dissociation du lien d'entreprise et du lien contractuel

274. L'aménagement du concept d'employeur, comme du reste celui d'unité économique et sociale, agit comme un révélateur de la construction du droit du travail autour des notions d'entreprise, de personnalité juridique et d'employeur. « *L'entreprise se construit autour de la*

[523] Ancien article L.761-4 du Code du travail.
[524] Cass. soc., 21 juin 1984, n°83-63328, *Bull. civ.* V, n°266.
[525] Cass. soc., 12 janvier 1994, n°90-42783, *Dr. soc.* 1994, p.278 ; J.-L. Durand, « La clause de conscience des journalistes professionnels », *Dr. soc.* 1994, p.256-267.

personne juridique qui a la qualité d'employeur »[526]. En adaptant les notions d'employeur et d'entreprise à l'évolution de l'organisation des entreprises, une brèche s'est ouverte dans la correspondance jusque-là parfaite entre le lien d'entreprise et le lien contractuel. Autrement dit, l'aménagement des notions d'entreprise et d'employeur marque la dissociation du lien d'entreprise et du lien contractuel : il dévoile la dualité de la relation d'emploi[527] que la conception unitaire de l'employeur et de l'entreprise masquait.

275. La correspondance entre l'employeur et l'entreprise est rompue. L'aménagement de la notion d'employeur ne permet pas de désigner l'entreprise en droit du travail et, inversement, l'aménagement du concept d'entreprise ne permet pas de désigner l'employeur en droit du travail. L'étude combinée des notions d'unité économique et sociale et d'employeur permet de vérifier cette affirmation. S'il peut arriver que les entités de l'unité économique et sociale soient également des employeurs conjoints, il ne s'agit que d'une coïncidence, les deux notions évoluant de manière autonome l'une par rapport à l'autre. Non seulement l'unité économique et sociale n'a pas la qualité d'employeur, mais encore, l'appartenance d'une entité juridiquement autonome à une unité économique et sociale n'emporte pas présomption de co-emploi[528]. La concentration du pouvoir de direction de l'unité économique et sociale est entendue plus largement que le lien de subordination juridique caractéristique d'une relation contractuelle de travail. Considérer les entités membres d'une unité économique et sociale comme les co-employeurs des salariés nécessiterait d'adopter une conception plus restrictive du pouvoir de direction unique de l'unité économique et sociale de telle sorte qu'il « *recoupe les prérogatives patronales. Le droit positif n'en est pas là. Et s'il prenait cette direction, l'UES perdrait encore de sa plasticité* »[529]. L'unité économique et sociale vise à découvrir une collectivité de travail, tandis que la notion de co-emploi permet de « *régler la situation individuelle des salariés placés dans une situation de subordination avec plusieurs sociétés d'un groupe* », mais « *elle est inopérante en matière de relations collectives* »[530].

[526] J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », article précité, p.529.

[527] Pour une présentation de la double nature du rapport d'emploi : A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, Chron., p.362.

[528] Cass. soc., 22 novembre 2000, n°98-42229, inédit : il ne découle pas « *de la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale entre les différentes sociétés la preuve que celles-ci étaient co-employeurs des salariés* ».

[529] A. Lyon-Caen, *« L'UES sauvée de ses excès », Sem. soc. Lamy 3 septembre 2007, n°1318, p.10.*

[530] Lamy Social Groupe, Etude 112-40.

276. Ensuite, l'appartenance du salarié à une collectivité de travail est juridiquement reconnue indépendamment de l'existence d'un lien contractuel, ce qui confirme la dissociation des notions d'entreprise et d'employeur et la possibilité pour un salarié d'appartenir à plusieurs communautés de travail. « *Un rattachement juridique à une entreprise ne condamne pas l'accès aux droits collectifs dans une autre entreprise* »[531]. La situation des salariés mis à disposition ou détachés en fournit un exemple convaincant.

277. D'une part, la jurisprudence reconnaît à ces salariés des droits collectifs dans l'entreprise utilisatrice. Même si le salarié mis à disposition reste contractuellement lié à l'entreprise d'origine et à la condition de réunir certaines conditions, son intégration à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil est consacrée[532]. Il entre dans le décompte des effectifs de l'entreprise d'accueil pour la mise en place des institutions représentatives du personnel conformément aux dispositions légales en vigueur[533]. Il peut avoir la qualité d'électeur, être éligible aux élections professionnelles ou encore être désigné délégué syndical, s'il en remplit les conditions[534]. Dans leur entreprise d'origine, les salariés mis à disposition continuent à être pris en compte dans le calcul de l'effectif, conservent leur qualité d'électeur et restent éligibles tant que leur contrat de travail n'est pas rompu[535]. Sans qu'il existe nécessairement un lien de subordination juridique, un salarié peut appartenir à plusieurs collectivités de travail. « *La Cour de cassation reconnaît la pluralité de liens juridiques entre le salarié et les entreprises* »[536]. L'appartenance du salarié mis à disposition à la collectivité de travail de l'entreprise d'accueil fait naître des obligations à la charge de l'entreprise d'accueil envers des salariés avec lesquels elle n'est pas contractuellement liée. Elle est notamment responsable, sur le fondement des L. 1251-21 à L. 1251-23 du Code du travail[537], des conditions d'exécution du travail (durée du travail, repos hebdomadaire et jours fériés,

---

[531] A. Lyon-Caen et J. de Maillard, « La mise à disposition du personnel », *Dr. soc.*, 1981, p.331.

[532] Cass. soc., 26 mai 2004, n°03-60.358, *Bull. civ.* V, n°141, *Sem. soc. Lamy* 2008, n°1375, p.10, note A. Lyon-Caen : « *Sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des art. L.1111-2, L.2314-5 et L.2324-14, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* ».

[533] Article L.2312-8 (ancien article L.421-2) pour les délégués syndicaux ; article L.2322-6 (ancien article L.431-2) pour le comité d'entreprise ; article L.4611-1 (ancien article L. 236-1, al. 1) pour le comité d'hygiène et de sécurité.

[534] Cass. soc., 31 mai 2001, n°99-60466, *Bull. civ.* V, n°194 (délégué syndical) ; Cass. soc. 14 décembre 1994, n°98-60629, *Bull. civ.* V, n°486 (membre du CHSCT).

[535] Cass. soc., 4 février 1988, n°86-60549, *Bull. civ.* V, n°98 ; Cass. soc., 30 avril 1987, n°86-60351, *Bull. civ.* V, n°248 ; Cass. soc., 12 juin 2002, *D.* 2002, IR, p. 2715 ; *RJS* 8-9/02, n° 1103.

[536] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.384.

[537] Ancien article L.124-4-6 du Code du travail.

hygiène et sécurité…), de la surveillance médicale spéciale si l'activité du salarié l'exige. Sa responsabilité peut être engagée sur le fondement de la responsabilité du commettant du fait de son préposé (art. 1384, al.5 du Code civil), si elle exerçait son autorité sur le salarié au moment de l'accident[538]. Ces obligations sont la contrepartie de l'exercice par le chef d'entreprise de son autorité sur l'ensemble de la collectivité de travail

278. Pour Isabelle Vacarie, l'employeur et le chef d'entreprise ne sont pas deux notions juridiques distinctes, mais représentent les deux faces de la relation de travail. Il s'agit d'un « *concept à double dimension* »[539]. La qualification d'« employeur », davantage réservée à la relation contractuelle de travail, désigne la personne, partie au contrat de travail, qui exerce effectivement une autorité sur le salarié placé dans une situation de subordination juridique. La dénomination de « chef d'entreprise », plus spécifique aux relations collectives de travail, est réservée à l'interlocuteur de la communauté de travail[540], c'est-à-dire à « *la personne physique investie du pouvoir de gestion* »[541] et de décision[542]. Il s'agit en général du dirigeant de droit représentant la personne morale. Tandis que l'employeur contractant est tenu de respecter l'ensemble des obligations patronales nées du contrat de travail, et notamment le paiement des salaires, le chef d'entreprise est quant à lui tenu de veiller personnellement au respect de la législation du travail dans l'entreprise.

279. L'aménagement de la notion d'employeur marque la fin d'une analyse strictement contractuelle des relations de travail ce qui permet de rétablir une correspondance entre le détenteur réel du pouvoir de direction et le responsable des obligations patronales. Il trouve un terrain d'application privilégié au sein des groupes dont l'étroitesse des relations inter-entreprises favorise un exercice original du pouvoir de direction. Mais, en excluant le pouvoir de décision économique comme critère de détermination de l'employeur, la notion d'employeur ne permet pas de saisir juridiquement le groupe. L'entité qui exerce le pouvoir de décision économique n'est pas considérée comme l'employeur réel ou conjoint des salariés du groupe et le seul fait pour une entité d'appartenir au même groupe que l'employeur ne la

[538] Cass. civ., 2e 18 décembre 1996, n°94-17715, *Bull. civ.* II, n°306.

[539] I. Vacarie, *L'employeur*, *op. cit.*, p.1.

[540] *Ibid.*

[541] *Ibid.*, p.180.

Les dirigeants de fait peuvent également engager leur responsabilité pénale en cas d'infraction à la législation du travail, dès lors qu'il est établi que ledit dirigeant de fait disposait de l'autorité et de l'initiative nécessaires au respect du droit du travail dans l'entreprise. Cass. crim., 16 mars 1971, *Bull. crim.* n°88, p.235, *Rev. sc. crim.*, p.944, obs. Levasseur ; Cass. crim., 8 juin 1971, n°70-91873, *Bull. crim.* n°183, p.460 ; Cass. crim., 11 janvier 1972, *Bull. crim.*, n °14, p.28 ; Cass. crim., 11 mars 1974, *Bull. crim.*, n°212, p.486.

[542] I. Vacarie, *L'employeur*, *op. cit.*, p.180.

rend pas responsable de la relation d'emploi du salarié, en l'absence d'exercice effectif du pouvoir de direction. L'aménagement de la notion d'employeur propose donc une approche parcellaire et limitée des groupes vus à travers le prisme du pouvoir de direction. Un constat s'impose : la voie d'une réception juridique du groupe en droit du travail ne passe pas par l'unification d'un pouvoir de direction fragmenté.

280. **En conclusion**, l'aménagement des notions d'entreprise et d'employeur ne permet pas de reconnaître juridiquement le groupe dans sa diversité et sa complexité comme une entité en soi. Les causes de la concentration des entreprises au sein d'un groupe ne sont toujours pas juridiquement conceptualisées. Le phénomène de la concentration à l'origine de l'émergence des groupes n'est pas encore envisagé pour lui-même[543]. Ce n'est qu'incidemment, en présence de groupes fortement intégrés que les qualifications juridiques d'unité économique et sociale ou d'employeurs conjoints peuvent saisir le groupe pris dans sa globalité. Malgré ces limites, l'apport de l'aménagement de ces concepts ne doit pas être sous-estimé. D'une part, en reconstituant l'unité du pouvoir de direction, il permet au droit du travail d'agir sur les effets de la concentration et de réglementer ainsi partiellement l'organisation des relations de travail dans les groupes. « *Il existe dorénavant un Droit du travail dans les groupes* »[544].D'autre part, en dévoilant et en affirmant la dualité de la relation de travail[545] jusque-là masquée par la conception unitaire de la relation d'emploi, l'aménagement des concepts d'entreprise et d'employeur pose en réalité les jalons d'une reconnaissance juridique du groupe en droit du travail. Désormais, grâce à la reconnaissance de l'unité économique et sociale, l'existence d'une entité composée elle-même d'entités juridiquement distinctes n'est plus inconcevable en droit du travail. De même, en dissociant le lien d'entreprise du lien contractuel, il devient possible de dépasser l'approche strictement contractuelle de la relation de travail, de concevoir qu'un salarié appartienne simultanément à plusieurs communautés de travail et enfin d'imposer des obligations patronales à une personne juridique autre que l'employeur, en considération de l'appartenance du salarié à une ou plusieurs communautés de travail et indépendamment de tout lien contractuel. Face à l'incapacité des notions existantes à traduire juridiquement le groupe, la reconnaissance d'une notion de groupe s'est progressivement imposée.

---

[543] G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983, p.287.

[544] *Ibid.*, p.289.

[545] Voir notamment à propos de l'unité économique et sociale : G. Blanc-Jouvan, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p.68-79.

Titre II

LA CONSÉCRATION DE LA NOTION DE GROUPE

281. Le constat de la capacité limitée des catégories juridiques existantes à traduire juridiquement le groupe a sans conteste orienté le droit positif vers la reconnaissance d'une notion de groupe. Une analyse plus rigoureuse des conditions d'émergence d'une notion permet d'enrichir la réflexion. Dans le cadre du présent développement, seule sera abordée la notion de groupe en elle-même, à l'exclusion du régime juridique qui lui est attaché. Elément d'un ordre juridique déterminé, la notion sert de courroie de transmission entre le droit et le fait. Elle « *part du réel et le synthétise en quelque sorte par induction ; elle est descriptive de l'objet* »[546]. Une notion n'est pas pour autant le reflet fidèle d'une réalité sensible dont elle épouserait trait pour trait les contours mais sa représentation abstraite pour les besoins d'un ordre juridique déterminé dont elle est le produit. En ce sens, la notion ne se confond jamais totalement avec la réalité qu'elle recouvre : une distance irréductible sépare le droit et le fait. L'opération de traduction juridique des faits réalisée *via* une notion n'est donc pas neutre : elle a partie liée avec un ordre juridique organisé en système, voire en sous-systèmes. La notion juridique s'intègre dans un ensemble de normes interdépendantes dont la cohérence est assurée par un mode de régulation et de production normatives qui lui est propre. La notion porte ainsi en elle l'empreinte d'un ordre juridique déterminé.

282. Aussi, la consécration de la notion de groupe en droit du travail conduit à déterminer en quoi cette notion porte bien la « marque de fabrique » d'un système juridique particulier et plus précisément du droit du travail. Car, si le droit du travail est un élément d'un ordre juridique global qui le conditionne et subit incontestablement l'influence de branches du droit voisines avec lesquelles il entre en interaction, l'affirmation de son particularisme ne manque pas de se répercuter sur une notion dont elle est le miroir. Produit d'un système juridique, la notion de groupe en droit du travail n'est pas le reflet fidèle d'une réalité économique mais le

[546] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p.863.

produit d'une construction lié à un environnement juridique favorable à sa reconnaissance (Chapitre 1) et, particulière au droit du travail, elle présente certains traits caractéristiques (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Un environnement juridique favorable

Chapitre 2 – La consécration de la notion de groupe en droit du travail

Chapitre 1
Un environnement juridique favorable

283. Elément d'un ordre juridique organisé en système, le droit du travail ne constitue pas une branche autonome ou, autrement dit, un « *ensemble autosuffisant de règles* »[547]. D'une manière ou d'une autre, il ne peut rester indifférent aux problématiques et évolutions globales de l'ordre juridique et en subit nécessairement les influences. Dans cette perspective, l'introduction d'une nouvelle notion est inséparable de son environnement juridique, aussi bien doctrinal que de droit positif. « *Ces deux aspects de l'existence de la notion (...) se complètent harmonieusement : une notion n'existe pas si elle n'est pas mise en forme, ce qui est la tâche naturelle de la doctrine, mais elle n'est rien si le droit positif n'en fait pas application* »[548]. De ce point de vue, la consécration de la notion de groupe en droit du travail ne fait pas figure d'exception. Elle participe d'un mouvement d'ensemble du droit positif dont la multiplication des références expresses à la notion de groupe en est la manifestation la plus éclatante (Section 2), préparée en amont par d'intenses débats juridiques relatifs à la méthodologie d'un droit des groupes (Section 1).

Section 1. Les débats juridiques relatifs à la méthodologie d'un droit des groupes

284. Fortement inspirés du droit des groupes allemand (§1), les débats juridiques relatifs à la mise en place d'un droit des groupes menés aussi bien en France qu'au niveau de l'Union européenne (§2) ont largement contribué à créer les conditions favorables à la consécration de la notion de groupe en droit positif, en familiarisant les esprits avec cette notion et en posant ouvertement au législateur français et communautaire la question d'une législation sur les groupes.

[547] J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Précis Dalloz, 2000, p.46.
[548] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p.20.

§1. L'élément déclencheur : le droit des groupes allemand

285. Le droit allemand a choisi de se doter d'un droit des groupes distinct du droit commun des sociétés. L'« Aktiengesetz » (AktG) du 6 septembre 1965 constitue la clef de voûte de l'ensemble et seules ses principales dispositions seront analysées dans le cadre du présent développement[549]. Rejetant l'idée d'une adaptation du droit commun à la situation particulière des groupes, la méthodologie adoptée privilégie l'application d'un régime juridique autonome reposant sur une conception unitaire du groupe (A), même si une distinction fondamentale entre les notions de groupe de droit et de groupe de fait conditionne l'application de régimes juridiques distincts (B).

A. Une conception unitaire du groupe

286. L'ensemble de l'édifice législatif repose sur une notion de groupe unitaire. Selon le paragraphe 18 de l'Aktiengesetz, lorsqu'une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises dépendantes sont réunies sous la direction unique de l'entreprise dominante, elles forment un groupe[550]. Cette approche générale permet de relever trois principaux éléments constitutifs de la notion de groupe en droit allemand : l'entreprise, une relation de dépendance et enfin une direction unique.

[549] Le droit allemand distingue trois grandes catégories de sociétés : les sociétés de capitaux, les sociétés de personnes et une catégorie regroupant tous les autres groupements de sociétés. N'entrent dans le champ d'application de l'Aktiengesetz que certaines catégories de sociétés de capitaux : l'Aktiengesellschaft (AG) (*l'équivalent de nos sociétés par actions ou sociétés anonymes*) et la Kommanditgesellschaft auf Aktien (KgaA) (*l'équivalent de nos sociétés en commandite par action*). Concernant la « Gesellschaft mit beschränkter Haftung » (GmbH) (*proche de la SARL en droit français*), seules certaines dispositions de l'Aktiengesetz sont applicables aux groupes de GmbH. La jurisprudence allemande s'est en effet largement inspirée de l'Aktiengesetz pour adapter la loi sur les GmbH aux groupes. Les GmbH ne peuvent constituer un groupe intégré puisque les dispositions relatives au groupes intégrés ne visent que les sociétés par action. En revanche, des GmbH peuvent former un groupe contractuel. Dans cette hypothèse, le régime juridique du groupe contractuel de GmbH est défini par analogie avec les dispositions relatives au régime juridique du groupe contractuel de sociétés anonymes. Le plus souvent, les groupes de GmbH sont des groupes de fait.

[550] §18 (extrait) de l'AktG: „*Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen*".

287. Par l'emploi du terme Unternehmen[551], l'Aktiengesetz ne limite pas le groupe à un ensemble de sociétés. Même si la notion d'entreprise n'est pas juridiquement définie, elle présente l'avantage d'être plus large que celle de société. Elle inclut non seulement des personnes morales aux structures juridiques différentes mais aussi des personnes physiques à la tête d'une exploitation commerciale ou industrielle. « *Il fallait (...) une notion réunissant en elle les personnes physiques exploitantes d'une part, et les sociétés d'autre part. Ce commun dénominateur est la notion d'entreprise* »[552]. Ensuite, l'Aktiengesetz précise que les entreprises constitutives d'un groupe sont des entreprises juridiquement autonomes[553]. Malgré la maladresse de la formule[554], la loi allemande considère donc le groupe comme un ensemble de sujets de droit unis entre eux par une relation de dépendance.

288. Aux termes du paragraphe 17 de l'Aktiengesetz, une relation de dépendance existe entre deux entités juridiquement autonomes, lorsque l'une, l'entreprise dominante, peut exercer directement ou indirectement sur l'autre, l'entreprise dépendante, une influence dominante. Cette influence dominante ne se confond pas avec les influences de l'environnement économique des entreprises. « *Ces assujettissements, aussi contraignants qu'ils puissent être, ne fondent pas une dépendance de groupe s'ils n'atteignent pas l'envergure globale* »[555], c'est-à-dire la capacité pour l'entreprise dominante de gérer entièrement une entreprise dépendante. L'influence dominante n'est pas nécessairement effective, il suffit qu'elle soit potentielle pour être caractérisée, et peut tout aussi bien être directe qu'indirecte. Son existence peut résulter de différents moyens de droit ou de fait, la loi prévoyant des présomptions de dépendance. Ainsi, le paragraphe 17 (2) de l'Aktiengesetz[556] dispose que l'entreprise dont la majorité du capital est détenu par une autre entreprise, est présumée être

---

[551] « Entreprise ».

[552] R. Sinay, « Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne », in Association Française des Juristes d'Entreprise et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.40.

[553] §15 de l'AktG : Les entreprises liées sont des entreprises juridiquement autonomes qui sont dans leurs rapports mutuels plus spécifiquement traités aux articles 16, 17, 18, 19, 291 et 292.

„*Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind*".

§17 de l'AktG : Les entreprises dépendantes sont des entreprises juridiquement autonomes sur lesquelles une autre entreprise (l'entreprise dominante) peut exercer directement ou indirectement une influence dominante.

„*Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann*".

[554] L'entreprise n'a pas la personnalité juridique.

[555] R. Sinay, « Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne », article précité, p.42.

[556] §17 (2) de l'AktG : „*Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist*".

placée sous la dépendance de celle-ci. Il appartient alors à celui qui conteste l'existence d'un rapport de dépendance de rapporter la preuve contraire afin de faire tomber la présomption de dépendance. Tel peut notamment être le cas du détenteur d'une participation majoritaire qui s'en tient par exemple à des placements publics ou privés.

289. En reconnaissant la possibilité pour une entité juridiquement autonome, entrant dans le champ d'application de l'Aktiengesetz, d'être placée sous la dépendance d'une autre entreprise, le droit allemand consacre juridiquement la domination économique et distingue l'autonomie juridique de la dépendance économique. L'autonomie juridique et la domination économique ne sont plus nécessairement antinomiques : leur association devient même une condition nécessaire à la reconnaissance juridique du groupe. En admettant qu'un groupe se compose de sujets de droits distincts mais placés dans une situation de dépendance économique à l'égard d'un sujet de droit dominant, la loi allemande se donne la possibilité de saisir juridiquement le phénomène de la concentration des entreprises en groupe. La relation de dépendance entre des entités juridiquement autonomes ne suffit toutefois pas à reconnaître un groupe : encore faut-il démontrer l'existence d'une direction unique.

290. Selon le paragraphe 18 de l'Aktiengesetz[557], forment un groupe, une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises dépendantes placées sous la direction unique de l'entreprise dominante. Malgré l'absence de définition légale, la direction unique figure « *l'expression économique du groupe* »[558] née de l'exercice effectif de la relation de domination. Chacune des entreprises du groupe, placées sous la direction unique de l'entreprise dominante, contribue à l'activité globale du groupe et bénéficie des moyens adaptés aux objectifs qui leur sont confiés. L'allocation de moyens et la définition d'objectifs doivent permettre la réalisation de la politique économique globale du groupe. Afin de faciliter la preuve de la direction unique, le droit allemand a prévu des présomptions de direction unique. Ainsi, le paragraphe 18[559] prévoit que les entreprises entre lesquelles a été conclu un contrat de domination (§291) ou mis en place une procédure d'intégration (§319) sont considérées comme réunies sous une direction unique. Le législateur allemand a

[557] §18 (1) de l'AktG : „*Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen*".

[558] R. Sinay, « Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne », article précité, p.43.

[559] §18 (1) de l'AktG : „*Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen*".

également instauré des présomptions de groupe. Ainsi, un lien étroit est instauré entre la relation de dépendance et l'existence d'un groupe puisque, selon le paragraphe 18 de l'Aktiengesetz[560], une entreprise dépendante est présumée former un groupe avec l'entreprise dominante. Il appartient alors à celui qui conteste l'existence d'un groupe de prouver l'absence de direction unique. A l'inverse, en vertu du paragraphe 18 (2) de l'Aktiengesetz[561], la direction unique suffit à présumer l'existence d'un groupe, même en l'absence de relation de dépendance, ce qui permet d'intégrer les groupes paritaires.

291. La notion juridique de groupe définie par l'Aktiengesetz repose d'une part sur la dépendance d'entités juridiquement autonomes envers une autre entité juridiquement autonome, nommée « entreprise dominante », et d'autre part sur le critère de la direction unique de l'entreprise dominante. Afin de faciliter la preuve de l'existence d'un groupe, la définition du groupe est complétée par de nombreuses présomptions. En reconnaissant la possibilité pour une entité d'être placée sous la dépendance d'une entité tierce, tout en conservant son autonomie juridique, le droit allemand concilie deux caractéristiques essentielles de la formation et de l'organisation des groupes, souvent présentées comme contradictoires. La reconnaissance juridique du groupe n'a alors pas pour effet de créer une « *entité nouvelle absorbant toutes les autres et se substituant à elles* »[562].

Sans remettre en cause cette approche unitaire de la notion de groupe, le droit des groupes allemand distingue le groupe de droit du groupe de fait.

---

[560] §18 (1) de l'AktG: „*Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet*".

[561] §18 (2) de l'AktG: „*Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen*".

[562] L. Dabin, « Expérience allemande et proposition européenne », in Association Française des Juristes d'Entreprise et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.124.

B. La distinction entre le groupe de droit et le groupe de fait

292. L'Aktiengesetz distingue trois différents types de groupe[563] : le groupe de fait (§§311 à 318), le groupe contractuel (§§291 à 310) et le groupe intégré (§§319 à 327). Le groupe contractuel se trouve au cœur de la législation allemande sur le droit des groupes, le groupe de fait et le groupe intégré ne pouvant se comprendre qu'au regard du groupe contractuel. Chacun de ces groupes déclenche l'application d'un régime juridique différent. Il est devenu classique de distinguer le groupe de droit qui inclut le groupe contractuel et le groupe intégré (1) et le groupe de fait (2).

1. Le groupe de droit

293. Le groupe de droit comprend le groupe contractuel né de la conclusion d'Unternehmensvertrag[564] (a) et le groupe intégré issu d'une décision unilatérale (b).

a) Le groupe contractuel

294. Les paragraphes 291 et 292 de l'Aktiengesetz prévoient cinq types d'Unternehmensvertrag différents pouvant donner naissance à un groupe contractuel. Le paragraphe 291 évoque les deux types de contrat qui revêtent la plus grande importance en pratique : le Beherrschungsvertrag[565] et le Gewinnabführungsvertrag[566]. Le Beherrschungsvertrag est un contrat d'entreprise par lequel une société anonyme ou en commandite par actions devient dépendante de l'autre entreprise contractante et se place sous sa direction unitaire[567]. Le Gewinnabführungsvertrag désigne quant à lui le contrat

[563] Le terme « groupe » désigne ici aussi bien le terme générique de « verbundene Unternehmen » (§15 AktG) que celui de « Konzern » (§17 et 18 AktG).

[564] « Contrat d'entreprise ».

[565] « Contrat de contrôle »

[566] « Contrat de transfert de bénéfices ».

[567] §291 (2) de l'AktG : Si des entreprises qui ne dépendent pas l'une de l'autre, se placent, par le contrat, sous une direction unitaire, sans que l'une de devienne dépendante de l'autre entreprise contractante, alors ce contrat n'est pas un contrat de contrôle. « *Stellen sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch*

d'entreprise par lequel une société anonyme ou en commandite par action s'engage à verser tout son bénéfice annuel à une autre entreprise ou encore à diriger son entreprise pour le compte de l'autre entreprise partie au contrat. L'article 292 de l'Aktiengesetz vise des formes voisines d'Unternehmensvertrag, également à l'origine d'un groupe contractuel. Tel est le cas lorsqu'une société anonyme ou en commandite par actions décide de mettre contractuellement en commun tout ou partie de ses bénéfices ou de ceux de ses établissements, avec tout ou partie de ceux d'une autre entreprise ou de ses établissements, pour se partager le bénéfice global entre elles. Il en est de même en cas de Teilgewinnabführunsvertrag, autrement dit de contrat de transfert partiel du bénéfice d'une entreprise ou de ses établissements[568] à une autre ou encore de Betriebspachtvertrag[569] ou de Betriebüberlassungsvertrag[570].

295. Le groupe contractuel n'est pas la seule forme de groupe de droit ; le groupe intégré en fait également partie.

b) Le groupe intégré ou « Eingliederung »

296. Le législateur allemand a prévu deux hypothèses dans lesquelles un groupe intégré peut être constitué. Le paragraphe 319 de l'Aktiengesetz dispose en effet que l'assemblée générale d'une société anonyme peut décider de son intégration dans une autre société, la future entreprise dominante, à condition que celle-ci ait son siège social en Allemagne et détienne la totalité des actions de la société anonyme qui souhaite être intégrée[571]. La décision d'intégration doit encore être approuvée par l'assemblée générale de la future entreprise dominante. L'approbation est en principe prise à la majorité des trois quarts du capital social de la société, sauf dispositions plus exigeantes de ses statuts[572]. L'intégration de la société à

Vertrag unter einheitliche Leitung, ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird, so ist dieser Vertrag kein Beherrschungsvertrag ».

[568] En revanche, ne constitue pas un contrat de transfert partiel de bénéfice le contrat passé avec des membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance ou encore avec des travailleurs de la société ou encore le contrat passé dans le cadre d'opérations commerciales courantes ou de contrats de licence. De même, l'accord de l'assemblée générale ne suffit pas pour que le contrat de bail d'exploitation ou le contrat de cession d'exploitation soit valable.

[569] Contrat de bail d'exploitation.

[570] Contrat de cession d'exploitation.

[571] §319 (1) de l'AktG : « *Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft kann die Eingliederung der Gesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland (Hauptgesellschaft) beschließen, wenn sich alle Aktien der Gesellschaft in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden. Auf den Beschluß sind die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über Satzungsänderungen nicht anzuwenden*».

[572] §319 (2)de l'AktG : « *Der Beschluß über die Eingliederung wird nur wirksam, wenn die Hauptversammlung der zukünftigen Hauptgesellschaft zustimmt. Der Beschluß über die Zustimmung bedarf einer Mehrheit, die*

l'entreprise dominante ne devient effective qu'à compter de l'enregistrement de l'intégration au registre du commerce[573]. L'intégration de la société à la société principale est relativement simplifiée du fait de l'absence d'associé minoritaire.

297. Le législateur allemand a encore prévu une autre hypothèse de constitution d'un groupe intégré, mais cette fois-ci en présence d'associés minoritaires. En effet, aux termes du paragraphe 320 de l'Aktiengesetz, l'assemblée générale d'une société anonyme peut décider de l'intégration de la société à une autre société ayant son siège social en Allemagne, même si cette dernière détient 95% du capital social de la société[574]. Qu'advient-il des actionnaires minoritaires et de leurs actions ? En vertu du paragraphe 320a de l'Aktiengesetz, à compter de l'enregistrement de l'intégration de la société anonyme au registre du commerce, l'intégralité des actions des actionnaires minoritaires passe entre les mains de l'entreprise dominante[575]. En contrepartie de l'exclusion des actionnaires minoritaires du capital social de la société intégrée, le législateur allemand a prévu leur indemnisation au paragraphe 320b de l'AktG. L'indemnisation peut se faire par l'attribution d'actions de l'entreprise dominante. Si l'entreprise dominante est elle-même une filiale, l'actionnaire minoritaire a le choix entre des actions de l'entreprise dominante et une indemnité en espèce.

298. La formation du groupe de droit repose sur le volontariat puisqu'elle est subordonnée à la conclusion d'un contrat de domination ou à une décision d'intégration prise en assemblée générale. Qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une décision, ces deux actes juridiques permettent de recevoir les groupes ainsi constitués dans l'ordre juridique étatique allemand, de déterminer avec précision les frontières juridiques du groupe et enfin de les soumettre à la réglementation allemande. En l'absence de contrat de domination ou de décision d'intégration, il était initialement prévu d'appliquer le droit commun des sociétés allemand dans les groupes de fait[576], afin d'inciter les groupes existants à se constituer en groupes de

---

mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Erfordernisse bestimmen. Absatz 1 Satz 2 ist anzuwenden ».

[573] §319(7) de l'AktG : « *Mit der Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft wird die Gesellschaft in die Hauptgesellschaft eingegliedert* ».

[574] §320(1) de l'AktG : « *Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft kann die Eingliederung der Gesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland auch dann beschließen, wenn sich Aktien der Gesellschaft, auf die zusammen fünfundneunzig vom Hundert des Grundkapitals entfallen, in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden. Eigene Aktien und Aktien, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören, sind vom Grundkapital abzusetzen* ».

[575] §320a de l'AktG : « *Mit der Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister gehen alle Aktien, die sich nicht in der Hand der Hauptgesellschaft befinden, auf diese über* ».

[576] En ce sens : L. Dabin, « Expérience allemande et proposition européenne », article précité, p.116. « *L'exercice de l'influence dominante d'un Konzern sans la conclusion d'un pacte de domination devait être*

droit. Le législateur allemand du 6 septembre 1965 n'a finalement pas suivi cette voie. Dans son esprit, la reconnaissance des groupes de fait ne devait pas compromettre l'attractivité du groupe contractuel.

2. Le groupe de fait

299. Malgré sa définition, la notion de groupe de fait (a) n'en présente pas moins de nombreuses difficultés d'application pratiques (b).

a) Définition du groupe de fait

300. Selon une approche négative, le groupe de fait est le groupe qui n'est constitué ni sur le fondement d'un contrat de domination ni sur celui d'une décision d'intégration. Ainsi, le paragraphe 311 de l'Aktiengesetz relatif aux groupes de fait, ne s'applique qu'aux situations dans lesquelles n'existe pas de contrat de domination. De même, le paragraphe 323 de l'Aktiengesetz exclut expressément les groupes intégrés du champ d'application des dispositions relatives aux groupes de fait. Il en résulte que les groupes de droit et les groupes de fait ne se confondent pas et obéissent à des régimes juridiques distincts[577].

301. Selon une approche positive, le groupe de fait repose sur une relation de dépendance entre une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprise(s) dominée(s). Le paragraphe 311 de l'Aktiengesetz applicable aux groupes de fait vise en effet expressément de telles relations. En reconnaissant l'existence de groupes de fait fondés sur une relation de dépendance, le droit allemand envisage donc la possibilité pour une entreprise dominante d'exercer une influence dominante[578] en l'absence de légitimité fondée sur un acte juridique

---

interdit et l'entreprise dominante ainsi que ses organes devaient supporter une responsabilité illimitée pour les dommages causés aux sociétés dépendantes ».

[577] Concernant la distinction entre les groupes contractuels et les groupes de fait, il existe néanmoins une hypothèse donnant naissance à une situation hybride. Il s'agit de la situation dans laquelle une relation de dépendance et un contrat de transfert de bénéfices coexistent. Le paragraphe 311 de l'AktG n'exclut pas de son champ d'application ces types de contrat. Il en résulte alors l'application d'un régime de responsabilité hybride empruntant certaines dispositions à l'un et l'autre des régimes de responsabilité.

[578] Par référence au paragraphe 17 de l'AktG selon lequel les entreprises dépendantes, « *Abhängige Unternehmen* », sont des entreprises juridiquement indépendantes, sur lesquelles une autre entreprise,

(contrat de domination ou décision d'intégration). En application du paragraphe 18 de l'Aktiengesetz, la relation de dépendance existante fait présumer l'existence d'un groupe, et en l'occurrence, d'un groupe de fait.

302. Malgré cette définition, les difficultés pratiques relatives à la qualification de groupe de fait et à la délimitation exacte de ses frontières ont été soulignées par la doctrine.

b) Les difficultés inhérentes à la notion

303. De l'avis général, « *les règles sur les groupes de fait se sont révélées être insuffisantes* »[579]. Face à la complexité et à la diversité des modes d'exercice d'un pouvoir de domination, il est non seulement difficile d'établir une relation de domination, mais encore les présomptions se révèlent insatisfaisantes. A la différence du groupe de droit, le groupe de fait présente une difficulté majeure : proposer une définition du groupe capable de traduire la complexité des relations de pouvoir de groupe et de tracer avec certitude ses frontières[580]. Le législateur allemand n'a pas immédiatement pris conscience de l'ampleur de la difficulté. Il comptait sur la constitution massive de groupes de droit, afin de contourner les difficultés d'application inhérentes à la définition des groupes de fait. Car, en présence d'un groupe de droit, la preuve de l'existence d'une domination et d'une direction unique n'est pas problématique : elle découle directement de la conclusion volontaire du contrat ou de l'intégration volontaire de l'assemblée générale. Ce n'est qu'avec la désaffection pour le régime juridique du groupe de droit que les problèmes posés par la définition du groupe de fait se sont révélés en pratique.

304. Initialement, le législateur allemand souhaitait inciter les groupes à conclure un contrat de domination par l'instauration d'un régime juridique *a priori* mieux adapté à la gestion

---

l'entreprise dominante ou « *herrschendes Unternehmen* », peut exercer directement ou indirectement une influence dominante.

§17(1) de l'AktG: « *Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann* » .

[579] K. J. Hopt, « Le droit des groupes de sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes », *Rev. soc.* 1987, p.381.

[580] B. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. soc.* 1973, p.586. « *On commence à s'apercevoir que poser une définition du groupe auquel doit s'appliquer un régime obligatoire est la plus grande difficulté que le législateur doit résoudre* ».

globale des groupes et à leurs contraintes de fonctionnement. En présence d'un groupe contractuel, l'entreprise dominante dispose d'un pouvoir d'injonction général sur les entreprises dominées ; en contrepartie, elle assume une obligation générale de contribution aux pertes de l'entreprise dépendante. La situation est différente dans le cadre d'un groupe de fait : il est en principe interdit à l'entreprise dominante de prendre un acte juridique ou une mesure préjudiciables à l'entreprise dominée, sauf à en compenser les inconvénients[581]. A la différence de l'entreprise dominante d'un groupe de fait, celle d'un groupe de droit n'a pas à se préoccuper des répercussions de ses actes. En simplifiant de la sorte la gestion globale du groupe de droit par rapport à celle du groupe de fait, le législateur espérait déclencher un engouement pour le groupe de droit.

305. En réalité, contrairement aux prévisions du législateur, la plupart des groupes installés en Allemagne sont des groupes de fait[582]. Cette situation s'explique principalement par le manque d'effet dissuasif de la réglementation des groupes de fait. En pratique, « *toutes les dispositions sur les groupes de fait constituent un véritable coup d'épée dans l'eau, car elles ne sont pratiquement pas appliquées* »[583]. Une première explication tient au caractère occulte des groupes de fait. Contrairement aux groupes de droit dont la constitution résulte d'un acte juridique ayant fait l'objet d'une mesure de publicité, les groupes de fait ont tendance à se maintenir dans une certaine « clandestinité ». Faute d'informations sur l'existence du groupe ou d'une relation de dépendance, il devient alors difficile pour un actionnaire minoritaire ou un créancier de l'entreprise dépendante d'établir l'existence d'une obligation de compensation à la charge de l'entreprise dominante. Certes, pour pallier cet obstacle, le droit allemand prévoit l'obligation pour le Comité de direction de l'entreprise dépendante de rendre compte, dans un rapport spécial à destination des commissaires aux comptes, de sa relation de dépendance avec une entreprise dominante et des opérations conclues avec elle ou d'autres entreprises dépendantes du même groupe. Il appartient ensuite aux commissaires aux comptes d'apprécier si ces opérations ont causé à l'entreprise dépendante un préjudice pouvant donner

---

[581] §311 (1) de l'AktG: « *Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden* » .

[582] J.-J. Daigre, « Les groupes », in J.-J. Daigre (dir.), *La modernisation du Droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, Paris, éd. Joly, 1997, p.62. « *Il semble, selon les juristes allemands eux-mêmes, que cette expérience soit un échec. Très peu de conventions de domination (groupes de droit) ont été conclues (seulement 200 à 300 contrats auraient été établis, alors que plus de 70% des sociétés anonymes allemandes seraient contrôlées, soit près de 2000)* ».

[583] A. Hirsch, « Expérience allemande et S.A. européenne »., in Association Française des Juristes d'Entreprise et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions, op. cit.*, p.157.

lieu à compensation. Dans la pratique, ce dispositif demeure insuffisant. Les commissaires aux comptes sont tributaires des informations données par la direction de l'entreprise dépendante et ne sont donc pas en mesure d'exercer un contrôle exhaustif de l'ensemble des opérations[584]. A cette explication, s'ajoutent les incertitudes inhérentes au mécanisme de la compensation. Un certain flou entoure en effet la notion de mesure désavantageuse, le rapport de causalité entre l'incitation et le préjudice ainsi que le montant de l'indemnité compensatoire. Au final, l'obligation de compensation de l'entreprise dominante n'est pas aisément mise en œuvre, dans les groupes de fait.

306. Les obstacles pratiques à la mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise dominante d'un groupe de fait expliquent le peu d'attractivité du régime juridique du groupe de droit[585]. Contrairement aux groupes de droit, l'entreprise dominante d'un groupe de fait n'assume pas de manière générale le risque économique des entreprises dépendantes, tout en exerçant sur elles une influence dominante qui donne rarement lieu à une obligation de compensation. Les grands perdants sont bien les actionnaires minoritaires et les créanciers de l'entreprise dépendante.

307. Expressément consacré et légalement défini en droit allemand, le groupe ne désigne plus une situation de fait mais bien une notion juridique à laquelle sont attachés des effets de droit. De cette démarche législative volontariste, deux principaux enseignements peuvent être tirés concernant la notion de groupe. D'une part, est démontrée la possibilité de concevoir juridiquement le groupe sans pour autant remettre en cause le principe de l'autonomie juridique des entités membres, en partant des critères de domination et de direction unique. D'autre part, la notion de groupe de fait révèle une difficulté majeure et constante de toute tentative de définition de la notion : la capacité à rendre compte de la diversité des relations de domination tout en délimitant avec certitude les frontières du groupe. Malgré un succès en demi-teinte, le droit des groupes allemand a suscité d'intenses débats juridiques en droit interne et communautaire sur l'opportunité et les modalités de mise en place d'un droit des groupes et a inspiré de nombreux projets et propositions de loi ou de directive qui, s'ils se sont finalement soldés par un échec, ont néanmoins contribué à la reconnaissance de la notion de groupe en droit positif.

---

[584] *Ibid.*, p.161.

[585] J.-J. Daigre, « Les groupes », article précité. p.62. « *La raison en viendrait de la lourdeur de la mise en œuvre du régime et de ses conséquences excessives pour la société dominante à l'égard des créanciers et des actionnaires minoritaires de filiales, qui auraient dissuadé les groupes de se faire connaître comme tels* ».

§2. Les tentatives de mise en place d'un droit des groupes inspirées du droit allemand

308. Dès la fin des années cinquante, la doctrine avait déjà relevé les perturbations que le fonctionnement des groupes était susceptible de causer à l'ordre juridique[586]. Le droit des groupes allemand a permis de poursuivre et d'intensifier la réflexion en ce domaine aussi bien en droit interne (A) qu'en droit de l'Union européenne (B). Malgré leur diversité, l'ensemble de ces propositions nourrissent toutes l'ambition de mettre en place un droit des groupes distinct du droit commun applicable et construit autour d'une notion de groupe définie de manière unitaire. Certes, l'attention s'est principalement portée sur la protection des actionnaires minoritaires et des créanciers, celle des salariés n'étant abordée, lorsqu'elle l'était, que de manière résiduelle[587]. Mais, sans nécessairement traiter spécifiquement de la situation des salariés et malgré l'échec de ces propositions, ces dernières ont contribué par la suite à faire germer l'idée d'une meilleure protection des intérêts des salariés dans les groupes.

A. En droit interne

309. Lorsque la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés est adoptée quelque mois après l'°« Aktiengesetz » du 6 septembre 1965, l'absence de dispositions sur les groupes est remarquée[588]. Il s'en est suivi de nombreuses propositions de loi en droit interne, fortement inspirées du droit allemand, parmi lesquelles les propositions de loi Cousté (1) et le rapport Marini (2) retiendront plus spécifiquement notre attention.

---

[586] M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1959 ; C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.*

[587] Même à considérer les salariés comme des créanciers de l'entité membre d'un groupe, certaines questions spécifiques au droit du travail ne peuvent être abordées dans ce cadre.

[588] Au moment de l'adoption de l'Aktiengesetz du 6 septembre 1965, la discussion sur le projet de réforme du droit des sociétés français devant l'Assemblée nationale touchait à sa fin. Il n'était dès lors plus question d'improviser un droit des groupes se rapprochant du modèle allemand et, contrairement à l'engagement du Gouvernement, aucun projet de loi relatif à un droit des groupes n'a été déposé. Sur ce point : J. Foyer, « Faut-il un droit des groupes de sociétés ? », *RJC*, 1996, p.167.

1. La proposition de loi Cousté du 9 avril 1970

310. A partir des années soixante-dix, le député Pierre-Bernard Cousté contribue à introduire en France le débat relatif à la construction d'un droit des groupes. Ce dernier dépose le 9 avril 1970 une proposition de loi[589] inspirée de l'« Aktiengesetz », peu de temps après l'adoption de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés.

311. Cette proposition part du constat d'un décalage entre la réalité économique et le droit des sociétés actuel. Malgré la progression de la concentration des entreprises, la loi du 24 juillet 1966 ne reconnaît toujours pas le groupe comme une unité économique. Cette situation contribue à léser les intérêts des actionnaires minoritaires, des créanciers et du personnel des entreprises dépendantes du groupe et place bien souvent les dirigeants des entreprises dominantes à la frontière de la légalité[590]. Consciente de l'« *urgente nécessité d'encourager la concentration* »[591] aussi bien sur le plan national qu'européen, la proposition de loi Cousté entend faciliter la constitution et le fonctionnement des groupes tout en assurant la protection des intérêts « hors groupes »[592] susceptibles d'être lésés. Malgré son échec[593], cette proposition de loi présente l'intérêt d'avoir introduit le débat relatif à la constitution d'un droit des groupes en droit français. Elle a notamment conduit à s'interroger sur la notion de groupe (a) et sur l'opportunité d'une réglementation d'ensemble des groupes distincte du droit commun (b).

---

[589] Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970 sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel. Cette proposition de loi a été suivie de la proposition n°522 du 28 juin 1978 et de la proposition n°25 du 2 juillet 1981.

[590] Ceux-ci « *ont tout lieu de craindre l'équivoque dans laquelle se déploie actuellement toute gestion de groupe et (...)* [car ils] *sont censés agir au nom de l'intérêt de chacune des sociétés affiliées, alors qu'en réalité, c'est l'intérêt de la société dominante, l'intérêt de groupe, dira-t-on, qui commande la gestion* ». Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel, « Exposé des motifs », in Association Française des Juristes d'Entreprises et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse-proposition*, *op. cit.*, p. 244.

[591] *Ibid.*, p. 244.

[592] J. Paillusseau, « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », *JCP G* 1971, I, 2401 bis, n°9.

[593] Les propositions de loi Cousté n'ont jamais été inscrites à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale et n'ont jamais fait l'objet d'un rapport de la Commission.

a) La notion de groupe

312. La proposition de loi Cousté révèle le cœur du problème de la constitution d'un droit des groupes : la notion de groupe elle-même. S'inspirant de la définition allemande du groupe[594], la proposition de loi Cousté subordonne l'existence d'un groupe à la réunion de deux critères : un lien de dépendance et une direction unique. L'article 4 de la proposition de loi dispose en effet que « *les sociétés dominantes et affiliées réunies sous une direction unique forment un groupe* »[595]. La constitution du groupe n'est subordonnée à aucune formalité : la réunion des deux critères du groupe suffit à prouver *ipso facto* l'existence du groupe. Encore faut-il être en mesure de déterminer précisément ce que recouvrent le lien de dépendance et la direction unique.

313. Le lien de dépendance est caractérisé dès lors qu'une société, la société dominante, dispose sur une autre société, la société affiliée, d'une influence lui permettant d'exercer sur celle-ci, directement ou indirectement, un pouvoir de décision par des moyens de droit ou de fait[596]. Cette dépendance est exclusivement économique : la société affiliée conserve son autonomie juridique. La nature des liens de dépendance importe moins que son résultat : l'exercice d'un pouvoir de décision. Ainsi, la dépendance peut tout aussi bien résulter de moyens juridiques comme la participation ou le contrat, que de moyens de fait comme l'union résultant de l'identité de dirigeants. La proposition de loi prévoit encore une présomption de dépendance pour les sociétés dont au moins 25% des droits de vote sont détenus par une autre société.

314. Pour établir l'existence d'un groupe, le lien de dépendance est une condition nécessaire mais pas suffisante : il doit se conjuguer avec le critère de la direction unique. « *Le lien de dépendance, certes, conditionne le groupe. Celui-ci ne peut exister sans lui ; mais il peut y avoir dépendance sans groupe, si la direction unique manque* »[597]. C'est le critère de la

---

[594] §18 de l'AktG *précité*.

[595] « Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel », in Association Française des Juristes d'Entreprises et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse-proposition, op. cit.*, p. 249.

[596] Article 1er de la Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970.

[597] Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel, « Exposé des motifs », article précité, p. 245.

direction unique qui traduit l'unité économique du groupe malgré l'autonomie juridique des entités du groupe. « *C'est de l'unité de direction qu'émaneront, tout au long de la vie du groupe, les directives qui en guideront la gestion, et en assureront, en fonction de l'intérêt global, l'unité économique* »[598].

315. Malgré les efforts de la proposition de loi, l'imprécision des critères a été soulignée. Exceptée l'existence d'une présomption de lien de dépendance, il faut bien reconnaître que le pouvoir de décision demeure une notion abstraite et imprécise et qu'il est difficile de distinguer précisément le pouvoir de décision de la direction unique. Implicitement, la proposition de loi confie à la Cour des groupes et concentrations[599] le soin de préciser, au fil de sa jurisprudence, les critères d'identification d'un groupe. Ces difficultés liées à la notion même de groupe sont d'autant plus regrettables que l'ensemble du régime juridique proposé repose sur la constatation de l'existence d'un groupe.

b) Le régime juridique du groupe

316. La philosophie générale de la proposition de loi Cousté s'inspire de celle qui anime le droit allemand : la reconnaissance de la légitimité du pouvoir de la société dominante a pour corollaire une protection accrue des « intérêts hors groupe » susceptibles d'être lésés par ce pouvoir. Un des objectifs de la proposition de loi Cousté est de faciliter la vie des groupes en leur donnant les moyens légaux de prospérer économiquement. Ainsi, le groupe reste libre d'organiser sa structure interne comme il l'entend et il est reconnu à la société dominante le pouvoir de donner des ordres à la société affiliée qui ne peut y déroger sauf cas exceptionnels comme l'infraction à la loi pénale ou à l'ordre public[600].

317. En contrepartie, la proposition de loi reconnaît un certain nombre de droits aux associés minoritaires, aux créanciers des sociétés affiliées et aux salariés. Elle laisse ainsi aux associés minoritaires le choix suivant[601] : soit se retirer de la société affiliée soit échanger les actions

[598] *Ibid.*
[599] Nouvelle juridiction spéciale chargée de connaître des litiges relatifs à l'existence d'un groupe ou à l'appartenance d'une société à un groupe et dont la création est envisagée par la proposition de loi Cousté (Titre II de la Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel).
[600] Titre VII de la Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970.
[601] Titre IV de la Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970.

de la société affiliée contre celles de la société dominante, soit recevoir une indemnité en espèce, soit enfin rester dans la société moyennant le versement d'une allocation compensatrice annuelle. Quant aux créanciers de la société affiliée[602], en cas de perte de la société affiliée, la société dominante est tenue de combler l'intégralité de ces pertes dans le mois suivant l'approbation de ces comptes et, à certaines conditions[603], la société dominante est solidairement responsable avec la société affiliée de toutes les dettes certaines et liquides dues à un tiers. En comparaison, la protection des salariés de la société affiliée paraît bien faible : la proposition de loi n'envisage que la protection des travailleurs participant aux fruits de l'expansion dans les sociétés affiliées et renvoie en la matière à la protection des associés minoritaires[604], ce qui occulte la majorité des problèmes posés par l'existence d'un groupe en droit du travail.

318. Malgré l'échec des propositions de la loi Cousté, le sénateur Philippe Marini relance le débat d'un droit des groupes dans le milieu des années quatre-vingt-dix[605].

2. Le rapport Marini : pour une modernisation du droit des sociétés

319. Dans son rapport, le sénateur Philippe Marini propose de « *faire progresser le droit des groupes* ». Il part du constat de l'absence de reconnaissance légale de la notion de groupe en droit des sociétés. Parallèlement à certaines propositions consistant à compléter des réglementations existantes et à les adapter à la réalité des groupes de sociétés[606], le rapport Marini « *se place (...) sous le signe de la rupture avec la politique législative antérieure* » en proposant de « *transposer en droit français une partie du modèle allemand* »[607]. Le rapport Marini envisage en effet la création d'un « *régime optionnel de contrôle renforcé (...) permettant d'établir un nouvel équilibre de droits et de devoirs entre sociétés mères et filiales* »[608]. Il se réfère expressément au régime et au groupe contractuel allemand. Le

[602] Titre IV de la Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970.
[603] Article 26 de la Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970 : la dette due au tiers doit être échue avant la clôture de l'exercice précédent et ne pas avoir été réglée dans les trois mois à compter de l'approbation des comptes dudit exercice.
[604] Titre V de la Proposition de loi n°1055 du 9 avril 1970.
[605] P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Paris, La Documentation Française, 1996.
[606] Notamment le régime juridique de l'approbation des comptes consolidés.
[607] J.-J. Daigre, « Les groupes », article précité, p.60.
[608] P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, *op. cit*., p.80.

contrôle renforcé proposé est en effet facultatif ; il « *suppose une libre adhésion et donc un acte fondateur* »[609]. Lorsqu'une société est contrôlée à plus des deux tiers du capital ou des droits de vote, la société dominante qui exerce ce contrôle, peut décider de se placer sous le régime juridique du « contrôle renforcé » par une « déclaration expresse ». Le « contrôle renforcé » doit permettre « *la libre circulation des actifs et d'instituer la primauté des intérêts du groupe sur ceux de la société dominée* »[610]. En contrepartie de l'exercice légitime d'un contrôle renforcé de la société dominante sur la société dominée, un certain nombre d'obligations sont mises à la charge de la société dominante.

320. D'abord, la mise en place du contrôle renforcé implique de régler au préalable la situation des éventuels actionnaires minoritaires. A cet effet, il est reconnu aux actionnaires minoritaires d'une société la possibilité d'exercer un droit de retrait unilatéral, obligatoire pour les sociétés contrôlées à plus de 95%. En l'absence d'exercice du droit de retrait, une rémunération minimum des actionnaires minoritaires, calculée en fonction des résultats et dividendes passés de la société contrôlée, est prévue ainsi que la création d'une réserve spéciale destinée à garantir leurs droits patrimoniaux. Ensuite, le régime du « contrôle renforcé » prévoit une protection des créanciers. Sans plus entrer dans le détail, il est garanti aux créanciers que « *lorsqu'ils traitent avec une filiale, ils traitent effectivement avec le groupe* »[611]. Enfin, il est à noter que les intérêts des salariés ne sont pas envisagés, sauf à les intégrer dans la catégorie des créanciers, ce qui ne suffit pas à résoudre l'intégralité des problèmes juridiques posés par les groupes en droit du travail.

321. Les dispositions du rapport Marini relatives à la mise en place d'un régime de « contrôle renforcé » optionnel reposant sur la reconnaissance d'un « groupe contractuel » n'ont pas été suivies d'effet et ont reçu un accueil réservé d'une partie de la doctrine. Ainsi, certains auteurs ont remis en question l'opportunité de la mise en place d'un régime de « contrôle renforcé » au regard du rejet par les groupes allemands du régime juridique du groupe de droit[612]. Ensuite, le champ d'application restreint du régime juridique du contrôle renforcé a également

[609] J.-F Barbiéri, « Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ? », *LPA* 5 novembre 1997, n°133, p.10.

[610] P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, op. cit.*, p.81. Sur les doutes de certains auteurs portant sur la réalité de cet intérêt de groupe, voir notamment J.-F Barbiéri, « Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ? », article précité. p.11 : « *S'il est évident que l'intérêt propre des sociétés dominées s'efface complètement devant l'omnipotence de l'actionnaire dominant, il nous paraît douteux que puisse se dégager un véritable « intérêt de groupe ». (...) les prérogatives accordées à l'actionnaire suzerain confirment notre sentiment qu'est seul privilégié l'intérêt personnel du dominant* ».

[611] P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, op. cit.*, p.81.

[612] J.-J. Daigre, « Les groupes », article précité, 62.

été souligné puisqu'il suppose la détention d'au moins deux tiers du capital ou des droits de vote par un seul actionnaire. Cette définition restrictive exclut du champ d'application de la proposition de nombreuses situations de groupe[613]. Enfin, la mise en place d'un tel régime va finalement à l'encontre de l'intérêt de constituer d'un groupe dans la mesure où il risque de faire « *perdre aux groupes ce qui fait leur intérêt essentiel pour les dirigeants, la souplesse, qui consiste à conjuguer l'indépendance juridique des sociétés et l'unité économique de l'ensemble* »[614].

322. L'influence du modèle allemand est perceptible non seulement en droit interne mais aussi en droit de l'Union européenne.

B. En droit de l'Union européenne

323. Avant d'abandonner toutes tentatives d'élaboration d'un droit des groupes distinct du droit commun (3), le projet de création d'une société anonyme européenne (1) ainsi que l'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées (2) manifestent l'intérêt porté, en son temps, par le droit communautaire à cette question.

1. Le projet de création d'une société anonyme européenne du 24 juin 1970

324. En droit communautaire, la question d'un droit des groupes a d'abord été abordée à propos d'une proposition de règlement du Conseil sur le statut des sociétés anonymes européennes, présentée le 24 juin 1970 par la Commission des Communautés européennes. « *Un Statut des sociétés européennes ne peut rester à l'écart de ces mouvements et prêter moins d'attention que les législateurs nationaux à un phénomène qui concerne plus encore des sociétés communautaires que des sociétés nationales. Attendre que toutes les réformes nationales en préparation aient abouti en cette matière, n'a paru une solution compatible ni avec le rôle que doit jouer la société européenne dans le développement économique de la Communauté, ni avec le niveau supérieur de garanties qu'elle doit offrir à ses*

[613] *Ibid.*
[614] *Ibid.*, p.63.

partenaires »[615]. La proposition de règlement du Conseil sur le statut des sociétés anonymes européennes consacre un titre VII aux groupes de sociétés et développe une notion de groupe.

325. Malgré l'influence évidente du droit des groupes allemand, le Conseil ne distingue pas les groupes de droit des groupes de fait et ne prévoit pas d'acte constitutif du groupe : le groupe existe dès lors que les éléments de la définition proposée par le Conseil sont réunis. « *La réglementation retenue dans le Statut, bien que répondant à des besoins d'ordre juridique, part toutefois de ce que le groupe est, à l'origine, un fait. Elle reconnaît ce fait, lui attribue les moyens juridiques d'agir, mais ne cherche pas à lui imposer une structure rigide* »[616]. Au sens de l'article 223 du Statut, un groupe existe lorsqu'un rapport de dépendance lie une entreprise dominante avec une ou plusieurs entreprises dominées et lorsque ces entreprises dominées sont placées sous la direction unique de l'entreprise dominante. L'article 223 précise encore qu'au moins une de ces entreprises doit être une société européenne. L'état de dépendance emporte présomption de l'existence d'un groupe[617]. Tel est le cas lorsqu'une société a la possibilité à l'égard d'une autre soit de disposer de plus de la moitié des voix attachées à l'ensemble des titres émis, soit de désigner plus de la moitié des membres de son organe de direction ou de son organe de surveillance, soit enfin d'exercer en vertu de contrats une influence prépondérante sur sa gestion. L'état de dépendance peut également résulter d'une participation majoritaire dans le capital d'une entreprise, mais la participation majoritaire n'entraîne pas de plein droit la reconnaissance d'un lien de dépendance, « *la société ayant la majorité des actions pouvant (...) s'être engagée à ne pas utiliser ses votes majoritaires ou à ne les utiliser que dans certains cas* »[618]. Il convient de noter que la direction unique n'est pas définie, ce qui laisse une grande marge d'incertitude quant à la qualification juridique de groupe.

326. En reprenant les critères de la dépendance et de la direction unique, le Conseil s'inspire ouvertement de la conception juridique allemande du groupe, mais, en contrepartie, la notion de groupe qu'elle propose souffre du même manque de précision qu'en droit allemand. Le flou entourant la notion de groupe est toutefois en partie compensé par la compétence spéciale

[615] K. Gleichmann et T. Cathala, « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *Rev. soc.* 1972, p.66.
[616] *Ibid.* p.67.
[617] Article 223, al.2 : « *Quand une entreprise est dominée par une autre selon l'article 6, il y a présomption que l'entreprise dominante et l'entreprise dominée forment un groupe* ».
[618] K. Gleichmann et T. Cathala, « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », article précité, 1972, p.68.

reconnue à la Cour de justice des Communautés européennes. Ainsi, aux termes de l'article 225, la Cour de Justice des Communautés Européennes peut être saisie d'une demande portant sur l'appartenance ou non d'une entreprise à un groupe. La décision de la Cour a un caractère déclaratif. La Cour « *ne fixe pas définitivement une situation qui pourrait évoluer par la survenance de nouveaux événements modifiant l'un des deux éléments constitutifs de l'appartenance au groupe : le lien de dépendance et la direction unique* »[619]. De plus, le monopole de compétence de la Cour de justice assure à la notion de groupe une certaine stabilité.

327. En décembre 1984, la Commission européenne présente un avant-projet de neuvième directive sur les entreprises liées qui s'inspire là encore du droit allemand des groupes.

2. L'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées

328. L'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées vise à établir un cadre permettant une gestion saine des groupes, tout en reconnaissant une protection adéquate des intérêts affectés par les opérations de groupe. Par rapport aux dispositions du Statut des sociétés anonymes européennes relatives aux groupes de sociétés, présenté le 24 juin 1970, l'avant-projet de IXe directive adopte une définition relativement rigide du groupe fondée sur la distinction entre le groupe de fait et le groupe de droit.

329. En distinguant le groupe de fait et le groupe de droit, et par là-même en proposant deux régimes juridiques distincts, l'objectif poursuivi par l'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées est d'inciter les entreprises à se placer sous le régime du groupe de droit. Le groupe de droit repose sur la conclusion d'un contrat d'affiliation ou sur la déclaration unilatérale d'une entreprise ayant acquis 90% du capital d'une société. Il est toutefois laissé la possibilité aux législations nationales de prévoir d'autres cas de constitution du groupe. Une fois le groupe de droit constitué, l'intérêt de groupe est juridiquement reconnu et justifie le pouvoir d'injonction de l'entreprise dominante sur l'entreprise dominée. En revanche, l'existence d'un groupe de fait entraîne des obligations juridiques suffisamment contraignantes pour inciter les entreprises dominantes à opter pour le statut des groupes de

[619] *Ibid.*, p.69.

droit. Une fois l'existence du groupe de droit ou de fait reconnue, les règles portant sur la sauvegarde des intérêts externes au groupe, sont applicables. Le champ d'application de l'avant-projet de IXe directive est particulièrement étendu puisqu'il ne vise pas seulement les groupes mais aussi la seule existence d'un lien inter-entreprises, sans qu'un groupe soit nécessairement constitué[620]. Ce projet est toutefois resté lettre morte.

330. Devant l'échec des tentatives de mise en place d'un droit des groupes, le droit communautaire abandonne progressivement tout projet d'élaboration d'un droit des groupes d'ensemble à l'échelle communautaire.

3. L'abandon des tentatives d'élaboration d'un droit des groupes en droit communautaire

331. Le Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés est un comité d'orientation composé d'universitaires provenant de plusieurs Etats européens. Son ambition est de « *réexaminer la question de savoir si l'Europe a besoin ou non d'un droit des groupes de sociétés et, dans l'affirmative, comment l'instaurer et à quel niveau* »[621], à partir d'un état des lieux de l'activité législative de l'Union européenne et des différents Etats-membres. L'étude du Forum Europaeum se limite au droit des sociétés et est donc principalement axé sur les questions relatives à la protection des associés minoritaires et des créanciers des filiales, à l'exclusion des intérêts des salariés d'entreprises appartenant à un groupe. La démarche suivie par le Forum Europaeum marque, d'une certaine manière, l'abandon par la doctrine communautaire de l'ambition de constituer un droit des groupes. « *Le Forum fait preuve d'une grande retenue dans ses propositions : il ne construit pas d'édifice systématique et son ambition n'est donc pas la même que dans le cas, précisément, de l'ancienne proposition de neuvième directive : le Forum part de tel ou tel problème particulier et s'efforce de normaliser différents aspects dont la réglementation s'est avérée nécessaire pour la réalisation du marché unique de l'union européenne* »[622].

---

[620] S. Mousoulas, « Appréciation critique de l'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées », *LPA* 29 juillet 1988, n°91, p.44.
[621] Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », *Rev. soc.* 1999, p.53.
[622] *Ibid.*, p.59.

332. L'abandon par le droit européen de la mise en place d'un droit des groupes a par la suite été expressément confirmé par la Commission européenne dans une communication du 21 mai 2003 intitulé « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne. Un plan pour avancer »[623]. Cette communication fait suite au rapport Winter[624] favorable à une absence de législation communautaire autonome des groupes. Celui-ci « *recommande plutôt à la Commission d'examiner les possibilités de modifier certaines dispositions actuelles du droit des sociétés afin de prendre en compte certains problèmes particuliers* »[625].

333. **En conclusion**, l'adoption par l'Allemagne d'un droit des groupes d'ensemble construit autour d'une définition unitaire du groupe a agi comme un coup de tonnerre dans le monde juridique de l'époque et a permis de poser avec acuité la question des modalités de mise en place d'un droit des groupes en droit interne et communautaire. La question serait avant tout d'ordre méthodologique : soit, à l'instar du droit allemand, il est procédé à la construction d'un droit des groupes autonomes du droit commun, soit il est procédé à une adaptation des règles du droit commun à la particularité des situations de groupe[626]. L'échec des tentatives de constitution d'un droit des groupes inspirées du modèle allemand, en partie lié au succès en demi-teinte de ce même modèle, ont finalement conduit à abandonner l'idée d'un droit des groupes d'ensemble en droit français et communautaire, au profit d'une méthodologie ponctuelle du droit des groupes. Est-ce à dire que la notion de groupe serait devenue inutile, « *le groupe ne [constituant] nullement un présupposé de l'application de la règle de droit en cause* »[627] mais « *qu'un contexte particulier d'application du droit commun* » nécessitant une simple adaptation de la règle de droit ?

---

[623] Com/2003/0284 final/ « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer », `http://ec.europa.eu`.

[624] Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés présidé par Jaap Winter, *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés*, 4 novembre 2002, `http://ec.europa.eu`.

[625] *Ibid.*, p.110.

[626] O. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », article précité, p.578 ; Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », article précité : .« *Il ne se trouve pratiquement plus de pays développé où l'on minimise les risques spécifiques de cette dépendance pour les associés minoritaires et les créanciers. Il subsiste néanmoins des différences fondamentales par rapport au droit allemand sur le plan de la démarche adoptée : on part du droit civil, du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité en vigueur dans les autres Etats et on en adapte les règles (le plus souvent par voie d'interprétation judiciaire extensive) aux particularités des situations de groupe afin de contrer de façon adéquate et efficace, mais avec souplesse les risques spécifiques à ces situations* ».

[627] O. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », article précité

334. Parmi les branches du droit concernées par le fonctionnement des groupes, toutes n'ont pas consacré une notion juridique de groupe. Certaines, à l'instar du droit des sociétés, font l'économie de la notion de groupe et se contentent d'attacher des effets juridiques à l'existence de liens, préalablement définis, entre des entités juridiquement autonomes, en vue de protéger les intérêts des actionnaires minoritaires ou des créanciers. Dans ce cas, « *la notion de groupe n'est pas un élément nécessaire à l'application de la règle ; elle se trouve induite ou produite par la qualification de la relation unissant les deux sociétés* » [628]. Mais, simultanément ou presque, de nombreuses branches du droit intéressées par la constitution et le fonctionnement des groupes, ont reconnu expressément une notion juridique de groupe à laquelle des effets juridiques sont attachés. La multiplication des références expresses à la notion de groupe dans différentes branches du droit traduit l'existence d'un mouvement général de reconnaissance de la notion, indissociable de la méthodologie adoptée, et auquel se rattache la consécration de la notion de groupe en droit du travail.

335. Le traitement juridique de la notion de groupe en droit du travail est, en d'autres termes, indissociable de son environnement juridique : ici se combinent les effets de débats juridiques relatifs à la notion de groupe et ceux d'une méthodologie ponctuelle du droit des groupes. Les différents projets et propositions de loi ou de directive ainsi que les débats doctrinaux qu'ils ont suscités ont sans aucun doute constitué un terreau favorable à l'émergence en droit positif d'une notion juridique de groupe. Parallèlement, le choix d'une méthodologie ponctuelle[629] et l'absence de mise en place d'un droit des groupes reposant sur une conception unitaire du groupe ont favorisé l'apparition d'une pluralité de notions de groupe propres à chaque branche du droit et dont il convient de prendre à présent la mesure.

[628] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.128.

[629] Expression empruntée à D. Vidal, « Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés », *LPA* 30 juin 1993, n°78, p.17.

Section 2. La multiplication des références expresses à la notion de groupe en droit positif

336. En l'absence de construction d'un droit des groupes reposant sur une définition homogène du groupe applicable toutes branches du droit confondues, la reconnaissance juridique de la notion de groupe s'est faite de manière ponctuelle, branche par branche, favorisant de la sorte l'émergence d'une notion à la polysémie marquée. « *Réalité juridique à géométrie variable* »[630], le groupe s'apparente à une mosaïque de périmètres ne se recoupant que partiellement. La prise en compte des relations entre sociétés (§1) constitue le socle à partir duquel la notion de groupe a pu se construire en droit positif, malgré l'absence de conception unitaire du groupe (§2).

§1. La prise en compte des relations entre sociétés

337. Les relations entre sociétés sont principalement saisies par l'intermédiaire des notions de détention en capital (A) et de contrôle (B).

A. La notion de détention en capital

338. En s'inspirant de la loi du 24 juillet 1966 en droit des sociétés (1), le droit fiscal (2) et le droit bancaire (3) vont également s'appuyer sur le critère de la détention en capital pour tenir compte des relations inter-entreprises, sans pour autant consacrer expressément une notion de groupe.

[630] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 2006, 18e éd., p.596.

1. En droit des sociétés

339. Tout en réaffirmant le principe de l'autonomie juridique des sociétés, la loi du 24 juillet 1966 définit un certain nombre de relations inter-sociétaires reposant sur un lien en capital. Malgré l'absence de consécration juridique de la notion de groupe, la loi du 24 juillet 1966 introduit pour la première fois en droit positif l'idée de groupe de sociétés. La définition de relations inter-sociétaires fondées sur une détention en capital ne vise donc pas à reconnaître juridiquement le groupe mais à éviter que de telles relations ne perturbent l'application de règles impératives. Les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 vont néanmoins contribuer à l'émergence de la notion de groupe dans d'autres branches du droit qui vont tenir compte, à des degrés divers, de ce critère. Ainsi, même si le groupe n'est pas une notion juridique du droit des sociétés, les notions sociétaires de filiale et de participation permettent de saisir des relations inter-sociétaires qui structurent fréquemment les groupes. Elles désignent des moyens de contrôle[631] qui reposent sur la détention d'une certaine fraction du capital d'une société par une autre.

340. En vertu de l'article L.233-1 du Code de commerce, « *lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée (...) comme filiale de la première* ». Et, selon l'article L.233-2 du Code de commerce, « *lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50%, la première est considérée (...) comme ayant une participation dans la seconde* ». Le Code de commerce interdit les participations réciproques[632], renforçant ainsi la perception de la détention en capital comme un moyen d'exercer un pouvoir[633]. Dans le même sens, le législateur distingue encore entre les titres de placement et les titres de participation. « *En pratique, la différence entre titres de participation et titres de placement concerne le mobile de leur détention : les*

[631] S. Storck, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. soc.* 1986, p.392.

[632] Articles L.233-29 à L.233-31 du Code de commerce.

[633] La portée de l'interdiction des participations réciproques est toutefois limitée. D'une part l'interdiction ne vaut pas si l'une des sociétés est étrangère et d'autre part le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse des participations circulaires ou triangulaires. Voir en ce sens : M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 585, n°1343 : « *Il suffit donc d'insérer une troisième société entre les deux autres pour que les participations réciproques entre ces différentes sociétés ne tombent plus sous le coup de l'article L. 233-29 ou de l'article L. 233-30* ».

premiers sont le moyen d'un accès au pouvoir, même très partiel, dans la société, d'une participation à la vie sociale ; les seconds sont l'objet d'un placement financier »[634].

2. En droit fiscal

341. Ponctuellement, le Code Général des Impôts prévoit des tempéraments au principe de la personnalité de l'impôt, notamment entre les sociétés mères et filiales. Le régime des sociétés mères et filiales a pour objet d'éviter une double imposition des dividendes dégagés par les filiales, étrangères ou non, d'une société mère ayant son siège social en France, en exonérant ces dividendes perçus par la société mère d'impôt sur les sociétés, lorsqu'ils ont déjà été imposés[635]. Selon l'article 145 du Code Général des Impôts, une relation de société mère à filiale existe dès lors qu'une société détient au moins 5% du capital d'une société pendant un délai d'au moins deux ans ou à la condition que les titres de participation soient nominatifs ou aient été déposés dans un établissement désigné par l'administration.

342. Par rapport à la définition de la filiale en droit des sociétés, la relation est ici largement entendue puisque le régime s'applique à partir d'une participation en capital extrêmement faible, sans autre exigence. A l'instar du droit des sociétés, le droit fiscal ne semble pas, pour ce qui est du régime des sociétés mères et filiales, consacrer une notion juridique de groupe fondée sur une relation de pouvoir ou doté d'une véritable unité économique. Les effets de droit sont attachés à la seule détention en capital d'au moins 5%. Ce seul critère ne permet pas, par exemple, de distinguer une relation de pouvoir entre deux entités juridiquement autonomes du simple placement financier. Il ne saurait suffire à caractériser l'existence d'un groupe, sauf à retenir une conception extrêmement extensive de la notion de nature à la priver de toute caractéristique.

[634] D. Vidal, « Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés », article précité, p.20.
[635] Article 216 du Code Général des Impôts.

3. En droit bancaire

343. Dans les groupes, notamment ceux d'une certaine importance, la pratique consistant à mettre en commun la trésorerie de l'ensemble des entités du groupe s'est développée. Elle permet en particulier au groupe de redistribuer l'excédent de trésorerie des sociétés prospères aux sociétés « sœurs » économiquement fragilisées ou encore de soutenir d'importants projets d'investissements de certaines sociétés du groupe par des prêts intra-groupe aux conditions avantageuses[636]. Néanmoins, certains doutes relatifs à la légalité de ces opérations de trésorerie intra-groupes persistaient[637]. Il convenait en effet de déterminer si de telles opérations constituaient des opérations de banque contrevenant au principe du monopole bancaire.

344. La loi du 24 janvier 1984[638] lève les incertitudes. L'article L.511-5 du Code monétaire et financier rappelle le principe du monopole bancaire et interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel ou encore de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme. Par exception à ce principe, l'article L.511-7, 3° du Code monétaire et financier dispose que cette interdiction ne fait « *pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* ». Cette disposition a pour effet de ne pas entraver la constitution et le fonctionnement des groupes, en leur garantissant la légalité de la mutualisation des bénéfices des sociétés du groupe et leur répartition selon les besoins des sociétés du groupe et la stratégie de groupe mise en œuvre. La liberté d'action laissée aux groupes est appréciable. En effet, selon le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (C.E.C.E.I.), organisme décisionnel chargé d'assurer la mise en œuvre et le respect de la réglementation bancaire par les établissements de crédit, les dispositions de l'article L. 511-7, 3° du Code

[636] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés, op. cit.*, p.596. « *Il est fréquent que soit mis en place un pool de trésorerie afin d'assurer une gestion centralisée, par la société holding, des ressources et des besoins financiers de chacune des entités. Ces dernières mettent leur excédent de trésorerie à disposition de la société holding sous forme de prêt et contractent des emprunts auprès de celle-ci en cas de besoin de trésorerie* ».

[637] Incertitudes sur le sens et la portée de l'interprétation de la loi de 1941 par le Comité d'organisation professionnelle des banques du 7 octobre 1941. Voir notamment sur ce point : A. Viandier, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés (étude de deux confirmations récentes », *JCP* G 1985, I, 3188.

[638] Loi n°84-46 du 24 janvier 1984, *JCP G* 1984, III, 55250.

« *doivent être interprétées sans aucune restriction. Elles permettent tous les types d'opérations, quelle que soit leur durée, à court, moyen ou long terme, et quelle que soit leur forme, les opérations pouvant être aussi bien des prêts directs que des engagements par signature* »[639].

345. Contrairement à la loi du 24 juillet 1966 qui définit les notions de filiale et de participation, l'article L. 511-7,3° du Code Monétaire et Financier ne fixe pas le taux de détention en capital. « *Cette condition est très pragmatique parce que l'on sait que le contrôle que l'on peut exercer sur une autre société ne nécessite pas toujours une détention importante du capital social* », pourvu qu'existe un « *pouvoir de contrôle effectif* ». Mais, la loi ne définit pas ce pouvoir de contrôle effectif et ne renvoie pas aux définitions existantes du contrôle. La détention en capital associée au pouvoir de contrôle effectif désigne « *la maîtrise que la première exerce sur les décisions de la seconde, décisions des organes de gestion ou résolutions des assemblées d'actionnaires, quelle que soit la part de capital détenue* »[640]. Il s'agit alors pour les juges de se prononcer, société par société, sur l'existence d'un pouvoir de contrôle, à partir d'éléments de fait. Quoiqu'il en soit, ne concevoir l'existence de relations inter-entreprises qu'à travers le prisme de la détention en capital est assez réducteur dans la mesure où il existe d'autres moyens, de fait ou de droit, permettant l'exercice d'un contrôle effectif, même en l'absence de participation en capital. Par une interprétation extensive des textes, la Cour de cassation a du reste admis, sur le fondement de l'article L.511-7, 3 du Code monétaire et financier, la licéité d'une convention de trésorerie entre deux sociétés sans lien en capital, dès lors qu'une même personne physique, dirigeant les deux sociétés, contrôle ces sociétés par des participations directes[641].

346. En l'absence de précision, il est communément admis que l'article L.511-7, 3° du Code Monétaire et Financier n'impose pas de sens particulier à l'opération de trésorerie : la société prêteuse peut tout aussi bien être dominée que dominante, dès lors qu'une relation de pouvoir effective existe, basée sur une relation capitalistique. En revanche, des incertitudes demeurent quant à la légalité d'opérations de trésorerie entre des entreprises « sœurs », c'est-à-dire entre

[639] Rapport annuel du CECEI de 2005, p.53, http://www.cecei.org Pour une autre approche de la notion d'opération de trésorerie : C. Gavalda, « Les crédits dits intragroupes », *Revue de droit bancaire et bourse*, sept.-oct. 1991, n°27, p.171, qui semble implicitement considérer que la notion de trésorerie exclut les dépôts de fonds pour ne comprendre que les opérations de crédit.

[640] A. Viandier, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés (étude de deux confirmations récentes », article précité. n°8.

[641] Cass. com., 10 décembre 2003, n°02-134449, inédit, Légifrance.

des entreprises qui, tout en appartenant à un même groupe, ne sont liées entre elles ni par des liens en capital ni par un contrôle effectif de l'une sur l'autre. En principe, la licéité des opérations de trésorerie découle de la conjugaison d'une détention en capital et d'un pouvoir de contrôle effectif. « *Il sera donc indispensable de mettre en place une opération triangulaire et de transiter par la société mère pour réaliser l'aide en trésorerie* » alors qu'un tel détour par la société mère aurait pu être évité en faisant « *dépendre de la nature du groupe pris dans son ensemble, la licéité des opérations de trésoreries internes* »[642] entre tous les membres du groupe. Privilégiant une interprétation extensive de l'article L.511-7, 3° du Code monétaire et financier, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (C.E.C.E.I.) admet quant à lui la licéité des « *opérations entre toutes les sociétés appartenant à un groupe, même entre sociétés qui n'ont pas de lien de capital direct entre elles* ». Ainsi, selon ce comité, les opérations de réception de fonds ou de crédit internes à un groupe peuvent être réalisées par une « société pivot », qui n'a pas besoin d'un agrément d'établissement de crédit même si elle emprunte une partie de ses ressources auprès d'établissements de crédit ou sur le marché financier, pourvu qu'elle ne consente pas de crédits à des tiers extérieurs au groupe[643].

347. En l'état actuel du dispositif légal et en l'absence de consécration expresse d'une notion juridique du groupe, toutes les conséquences juridiques de l'existence d'un groupe ne semblent pas tirées, l'accent étant davantage mis sur les relations inter-entreprises de détention en capital que sur la reconnaissance de l'unité économique du groupe.

348. La prise en compte des relations inter-entreprises a été enrichie par l'introduction de la notion de contrôle.

[642] A. Viandier, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés (étude de deux confirmations récentes », article précité, n°8 et 10.
[643] Rapport annuel du CECEI de 2005, p.53, http://www.CECEI.org.

B. La notion légale de contrôle

349. Malgré la place incontestable qu'elle occupe, la notion de contrôle n'est pas unitaire en droit français. « *Par souci de pragmatisme, le législateur ne s'est pas contenté d'une seule notion de contrôle : celle décrivant la maîtrise d'une société par une autre. Ce concept a dû être décliné en fonction de la réalité pratique des sociétés et des objectifs visés* »[644]. En 1985, le législateur a en effet introduit, dans le Code de commerce, deux notions distinctes de contrôle : l'une à vocation comptable destinée à l'établissement des comptes consolidés et l'autre relative au fonctionnement des sociétés destinée à l'application des dispositions relatives aux notifications, informations[645] et participations réciproques[646]. Il s'agit respectivement des articles L.233-3 (1) et L.233-16 du Code de commerce (2).

1. Le contrôle en droit des sociétés

350. Même s'il ne consacre pas de notion de groupe, l'article L. 233-3 du Code de commerce[647] constitue à bien des égards la clef de voûte de la réglementation sur les groupes en droit des sociétés. Cet article sert de référence non seulement à la mise en œuvre des dispositions relatives aux notifications, informations, et participations croisées, mais aussi, à l'application des principes des conventions réglementées dans les sociétés par actions[648], à la mise en œuvre de l'expertise de gestion dans une société anonyme ou une société en commandite par actions[649], au calcul du nombre d'actions détenues, dans une société cotée, par une holding et les sociétés qu'elle contrôle[650] et enfin à présumer l'action de concert[651]. Sans consacrer expressément de notion de groupe, le droit des sociétés précise les moyens d'exercice d'un pouvoir de contrôle d'une société sur une autre. Dorénavant, le pouvoir de

[644] J.-P. Dom, « Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 », *Rev. soc.* 2002, p.1s.
[645] Articles L.233-6 à L.233-15 du Code de commerce.
[646] Articles L.233-29 à L.233-31 du Code de commerce.
[647] Cet article a été introduit par la loi n°85-705 du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions, art 3, *JO* du 13 juillet 1985, puis modifié par la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, art 33 (V), *JO* du 27 juillet 2005.
[648] Articles L.225-38, L.225-86, L.226-10 et L.227-10 du Code de commerce.
[649] Article L.225-231 du Code de commerce.
[650] Article L.233-9, 2° du Code de commerce.
[651] Article L.233-10 du Code de commerce.

contrôle s'apprécie aussi en considération des droits de vote détenus par une société dans une autre société (a) et du pouvoir de désigner les dirigeants de la société (b).

a) Le contrôle par les droits de vote

351. La détention de la majorité des droits de vote permet à une société d'exercer un pouvoir de contrôle, en lui offrant la possibilité matérielle d'imposer ses décisions dans les assemblées générales de la société ainsi contrôlée[652]. La majorité des droits de vote donne à une société les moyens effectifs de contrôler une autre société. Plusieurs situations différentes permettant d'acquérir la majorité des droits de vote sont envisagées. Il s'agit soit de la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales, soit d'un accord attribuant la majorité des droits de vote, conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société.

352. Une relation de contrôle peut également exister, en l'absence de détention majoritaire des droits de vote, en présence d'un pouvoir de fait, permettant à la société dominante, ou à deux ou plusieurs personnes agissant de concert, de déterminer les décisions dans les assemblées générales. L'article L. 233-3, II du Code de commerce prévoit également une présomption de contrôle lorsqu'une société dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

353. Une relation de contrôle est également établie en présence du pouvoir de désigner les dirigeants de la société.

b) Le contrôle par le pouvoir de désigner les dirigeants de la société

354. Le contrôle n'implique pas nécessairement la détention de droits de vote significatifs. Il peut également se traduire par le pouvoir pour une société, associée ou actionnaire, de

[652] M. Storck, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », article précité, p.393.

nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de la société contrôlée.

355. Malgré une terminologie identique, l'article L. 233-16 du Code de commerce propose une définition de la notion de contrôle distincte de celle de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

2. Le contrôle en droit comptable

356. Introduit par la loi du 3 janvier 1985[653], l'article L. 233-16 du Code de commerce définit la notion de contrôle pour les besoins de la consolidation des comptes et introduit la notion d'influence notable. Les dispositions de l'article L. 233-16 du Code de commerce procèdent de la transposition de la septième directive du Conseil du 13 juin 1983 relative aux comptes consolidés[654]. L'objectif poursuivi est d'offrir aux actionnaires et aux tiers l'information la plus fidèle possible sur la situation économique de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation. La consolidation des comptes consiste alors en « *la reprise intégrale des éléments d'actif et de passif, des produits et des charges de ces entreprises, avec mention distincte des intérêts des personnes hors de cet ensemble* » et tient compte *« des corrections nécessaires (...) à effectuer pour éliminer les effets des relations financières avec les entreprises consolidées* ». Concrètement, la consolidation des comptes a pour but et pour effet d'éliminer les conséquences des échanges entre les entreprises du groupe (créances et dettes réciproques, profits internes), d'homogénéiser les pratiques comptables des entreprises et de favoriser l'aspect économique des transactions sans tenir compte des exigences fiscales de la comptabilité, et enfin d'éliminer les détentions de titres des sociétés entre elles[655]. En ce sens, la consolidation des comptes privilégie une approche économique du groupe sur les formes juridiques.

[653] Loi n°85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques, *JO* du 4 janvier 1985. L'article L.233-16 du Code de commerce a par la suite été modifié par la loi n°2003-706 du 1er août 2003 – article 136 (V) *JO* du 2 août 2003.

[654] Dir. CE 83/349, du 13 juin 1983, *JOCE* n° L.193, 18 juillet 1983.

[655] La fraction de capital social d'une filiale et ses titres de participation détenus par la société mère sont par exemple annulés. Lorsque la société mère ne détient pas la totalité du capital de la société fille, la portion non détenue apparaît au passif du bilan sous la dénomination « intérêt minoritaire ».

357. L'obligation pour une entreprise de présenter des comptes consolidés s'impose, selon l'article L. 233-16 du Code de commerce[656], dès lors qu'une entreprise exerce sur une ou plusieurs entreprises un contrôle, exclusif ou conjoint, (a) ou une influence notable (b). Le périmètre de consolidation comprend alors l'entreprise consolidante sur laquelle pèse l'obligation de consolider et les entreprises consolidées sur lesquelles s'exerce directement ou indirectement un contrôle ou une influence notable.

a) L'exercice d'un contrôle

358. La définition du contrôle exclusif de l'article L. 233-16-II du Code de commerce diffère quelque peu de celle de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Certes, l'article L. 233-16-II retient, à l'instar de l'article L. 233-3, la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote comme critère du contrôle exclusif, mais il précise le critère de la désignation de la majorité des dirigeants d'entreprise et introduit le critère de l'influence dominante.

359. Concernant le critère de la désignation de la majorité des dirigeants d'entreprise, l'article L.233-16 du Code de commerce exige que le pouvoir de nomination ou de révocation des dirigeants soit exercé pendant deux exercices successifs, ce qui constitue une condition supplémentaire par rapport à l'article L. 233-3 du Code de commerce. De plus, la présomption de contrôle qui joue lorsque la société détient, directement ou indirectement, 40% des droits de vote et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne, n'est pas généralisée à l'ensemble des situations de contrôle exclusif énumérées mais à la seule désignation des dirigeants de l'entreprise pendant les deux exercices successifs.

[656] L'article L. 233-16 du Code de commerce ne s'applique pas uniquement à la consolidation des comptes, de nombreuses dispositions légales renvoient également à cet article. Tel est notamment le cas de la limitation du cumul des mandats, de la transparence des avantages et rémunérations reçus des sociétés du groupe par les mandataires d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, ou encore de la transparence des stock-options consenties par les sociétés contrôlées aux mandataires sociaux d'une société contrôlante.

Sur la limitation du cumul des mandats : article L.225-21 du Code de commerce pour les administrateurs, Article L.225-54-1 du Code de commerce pour les directeurs généraux, article L.225-67 du Code de commerce pour les membres du directoire ou les directeurs généraux uniques, article L.225-77 du Code de commerce pour les membres du conseil de surveillance, article L.225-94-1 du Code de commerce pour le cumul global.

Sur transparence des avantages et rémunérations reçus des sociétés du groupe par les mandataires d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions : article L.225-102-1 du Code de commerce.

Sur la transparence des stock-options consenties par les sociétés contrôlées aux mandataires sociaux d'une société contrôlante : article L.225-184 du Code de commerce.

360. Concernant ensuite le critère de l'influence dominante, il permet d'établir l'existence d'un contrôle par d'autres moyens que les seuls votes en assemblée. Les moyens du contrôle sont donc ici élargis à la possibilité d'exercer une influence dominante sur une entreprise « *en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet* ». Dans sa version initiale, l'article L. 233-16 du Code de commerce conditionnait l'existence de l'influence dominante à la qualité d'actionnaire ou d'associé de la société consolidante. Depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003[657], l'entreprise qui exerce une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires n'a plus à être actionnaire ou associé de l'entreprise placée sous son contrôle exclusif. L'existence d'un contrôle contractuel donnant lieu à une obligation de consolidation comptable est admise, même en l'absence de détention en capital ou de droits de vote. C'est aussi reconnaître la possibilité pour un ensemble d'entreprises de se constituer indépendamment de l'existence de relations capitalistiques. Cette modification législative est motivée par le souci d'éviter l'exclusion artificielle d'« entités *ad hoc* »[658] dans le périmètre de consolidation, en l'absence de tout lien capitalistique[659]. Compte tenu de l'esprit de la loi et du règlement n°99-02 du 29 avril 1999 du Comité de la Réglementation Comptable, ce contrôle contractuel ne devrait pas étendre l'obligation d'établir des comptes consolidés à tous les ensembles d'entreprises reposant sur des liens autres que capitalistiques[660].

361. Enfin, le contrôle conjoint désigne le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

---

[657] Loi de sécurité financière n°2003-706 du 1er août 2003, *JO* n°177 du 2 août 2003.

[658] Comité de la Réglementation Comptable, Règlement n°99-02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, Annexe, §10052 : « *Une entité ad hoc est une structure juridique distincte, créée spécifiquement pour gérer une opération ou un groupe d'opérations similaires pour le compte d'une entreprise. L'entité ad hoc est structurée ou organisée de manière telle que son activité n'est en fait exercée que pour le compte de cette entreprise, par mise à disposition d'actifs ou fourniture de biens, de services ou de capitaux* ».

[659] L'article 133 de la loi de sécurité financière du 1er août 2003 a en effet été adopté en réaction aux montages élaborés par le groupe Enron aux Etats-Unis. En ce sens : Rapport d'information du Sénat n°431, « La loi de sécurité financière : un an après », du 27 juillet 2004, *www.senat.fr*.

[660] Comité de la Réglementation Comptable, Règlement n°99-02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, Annexe, §10052. Concernant les entités ad hoc, le contrôle est établi si deux des trois critères suivant sont reconnus à l'entreprise chargée de la consolidation : le pouvoir de décision, le bénéfice de la majorité des avantages économiques, le poids de la majorité des risques. Le comité de la réglementation comptable a pris le soin de préciser que les entreprises combinées ne sont pas des entreprises ad hoc.

b) L'exercice d'une influence notable

362. L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

363. Les différentes conceptions légales du contrôle sont plus une affaire de seuils fixés par le législateur que le signe de divergences profondes. Selon Michel Storck, « *malgré leur diversité, les approches légales de la notion de contrôle convergent autour d'une même idée directrice : une personne physique ou morale est investie d'un pouvoir souverain de direction, de commandement, au sein d'une société juridiquement autonome* »[661]. « *Si la notion de contrôle est fluctuante (...), elle répond néanmoins à des données constantes : en dépit de la pluralité des modes de preuve, il se dégage une notion légale de contrôle qui est une forme d'exercice direct, indirect, virtuel ou effectif du pouvoir majoritaire, reposant sur la tête d'une seule et même personne* »[662] ou, en présence d'un contrôle conjoint, de plusieurs personnes se partageant le pouvoir de direction et définissant ensemble une politique commune.

364. La prise en compte des relations inter-entreprises par l'intermédiaire de la détention en capital et du contrôle a favorisé l'émergence d'une notion de groupe dans différentes branches du droit.

[661] M. Storck, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », article précité, p.394.
[662] *Ibid.*, p.396.

§2. L'absence de conception unitaire du groupe

365. Malgré l'absence de conception unitaire du groupe, un consensus se dessine autour d'une certaine représentation du groupe (A) à partir de laquelle une pluralité de notions de groupe a pu s'épanouir (B).

A. Le consensus autour d'une certaine représentation du groupe

366. En dépit de leur diversité et parfois même de l'incertitude de leur définition, les différentes approches de la notion de groupe présentent un certain nombre de traits communs. Ensemble composé d'entités juridiquement autonomes, le groupe est appréhendé comme une structure de domination de type pyramidal (1) qui relève d'une représentation sélective du groupe (2) que l'analyse empirique des faits conduit à relativiser.

1. Une structure de domination de type pyramidal

367. Cette représentation du groupe est une constante du droit positif qui permet de distinguer le groupe de formes organisationnelles voisines reposant sur des relations de coopération égalitaires. Le pouvoir de domination se concentre entre les mains d'une entité membre placée au sommet de la pyramide et à qui incombe la tâche d'assurer une unité de décision économique par l'exercice effectif de son pouvoir sur les autres entités membres du groupe. Relations de domination et unité de direction se combinent ici pour donner naissance au groupe. C'est par l'intermédiaire des liens qui unissent les entités membres à l'entité membre tête du groupe que la notion de groupe s'est construite en droit positif. Seuls les liens plaçant une entité sous le contrôle[663] d'une autre sont pris en compte, ce qui permet de

[663] Empruntée à la terminologie anglo-saxonne, la notion de contrôle peut avoir deux sens différents et souvent confondus. Elle peut soit désigner le pouvoir qu'une entité détient ou exerce sur une autre, sens retenu ici, soit les moyens qui permettent à cette entité d'exercer ce pouvoir. Prise dans son premier sens, la notion de contrôle peut recouvrir des situations plus vastes que les hypothèses légales du contrôle qui offrent une sélection des relations de pouvoir pouvant s'instaurer entre des entités juridiquement autonomes.

distinguer le groupe d'autres unités organisationnelles voisines reposant sur des relations de coopération égalitaires[664]. « *Déterminer l'appartenance à un groupe, c'est en premier lieu et au premier chef constater l'existence d'un contrôle exercé de société à société* »[665]. Là aussi, c'est une certaine représentation du groupe qui est privilégiée, les relations de domination caractérisant le groupe étant identifiées à partir des notions de détention en capital et de contrôle.

368. La détention en capital a été le premier critère permettant d'identifier une structure de groupe. Elle « *donne déjà un certain droit de regard de la société participante sur l'autre, et même une certaine aptitude – celle de tout actionnaire – à s'immiscer dans la vie sociale. Toute participation au capital donne ainsi naissance à une dépendance plus ou moins forte à l'égard de la société participante* »[666], de nature à imposer une unité de décision économique de groupe. Certaines branches du droit retiennent le critère de la détention en capital pour définir le groupe. Certes, ce critère présente l'avantage de circonscrire avec certitude un périmètre de groupe par la fixation d'un taux minimum de participation, mais il ne rend pas compte de la complexité de certaines situations. Entendu trop strictement, ce critère risque d'exclure arbitrairement des entreprises du groupe, tandis que, s'il est entendu trop largement, il risque d'intégrer dans le groupe des entreprises qui lui sont étrangères.

369. De plus, la détention en capital ne suffit pas toujours à elle seule à établir l'appartenance d'une entité à un groupe. La détention en capital, même majoritaire, n'est pas toujours « *un signe distinctif et infaillible d'appartenance à un groupe* »[667]. « *L'importance de la participation dans le capital vise indirectement à déterminer le nombre de voix détenues par l'entreprise dominante dans la société contrôlée* » [668]. Or, il peut arriver que les droits de vote ne soient pas proportionnels à la participation au capital. Des dispositions légales consacrant l'existence de certaines formes de valeurs mobilières ne permettent plus d'établir une correspondance parfaite entre les droits de vote et le nombre d'actions détenues dans une

[664] Roger Houin distingue ainsi les groupes des « *ententes, accords, conventions de coordination, de coopération (associations, sociétés, groupement d'intérêt économique, filiales communes et sociétés de sociétés, simples accords) qui ne réalisent l'unité d'action que sur la base d'accords entre sociétés demeurant autonomes et non sur la base de moyens de domination* ». R. Houin, « Perspectives générales d'une action de lege ferenda », article précité, p. 360.

[665] C. Champaud, « Recherche des critères d'appartenance à un groupe », article précité, p.28.

[666] R. Houin, « Synthèse des travaux », in Association française des juristes d'entreprise et Centre de droit des affaires de Rennes, *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Proposition, op. cit.*, p.209.

[667] C. Champaud, « Recherche des critères d'appartenance à un groupe », article précité, p.32.

[668] M. Storck, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », article précité, p.393.

société. Tel est le cas notamment des actions à droit de vote double ou plural[669], de la possibilité d'instituer des dérogations statutaires à la règle de la proportionnalité des voix à la quotité du capital[670], de la possibilité de fractionner des actions en certificats d'investissement et en certificats de droit de vote[671], des pactes d'actionnaires ou encore de l'exercice d'un droit de veto conférant des droits de vote inégalitaires. Ensuite, il se peut également, qu'en raison de l'absentéisme des associés dans les assemblées générales ou de la dilution du capital social entre un nombre important d'actionnaires, un actionnaire minoritaire dispose effectivement du pouvoir d'imposer ses décisions dans les assemblées générales de la société. Un associé majoritaire peut très bien être minoritaire dans les votes et inversement un associé minoritaire en capital peut se retrouver majoritaire dans les votes. Comme le souligne Michel Storck, le seuil de participation dans le capital pour établir l'existence d'un contrôle devrait « *être fixé cas par cas, en fonction de la dispersion du capital de la société dans le public et du taux d'absentéisme aux assemblées générales* »[672]. Si, dans un premier temps, le lien d'appartenance à un groupe reposait exclusivement[673] sur la détention en capital, ses limites ont favorisé la multiplication des références au contrôle pour délimiter les contours du groupe[674]. Cette notion serait, selon certains, une « *notion sûre, facile à manier* » permettant « *d'écarter les incertitudes* »[675]. Même si le contrôle n'est pas la seule notion permettant de circonscrire le groupe, elle reste « *la poutre maîtresse du domaine de définition du groupe* »[676].

370. Cette approche pyramidale du groupe repose sur une représentation sélective du groupe en droit positif que la diversité de la réalité empirique dont certaines définitions doctrinales du groupe se font l'écho, conduit à relativiser.

---

[669] Article 175 de la loi du 24 juillet 1966.

[670] Article 177 de la loi du 24 juillet 1966.

[671] Articles 283-1 à 283-5 de la loi du 24 juillet 1966.

[672] M. Storck, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », article précité, p.392.

[673] En 1972, Hubert Guigou constatait que « t*outes les dispositions légales actuellement en vigueur en France et concernant les groupes de sociétés font reposer le lien d'appartenance sur une participation au capital* ». H. Guigou, « Projet d'une reconnaissance juridique des groupes en droit français », in Association française des juristes d'entreprise et Centre de droit des affaires de Rennes, *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Proposition, op. cit.* p.51.

[674] Constatant que la notion de contrôle était largement répandue en droit communautaire ainsi que dans la plupart des Etats-membres, le Forum Europaeum proposait de retenir cette notion comme critère de définition du groupe.

[675] Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », article précité, p.64.

[676] J.-P. Dom, « Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 », article précité..

2. Une représentation sélective du groupe

371. La représentation pyramidale du groupe ainsi que l'identification des frontières du groupe *via* les critères de détention en capital et de contrôle ne retiennent qu'un certain type parmi d'autres de configurations de groupe. Si une notion juridique n'a pas vocation à « coller » à la réalité empirique, c'est aussi parce que, placée à un niveau d'abstraction supérieur, elle n'a pas à recenser dans le moindre détail l'ensemble des configurations de groupe possibles, tâche qui du reste s'avérerait vaine, les configurations pouvant se décliner à l'infini. Or, le consensus qui se dégage en droit positif sur la représentation du groupe résulte davantage d'une approche intuitive et descriptive des groupes couramment véhiculée[677] que d'une réflexion juridique qui, sans s'arrêter aux configurations de groupe les plus communément admises, proposerait une traduction juridique substantielle des groupes, capable de les saisir par-delà leur diversité.

372. Le consensus autour de la nature des liens caractéristiques du groupe qui se dégage en droit positif a pour effet de ne retenir qu'une réalité partielle des groupes, en excluant *de facto* les relations de domination entre entités membres fondées sur le contrat. L'importance accordée aux critères quantitatifs est liée à une « *observation sommaire* » d'une réalité économique, suivie d'une « *extrapolation superficielle* ». « *La participation au capital constitue une des techniques permettant d'assurer le contrôle d'une société. Mais ce n'est pas la seule, les techniques relationnelles du contrôle sont aujourd'hui mises en évidence. Une extrapolation hâtive du critère quantitatif conduirait à méconnaître largement cette réalité* »[678]. De même, la représentation pyramidale d'un groupe nécessairement organisé autour d'une entité juridiquement autonome tête de groupe conduit à exclure d'autres types de structures telles que les groupes personnels reposant sur une identité de dirigeants ou les groupes au sein desquels le pouvoir s'exercerait par une unité de direction sui generis composée de plusieurs entités membres. Enfin, l'absence de consensus sur l'intensité des critères quantitatifs conduit à relativiser la pertinence des constructions juridiques du groupe reposant exclusivement sur de tels critères. Certains critères, comme la détention en capital même majoritaire, ne suffisent pas toujours à eux seuls à caractériser l'existence d'un groupe en l'absence d'unité de direction effective. La diversité des taux de détention en capital

[677] La définition descriptive « *semble tenir essentiellement à l'usage de méthodes empiriques et l'idée sous-jacente que le groupe est une réalité économique qu'il échet au juriste de transcrire au plan du droit, du fait même de son existence* ». Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p.114.

[678] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p.113.

conforte l'idée d'une « *incertitude irréductible sur le taux de détention du capital considéré comme caractéristique de l'appartenance d'une société à un groupe* » et « *aucun des taux de participation définis par le droit commercial, comptable ou fiscal n'a valeur de principe* »[679]. Dans le même sens, la notion de contrôle n'a pas toujours la valeur explicative qu'on lui attribue, en raison de la variété de ses degrés. Selon Charley Hannoun, « *le contrôle n'apparaît à aucun moment comme le principe explicatif d'un droit des groupes de sociétés. Une définition législative n'en ferait qu'un instrument au service du droit objectif par lequel serait réglée la réception d'une pratique particulière des groupes de sociétés par l'ordre étatique* »[680]. « *Par un effet en retour, il est même dans la logique de telles définitions d'être démenties par les faits. Les groupes pourraient modifier les techniques du contrôle pour échapper à une définition légale : le critère quantitatif peut aboutir à déterminer la pratique à choisir d'autres manières de s'organiser. Et ces techniques peuvent être imaginées à l'infini depuis les relations personnelles jusqu'aux techniques contractuelles* »[681].

373. Les définitions du groupe formulées par une partie de la doctrine permettent indirectement de rendre compte du caractère sélectif et réducteur de la représentation du groupe sur laquelle repose le droit positif. Ainsi, Claude Champaud envisage la possibilité d'une direction économique unitaire assurée par une ou plusieurs entités membres du groupe[682] ; il est suivi sur ce point par Dominique Vidal selon lequel l'interdépendance économique ou financière des entités membres peut se manifester « *par l'existence d'un pouvoir de décision unique, prépondérant ou partagé, extérieur à plusieurs de celles-ci et propre à l'ensemble du groupe* »[683]. S'agissant cette fois de la nature des liens entre entités membres, Dominique Vidal intègre encore dans son approche du groupe les « *relations contractuelles qui confèrent [aux sociétés] une certaine interdépendance économique ou financière* »[684]. Dans le même sens, selon Hélène Bon, la dépendance des personnes morales membres d'un groupe peut résulter des critères connus de détention en capital et de contrôle mais « *d'autres circonstances peuvent placer une société dans la dépendance d'une autre, en raison de rapports de force inégaux créés à l'occasion de contrats tels que des contrats*

---

[679] *Ibid.*
[680] *Ibid.*, p.149.
[681] *Ibid.*, p.114.
[682] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit.*, p.195. « *De façon préalable et générale, le groupe peut être considéré comme un ensemble de sociétés apparemment autonomes, mais soumises à une direction économique unitaire, assumée par une ou plusieurs d'entre elles* ».
[683] D. Vidal, *Droit des sociétés, op. cit.*, p.104, n°200.
[684] *Ibid.*

d'exclusivité, des conventions de coopération, des contrats de concession de licence d'exploitation ou encore résultant de situations de spécialisation ou de sous-traitance »[685].

374. Malgré un consensus sur ce qui constitue le « noyau dur » de la représentation du groupe en droit positif, les différences s'affirment d'une branche du droit à l'autre.

B. Des déclinaisons de la notion variables selon les branches du droit

375. Dans les branches du droit reconnaissant une notion juridique de groupe, le choix d'une méthodologie ponctuelle du droit des groupes a favorisé le développement d'une notion de groupe spécifique à chaque branche du droit. La diversité du traitement juridique de la notion de groupe entre branches du droit s'exprime sous deux angles différents qui peuvent se cumuler : d'une part, une spécificité des critères retenus, par une adaptation propre à chaque branche de l'intensité des critères quantitatifs retenus, voire l'introduction de critères qualitatifs et, d'autre part, la technique juridique retenue pour la détermination du sens de la notion, le choix se portant soit sur une définition *a priori* de la notion soit sur une notion dépourvue de définition. Il en résulte une approche plus ou moins extensive de la notion de groupe selon la branche du droit considérée. Ainsi, optant pour une définition *a priori* du groupe reposant sur un critère quantitatif, le régime du bénéfice consolidé[686] privilégie une approche restrictive de la notion de groupe (1), tandis que la jurisprudence applicable à la notion de groupe en matière d'abus de biens sociaux privilégie une approche extensive de la notion de groupe (2).

1. L'approche restrictive de la notion de groupe dans le régime du bénéfice consolidé

376. Pour l'application de nombreuses dispositions, le législateur privilégie une définition formelle et *a priori* du groupe, qui repose sur des critères quantitatifs comme la détention en capital ou le contrôle. Cette approche offre une grande sécurité juridique : les relations inter-

[685] H. Bon, « Rapport sur la notion de groupe », *Rev. soc.* 1980, p.663.

[686] Il existe également le régime du bénéfice mondial, prévu à l'article 134 de l'annexe II du Code Général des Impôts. Ce régime, tombé en désuétude, repose sur une notion de groupe identique à celui du régime du bénéfice consolidé.

entreprises sont prédéfinies et permettent de dessiner avec précision les frontières du groupe. Mais elle présente, en revanche, l'inconvénient d'exclure des configurations de groupe qui n'ont pas été préalablement prévues par la loi, en raison de la nature des liens pris en compte ou de la fixation de seuils. La notion de groupe dans le régime du bénéfice consolidé en fournit un bel exemple.

377. Le régime du bénéfice consolidé permet à des sociétés françaises agréées par le Ministre de l'Economie et des Finances de retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations situées en France ou à l'étranger, pour l'assiette des impôts établis sur la réalisation et la distribution de leurs bénéfices[687]. « *Son intérêt est d'autoriser les entreprises qui engagent de lourds investissements à l'étranger à déduire les éventuels déficits liés à ces investissements* »[688] des bénéfices imposables en France. « *Dès lors que les implantations étrangères deviennent bénéficiaires, ce bénéfice est imposé en France et au taux français, mais le montant de l'impôt déjà versé dans l'Etat étranger concerné est déduit du montant de l'IS consolidé dû en France* » [689]. Dans ce régime, sont considérées comme placées sous le contrôle d'une société ou d'une personne morale agréée les sociétés de capitaux, françaises ou étrangères, dans lesquelles la société ou personne morale agréée détient 50% au moins des droits de vote, directement ou indirectement[690]. Les droits de vote détenus par l'intermédiaire de sociétés membres d'un groupe constitué par la société agréée ou par l'une de ses exploitations indirectes, sont pris en compte pour apprécier ce pourcentage. L'appréciation des droits détenus indirectement par la société ou la personne morale agréée s'opère en multipliant successivement, quel que soit le degré de filiation, les pourcentages détenus par chaque société mère[691].

378. A la différence du droit fiscal, la jurisprudence criminelle privilégie une approche plus extensive de la notion de groupe.

[687] Article 209 quinquies du Code Général des Impôts.
[688] M. Collet, *Droit fiscal*, Paris, PUF, 2007, p.339.
[689] *Ibid.*
[690] Article 114 du Code Général des Impôts, Annexe II.
[691] Article 114, annexe II du Code Général des Impôts.

2. L'approche extensive de la notion de groupe en matière d'abus de biens sociaux

379. En l'absence de disposition légale, la jurisprudence pénale a pris en compte, à partir de sa jurisprudence « Rozenblum » du 4 février 1985[692], l'existence d'un groupe dans son appréciation des éléments constitutifs des délits d'abus de biens sociaux et d'abus de pouvoir[693]. Consciente des enjeux d'une reconnaissance juridique du groupe, la Cour de cassation fixe les conditions dans lesquelles la qualification d'abus de biens sociaux n'est pas retenue dans le cadre d'un groupe. Au fil de sa jurisprudence, elle va préciser les conditions d'existence d'un groupe.

380. En principe, le droit pénal ne vise que les personnes juridiques, physiques ou morales, comme auteurs ou victimes des infractions. Dépourvu de personnalité juridique, le groupe ne peut engager sa responsabilité pénale. Toutes les fois que l'intérêt de la société constitue l'élément d'une infraction, seul l'intérêt de la personne morale, présumée indépendante et autonome, est pris en compte. Ainsi, l'abus de biens sociaux s'apprécie normalement au regard de l'atteinte portée à l'intérêt social d'une société prise isolément. Or, « *une application non différenciée de l'incrimination dans une société isolée et dans une société intégrée à un groupe condamnerait toute opération de transfert de fonds d'une société à une autre. (...) Ignorer la réalité du groupe conduirait à une répression trop sévère* »[694], de nature à remettre en cause sa raison d'être.

381. C'est principalement pour ne pas remettre en cause l'intérêt des relations financières intra-groupe, que la jurisprudence criminelle apprécie distinctement l'infraction pour abus de biens sociaux selon que la société appartient ou non à un groupe. L'arrêt « Rozenblum » du 4 février 1985[695] reconnaît expressément pour la première fois, que l'existence d'un groupe est

---

[692] Cass. crim., 4 février 1985, n°84-91.581, *Bull. crim.*, n°54.

[693] Article L. 241-3, 4° et 5° du Code de commerce pour les Sàrl et article L. 242-6, 3° et 4° du Code de commerce pour les sociétés anonymes.

[694] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », *Rev. soc.* 2005, n°4.

[695] Cass. crim., 4 février 1985, n°84-91.581, *Bull. crim.*, n°54 : « *Pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre société d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démuni de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* ».

susceptible de justifier un concours financier entre deux entreprises si quatre conditions cumulatives sont réunies : la poursuite d'un intérêt commun, une politique de groupe, l'existence d'une contrepartie et enfin le respect des possibilités financières de la société qui supporte la charge du concours financier.

382. Pour s'appliquer, la jurisprudence « Rozenblum » suppose que soit préalablement reconnue l'existence d'un groupe. Ce n'est qu'une fois l'existence du groupe établie, que les juges du fond se livrent à la recherche de l'intérêt commun du groupe. « *L'inexistence du groupe répudie le fait justificatif car il suppose l'absence de l'intérêt commun qu'il a pour vocation de protéger. Cette inexistence entraîne alors le retour à l'application de la théorie unitaire de l'incrimination d'abus de biens sociaux* »[696]. L'existence du groupe est donc une condition nécessaire, mais pas suffisante, à l'application de la jurisprudence « Rozenblum ». Cette condition préalable a été expressément affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 septembre 1996[697] : « *le concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre entreprise dans laquelle il est intéressé, n'échappe aux prévisions des textes incriminant le délit d'abus de biens sociaux que si, d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie…* ». Aussi, il convient de s'interroger sur ce que recouvre exactement la notion de groupe au sens de la jurisprudence criminelle en matière d'abus de biens sociaux.

383. Même en l'absence de définition jurisprudentielle du groupe, la Chambre criminelle dresse au fil de sa jurisprudence quelques traits saillants de la notion. « *L'ambition d'une définition définitive est forcément illusoire mais des certitudes et des incertitudes apparaissent et constituent autant d'indicateurs pour améliorer la visibilité de la jurisprudence* »[698].

384. Une première certitude a trait au rejet des constructions factices ayant pour objet de diviser artificiellement le patrimoine d'une société de taille modeste en une pluralité de sociétés distinctes afin de priver les créanciers de la société de tout moyen d'action sur les actifs de la société. Dans cette hypothèse, la jurisprudence criminelle ne retient pas l'existence d'un groupe : l'apparence de groupe créée est sans conséquence sur la qualification juridique

[696] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°27.
[697] Cass. crim. 4 septembre 1996, n°95-83718, *Bull. crim.*, n°314, p.947.
[698] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°30.

de groupe. Ainsi, ne constituent pas un groupe de sociétés au sens de la jurisprudence criminelle en matière d'abus de biens sociaux « *l'entreprise dissociée en société civile immobilière et en société d'exploitation, la société propriétaire d'un fonds de commerce et la société locataire-gérante de ce fonds en raison du caractère artificiel de la dualité créée* »[699]. La jurisprudence criminelle refuse également de reconnaître l'existence d'un groupe lorsque la création d'une société holding de portefeuille a pour finalité exclusive le rachat d'une société « cible » et qu'elle n'a jamais exercé d'activité réelle[700]. Cela ne signifie pas pour autant l'exclusion de la qualification de groupe de toutes les structures organisationnelles reposant sur une société holding et des sociétés qu'elle contrôle. Selon Marie-Emma Boursier, « *il semble que cette solution, infondée juridiquement, s'explique par l'appréhension au-delà du groupe lui-même de son intérêt commun protégé par le fait justificatif de groupe de sociétés, la condition d'existence du groupe devenant un prétexte à la recherche de l'intérêt commun. Or, en l'espèce cet intérêt commun est considéré par la chambre criminelle comme inexistant dans la mesure où la société cible finance son propre rachat en faveur de la holding* »[701].

385. Une autre certitude relative à l'existence du groupe concerne la date d'appréciation de son existence. Le groupe doit exister à la date du concours financier. « *Cette exigence reflète le caractère instantané de l'infraction d'abus de biens sociaux et de son fait justificatif qui sont appréciés au moment de l'acte d'usage des biens sociaux contraire à l'intérêt social* »[702]. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 2002[703], la Chambre criminelle a reconnu l'existence d'un groupe entre deux sociétés alors que l'opération litigieuse a précédé de quelques mois seulement le contrat de cession d'une des sociétés intéressée au concours financier. Dans le même ordre d'idée, l'appartenance d'une société à un groupe est exclue lorsqu'au moment de l'acte litigieux, cette société avait cessé toute activité économique[704].

386. La jurisprudence criminelle semble rejeter l'existence d'un groupe en présence d'un groupe unipersonnel, c'est-à-dire lorsqu'un même dirigeant, de droit ou de fait, se trouve à la tête de plusieurs sociétés. Déjà dans l'arrêt Rozenblum, la circonstance que M. Rozenblum

[699] *Ibid.*, n°32.
[700] Cass. crim., 23 mai 2002, n°01-85746, non publié au bulletin, Légifrance.
[701] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°32.
[702] *Ibid.*, n°34.
[703] Cass. crim., 13 mars 2002, n°01-84042, non publié au bulletin, Légifrance.
[704] Cass. crim., 24 mars 1999, n°97-85311, non publié au bulletin, Légifrance.

était à la tête des sociétés concernées avait été de nature à conforter les juges du fond dans le sens d'une absence de groupe. Plus expressément, un arrêt du 24 septembre 1998[705] considère que l'omniprésence et l'omnipotence d'un seul dirigeant sur l'ensemble des sociétés sont « *exclusives de la notion d'intérêt de groupe* ». Cela signifie-t-il pour autant l'exclusion des groupes unipersonnels de la notion de groupe en matière d'abus de biens sociaux ? Le groupe unipersonnel est une variante des groupes personnels dont l'existence est admise en droit des sociétés. « *Il se définit comme un ensemble de sociétés dont l'unité de décision résulte d'une communauté d'associés ou de dirigeants. Une même famille, ou un même groupe peuvent ainsi contrôler des sociétés aux activités les plus diverses qui sont qualifiées de sociétés sœurs. (...) Théoriquement le caractère personnel ou unipersonnel ne constitue (...) pas un obstacle juridique à sa reconnaissance* »[706]. En réalité, un début d'explication de l'exclusion de la notion de groupe des groupes unipersonnels se trouverait dans les relations entre les notions d'abus de biens sociaux et de confusion des patrimoines. Dans les décisions jurisprudentielles relatives aux groupes unipersonnels, l'accent est mis sur l'omnipotence du dirigeant, et plus exactement sur sa capacité à agir dans son intérêt personnel, capacité favorisée par l'absence d'autres associés. Dans cette configuration, un risque existe de voir l'unique dirigeant agir sans respecter les personnalités morales des sociétés, caractéristique de la confusion des patrimoines. Mais, retenir la qualification de confusion des patrimoines revient à exclure le concours financier de la qualification d'abus de biens sociaux. « *Le concours accordé précédemment entre deux sociétés distinctes se transformerait en une simple opération comptable dont la répression est infondée* »[707]. Or, soucieuse de préserver un large champ d'application à l'abus de biens sociaux, la chambre criminelle « *évite autant que faire se peut tout appel à des qualifications mettant en péril l'efficacité de la répression de l'abus de biens sociaux* »[708]. C'est la raison pour laquelle les décisions de la chambre criminelle « *doivent s'interpréter comme instituant en cas de groupe unipersonnel une présomption de fraude de la part du dirigeant (...). Le dirigeant est soupçonné de poursuivre un intérêt personnel irréductible à tout intérêt commun du groupe* »[709]. Entendu de la sorte, la notion de groupe n'exclut ni les groupes unipersonnels ni les groupes personnels : c'est le

[705] Cass. crim., 24 septembre 1998, n°97-85143, non publié au bulletin, Légifrance.
[706] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°36.
[707] *Ibid.*, n°37.
[708] *Ibid.*
[709] *Ibid.* n°38.

défaut d'intérêt commun et non l'absence de groupe qui est à la source de la motivation des condamnations pour délit d'abus de biens sociaux.

387. Ensuite, la Chambre criminelle exige des liens capitalistiques entre les sociétés. Ainsi, dans un arrêt du 8 avril 1999[710], elle motive l'absence de groupe par l'absence de lien de participation en capital entre les entreprises. La notion de groupe désigne alors un ensemble de sociétés liées entre elles par des liens de détention en capital. C'est une condition nécessaire à l'existence d'un groupe. Il est dès lors possible d'affirmer que « *les groupes financiers et les groupes personnels au sein desquels il existe des liens financiers constituent également des groupes au regard du droit pénal des affaires tandis qu'il exclut les groupes personnels sans liens financiers et les groupes à structures contractuelles* »[711]. L'influence du droit des sociétés est ici perceptible. Dans le même ordre d'idée, la chambre criminelle a également eu l'occasion de s'emparer de la notion de comptes de consolidés pour établir une présomption d'existence d'un groupe de sociétés, en l'absence de fraude. Ainsi, dans un arrêt du 9 décembre 1991[712], la chambre criminelle affirme que l'établissement de bilan et de comptes consolidés crée une présomption d'existence du groupe sauf lorsque la consolidation apparaît comme un artifice comptable masquant la fictivité du groupe. L'établissement de comptes consolidés est en effet de nature à caractériser l'existence de liens financiers étroits entre les sociétés, condition nécessaire à la reconnaissance du groupe en droit pénal. Mais, le critère des comptes consolidés n'est qu'un élément parmi d'autres permettant de prouver l'existence de liens financiers étroits. Une fois le principe de la nécessité de liens capitalistiques posé, il reste à déterminer le degré d'intensité exigé de ces liens. Sur ce point, la jurisprudence criminelle ne se réfère pas au droit des sociétés et se réserve une marge d'appréciation non négligeable. « *Le droit pénal des affaires retrouve son empire et manifeste son autonomie en excluant de se limiter aux règles de participation et de contrôle définies par le droit des sociétés* »[713]. Ainsi, des liens financiers étroits peuvent exister en l'absence d'un contrôle exclusif ou conjoint tel que défini aux articles L. 233-3 ou L. 233-16 du Code de commerce. « *L'établissement de comptes consolidés représente une condition suffisante – sauf fraude – mais non nécessaire à la reconnaissance d'un groupe dès lors que ces liens en*

[710] Cass. crim, 8 avril 1999, n°98-81.756. non publié au bulletin, Légifrance.
[711] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°40.
[712] Cass. crim., 9 décembre 1991, n°91-80297, ***Bull. crim.***, n°467.
[713] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°42.

capital peuvent être renforcés par des liens juridiques »[714]. Il en résulte une relative incertitude quant à l'existence d'un groupe de sociétés ou à l'appartenance d'une société dans un groupe.

388. Enfin, la jurisprudence criminelle a semblé un temps accorder une certaine importance à la complémentarité des activités entre les sociétés[715]. Admettre comme critère de reconnaissance de l'existence du groupe la complémentarité des activités, conduit à privilégier une approche restrictive de la notion de groupe et à exclure de la notion une forme particulière de groupes, les conglomérats. Or, « *la répartition des risques qui constitue un objectif dans les groupes est antinomique avec toute idée de complémentarité des activités. Cette fonction du groupe est aujourd'hui prisée. S'il est vrai qu'autrefois les groupes tendaient à assurer une concentration verticale par la complémentarité de leurs activités afin d'assurer la fabrication d'un produit, ou encore une concentration horizontale en recherchant une position dominante sur le marché d'un produit donné, ce n'est plus le cas. Aujourd'hui les groupes réalisent des conglomérats qui ont précisément pour objet de rassembler des activités différenciées et dont la construction répond à un objectif classique de dispersion des risques (...) en exerçant des activités dans des domaines sans rapport les uns avec les autres* »[716]. En réalité, la jurisprudence recherche davantage la cohérence interne au groupe que la complémentarité *stricto sensu* des activités des sociétés du groupe. Ainsi, il semble que dans les groupes de sociétés de petite taille, la complémentarité des activités soit un facteur de cohérence tandis que tel n'est pas nécessairement le cas dans les conglomérats dont la cohérence est davantage recherchée dans l'existence d'une politique générale de développement financier. « *La cohérence du groupe suppose plus facilement l'intérêt de l'opération menée pour le groupe. Cette exigence de cohérence permet ainsi d'écarter outre les micro-groupes dans lesquels la concurrence est néfaste faute de réelle répartition du risque, les groupes qui multiplient les créations de filiales à des fins purement frauduleuses* »[717].

---

[714] *Ibid.*

[715] Cass. crim., 4 février 1985, « Rozenblum », n°84-91581, *Bull. crim.*, n°54 ; Cass. crim., 19 juillet 1993, n°92-83448, non publié au bulletin, Légifrance.

[716] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°46.

[717] *Ibid.*, n°48.

389. En prenant ses distances avec la définition légale de contrôle et en enrichissant son approche de la notion de groupe de critères qualitatifs supplémentaires, la jurisprudence criminelle adopte une approche extensive de la notion.

390. **En conclusion**, la consécration juridique de la notion de groupe en droit du travail n'est pas une exception ; elle participe d'un environnement d'abord doctrinal puis normatif favorable à son émergence. Loin de constituer un obstacle à sa reconnaissance, l'échec des tentatives de mise en place d'un droit des groupes reposant sur une définition unique de la notion a, en familiarisant les esprits avec l'idée même de notion juridique de groupe, contribué à la consécration d'une notion de groupe dans différentes branches du droit. Certes, une telle consécration n'est pas généralisée, certaines branches du droit comme le droit des sociétés n'attachant d'effets de droit qu'aux seules relations entre entités juridiquement autonomes. Néanmoins, la définition de ces relations va constituer le socle à partir duquel d'autres branches du droit vont construire une notion de groupe. Le choix d'une méthodologie ponctuelle d'une réglementation des groupes a favorisé l'émergence d'une notion de groupe à la polysémie marquée. S'il existe un certain consensus en droit positif reposant sur une représentation pyramidale du groupe ainsi que sur l'importance des critères quantitatifs de détention en capital et de contrôle, l'approche de la notion n'est pas unitaire. Ce manque d'homogénéité est aussi bien la conséquence d'une réglementation ponctuelle des groupes que l'expression du mouvement de diversification des branches du droit[718].

391. Si la consécration de la notion de groupe en droit du travail participe ainsi d'un mouvement d'ensemble de l'ordre juridique, il convient de relever les traits particuliers de la notion telle qu'elle s'est développée en droit du travail.

[718] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p.7.

Chapitre 2
La consécration de la notion de groupe en droit du travail

392. Même si l'émergence de la notion de groupe n'est pas spécifique au droit du travail, cette branche du droit se distingue par l'incroyable développement de cette notion aussi bien dans les relations individuelles que collectives du travail. Au-delà de son usage abondant en droit du travail, la notion de groupe se caractérise encore par l'accentuation de son caractère polysémique au sein même de cette branche. La polysémie de la notion a déjà été relevée entre les différentes branches du droit, apparaissant comme l'expression d'un mouvement de spécialisation de ces branches, mais, elle présente ici la particularité de se développer au sein même du droit du travail.

393. L'absence d'unité de sens de la notion de groupe au sein du droit du travail apparaît liée d'une part à la diversité des sources de production normative du droit du travail et d'autre part à différents choix techniques de détermination du sens de la notion. Combinés entre eux, ces deux éléments ont incontestablement contribué à « brouiller les cartes » en proposant une image plurielle de la notion de groupe en droit du travail, ce dont il convient à présent de rendre compte en distinguant la consécration légale (Section 1) de la consécration jurisprudentielle de la notion de groupe en droit du travail (Section 2).

Section 1. La consécration légale de la notion de groupe en droit du travail

394. Malgré la possibilité qui lui était offerte de ne retenir qu'une seule définition juridique du groupe applicable quelle que soit la règle de droit se référant au groupe, le législateur a multiplié les approches du groupe. La définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail[719] pour la mise en place d'un comité de groupe apporte néanmoins, du fait de son rayonnement, une relative homogénéité à l'effort de construction légale de la notion de

[719] Ancien article L.439-1 du Code du travail.

groupe en droit du travail. Aussi, après avoir présenté le rayonnement de la définition légale de l'article L. 2331-1 du Code du travail (§1), ses limites seront développées (§2).

§1. Le rayonnement de la définition légale de l'article L. 2331-1 du Code du travail

395. En droit du travail, les limites du « *mouvement judiciaire de réduction structurelle du groupe à l'entreprise par le biais de la théorie de l'unité économique et sociale* »[720], ont conduit à la reconnaissance légale du groupe comme cadre de mise en place d'une instance de représentation du personnel spécifique : le comité de groupe[721]. Cette reconnaissance juridique est le fruit d'un lent processus, amorcé dans les années soixante-dix, et animé tant par des travaux et études[722] influencés par le droit allemand que par la mise en place conventionnelle d'instances de représentation de groupe[723]. Non seulement la définition du groupe à l'article L.2331-1 du Code du travail sert de cadre de mise en place à un comité de groupe (A) mais, par des renvois légaux exprès, elle rayonne aussi au-delà de cette seule base textuelle et sert de cadre de référence à d'autres dispositions légales (B).

[720] D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, Thèse, Paris II, 1999, p.98.

[721] Institué par la loi n°82-915, dite loi Auroux, du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *JO* du 29 octobre 1982.

[722] Le rapport Sudreau sur « La réforme de l'entreprise », Rapport au premier ministre, La Documentation française, coll. 10-18, 1975 : il proposait d'édicter une obligation de négocier assortie de dispositions supplétives. Le Centre de recherche de droit social de l'Université Paris I, Recherches sur la représentation des salariés dans les groupes et les holdings, Paris, 1976 : il proposait une instance obligatoire dès lors que le groupe, préalablement défini par une série d'indices, était reconnu.. L'Association Entreprise et Progrès, Sept propositions pour la réforme de l'entreprise, janvier 1975 : fortement influencée par la législation allemande sur les groupes, elle proposait de distinguer les groupes de fait des groupes droit. Seuls ces-derniers devaient obligatoirement mettre en place un comité de groupe. Sur ces deux dernières propositions, voir également N. Catala, « L'entreprise », in G.H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, t.4, Paris, Dalloz, 1980, p.902-903.

[723] Pour des exemples de mise en place conventionnelle d'instance de représentation du personnel au niveau du groupe : J. Freyssinet, « Les lieux de gestion de la force de travail dans la stratégie des groupes industriels, *Travail et Emploi* 1980, p.7 ; E. Rembaud, *L'association des salariés au fonctionnement et aux résultats de l'entreprise dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris II, 1975 ; G. Cherrier-Thorman, *L'expression du droit syndical dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris I, 1980 ; D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.100s ; Mise en place par le groupe ASA d'un « organisme de liaison », *Liaisons Sociales* C3 n°4447 du 2 novembre 1976 ; Mise en place par le groupe Clin-Midy Industries d'un « comité général », *Liaisons Sociales* CE n°3867 du 24 janvier 1972 ; Mise en place par le groupe Rhône-Poulenc d'un comité par Accord du 5 mars 1979, Liaisons Sociales C3, n°4741 du 8 mars 1979.

A. La définition de l'article L. 2331-1 du Code du travail

396. Afin d'éviter la cohabitation de deux définitions légales différentes, l'une pour la mise en place d'un comité de groupe et l'autre pour celle d'un comité d'entreprise européen, la définition légale du groupe issue de la loi du 28 octobre 1982 a été remaniée par la loi du 12 novembre 1996 portant transposition de la directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994 sur le comité d'entreprise européen. Dans le cadre de ce développement, il conviendra de mettre en évidence en quoi la loi du 12 novembre 1996 précise la notion de groupe ou, au contraire, la rend plus complexe, tant en ce qui concerne la forme juridique des entreprises du groupe (1) que la nature des relations inter-entreprises de groupe (2).

1. Forme juridique des entreprises du groupe

397. Dans sa version initiale, l'inspiration sociétaire de l'article L.2331-1 du Code du travail est fortement marquée. Cet article ne visait en effet que les sociétés[724], ce qui présentait l'inconvénient d'exclure du champ d'application de la loi toutes les formes juridiques de l'entreprise autres que la société[725]. De plus, la référence à la notion de société distinguait, sans justification, le comité de groupe des autres institutions représentatives du personnel dont le champ d'application est l'entreprise. Il faut attendre la loi du 12 novembre 1996 pour mettre un terme à cette spécificité du comité de groupe. Désormais, les dispositions relatives à la mise en place d'un comité de groupe « *sont applicables aux entreprises et autres organismes mentionnés à l'article L.431-1, quel que soit le nombre de salariés qu'ils emploient* »[726]. La mise en place du comité de groupe s'impose donc à tous les employeurs de droit privé, quelle que soit leur forme juridique, conformément aux dispositions de l'ancien

[724] Ancien article L.439-1 al.1 issu de la loi du 28 octobre 1982 : « *Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une société appelée (...) société dominante, les filiales de celle-ci…* »

[725] Notamment les associations, les professions civiles libérales et agricoles, les groupements d'intérêt économique. A propos de l'exclusion du Groupement d'Intérêt Economique : *JO* quest. Ass. nat., 3 août 1987, p.4363 ; *Dr. Ouvr.* 1987, p. 383.

[726] Cette modification est notamment motivée par le souci du législateur de se conformer aux dispositions de la directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 qui visent l'entreprise et d'uniformiser ainsi les définitions légales du groupe en matière de représentation collective.

article L.431-1 devenu l'article L.2321-1 du Code du travail[727]. La forme sociale de l'entreprise est elle aussi indifférente : il peut tout aussi bien s'agir d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée que d'une société civile immobilière ou coopérative agricole.

398. Affirmer que le groupe d'entreprises désigne, pour la mise en place du comité de groupe, un ensemble d'entités juridiquement distinctes, ne suffit pas ; encore faut-il caractériser la nature des relations inter-entreprises caractéristiques du groupe. C'est la raison pour laquelle l'article L.2331-1 du Code du travail définit les relations inter-entreprises pouvant exister entre une entreprise dominante et au moins une entreprise contrôlée ou sous influence dominante.

2. Entreprise dominante, entreprise contrôlée ou sous influence dominante

399. La notion juridique de groupe repose sur l'association de l'autonomie juridique des entités du groupe et de relations inter-entreprises de domination. Une telle conception de la notion de groupe repose sur un changement d'approche de l'entité juridiquement autonome. Elle marque la fin d'une conception abstraite de l'entreprise au profit d'une approche de l'entreprise « située », c'est-à-dire replacée dans son contexte économique et social. La découverte de l'unité économique et sociale avait déjà ouvert la voie en reconstituant l'unité d'un pouvoir de direction entre des entités juridiquement distinctes. La notion de groupe constitue une étape supplémentaire : les frontières de l'entreprise sont dépassées et les rapports de domination inter-entreprises sont reconnus. Car, toutes les relations inter-entreprises ne caractérisent pas un groupe d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. « *La philosophie du rapport inégalitaire inhérente au groupe anime l'ensemble* »[728]. Le groupe d'entreprises désigne en effet la relation de domination entre une entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle (a) ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante (b).

[727] La rédaction des articles L.2331-1 à 6 du Code du travail supprime toutefois la référence expresse à l'ancien article L.431-1 devenu l'article L.2321-1 du Code du travail. Mais ses dispositions continuent à s'appliquer à l'ensemble des dispositions du titre comprenant les dispositions relatives au comité de groupe. Sont également visés par l'article L.2321-1 du Code du travail, les établissements publics à caractère industriel et commercial et les établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé.

[728] D. Plantamp, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail », *D.* 1991, chron. XIV, p.70 ; Grinsnir (J.), « Groupe et entreprise », *Dr. Ouvr.* 1986, p.171.

a) La notion de contrôle

400. En définissant le groupe à partir du contrôle exercé par une entreprise dominante sur une entreprise dominée, le droit du travail s'inspire directement du droit des sociétés. Après avoir retenu une conception restrictive du contrôle reposant sur le critère de la détention en capital (1°), la loi de transposition du 12 novembre 1996 a finalement introduit en droit du travail les évolutions de la notion de contrôle en droit des sociétés et en droit comptable (2°).

1°Une conception restrictive du contrôle : le critère de la détention en capital

401. La version initiale de l'ancien article L.439-1 du Code du travail renvoie expressément au droit des sociétés, et plus précisément à l'article 354 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966[729]. L'article 354 de la loi du 24 juillet 1966[730] définit la relation de filialisation entre une société mère et une filiale par la détention en capital : « *Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme la filiale de la première* ». Par référence à cette disposition, l'entreprise dominante de l'article L.439-1 du Code du travail est la société mère telle que définie à l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966. L'existence d'un rapport de filialisation entre sociétés entraîne l'inclusion automatique des filiales dans le périmètre du groupe. « *La constitution d'un comité de groupe sur la base de rapports de filiation entre sociétés est de droit. Elle ne nécessite aucune demande* »[731]. La prise en compte des relations de filialisation par renvoi au Code de commerce reflète incontestablement l'influence du droit des sociétés sur la définition légale du groupe. Elle représente « *un point de rencontre entre les différentes définitions sociétaire, comptable et celle relevant du droit de l'autocontrôle des sociétés*

[729] Article L.439-1, al. 1 (loi du 28 octobre 1982) : « *Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une société appelée, pour l'application du présent chapitre, société dominante, les filiales de celle-ci, au sens de l'article 354 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 modifiée, et les sociétés dont la société dominante détient indirectement plus de la moitié du capital, dont le siège social est situé sur le territoire français* ».

[730] L'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 est codifié à l'article L. 233-1 du Code de commerce.

[731] M. Cohen, « La constitution et le fonctionnement des comités de groupe », *RPDS* 1983, p.280.

commerciales »[732] et inscrivent les relations inter-entreprises de groupe sous le signe de la domination. La notion d'entreprise dominante demeure toutefois plus large que celle de société mère, puisqu'elle désigne aussi la société qui détient indirectement la majorité du capital d'une sous-filiale, par l'intermédiaire d'une de ses filiales, à la condition qu'il n'y ait pas de rupture dans le contrôle[733]. « *Cette terminologie de filiale indirecte demeure l'apanage de la législation sociale même si les praticiens des affaires l'utilisent parfois* »[734] et contribue à privilégier une conception large des rapports de domination de groupe.

2°L'évolution vers une conception plus extensive du contrôle

402. Malgré la volonté affichée du législateur de 1982 d'entendre largement la relation de contrôle, la définition légale du groupe n'a pas suivi l'évolution de la notion de contrôle, au point de paraître en retrait[735]. Cette carence du législateur a été soulignée à plusieurs reprises par la doctrine[736]. Il faut attendre la loi du 12 novembre 1996 pour enrichir la notion de contrôle. L'ancien article L.439-1 II du Code du travail[737] est introduit et rédigé de cette manière : « *un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies aux articles 354, 355-1 et au deuxième alinéa de l'article 357-1 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales dont le siège social est situé sur le territoire français* ». Tout en maintenant le critère de la détention en capital, la référence aux articles 355-1 et 357-1, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 permet d'introduire le critère du contrôle par la détention des droits de vote. Le remaniement de la définition du contrôle de l'ancien article L. 439-1 II du Code du travail a été parachevé par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001

[732] D. Plantamp, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L.439-1 du code du travail », article. précité, p.70.

[733] Circ. DRT n°6, 28 juin 1984, *Dr. Ouvr.* 1984, p.374.

[734] D. Plantamp, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail », article. précité, p.70.

[735] Prise en compte notamment de la puissance de vote par la loi n°85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques.

[736] D. Plantamp, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L.439-1 du code du travail », article. précité, p.71 : « *La conception de la participation au capital proposée par l'article L. 439-1 avait déjà été jugée « peu audacieuse ». Elle l'est d'autant moins lorsqu'on la compare à la détention des droits de vote, qui, elle, correspond à un pouvoir réellement exercé plutôt qu'à un simple rapport de propriété* ». P. Langlois, « L'originalité de la prise en considération des groupes de sociétés en droit du travail, *Travail et Protection Sociale* 1999, p.7.

[737] Ancien article L.439-1, II devenu l'article L.2331-1, I du Code du travail.

qui renvoie expressément « *aux I et II de l'article L.233-3* » du Code de commerce[738]. Des critères de contrôle mixtes sont introduits : l'article L.233-3 I du Code de commerce mêle en effet la détention en capital et la détention des droits de vote, tandis que l'article L.233-16, al. 2 du Code de commerce mêle la détention de droits de vote et le pouvoir de nomination des dirigeants. Par rapport au critère de la détention en capital, la conception élargie des critères du contrôle exprime davantage l'exercice d'un pouvoir réellement exercé qu'un rapport de propriété. Elle permet également d'apprécier la portée du critère de la détention en capital : celui-ci n'est pas significatif en lui-même mais ne le devient qu'en sa qualité de moyen d'exercice d'un pouvoir. L'élément décisif est « *la capacité à diriger, voir influer sur l'ensemble des sociétés groupées* »[739], autrement dit, la capacité pour une entreprise à exercer effectivement un pouvoir sur une autre.

403. L'importance accordée à la possibilité d'exercer un pouvoir effectif se traduit encore par l'exclusion de certaines entreprises du champ d'application de l'article L.2331-4 du Code du travail[740]. Les entreprises visées par cet article remplissent formellement les critères de l'entreprise dominante mais sont pourtant exonérées de l'obligation de mettre en place un comité de groupe[741]. Sont visées d'une part les opérations menées par les sociétés d'assurance et les établissements de crédit et d'autre part les sociétés de participation financière. « *La vocation des opérations menées par ces entreprises est, en effet, uniquement financière, à l'opposé de la logique industrielle du comité de groupe. Elles ne doivent pas, en exerçant les droits de vote attachés aux titres possédés, déterminer le comportement concurrentiel d'une entreprise. On imaginerait mal d'ailleurs l'intérêt d'un comité de groupe lorsque la société*

---

[738] Article L.233-3 I du Code de commerce : « *Une société est considérée (...) comme en contrôlant une autre :*

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société.

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance, de cette société ».

Article L.233-3 II du Code de commerce : « *Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne* ».

[739] D. Plantamp, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail », article. précité, p.71.

[740] Ancien article L.439-1, V du Code du travail.

[741] A l'origine, cette disposition transpose l'article 3 de la directive du 22 septembre 1994 selon lequel : « *ne sont pas considérées comme entreprises dominantes les entreprises visées aux points a et c du paragraphe 5 de l'article 3 du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises* ». A présent, l'article L. 2331-4 du Code du travail se réfère « *aux points a et c du paragraphe 5 de l'article 3 du règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 sur les concentrations* ».

dominante serait un organisme gestionnaire de fonds de pension »[742]. En excluant de la définition légale du groupe les entreprises qui, certes, détiennent une fraction souvent importante de capital dans d'autres entreprises, mais qui n'entendent pas exercer ni diriger ou influencer ces entreprises dans leur gestion, autrement dit qui n'entendent pas exercer de pouvoir sur ces entreprises, le législateur dévoile *a contrario* son approche du groupe. La seule détention patrimoniale ne suffit pas : ce qui compte, c'est la capacité d'une entreprise à exercer un pouvoir sur une autre. La notion de groupe désigne alors, au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail, non pas un rapport de propriété, mais bien un rapport de pouvoir, une relation de domination entre une entreprise dominante et au moins une entreprise contrôlée. C'est notamment la raison pour laquelle les filiales communes n'entrent pas dans la configuration du groupe, en vertu de l'article L.2331-1, II du Code du travail.

404. Certaines sociétés aux activités concurrentes ou complémentaires, peuvent souhaiter s'associer pour développer une partie de leur activité en réalisant des économies d'échelle et réduisant leurs coûts de développement. Dans cette perspective, la création d'une filiale commune est une option souvent retenue et préférée à d'autres[743]. Chacun des partenaires économiques associés à la création de la filiale commune possède une part de capital identique et gère en principe de manière égalitaire le fonctionnement de la filiale commune. Autrement dit, les associés ou actionnaires de la filiale commune exercent un contrôle identique. La licéité de la constitution d'une filiale commune a été d'abord admise par la jurisprudence[744] puis par le législateur[745]. L'existence de la filiale commune pose la question de la détermination de son groupe d'appartenance et la question de savoir si une même société peut éventuellement être rattachée à deux groupes distincts potentiellement en concurrence pour les activités qui ne relèvent pas de l'objet social de la filiale commune.

405. Le législateur de 1982 n'a pas spécifiquement tenu compte de la situation particulière de la filiale commune mais a indirectement tranché la question en interdisant l'appartenance d'une société à deux groupes distincts. L'article L. 439-1, II dispose en effet, dans sa version initiale, que « *l'inclusion dans un groupe se fait à l'exclusion de tout autre* ». Or, dans le cas

[742] D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.124.

[743] Nous songeons notamment aux accords de développement ou de coopération ou encore à la constitution d'un groupement d'intérêt économique à l'objet social limité.

[744] Trib. Com. Paris, 1er août 1974, *RTD com.* 1975, p.130, obs. R. Houin; Paris, 18 juin 1986, *Rev. soc.* 1986, p.422, note Y. Guyon.

[745] Article 357-1, al. 3 du Code de commerce (L. n°85-11 du 3 janvier 1985) : « *Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord* ».

d'une filiale commune, il est difficile de la rattacher à un groupe plutôt qu'un autre, le critère de la domination étant inopérant. « *L'esprit des textes était de peu de secours : le législateur avait raisonné en termes de domination d'une société sur l'autre. Cette idée est absente dans le cas d'une véritable filiale commune. En effet, les modalités de constitution de la filiale commune doivent être telles que les groupes puissent se partager son contrôle sans qu'aucun ne puisse l'annexer* »[746]. Dès lors, en présence d'une filiale commune, plusieurs solutions ont été avancées pour sortir de l'impasse. Ainsi, la circulaire DRT n°6 du 28 juin 1984 proposait, dans l'hypothèse où la domination est partagée de façon égale entre les deux sociétés, de laisser librement au comité d'entreprise de la filiale commune qui a pris l'initiative de la demande d'inclusion dans un groupe, le choix de son groupe de rattachement. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité pour le comité d'entreprise d'une filiale commune de choisir de manière discrétionnaire son groupe de rattachement, dans une affaire opposant le comité d'entreprise de la société Naphtachimie, filiale commune d'Elf Atochem, société appartenant au groupe Elf Aquitaine, et de BP Chemicals, et le groupe Elf. Le comité d'entreprise de la société Naphtachimie se fondait sur la circulaire pour obtenir son rattachement au groupe Elf. La Cour de cassation rejette nettement la possibilité pour le comité d'entreprise d'une filiale commune de décider du groupe auquel la filiale peut être rattachée en l'absence d'entreprise dominante. Selon la Cour de cassation, « *une société n'appartient à un groupe au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail que si elle dépend d'une société dominante qui, soit possède directement ou indirectement la moitié du capital social, soit la contrôle effectivement et forme avec elle un même ensemble économique ; (...) il en résulte qu'une filiale commune, dont le capital est partagé entre deux sociétés ou groupes de sociétés qui la gèrent sur un plan de stricte égalité n'appartient à aucun groupe* »[747]. En refusant tout rattachement arbitraire à l'un ou l'autre groupe, la Cour de cassation se rallie à la position de Gérard Courturier[748] et Pierre Rodière[749]. La loi du 12 novembre 1996 a-t-elle clarifié la situation de la filiale commune ?

406. La version modifiée de l'article L.439-1 du Code du travail apporte quelques précisions permettant d'identifier une entreprise dominante dans des situations où la prise en compte du seul critère de la détention en capital ne le permettait pas, sans pour autant régler le fond du

[746] D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.141.
[747] Cass. soc., 9 février 1994, n°91-11429, *Dr. soc.* 1994, p.255 ; *D.* 1994, IR, p.71 ; *RJS* 1994, n°278.
[748] G. Couturier, « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique », *Dr. soc.* 1983, p.33.
[749] P. Rodière, « L'adaptation du comité d'entreprise aux structures de l'entreprise », *Dr. soc.* 1983, p.363.

problème. En effet, même si la loi du 12 novembre 1996 n'a pas repris la disposition selon laquelle une entreprise ne peut être rattachée qu'à un groupe, il n'est pas pour autant possible d'en déduire que le législateur admet dorénavant le rattachement simultané de la filiale commune à deux groupes. L'article L.439-1 II, alinéa 4[750] est suffisamment révélateur de l'intention du législateur sur ce point, en posant que « *lorsque plusieurs entreprises satisfont, à l'égard d'une même entreprise dominée, à un ou plusieurs des critères susmentionnés, celle qui peut nommer plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise dominée est considérée comme l'entreprise dominante* ». En définitive, le problème de la situation des filiales communes n'est pas véritablement réglé et, on ne peut déduire de cette rédaction, le caractère obsolète de la jurisprudence « Naphtachimie »[751]. Certes, l'introduction du critère de la puissance de vote et de nomination des dirigeants permet de « *mieux cerner la notion de filiale commune elle-même à deux sociétés, compte tenu de l'émission possible de titres dépourvus de droit de vote ou conférant un double droit de vote* »[752], mais elle ne résout pas le cas des véritables filiales communes.

407. Les difficultés liées à l'existence d'une filiale commune révèlent indirectement que le groupe est perçu par la législateur comme une structure de domination sans partage[753], dans laquelle le pouvoir s'exerce de manière exclusive et, qu'« *à défaut de société dominante, la simple existence d'une participation d'une société dans le capital d'une autre n'entraîne pas l'existence d'un groupe* »[754]. La notion juridique de groupe ne se résume pas à la détention du capital d'une société dans une autre.

408. La volonté du législateur d'embrasser le plus largement possible les relations de domination inter-entreprises se vérifie également par la prise en compte dans la définition légale du groupe, de l'influence dominante.

---

[750] L'article L.439-1, II est devenu l'article L.2331-1, II du Code du travail.

[751] En ce sens : B. Teyssié, *Le comité d'entreprise européen*, Paris, Economica, 1997, p.28 ; D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.144. En sens contraire : M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9e éd. Paris, LGDJ, 2009 ; D. Boulmier, « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes par une substitution du groupe réel au groupe virtuel », *Dr. soc.* 1998, p.44.

[752] C. Freyria, « La conception sociale du groupe d'entreprise », in *Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.201.

[753] Y. Chalaron, « Le comité de groupe », in *Les instances fédératives de représentation du personnel*, Paris, Litec, 1995, p.73.

[754] P. Waquet, « Comité d'entreprise et comité de groupe dans le cas des filiales communes », *Dr. soc.* 1994, p.255. L'exclusion en droit français de la filiale commune peut poser problème en présence d'une filiale commune franco-allemande puisque le droit allemand admet qu'une filiale commune puisse appartenir à plusieurs groupes.

b) La notion d'influence dominante

409. Il convient de présenter la notion d'influence dominante antérieurement (1°) puis postérieurement (2°) à la loi du 12 novembre 1996.

1°Avant la loi du 12 novembre 1996

410. Dans sa version initiale, l'article L. 439-1, II du Code du travail inclut dans le périmètre du groupe les sociétés définies à l'article 355 de la loi du 24 juillet 1966[755], lorsque le comité d'entreprise de ces sociétés a demandé et obtenu du chef de l'entreprise dominante l'inclusion dans ledit groupe à l'exclusion de tout autre[756]. En renvoyant à l'article 355 de la loi du 24 juillet 1966, l'article L.2331-1, II, alinéa 2 intègre dans le périmètre du groupe, non seulement des relations de filialisation mais également des relations de participation. En vertu de l'article L.439-1 alinéa 2, il était impossible pour la société dominante de rejeter la demande d'inclusion dans le groupe lorsque les relations entre les deux sociétés présentaient « *un caractère de permanence et d'importance établissant l'existence d'un contrôle effectif par la société dominante de l'autre société et l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique* ». L'article énumérait un certain nombre d'indices non limitatifs comme la présence d'administrateurs communs, l'établissement de comptes consolidés, le niveau de la participation financière et l'ampleur des échanges économiques et techniques. « *L'existence d'un seul* [de ces indices devait] *suffire pour reconnaître les relations permanentes et importantes* »[757].

411. La loi du 12 novembre 1996 transpose fidèlement les dispositions de la directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994, ce qui conduit à une nouvelle formulation de l'article L.439-1, II devenu l'article L. 2331-1, I du Code du travail.

---

[755] L'article 355 de la loi du 24 juillet 1966 a été codifié sous l'article L.233-2 du Code de commerce relatif à la définition de la participation. « *Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50%, la première est considérée(...) comme ayant une participation dans la seconde* ».

[756] Anciennement article L.439-1, II du Code du travail. Dans sa version initiale, cet article disposait en effet que « *font également partie du groupe, au sens du présent chapitre, celles des sociétés définies à l'article 355 de la loi du 24 juillet 1966 précitée dont le comité d'entreprise a demandé et obtenu l'inclusion dans ledit groupe à l'exclusion de tout autre* ».

[757] Rapp. Coffineau, Doc. Parl. n°832, 28 avril 1982, p.129.

2°A l'issue de la loi du 12 novembre 1996

412. La loi du 12 novembre 1996[758] modifie le régime d'inclusion des entreprises sous influence dominante, et réorganise les critères d'appartenance au groupe. Désormais, « *est également considérée comme une entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise qui exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10% du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et l'autre à un même ensemble économique* »[759]. Si le critère objectif d'une participation comprise entre 10 et 50% est maintenu, l'appartenance à un groupe est dorénavant subordonnée à la réunion de deux autres conditions : d'une part, la permanence et l'importance des relations entre les entreprises doivent établir l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique et d'autre part, l'influence dominante[760].

413. L'appartenance à un même ensemble économique du fait de la permanence et de l'importance des relations entre les entreprises est une condition reprise de l'ancien article L.439-1, alinéa 2 du Code du travail, à la différence près que les indices permettant d'établir cette appartenance ne figurent plus dans le texte de loi. Il s'agit pour le juge saisi d'un litige relatif à l'appartenance à un même ensemble économique, de se prononcer sur l'existence d'un « *rapport de groupe* ». « *Cette notion d'ensemble économique signifie une identité des activités, une synergie ou encore une solidarité telle que, dans cet ensemble, les décisions économiques touchant certaines sociétés sont effectivement susceptibles d'avoir un retentissement sur les autres* »[761]. L'exercice d'une influence dominante est, quant à elle, présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise peut directement ou indirectement, nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de

[758] Loi n°96-985 du 12 novembre 1996 – article 1 *JO* du 13 novembre 1996.

[759] Article L.439-1, II, alinéa 3 devenu l'article L.2331-1, II, alinéa 2 du Code du travail.

[760] La rédaction de l'article L.439-1 II du Code du travail peut faire l'objet de deux interprétations différentes quant au nombre de critères permettant de déterminer l'appartenance d'une entreprise à un groupe. D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.138 : « *La première, ici retenue, a pour elle l'intention manifeste du législateur (*Y. Bur, rapp. Ass. nat. n° 2819, p. 34.). *Elle conduit à distinguer le critère de l'influence dominante de celui de la permanence et à souligner l'importance des relations économiques (*En ce sens : B. Teyssié, *Le comité d'entreprise européen*, Paris, Economica, p.29). *Une seconde interprétation est toutefois concevable : l'influence dominante est caractérisée par la constatation de la permanence et de l'importance des relations économique de telle sorte que ces deux critères n'en forment qu'un seul* ».

[761] D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.137.

direction ou de surveillance d'une autre entreprise, ou disposer de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise, ou détenir la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise[762].

414. La définition légale du groupe proposée à l'article L.2331-1 du Code du travail ne se limite pas à la seule mise en place d'un comité de groupe. Certaines dispositions légales se réfèrent en effet expressément à cette définition comme cadre d'application.

B. Le rayonnement de la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail

415. La définition légale du groupe de l'article L.2331-1 du Code du travail sert de cadre d'application à des dispositions légales aussi diverses que la mise en place du comité d'entreprise européen (1), la détermination de certains droits au congé du salarié (2), la mise en place d'accords de groupe (3) ou encore celle d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (4).

1. La définition du groupe de dimension communautaire pour la mise en place du comité d'entreprise européen

416. A l'occasion de la transposition de la directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994[763], la définition du groupe de l'ancien article L. 439-1, devenu l'article L.2331-1 du Code du travail, a été modifiée afin d'éviter la coexistence deux définitions différentes du groupe, l'une pour la mise en place du comité de groupe, l'autre pour celle du comité d'entreprise européen. Sous réserve de la dimension communautaire du groupe relatif à la mise en place d'un comité d'entreprise européen, sa définition est commune à celle de l'article L.2331-1. L'article L.2341-2 du Code du travail[764] renvoie en effet expressément à cette définition[765]. La

[762] Article L.439-1, II, alinéa 4 devenu l'article L.2331-1, II, alinéa 3 du Code du travail.

[763] Directive Européenne n°94/45/CE du 22 septembre 1994 du Conseil concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

[764] Ancien article L.439-6 du Code du travail.

[765] Article L.2341-2 du Code du travail : « *on entend par groupe d'entreprises de dimension communautaire le groupe au sens de l'article L. 2331-1 (...)* ».

seule différence entre la configuration du groupe pour la mise en place d'un comité de groupe et celle du groupe pour la mise en place d'un comité d'entreprise européen concerne sa dimension communautaire. La législation communautaire sur le comité d'entreprise européen s'applique que le siège social de l'entreprise dominante soit situé sur le territoire de l'Union (a) ou non. Mais, la localisation du siège social de l'entreprise dominante dans un Etat n'appartenant pas à l'Union Européenne a nécessité certains aménagements (b).

a) Entreprise dominante ayant son siège social sur le territoire de l'Union européenne

417. La dimension communautaire du groupe défini à l'article L. 2341-2 du Code du travail se manifeste par des conditions d'effectifs (1°) et d'implantation des entreprises (2°).

1°Condition d'effectifs

418. La directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994 prévoit qu'un groupe d'entreprises de dimension communautaire doit employer « *au moins 1000 travailleurs dans les Etats membres* », comporter « *au moins deux entreprises membres du groupe dans des Etats membres différents* » et « *au moins une entreprise membre du groupe emploie au moins 150 travailleurs dans un autre Etat membre* ». L'article L.2341-2 du Code du travail ne reprend pas textuellement la formulation de la directive, en disposant : *« on entend par groupe d'entreprises de dimension communautaire, le groupe, au sens de l'Article L.2331-1, satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'Article L.2341-1 et comportant au moins une entreprise employant cent cinquante salariés et plus dans au moins deux des Etats mentionnés à ce même article ».* Cette différence de formulation aurait pu être une source de difficultés en autorisant plusieurs interprétations possibles mais une seule est à la fois conforme à la directive et à la loi française[766] : il est nécessaire qu'existent deux entreprises situées chacune dans deux Etats différents et employant chacune 150 salariés. Comme le législateur communautaire renvoie aux législations nationales pour ce qui est du

[766] D. Guillouet, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris II, 1999, p.209.

calcul des effectifs, la loi française de transposition a choisi de se référer à l'article L.2322-6 du Code du travail pour les entreprises situées en France[767].

2°Condition d'implantation

419. La qualification juridique de groupe de dimension « communautaire » est subordonnée à l'implantation d'au moins deux entreprises du groupe dans deux Etats destinataires de la directive. Chacune des entités constitutives d'une entreprise doit être dotée de la personnalité juridique. Le lieu du siège social de l'entreprise dominante détermine l'application de la législation relative à la mise en place du comité d'entreprise européen tandis que le lieu d'implantation de chacune des entreprises dominées détermine l'application de la législation relative à la désignation des représentants des salariés au groupe spécial de négociation et au comité d'entreprise européen. Ainsi, en fonction du lieu d'implantation de l'entreprise dominante, la configuration du groupe de dimension communautaire est susceptible de varier, toutes les législations nationales n'ayant pas nécessairement transposé de la même manière la directive.

420. Lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé hors du territoire de l'Union Européenne, la mise en place d'un comité d'entreprise européen s'impose tout de même aux entreprises du groupe ayant leur siège social sur ce territoire, mais implique certains aménagements.

b) Entreprise dominante dont le siège social est situé hors du territoire de l'Union Européenne

421. La circonstance que l'entreprise dominante ait son siège social hors du territoire de l'Union n'exonère pas les entreprises du groupe ayant leur siège social sur ce territoire et satisfaisant aux conditions d'effectifs présentées, de l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise européen au niveau du groupe. Il s'agit en effet d'éviter la tentation d'un

[767] Ancien article L. 431-2 du Code du travail ; article L. 2322-6 du Code du travail : « *Pour l'application du présent titre, les modalités de calcul des effectifs sont celles prévues aux articles L. 1111-2 et L. 1251-54* ».

contournement de la directive communautaire par une simple délocalisation du siège social de l'entreprise dominante. Aussi, l'article L.2341-3 du Code du travail[768] prévoit-il, conformément au droit de l'Union européenne, la possibilité pour la direction centrale de désigner un représentant, chargé de veiller à la création des conditions et moyens nécessaires à la mise en place du comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation. A défaut d'un tel représentant, l'entreprise du groupe, employant le plus grand nombre de travailleurs dans un Etat-membre, est désignée comme étant la direction centrale présumée du groupe de dimension communautaire.

422. Le rayonnement de la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail se vérifie non seulement pour la détermination de la configuration du groupe de dimension communautaire mais également pour la détermination de certains droits au congé du salarié.

2. La détermination de certains droits au congé du salarié

423. L'article L.3142-107 du Code du travail[769] relatif au congé pour création ou reprise d'entreprise et au congé sabbatique se réfère expressément à la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail (a). Il en est de même de l'article L.1233-71 du Code du travail[770] en matière de droit au congé de reclassement du salarié (b).

a) Le droit au congé pour création ou reprise d'entreprise et le droit au congé sabbatique

424. L'article L.3142-107 du Code du travail dispose qu'en matière de droit au congé pour création ou reprise d'entreprise et de droit au congé sabbatique, « *est prise en compte au titre de l'ancienneté dans l'entreprise, l'ancienneté acquise dans toute autre entreprise du même groupe au sens de l'article L.2331-1 du présent code* ». En renvoyant à l'article L.2331-1 du Code du travail, le législateur se réfère à l'appartenance du salarié à un même ensemble économique pour calculer son ancienneté au-delà de la relation contractuelle de travail *stricto*

[768] Ancien article L.439-6, alinéas 5 à 8 du Code du travail.
[769] Ancien article L.122-32-28 du Code du travail.
[770] Ancien article L.321-4-3 du Code du travail.

sensu. « *Ce sont (...) les notions de communauté d'intérêts entre les sociétés voire d'unité économique qui sont mises en avant pour poser que la mobilité ne saurait préjudicier aux intéressés et que notamment l'ancienneté globale dans le groupe doit leur être reconnue* »[771]. La relation individuelle du travail ne se réduit pas au contrat de travail mais est replacée dans son contexte, c'est-à-dire dans l'ensemble économique que constitue le groupe.

b) Le droit au congé de reclassement du salarié fondé sur l'article L.1233-71 du Code du travail

425. Lorsqu'un employeur envisage de prononcer un licenciement pour motif économique, le salarié peut bénéficier, à certaines conditions, d'un congé de reclassement. Aux termes de la loi, le congé de reclassement a pour objet de « *permettre au salarié de bénéficier d'actions de formation et des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi* »[772]. Le champ d'application de l'article L.1233-71 du Code du travail comprend aussi bien les entreprises ou établissements occupant au moins mille salariés que les entreprises visées à l'article L.2331-1 du Code du travail, si elles occupent ensemble au moins mille salariés.

426. Le rayonnement de l'article L.2331-1 du Code du travail est également perceptible dans la détermination du cadre dans lequel des accords de groupe peuvent être négociés et conclus.

3. La référence expresse à l'entreprise dominante dans les dispositions légales : l'exemple des accords de groupe

427. Après de nombreuses incertitudes, le groupe est reconnu par la jurisprudence[773], puis par la loi[774], comme un cadre de négociation et de conclusion de conventions ou d'accords collectifs. Auparavant, hormis les cas dans lesquels la loi prévoyait expressément la

[771] A. Coeuret, « Contrat de travail et Groupes de sociétés », in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, Paris, LGDJ, 1994.
[772] Ancien article L.321-4-3, alinéa 2 devenu l'article L.1233-71 du Code du travail.
[773] Cass. soc., 30 avril 2003, n°01-10027, *Bull. civ.* V, n°155.
[774] Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004.

possibilité de conclure un accord de groupe limité à un objet spécifique[775], le groupe n'était pas considéré comme un niveau de négociation et de conclusion d'accords collectifs, à la différence de la branche d'activité, du cadre interprofessionnel et de l'entreprise. Aussi, il convient de retracer l'évolution du droit positif en présentant l'apport de la jurisprudence Axa du 30 avril 2003 (b) par rapport à l'état du droit positif antérieur (a) et enfin les précisions apportées par la loi du 4 mai 2004 reconnaissant légalement les accords de groupe (c).

a) L'état du droit positif antérieurement à la jurisprudence Axa du 30 avril 2003

428. Dans le silence du Code du travail, l'article L.132-2 du Code du travail[776] offre aux entreprises d'un groupe la possibilité d'harmoniser pour partie leur statut collectif. Rien ne s'oppose à ce que plusieurs entreprises d'un groupe signent chacune individuellement un accord collectif avec les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord. En effet, l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe rend nécessaire la signature de l'accord par chaque société pour que l'accord leur soit applicable. Hors l'hypothèse du mandat de représentation, une société du groupe, même dominante, n'a pas le pouvoir juridique de représenter les autres sociétés du groupe. Seul l'employeur a la capacité d'engager l'entreprise. Un accord de groupe qui n'aurait pas été signé par une des sociétés du groupe ne lui serait pas opposable. L'accord signé sur le fondement de l'article L.132-2 du Code du travail est qualifié d'accord d'entreprise. C'est le régime juridique de l'accord d'entreprise qui va s'appliquer au groupe, l'article L.132-2 du Code du travail ne visant pas spécifiquement la situation de groupe. Selon la jurisprudence, la négociation collective engagée par plusieurs employeurs pris individuellement et qui n'a pour objet que de conclure un accord au niveau de chacune des entreprises en cause et non au niveau de la branche professionnelle, est une négociation d'entreprise. Il importe peu à cet égard que les entreprises constituent ou non un groupe[777].

---

[775] Ancien article L.439-5 devenu l'article L.2333-5 du Code du travail relatif à la mise en place d'un comité de groupe ; ancien article L.439-8, alinéa 1 devenu l'article L.2342-2 du Code du travail relatif à la mise en place d'un comité d'entreprise européen ; ancien article L.444-3 devenu l'article L.3344-1 du Code du travail en matière d'épargne salariale.

[776] Devenu article L.2231-1 du Code du travail.

[777] Cass. soc., 29 juin 1994, Mutuelles du Mans, n°91-18640, *RJS* 8-9/94, n°1022, *Bull. civ.* V, n°219, *Dr. soc.* 1995, p.43, obs. J. Savatier. Cet arrêt rejette le régime de la négociation de branche pour appliquer celui de la négociation d'entreprise en présence d'un accord signé avec des entreprises d'un même groupe mais engagées chacune individuellement sur le fondement de l'ancien article L. 132-2 du Code du travail. Mais, selon Marie-Laure Morin, cet arrêt ne signifie pas nécessairement que toute négociation de groupe puisse être assimilée à une négociation avec des entreprises prises individuellement, en particulier lorsque l'accord en cause n'a pas pour

429. Il faut attendre un arrêt « Axa » de la Cour de cassation en date du 30 avril 2003 pour qu'à certaines conditions, la validité des accords de groupe soit expressément reconnue.

b) La reconnaissance jurisprudentielle de l'accord de groupe : l'arrêt « Axa » du 30 avril 2003[778]

430. Par un arrêt du 30 avril 2003, la Cour de cassation reconnaît la validité des négociations de groupe et la possibilité de conclure un accord de groupe en dehors des cas spécifiquement prévus par la loi[779]. Le problème concernait la mise en place d'une instance syndicale de groupe créée en vue de négocier et de conclure des accords collectifs sur des thèmes intéressant le personnel des entreprises du groupe. En l'espèce, le 28 avril 1998, un accord de groupe est conclu entre plusieurs entreprises du groupe nouvellement formé AXA-UAP et trois organisations syndicales. L'accord concerne la création d'une instance de représentation appelée à négocier des accords portant sur des thèmes communs aux entreprises du groupe. En l'absence de dispositions légales, l'accord fixe lui-même les règles de composition de cet organe de négociation au niveau du groupe. La Fédération Force Ouvrière, non signataire de l'accord, refuse de se plier aux règles de désignation formulées par l'accord et invoque la nullité de l'accord au motif que les conditions de négociation des accords d'entreprise n'ont pas été respectées. La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme que « *des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise* ». A certaines conditions, le principe du groupe comme espace de négociation au sein duquel des accords de groupe peuvent être conclus est acquis pour la Cour de cassation.

---

objet des accords applicables dans chaque entreprise, mais la création d'une institution au niveau du groupe ». M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe », *RJS* 10/03, p.744.

[778] Cass. soc., 30 avril 2003, n°01-10027, *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1125, p. 10, note P. Rodière.

[779] Cass. soc., 30 avril 2003, n°01-10027, *Dr. soc.* 2003, p.732, note B. Gauriau ; P. Rodière, « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », *Sem. soc. Lamy* 2 juin 2003, n°1125, p.6 ; M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe », *RJS* 10/03, chron., p.743.

431. L'accord de groupe a pour objectif la constitution de règles communes à tout ou partie des entreprises du groupe et à tous les salariés, en vue de parvenir à une cohérence d'ensemble en matière de politique sociale[780]. La Cour de cassation subordonne la possibilité de conclure un tel accord à l'existence de « *sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe* ». Cette exigence exclut de la négociation de groupe les questions spécifiques à une seule entreprise du groupe. Dès lors que cet intérêt commun existe, les partenaires sociaux sont libres de définir le périmètre de l'accord de groupe. Autrement dit, l'accord de groupe ne s'applique pas nécessairement à l'ensemble des entreprises du groupe, mais à certaines d'entre elles seulement. Les partenaires sociaux ne sont pas tenus de conclure leur accord dans le cadre défini par l'article L.2331-1 du Code du travail. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'« *aucune disposition légale* [n'interdisait] *la conclusion d'un accord de groupe librement défini quant à son champ d'application* ». Par conséquent, il importe peu que la négociation concerne seulement vingt-sept sociétés sur les trois-cent-soixante-quinze composant le groupe au sens de l'ancien article L. 439-1 du Code du travail. De même, en ne visant pas le groupe mais les « *entreprises concernées du groupe* » ou les « *entreprises de différents secteurs d'activité du groupe* », la Cour de cassation semble également admettre que l'accord puisse avoir pour cadre une partie seulement du groupe[781].

432. Certains auteurs ont souligné le délicat problème de la distinction entre des thèmes propres à la négociation d'entreprise et ceux du groupe. La frontière est d'autant plus difficile à établir que certains sujets peuvent « *affecter directement les salariés d'une entreprise ou plusieurs entreprises du groupe, et être en même temps communs au groupe* »[782]. Pour d'autres auteurs, les thèmes abordés peuvent aussi bien intéresser la négociation de groupe que la négociation d'entreprise, pourvu qu'ils soient communs aux personnels des entreprises du groupe[783]. Il ne semble pas en effet que cette distinction des thèmes entre les niveaux de négociation ne s'impose dans la mesure où la négociation de groupe n'a pas vocation à se substituer à la négociation d'entreprise. De la sorte, elle n'a pas vocation à heurter les règles d'ordre public : « *on n'a jamais considéré que le fait que telle question entre dans le champ*

[780] Il peut notamment s'agir de l'harmonisation des règles de formation dans une perspective de mobilité des salariés à l'intérieur d'un groupe, de l'harmonisation des règle de mobilité nationale et internationale, de l'harmonisation des systèmes de rémunération et des régimes de mutuelle, prévoyance, retraite, organisation des possibilités de reclassement au niveau du groupe….

[781] P. Rodière, « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », *Sem. soc. Lamy* 2 juin 2003, n°1125, p.8 ; M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe », *RJS* 10/03, p.745.

[782] M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe », *RJS* 10/03, p. 746.

[783] B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale et de l'accord de groupe », note sous Cass. soc., 30 avril 2003, n°01-10027, *Dr. soc.* 2003, p.736.

de la négociation obligatoire à un niveau donné exclue qu'il puisse y avoir des négociations sur le même objet à une autre niveau. Le principe de la liberté de négociation l'emporte ici »[784].

433. A l'exigence d'un intérêt commun aux personnels des entreprises parties à l'accord de groupe, s'ajoute celle du respect de la négociation d'entreprise. Cette condition concerne l'articulation des relations entre la négociation d'entreprise et la négociation de groupe. La négociation de groupe ne doit pas se substituer à la négociation d'entreprise. Dans l'entreprise, les partenaires sociaux conservent le droit de négocier les matières relevant de la négociation d'entreprise[785], même s'il existe déjà un accord de groupe. De plus, la conclusion d'un accord de groupe ne saurait écarter l'application du principe de faveur entre un accord d'entreprise et un accord de groupe portant sur le même objet. Enfin, l'affirmation du principe de non substitution écarte l'idée selon laquelle l'accord d'entreprise ne serait qu'un outil permettant l'adaptation de l'accord de groupe au niveau de l'entreprise. Comme l'accord de groupe ne se substitue pas à l'accord d'entreprise, sa vocation est celle de donner des orientations, non contraignantes, aux négociations d'entreprise[786]. L'effet normatif de l'accord de groupe ne se limite toutefois pas nécessairement à l'effet indirect d'un accord-cadre. « *C'est probablement solliciter beaucoup l'arrêt commenté que de considérer qu'il limite la portée de l'accord de groupe à celle d'un accord-cadre, même si évidemment des accords de groupe peuvent être des accords de principe ou des accords d'orientation qui n'ont que cette portée* »[787]. Dans la mesure où il traite de questions d'intérêt commun au groupe, rien n'empêche l'accord de groupe d'avoir un effet normatif.

434. Tout en s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence « Axa » du 30 avril 2003, la loi du 4 mai 2004 reconnaissant la légalité des accords de groupe, apporte certaines précisions et modifications.

---

[784] M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe », *RJS* 10/03, p.746.

[785] Sont notamment visées les matières énumérées à l'ancien article L.132-27 devenu l'article L. 2242-8 du Code du travail et qui doivent être obligatoirement négociées chaque année.

[786] P. Rodière, « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », *Sem. soc. Lamy* 2 juin 2003, n°1125, p.8.

[787] M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe », article précité, p.747 ; Sur les techniques de l'accord-cadre : M.-L. Morin et Teyssier (F), « L'accord-cadre », *Dr. soc.* 1988, p.741.

c) La reconnaissance légale de l'accord de groupe par la loi du 4 mai 2004

435. Le Code du travail étend la section relative à la négociation dans l'entreprise à la négociation de groupe[788]. L'ancien article L. 132-19-1, introduit par la loi du 4 mai 2004 et devenu l'article L.2232-30, précise que la négociation collective de groupe peut tout aussi bien aboutir à la conclusion d'un accord que d'une convention de groupe. La nuance a son importance car, jusqu'à présent, seuls des accords de groupe, portant par définition sur un sujet particulier, étaient conclus. Dorénavant, des conventions de groupe peuvent exister et porter sur l'ensemble des conditions d'emploi et de travail et sur les garanties sociales au sens des articles L.2221-2 et L.2221-1 du Code du travail[789]. Il convient de souligner que la condition d'un intérêt commun aux personnels des entreprises incluses dans le périmètre de l'accord de groupe, n'a pas été reprise par le législateur.

436. Ensuite, l'article L. 132-19-1 du Code du travail précise le cadre dans lequel un accord de groupe peut être conclu. Sur ce point, par rapport à la jurisprudence Axa, le législateur a souhaité encadrer la liberté des partenaires sociaux dans la définition du champ d'application des accords ou conventions de groupe, en agissant sur la notion de groupe. En effet, l'article L.2232-31 du Code du travail[790] précise les parties à l'accord de groupe. Il s'agit d'une part de « *l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées* » et d'autre part des « *organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées* ». En employant le terme d'« *entreprise dominante* », le législateur se réfère implicitement à la définition légale du groupe de l'article L.2331-1 du Code du travail. La référence à cet article est en revanche expressément affirmée par la circulaire du 22 septembre 2004[791]. La conclusion de conventions ou d'accords de groupe doit se faire dans le cadre du groupe défini à l'article L.2331-1 du Code du travail[792]. A l'intérieur de ce cadre, les partenaires sociaux ont le choix de définir le périmètre de l'accord : il peut s'étendre à

[788] Article L.132-18, devenu L.2232-11 du Code du travail : « *La présente section détermine les conditions dans lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise et dans le groupe* ».

[789] Respectivement les anciens articles L.132-1 et L.131-1 du Code du travail.

[790] Ancien article L.132-19-1 du Code du travail.

[791] Selon cette circulaire, « *si le législateur n'a donné aucune définition du groupe, le nouvel article L.132-19-1 fait cependant explicitement référence à la notion d'entreprise dominante, renvoyant de la sorte à la définition prévue à l'article L. 439-1 du code du travail qui dispose qu'un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante* ».

[792] En faveur d'une position moins tranchée : J.-F. Cesaro, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.* 2010, p.780.

l'ensemble des entreprises du groupe ou à certaines d'entre elles seulement. L'article L.2232-30 du Code du travail précise en effet que « *la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* ». La conclusion d'un accord entre des entreprises n'appartenant pas à un groupe au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail serait, selon Paul-Henri Antonmattei[793], qualifié juridiquement d'accord inter-entreprises et non d'accord de groupe.

437. Une nouvelle fois, l'article L.2331-1 du Code du travail a une portée qui dépasse la seule mise en place du comité de groupe. Il en est de même en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

4. La Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences et l'article L.2331-1 du Code du travail

438. La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences peut se définir comme « *la conception, la mise en œuvre et le suivi des politiques et des plans d'actions cohérents, visant d'une part à réduire, de façon anticipée, les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en terme d'effectifs et de compétences) en fonction de son plan stratégique (ou au moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés) ; impliquant d'autre part le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle* »[794]. Cette gestion prévisionnelle des emplois et des compétences rend possible une mise en commun des moyens en personnel, en budget et en outils au niveau du groupe, supérieurs à ceux qui pourraient être définis au niveau de chaque entreprise prise individuellement. Cette mise en commun implique une harmonisation au niveau du groupe de manière à faciliter les échanges de personnel inter-entreprises.

439. La loi n°2005-32 du 18 janvier 2005[795] admet la possibilité de mener une politique de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences au niveau du groupe. Le législateur a retenu la définition légale du groupe de l'article L.2331-1 du Code du travail. L'article

[793] P.-H. Antonmattei, « La consécration législative de la convention ou de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc*. 2004, p.602.
[794] D. Thierry, *La gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, Paris, éd. L'Harmattan, 1994.
[795] *JO* du 19 janvier 2005.

L.2242-15 du Code du travail[796] dispose en effet que « *dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L.2331-1 qui occupent de trois cents salariés et plus, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L.2341-1 et L.2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur (....)la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois* ». « *On peut penser qu'en retenant cette notion de « groupe », l'intention principale du législateur était d'inclure, dans le cadre de cette négociation obligatoire, les groupes dont l'effectif global était d'au moins trois cents salariés mais dont l'effectif d'aucune entreprise le constituant ne dépassait ce seuil* »[797].

440. En définitive, à l'instar des définitions applicables dans d'autres branches du droit, la définition de l'article L.2331-1 du Code du travail repose sur une définition *a priori* des relations inter-entreprises constitutives d'un groupe. Le vocabulaire utilisé[798], le renvoi exprès aux définitions légales de filialisation, de participation et de contrôle du droit des sociétés et du droit comptable conduisent à considérer le groupe comme une structure de domination. Seule la capacité d'une entreprise à exercer un pouvoir effectif sur une autre est prise en compte. Si l'existence de relations en capital semble *a priori* nécessaire à la qualification juridique de groupe au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail, elle ne suffit pas toujours à elle seule à établir l'exercice d'un pouvoir effectif. Le critère de la détention en capital doit alors être complété par d'autres critères de contrôle ou d'influence dominante. Le groupe désigne alors un ensemble d'entités juridiquement autonomes placées sous la domination d'une même « entreprise dominante ». L'exigence d'une participation en capital minimale, la détermination de seuils de participation et d'un pouvoir de contrôle quantifiés ainsi que la mise en place d'un système de présomption d'influence dominante permettent de définir un périmètre de groupe suffisamment large tout en maintenant une sécurité juridique satisfaisante.

441. Malgré les qualités de la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail et son rayonnement, celle-ci ne s'applique de loin pas à toutes les dispositions légales consacrant le groupe comme cadre d'application de la règle de droit.

---

[796] Ancien article L.320-2, I du Code du travail.
[797] Lamy social Groupes.
[798] « Entreprise dominante », « entreprises contrôlées » ou « sous influence dominante ».

§2. Les limites du rayonnement de la définition légale du groupe proposée à l'article L.2331-1 du Code du travail

442. Hormis les cas dans lesquels il est expressément fait référence à la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail, le traitement juridique du groupe est des plus variés. D'une part, à l'instar du droit des sociétés ou du droit bancaire, l'article L.1231-5 du Code du travail[799] ne reconnaît pas expressément de notion de groupe : seules sont prises en compte les relations inter-entreprises unissant une société mère à sa filiale située à l'étranger (A). D'autre part, lorsque le groupe est juridiquement reconnu, le législateur peut soit privilégier une approche extensive de la notion, comme en matière d'épargne salariale (B), soit tout simplement s'abstenir de définir le groupe (C).

A. L'article L.1231-5 du Code du travail : une conception étroite des relations inter-entreprises

443. L'article L.1231-5 du Code du travail prévoit pour le salarié mis à disposition par la société mère dans une filiale du groupe située à l'étranger un certain nombre de garanties destinées à sécuriser sa carrière professionnelle en cas de mobilité internationale intra-groupe. Malgré des conditions légales restrictives, l'article L.1231-5 du Code du travail s'adresse indirectement à une situation de groupe : sans reconnaître de notion de groupe, les relations entre une société mère et sa filiale sont prises en considération. Selon cet article, « *lorsqu'un salarié, mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d'une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale, la société-mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère* ». Si l'article L.1231-5 du Code du travail accorde un droit de retour au salarié muté dans une filiale étrangère, sa mise en œuvre est subordonnée à la réunion d'un certain nombre de conditions, et notamment celles relatives aux liens existant entre le salarié, la société mère et la filiale. Pour certains

[799] Ancien article L.122-14-8 du Code du travail.

auteurs, « *si l'article L. 122-14-8* [devenu l'article L.1231-5] *reconnaît bien l'existence et les particularités du groupe de sociétés, force est de constater que sa conception de l'ensemble groupé est pour le moins restrictive* ».[800] Outre le fait que l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail suppose au préalable celle de la loi française au contrat de travail, encore faut-il que le salarié ait été embauché par une société mère ayant son siège social en France, avant d'être détaché dans une filiale du groupe située à l'étranger.

444. Tout d'abord, l'article L.1231-5 du Code du travail ne concerne pas toutes les sociétés mères : seules celles qui ont leur siège social en France et au sein de laquelle le salarié embauché a effectivement exercé ses fonctions sont concernées. Ainsi, d'une part, le salarié dont le contrat de travail est soumis au droit français et qui a bien été mis à disposition d'une filiale étrangère, ne pourra pas bénéficier des dispositions protectrices de l'article L.1231-5 du Code du travail si la société mère qui l'a initialement embauché, est étrangère[801]. D'autre part, le salarié recruté en France par une société-mère domiciliée en France, mais en vue de son affectation immédiate dans une filiale étrangère[802], est exclu du champ d'application de l'article L.1231-5 du Code du travail. Car, aux termes de cet article, la société a l'obligation de proposer au salarié un emploi « *compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société-mère* », ce qui implique bien l'exercice par le salarié de ses fonctions au sein de la société mère préalablement à sa mise à disposition auprès d'une filiale étrangère. Ensuite, la société dans laquelle le salarié est mis à disposition par la société-mère doit être obligatoirement étrangère. C'est la raison pour laquelle, la Cour de cassation a refusé l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail à un salarié détaché dans une société située sur un territoire d'Outre-mer[803].

445. Enfin, les relations inter-entreprises sont également prises en compte. L'article L.1231-5 du Code du travail se réfère expressément aux notions de société-mère et de filiale, directement empruntée du droit des sociétés. Or, ces notions sont réservées à la désignation de relations de contrôle reposant sur une détention majoritaire du capital de l'une dans l'autre. Seules les relations de domination entre une société-mère et une société filiale (étrangère) sont prises en compte. Sont donc exclus du champ d'application de l'article L.1231-5 du Code du

[800] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.162.
[801] CA Paris, 21e ch., 27 novembre 1986, Wuetig c/ Sté International Harvester, *Revue critique de droit international* 1988, p.314, note A. Lyon-Caen.
[802] Cass. soc., 18 décembre 1984, *JCP G* 1985, IV, p.76.
[803] Cass. soc., 15 juin 1978, n°77-40294, *Bull. civ.* V, n°479, p.361.

travail, les détachements qui ont lieu entre filiales sœurs, en l'absence de contrôle de l'une sur l'autre. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de rejeter l'application de l'article L.1231-5 à une société ayant pour mission de gérer le personnel des différentes sociétés du groupe[804]. La jurisprudence a néanmoins apporté quelques tempéraments à cette condition restrictive, en faisant application du texte, même en l'absence de détention majoritaire de l'une des sociétés du capital de l'autre. « *Si la jurisprudence exige un rapport de domination entre les sociétés, elle n'a pas retenu un critère strict de la notion de filiale, critère qui résulterait de la détention d'une partie majoritaire au capital social* »[805]. Ainsi, elle a pu admettre qu'une convention d'assistance technique[806] permet de caractériser le contrôle d'une entreprise sur l'autre et donc d'entraîner l'application de l'article L.1231-5 du Code du travail. Il en est de même en présence d'actes de gestion pour le compte de l'autre société en l'absence de détention de la majorité du capital[807] ou en présence d'un contrôle économique suffisamment fort et effectif malgré l'absence de participation au capital[808].

446. Sans le nommer, l'article L.1231-5 du Code du travail s'adresse bien au groupe d'entreprises, en l'appréhendant par l'intermédiaire des relations inter-entreprises. Par les références textuelles aux notions de société-mère et de filiale, l'influence du droit des sociétés est indéniable. L'approche du groupe est toutefois en retrait par rapport à la définition légale du groupe au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail pour deux raisons au moins : d'une part, seules les relations de filialisation sont envisagées par le texte, même si la jurisprudence assouplit la rigueur de ce type de contrôle, et d'autre part, l'objet spécifique de l'article, à savoir les détachements internationaux, contribue un peu plus à restreindre la portée de l'article. « *Le groupe apparaît alors comme un ensemble constitué d'une société mère dominante de nationalité française et de ses filiales étrangères et uniquement de celles-ci. En outre, les dispositions en cause ne peuvent s'appliquer qu'aux seuls détachements de France vers l'étranger* »[809].

447. Si le législateur peut s'abstenir de consacrer juridiquement le groupe et retenir une conception restrictive des relations inter-entreprises en matière de mobilité du salarié à

[804] Cass. soc., 5 mai 1986, n°84-43665, *Bull. civ.* V, n°196, p.194.
[805] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.163.
[806] CA Aix-en-Provence, 23 janvier 1980, *D.* 1980, Jur., p.301, note J. Mestre et M. Buy.
[807] Cass. soc., 27 juin 1990, Sté Cobra c/ Epoux Bourquin, n°86-43483, *CSBP* 1990, p.226.
[808] Cass. soc., 23 janvier 1991, n°88-44497.
[809] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.163.

l'étranger, il lui arrive aussi, au contraire, de retenir une conception extensive des relations inter-entreprises de groupe.

B. La notion de groupe en matière d'épargne salariale : une conception extensive de la notion de groupe

448. Les différentes évolutions législatives intervenues en matière d'épargne salariale ont œuvré dans le sens d'une conception extensive de la notion de groupe. Afin de mesurer l'apport de la loi du 19 février 2001[810] (2) en la matière, il convient au préalable de présenter l'état du droit positif antérieur (1).

1. L'état du droit positif antérieur à la loi du 19 février 2001

449. L'ordonnance du 21 octobre 1986[811] ainsi que la loi du 25 juillet 1994[812] reconnaissent la possibilité d'organiser la participation des salariés aux résultats au niveau du groupe. De même, un décret du 17 juillet 1987 consacre la possibilité de mettre en place un plan d'épargne d'entreprise commun à l'ensemble des entreprises du groupe. Pour les dirigeants du groupe, cette possibilité offerte par la loi représente le moyen de soutenir la cohésion du groupe, d'harmoniser les statuts des salariés du groupe et de garantir entre eux une certaine équité, indépendamment de leur appartenance à des entreprises aux résultats économiques différents. Les salariés contribuent tous à la croissance du groupe et doivent donc pouvoir bénéficier de ses résultats positifs, dans des conditions identiques, quelle que soit l'entreprise à laquelle ils appartiennent.

450. La loi du 24 juillet 1994 distingue nettement les accords de participation des accords d'intéressement pour ce qui est de la possibilité de mettre en place de tels accords au niveau du groupe. Tandis que les dispositions légales consacrent expressément la possibilité de négocier et de conclure un accord de participation pour l'ensemble du groupe, elles ne se

[810] Loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, *JO* n°43 du 20 février 2001.

[811] Ordonnance n°86-1134, 21 octobre 1986 , *JO* du 23 octobre 1986, *D.* 1986, p.516, prise en vertu de la loi d'habilitation n°86-793 du 2 juillet 1986, *JO* du 3 juillet 1986, *D.* 1986, p.391.

[812] Loi du 25 juillet 1994, *JO* du 27 juillet 1994, *D.* 1994, p.401.

prononcent pas sur l'existence d'une telle possibilité dans le cadre d'un accord d'intéressement.

451. Tout en consacrant expressément la mise en place d'un accord de participation de groupe, la loi du 24 juillet 1994 ne transpose pas à la lettre le régime juridique de la participation des salariés au niveau de l'entreprise à celui du groupe. En effet, tandis que la mise en place d'un accord de participation est obligatoire pour toutes les entreprises employant plus de cinquante salariés, elle ne s'impose pas à un groupe, et ce, même si ce groupe regroupe plus de cinquante salariés mais que l'effectif de chacune des entreprises du groupe est inférieur au seuil légal prévu imposant une obligation de négocier un accord d'intéressement.

452. Enfin, la loi demeure silencieuse sur la définition de la notion de groupe à laquelle elle fait référence. Deux circulaires du 3 janvier 1992[813] et du 9 mai 1995[814] ont apporté quelques précisions sur ce point. Selon la circulaire du 3 janvier 1992, le groupe s'entend d'« *un ensemble d'entreprises juridiquement indépendantes ayant acquis entre elles des liens financiers et économiques aboutissant à une uniformisation de leur politique de rémunération* ». Tout en demeurant assez vague sur le critère des liens financiers et économiques, la circulaire adoptait une définition restrictive du groupe en exigeant une uniformisation de la politique de rémunération, ce qui supposait l'existence d'un groupe avec un degré d'intégration des entreprises élevés. La circulaire du 9 mai 1995 modifie quelque peu la donne, en abandonnant le critère de l'uniformisation de la politique de rémunération. Désormais, le groupe à prendre en compte pour la mise en place d'un accord de participation est composé « *des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* ». Cette approche particulièrement extensive des liens inter-entreprises permet d'étendre à de nombreuses formes de groupement d'entreprises la possibilité de conclure un accord de participation de groupe.

453. La loi du 19 février 2001 va finaliser cette évolution en appliquant à l'ensemble des dispositifs légaux d'épargne salariale une même notion de groupe.

---

[813] Circulaire du 3 janvier 1992, *JO* du 31 janvier 1992.
[814] Circulaire du 9 mai 1995, *JO* du 17 mai 1995, *JCP* E 1995, III, 675141, point 1.1.1.6.

2. L'apport de la loi du 19 février 2001

454. Dans le but de favoriser l'épargne salariale, le législateur a opté pour une conception particulièrement extensive de la notion de groupe. L'enjeu est d'importance car, dans le cadre d'un accord de participation de groupe par exemple, l'article L.3324-2, alinéa 2 du Code du travail[815] dispose que « *l'équivalence des avantages consentis aux salariés s'apprécie globalement au niveau du groupe et non entreprise par entreprise* »[816]. Aussi, aux termes de l'article L.3344-1, alinéa 1 du Code du travail[817], « *l'intéressement, la participation ou un plan d'épargne d'entreprise peut être mis en place au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* ». La circulaire ministérielle du 22 novembre 2001[818] précise que les dispositions de l'ancien article L.444-3 du Code du travail n'imposent pas l'existence de liens en capital, pourvu que les entreprises du groupe aient établi entre elles des liens financiers et économiques, ayant une certaine importance et une certaine stabilité dans le temps. De même, il n'est pas fait référence à l'existence d'un contrôle[819]. Il découle de cette définition du groupe que la mise en place de l'épargne salariale des salariés au niveau du groupe ne correspond pas nécessairement aux entreprises incluses dans le groupe au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail pour la mise en place d'un comité de groupe.

455. Cette définition du groupe en matière d'épargne salariale accorde aux partenaires sociaux une grande marge de liberté dans la définition du périmètre du groupe, et ce d'autant plus qu'ils peuvent décider de s'engager sur tout ou partie seulement du groupe. Cette liberté dans la détermination du périmètre du groupe est corroborée par l'article L.2322-7, al. 1 du Code du travail[820] relatif à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise au niveau du groupe. Aux termes de cet article, « *par dérogation à l'article L.3322-6*[821]*, un accord de groupe peut être passé entre les sociétés d'un même groupe ou seulement certaines d'entre elles* ».

---

[815] Ancien article L.442-6 du Code du travail.

[816] P. MORVAN, « Groupe d'entreprises et rémunérations du travail », *Dr. soc.* 2010, p.748.

[817] Ancien article L.444-3, alinéa 1 du Code du travail.

[818] *JO* du 16 février 2002.

[819] L'article L.2344-1, alinéa 2 précise toutefois que « *les dispositifs d'augmentation du capital prévus aux articles L.2332-18 et suivants ainsi que la majoration des sommes versées annuellement par une ou plusieurs entreprises prévus au deuxième alinéa de l'Article L.2332-11 ne peuvent s'appliquer qu'au sein d'un groupe d'entreprises incluses dans le même périmètre de consolidation ou de combinaison des comptes* (…) ».

[820] Ancien article L.442-11, alinéa 1 du Code du travail.

[821] L.3322-6 énumère les conditions de conclusion des accords de participation dans l'entreprise.

456. Cette définition extensive de la notion de groupe en matière d'épargne et d'actionnariat salarial a été critiquée par certains auteurs qui considèrent que la multiplication des définitions du groupe à géométrie variable est de nature à semer la confusion, à favoriser l'éclatement de la notion même de groupe et à engendrer de nouvelles incertitudes. « *Si le but poursuivi par le législateur était de favoriser partout la mise en place d'une épargne salariale, on peut regretter qu'il ait, d'une certaine façon, galvaudé, voire dévoyé la notion de groupe comme il a ouvert la porte et la voie à des périmètres par trop vastes au niveau interentreprises* »[822].Ces auteurs soulignent notamment qu'il devient délicat de distinguer l'accord de groupe défini par l'article L.3344-1 du Code du travail, de l'article L.3333-2 et suivants du Code du travail[823] qui crée le plan d'épargne inter-entreprises. Ce plan doit permettre à des entreprises n'ayant pas nécessairement de liens entre elles, mais unies néanmoins par un intérêt commun à la mise en place d'un plan d'épargne inter-entreprises (effet de seuil, coûts de gestion…), de participer à la création d'un tel plan.

457. Il arrive également que le législateur consacre le groupe comme cadre d'application de la loi sans pour autant définir cette notion, laissant son sens largement indéterminé.

C. La référence légale au groupe mais sans définition

458. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002[824] a légalement consacré d'une part le principe de l'appréciation du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, le groupe[825], et d'autre part le principe des recherches de reclassement du salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé, dans le cadre de l'entreprise, ou le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel celle-ci appartient[826]. Cette dernière disposition consacre une solution jurisprudentielle constante en matière de reclassement, sans pour autant reprendre exactement la formulation dégagée par la Cour de cassation qui cantonne le périmètre de reclassement à un groupe de reclassement

[822] Lamy social groupes, Etude 104-3.
[823] Ancien article L.443-1-1 du Code du travail.
[824] Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002.
[825] Article L.321-4-1 du Code du travail issu de l'article 112 de la loi de modernisation sociale.
[826] Article L.321-1 du Code du travail issu de l'article 108 de la loi de modernisation sociale.

restreint n'incluant pas nécessairement l'ensemble des entreprises du groupe[827]. La référence légale au groupe ne s'accompagne toutefois d'aucune définition ni d'aucun renvoi exprès à une définition légale préexistante, ce qui laisse une grande incertitude quant à la signification exacte de cette notion.

459. Malgré le rayonnement de la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail, la notion de groupe n'est consacrée que de manière parcellaire et ne correspond pas nécessairement à la définition de l'article L.2331-1 du Code du travail. Le législateur peut soit retenir une conception extensive de la notion, soit se dispenser de la définir. La diversité des sources juridiques de reconnaissance de la notion a également conduit à une multiplication des notions de groupe. La jurisprudence sociale n'a pas manqué d'apporter sa contribution à l'affirmation de la notion de groupe en droit du travail.

Section 2. La consécration jurisprudentielle de la notion de groupe en droit du travail

460. C'est dans le cadre du contrôle administratif de l'autorisation préalable du licenciement, puis, à partir de 1986[828], dans le cadre du contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse du licenciement, que la jurisprudence, administrative et judiciaire, a consacré la notion juridique de groupe en droit du travail (§1), sans pour autant la définir (§2).

[827] Cass. soc., 5 avril 1995, Sté Thomson Tubes et Displays (1er arrêt), n°93-42690 ; Cass. soc., 5 avril 1995, SA TRW REPA (2e arrêt), n°93-43866, *JCP* E 1995, II, 708, p.151, note G. Picca : « *les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* ».

[828] Jusqu'en 1986, le licenciement pour motif économique est subordonné à une autorisation administrative préalable. Le contrôle du bien fondé du licenciement pour motif économique relève alors de la compétence des juridictions administratives. Depuis la suppression par les lois du 3 juillet 1986 et du 30 décembre 1986 de l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique, sauf pour les salariés protégés, le contrôle du licenciement relève de la compétence des juridictions judiciaires. Aussi, la question de la reconnaissance du groupe comme cadre d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique, s'est initialement posée aux juridictions administratives puis aux juridictions judiciaires.

§1. L'apport de la jurisprudence à la consécration d'une notion de groupe

461. La consécration jurisprudentielle de la notion de groupe ne concerne pas toutes les dispositions du droit du licenciement. Elle est le fruit d'une lente évolution jurisprudentielle tant il est vrai que le cadre de référence cardinal en la matière demeure l'entreprise. La notion de groupe s'est imposée comme cadre d'appréciation de deux éléments majeurs de la cause réelle et sérieuse : l'élément originel du licenciement pour motif économique et l'obligation de reclassement. Si le groupe demeure le cadre de référence lorsqu'il est établi qu'une entreprise appartient à un groupe, la Cour de cassation a progressivement retenu des cadres d'appréciation distincts selon qu'il s'agit de l'élément originel du licenciement pour motif économique ou de l'obligation de reclassement. Les arrêts du 5 avril 1995[829] constituent un tournant jurisprudentiel décisif en la matière. Aussi, il est utile d'envisager successivement la consécration jurisprudentielle de la notion de groupe antérieurement aux arrêts du 5 avril 1995 (A) puis l'état du droit positif postérieurement à ces mêmes arrêts (B).

A. La consécration jurisprudentielle de la notion de groupe antérieurement aux arrêts du 5 avril 1995

462. La notion de groupe a d'abord été consacrée par le Conseil d'Etat (1) puis par la Cour de cassation (2).

1. La reconnaissance du groupe par le Conseil d'Etat

463. C'est à propos d'un litige portant sur un licenciement pour motif économique de salariés d'une entreprise appartenant à un groupe que le Conseil d'Etat a saisi l'occasion de reconnaître, par un arrêt fondateur du 18 janvier 1980[830], le groupe comme cadre d'appréciation de la réalité des motifs économiques et de l'obligation de reclassement de

[829] Cass. soc., 5 avril 1995, *arrêts précités*.
[830] CE, 18 janvier 1980, Fédération des Cadres de la Chimie des Industries, n°10804, *Dr. soc.* 1980, p.323, conclusionq P. Dondoux ; *D.* 1980, 259, note A. Lyon-Caen.

l'employeur. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat affirme clairement l'obligation pour l'Administration de vérifier le bien fondé du licenciement pour motif économique en considération de la situation de l'ensemble des entreprises du groupe et non plus seulement de la seule entreprise dans laquelle des licenciements sont envisagés. Les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat a été amené à consacrer la notion de groupe en droit du licenciement méritent de retenir l'attention (b). Les conclusions du Commissaire du Gouvernement[831], Philippe Dondoux, se révèlent sur ce point particulièrement intéressantes (b).

a) La proposition du Commissaire du Gouvernement

464. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement prend comme point de départ la notion d'entreprise et s'interroge sur le cadre de référence à retenir lorsque l'entreprise appartient à un groupe. Selon lui, l'extension de l'appréciation de la règle de droit au niveau du groupe dépend de la conception de l'entreprise retenue. En effet, selon une conception étroite, le terme « entreprise » visé par la loi de 1975 se confond avec sa structure juridique d'accueil ; elle en épouse parfaitement les formes. De même, le terme d'« employeur » également visé par la loi de 1975 ne permet d'envisager la relation de travail que dans sa dimension contractuelle entre le salarié et l'employeur ; elle existe indépendamment du contexte organisationnel dans lequel elle s'intègre. A l'inverse, une approche large de l'entreprise consiste à tenir compte de « *la seule réalité économique et sociale qui résulte de l'unité de fait de sociétés juridiquement distinctes* »[832]. Cette seconde approche de l'entreprise, soutenue par le Commissaire du Gouvernement, autorise une prise en compte du groupe par l'intermédiaire de la notion d'entreprise. « *Cela signifie qu'en droit du travail, où la protection des salariés est la préoccupation dominante, l'entreprise ne saurait se réduire à une juxtaposition de rapports individuels de travail ou encore à telle ou telle forme purement juridique : par delà ses apparences et quelles que soit son existence légale, l'entreprise, au sens du droit du travail et plus particulièrement du droit des autorisations de licenciement, doit être regardée comme ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire une unité à la fois économique*

[831] P. Dondoux, « La notion d'entreprise et le droit des licenciements pour cause économique », *Dr. soc.* 1980, p.322-328.
[832] *Ibid.*, p.324.

et sociale »[833]. Le Commissaire du Gouvernement s'appuie ouvertement sur la notion d'unité économique et sociale forgée par la Cour de cassation et propose au Conseil d'Etat de reprendre à son compte cette notion comme cadre d'appréciation du bien-fondé du licenciement pour motif économique. « *Nous vous proposerons donc, s'agissant du droit des autorisations de licenciement, de ne pas vous en tenir à une conception purement juridique des termes « entreprise » et « employeur » utilisés par le législateur de 1975 et d'estimer qu'en cette matière c'est l'« unité économique et sociale » (chacun de ces deux termes est aussi important que l'autre) formée par plusieurs entreprises au sens strict qui doit être prise en compte* »[834].

465. En définitive, le Commissaire du Gouvernement propose une évolution modérée du cadre d'appréciation du motif économique du licenciement. La solution proposée marque une évolution certaine du droit puisque le recours à la notion d'unité économique et sociale permet d'élargir le cadre d'appréciation de l'application de la loi à un ensemble formé d'entités juridiquement distinctes et ainsi, de ne plus le limiter à la seule structure juridique d'accueil de l'entreprise. L'évolution est également sensible dans l'approche de la relation de travail : retenir l'unité économique et sociale comme cadre d'appréciation du sérieux du motif économique du licenciement et de l'obligation de reclassement, c'est admettre la possibilité d'une dissociation des deux dimensions, organisationnelle et contractuelle, de la relation de travail. Un salarié peut appartenir à une organisation plus vaste que celle correspondant à la structure juridique de l'employeur à laquelle le salarié est lié contractuellement. Cette évolution reste toutefois modérée dans la mesure où elle ne heurte pas les dispositions légales applicables. Le recours à la notion d'unité économique et sociale présente l'avantage de ne pas sortir du cadre fixé par la lettre de la loi : d'une part, l'unité économique et sociale désigne parfois l'entreprise au sens du droit du travail et d'autre part, la notion de groupe n'est pas juridiquement consacrée et seul le groupe économique juridiquement qualifié d'unité économique et sociale est pris en compte, durant cette période. S'il y a bien prise en compte d'un certain type de groupe économique à l'organisation suffisamment intégrée et centralisée, la notion de groupe n'est toujours pas juridiquement reconnue. La notion d'unité économique et sociale présente également l'avantage de la sécurité juridique. Le Commissaire du Gouvernement proposait en effet de reprendre trait pour trait la notion d'unité économique et sociale telle qu'elle a été forgée par la Cour de cassation. Les critères de l'unité économique

[833] *Ibid.*
[834] *Ibid.*

et sociale sont suffisamment stables pour permettre d'identifier relativement aisément, le cadre d'appréciation du licenciement pour motif économique[835].

466. Or, à la lecture de l'arrêt du 18 janvier 1980, il s'avère que le Conseil d'Etat s'est révélé plus audacieux que le Commissaire du Gouvernement.

b) La solution de l'arrêt du 18 janvier 1980 : la consécration de la notion juridique de groupe

Contrairement à la proposition du Commissaire du Gouvernement Philippe Dondoux, le Conseil d'Etat ne souhaite pas consacrer la notion d'unité économique et sociale et lui préfère la notion de groupe. Selon l'arrêt du 18 janvier 1980, il appartient à l'autorité administrative saisie du contrôle du motif économique de licenciement et de l'obligation de reclassement de l'employeur, de se prononcer au regard de la situation de l'ensemble des sociétés d'un même groupe. En l'espèce, deux sociétés d'un même groupe, les sociétés Ferlux et Ferlux-Labo, envageaient de licencier 21 salariés pour motif économique. Dans le cadre de l'autorisation administrative préalable des licenciements pour motif économique en vigueur, le Ministre du Travail, prenant en compte la situation des deux seules sociétés directement concernées par une réduction de leurs effectifs, a autorisé les licenciements. Le Conseil d'Etat annule la décision ministérielle sur le fondement de l'erreur de droit, au motif que « *le ministre du Travail s'est fondé exclusivement sur la situation des deux sociétés Ferlux et Ferlux-Labo, alors qu'il existait notamment d'autres sociétés dans le même groupe ; que faute d'avoir tenu compte de la situation de l'ensemble de celles-ci, le ministre a entaché sa décision d'une erreur de droit* ». La solution du 18 janvier 1980 a par la suite été confirmée à de nombreuses reprises par le Conseil d'Etat[836]. Mais la notion juridique de groupe consacrée par le Conseil d'Etat est dépourvue de définition.

467. En consacrant la notion de groupe comme cadre d'appréciation pertinent du caractère réel et sérieux du licenciement pour motif économique et de l'obligation de reclassement de

[835] Même si, à l'époque, la jurisprudence retient une approche relative et fonctionnelle de l'unité économique et sociale.
[836] CE, 22 mai 1995, n°157427, inédit, Légifrance ; CE, 10 mars 1997, SA Application technique des plastiques, n°164645, Légifrance ; CE, 11 juillet 1991, n°85-035, inédit, Légifrance ; CE 3 avril 1992, n°81-671, inédit, Légifrance.

l'employeur, le Conseil d'Etat innove, même si l'absence de définition de la notion de groupe engendre une insécurité juridique bien regrettable. Il se démarque également de la Cour de cassation qui, longtemps favorable à une conception stricte de l'entreprise, tardera à reconnaître à son tour la notion de groupe.

2. La reconnaissance du groupe par la Cour de cassation

468. Pendant des années, les juridictions judiciaires ont refusé de tenir compte de l'existence d'un groupe (a) avant de consacrer, une dizaine d'années après le Conseil d'Etat, la notion de groupe comme cadre d'appréciation du licenciement pour motif économique et de l'obligation de reclassement (b).

a) Le refus initial de la Cour de cassation de reconnaître le groupe

469. Tant que les juridictions administratives étaient compétentes pour connaître du contrôle des autorisations administratives de licenciement, une divergence de jurisprudence existait entre le Conseil d'Etat qui reconnaissait la notion de groupe, et la Cour de cassation qui faisait montre d'une franche hostilité en la matière. Ainsi, dans un arrêt du 22 novembre 1978[837], la Cour de cassation affirme que le caractère réel et sérieux d'un licenciement ne peut s'apprécier que dans les rapports de l'employeur et du salarié. En l'espèce, un salarié a été successivement employé par trois sociétés du groupe. Son dernier employeur en date le licencie pour motif économique en raison d'un ralentissement de son activité. Par un arrêt du 18 mars 1976, la Cour d'appel de Toulouse condamne la société pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que les trois sociétés sont « *une unité assimilable à une seule et même entreprise* » et que le salarié aurait pu être reclassé dans l'une des entreprises. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel en rappelant que « *le caractère réel et sérieux d'un licenciement ne peut s'apprécier que dans les rapports de l'employeur et du salarié* ». Elle en déduit que seule la confusion d'activités entre les sociétés du groupe ou l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et les autres sociétés du groupe auraient pu justifier une recherche des possibilités de reclassement au sein des sociétés du groupe.

[837] Cass. soc., 22 novembre 1978, n°76-40645, *Bull. civ.* V, n°785, p.592.

470. La Cour de cassation s'en tient à une approche strictement contractuelle de la relation de travail : seule la relation entre un salarié et son employeur ou ses employeurs conjoints est prise en compte. Les relations inter-sociétaires sont niées. Elle adopte de plus une conception restrictive de la notion d'entreprise en s'opposant à l'assimilation des sociétés d'un même groupe à une seule et même entreprise. Autrement dit, la Cour de cassation coupe court à toute tentative de prise en compte de l'unité économique et sociale comme cadre d'appréciation des éléments constitutifs du licenciement pour motif économique et de l'obligation de reclassement de l'employeur.

471. Il faut attendre le début des années quatre-vingt-dix pour que la position de la Cour de cassation évolue sur ce point.

b) La consécration de la notion de groupe par la Cour de cassation

472. Après avoir poser le principe de l'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement pour motif économique et de l'obligation reclassement au sein du groupe (1°), la Cour de cassation va par la suite préciser sa jurisprudence par un arrêt Chevalier du 25 juin 1992 (2).

1°Les arrêts des 20 février et 15 mai 1991

473. L'abandon de l'autorisation administrative des licenciements pour motif économique, par les lois du 3 juillet 1986 et du 30 décembre 1986, marque le début de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire dans l'appréciation du caractère réel et sérieux des licenciements pour motif économique. La reconnaissance du groupe comme cadre d'appréciation du motif économique du licenciement et des possibilités de reclassement du salarié, ne va toutefois pas être immédiatement consacrée. Il faut en effet attendre deux arrêts, l'un du 20 février 1991[838] et l'autre du 15 mai 1991[839] pour que soit affirmé le principe selon

[838] Cass. soc., 20 février 1991, n°89-45251, *Bull. civ.* V, n°86, p.53 ; *RJS* 4/91, n°453.
[839] Cass. soc., 15 mai 1991, n°89-44928, *Bull. civ.* V, n°238, p.145 ; *RJS* 6/91, n°699.

lequel « *la réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée* »[840].

474. Dans sa décision du 20 février 1991, la Cour de cassation se contente de poser le principe de l'appréciation de la réalité du motif économique de licenciement et de l'examen des possibilités de reclassement dans le groupe, mais demeure laconique sur la notion de groupe fraîchement consacrée. L'arrêt du 15 mai 1991 confirme la décision du 20 février 1991 et apporte quelques précisions sur la notion de groupe, sans toutefois proposer de définition. La Cour de cassation reprend tout d'abord les éléments relevés par la Cour d'appel avant d'en déduire l'existence d'un groupe et l'application de sa jurisprudence récente du 20 février 1991. Parmi les éléments relevés par la Cour d'appel permettant d'établir l'existence d'un groupe figurent : tout d'abord l'identité d'activité des sociétés Novatome et Framatome, toutes deux « *spécialisées dans les applications industrielles de l'énergie nucléaire* », puis la détention du capital, « *une fraction importante du capital de la société Novatome* [étant] *détenue par la société Framatome* », et enfin, le fait que la société Framatome décidait de la répartition des tâches entre les deux sociétés. Malgré l'absence de définition du groupe, les éléments de fait retenus par la Cour d'appel et permettant à la Cour de cassation de conclure à l'existence d'un groupe, révèlent « *l'étroite imbrication des sociétés au sein d'un même groupe* ». Ces éléments traduisent en définitive une conception très homogène et centralisée du groupe.

475. Moins d'un an plus tard, la Cour de cassation précise par un arrêt du 25 juin 1992 sa jurisprudence.

2°L'arrêt du 25 juin 1992

476. En l'espèce, depuis 1975, le salarié, Monsieur Chevalier, avait été employé pour différentes sociétés qui avaient toutes la particularité d'exploiter les stations-service autoroutières de Total. En dernier lieu, il avait été engagé par la société Phocédis qui l'avait détaché auprès de la société Cofiges avant de le licencier pour motif économique. Par un arrêt

[840] Cass. soc., 20 février 1991, n°89-45251, *Bull. civ.* V, n°86, p.53.

du 13 novembre 1989, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence déboute le salarié de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que « *la réalité du motif économique devait être appréciée uniquement au regard de la société Phocédis dont l'intéressé demeurait le salarié* ». La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au motif que le salarié ayant travaillé successivement dans plusieurs sociétés du même groupe, la Cour d'appel aurait dû apprécier la réalité du motif économique d'un licenciement et la recherche des possibilités de reclassement du salarié « *à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »[841].

477. Pour la première fois, le critère de la permutation apparaît dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Le cadre d'appréciation est constitué d'un « sous-groupe du groupe » dont le critère de la permutation est l'élément distinctif. Si la Cour de cassation précise les critères de ce « sous-groupe », elle demeure toujours aussi laconique sur la notion même de groupe. Or, cette notion de groupe constitue bien un préalable à l'existence d'un sous-groupe. La Cour de cassation ne précise pas la notion de groupe. Elle se contente d'affirmer que les différentes sociétés dans lesquelles le salarié a travaillé, appartenaient toutes au même groupe, ce qui ne fournit que peu d'indications. En revanche, elle précise les critères de détermination du périmètre de reclassement et d'appréciation de la réalité du motif économique de licenciement. Ainsi, tout d'abord, l'identité d'activités apparaît en filigrane puisqu'il est précisé que les différentes sociétés pour lesquelles le salarié avait travaillé, étaient toutes chargées d'exploiter les stations-service autoroutières Total. Ensuite, la permutation de personnel est caractérisée par la mobilité du salarié entre les différentes sociétés. La carrière du salarié au sein du groupe permet alors de déterminer le cadre d'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement ainsi que les possibilités de reclassement. Peu importe qu'au moment du licenciement, le salarié ne soit lié contractuellement qu'à une seule société employeur ou qu'il soit simplement détaché dans l'une des sociétés du groupe.

478. Dans un arrêt du 16 décembre 1992[842], la Cour de cassation tire les conséquences de sa jurisprudence du 25 juin 1992. En l'espèce, un salarié reprochait à la Cour de Paris de l'avoir débouté, par un arrêt du 25 mai 1990, de sa demande en indemnité pour licenciement

[841] Cass. soc. 25 juin 1992, n°90-41244, *Bull. civ.* V, n°420, p.260, *Dr. soc.* 1992, p.832, conclusions de l'avocat général René Kessous, p.826.
[842] Cass. soc., 16 décembre 1992, n°90-44871, *Dr. soc.* 1992, p.189.

économique sans cause réelle et sérieuse. A l'appui de son pourvoi, le salarié soutient que les difficultés économiques de son employeur auraient dû être appréciées au regard de l'ensemble du « Groupe Phénix ». La Cour de cassation déboute le salarié de sa demande au motif que « *la Cour d'appel a fait ressortir que l'employeur ne faisait pas partie d'un groupe d'entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettaient une permutation de tout ou partie du personnel* ». La Cour de cassation vérifie que les juges du fond ont bien motivé leur décision sur la base des critères posés par elle. Le cadre d'appréciation du caractère réel et sérieux du licenciement pour motif économique ainsi que les possibilités de reclassement du salarié ayant été précisé à partir du critère de la permutation, la seule appartenance de l'entreprise à un groupe ne suffit pas, encore faut-il que soient réunis les critères fixés par la Cour de cassation.

479. En conclusion, la seule existence d'un groupe de sociétés au sens économique ne suffit pas pour entraîner l'application de la jurisprudence reconnaissant le groupe comme cadre d'appréciation de la loi. Ceci marque de manière assez franche la distinction entre une réalité organisationnelle agissant dans l'ordre économique et une notion juridique façonnée par et pour l'ordre juridique. Ensuite, la seule existence d'un groupe constitue un préalable nécessaire mais non suffisant. C'est à l'intérieur d'un groupe dont l'existence a été préalablement constatée par les juges du fond, que doit être apprécié le critère de la permutation au regard de l'activité et de l'organisation des entreprises du groupe. A partir de sa décision du 25 juin 1992, la Cour de cassation affine le cadre d'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement et des possibilités de reclassement du salarié, en incluant le critère de la permutation de tout ou partie du personnel qui devient l'élément central de la détermination du cadre d'application de la loi sur les licenciements économiques.

480. L'identité de cadre d'appréciation de la réalité du licenciement pour motif économique et des possibilités de reclassement présente néanmoins un certain nombre d'inconvénients. Dans un souci d'uniformisation des cadres d'application de la loi, la réalité du motif économique et les possibilités de reclassement sont appréciées dans un cadre identique. Or, la détermination du cadre d'appréciation de la réalité du motif économique de licenciement par référence au critère de la permutation du personnel n'apparaît pas pertinente[843]. S'il est aisé de voir en quoi le critère de la permutation est adapté à l'appréciation des possibilités de

[843] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social, op. préc*. p.232.

reclassement, il devient nettement plus obscur lorsqu'il s'agit d'apprécier la réalité du motif économique.

481. Consciente de la limite de sa jurisprudence sur ce point, la Cour de cassation a finalement décidé, par deux arrêts du 5 avril 1995[844], de distinguer le cadre d'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement de celui des possibilités de reclassement des salariés.

B. L'état de la jurisprudence depuis les arrêts du 5 avril 1995[845]

482. Par deux arrêts du 5 avril 1995[846], la Cour de cassation stabilise sa jurisprudence concernant le cadre d'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement et les possibilités de reclassement. Dorénavant, elle définit, sur le fondement de critères distincts, des cadres d'appréciation différents concernant la réalité du motif économique (1) et les possibilités de reclassement (2), tout en tenant compte de la dimension transnationale des groupes (3).

1. Le secteur d'activité : critère du cadre d'appréciation de la réalité du motif économique

483. Le licenciement pour motif économique se définit comme le licenciement prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié. Au-delà de la généralité de cette définition, l'article L.1233-3 du Code du travail[847] précise les éléments constitutifs du licenciement pour motif économique, à défaut desquels le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il distingue l'élément matériel du licenciement de l'élément originel. L'élément matériel du licenciement pour motif économique est établi en cas de suppression, de transformation de poste ou en cas de modification du contrat de travail refusée par le

[844] Cass. soc., 5 avril 1995, Sté Thomson Tubes et Displays (1er arrêt), n°93-42690 ; Cass. soc., 5 avril 1995, SA TRW REPA (2e arrêt), n°93-43866, *JCP* E, 1995, II, 708, p.151, note G. Picca.
[845] *Ibid.*
[846] Cass. soc., 5 avril 1995, Sté Thomson Tubes et Displays (1er arrêt), n°93-42690 ; Cass. soc., 5 avril 1995, SA TRW REPA (2e arrêt), n°93-43866, *JCP E*, 1995, II, 708, p.151, note G. Picca.
[847] Ancien article L.321-1, alinéa 1 du Code du travail.

salarié, tandis que l'élément originel du licenciement désigne des difficultés économiques, des mutations technologiques ou encore, selon la jurisprudence, une cessation d'activité[848] ou la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité[849]. Une fois ces deux éléments avérés, un lien de causalité entre l'élément matériel et l'élément originel doit encore être prouvé.

484. Les arrêts du 5 avril 1995 précisent les conditions dans lesquelles un licenciement pour motif économique peut être prononcé lorsque l'entreprise appartient à un groupe. La Cour de cassation distingue nettement le cadre d'appréciation de l'élément matériel de celui de l'élément originel. L'élément matériel du motif économique du licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise, tandis que les difficultés économiques et la réorganisation en vue de sauvegarder la compétitivité[850] sont appréciées au niveau du « *secteur d'activité* » auquel appartient l'entreprise d'un groupe. L'entreprise et le groupe coexistent sans que l'appartenance de l'entreprise à un groupe ne remette en cause la pertinence de l'entreprise comme cadre d'appréciation du motif économique du licenciement. L'apport des arrêts du 5 avril 1995 ne s'arrête pas là. Lorsqu'une entreprise appartient à un groupe, la Cour de cassation substitue le critère du secteur d'activité à celui de la permutation du personnel. A ce jour, seules les difficultés économiques et la réorganisation en vue de la sauvegarde de la compétitivité sont appréciées dans le cadre du secteur d'activité. En cas de mutation technologique ou de cessation d'activité[851], l'entreprise demeure le cadre d'appréciation pertinent. Cette position jurisprudentielle peut paraître contestable lorsque la cessation d'activité d'une entreprise est dictée par la politique globale du groupe pour des raisons de pure opportunité économique[852].

---

[848] Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-44647, publié, Légifrance.

[849] Cass. soc., 5 avril 1995, n°93-42690, *Bull. civ.* V, n°123.

[850] Les mutations technologiques ne sont pas appréciées au niveau du secteur d'activité mais uniquement au niveau auquel elles ont lieu : si des conséquences affectent d'autres sociétés du groupe, chacune des sociétés est concernée par la transformation à son niveau. En l'état actuel du droit positif, la cessation d'activité n'est appréciée qu'au niveau de l'entreprise qu'elle appartienne ou non à un groupe.

[851] CA Pau, 24 mai 2007, n°05/01545**,** Légifrance : « L*a question de l'appartenance d'autres sociétés du groupe au même secteur d'activité que celui de la SA Papeterie de l'Atlantique n'aurait d'intérêt que pour déterminer le périmètre des difficultés économiques si elles étaient invoquées comme motif des licenciements alors qu'en l'espèce, les difficultés économiques ne sont invoquées que comme raison de la décision de la cessation de l'activité qui est le seul véritable motif du licenciement soumis à l'appréciation du juge. Pour la même raison, la situation économique du groupe est indépendante de la décision de cessation de l'activité de la SA Papeterie de l'Atlantique dans la mesure où il est établi que cette décision ne résulte pas d'une légèreté blâmable ou d'un comportement fautif de l'employeur* ».

[852] Sur la question de l'appréciation de la cessation d'activité au niveau du secteur d'activité du groupe : F. Géa, « Causes économiques enchevêtrées », *RDT* 2010, p.297.

485. Malgré ses avantages (a), le critère du secteur d'activité présente tout de même un certain nombre de difficultés (b).

a) Intérêt de la notion de secteur d'activité

486. Le critère du secteur d'activité apparaît mieux adapté à l'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement que la permutation du personnel[853]. Il favorise également une analyse plus fine de la réalité des difficultés économiques éventuellement rencontrées par un groupe, tout en évitant les effets pervers d'un cadre d'appréciation trop vaste, comprenant l'ensemble du groupe toutes activités confondues. Car, « *l'admission d'un périmètre de groupe trop vaste revient à refuser le licenciement pour une partie du groupe qui connaît des difficultés économiques avérées. Or, ce refus peut avoir pour conséquence de faire peser sur le reste de l'ensemble groupé ces difficultés qui peuvent ainsi provoquer de nouveaux embarras à des parties du groupe qui, jusqu'alors, connaissaient une situation saine. Ces difficultés pourront nécessiter à leur tour des licenciements qui toucheront un plus grand nombre de travailleurs* »[854]. En limitant ainsi le contrôle des difficultés économiques au secteur d'activité, la Cour de cassation garantit la survie économique de l'ensemble du groupe tout en évitant les abus liés à des licenciements économiques de confort. Le groupe est en effet responsabilisé à l'échelle du secteur d'activité par un jeu de « *compensation des contraintes* »[855].

487. D'un côté, la Cour de cassation reconnaît l'intérêt pour les groupes de diversifier leurs secteurs d'activité afin de mieux s'adapter aux fluctuations du marché et, en cas de difficultés de l'un d'eux, elle leur reconnaît la possibilité de réagir par des restructurations ou des licenciements pour motif économique au niveau du secteur ; de l'autre, elle neutralise la stratégie de limitation des risques de certains groupes, consistant à procéder à des licenciements dans une entreprise du groupe en difficultés alors que le secteur d'activité du

---

[853] G. Couturier, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, *op. cit.*, p.83. Le secteur d'activité « *permet ainsi une appréciation plus efficace du motif économique, dans la mesure où la solution aboutit à la subdivision du groupe selon les secteurs d'activité qui le composent* ».

[854] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.231.

[855] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, Thèse, Paris X Nanterre 2000, p.237.

groupe est globalement bénéficiaire. Une certaine « *solidarité* »[856] s'instaure entre les entreprises d'un groupe appartenant à un même secteur d'activité. Les contraintes qui pèsent sur l'employeur peuvent être « *compensées* » au niveau du secteur d'activité par les résultats positifs des autres entreprises du groupe d'un même secteur d'activité. L'appréciation de la situation économique de l'entreprise peut difficilement se passer d'une analyse de la situation économique du groupe[857]. En réalité, la « compensation des contraintes » mise en place au niveau du secteur d'activité suit un raisonnement similaire à celui applicable au sein d'une entreprise isolée. Selon une jurisprudence constante, les difficultés économiques ne s'apprécient pas au niveau de l'établissement de l'entreprise mais au niveau de l'entreprise[858]. De même, l'entreprise qui n'appartient pas à un groupe ne peut se prévaloir des difficultés économiques de l'un de ses secteurs d'activité pour justifier des licenciements pour motif économique[859]. Autrement dit, l'employeur compense les difficultés d'un de ses établissements par les résultats positifs de ses autres établissements.

488. Malgré ses avantages, le critère du secteur d'activité souffre d'une absence complète de définition à l'origine d'une grande insécurité juridique.

b) Inconvénients de la notion de secteur d'activité

489. En l'absence de définition jurisprudentielle[860] et face au peu de contentieux suscité par la détermination du secteur d'activité[861], il n'est pas évident de préciser cette notion. Pourtant,

---

[856] K. Adom, « Problématique des nouvelles orientations sur le licenciement économique dans les groupes de sociétés », *LPA* 1er sept. 1995, n°105, p.11.

[857] En ce sens : P. Waquet, « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », *Dr. soc.* 1995, p.482 : « *la prospérité de l'entreprise dépend, pour une large part, des décisions du groupe qui peut, aisément, appauvrir ou favoriser, selon les cas, une filiale. La situation économique de celle-ci n'est donc qu'un élément d'appréciation qui ne peut se distinguer d'une vision d'ensemble. Les grandes décisions sont prises au niveau du groupe* ». Egalement : G. Lyon-Caen, « *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. soc. 1995, p.493 : « Un groupe peut être globalement prospère, certaines activités étant exposées à des menaces alors que d'autres gagnent de l'argent* »

[858] Cass. soc., 17 juin 1992, n°89-42769, *Bull. civ.* V, n°403 ; Cass. soc. 16 octobre 1997, n°95-41378, *RJS* 97, n°1349; Cass. soc. 24 février 1993, n°90-40403, *Dr. soc.* 1993, n°4, p.387.

[859] CA Paris, 22e ch. A, 2 juillet 1997, SA Machines dubuit c/ Diez Villhoz, *RJS* 8-9/98, n°1256. « *les difficultés économiques doivent être appréciées au niveau de l'entreprise et non de l'un de ses secteurs et ce n'est que lorsqu'il existe un groupe que ces difficultés peuvent être appréciées au regard d'un secteur d'activité dudit groupe* ». « *Une société ne peut en conséquence invoquer, pour justifier le licenciement économique d'un salarié, une baisse d'activité au regard d'une seule de ses activités (...) alors que son compte de résultat démontre une augmentation de son chiffre d'affaires global* ».

[860] De plus, ni le Conseiller Bernard Boubli dans son rapport sous les arrêts du 5 avril 1995, ni l'Avocat Général Yves Chauvy ne précisent le contenu du secteur d'activité.

l'enjeu d'une telle détermination est important. Si les juges du fond ont une appréciation du secteur d'activité différente de celle de l'employeur, alors, en général, les licenciements sont injustifiés. Les difficultés économiques ou la nécessité de réorganiser l'activité en vue de sauvegarder la compétitivité deviennent difficile à établir dans un secteur d'activité redéfini. Selon Gérard Couturier, une définition abstraite du secteur d'activité n'est peut-être pas indispensable dans la mesure où cette notion s'apparente davantage à « *une indication de méthode destinée à orienter vers les données réellement significatives* » permettant de déterminer le secteur d'activité *in concreto* en fonction des données économiques fournies et discutées par les parties[862]. Quelles sont ces données réellement significatives ? Quelques décisions jurisprudentielles pourraient apporter un début de solution.

490. Certains groupes choisissent de diversifier leurs activités afin de maintenir un niveau d'ensemble stable, quelle que soient les fluctuations de certaines d'entre elles. D'autres groupes, spécialisés ou non dans un domaine, répartissent entre les différentes entités du groupe les différentes étapes de la « vie » d'un produit, de sa fabrication à sa commercialisation. Parfois, la fragmentation de l'activité productive est indépendante des découpages juridiques : chaque groupe organise ses activités en multipliant les divisions et subdivisions, voire même établit ses résultats économiques par zone géographique, indépendamment de l'enveloppe juridique des entités du groupe. Enfin, certains groupes produisent différents types de biens ou services. Faut-il alors admettre qu'il existe autant de secteurs d'activités que de types de produits, alors que ces produits peuvent avoir « *une commercialisation commune et s'adresser, de surcroît, à la même clientèle* »[863] ?

491. Des auteurs[864] ont proposé de délimiter le secteur d'activité en référence aux notions de marché, de branche professionnelle ou encore d'objet social. Ces propositions n'ont pas été suivies en jurisprudence (1°). En l'absence de définition *a priori* du secteur d'activité, l'employeur est libre de délimiter son secteur d'activité, mais, en contrepartie, il lui appartient, en cas de litige, de justifier, à partir d'éléments de fait transparents et pertinents, de l'existence d'un secteur d'activité suffisamment autonome (2°).

---

[861] P. Waquet, « Détermination du secteur d'activité du groupe, note sous Cass. soc., 9 mai 2006 », *RDT* 2006, p.98.
[862] G. Couturier, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », article précité, p.84.
[863] D. Gautherat, « Chacun cherche son secteur », *Sem. soc. Lamy* 1998, n°912, p.7.
[864] *Ibid.* p.6-8.

1°Les éléments indifférents à la notion de secteur d'activité ou la recherche de l'activité réelle de l'entreprise

492. Les références à l'organigramme du groupe, au marché, aux notions de branche professionnelle et d'objet social ne sont pas retenues par les juges pour caractériser le secteur d'activité.

493. Concernant l'organigramme du groupe, il n'est pas possible, selon Gérard Couturier, « *de mettre en œuvre concrètement la directive jurisprudentielle sans tenir compte des branches d'activités telles qu'elles sont délimitées dans l'organigramme du groupe* »[865]. La description de l'organisation interne spécifique à chaque groupe permet aux juges du fond de replacer l'activité de la société employeur dans le contexte général du groupe, d'apprécier cette activité au regard de celle des autres sociétés du groupe. De nombreux arrêts de Cour d'appel se réfèrent en effet expressément à l'organigramme des groupes[866] et leur donnent l'occasion de détailler la structure générale de leur organisation et de situer la société employeur en son sein. Si l'organigramme représente assurément pour les juges un élément d'appréciation du secteur d'activité, il ne saurait suffire à lui seul à la détermination du secteur d'activité. La notion jurisprudentielle de secteur d'activité ne se confond pas avec les divisions économiques établies par les groupes. « *Chaque groupe a, sinon sa culture propre, du moins son vocabulaire ; chacun pourrait bien avoir sa propre manière de comprendre le secteur d'activité au sens des arrêts du 5 avril 1995* » [867]. Cette autonomie de la notion doit éviter la création artificielle, par les dirigeants du groupe, de secteurs d'activité autrefois regroupés, en vue de faire apparaître des comptes en difficulté[868]. L'appréciation par les juges du fond du secteur d'activité n'est pas subordonnée à l'organisation interne de l'activité du groupe. S'il peut arriver qu'un secteur d'activité corresponde à une division du groupe[869], il

[865] G. Couturier, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », article précité, p.84.

[866] CA Angers, 10 octobre 2006, RG 05/02816, Légifrance ; CA Lyon, 6 novembre 2007, n°06/05446, Légifrance ; CA Lyon, 18 septembre 2007, n°06/04903, Légifrance ; CA Lyon, 25 septembre 2007, n°06/02800, Legifrance.

[867] G. Couturier, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », article précité, p.84.

[868] Voir notamment : D. Boulmier, « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel », article précité, p.51.

[869] CA Angers, 5 juin 2007, n°06/01601, Légifrance : « *Les autres sociétés du groupe ont des activités totalement différentes de celle de la société MANULEV, (...) exception faite des sociétés L2M et GL MATEQUIP qui font partie avec la société MANULEV de la division manutention du groupe. Or ces eux autres sociétés ont également connu une activité déficitaire sur les années de référence. Dès lors les difficultés économiques de ce secteur sont avérées* ». C'est nous qui soulignons.

ne faudrait pas y voir un effet mécanique. A plusieurs reprises, les juges du fond se montrent en effet indifférents aux divisions internes du groupe. Ainsi, à propos d'une division du groupe par zones géographiques, la Cour d'appel de Lyon n'a pas retenu la division par région, dès lors que « *tous les membres du groupe exercent dans un même secteur d'activité, soit la fourniture de renseignements commerciaux et privés, études et marchés statistiques* » [870]. Les activités respectives des entreprises du groupe n'étaient pas suffisamment différenciées. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que « *l'implantation d'une société dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe* » n'est pas de nature à caractériser un secteur d'activité[871].

494. De même, à propos d'un groupe ayant poussé assez loin la rationalisation de ses activités, la Cour d'appel de Lyon se montre indifférente à l'organisation économique du groupe en divisions[872]. En l'espèce, la société employeur Confitech-Anoflex appartient au groupe Confitech, lui-même une des divisions du groupe Continental. Le groupe Continental se compose de filiales réparties en six divisions, dont la division Confitech. Cette division constitue également un groupe de huit divisions autonomes dont la division Confitech-Fluid, chargée de la fabrication des tuyaux et flexibles, est la plus importantes. Cette division a elle-même réparti son activité en huit lignes de produits. La société employeur Confitech-Anoflex est chargée de plusieurs de ces lignes de produits, dont deux sont manifestement déficitaires. Elle soutient que l'appréciation des difficultés économiques doit se limiter aux deux lignes de produits déficitaires constituant son activité essentielle. La Cour d'appel de Lyon ne suit pas ce raisonnement : « *il ne s'agit que de lignes de produits qui participent au même secteur d'activité économique consistant dans la fabrication et la commercialisation d'équipements destinés aux véhicules. Chacune des autres entités du groupe Continental relève d'ailleurs de cet unique secteur d'activité économique. Il s'ensuit que l'appréciation des difficultés économiques doit se faire au niveau du groupe pris dans sa globalité* ». Suivre le raisonnement de la société-employeur aurait signifié une approche très restrictive du secteur d'activité et aurait finalement permis à certains groupes, par une division artificielle et poussée à l'extrême de leur organisation, de limiter considérablement la portée de la notion de secteur d'activité.

---

[870] CA Lyon, 25 septembre 2007, n°06/02800, Légifrance : Peu importe la division par région du groupe, dès lors que « *tous les membres du groupe exercent dans un même secteur d'activité, soit la fourniture de renseignements commerciaux et privés, études et marchés statistiques...* »

[871] Cass. soc., 23 juin 2009, n°07-45668, publié.

[872] CA Lyon, 18 septembre 2007, n°06/04903, Légifrance.

495. Si l'organigramme est un élément d'appréciation de l'activité d'une entreprise au regard de l'ensemble des activités des autres sociétés du groupe, il ne lie pas les juges du fond dans leur appréciation du secteur d'activité. Afin de préciser la notion de secteur d'activité, il a été proposé de tenir compte de la notion de marché ou de celle de branche professionnelle comme critère du secteur d'activité.

496. La notion de marché présenterait « *l'avantage incontestable de dépasser tous les modes d'organisation et de gestion et de coller en même temps à la réalité économique de l'entreprise* »[873]. Or, d'une part, la notion de marché ne présente pas moins d'inconvénients que celle de secteur d'activité. Cette notion économique reste difficile à définir, d'autant plus que « *la spécialisation croissante et la segmentation de l'offre rendent difficile (sa) détermination* »[874]. Et, d'autre part, la référence au marché n'est pas déterminante pour les juges. Alors qu'elle en avait la possibilité, la Cour de cassation n'a jamais reconnu le marché comme un critère pouvant guider les juges dans la détermination du secteur d'activité[875]. De même, la Cour de cassation ne semble pas encline à reconnaître un secteur d'activité toutes les fois qu'un marché correspondant à une zone géographique existe[876].

497. Ensuite, le secteur d'activité ne correspond pas à la branche professionnelle. Tout d'abord, la branche professionnelle ne règlerait pas le problème de la définition du secteur d'activité puisqu'il n'existe pas de définition textuelle de la branche professionnelle. Ensuite, seule l'activité principale de l'entreprise détermine le texte conventionnel applicable alors que plusieurs activités peuvent être exercées au sein d'un même établissement. Enfin, une branche professionnelle peut regrouper des activités très diverses, ce qui conduirait à une conception extensive du secteur d'activité. La jurisprudence ne semble pas s'être engagée dans cette voie.

---

[873] D. Gautherat, « Chacun cherche son secteur », article précité, p.8.

[874] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, *op. cit*., p.329.

[875] Cass. soc., 9 mai 2006, n°05-40554, *RJS* 7/06, n°822 : En l'espèce, la société Acial, demandeur au pourvoi, se fondait sur le fait que « *le secteur d'activité d'un groupe (...) ne regroupe que les entreprises du groupe qui ont la même activité dominante et interviennent sur le même marché* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi sans répondre à l'argumentation développée et s'en remet au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. La Cour d'appel avait justifié l'appartenance de l'entreprise à un secteur d'activité plus large que celui invoqué en se fondant sur « *la diversité et l'imbrication des différentes productions de la société* ».

[876] Cass. soc., 10 décembre 2003, 2e espèce, *RJS* 2/04, n°187 : était notamment soulevé devant la Cour de cassation l'absence de comparaison possible « *des compétitivités de deux filiales d'un même groupe situées sur deux continents différents, chacun étant adapté au marché de ces deux aires géographiques* ». Le demandeur au pourvoi précisait encore qu'« *en l'espèce, la société Simax produisait des documents établissant que la différence de diamètre entre les pointes qu'elle produisait et celles que fabriquait la filiale américaine du groupe correspondait à deux marchés fonctionnant selon des standards différents* » et que « *la cour d'appel aurait du rechercher si ces particularités techniques ne correspondaient pas à deux standards incompatibles entre eux* ».

Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles[877] affirme sans ambiguïté que « *la convention collective applicable dans les rapports des sociétés avec leur personnel n'est pas un critère déterminant le secteur d'activité, lequel ne saurait être étendu aux activités complémentaires et/ou connexes* »[878].

498. De la même manière qu'une branche d'activité professionnelle peut englober des activités différentes les unes des autres, il en est de même de l'extrait Kbis[879] ou de l'objet social de la société. Aussi, la seule référence aux extraits Kbis des sociétés du groupe ne suffit pas à déterminer leur commune appartenance à un secteur d'activité. D'autres éléments d'appréciation doivent entrer en ligne de compte afin de déterminer la réalité des activités des sociétés du groupe. La Cour d'appel de Versailles[880] recherche « *l'activité réelle* » des entreprises. En l'espèce, la comparaison des extraits Kbis indiquait une identité de secteur d'activité entre deux sociétés, en raison de leur objet suffisamment large, mais comme ces sociétés exerçaient des activités réelles très différentes (au regard du registre du personnel), elles n'appartenaient pas au même secteur d'activité.[881]. L'activité réelle doit-elle être identique, au risque de retenir une approche restrictive du secteur d'activité?

499. Une approche restrictive aurait pour conséquence de multiplier les secteurs d'activité au sein du groupe et de se priver ainsi d'une appréciation globale de la réalité du motif économique. Là encore, la jurisprudence ne semble pas s'être engagée dans cette voie. Certes, l'identité d'activité est un indice fort d'appartenance à un même secteur d'activité, mais la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse. Ainsi, la Cour d'appel de Toulouse[882] intègre le secteur de la lingerie féminine dans le secteur de l'habillement et, selon la Cour

---

[877] CA Versailles, 21 août 2007, n°06/02174, Légifrance.

[878] Voir cependant pour une prise en compte de la complémentarité des activités : CA Nîmes, 30 novembre 2004, n°04-01933, Légifrance : « *Dès lors que la société Daf Monteil apporte aux autres sociétés du Groupe, « leader européen et mondial de l'emballage souple dans ses domaines d'activité (cf. site internet du Groupe Pige), l'infographie et la fabrication de clichés polymères que celles-ci intègrent dans la production de ces emballages, les activités des quatre sociétés du groupe sont devenues complémentaires et forment un ensemble économique cohérent* ». C'est nous qui soulignons.

[879] Document officiel attestant de l'existence juridique d'une entreprise commerciale, délivré par le registre du commerce et des sociétés. L'extrait K-bis énonce les caractéristiques de l'entreprise (Greffe d'immatriculation, numéro d'identification (numéro SIREN), raison sociale, sigle, enseigne, forme juridique, devise et montant du capital social, adresse du siège, durée de la société, date de constitution, code NAF) et notamment son activité détaillée.

[880] CA Versailles, 21 août 2007, n°06/02174, Légifrance.

[881] A rapprocher, à propos de l'objet social : Cass. soc., 21 mars 2006, n°04-48088, non publié au bulletin, Légifrance. L'objet social ne suffit pas à déterminer le secteur d'activité. Seule l'activité réelle concrètement exercée par l'entreprise doit être prise en compte.

[882] CA Toulouse, 21 avril 2006, n°05/02742, Légifrance.

d'appel de Paris[883], deux sociétés d'un groupe qui commercialisent les mêmes productions du groupe appartiennent au même secteur d'activité. Peu importe que l'une fabrique et vende en gros et que l'autre vende uniquement au détail. La Cour de cassation affirme clairement que « *la spécialisation d'une entreprise ne suffit pas à exclure son rattachement à un secteur d'activité plus étendu* »[884].

500. Par conséquent, sans rejeter les éléments d'appréciation comme la branche d'activité, les extraits Kbis ou encore l'objet social d'une société, ces éléments ne permettent pas à eux seuls de déterminer le secteur d'activité d'une entreprise. La jurisprudence recherche l'activité réelle des entreprises et ne s'en tient pas à une approche formelle ou abstraite. Si ces activités sont suffisamment similaires, elles relèvent du même secteur. *A contrario*, une activité constitue un secteur à elle toute seule si elle se distingue suffisamment des autres.

501. C'est en considération des autres activités du groupe que les juges du fond apprécient l'autonomie du secteur d'activité. Ils se prononcent au regard des éléments produits par les parties au litige et se montrent particulièrement exigeant en ce qui concerne la pertinence des éléments de fait rapportés par l'employeur à titre de preuve.

2°Le contrôle judiciaire de la justification du secteur d'activité déterminé par l'employeur

502. En l'absence de définition ou de critères fixés par la Cour de cassation, l'employeur bénéficie d'une certaine marge de liberté dans la délimitation du secteur d'activité. Mais, en cas de litige, il doit être en mesure de justifier de la pertinence du cadre retenu. La défaillance de l'employeur met les juges du fond dans « *l'impossibilité de vérifier [le secteur d'activité] et de constater que les difficultés économiques, lesquelles doivent s'apprécier au niveau du groupe et dans le secteur d'activité en cause, sont avérées* »[885]. Le licenciement pour motif économique est alors dépourvu de cause réelle et sérieuse. La pertinence du secteur d'activité retenu est appréciée au regard de l'information économique fournie sur le groupe. Celle-ci doit être la plus complète possible et implique une certaine transparence de l'organisation interne du groupe. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon a sanctionné le manque d'information sur

[883] CA Paris, 3 décembre 1997, 22e ch. A, SA George Pesle c/Porcher, *RJS* 10/98, n°1323.
[884] Cass. soc., 8 juilllet 2008, n°06-45934, Légifrance.
[885] CA Versailles, 8 juin 2006, n°05/01944, Légifrance.

la réalité des structures du groupe par l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements économiques. Elle reproche notamment à l'employeur d'un groupe mondial de ne pas avoir donné « *un véritable organigramme des sociétés du groupe européen et mondial alors que* [le salarié] *démontre que d'autres sociétés exploitent le* [même] *procédé* »[886], de produire un rapport de l'expert-comptable limité à la situation de trois sociétés européennes sans tenir compte de la situation des autres sociétés du groupe mondial opérant dans le même secteur d'activité. La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de conforter la position des juges du fond[887].

503. Lorsque les éléments produits sont suffisamment pertinents, les juges du fond apprécient la réalité du secteur d'activité retenu, et plus exactement son autonomie[888]. Ainsi, dans un arrêt du 7 mars 2006[889], la Cour d'appel de Versailles rejette l'autonomie du secteur d'activité défini par l'employeur au motif que l'activité de la société Cerestar ne constitue pas « *un secteur d'activité distinct de l'activité notamment amidon et produits dérivés des sociétés qu'elle contrôle* ». Au vu des documents produits (rapport de l'expert du comité d'entreprise, note relative au projet de restructuration et de licenciement), la Cour d'appel relève que la société Cérestar ne concentre pas l'ensemble des activités « amidon » du groupe et que, par conséquent, elle ne peut constituer un secteur d'activité à elle toute seule[890]. Dans le même sens, un arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 2006 approuve une Cour d'appel d'avoir décidé que « *l'activité lubrifiant constituait un secteur d'activité autonome* ». Le salarié, demandeur au pourvoi, soutenait quant à lui, en se fondant sur l'objet social de la société, que le secteur d'activité était celui du pétrole. Suivre l'argumentation du salarié aurait conduit à une appréciation extensive de la notion ne permettant pas de mettre l'accent sur la spécificité de l'activité des lubrifiants et de ses éventuels problèmes économiques.

---

[886] CA Lyon, 6 novembre 2007, n°06/05446, Légifrance.

[887] Cass. soc., 4 mars 2009, n°07-42381, *Bull. civ.* V, n°57 : « *Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que les éléments produits par l'employeur, limités aux entreprises situées sur le territoire français, ne permettaient pas de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe dont relevait la société Bosni, a pu en déduire que la réalité des difficultés économiques invoquées n'était pas établie* ».

[888] L'expression « secteur d'activité autonome » apparaît dans quelques décisions jurisprudentielles, soit en tant que moyen au pourvoi, soit dans la motivation des juges : CA Versailles, 7 mars 2006, n°04/05366, Légifrance ; Cass. soc., 21 mars 2006, n°04-48088, non publié au bulletin, Légifrance. Sans directement employer cette expression, d'autres arrêts caractérisent tout de même l'autonomie du secteur d'activité : CA Lyon, 28 septembre 2006, n°05/03561, Légifrance ; Cass. soc., 20 juin 2007, n°06-41725, non publié, Légifrance.

[889] CA Versailles, 7 mars 2006, n°04/05366, Légifrance

[890] CA Versailles, 7 mars 2006, n°04/05366, Légifrance : « *l'acquisition de Cesrestar par Cargill permettait à ce dernier de compléter ses activités dans le domaine des amidons natifs et des édulcorants et d'élargir la gamme de produits spécialisés tels que les polyols, les amidons modifiés et maltodextrines et de se développer en Europe* ».

504. Comment identifier un secteur d'activité suffisamment distinct des autres activités du groupe ? Le secteur d'activité s'apprécie *in concreto* au regard des éléments de preuve fournis. Les juges du fond doivent être en mesure de comparer les différentes activités du groupe entre elles. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon[891] devait se prononcer sur le point de savoir si des activités bancaires boursières pouvaient constituer un secteur d'activité distinct des autres activités bancaires plus traditionnelles. En l'espèce, la Banque Privée Fideuram Wargny exerce une activité boursière, au sein d'un groupe bancaire Fideuram, spécialisé dans les activités bancaires « traditionnelles ». Après une comparaison des deux activités du groupe, la Cour d'appel considère que l'activité boursière propre à la Banque Privée Fideuram constitue bien un secteur d'activité à part entière. Elle a notamment relevé que « *l'activité boursière se distingue nettement de l'activité bancaire traditionnelle par des formations, des métiers, des objectifs, des organismes de surveillance et de contrôle différents et aussi par des conventions collectives différentes* ». Elle fonctionne selon des règles, des procédures et des contraintes qui lui sont propres et qui ne sont pas transposables au secteur d'activité bancaire traditionnel. En revanche, la Cour de cassation[892] approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir décidé que « *le département publicité internet ne pouvait être séparé du secteur d'activité publicité du groupe* », l'activité de publicité de la société ne se réduisant pas au marché publicitaire sur internet. En l'espèce, la société Air Paris, demandeur au pourvoi, soutenait que « *le secteur d'activité du « marché publicitaire sur internet » était une activité autonome qui différait fondamentalement de la publicité sur supports traditionnels, l'existence d'un département spécialement dédié à l'internet étant au demeurant propre à la seule société Air Paris* ». Mais, la présence d'un département dans une société ne suffit pas à caractériser un secteur d'activité autonome : la publicité sur internet n'est pas suffisamment autonome du support publicitaire traditionnel pour justifier un abandon par la société de son activité dans la publicité sur support traditionnel. Il s'ensuit que l'autonomie du « marché publicitaire sur internet » n'est pas encore suffisamment affirmée pour constituer un secteur d'activité autonome.

505. De la même manière que la Cour de cassation restreint l'appréciation de la réalité du motif économique de licenciement au niveau du secteur d'activité et non plus au niveau de l'ensemble du groupe, elle va consacrer le principe du reclassement du salarié dans le cadre

[891] CA Lyon, 28 septembre 2006, n°05/03561, Légifrance.
[892] Cass. soc., 20 juin 2007, n°06-41725, Légifrance.

d'un « sous-groupe » de reclassement en se fondant sur le critère de la permutation du personnel.

2. La permutation du personnel : critère du cadre de l'obligation de reclassement

506. Les arrêts du 5 avril 1995 ne bouleversent pas la jurisprudence relative au reclassement du salarié dans le groupe en cas de licenciement pour motif économique (a). En revanche, cette jurisprudence va être reprise par la Cour de cassation en matière de reclassement du salarié inapte et par le Conseil d'Etat saisi d'un litige portant sur le licenciement d'un salarié protégé (b).

a) L'apport des arrêts du 5 avril 1995 en matière de licenciement pour motif économique

507. La permutation du personnel est le critère déterminant de l'appréciation des possibilités de reclassement du personnel dans le groupe. Elle renvoie à l'idée d'interchangeabilité du personnel et à l'existence d'un espace de mobilité des salariés. Dans les arrêts du 5 avril 1995, la Cour de cassation précise les critères permettant de définir l'espace à l'intérieur duquel les possibilités de permutation doivent être recherchées. Elle continue de se référer aux activités et à l'organisation des entreprises, conformément à sa jurisprudence antérieure, et y ajoute le « *lieu d'exploitation* »[893]. Désormais, « *les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »[894]. Ces critères alternatifs[895] doivent guider les juges du fond dans la détermination du périmètre de reclassement du salarié.

[893] Le critère du lieu d'exploitation sera abordé dans le développement consacré à la prise en compte de la dimension internationale du groupe.

[894] Cass. soc., 5 avril 1995, Sté Thomson Tubes et Displays (1er arrêt) ; Cass. soc., 5 avril 1995, SA TRW REPA (2e arrêt), *JCP E* 1995, II, 708, p.151, note G. Picca.

[895] K. Adom, « Problématique des nouvelles orientations sur le licenciement économique dans les groupes de sociétés », article précité, n°105, p.12. L'auteur souligne toutefois que « *le lieu d'exploitation à lui seul ne saurait suffire à justifier la condamnation de l'employeur qui n'a pas proposé le reclassement sur ce site dès lors que ni les activités ni l'organisation de l'entreprise sise à ce lieu ne permettent le reclassement de salariés menacés de licenciement* ».

508. La jurisprudence retient la mobilité effective du salarié dans le groupe[896] pour déterminer l'espace d'appréciation des possibilités de reclassement du salarié. Le lien instauré par la jurisprudence française entre la mobilité effective du salarié dans le groupe et la recherche de son reclassement à ce même niveau la rapproche de la jurisprudence allemande[897]. Pour établir la mobilité effective du salarié, la jurisprudence accorde une grande importance aux clauses contractuelles. Ainsi, dans un arrêt du 5 octobre 1999, la Cour de cassation admet l'existence d'un « groupe de permutation » en se fondant sur une clause contractuelle prévoyant l'affectation possible du salariés « *dans des filiales, sociétés mères ou partenaires de l'employeur* », le nom de certaines de ces entreprises étant expressément précisé, et d'autre part sur les déclarations orales de l'employeur qui reconnaissait plusieurs affectations effectives de salariés de l'entreprise dans lesdites sociétés. Ces éléments de fait suffisent à caractériser « *l'existence d'un groupe d'entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettaient la permutation de tout ou partie du personnel* »[898]. Le contrat de travail est ici considéré comme un élément de fait permettant aux juges du fond de constater la « *zone de mobilité du salarié* »[899].

509. La constatation de la mobilité effective du salarié et l'importance accordée aux prévisions contractuelles des parties présentent néanmoins l'inconvénient d'exclure du reclassement dans le groupe tous les salariés qui ne peuvent se prévaloir d'une mobilité intra-groupe. Souhaitant étendre le principe d'un reclassement dans le groupe à l'ensemble des salariés afin de préserver autant que possible la relation d'emploi, la jurisprudence admet que la mobilité n'a pas à être effective pourvu qu'elle soit seulement possible au regard de l'activité, de l'organisation ou du lieu d'exploitation des entreprises d'un groupe[900]. Ces critères permettent d'objectiver l'espace de reclassement du salarié à l'intérieur du groupe. Les juges du fond procèdent à une analyse *in concreto* de ces différents critères.

---

[896] Cass. soc., 25 juin 1992, Chevalier c/ Sté Phocédis, n°90-41244**,** *Dr. soc.* 1995, p.832 : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que ce salarié avait travaillé successivement dans plusieurs sociétés du même groupe (...), la Cour d'appel a violé le texte susvisé* » ;

[897] A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite*, *op. cit.*, p.85s. La jurisprudence allemande réserve le reclassement du salarié dans le groupe au seul salarié effectivement mobile.

[898] Cass. soc., 5 octobre 1999, n°97-41838, *JCP G* 1999, act., p.1965 ; *Dr. soc.* 1999, p.1112, obs. G. Couturier.

[899] Expression de G. Couturier, obs. sous Cass. soc., 5 octobre 1999, *Dr. soc.* 1999, p.1113.

[900] Cass. soc., 5 octobre 1999, n°97-41838, *JCP G* 1999, act., p.1965 ; également A. Teyssier, « L'obligation de reclassement dans le groupe », *JCP E* 2000, n°41, p.1608, note 41.

510. L'activité des entreprises peut ainsi indiquer l'existence de possibilités de permutation. Il existe en effet de fortes chances pour que des entreprises aux activités suffisamment proches, aient des postes de travail aux tâches identiques ou similaires favorisant l'interchangeabilité du personnel. La jurisprudence n'exige toutefois pas que ces activités soient identiques, similaires[901], ni même complémentaires. A la différence de l'unité économique et sociale, le cadre d'appréciation des possibilités de reclassement peut inclure des entreprises aux activités très différentes, pourvu que des permutations soient possibles. Le critère de l'organisation des entreprises peut également permettre d'attirer l'attention sur l'existence de pratiques de groupe susceptibles de faciliter la permutation du personnel. « *Lorsqu'un groupe est organisé de telle sorte qu'il existe une politique centralisée de gestion du personnel (formation, rémunération, négociation collective,…), entre deux ou plusieurs entreprises, les déplacements de personnel d'une entreprise vers une autre pourront être gérés plus aisément* »[902]. Malgré le peu d'illustrations jurisprudentielles de ce critère, il semble que les relations capitalistiques ne sont pas prises en compte. Selon une jurisprudence constante, « *la seule détention d'une partie du capital de la société (…) par trois autres sociétés n'implique pas en soi la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie du personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer* »[903]. En revanche, la centralisation de fonctions administratives au sein d'une société du groupe est un élément organisationnel pertinent. Un arrêt de la Cour de cassation retient, dans l'appréciation des efforts de reclassement de l'employeur, que « *la société avait procédé à la recherche des postes disponibles dans les filiales étrangères de la société et notamment dans la société belge qui s'était vu confier la centralisation des fonctions administrative, comptable et financière de l'ensemble des sociétés du groupe* »[904].

511. Compte tenu de l'objectif de maintien de la relation d'emploi assigné à l'obligation de reclassement, ces critères ne sont pas compris strictement par les juges du fond. Ainsi, la souplesse de la jurisprudence à l'égard du critère des activités des entreprises du groupe est

[901] CA Versailles, 21 février 2006, n°04/04151, Légifrance : « *le périmètre de l'obligation de reclassement n'est pas limité aux entreprises qui ont une activité similaire à la société sur laquelle pèse l'obligation de reclassement, ce périmètre étant déterminé par la possibilité d'une permutation de tout ou partie du personnel même si elle doit s'apprécier notamment en fonction des activités des entreprises concernées* ». Elle en déduit que « *la seule circonstance que la société évolue principalement sur le marché agricole et accessoirement sur le marché industriel n'apparaît pas en l'état des éléments produits suffisant pour exclure une possible permutabilité du personnel ou d'une partie de celui-ci* ».

[902] Q. Urban, « Le licenciement pour motif économique et le groupe », *Dr. soc.* 1993, p.276.

[903] Cass. soc., 27 octobre 1998, n°96-40629, *Bull. civ.* V, n°459.

[904] Cass. soc., 14 novembre 2001, n°99-43916, Légifrance.

manifeste dès lors qu'il existe des possibilités de permutation. L'activité des entreprises ne saurait constituer un obstacle au reclassement éventuel du salarié. Ainsi, les fonctions du salarié peuvent être prises en compte et primer sur le critère de l'activité des entreprises. Tel est le cas en présence de fonctions polyvalentes qui peuvent être exercées quelle que soit l'activité de l'entreprise. Un arrêt de la Cour d'appel de Dijon[905] a notamment admis que, compte tenu de la polyvalence du salarié, son reclassement aurait pu être recherché dans les autres entreprises du groupe, y compris dans un secteur d'activité autre que celui de l'entreprise. Dans le même esprit, une Cour d'appel a décidé que le seul fait pour un employeur d'adresser une lettre à sept entreprises du groupe constituait un indice de l'existence d'une possibilité de permutation : « *ces sociétés pressenties par l'employeur doivent être regardées par le fait même de cette consultation comme susceptibles de permutation de personnel avec elle* »[906]. En l'espèce, il n'est fait référence ni à l'activité, ni à l'organisation et encore moins au lieu d'exploitation.

512. Même si les critères des activités, de l'organisation ou du lieu d'exploitation permettent d'objectiver le « sous-groupe de reclassement », son périmètre peut varier d'un salarié à l'autre[907]. Le droit au reclassement est un droit reconnu individuellement à chaque salarié[908]. Il incombe de ce fait à l'employeur de rechercher les possibilités de reclassement pour chaque salarié pris individuellement. Le périmètre de recherche des possibilités de reclassement ainsi déterminé n'est pas réifié mais présente au contraire les signes d'un espace modulable,

---

[905] CA Dijon, 7 mars 1996 (CERIT).

[906] CA Colmar, 10 mai 2004 (CERIT).

[907] A. Teyssier, « L'obligation de reclassement dans le groupe », article précité, p.1608. L'auteur évoque « l'élasticité » du périmètre de reclassement.

[908] CA Versailles, 28 juin 1996, *RJS* 4/97, n°393 : « *L'obligation prétorienne de reclassement implique une recherche non seulement active, mais également individuelle de reclassement en faveur de chaque salarié dont le poste est supprimé* » ; CA Bourges, 9 octobre 1998, Ratoy c/SA Imprimerie Bussière (CERIT) : L'obligation de reclassement « *doit être mise en œuvre à l'égard de chaque salarié pris individuellement après analyse de sa situation personnelle* » ; Cass. soc., 14 janvier 2004 : « *Il appartient à l'employeur, même lorsqu'un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social* ».

La reconnaissance d'un droit individuel au reclassement ne signifie pas pour autant un recul de la dimension collective du licenciement pour motif économique. Les deux approches sont complémentaires, même si elles concernent deux registres bien distincts. Ainsi, l'obligation légale qui impose à l'employeur de prévoir un plan de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas exclusive de l'obligation faite à l'employeur de rechercher et de proposer pour chaque salarié, individuellement, les postes disponibles indépendamment du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. L'employeur est même tenu d'aller au-delà des prévisions du plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 22 février 1995, n°93-43404, *Bull. civ.* V, n°66; *Dr. soc.* 1995, p.389, obs. J-E Ray; Cass. soc., 31 mars 1998, n° 96-40748**,** *RJS* 5/98, n°578; Cass. soc., 7 juillet 1998, n°96-41565 *RJS* 8-9/98, n°966; Cass. soc., 16 décembre 1998, n°96-41989**,** *Dr. soc.* 1999, p.196, obs. F. Gaudu; Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 96-45665**,** *RJS* 10/99, n°1237).

Voir également : G. Couturier, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, p.499 : « *Il est certain que les exigences légales relatives au contenu du plan social se différencient essentiellement de l'obligation générale de reclassement affirmée par la jurisprudence. Elles se situent dans des registres juridiques différents. Le plan social ressortit à la régulation des relations collectives, l'obligation de reclassement s'inscrit au plus profond de la relation individuelle de travail* ».

variable selon les spécificités de chaque situation individuelle. Les juges du fond retiennent une conception large de la notion d'emploi disponible. Ils privilégient la qualification personnelle du salarié sur la qualification contractuelle. La qualification personnelle du salarié englobe « *sa formation et ...son expérience professionnelle, [les] capacités que titre, diplôme, certificat lui ont reconnues et dont il peut prétendre être doté* » tandis que la qualification contractuelle désigne « *une relation, réputée fixée d'un commun accord, entre les qualités d'un salarié et l'activité qu'il exerce* »[909]. La qualification personnelle couvre en général un champ de compétence plus large que celui de la qualification contractuelle. L'objectif poursuivi est bien celui de multiplier les possibilités de reclassement du salarié[910]. La jurisprudence tient notamment compte de la « *compétence* » et de l'« *expérience professionnelle* »[911], des « *capacités* »[912] du salarié ou encore de son « *niveau hiérarchique* »[913].

513. La solution des arrêts du 5 avril 1995 va être étendue à l'ensemble des obligations de reclassement, contribuant ainsi à l'unification du régime juridique du reclassement.

[909] A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p.574.

[910] P. Adam, *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié*-individu, LGDJ, 2005, p.300. « *La référence aux capacités personnelles du salarié devrait logiquement conduire à imposer à l'employeur l'obligation de proposer au salarié un emploi disponible de catégorie supérieure à celui qu'il occupait jusque-là, si ce salarié a les capacités pour l'occuper, ou peut acquérir dans un temps raisonnable ces capacités (l'obligation de reclassement se couple alors avec celle d'adaptation)* ».

[911] Cass. soc., 1er avril 1992, n°89-43494, *Bull. civ. V*, n°228.

[912] Cass. soc., 4 avril 1995, n°93-45693**,** *Dr. soc.* 1995, p.510.

[913] Cass. soc., 7 octobre 1998, n°96-42812, *Bull. civ.* V, n°407. La Cour de cassation a tenu compte du niveau hiérarchique du salarié pour apprécier ses facultés d'adaptation à son nouvel environnement de travail dans le cadre d'un reclassement à l'étranger.

b) La portée de la jurisprudence de la Cour de cassation au-delà du licenciement pour motif économique

514. L'extension de la jurisprudence du 5 avril 1995 concerne aussi bien le reclassement du salarié inapte (1°) que celui du salarié protégé (2°).

1°L'extension du reclassement dans le groupe à la situation du salarié inapte

515. Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a pas souhaité consacrer le principe d'une obligation de reclassement du salarié inapte dans le groupe. Conformément à la lettre de la loi[914], la jurisprudence maintenait le principe du reclassement dans l'entreprise[915]. Progressivement, les juges du fond se sont orientés, en matière d'inaptitude, vers la reconnaissance du groupe comme espace de reclassement. Ainsi, dans un arrêt du 26 février 1992, la Cour d'appel de Poitiers affirme que « *le reclassement d'un salarié victime d'un accident du travail ne doit pas être limité aux seuls emplois que l'employeur est lui-même susceptible d'offrir dès lors que la société est filiale d'un groupe industriel dans lequel les problèmes de personnel et les relations sociales sont abordées globalement* »[916]. La Cour d'appel précise encore que la société employeur « *ne doit pas être isolée de l'ensemble économique et social où elle se situe pour l'appréciation de ses obligations d'employeur* ».

516. Dans un souci d'harmonisation du régime juridique de l'obligation de reclassement, la Cour de cassation a progressivement étendu ses solutions en matière de reclassement en cas de licenciement pour motif économique au reclassement du salarié inapte. Il faut attendre un arrêt du 24 octobre 1995[917] pour que la Cour de cassation reconnaisse, sur le fondement de

[914] Article L.122-32-5 du Code du travail, devenu l'article L.1226-10 et suivants, introduit par la loi du 7 janvier 1981 qui fonde l'obligation de reclassement des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. L'objectif du texte est, selon les débats parlementaires (*JO* Débats Sénat, 31 octobre 1980, p.4256), « *d'assurer la reprise d'activité dans la même entreprise* », précisément « *dans l'entreprise où l'accident s'est produit* » (*JO* Débats AN, 26 novembre 1980, p.4393). L'article L.122-24-4 du Code du travail a été introduit par la loi du 31 décembre 1992, en matière d'inaptitude physique d'origine non professionnelle.

[915] En matière d'inaptitude d'origine professionnelle : CA Versailles, 31 mai 1991, *RJS* 10/91, n°1079, p.567 : même si la société fait partie d'un groupe, « *l'obligation de rechercher une possibilité de reclassement ne s'imposait qu'au seul employeur* », sans pouvoir être étendue aux autres entreprises du groupe.

[916] CA Poitiers, Ch. soc., 26 février 1992, *RJS* 4/92, n°418, p.245.

[917] Cass. soc., 24 octobre 1995, Jadault, n°94-40188, *RJS* 12/95, n°1240, p.792.

l'ancien article L.122-32-5 (devenu l'article L.1226-10), le principe d'une obligation de reclassement du salarié inapte « *à l'intérieur du groupe (...) parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* ». En se fondant sur l'ancien article L.122-32-5 du Code du travail, un doute demeurait quant au principe d'un reclassement au niveau du groupe en matière d'inaptitude non professionnelle. Les dernières incertitudes sont finalement levées en la matière par un arrêt Castanet du 16 juin 1998, annoncé quelques mois auparavant par un arrêt Richard du 19 mai 1998[918]. En se fondant expressément sur l'ancien article L.122-24-4 du Code du travail[919], la Cour de cassation affirme le principe d'un reclassement « *à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* ». Aux termes de cette jurisprudence, la Cour de cassation marque sa volonté d'uniformiser le régime juridique du reclassement dans les groupes. Précisons toutefois que le nouvel article L.1233-4-1 du Code du travail[920] relatif au reclassement du salarié à l'étranger rompt cette harmonie de régime juridique dans la mesure où la loi du 18 mai 2010 ne vise que les licenciements pour motif économique.

517. La solution des arrêts du 5 avril 1995 s'étend non seulement au salarié inapte mais aussi au salarié protégé. Cette extension implique alors une harmonisation des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation en matière de reclassement.

2°L'harmonisation des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation en matière de reclassement du salarié[921]

518. Un temps resté indifférent aux évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat maintenait le principe d'une appréciation de la réalité du motif économique du

[918] Cass. soc., 19 mai 1998, n°96-41265, Richard, *RJS* 7/98, n°846, p.548. Confirmation Cass. soc., 16 juin 1998, n°96-41877, *RJS* 8-9/98, n°975, p.623.

[919] L'article L.122-24-4 a été recodifié aux articles L.1226-2 et suivants du Code du travail.

[920] Issu de la loi n°2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement, *JORF* n°01114 du 19 mai 2010, p.9209.

[921] Le constat d'une harmonisation des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation vaut également pour le cadre d'appréciation de la réalité du motif économique de licenciement. Le Conseil d'Etat se place, comme la Cour de cassation, non plus au niveau du groupe dans son ensemble, mais au niveau du secteur d'activité de l'entreprise qui appartient à un groupe. Voir notamment : CE, 15 juin 1998, n°17265, inédit, Légifrance.

licenciement et des possibilités de reclassement au niveau du groupe sans plus de précision. Cinq ans après les arrêts Vidéocolor et TRW Trepa du 5 avril 1995, le Conseil d'Etat se rapproche de la jurisprudence de la Cour de cassation. Sans pouvoir parler de confusion totale entre les deux ordres de juridiction, il y a bien une harmonisation de leurs jurisprudences respectives. Par un arrêt du 17 novembre 2000, le Conseil d'Etat[922] consacre l'existence d'un périmètre de reclassement à l'intérieur du groupe qui ne recouvre pas nécessairement l'ensemble des entreprises du groupe. Désormais, l'examen des possibilités de reclassement par l'autorité administrative saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé d'une entreprise d'un groupe, ne porte que « *sur les entreprises du groupe dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé la possibilité d'exercer des fonctions comparables* ». Il en résulte que « *le ministre n'était pas tenu de vérifier l'existence d'une possibilité de reclassement (...) parmi toutes les sociétés du groupe (...), quel que fût leur objet* ». Si le Conseil d'Etat reprend les critères de l'activité et de l'organisation des entreprises du groupe, il maintient néanmoins certaines spécificités conduisant à une approche plus restrictive du périmètre de reclassement. Ainsi, il ne reprend ni le critère du *« lieu d'exploitation* » ce qui implique une absence de prise en compte de la dimension transnationale du groupe, ni celui de la « *permutation de tout ou partie du personnel* » auquel est substitué le terme de « *fonctions comparables* », appréciées en fonction des compétences du salarié.

519. Depuis les arrêts du 5 avril 1995, la jurisprudence ne s'est pas seulement attachée à consacrer des « sous-groupes » ou « groupes restreints » en matière de licenciement pour motif économique et de reclassement, elle s'est également progressivement adaptée à la dimension transnationale des groupes.

3. La dimension transnationale de la notion juridique de groupe

520. La libéralisation des échanges ainsi que l'ouverture des frontières étatiques ont favorisé l'organisation globale des groupes à l'échelle mondiale et l'élaboration de stratégies de développement indépendantes des frontières étatiques[923]. Les groupes transnationaux

[922] CE, 17 novembre 2000, n°206976, Recueil Lebon, p.523.

[923] M.-A. Moreau, « Le territoire – Aspects européens et internationaux – Des rattachements territoriaux nationaux à la transnationalité des normes du travail », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1140, p.83 : « *Le territoire, en ce*

apparaissent comme des organisations « déterritorialisées ». Or, pour des raisons historiques qui tiennent à la formation des Etats, le champ d'application de notre ordre juridique coïncide avec les frontières étatiques. Sur son territoire, l'Etat bénéficie d'une exclusivité de juridiction. L'effet extra-territorial de l'ordre juridique étatique ne peut se produire qu'en conformité avec les règles de l'Etat étranger sur le territoire duquel l'exécution de tel ou tel effet de droit est postulé.

521. Dès lors, les groupes d'entreprises de dimension transnationale remettent en cause la cohérence du principe de territorialité du droit étatique. A partir de la constatation de l'émergence de ces organisations économiques transnationales « déterritorialisées », Messieurs François Ost et Michel Van de Kerchove considèrent que la difficulté essentielle consiste à se départir d'une conception naturaliste du territoire, fermement ancrée dans les mentalités, selon laquelle le territoire est un « espace vital », une propriété naturelle et nécessaire. A revers de cette conception naturaliste du territoire, les auteurs proposent une conception renouvelée du territoire qui se déclinerait autour de l'idée d'« espace relatif ». Dans cette optique, le territoire se comprend davantage comme un « construit social », un produit culturel fruit de l'histoire et variable au gré des fonctions qu'on en attend qu'une donnée brute invariable. A la limite, chaque type d'activité aménagerait son « aire » pertinente plutôt que d'occuper un territoire prédéterminé.

522. Le droit du travail est particulièrement touché par l'organisation transnationale des activités économiques de ces groupes. Ainsi, « *en droit du travail (...), le rattachement territorial, fondé sur un élément concret et matériel de la relation de travail (lieu effectif de travail, lieu d'embauche, lieu de conclusion du contrat de travail) s'est largement confondu avec l'impact de la souveraineté nationale sur un territoire. Le rattachement territorial est alors forcément national, car il correspond au champ d'application de la loi auquel renvoie le rattachement territorial* »[924]. Il en résulte que le champ d'application de la règle juridique réservé au territoire national ne coïncide plus nécessairement avec le champ de la décision ou de l'obligation patronale. En d'autres termes, comment apprécier les possibilités de reclassement ou la réalité d'un motif économique de licenciement lorsque les entreprises du groupe ne sont pas toutes localisées sur le territoire national ? De même, comment faire en

---

qu'il est national, n'a plus de pertinence juridique, car l'entreprise multinationale a la possibilité, sur impacts de facteurs divers, de modifier les lieux de son activité économique et ce, dans un temps de plus en plus rapide ». M.-A. Moreau, « Activités transnationales et représentation collective des salariés », *Dr. soc*. 1991, p.53.

[924] *Ibid.*, p.82.

sorte que les institutions représentatives du personnel d'une entreprise d'un groupe aient accès à l'information économique pertinente lorsque cette information implique des entreprises situées à l'étranger ?

523. Ne retenir du groupe que les entreprises qui ont leur siège social sur le territoire national français conduirait à réduire considérablement la portée de la règle de droit. Aussi, par une conception extensive du principe de territorialité du droit, la jurisprudence sociale a progressivement pris en compte la dimension transnationale des groupes. Cette évolution porte aussi bien sur l'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement que sur la détermination du périmètre de reclassement du salarié (a) ou encore l'accès à l'information économique des institutions représentatives du personnel (b).

a) La prise en compte de la dimension transnationale du groupe dans le licenciement pour motif économique

524. Lorsqu'un groupe se compose d'entreprises situées en France et à l'étranger, la question s'est posée de savoir s'il fallait également tenir compte de la situation économique des entreprises étrangères dans l'appréciation du motif économique de licenciement et des possibilités de reclassement. Dans un premier temps, la jurisprudence sociale s'en est tenue à une stricte conception du groupe « français », excluant de son appréciation les entreprises du groupe situées à l'étranger[925]. La situation va ensuite évoluer sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de reclassement (1°) et de licenciement pour motif économique (2°).

1°Le cadre de l'obligation de reclassement

525. Le premier pas a été franchi par la Cour de cassation dans ses fameux arrêts du 5 avril 1995[926]. A partir de ces arrêts, les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu

[925] CE, 26 avril 1985, *Rec.*, p. 140 ; CE, 21 décembre 1990, *RJS* 7/94, n°850.
[926] Cass. soc., 5 avril 1995, précité, *Sem. soc. Lamy* 1995, n°740, rapport B. Boubli ; *RJS* 5/95, concl. Y. Chauvy.

d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. L'introduction du critère du « lieu d'exploitation » élargit, à certaines conditions, le périmètre de reclassement du salarié aux entreprises du groupe situées à l'étranger[927]. Cette décision est d'autant plus remarquable que, dans ses conclusions, l'avocat général, Yves Chauvy[928], proposait de s'en tenir à une stricte concordance entre le champ d'application de la loi française et le cadre du territoire national. La Cour de cassation ne le suit pas et considère que la loi française peut en effet très bien s'appliquer à des entreprises situées sur un territoire étranger à la condition ne pas heurter les règles de l'Etat étranger. Aussi, lorsqu'il existe une possibilité de permutation du salarié à l'étranger, encore faut-il que la législation de l'Etat sur le territoire duquel l'entreprise étrangère du groupe est située, ne fasse pas obstacle à l'affectation du salarié. Ainsi, le reclassement du salarié à l'étranger est possible dès lors que « *la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers* »[929] et qu'il appartient à l'employeur de « *s'assurer de la législation applicable localement* »[930].

526. Par ailleurs, la jurisprudence reconnaît au salarié la possibilité d'agir sur la détermination du périmètre de reclassement lorsqu'il existe des possibilités de permutation à l'étranger. Ainsi, selon une jurisprudence constante, un employeur ne peut décider unilatéralement de ne pas rechercher les possibilités de reclassement du salarié à l'étranger en présumant son refus[931]. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Nancy a décidé qu'un employeur qui a limité unilatéralement l'étendue de son obligation de reclassement aux usines françaises, ne satisfait pas à son obligation de reclassement, dès lors « *qu'il ne pouvait présumer avant d'avoir sollicité expressément chaque salarié sur ce point, que ceux-ci refuseraient un emploi dans une usine du groupe située en dehors des frontières du territoire national* »[932]. L'accord du salarié est nécessaire car non seulement le salarié est le seul bénéficiaire du droit individuel au reclassement, mais encore il s'agit d'une réduction du périmètre de reclassement. La nécessité de l'accord du salarié est à rapprocher de l'idée selon laquelle une clause du contrat de travail permet de caractériser un espace de permutation. Cela

---

[927] Fin-Langer (L.), « L'obligation de reclassement à l'étranger », *Revue des procédures collectives* janvier/février 2009, p.13.

[928] Y. Chauvy, « Conclusions. L'appréciation du motif économique de licenciement dans les groupes de sociétés : pour un cadre territorial français », *RJS* 5/95, p.321-328.

[929] Cass. soc., 7 octobre 1998, n°96-42.812, *Bull. civ.* V, n°407; Cass. soc., 27 avril 2000, n°98-42521 ; Cass. soc., 12 février 2003, n°00-40.342

[930] Cass. soc., 15 novembre 2006, n°05-40395.

[931] Cass. soc., 24 juin 2008, n°06-45870 à 06-45876, publié, Légifrance : « *l'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée des intéressés de les refuser* ».

[932] CA Nancy, 22 janvier 2002 (CERIT). Dans le même sens : CA Nancy, 27 février 2001 (CERIT).

conforte l'idée d'un périmètre de reclassement spécifique à la situation individuelle de chaque salarié. Concernant les licenciements pour motif économique, l'article L.1233-4-1 du Code du travail, introduit par la loi du 18 mai 2010, prévoit à présent l'obligation pour l'employeur de demander au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors du territoire national et, dans l'affirmative, sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts (rémunération, localisation notamment). Dorénavant, « *les offres de reclassement hors du territoire national (...) ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer* ».

527. Jusqu'en 2004, le Conseil d'Etat n'appréciait pas les possibilités de reclassement du salarié dans une entreprise du groupe située à l'étranger. La divergence de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avait pour conséquence de limiter le reclassement du salarié « protégé » au territoire national tandis que le salarié « ordinaire » pouvait bénéficier d'un reclassement dans un cadre élargi. Par un arrêt du 4 février 2004[933], le Conseil d'Etat reconnaît à son tour, et à quelques variantes près, le principe d'un reclassement du salarié dans les entreprises du groupe situées à l'étranger. Selon le Conseil d'Etat, le reclassement du salarié à l'étranger est possible à la condition que la législation d'accueil le permette et que le salarié ait manifesté un « intérêt de principe » pour un reclassement à l'étranger[934]. Avant de se lancer dans des recherches sur les possibilités de reclassement à l'étranger, l'employeur doit s'enquérir de la position du salarié[935]. En revanche, si le salarié ne souhaite pas être reclassé sur une partie du territoire national, sa volonté ne doit pas limiter le champ d'investigation de l'employeur[936].

528. Une démarche similaire a été suivie concernant la délimitation du secteur d'activité.

[933] CE, 4 février 2004, n°255956, publié au recueil Lebon, Légifrance.

[934] La Cour de cassation a récemment adopté une position proche de celle du Conseil d'Etat. Cass. soc., 15 novembre 2006, n°05-40935, légifrance : Dans l'hypothèse d'un reclassement à l'étranger, le salarié doit désormais accepter l'affectation proposée par l'employeur. Il n'est toutefois pas précisé si la demande de l'employeur doit intervenir antérieurement ou postérieurement aux recherches de reclassement à l'étranger.

[935] Cette demande pourra notamment prendre la forme d'un questionnaire envoyé au domicile des intéressés.

[936] CE, 13 avril 2005, n°258755 : « *la circonstance, à la supposer établie, que Mlle D. avait indiqué ne pas souhaiter un reclassement à Paris est sans incidence sur l'obligation qu'avait l'entreprise de lui faire une proposition de reclassement* ».

2°Le secteur d'activité

529. La Cour de cassation puis le Conseil d'Etat vont ensuite consacrer le principe d'une appréciation de la réalité du motif économique du licenciement au niveau du secteur d'activité que les entreprises du secteur d'activité se situent sur le territoire national ou à l'étranger.

530. Désormais, la Cour de cassation tient compte « *des résultats du secteur d'activité à l'étranger* »[937], en Europe et au-delà[938]. Par un arrêt du 8 juillet 2002, le Conseil d'Etat s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de cassation, en décidant que « *lorsque la société intéressée relève d'un groupe dont la société mère a son siège à l'étranger,* [l'examen de la situation par l'autorité administrative] *doit porter sur l'ensemble des sociétés du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité que la société en cause, sans qu'il y ait lieu de borner son examen à celles d'entre elles ayant leur siège social en France ni aux établissements de ce groupe situés en France* »[939]. Cette décision met fin à une différence de cadre d'appréciation de la réalité du motif économique entre le salarié protégé et le salarié « ordinaire ». Il faut toutefois noter que la Cour de cassation semble moins restrictive que le Conseil d'Etat, car elle ne distingue pas selon que la société en cause est ou non filiale d'une société étrangère.

531. La prise en compte de la dimension transnationale du groupe se vérifie également en matière d'accès à l'information économique du comité de groupe et du comité d'entreprise.

b) L'accès à l'information économique du comité de groupe et du comité d'entreprise

532. Pour la mise en place d'un comité de groupe, l'entreprise dominante doit avoir son siège social sur le territoire français. La circulaire DRT n°6 du 28 juin 1984 le précise expressément. Si l'entreprise dominante a son siège à l'étranger, la mise en place d'un comité de groupe ne peut lui être imposée en application du principe de territorialité des lois. Cette disposition a pour effet de limiter considérablement la portée du comité de groupe. « *On*

[937] Cass. soc., 12 juin 2001, n°99-41571, *Bull. civ.* V, n°214.
[938] Cass. soc., 10 décembre 2003, n°02-40293 et n°01-47332.
[939] CE, 18 juillet 2002, n°226.471, Kerninon ; CE, 16 février 2007, n°272.137, M. Coopmann.

s'aperçoit que la méthode consistant à donner une solution nationale à un problème transnational - la représentation des salariés dans les groupes internationaux - ne peut apporter qu'une réponse très imparfaite »[940]. La mise en place d'un comité d'entreprise européen dans les groupes de dimension communautaire a largement contribué à réduire les effets de cette limitation. De plus, des expériences de comités de groupe mondiaux sont menées dans certains groupes sur le modèle du comité de groupe ou du comité d'entreprise européen. Ensuite, la mise en place d'un comité de groupe est possible même lorsqu'une entreprise française est placée sous le contrôle d'une entreprise dominante située à l'étranger, à la condition d'exercer elle aussi un contrôle sur d'autres entreprises situées en France ou à l'étranger, dans les conditions fixées par l'article L.2331-1 du Code du travail[941]. La mise en place d'un comité de groupe est donc admise à l'échelle d'un « sous-groupe » mais elle ne revêt aucun caractère obligatoire[942].

533. La jurisprudence a, par touches successives, étendu les pouvoirs du comité de groupe au-delà du cadre national en distinguant les attributions du comité de groupe de l'accord de configuration du groupe. Le périmètre du groupe pris en compte pour la communication de l'information économique ne correspond pas nécessairement au périmètre du groupe de l'article L.2331-1 du Code du travail. Ainsi, l'expert-comptable du comité de groupe a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes, et notamment aux comptes consolidés de l'ensemble du groupe, même s'ils comprennent les résultats d'entreprises étrangères non représentées dans le comité de groupe[943]. La Cour de cassation a fait application de la règle de droit selon laquelle la consolidation est mondiale. Les attributions de l'expert-comptable du comité de groupe sont ainsi dissociées de l'accord de configuration de groupe. Selon la Cour de cassation, si le principe de territorialité interdit d'imposer l'application des lois françaises à l'étranger, de dépêcher un expert dans une filiale située à l'étranger pour examiner ses comptes, il n'interdit pas de demander en France des

---

[940] R. de Quenaudon, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *Répertoire de droit du travail*, Paris, Dalloz, 2004, n°51.

[941] R. de Quenaudon, « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement », article précité, n°51. En ce sens : Circ. DRT n° 6 du 28 juin 1984, n° 1-3, BOMT n° 84/31.

[942] Cass. soc., 4 décembre 2007, n°06-11206, publié au bulletin, Légifrance. « *L'organe central d'un réseau bancaire au sens des articles L. 511-30 et L. 511-31 du code monétaire et financier, étant au sens de l'article L.439-1-1 du code du travail, désigné comme étant la société dominante pour l'application de ce texte et des suivants du code du travail, le comité central d'entreprise d'une société contrôlée par une filiale de cette société dominante, n'est pas fondé à exiger de cette filiale qui n'a pas cette qualité, l'institution d'un comité de groupe. Il pourrait seulement demander la création d'un comité de "sous-groupe", laquelle ne présente aucun caractère obligatoire* ».

[943] Cass. soc., 6 décembre 1994, Cie Générale des Ets Michelin C/ Secafi Alpha et comité de groupe Michelin, n°92-21.437, *Bull. civ.* V, n°327.

informations sur des sociétés étrangères faisant partie du groupe. De plus, limiter l'information au périmètre de constitution du comité de groupe aurait vidé l'institution de sa raison d'être, la situation des filiales étrangères influant sur le sort des travailleurs en France.

534. De même, sur le fondement des articles L.2325-35 et suivants du Code du travail[944], la jurisprudence accorde le droit à l'expert-comptable du comité d'entreprise d'examiner les comptes des sociétés mères ou des filiales d'un même groupe. Initialement, la jurisprudence adoptait une conception restrictive de l'accès à l'information économique du comité d'entreprise en décidant qu'il n'avait pas à être informé de la situation de l'ensemble des sociétés du groupe[945] ou d'une société étrangère[946]. Puis, elle a reconnu d'une part la possibilité pour l'expert-comptable du comité d'entreprise d'accéder aux comptes des autres sociétés du groupe[947] et d'autre part un pouvoir d'investigation dans ces mêmes sociétés[948]. Enfin, la Cour de cassation a décidé qu'un expert-comptable a accès aux documents afférents au groupe international dont la société française dépendait (ventes consolidées, évaluation des stocks, résultats consolidées, prévisions, évolution du marché, état de la concurrence, investissements par site, descriptions des fabrications par site, projets de réorganisation et conséquences par site)[949]. A l'appui de sa décision, elle relève d'abord que la société française disposait d'une autonomie restreinte, puis qu'elle ne démontrait pas l'impossibilité de recueillir les informations relatives aux entreprises du groupe situées en dehors du territoire français, et enfin que l'expert-comptable avait, comme le commissaire aux comptes, accès aux comptes et documents des sociétés mère ou filiales.

535. Dans un premier temps, la jurisprudence a reconnu le principe de l'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement et du reclassement du salarié au niveau du groupe, sans pour autant proposer de définition du groupe. Puis, dans un second temps, elle a limité le cadre d'appréciation de la règle de droit non plus à un groupe restreint composé de certaines entreprises du groupe seulement. Le passage du groupe à un groupe restreint ne règle pourtant pas le problème originel de la définition du groupe. Car, la détermination du « groupe restreint » implique que l'existence d'un groupe soit préalablement établie.

---

[944] Ancien article L.434-6 du Code du travail.
[945] CE, 26 avril 1985, n°59.349.
[946] Cass. ch. mixte, 28 février 1986, n°84-93.287.
[947] Cass. soc., 16 mai 1990, n°87-17.555, *Bull. civ.* V, n°222.
[948] Cass. soc., 8 novembre 1994, n°92-11.443, *Bull. civ.* V, n 298.
[949] Cass. soc., 27 novembre 2001, n°99-21903, *Bull. civ.* V, n°367.

§2. L'absence de définition juridique du groupe

536. La reconnaissance de la notion de groupe comme cadre d'appréciation de la réalité du motif économique du licenciement et des possibilités de reclassement du salarié laisse dès lors un certain nombre de questions sans réponse, en grande partie liées à l'absence de définition du groupe.

537. Qu'il s'agisse de l'obligation de reclassement ou de la réalité du motif économique du licenciement, la Cour de cassation se place non pas au niveau du groupe pris dans son ensemble mais retient un périmètre plus restreint. Ainsi, la réalité du motif économique du licenciement n'est pas appréciée au regard du groupe tout entier mais dans un cadre plus limité correspondant au secteur d'activité auquel l'entreprise du groupe appartient. « O*n raisonne dans un cadre qui tient compte de l'existence du groupe, mais qui n'est pas le cadre du groupe, envisagé dans son ensemble. (...) Les différents secteurs d'activité constitueraient des « sous-groupes » au sein desquels doit être appréciée la pertinence du motif économique* »[950]. De même, les possibilités de reclassement n'ont pas nécessairement pour cadre de recherche l'ensemble du groupe mais un « *sous-groupe de reclassement* »[951], limité aux entreprises du groupe dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel.

538. La Cour de cassation adopte en effet un raisonnement en deux temps : ce n'est qu'une fois l'existence du groupe établie que les juges du fond doivent se livrer à la détermination du secteur d'activité ou du groupe de reclassement[952]. L'existence d'un groupe demeure, dans cette optique, une condition nécessaire et préalable à la détermination du secteur d'activité ou du périmètre de reclassement. Ainsi, lorsqu'elle est saisie d'un litige relatif au cadre d'appréciation du motif économique de licenciement, la Cour de cassation relève l'existence d'un groupe constatée par les juges du fond, avant de rappeler le principe de l'appréciation de

[950] G. Couturier, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », article précité, p.83.
[951] A. Teyssier, « L'obligation de reclassement dans le groupe », *JCP* E 2000, n°41, p.1607.
[952] *Ibid.* ; F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p.525.

la réalité du motif économique au niveau du secteur d'activité du groupe[953]. Il en est de même en matière de reclassement[954]. Or, la Cour de cassation[955] demeure très laconique sur la première étape du raisonnement : elle ne définit pas le groupe et n'a pas dégagé de critères permettant de guider les juges du fond. De plus, la consécration légale du principe du reclassement du salarié dans le groupe[956] n'est d'aucune aide en l'absence de définition légale. C'est une manière pour le législateur de laisser à la Cour de cassation la liberté de préciser par la suite, et si elle le souhaitait, son approche du groupe.

539. Si l'existence d'un groupe est une condition préalable à la recherche du secteur d'activité ou d'un groupe de reclassement, elle n'entre véritablement dans le débat juridique qu'en présence d'une contestation sur ce point. Malgré l'absence de définition du groupe, quelques rares décisions en matière de reclassement indiquent que la Cour de cassation adopte une approche plutôt souple de la notion qui tranche avec la définition de l'article L.2331-1 du Code du travail. La Cour de cassation admet notamment l'existence d'un groupe en voie de constitution[957]. Dans un arrêt du 31 janvier 2001[958], elle affirme l'autonomie de la notion de groupe par rapport à la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail. L'absence de définition de la notion ainsi que les solutions des arrêts de la Cour de cassation laissent aux juges du fond une marge d'appréciation importante.

540. L'absence de définition du groupe ne constitue pas pour autant un obstacle à l'opération de qualification juridique. « *Le juge peut procéder à cette opération sans qu'existe forcément*

---

[953] Cass. soc., 14 janvier 2004, n°01-45020, inédit, Légifrance : « *Mais attendu que la cour d'appel, ayant constaté qu'il résultait des pièces produites aux débats que la société Nina Ricci parfums faisait partie d'un groupe et que l'employeur ne produisait aucune information sur la situation économique et financière de celui-ci, a pu en déduire, sans inverser la charge de la preuve, que l'existence de la cause économique de licenciement invoquée, n'était pas établie au niveau du secteur d'activité de ce groupe* ».

Cass. soc, 19 mars 2002, n°00-40324, inédit, Légifrance : « *Mais attendu que la cour d'appel, après avoir relevé qu'il n'était pas contesté que la société Indola France fasse partie du groupe Indola présent dans plusieurs pays d'Europe a fait ressortir que la société employeur n'invoquait que ses propres difficultés économiques pour justifier le licenciement de Mme Y... ; que les difficultés économiques s'appréciant au regard du secteur d'activité du groupe au sein duquel se situe l'entreprise qui a licencié, elle a pu en déduire, en l'absence d'informations sur la situation comptable et l'organisation du groupe Indola, que la réalité des difficultés économiques invoquées n'était pas établie ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* ».

[954] Cass. soc., 7 mars 1995, n°93-43933, inédit, Légifrance : l'appartenance d'une société à un groupe ne suffit pas à elle seule ; encore faut-il que la nature des activités et l'organisation des sociétés du groupe permettent une permutation du personnel. Cass. soc., 15 décembre 1993, n°92-42495, inédit, Légifrance.

[955] Il en est de même s'agissant du Conseil d'Etat.

[956] Article L.1243-4 du Code du travail (ancien article L. 321-1, alinéa 3).

[957] Cass. soc., 23 mai 1995, n°93-46142, inédit, Légifrance.

[958] Cass. soc. 31 janvier 2001, n°98-43897, *Dr. soc.* 2001, p.565, obs. G. Couturier. En l'espèce, la société employeur, demandeur au pourvoi, contestait l'existence d'un groupe sur le fondement de l'article L.439-1 du Code du travail. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la Cour d'appel s'était bien prononcée sur l'appartenance de la société au groupe. La Cour d'appel s'était en effet fondée sur l'identité de gérant et sur le fait que la mention du groupe figurait en évidence sur le papier à en-tête de la société.

une définition, légale ou prétorienne, de la notion concernée »[959]. La notion prétorienne de groupe fait partie de ces notions indéfinies, mais dont la qualification juridique entraîne pourtant des effets de droit. En raison de son indétermination, la notion de groupe s'apparente alors à un standard[960]. Ainsi, Stéphane Rials constate l'assimilation progressive de la notion indéterminée au standard. « *Pour la doctrine la plus récente, le standard n'est plus qu'(...) un principe général définissant une orientation d'ensemble », une « notion ...dont l'extension n'est pas rigoureusement déterminée a priori ». (...) Aujourd'hui, tous les termes un peu vagues, toutes les notions plus ou moins indéterminées sont baptisés standards. C'est là une conception singulièrement extensive et peu opératoire de la notion* »[961]. La notion de groupe n'est en effet pas assimilable à un standard juridique mais le fait qu'elle ne soit pas définie permet de la rapprocher de cette technique juridique et d'en retirer certains éléments d'appréciation. Le standard « *s'oppose à la définition et permet de laisser grand ouvert le champ du débat sur les significations et applications de la notion, alors que la définition est, à l'inverse, un procédé qui circonscrit l'argumentation sur le sens. (...) La définition conduit donc à la réduction de l'éventail des significations et, partant, des applications possibles d'un terme, alors que le standard maintient au contraire cet éventail déplié* »[962].

541. Si la Cour de cassation est saisie d'une contestation sur la qualification juridique de groupe retenue par les juges du fond, elle vérifiera que ceux-ci ont constaté l'existence du groupe à la date du licenciement[963] ou reprendra les éléments sur lesquels les juges du fond se sont fondés pour caractériser l'existence d'un groupe. En matière de reclassement du salarié, la Cour de cassation esquive généralement la question de la définition du groupe en se concentrant sur le contrôle de qualification du « sous-groupe » de reclassement. Autrement dit, elle ne se prononce pas directement sur l'existence d'un groupe mais vérifie que les possibilités de permutation du personnel ont bien été caractérisées par les juges du fond. Le contrôle de la Cour de cassation se concentre sur les critères du « sous-groupe de reclassement », ce qui a pour effet de contourner, sans les régler, les difficultés liées à l'absence de définition du groupe[964]. Certaines zones d'ombre, et non des moindres,

[959] C. Wolmark, *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Paris, Dalloz, 2007, p83.

[960] F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », article précité, p.525.

[961] S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p.35.

[962] C. Wolmark, *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, *op. cit.*, p.84.

[963] Cass. soc., 2 février 2006, n°03-47480, inédit, Légifrance.

[964] Le contrôle de qualification de la Cour de cassation serait en effet liée, pour certains auteurs, à l'existence d'une définition. H. Croze, *Recherches sur la qualification en droit processuel français*, Thèse, Lyon III, 1982, p.618 ; S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2000, p.96 ; C. Wolmark, *La*

demeurent et divisent les juges du fond, ce qui confronte les employeurs à une insécurité juridique[965] manifeste. Il devient en effet difficile pour les employeurs d'anticiper les conséquences juridique de leurs actes[966]. En l'absence de contrôle de qualification exercé sur la notion de groupe, l'unification par la Cour de cassation de la jurisprudence des cours d'appel n'est pas assurée. Il n'existe pas de consensus sur la définition des liens inter-entreprises ou sur les indices permettant d'identifier l'existence d'un groupe. Autrement dit, comment les juges du fond caractérisent-ils l'existence d'un groupe au sein duquel un « sous-groupe » de reclassement ou un secteur d'activité doit être recherché ?

542. La définition des liens inter-entreprises détermine l'étendue du champ d'application de la règle de droit. Selon la conception retenue, la notion juridique de groupe englobera des types de groupes plus ou moins variés. L'écueil à éviter est de retenir soit une conception extensive du groupe présentant l'inconvénient d'intégrer des entreprises entretenant de simples échanges commerciaux sur le marché ; soit une conception restrictive conduisant à ne retenir que des groupes fortement intégrés. Lorsque les juges du fond se prononcent sur l'existence d'un groupe, ils replacent l'entreprise dans son contexte économique et social. Comme le relève la Cour d'appel de Poitiers, la société employeur « *ne doit pas être isolée de l'ensemble économique et social où elle se situe pour l'appréciation de ses obligations d'employeur* »[967]. Parmi les relations de l'entreprise avec son environnement extérieur, comment distinguer celles qui révèlent l'existence d'un groupe de simples relations commerciales entre deux acteurs économiques ?

543. En l'absence de définition juridique du groupe, il n'existe pas de critères fixés par la Cour de cassation qui s'imposeraient aux juges du fond. Lorsque ces derniers sont saisis d'une contestation relative à l'existence d'un groupe, ils s'attachent à relever, *in concreto*, un certain nombre d'indices. Les indices ne se confondent pas avec les critères : tandis que les critères désignent les conditions, alternatives ou cumulatives, nécessaires à la qualification d'une

---

définition prétorienne. Etude en droit du travail, op. cit., p.228. Pour ce dernier auteur, l'existence d'une définition expresse modifie la nature du contrôle de la Cour de cassation. Le contrôle ne porte plus directement sur la qualification directe des faits mais sur le contrôle de la violation de la définition.

[965] CE, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006, p.281 : « *Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variables trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* ». A. Mazeaud, « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.* 2006, p.744.

[966] La question de la force obligatoire d'un accord collectif de groupe portant sur des questions sociales, notamment en matière de licenciement et de reclassement, par rapport à la définition prétorienne, est ici ouverte.

[967] CA Poitiers, Ch. soc., 26 février 1992, *RJS* 4/92, n°418, p.245.

notion, le « *signe indiscutable par lequel on reconnaît qu'une chose est* »[968], les indices « *en tant que tels ne sont ni nécessaires ni suffisants pour procéder à l'identification de la notion* »[969] et ne sauraient être systématiquement exigés lors de l'opération de qualification. L'absence de critère n'entraîne toutefois pas l'impossibilité d'établir la preuve de l'existence d'un groupe[970]. « *Finalement pour les juristes, les praticiens, pour le droit, l'important est de faire la preuve dans une espèce donnée, dans des circonstances données, qu'un groupe existe afin de pouvoir, précisément, en tirer des conséquences* »[971].Quels sont les indices retenus par les juges du fond pour caractériser l'existence d'un groupe ?

544. Toutes les relations interentreprises ne sont pas pertinentes pour conclure à l'existence d'un groupe. Ainsi, de manière ponctuelle, une Cour d'appel a décidé que l'existence d'un lien à caractère spirituel ne saurait à lui seul être constitutif d'un groupe[972]. En l'espèce, il s'agissait de plusieurs écoles relevant du même courant spirituel, mais aux activités « *totalement étrangères* » les unes des autres et n'entretenant entre elles aucun lien économique. De même, de simples relations commerciales entre deux entités juridiquement autonomes unies par un contrat commercial ne sont pas, à elles seules, suffisantes pour établir l'existence d'un groupe. Ainsi, la Cour de cassation a admis qu'une Cour d'appel, ayant constaté que la société employeur ne comptait que deux salariés et que les autres sociétés étrangères n'étaient pas des filiales mais ses clients avec lesquelles la société employeur ne pratiquait pas de permutation de personnel, ait décidé que la société n'appartenait pas à un groupe au sein duquel elle aurait été tenue de rechercher des possibilités de reclassement[973]. Dans le même sens, un arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 27 mai 1997[974] retient, pour conclure à l'absence de groupe, l'absence d'intérêt économique commun et le fait que les relations entre entreprises se limitaient à de simples accords commerciaux. De même, pour la Cour d'appel de Paris, deux partenaires commerciaux ne forment pas nécessairement un groupe : « *la circonstance que ces deux sociétés ont rémunéré en commun une secrétaire de direction n'implique nullement qu'elles ont formé un groupe. Il n'est pas établi qu'il y ait eu*

[968] C. Champaud, « Rapport de synthèse », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, p.31.
[969] C. Wolmark, *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Dalloz, Paris, 2007, p.115.
[970] C. Champaud, « Rapport de synthèse », article précité, p.31.
[971] *Ibid.*
[972] CA Montpellier, 21 avril 2004, CERIT, Université Nancy 2.
[973] Cass. soc., 17 octobre 2001, n°99-45176, inédit, Légifrance.
[974] CA Dijon, 27 mai 1997, CERIT, Université Nancy 2.

une unité économique entre elles, ni que l'une ou l'autre d'entre elles ait été la filiale de l'autre »[975]. Les cours d'appel semblent en revanche tenir compte de la détention en capital.

545. La détention en capital constitue un indice souvent relevé par les juges du fond pour constater l'existence d'un groupe. Certes, la Cour de cassation exclut la détention en capital des critères du « sous-groupe » de reclassement[976], mais il peut en revanche constituer un indice de l'existence du groupe au sein duquel le sous-groupe de reclassement doit être caractérisé. En présence de sociétés commerciales, la détention en capital constitue un indice fort de l'existence d'un groupe. Certains auteurs considèrent même que « *la révélation d'un lien de filialisation entre deux sociétés, au sens de l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966, est un critère suffisant pour en démontrer la présence* »[977]. La force de cet indice dépendra toutefois de la fraction de capital détenue. Si une détention quasi exclusive[978], voire majoritaire[979], suffit en principe à caractériser l'existence d'un groupe, un taux de détention en capital inférieur peut se révéler à lui seul insuffisant. Ainsi, selon la Cour d'appel de Paris, « *la preuve de l'appartenance de la société à un groupe n'est pas établie par le seul fait qu'une société qui possède 26% du capital de la société employeur siège à son conseil de surveillance* »[980]. Les juges du fond recourent alors à la technique du faisceau d'indices qui leur permet de pallier la faiblesse de l'un des indices. L'existence d'un groupe peut, par exemple, être reconnue même en l'absence de participation élevée en capital lorsqu'il est établi « *une présence dominante au sein des organes de direction* » ou encore « *une influence déterminante* »[981]. Ainsi, la Cour d'appel de Limoges[982] a établi l'existence d'un groupe en relevant que la société pouvait exercer une influence déterminante « *en détenant la moitié du capital de la société face à un actionnariat dispersé* », qu'elle était son seul client et que, représentée au Conseil d'administration de la société employeur, elle avait proposé la dissolution de la société.

---

[975] CA Paris, 10 avril 1996, *RJS* 10/96, n°754.

[976] Cass. soc., 27 octobre 1998, n°s 96-40626; 96-40629, *Bull. civ.* V, n°459, *JCP* E 1998, n°51, p.2004.

[977] A. Teyssier, « L'obligation de reclassement dans le groupe », article précité, p.1607.

[978] Cass. soc., 15 juin 1995, n°94-40963, Légifrance : hypothèse d'une détention à 95%.

[979] Cass. soc., 20 février 1991, n°89-45251, *Bull. civ.* V, n°86, *RJS* 4/91, n°453.

[980] CA Paris, 28 février 2005, CERIT. Dans le même sens : CA Paris, 4 avril 2006, CT0128, Légifrance : « *La société Kalitis ne peut être considérée comme une société formant un groupe avec la société CTC Conseils, le capital social de la société Kalitis étant composé de plusieurs actionnaires dont M. Y... , qui est actionnaire minoritaire avec 25% du capital social* ».

[981] CA Limoges (ch. réunies), 13 décembre 2000, *DO* 2002, p.28, note F. Héas.

[982] *Ibid.*

546. Si la détention en capital n'est pas toujours un indice suffisant pour établir l'existence d'un groupe, s'agit-il pour autant d'un indice nécessaire ?

547. Il va de soi que la détention en capital ne peut être relevée qu'en présence de sociétés. En présence d'autres formes juridiques d'entreprise, comme une association, la détention en capital est un indice inopérant. Les juges du fond caractérisent l'existence d'un groupe à partir d'autres indices. Ainsi, la Cour d'appel d'Agen[983] a reconnu l'existence d'un groupe d'entreprises entre deux associations en considération de l'étroitesse de leurs liens. Elle a relevé qu'en l'espèce, l'association ASPP était à l'origine de la création de l'association employeur CITI, que le président de l'ASPP était le président de droit de la CITI[984], que l'ASPP s'impliquait dans la gestion de la CITI[985], et enfin que les brochures de présentation de l'ASPP présentent la CITI comme « *une structure d'insertion partenaire* ». L'existence d'un groupe a également été reconnue entre deux associations, ayant le même directeur et la même activité, et qui sont nées de la scission d'une association départementale dépendant d'une même confédération[986]. De même, une association forme avec d'autres structures un groupe lorsqu'elles entretiennent « *des relations fortes de collaboration et de gestion* »[987].

548. Lorsqu'il s'agit de déterminer si des sociétés commerciales constituent un groupe, certains auteurs subordonnent l'existence d'un groupe à l'existence de participations financières, directes ou indirectes, entre les entités membres d'un groupe[988]. La jurisprudence semble pourtant moins affirmative. L'absence de preuve d'une détention en capital n'entraîne pas nécessairement celle de l'absence de groupe. Quelle que soit la forme juridique de l'employeur, le critère de la détention en capital n'est pas nécessaire. Ainsi, même en présence de sociétés, les juges du fond ne relèvent pas nécessairement des liens de détention en capital pour constater l'existence d'un groupe. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2001[989], la société employeur, demandeur au pourvoi, reprochait à la Cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'un groupe sans se fonder sur « *les notions de participation dans le*

[983] CA Agen, 5 septembre 2006, RG 05/00253, Légifrance.

[984] Une modification des statuts précise que le président de la CITI ne pouvait pas être simultanément président de l'ASPP.

[985] La Cour d'appel avait notamment relevé que l'ASPP s'était porté caution de la CITI en difficultés économiques, que le directeur général de l'ASPP avait formulé une demande d'information sur l'évolution de l'activité de la CITI à destination du CA de l'ASPP et qu'enfin le Président de l'ASPP s'est investi dans la recherche de modalités de sortie de crise au sein de la CITI.

[986] Cass. soc., 2 décembre 1998, n°96-43547, inédit, Légifrance.

[987] Cass. soc., 13 février 2008, n°06-45567, inédit, Légifrance.

[988] A. Teyssier, « L'obligation de reclassement dans le groupe », article précité, p.1607.

[989] Cass. soc., 31 janvier 2001, précité, *Dr. soc.* 2001, p.565, obs. G. Couturier.

capital et de dépendance économique », à ses yeux essentielles. Alors que la Cour de cassation aurait eu l'occasion de préciser la notion de groupe, elle reste silencieuse sur ce point et reprend la motivation de la Cour d'appel selon laquelle l'appartenance à un groupe est établie du seul fait de l'identité de gérant et de la mention du groupe mise en évidence sur le papier à en-tête de l'employeur. Il n'est point nécessaire de relever des liens financiers pour motiver l'existence d'un groupe.

549. Les cours d'appel ne retiennent pas toujours l'identité de dirigeant pour caractériser l'existence d'un groupe. Ainsi, dans un arrêt du 27 mai 1997[990], la Cour d'appel de Dijon a décidé que l'identité de gérant et l'objet social voisin entre deux sociétés ne permettent pas d'établir « *un intérêt économique commun constitutif d'un groupe* ». De même, dans un arrêt du 10 avril 1996[991], la Cour d'appel de Paris considère qu'il n'y a pas de groupe entre deux sociétés unies entre elles par des liens « *purement personnels* » tenant « *au fait qu'elles sont toutes deux dirigées par une même personne physique qui les considère comme ses sociétés* ». Ces divergences de solutions d'une cour d'appel à l'autre ne facilitent pas la lisibilité de la jurisprudence des juges du fond.

550. L'indice tiré de la mention de l'appartenance de la société à un groupe apparaît régulièrement dans les décisions de jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt du 25 janvier 2001[992], la Cour d'appel d'Angers a retenu l'existence d'un groupe, en l'absence d'éléments fournis par l'employeur sur la structure de son capital et sur celle d'une société « *jumelle* ». Elle déduit l'appartenance de la société au groupe d'une part du propre bilan de la société qui reconnaît son appartenance au groupe et mentionne les bénéfices du groupe, et d'autre part de la lettre d'embauche du salarié établie sur papier à en-tête au nom du groupe. Elle retient encore l'identité de siège social des sociétés du groupe, telle qu'elle apparaît dans la lettre de licenciement du salarié. Dans le même sens, par un arrêt du 16 mars 2004, la Cour d'appel de Lyon relève que « *la mention du « groupe Union Bresse Dombes » sur tous les courriers adressés notamment à Madame Z...dans le cadre de la procédure disciplinaire de licenciement n'est manifestement pas un simple « logo » destiné à l'information des assurés sur la garantie de l'UNION mais l'affichage juridique et commercial de l'existence d'un groupe (...)* » et que le Président de la société qui assure un contrôle permanent, fait dans ses

[990] CA Dijon, 27 mai 1997, CERIT, Université Nancy 2.
[991] CA Paris, 10 avril 1996, *RJS*, 10/96, n°754.
[992] CA Angers, 25 janvier 2001, n°2000-00095, Légifrance.

déclarations « *sans arrêt référence à l'appartenance de l'Union et de ses Mutuelles à un groupe*»[993]. Lorsque le groupe s'affiche, les juges du fond constatent l'existence du groupe et en tirent toutes les conséquences de droit. Antoine Lyon-Caen souligne sur ce point qu'« *une société revendique souvent son appartenance à un groupe et elle ne se prive pas d'afficher son affiliation. Son crédit en dépend. Une société gagne souvent à souligner le contrôle qu'elle exerce sur d'autres sociétés* »[994]. Apparaît en filigrane l'idée selon laquelle le juge prend acte de la reconnaissance par les sociétés elles-mêmes de leur appartenance à un groupe[995].

551. Sont également des indices de l'existence d'un groupe ceux qui permettent de caractériser une « *étroite communauté d'intérêts, de gestion et de programme social, une interdépendance économique, une concordance des instances de décision* »[996] ; « *la mise en commun de moyens et d'objectifs, en vue de répondre, dans un secteur très concurrentiel, à des exigences d'efficacité et de compétitivité* »[997], « *une gestion commune du personnel* »[998], un « *intérêt économique commun* »[999]. Plus récemment, certaines cours d'appel adoptent une conception large du groupe en retenant l'appartenance à une même enseigne ou l'existence de relations contractuelles entre entreprises dépourvues de tout lien en capital. Ces solutions jurisprudentielles tranchent avec la conception dominante du groupe reposant sur une relation capitalistique ou de contrôle et entraîne une divergence de jurisprudence entre les cours d'appel[1000]. Ainsi, par un arrêt du 14 février 2003[1001], la Cour d'appel de Lyon semble se satisfaire de « *liens de fait* » entre l'association employeur et un « *ensemble de partenaires* » pour retenir l'existence d'un groupe. Un mois auparavant, la même Cour d'appel impose à des entreprises unies par un contrat de franchise une obligation de reclassement. En l'espèce, l'employeur exploitait un hôtel sous l'enseigne « Ibis » et était lié par un contrat de franchise avec le groupe Accor. Ce contrat ne crée aucun lien juridique entre les différents franchisés.

---

[993] CA Lyon, 16 mars 2004, n°2000/0374, Légifrance.

[994] A. Lyon-Caen, note sous CE, 18 janvier 1980, *D.* 1980, jur., p.259.

[995] L'avocat général, R. Kessous, invitait, déjà en 1992, la Cour de cassation et les juges du fond, à prendre acte de cette reconnaissance. R. Kessous, « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique », article précité, p.828.

[996] CA Poitiers, 26 février 1992, CERIT, Univ. Nancy 2.

[997] CA Lyon, 16 mars 2004, n°2000/03274, Légifrance.

[998] CA Angers, 25 janvier 2001, n°2000/00095.

[999] CA Dijon, 27 mai 1997, Dolin c/ Sàrl Cybelle Dijon et autres, CERIT, Univ. Nancy 2.

[1000] CA Dijon, 5 décembre 1996, CERIT, Univ. Nancy 2. : « *les relations contractuelles liant…deux sociétés au sein du même réseau commercial ne peuvent…se confondre avec les liens juridiques et économiques unissant deux ou plusieurs entreprises faisant partie d'un même groupe* ».

[1001] CA Lyon, 14 février 2003, AFPI Loire c/ Mme Bruno, *D.* 2003, n°25, somm. comm., p.1657, note L. Noël.

Un contrat de franchise ne permet pas de caractériser à lui seul l'existence d'un groupe au sein duquel doivent être identifiées les entreprises entre lesquelles des possibilités de permutation existent. Mais, les juges du fond, en application de la technique du faisceau d'indices, relèvent en outre que le contrat de travail prévoyait la possibilité pour le salarié d'effectuer des missions ponctuelles dans les établissements de « notre groupe », comprenant les enseignes Sofitel, Novotel, Mercure et Ibis. De plus, il résultait des registres du personnel des établissements regroupés au sein de l'organigramme financier du groupe SHB que des mutations effectives de salariés avaient lieu entre certaines enseignes. Le fait que certaines entreprises du groupe soient géographiquement proches et donc en situation de concurrence ne suffit pas à exclure ces établissements du périmètre de reclassement. La position de franchisé n'est pas à elle seule exclusive de l'existence d'un groupe.

552. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour d'appel de Lyon se montre plus réservée à l'égard des entreprises franchisées. Ainsi, par un arrêt du 9 novembre 2007[1002], elle se prononce à nouveau sur les possibilités de reclassement au sein du groupe Accor. La salariée, licenciée pour inaptitude, soutenait que les recherches de reclassement auraient du être menées au sein du groupe Accor, propriétaire de l'enseigne Ibis. La Cour d'appel affirme expressément qu'« *un réseau de franchise étant constitué de sociétés indépendantes, la permutation du personnel entre les différentes sociétés n'est pas possible. Aussi ce réseau ne constitue pas un groupe de reclassement* ». Elle précise également que la société employeur justifie son indépendance à l'égard de la société Accor à laquelle elle n'est liée que par un réseau de franchise et en conclut que la société employeur « *n'avait donc aucune obligation de rechercher un reclassement auprès des autres sociétés exploitant un hôtel sous une marque dont la société Accor est propriétaire* ». La Cour d'appel de Lyon limite ensuite le périmètre de reclassement aux hôtels dirigés par la même personne. Elle se fonde exclusivement sur une clause du contrat de travail de la salariée prévoyant expressément que la salariée « *pourra être affectée dans un quelconque des hôtels et restaurants dirigés par Monsieur Jean Y…* » (dirigeant de la société Le Costel –employeur). En l'espèce, la clause du contrat de travail permet aux juges du fond de délimiter l'aire de permutabilité de la salariée. L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 9 novembre 2007 signifie-t-il pour autant le rejet des relations contractuelles inter-entreprises comme indice de l'existence d'un groupe ?

[1002] CA Lyon, 9 novembre 2007, n°07-00969, Légifrance.

553. La Cour de cassation n'a jamais expressément exclu les relations contractuelles inter-entreprises de la notion de groupe en matière de reclassement. Dans un arrêt du 17 mai 1994[1003], la société employeur contestait l'existence d'un groupe entre des entreprises liées entre elles par un contrat de franchise. Elle reprochait en particulier à l'arrêt de la Cour d'appel de ne pas s'être prononcée sur « *les raisons qui transforment les relations contractuelles unissant un franchiseur à un ou plusieurs franchisés en un groupe de sociétés, incluant des obligations de reclassement jamais imaginées dans les conventions initiales* ». Sans se prononcer sur la nature des liens inter-entreprises, la Cour de cassation admet l'appartenance des sociétés à un même groupe et suit la Cour d'appel dans la détermination du cadre de reclassement qui correspond aux entreprises du groupe pour lesquelles le salarié a travaillé successivement. La mobilité effective du salarié est ici retenue.

554. Au regard de cet arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1994, il devient possible d'apporter quelques éclaircissements à l'arrêt de la Cour d'appel du 9 novembre 2007. Le réseau de franchise n'exclut pas en soi l'existence d'un groupe, mais il ne constitue pas nécessairement un « groupe de reclassement ». Dans l'arrêt de Cour d'appel du 9 novembre 2007, ce n'est pas l'existence d'un groupe qui est contestée mais celle d'un « groupe de reclassement » s'étendant à l'ensemble des entreprises du réseau de franchise. En d'autres termes, la permutation du personnel ne peut être déduite de la seule existence d'un réseau de franchise considéré comme un groupe[1004]. A l'inverse, l'existence d'un réseau de franchise considéré comme un groupe ne fait pas en soi obstacle à la permutation du personnel. Si, en l'espèce, « *ce réseau ne constitue pas un groupe de reclassement* », c'est en raison de l'absence de possibilités de permutation du personnel. L'absence de permutation possible est motivée par l'indépendance des sociétés du réseau de franchise : « *un réseau de franchise étant constitué de sociétés indépendantes, la permutation du personnel entre les différentes sociétés n'est pas possible* ». La Cour d'appel conclut alors que la société employeur n'avait « *aucune obligation de rechercher un reclassement auprès des autres sociétés exploitant un hôtel sous une marque dont la société Accor est propriétaire* ». Ce raisonnement est toutefois contestable car l'indépendance des sociétés ne rend pas impossible en soi les possibilités de

[1003] Cass. soc., 17 mai 1994, n°93-41566, inédit, Légifrance.

[1004] De la même manière, les possibilités de permutation du personnel ne peuvent être déduites de la seule détention en capital. Cass. soc. 27 oct. 1998, n°96-40629, *Bull. civ.* V, n°459 : « *La seule détention d'une partie du capital de la société (...) par trois autres sociétés n'impliquait pas en soi la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie de leur personnel et ne caractérisait pas en soi l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer* ».

permutation[1005] et donc la constitution d'un groupe de reclassement. La Cour d'appel de Lyon limite ensuite le périmètre de reclassement aux hôtels dirigés par le même dirigeant que celui de la société employeur, en vertu d'une clause du contrat de travail. La clause contractuelle permet à la Cour d'appel de délimiter le « *groupe de reclassement* ».

555. En définitive, la jurisprudence de la Cour d'appel de Lyon semble constante et conforme à celle de la Cour de cassation. Les relations contractuelles inter-entreprises semblent prises en compte par les juges du fond lorsqu'ils cherchent à établir l'existence d'un groupe. L'appartenance des entreprises à un même réseau de franchise ou à une même enseigne n'exclut pas l'existence d'un groupe, ni même des possibilités de permutation du personnel. En revanche, les juges du fond hésitent à étendre le périmètre de reclassement à l'ensemble des entreprises du « groupe contractuel ». Ils se montrent plus exigeants dans la détermination du « groupe de reclassement » en le limitant aux prévisions des clauses contractuelles de mobilité ou à la mobilité effective du salarié.

556. Ainsi, selon la Cour d'appel de Nancy[1006], l'existence d'une direction d'enseigne, d'une gestion centralisée du personnel (*examen des contrats de travail et des documents de rupture qui sont des documents types*) permettant des permutations de salariés entre les sociétés du groupement au niveau régional, suffisent à caractériser l'existence d'un groupe entre des entreprises dont le seul point commun *a priori* est d'appartenir à la même enseigne. Mais, à elle seule, l'identité d'activités entre la société employeur et une autre société franchisée ne suffit pas à caractériser des possibilités de permutation[1007]. Il faut s'appuyer sur d'autres éléments comme une clause de mobilité contractuelle ou encore une mobilité effective des salariés. Cette jurisprudence semble du reste conforme à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 octobre 1999[1008]. Dès lors qu'il existe une clause de mobilité contractuelle et/ou des permutations effectives, la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître entre des sociétés partenaires un groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées. La preuve est alors rapportée que « *les relations entre entreprises ne se limitent pas à de*

[1005] Cass. soc. 20 nov. 2002, n°00-42962, inédit titré : « *l'indépendance d'associations n'exclut en soi ni la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie du personnel ni, par voie de conséquence, l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement doit s'effectuer* ». Il doit être de même de l'indépendance de sociétés d'un même réseau d'entreprises.

[1006] CA Nancy, 14 février 2001, CERIT, Univ. Nancy 2.

[1007] CA Dijon, 25 avril 2000, CERIT, Univ. Nancy 2.

[1008] Cass. soc., 5 octobre 1999, n°97-41838 , *Bull. civ.* V, n°368, *Dr. soc.* 1999, p. 1112 , obs. G. Couturier.

simples accords commerciaux »[1009]. Telle est du reste la position d'une partie de la doctrine concernant les relations de partenariat. « *La nature des relations commerciales entretenues entre deux ou plusieurs entreprises peut révéler l'existence d'un groupe de reclassement si la permutabilité du personnel est effective : GIE, groupement momentané d'entreprises (GME) dans le secteur du bâtiment et des travaux publics lorsque ces groupements se portent candidats à différents marchés et procèdent à des mouvements de main-d'œuvre, plus généralement mise en commun de certains services avec du personnel interchangeable*[1010]. La difficulté consiste alors à distinguer les simples relations commerciales des relations qui traduisent l'expression d'un groupe[1011]. En l'absence de clause contractuelle ou de mobilité effective, les juges du fond examineraient-ils les possibilités de permutation du personnel entre des entreprises liées contractuellement, en considération de leurs activités, de leur organisation ou encore de leur lieu d'exploitation ? Ces questions ont toutes pour point de départ l'absence de définition légale et prétorienne du groupe.

557. **En conclusion**, en mettant l'accent sur les relations qu'entretient le système juridique avec son environnement, et plus spécifiquement avec l'ordre économique, l'étude de la genèse de la notion de groupe a permis de mettre en évidence la source des difficultés générées par le phénomène des groupes. Organisé autour de l'autonomie juridique de la personne morale, le groupe repose sur l'association paradoxale de l'un et du multiple. Comment rendre compte à la fois de l'unité organisationnelle du groupe et de l'autonomie juridique de ses entités membres ? Attaché au principe de l'autonomie juridique de la personne morale, le droit positif se montrait incapable de rendre compte de l'unité du groupe, celui-ci se décomposant en une pluralité d'entités juridiquement autonomes isolées les unes des autres. Plus particulièrement, en droit du travail, le maintien du principe de concordance entre l'entreprise et sa structure juridique d'accueil conduisait au même résultat, l'aménagement des notions d'entreprise et d'employeur demeurant insuffisant. Expression d'une adaptation du système juridique aux évolutions de son environnement, évolutions que les notions juridiques existantes se révèlent incapables de traduire et d'encadrer, l'introduction de la notion de groupe ne doit rien au hasard. Elle est le fruit d'une histoire,

[1009] CA Dijon, 27 mai 1997, CERIT, Univ. Nancy 2.

[1010] Lamy Social Groupes, Etude 224-13 ; Cass. soc., 23 mai 1995, n°94-41250, Légifrance (à propos de l'exploitation d'une gare routière par plusieurs sociétés et associations).

[1011] CA Paris, 10 avril 1996, CERIT, Univ. Nancy 2. Il ne suffit pas de relever que deux sociétés partenaires commerciaux aient rémunéré en commun une secrétaire de direction, pour conclure à la formation d'un groupe. « *Il n'est pas établi qu'il y ait eu une unité économique entre elles, ni que l'une ou l'autre d'entre elles ait été la filiale de l'autre (...) Les liens qui unissent les deux sociétés sont d'ordre purement personnel, et ont trait au fait qu'elles sont toutes deux dirigées par une même personne physique qui les considère comme ses sociétés* ».

d'intenses débats juridiques et de choix méthodologiques qui lui impriment sa physionomie générale. Favorisée par un contexte juridique propice, la consécration de la notion juridique de groupe repose sur la prise en compte des relations inter-entreprises, et plus spécifiquement sur des relations de détention en capital et de contrôle sociétaire.

558. Allant à l'encontre de l'idéal d'ordre et de simplicité véhiculé par la représentation hiérarchique du système juridique, l'absence de conception unitaire de la notion de groupe heurte la sensibilité du juriste. Mais, façonnée par le système juridique, la notion de groupe en porte la « marque de fabrique ». A l'instar de nombreuses notions juridiques, la notion de groupe se distingue par sa polysémie qui serait, selon Gérard Cornu, une des marques linguistiques essentielles du vocabulaire juridique[1012]. Le choix d'une construction ponctuelle et parcellaire d'un droit des groupes a en effet favorisé le développement d'une approche du groupe propre à chaque branche du droit. La notion de groupe suivrait le mouvement général de spécialisation des branches du droit[1013]. L'affirmation de la notion de groupe en droit du travail au cours de ces vingt dernières années précise davantage encore l'image d'une notion comme miroir d'un système juridique déterminé. En effet, l'étude des conditions d'émergence de la notion de groupe en droit du travail permet non seulement de considérer cette notion comme le reflet du mouvement de spécialisation des branches du droit mais encore comme le révélateur de la complexité du système juridique. Les différentes déclinaisons de la notion de groupe au sein d'une même branche du droit apparaissent comme la conséquence du mode de production du droit lui-même qui tient autant à la diversité des sources juridiques intervenant dans le processus de création juridique qu'à leur enchevêtrement. Sans disparaître, la représentation pyramidale du système juridique révèle ses limites : elle « *ne permet pas de rendre compte à* [elle seule] *de la complexité toujours croissante de la réalité juridique* »[1014]. Cette complexité se traduit par des phénomènes de « hiérarchie enchevêtrée » ou de « boucle étrange » mis en lumière et définis par D. Hofstadter comme « *l'interaction entre des niveaux dans laquelle le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur et l'influence tout en étant lui-même en même temps déterminé par le niveau inférieur* »[1015]. Sans remettre en cause

[1012] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7e éd., 2005, préface, p.XI. Dans son ouvrage *Le langage juridique*, Gérard Cornu identifie la « *notion polysémique à chevauchement* » lorsque les divers sens d'un terme se rapportent globalement à une même réalité, sans en découper les facettes distinctes et complémentaires, de telle sorte que les divers sens de la notion ne se recoupent que partiellement. Tel semble bien être le cas pour la notion de groupe.

[1013] Ch. Hannoun, Les groupes de sociétés et le droit, *op. préc*.

[1014] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p.49.

[1015] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p.107.

les postulats de « souveraineté » et de « rationalité » du législateur[1016], la part active que joue la jurisprudence dans le processus de création juridique fait ainsi « *apparaître la systématicité réelle du droit sous la forme d'un enchaînement de boucles étranges* »[1017].

559. Le développement de la notion de groupe en droit du travail en est une parfaite illustration. Si la définition légale du groupe pour la mise en place d'un comité de groupe rayonne au-delà de son champ d'application, elle ne détermine pas le sens de toutes les applications de la notion de groupe. Les limites de son rayonnement sont aussi bien liées au choix du législateur qu'à l'affirmation de la jurisprudence sociale comme source de droit à part entière[1018]. Au sein même de la jurisprudence, la « *coexistence de cours suprêmes autonomes et non hiérarchisées entre elles* », comme la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, ne garantit pas une correspondance parfaite entre la notion de groupe développée par chacune de ces juridictions, même s'il existe une certaine harmonisation de leur jurisprudence[1019]. La diversité des sources du droit ne doit pas conduire à occulter le jeu des influences réciproques qui s'exerce notamment entre la loi et la jurisprudence, de telle sorte que la loi influence autant la jurisprudence qu'elle est influencée par elle. Tel est notamment le cas lorsque le législateur consacre des solutions jurisprudentielles bien établies en les remaniant éventuellement[1020]. En retenant une conception extensive du groupe comme en matière d'épargne salariale ou en laissant largement indéterminé le sens de la notion de groupe comme en matière de reclassement ou de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, le législateur lui-même semble volontairement réserver à l'interprétation judiciaire des lois une certaine latitude propice à l'inventivité dans la détermination du sens de la notion.

560. En d'autres termes, « *la production juridique du sens résulte moins d'une conscience intentionnelle unilatérale – celle du législateur qui lie le juge, ou celle du juge qui interpréterait la loi à sa guise – que d'un processus collectif, ininterrompu et*

[1016] *Ibid.*

[1017] *Ibid.* p.108.

[1018] En affirmant que le groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être appréciées, n'a pas à être déterminé en référence à la définition légale du groupe pour la mise en place du comité de groupe, « *la Chambre sociale refuse par là même une classification de type pyramidal, selon laquelle le périmètre de reclassement serait une espèce particulière du genre groupe dont le sens est fixé par l'article L.439-1 du Code du travail. (...) Il n'existe donc pas de notion de groupe unique à partir de laquelle la Cour de cassation construirait des espèces subordonnées* » (C. Wolmark, *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Paris, Dalloz, 2007, p.33).

[1019] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. préc.* p.104.

[1020] Tel est notamment le cas en matière de reclassement ou pour les accords de groupe.

multidirectionnel de circulation du sens »[1021]. A la complexité du mode de production du droit correspond la diversité des déclinaisons de la notion et sa relative indétermination. Diversité et indétermination de la notion semblent consubstantielles à la complexité du droit. Au-delà d'un noyau clair de sens, celui du groupe très intégré reposant sur des relations de détention en capital majoritaires ou de contrôle, les frontières de la notion demeurent floues. Cette incertitude permet une adaptation du système juridique à la diversité du réel et à son évolution au risque toutefois de faire perdre à la notion de groupe toute cohérence. Comment « *penser et ordonner le multiple sans pour autant le réduire à l'unité ou l'abandonner à la dispersion* »[1022] ? Tel est le sens de l'approche développée par Mireille Delmas-Marty en termes de « flou du droit » comme instrument de la complexité[1023], analyse dont il est possible de s'inspirer dans le cadre de notre étude.

561. Tant la diversité que les incertitudes entourant la notion de groupe appellent un effort de mise en ordre de la notion qui passe par un travail de conceptualisation. Cette recherche doit intégrer la complexité du mode de production du droit par la construction d'un cadre de référence ou « *seuil de compatibilité* » garantissant la prévisibilité de la notion mais dans le respect de la diversité de ses déclinaisons. La construction de ce cadre de référence doit permettre de redonner de la cohérence à ce qui ne semble être que confusion, par une harmonisation et non par l'unification ou l'uniformisation de la notion de groupe. L'approche conceptuelle du groupe doit non seulement permettre de préciser le sens de cette notion à partir d'un ou plusieurs dénominateurs communs à ses différentes déclinaisons - de manière à empêcher sa dilution - mais aussi de mettre en évidence les potentialités encore inexploitées de certaines définitions restrictives du groupe.

[1021] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. préc*. p.141.
[1022] M. Delmas-Marty citée par F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. préc*. p.135.
[1023] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2004.

Seconde partie

DE LA NOTION AU CONCEPT DE GROUPE

562. Présenter la genèse de la notion de groupe a permis de mettre en évidence la multiplication des références expresses à cette notion en droit du travail mais aussi les incertitudes entourant la détermination de son sens. Comment ordonner ce qui semble n'être qu'un « patchwork » dépourvu de cohérence ? La mise en évidence des traits distinctifs du concept de groupe doit permettre de découvrir d'une part l'unité minimale de sens qui se dégage des différentes déclinaisons de la notion de groupe en droit positif, et tout particulièrement en droit du travail, et de relever d'autre part les limites de certaines applications de la notion. Un concept a en effet vocation à guider les notions, leur régime juridique et indirectement la perception sous-jacente des faits. Dans cette perspective, il sera démontré en quoi le concept de groupe proposé permet de relever le défi posé par le phénomène des groupes en droit du travail, en agissant aussi bien sur la notion de groupe (Titre I) que sur ses effets normatifs (Titre II).

Titre I

ESSAI DE CONCEPTUALISATION DE LA NOTION DE GROUPE

563. La construction d'un concept est, d'une manière générale, indissociable de la problématique de départ retenus. S'agissant plus particulièrement du concept de groupe, il s'agit de penser à la fois le groupe et ses entités membres, sans les réduire ni à l'un ni à l'autre. Or, en se concentrant exclusivement sur les relations entre les membres, la notion de groupe ne rend pas compte des relations dynamiques qui s'établissent entre le groupe et ses membres. Seul un changement de perspective reposant sur les apports de la pensée complexe d'Edgar Morin permet de découvrir l'unité complexe du groupe (Chapitre 1) et la spécificité de la contrainte organisationnelle qu'elle exerce sur ses membres (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La découverte de l'unité complexe

Chapitre 2 – La spécificité de l'unité complexe du groupe

Chapitre 1
La découverte de l'unité complexe

564. Toute connaissance, dont participe notamment la conceptualisation des objets matériels ou intellectuels par laquelle une science a prise sur la réalité, procède par l'organisation et la sélection de données, gouvernées par des paradigmes, « *principes occultes qui gouvernent notre vision des choses et du monde sans que nous en ayons conscience* »[1024]. Un mode d'organisation de la connaissance véhicule une certaine vision du monde implicitement à l'œuvre dans la construction de nos représentations abstraites de la réalité. Que ce mode d'organisation de la connaissance vienne à changer et c'est l'ensemble de notre vision du monde qui s'en trouve modifiée.

565. En droit positif, les différentes notions de groupe reposent toutes sur un même mode de production de la connaissance incapable de penser l'association paradoxale de l'un et du multiple. Il en résulte une représentation tronquée du groupe : l'entité groupe n'a pas de réelle consistance. Même s'il est admis que le groupe constitue une unité composée d'entités juridiquement autonomes, il se réduit le plus souvent à une addition de relations binaires unissant plusieurs entités à une même entité occupant une position centrale. Or, et si comme l'affirme Edgar Morin, « *une pensée mutilante conduit nécessairement à des actions mutilantes* »[1025], alors le risque est bien celui d'aboutir à des solutions juridiques inadaptées.

566. Dans ces conditions, il ne s'agit pas de faire table rase des notions de groupe déjà existantes, mais de les analyser sous un angle différent. A partir d'un mode d'organisation de la connaissance d'inspiration systémique, il devient possible de construire une autre représentation juridique du groupe capable de saisir le groupe dans sa globalité sans pour autant remettre en cause la diversité de ses membres, de faire émerger sa dimension collective sans le réduire à la somme de relations binaires, de concevoir l'existence de relations entre entités membres même dépourvues de liens directs entre elles. Aussi, la découverte de l'unité complexe du groupe implique de penser l'association paradoxale de l'un et du multiple (Section 1) avant de concevoir le groupe comme *Unitas multiplex* (Section 2).

[1024] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, coll. Points, 2005, p.16.
[1025] *Ibid.*, p.23.

Section 1. Penser l'association paradoxale de l'un et du multiple

567. Concevoir la complexité d'un phénomène implique de revenir sur le mode de construction de nos représentations juridiques. Il apparaît en effet que le traitement juridique du paradoxe de l'un **et** du multiple caractéristique du groupe en une alternative, celle de l'un **ou** du multiple, résulte d'un mode de connaissance caractéristique de la pensée occidentale, organisé autour de ce qu'Edgar Morin nomme le « *paradigme de simplicité* »[1026]. Si ce paradigme a permis à l'ensemble des sciences de se développer et de progresser dans le domaine de la connaissance, il n'en révèle pas moins ses limites quant à sa capacité à concevoir les phénomènes complexes en général et le groupe en particulier (§1). Pour sortir de l'impasse, il convient de reformuler le questionnement initial : il ne s'agit plus de choisir entre l'unité du groupe ou l'autonomie juridique de ses entités membres, mais de penser conjointement et simultanément ces deux éléments *a priori* contradictoires. La construction d'une telle représentation du groupe implique de passer d'un mode de pensée analytique à un mode de pensée systémique. L'apport de la pensée complexe développée par Edgar Morin est de ce point de vue décisif (§2).

[1026] *Ibid.*, p.79. Le « paradigme de simplification » ou la « pensée simplifiante » désignent également le « paradigme de simplicité ».

§1. La représentation analytique du groupe ou l'inconcevable association de l'un et du multiple

568. Construites à partir du « paradigme de simplicité » (A), les représentations juridiques du groupe se révèlent incapables d'en traduire la complexité (B).

A. Des représentations juridiques du groupe reposant sur le « paradigme de simplicité »

569. Depuis le XVIIe siècle, la pensée occidentale est dominée par la pensée analytique dont Descartes en est le représentant le plus illustre[1027]. Les succès de cette pensée en physique contribuèrent à l'extension de sa méthode à l'ensemble des autres sciences, y compris en sciences humaines[1028]. Cette méthode consiste à « *réduire un phénomène en autant d'éléments isolés qu'il est possible de le décomposer pour les analyser séparément* »[1029]. De la connaissance de chaque élément doit naître la connaissance du phénomène global. « *Expliquer, c'est découvrir les éléments simples et les règles simples à partir de quoi s'opèrent les combinaisons variées et les constructions complexes* »[1030]. Autrement dit, il suffit de connaître les parties pour connaître le tout lui-même. Face aux difficultés rencontrées dans l'isolation des éléments de certains phénomènes, la pensée analytique a pu, par la suite, s'orienter vers une représentation holiste des objets de connaissance. Le paradigme demeure[1031], mais l'analyse est inversée : plutôt que de réduire le tout à ses parties, ce sont les parties qui sont réduites au tout. Mais, qu'elle s'inscrive dans une perspective « réductionniste » ou « holiste », la pensée analytique propose toujours une image incomplète des phénomènes complexes. « *Incapable de concevoir la conjonction de l'un et du multiple* », elle ne parvient pas à saisir le mouvement dynamique qui s'instaure entre le tout et les parties et conduit à une simplification du réel qui « *détruit les ensembles et les totalités* », synonyme

[1027] Les préceptes de la pensée analytiques sont exposés par Descartes dans le célèbre *Discours de La méthode* paru pour la première fois en 1637.
[1028] E. Morin, *La méthode*, tome 1, Paris, Seuil, 2008, p.142.
[1029] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007, p.347.
[1030] E. Morin, *La méthode*, *op. cit.*, p.141.
[1031] *Ibid.* p.179 : « *Ces deux explications qui se rejettent l'une l'autre relèvent d'un même paradigme* ».

pour Edgar Morin d'« *intelligence aveugle* »[1032]. Elle en est d'autant moins capable qu'elle véhicule une approche statique et mécaniste du monde selon laquelle tout objet obéit à des lois objectivement universelles et immuables qu'il appartient à la connaissance de découvrir. « *L'univers obéit à des lois déterministes, et tout ce qui semble désordre… n'est qu'une apparence due uniquement à l'insuffisance de notre connaissance* »[1033]. Toute forme d'incertitude tenant à la complexité du réel est évacuée, le « visible complexe » étant expliqué par « l'invisible simple ». Convaincue par la possibilité de définir chaque objet à partir de lois générales et de ses éléments constitutifs, la pensée analytique construit ou plutôt reconstruit l'objet d'étude en le dépouillant de « *toutes références à l'observateur ou à son environnement* »[1034], pour en faire une pure abstraction. Extrait de son environnement, l'objet est étudié pour lui-même : il est considéré comme « *une entité close et distincte, qui se définit en isolation dans son existence, ses caractères et ses propriétés* »[1035]. Il ne subit ni l'influence de son environnement ni celle du sujet dans la construction de l'objet.

570. La pensée analytique inonde l'ensemble des champs du savoir, influence leurs modes d'organisation de la connaissance et, par là même, leurs représentations du réel. « *L'« exploration » du réel reste tributaire des instruments théoriques qui l'ont rendue possible, et le réel construit par la science ne saurait être confondu avec le réel « en soi » ou « réel voilé »* »[1036]. La perception du droit véhiculée par les sciences juridiques n'échappe pas à la règle ; elle serait « *profondément marquée par une idée, ou à tout le moins un idéal, de simplicité* »[1037], dont le mode d'organisation hiérarchique du système juridique est une expression. A cet idéal de simplicité est associé un principe de certitude selon lequel la règle de droit serait dotée d'une clarté absolue et reposerait sur des notions capables d'embrasser la totalité des rapports sociaux sous la forme d'un nombre restreint de lois universelles et immuables garantissant une sécurité juridique totale. Telle qu'elle se construit en droit positif et telle qu'elle est interprétée en doctrine, la notion de groupe est le reflet de représentations juridiques qui participent dans leur ensemble du « paradigme de simplicité ».

[1032] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit*., p.19.
[1033] E. Morin, « Epistémologie et complexité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 1984, n°1, p.55.
[1034] E. Morin, *La méthode*, *op. cit*., p.141.
[1035] *Ibid*.
[1036] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, p.209.
[1037] *Ibid*., p.116.

B. Des représentations juridiques du groupe mutilantes

571. L'émergence de constructions juridiques complexes est contemporaine du mouvement de spécialisation et de concentration externe des activités économiques. L'imbrication des relations économiques a notamment conduit à revisiter le modèle classique du contrat, hérité de la philosophie individualiste, à partir de la problématique des ensembles contractuels et des groupes de contrats[1038]. Le développement des groupes d'entreprises contribue également à renouveler l'approche juridique de l'entreprise qui ne peut plus être pensée comme un monde clos indépendant de son environnement. Malgré le constat unanime du développement croissant des formes d'imbrication économique associant l'un et le multiple, le droit peine à concevoir ces phénomènes dans leur complexité. La notion de groupe en est une parfaite illustration. Elle reste prisonnière de représentations juridiques réductionnistes. L'approche réductionniste la plus radicale consiste à nier l'existence même du groupe par une application stricte du principe de l'autonomie juridique des entités membres. L'unité organisationnelle du groupe s'évanouit ; ne subsistent que des entités juridiquement autonomes étrangères les unes par rapport aux autres[1039]. Une forme plus subtile de réductionnisme mérite davantage l'attention car elle représente la représentation juridique du groupe la plus répandue aussi bien en droit positif qu'en doctrine.

572. La reconnaissance juridique du groupe procède pour une large part d'une conception analytique du groupe consistant à définir le groupe exclusivement à partir de ses éléments constitutifs, c'est-à-dire de l'ensemble des entités membres juridiquement autonomes. L'unité du groupe n'est pas en elle-même prise en compte ; elle n'existe que par l'intermédiaire de ses entités juridiquement autonomes et, plus précisément, des relations qu'une entreprise qualifiée de dominante entretient avec chacune des autres entreprises du groupe qualifiées d'entreprises dominées ou contrôlées. Le groupe n'est pas considéré comme une unité à la fois distincte de ses membres et en permanente relation avec chacun d'eux. Seules les parties et leurs relations réciproques sont prises en compte, indépendamment des relations qu'elles entretiennent avec le tout. Autrement dit, la dimension collective du groupe n'est pas conceptualisée. Le groupe n'apparaît pas comme une unité organisationnelle complexe, mais comme la somme des

[1038] Sur l'ensemble de la question, voir notamment : S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007.

[1039] Cette hypothèse ne sera pas développée plus longuement dans la mesure où elle a déjà été abordée dans le cadre de la première partie de cette étude et concerne principalement l'état du droit positif antérieur à la reconnaissance juridique du groupe.

relations qui unissent des entités juridiquement autonomes à une même entité également juridiquement autonome mais sur lesquelles elle exerce son pouvoir. La dimension collective du groupe ne parvient pas à s'émanciper des relations entre les entités membres, ce qui se traduit concrètement par la difficulté du droit à établir des relations horizontales de groupe entre entités « sœurs » et à concevoir des représentations juridiques du groupe autres que de type pyramidal.

573. Des exemples empruntés au droit positif devraient permettre de rendre plus accessible cette forme de réductionnisme commune aux droits allemand (1) et français (2), mais selon des modalités différentes.

1. En droit allemand

574. En droit allemand[1040], les régimes juridiques du groupe de fait (a) et du groupe de droit (b) sont une illustration particulièrement claire de la réduction du groupe à ses parties.

a) Le régime juridique des groupes de fait

575. Comme nous l'avons indiqué précédemment, le groupe de fait se définit par référence à une relation de dépendance entre une entreprise dominante et au moins une entreprise dominée sur laquelle l'entreprise dominante exerce de fait une influence dominante. Seules les relations de domination entre deux entreprises sont prises en compte. Le régime juridique des groupes de fait le confirme. Il est en effet interdit à l'entreprise dominante de prendre un acte juridique ou une mesure préjudiciable à l'entreprise dominée, sauf à en compenser les inconvénients[1041]. L'évaluation du caractère préjudiciable ou non de la mesure est appréciée au regard du standard du « bon dirigeant d'entreprise » par référence au comportement d'une entreprise économiquement indépendante agissant dans son intérêt exclusif[1042]. Il n'est pas tenu compte de l'unité organisationnelle du groupe alors que la mesure peut s'avérer

[1040] La distinction entre les groupes de fait et de droit a déjà été évoquée dans le second titre de la première partie. Dans le cadre de ce développement, nous nous intéressons plus spécifiquement à son régime juridique.
[1041] §311 (1) de l'AktG, *précité*.
[1042] L. Dabin, « Expérience allemande et proposition européenne », article précité, p.118.

globalement avantageuse pour l'ensemble des membres du groupe. En s'en tenant aux seules relations de domination entre une entreprise dominante et une entreprise dominée, et en prenant comme élément de comparaison le comportement d'une entreprise économiquement indépendante type, le droit allemand occulte l'unité organisationnelle du groupe dans l'appréciation de la licéité des mesures enjointes à l'entreprise dominée[1043].

576. Dans une perspective un peu différente, le régime juridique des groupes de droit est également révélateur de la déclinaison du « paradigme de simplicité ».

b) Le régime juridique des groupes de droit

577. En droit allemand, la notion de groupe de droit repose sur l'intégration d'une entreprise dans une autre sous la direction de laquelle elle se place. Que l'entreprise dépendante soit sous la direction unitaire d'une entreprise dominante, qu'elle s'engage à lui verser tout son bénéfice annuel ou encore à diriger son entreprise pour le compte de cette entreprise dominante, l'unité organisationnelle du groupe n'émerge pas. L'unité complexe associant l'un et le multiple s'évanouit au profit d'une seule entreprise.

578. En principe, la gestion d'une société anonyme relève exclusivement de la compétence du Comité de direction (« Vorstand »). Ce comité est tenu d'agir dans l'intérêt de la société et il lui est interdit d'exercer son pouvoir de décision selon les instructions d'un tiers[1044]. La conclusion d'un contrat de domination entraîne toutefois un nouvel aménagement de ses pouvoirs de gestion[1045]. Son objet social demeure identique mais le contrat de domination modifie son intérêt social. A l'intérêt social de la société dépendante se substitue l'intérêt du groupe défini par l'entreprise dominante qui dispose en la matière d'un pouvoir d'injonction, « *expression légale d'une unité de direction fort étendue* »[1046]. Le contrat de domination autorise en effet l'entreprise dominante à exercer en toute légalité un « Weisungsrecht », c'est-à-dire le pouvoir de donner des directives au Comité de direction de la société

[1043] Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », article précité, p.75.
[1044] §76 de l'AktG.
[1045] L. Dabin, « Expérience allemande et proposition européenne », article précité, p.113.
[1046] *Ibid.*, p.115.

dépendante[1047]. « *Ainsi, l'entreprise dominante pourra ordonner au Vorstand de spécialiser la production de son établissement, de transformer ou de cesser celle-ci et même de financer les investissements d'une autre entreprise du groupe par des prêts sans intérêts. Elle pourra également, dans l'hypothèse où plusieurs pactes de domination auraient été conclus, imposer aux Vorstände des sociétés dépendantes les relations d'échanges qu'elles devront entretenir entre elles et les prix qui devront être pratiqués, même si ces prix sont supérieurs aux prix du marché pour des biens identiques ou substituables* »[1048]. Le Comité de direction a l'obligation de suivre ces directives, y compris celles susceptibles de porter préjudice à sa société[1049].

579. Dans l'esprit du législateur allemand, l'intérêt du groupe s'identifie totalement à celui de l'entreprise dominante[1050]. Le risque de l'activité économique globale du groupe est entièrement reporté sur celle-ci. Le régime juridique applicable au groupe de droit s'apparente alors aux relations entre une entreprise et ses établissements ou ses succursales. Le groupe de droit constitué entre une entreprise dominante et des entreprises dominées est assimilé à une seule et unique entreprise, l'entreprise dominante. Dans cette hypothèse, le tout se réduit bien à ses parties, et plus précisément à l'une d'entre elles. En responsabilisant l'entreprise dominante pour l'ensemble du groupe, l'objectif du législateur allemand est de protéger les intérêts de la société dépendante ainsi que ceux de ses actionnaires minoritaires, de ses créanciers et de son personnel, mais au prix de la négation des avantages inhérents à cette forme d'organisation. Car, en contrepartie de son pouvoir d'injonction, l'entreprise dominante est tenue de respecter un certain nombre d'obligations. Ainsi, et à titre d'exemple, non seulement la loi limite le montant des bénéfices de la société dépendante pouvant faire l'objet d'un transfert[1051] mais elle impose également à l'entreprise dominante la constitution de réserves dont elle fixe le montant. Si ces réserves s'avèrent insuffisantes, l'entreprise dominante a l'obligation, pendant toute la durée du contrat, de compenser les dettes de l'entreprise dominée [1052]. Cette obligation concerne toutes les pertes, quelle que soit leur origine. La preuve par l'entreprise dominante de l'absence de lien de causalité entre son intervention et les pertes rencontrées par l'entreprise dominée ne saurait la libérer de son

[1047] §308 de l'AktG.
[1048] L. Dabin, « Expérience allemande et proposition européenne », article précité, p.114.
[1049] Le droit d'injonction ne concerne ni les autres organes sociaux ni les membres du personnel. En revanche, le Comité de direction peut très bien être chargé d'imposer à son personnel des ordres qui lui ont été dictés par l'entreprise dominante. Voir en ce sens : L. Dabin, « Expérience allemande et proposition européenne », *Ibid*,p.115.
[1050] L. Dabin, *Ibid.*, p.114.
[1051] §301 de l'AktG.
[1052] §302 de l'AktG.

obligation. L'obligation pour l'entreprise dominante de compenser les pertes de l'entreprise dominée reporte intégralement le risque économique sur l'entreprise détentrice du pouvoir de décision économique.

580. Les contraintes inhérentes à ce régime juridique expliquent le peu de succès rencontré dans la pratique. En occultant la finalité économique de cette forme d'organisation, la législation relative au groupe de droit courait à l'échec et, les grands perdants des imperfections de ce dispositif législatif sont finalement les titulaires des intérêts que le législateur voulait justement protéger. Plus généralement, l'exemple du groupe de droit allemand illustre parfaitement les inconvénients d'une représentation simplifiante du groupe. La protection juridique des intérêts qui peuvent potentiellement être lésés par le fonctionnement des groupes ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la conceptualisation du groupe comme phénomène complexe. Ce n'est qu'en dépassant le « paradigme de simplicité » que des propositions de solution tenant compte à la fois de la finalité économique du groupe et de la protection d'autres intérêts également légitimes, pourront émerger.

581. En droit positif français, le « paradigme de simplicité » s'exprime différemment, mais aboutit de la même manière à occulter l'unité organisationnelle du groupe.

2. En droit français

582. Le groupe n'apparaît pas comme une unité à part entière entrant en relation avec ses membres, mais comme la somme des relations qu'une entreprise dominante entretient avec chacune des entreprises placées sous sa domination. La définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail[1053] relative à la mise en place d'un comité de groupe est de ce point de vue exemplaire. Le groupe est défini par référence à la nature des relations qui unissent une entreprise dominante à des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante. La relation inter-entreprises est ici première et le groupe n'existe que par l'intermédiaire de ces liens. Autrement dit, le groupe est perçu comme l'addition des relations binaires qu'une même entité qualifiée d'entreprise dominante entretient avec d'autres entités juridiquement autonomes placées sous son contrôle ou son influence. Cette

[1053] Ancien article L.439-1, II du Code du travail.

définition du groupe tient compte de la diversité des entités du groupe, chacune de ces entreprises étant distincte des autres, et de l'existence de relations inter-entreprises inégalitaires. Mais, en se limitant à la prise en compte des relations binaires entre une entreprise dominante et une entreprise dominée, elle se montre incapable de saisir la dynamique de groupe générée entre un tout et ses parties et rend difficilement compte des relations entre entreprises dominées, leur seul point commun étant d'être en relation avec une même entreprise dominante. La reconnaissance du groupe se résume alors à la somme des relations de pouvoir qu'une entreprise dominante noue avec des entreprises dominées.

583. Conscient de la difficulté à faire émerger l'unité organisationnelle du groupe, Jean Paillusseau s'interrogeait sur la possibilité d'« *envisager le groupe globalement et* [d']*essayer de construire le droit des groupes à partir du groupe lui-même et non plus à partir du simple rapport : société dominante – société affiliée* »[1054]. Un tel projet implique de modifier notre représentation du groupe afin de faire émerger sa dimension collective. Il s'agit de s'intéresser autant aux relations entre les membres du groupe qu'à celles du groupe et de chacun de ses membres. Mais, prisonnières du « paradigme de simplicité » qui les sous-tend, les représentations juridiques du groupe, qu'elles soient d'inspiration réductionniste ou holiste, se révèlent incapables de penser simultanément l'un et le multiple, de dépasser la contradiction de ces deux termes. Dans ces conditions, l'unité complexe du groupe ne peut émerger et acquérir une réelle consistance. Des relations entre entités membres sont identifiées, mais le pas supplémentaire permettant de découvrir l'unité complexe du groupe ne peut être franchi. La seule manière de sortir de l'impasse, de concevoir l'inconcevable association de l'un et du multiple, consiste à adopter un mode de raisonnement alternatif en passant d'une représentation analytique à une représentation systémique du groupe.

[1054] J. Paillusseau, « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », article précité, n°28.

§2. La représentation complexe du groupe ou comment concevoir l'inconcevable

584. Face aux limites de la méthode analytique, l'étude des phénomènes complexes implique un mode de représentation complexe de la réalité (A) reposant sur le modèle de l'*Unitas multiplex* (B).

A. La pensée complexe : un autre mode de représentation de la réalité

585. La pensée complexe repose sur une vision systémique du monde distincte de celle véhiculée par la pensée analytique et propose une méthode d'organisation de la connaissance qui s'est progressivement diffusée dans les disciplines scientifiques les plus diverses, en réaction aux limites de la pensée analytique. C'est paradoxalement par le développement de la connaissance scientifique, là où le « paradigme de simplicité » consistant à découvrir « *derrière la complexité apparente des phénomènes, un Ordre parfait légiférant une machine perpétuelle* »[1055], semblait le plus fermement ancré, que les limites de la pensée analytique ont ressurgi. « *La complexité nous est revenue, dans les sciences, par la voie même qui l'avait chassée. Le développement même de la science physique, qui s'employait à révéler l'Ordre impeccable du monde, son déterminisme absolu et perpétuel, son obéissance à une loi unique et sa constitution d'une manière première (l'atome), a finalement débouché sur la complexité du réel* »[1056]. Les difficultés rencontrées par la science physique dans l'identification de l'unité élémentaire de l'atome sont de ce point de vue exemplaires. La découverte des particules dans la composition de l'atome a contribué à la remise en cause du statut de l'atome comme unité élémentaire de base des phénomènes physiques. Or, à la différence de l'atome, la particule ne peut être isolée de son environnement. Ni véritable objet ni véritable unité élémentaire[1057], la découverte de la particule débouche sur une crise de la pensée analytique dont la résolution implique un changement de méthode, et partant, de vision du monde. Le passage d'une pensée analytique à la pensée complexe pouvait avoir lieu.

[1055] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit*., p.18.
[1056] *Ibid.*, p.22.
[1057] E. Morin, *La méthode*, *op. cit*., p.143.

586. La pensée complexe n'est ni une science, ni une nouvelle discipline mais une méthodologie de la connaissance[1058]. Selon Edgar Morin, le nœud du problème ne réside pas tant dans un déficit de connaissance que dans l'organisation même de la connaissance. Dans cette perspective, il convient non pas de s'attaquer à la réalité elle-même, « *mais à ce qui la fonde, c'est-à-dire la vision et les principes qui façonnent notre esprit en façonnant notre propre façon de nous représenter – de voir – la réalité (les paradigmes)* »[1059]. Là où la pensée analytique évacue la contradiction au prix d'une vision tronquée de la réalité, la pensée complexe s'en saisit à bras le corps. « *La complexité est là où l'on ne peut surmonter une contradiction* » ; « *l'acceptation de la complexité, c'est l'acceptation d'une contradiction, et l'idée que l'on ne peut pas escamoter les contradictions dans une vision euphorique du monde* »[1060]. Tandis que la pensée analytique propose une vision ordonnée et immuable du monde traduite sous la forme de lois simples et universelles, la pensée complexe restaure le dialogue entre l'ordre et le désordre du monde. « *Dans la nouvelle vision, l'ordre n'est plus souverain, il n'est plus indépendant, il n'est plus autosuffisant. (...) Ce que nous avons longtemps pris pour un ordre éternel et universel n'est qu'un ordre local et provisoire. Un ordre hanté, nourri et menacé par le désordre* »[1061]. A la certitude d'un monde ordonné qu'il serait possible de traduire par une formule mathématique succède l'incertitude d'un monde à la stabilité précaire, en perpétuel mouvement, dont le maintien est conditionné par sa capacité d'adaptation au désordre qui l'entoure et qui menace constamment son équilibre. « *Les organisations vivantes équilibrent deux types de propriétés : la répétition, la régularité, la redondance d'un côté, la variété, l'improbabilité, la complexité de l'autre. De sorte que les automates vivants réalisent une forme de compromis entre déterminisme et indéterminisme, comme si une certaine quantité d'indétermination était nécessaire au système, à partir d'un certain degré de complexité, pour lui permettre de s'adapter à un certain niveau de bruit* »[1062]. Dès lors, la réalité étant changeante et évolutive, l'ambition de la pensée simple de contrôler et de maîtriser le réel une fois pour toutes sous une forme idéale n'est plus de mise.

[1058] Edgar Morin n'élabore pas une « théorie générale du système » en cherchant à expliquer l'univers en termes de système. Il propose davantage de faire du système un principe méthodologique, un modèle heuristique. « *Une méthode est une manière de voir et de concevoir la connaissance, laquelle est une manière de voir et de concevoir le réel* ». E. Morin, *La méthode*, *op. cit.*, p.56.

[1059] R. Fortin, *Penser avec Edgar Morin. Lire La méthode*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2008, p.33.

[1060] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit.*, p.86.

[1061] R. Fortin, *Penser avec Edgar Morin. Lire La méthode*, *op. cit.*, p.31.

[1062] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p.157.

Il convient à présent de s'exercer à une pensée capable de dialoguer avec le réel[1063], ce qui implique d'accepter « *une certaine imprécision et une imprécision certaine, non seulement dans les phénomènes, mais aussi dans les concepts* »[1064]. La réalité étant complexe et incertaine, oscillant entre ordre et désordre, les frontières des concepts deviennent elles-mêmes floues et partiellement indéterminées. « *Les concepts ne se définissent jamais par leurs frontières mais à partir de leur noyau* »[1065]. Au-delà d'un sens clair, subsiste toujours à la marge, une zone d'incertitude et de doute, essentielle à l'adaptation des concepts à la complexité du réel. Le rapport de la connaissance à l'objet d'étude s'en trouve profondément modifié.

587. La pensée complexe repose sur une représentation systémique des choses[1066]. Pour reprendre l'exemple de l'atome, celui-ci « *surgit comme objet nouveau, objet organisé ou système dont l'explication ne peut plus être trouvée uniquement dans la nature de ses constituants élémentaires, mais se trouve aussi dans sa nature organisationnelle ou systémique, qui elle-même transforme les caractères des composants* »[1067]. Autrement dit, « *tout ce qui était objet est devenu système. Tout ce qui était même unité élémentaire y compris et surtout l'atome, est devenu système* »[1068]. D'une part, et à la différence de la pensée analytique, la pensée complexe n'isole pas l'objet-système de son environnement, lui-même conçu comme un système de systèmes. En privilégiant une approche des phénomènes complexes en termes de système ouvert, la pensée complexe ouvre la voie à une conception dynamique des phénomènes complexes, inséparable de leurs relations avec l'environnement. Le maintien, l'évolution et parfois même la disparition d'un système sont autant liés aux relations internes du système qu'à sa relation avec l'environnement. Il en résulte que « *l'intelligibilité du système doit être trouvée, non seulement dans le système lui-même, mais aussi dans sa relation avec l'environnement et (...) cette relation n'est pas qu'une simple dépendance, elle est constitutive du système* »[1069]. Autrement dit, isoler un système de son environnement reviendrait à se priver d'informations nécessaires à la connaissance du système lui-même. D'autre part, et là encore à la différence de la pensée analytique, la pensée

[1063] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit*., p.10.
[1064] *Ibid*. p.50.
[1065] *Ibid*. p.98.
[1066] J.-L. Le Moigne, *Les systèmes de décision dans les organisations*, Paris, PUF, 1974, p.74. Le système n'existe pas dans la nature ; il s'agit d'un « *produit artificiel de l'esprit de l'homme (...) particulièrement utile et commode, (...) pour représenter les objets que l'homme veut connaître* ».
[1067] E. Morin, *La méthode*, p.144.
[1068] *Ibid*., p.145.
[1069] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, p.31.

complexe reconnaît l'incomplétude de la connaissance obtenue qui ne saurait épuiser l'infinie complexité du réel. La représentation systémique de l'objet ne se confond pas avec la réalité ; construction de l'esprit, elle ne peut se concevoir indépendamment des objectifs du modélisateur. Il existe potentiellement autant de représentations systémiques de l'objet possibles que d'axes de recherche. « *S'attacher à la complexité, c'est introduire une certaine manière de traiter le réel et définir un rapport particulier à l'objet (...). C'est reconnaître que la modélisation se construit comme un point de vue pris sur le réel, à partir duquel un travail de mise en ordre, partiel et continuellement remaniable, peut être mis en œuvre* »[1070].

588. Ainsi entendu, le paradigme de la complexité invite à reconsidérer notre représentation de la notion de groupe en mettant l'accent sur la relation dialectique qui s'instaure entre le droit et le fait. Si la notion de groupe est bien le produit d'un système juridique particulier, elle est aussi l'expression du dialogue qui existe entre ce système juridique et son environnement économique et social, entre la réalité normative et la réalité empirique. Face aux évolutions imprévisibles de la réalité empirique, facteur de désordre pour un système juridique, une certaine marge d'indétermination est nécessaire au maintien du système juridique lui-même par le processus de réajustement permanent qu'il rend possible. Ainsi, et sans pour autant nier l'importance de l'exigence de sécurité juridique dans l'organisation des relations sociales, la marge d'indétermination constitutive du système juridique amène à relativiser le mythe d'un droit sûr et certain. « *Un tel idéal se heurte à des limites indépassables et [...] des éléments fondamentaux d'incertitude, sans doute variables selon les temps et les lieux, marquent inéluctablement le phénomène juridique* »[1071]. Sauf à tomber dans les travers du paradigme de simplicité, il convient d'apprendre à penser avec l'incertitude, en abandonnant la croyance en la possibilité d'une traduction totale et définitive des choses. Une telle entreprise implique d'enrichir notre vision du monde vers plus de complexité. En ce sens, les difficultés relatives à la définition d'un lien inter-entreprises devant caractériser de manière systématique l'existence d'un groupe illustre bien les limites du paradigme de simplicité et invite à enrichir notre représentation juridique du groupe à partir d'une approche en termes de système complexe.

[1070] CNRS, « Construire une politique scientifique », extrait du Projet d'établissement du CNRS – février 2002 : disponible sur le site du CNRS/Réflexions stratégiques : http://www.cnrs.fr/Strategie/*DO*cPDF/projetetab.pdf.
[1071] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu, op. cit.*, p.116.

589. L'idée d'un objet clos cède la place à un objet-système dans les différents champs du savoir. Le développement de la méthode systémique a d'abord concerné les sciences dites « dures » puis s'est étendu aux sciences humaines telles que l'anthropologie, la sociologie ou encore les sciences de gestion. Si les sciences juridiques demeurent encore en retrait, certaines études ou réflexions doctrinales s'en inspirent, expressément[1072] ou plus implicitement[1073], et développent de nouveaux axes de recherche du phénomène étudié. Reste à déterminer ce que recouvre la notion de système complexe car, comme le souligne Edgar Morin : « *dans son sens général, le terme de système est un mot-enveloppe ; dans son sens particulier, il adhère de manière indécollable à la matière qui le constitue* » de telle sorte qu'« *aucune relation n'est […] concevable entre les divers emplois du mot système* »[1074].

B. Le système comme Unitas multiplex

590. Le système se présente sous les traits d'une unité complexe (1) en perpétuel mouvement(2).

1. La complexité de l'*unitas multiplex*

591. « *Je tiens pour impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties* ». Cette phrase de Pascal est au cœur de la « pensée complexe » qu'Edgar Morin développe à partir de la notion de système complexe ou *unitas multiplex*. L'*unitas multiplex* repose sur un paradoxe : sous l'angle du tout, elle est une et homogène ; considérée sous l'angle des parties, elle est diverse et hétérogène[1075]. Elle associe deux notions qui semblent *a priori* s'exclure. Dans une

[1072] M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot (dir.), *Droit et complexité*, Rennes, PUR, 2007 ; S. Diebolt, « La complexité comme paradigme pour concevoir une régulation juridique adéquate », *Droit et société* 46-2000, p. 485 ; *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse, Paris X Nanterre, 2000 ; J.-L. Le Moigne, « Sur quelques topiques de la complexité…des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques », *Droit et société* 46-2000, p.407 ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, *op. cit.* ; R.-J. Vernengo, « Le droit est-il un système ? », in *Archives de philosophie du droit* 1991, tome 36, p.253s ; F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

[1073] M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron., p.951-957.

[1074] E. Morin, *La méthode*, p.147.

[1075] *Ibid.*, p.153.

perspective systémique, Edgar Morin nous invite à joindre l'Un et le Multiple : « *Vous allez les unir mais l'Un ne se dissoudra pas dans le Multiple et le Multiple fera quand même partie de l'Un* »[1076]. La pensée complexe brise les oppositions classiques, parvient à dépasser la contradiction, par l'attention qu'elle porte aux relations entre les composants de l'unité et à celles qui existent entre l'unité et chacun d'eux[1077].

592. La « pensée complexe » met en évidence la manière dont se forme une nouvelle entité à partir de l'organisation des relations entre ses membres. L'unité du système repose sur les interactions de ses éléments constitutifs et, réciproquement, chacun de ces éléments ne se définit que par référence à la position qu'il occupe au sein du système. Défini comme une « *totalité organisée, faite d'éléments solidaires ne pouvant être définis que les uns par rapport aux autres en fonction de leur place dans cette totalité* »[1078] ou encore comme une « *unité globale organisée d'interrelations entre éléments, actions, ou individus* »[1079], le système complexe implique la réunion de trois éléments : la totalité, l'interrelation et l'organisation. Unis par une relation circulaire, ces trois termes fonctionnent en interdépendance. Tandis que le système désigne l'unité globale, ses caractères et propriétés, distincts de la somme de ses parties, les interrelations renvoient « *aux types et formes de liaison entre éléments ou individus, entre ces éléments/individus et le Tout* » et l'organisation à « *l'agencement des parties dans, en et par un Tout* »[1080]. La formation d'une unité complexe repose non seulement sur la diversité de ses membres[1081] entrant en interaction[1082] mais encore sur l'organisation de leurs interactions. « *Il ne suffit pas d'associer interrelation et totalité, il faut lier totalité à interrelation par l'idée d'organisation* »[1083]. Des interactions entre des éléments divers mais dépourvues d'organisation ne peuvent conduire à la formation d'une unité systémique. Sans organisation, un système ne peut exister, aucune unité globale ne peut se former. « *L'organisation, qui peut combiner de façon diversifiée divers types de liaison, relie les éléments entre eux, les éléments en une totalité, les éléments à la totalité, la totalité aux éléments, c'est-à-dire lie entre elles toutes les liaisons et constitue la liaison des*

[1076] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit*, p.104.

[1077] Dans ce sens, la méthode systémique dépasse plutôt qu'elle ne s'oppose à la méthode analytique. L'intérêt porté aux relations entre les éléments constitutifs d'un système implique en effet une identification préalable de ces éléments.

[1078] F. de Saussure, cité par E. Morin, in *La méthode*, *op. cit*, p.149.

[1079] E. Morin, *La méthode*, p.149.

[1080] *Ibid.* p.152.

[1081] *Ibid.* p.167 : « *Tout système est un et multiple. La multiplicité peut ne concerner que des constituants semblables et distincts, comme les atomes d'un ensemble cristallin* ».

[1082] De la diversité non relationnée n'est pas constitutive d'un système mais s'apparente à un agrégat.

[1083] E. Morin, *La méthode*, p.149.

liaisons »[1084]. L'organisation apparaît ainsi comme un concept central de la pensée complexe ; elle permet de lier l'idée d'interaction à celle de totalité. Une unité globale se forme sous l'effet d'une organisation des relations entre des éléments distincts, suffisamment contraignante pour assurer la stabilité de l'ensemble. « *L'organisation transforme une diversité séparée en une forme globale (Gestalt)* »[1085] ; « *agencement de relations entre composants ou individus,* [elle] *produit une nouvelle unité possédant des qualités que n'ont pas ses composants* »[1086].

593. Afin de rendre plus accessible les différentes étapes de la pensée complexe, Edgar Morin utilise la métaphore de la tapisserie. Premièrement, le tout est plus que la somme des parties. La seule connaissance des éléments constitutifs d'un ensemble ne permet pas de connaître l'ensemble. De même que « *la tapisserie est plus que la somme des fils qui la constituent, (...) un tout est plus que la somme des parties qui la constituent* »[1087]. L'unité globale constitue une entité dotée de « qualités émergentes », irréductibles aux propriétés des parties considérées isolément ou à leur somme. « *On peut appeler émergences les qualités ou propriétés d'un système qui présentent un caractère de nouveauté par rapport aux qualités ou propriétés des composants considérés isolément ou agencés différemment dans un autre type de système* »[1088]. Ces qualités émergentes résultent des relations entre les parties ; elles peuvent se situer au niveau du tout ou des parties[1089], mais « *ne peuvent être acquises et développées que par et dans le tout* »[1090]. Comme le tout est plus que la somme des parties, l'unité complexe conduit à une optimisation des éléments du système et de leurs relations réciproques[1091].

[1084] *Ibid.*, p.186.
[1085] *Ibid.*, p.187.
[1086] D. Durand, *La systémique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 10e éd., 2006, p.10.
[1087] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit*., p.113.
[1088] E. Morin, *La méthode*, *op. cit.*, p.155.
[1089] Il s'agit de « micro-émergences ». R. Fortin, *Comprendre la complexité. Introduction à la méthode d'Edgar Morin*, *op. cit*. p.37. « *Le tout confère aux parties des qualités nouvelles qui sont absentes ou seulement virtuelles lorsqu'on les considère isolément* ».
[1090] E. Morin, *La méthode*, *op. cit*., p.156.
[1091] D. Durand, *La systémique*, *op. cit*., p.10.

594. Deuxièmement, le tout est moins que la somme des parties[1092]. Souvent négligé, cet aspect du système mis en valeur par la pensée complexe est pourtant essentiel. Il exprime l'idée que les qualités intrinsèques d'un élément ne peuvent toutes trouver à s'exprimer au sein d'une unité complexe. L'organisation exerce une contrainte sur les éléments du système afin de maintenir l'unité et la cohérence de l'ensemble. Elle « *est inséparable de contraintes ou répressions ; celles-ci virtualisent ou inhibent des propriétés qui, si elles devaient s'exprimer, deviendraient anti-organisationnelles et menaceraient l'intégrité du système* »[1093]. Le tout est alors moins que la somme des parties.

595. Troisièmement, le tout est à la fois plus et moins que la somme des parties et de toute manière autre[1094]. De la même manière, chacune des parties est moins, éventuellement plus, et de toute façon autre que celle qu'elle était ou serait hors système. « *Dans cette tapisserie, comme dans l'organisation, les fils ne sont pas disposés au hasard. Ils sont organisés en fonction d'un canevas, d'une unité synthétique où chaque partie concourt à l'ensemble. Et la tapisserie elle-même est un phénomène perceptible et connaissable, qui ne peut être expliqué par aucune loi simple* »[1095]. Le système naît, s'organise, se régénère voire même dégénère, en même temps que ses éléments se transforment[1096]. Autrement dit, l'unité naît de la diversité et, par rétroaction, de la diversité est produite dans et par l'unité. Ce mouvement dynamique, nécessaire à la survie du système, est impulsé par l'organisation du système, c'est-à-dire par « *l'aptitude à transformer de la diversité en unité, sans annuler la diversité (...) et aussi à créer de la diversité dans et par l'unité* »[1097]. L'un et le multiple sont dès lors indissociablement liés.

2. La dialectique du mouvement permanent

596. Le système obtenu par l'association combinée de la totalité, de l'organisation et de la diversité interrelationnée, n'est pas statique mais évolutif : il s'« auto-éco-organise » pour

[1092] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, p.114.
[1093] E. Morin, *La méthode*, p.172.
[1094] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, p.114.
[1095] *Ibid.*
[1096] E. Morin, *La méthode*, p.166.
[1097] *Ibid.*, p.167.

reprendre la terminologie d'Edgar Morin. Cette approche dynamique de l'organisation évite de tomber dans le « piège » structuraliste de l'organisation réifiée. L'unité complexe n'est pas une « structure » présumée invariable et obéissant à des lois générales immuables quasiment indépendantes de l'activité du système, mais un système en perpétuel mouvement, interdépendant des éléments qui le composent et de son environnement.

597. L'unité complexe n'existe pas indépendamment de ses éléments constitutifs, et réciproquement ses éléments constitutifs ne se définissent que par rapport à leur place dans l'unité complexe. « *Tout et parties sont toujours relatifs l'un à l'autre, relationnels* »[1098]. L'interdépendance apparaît être une notion clef de la pensée complexe. Reposant sur l'idée de dépendance réciproque, elle « *implique (...) l'existence d'au moins deux éléments qui vont dépendre l'un de l'autre et plus largement qui vont agir l'un sur l'autre* »[1099]. La notion d'interdépendance n'est pas nouvelle mais, d'origine orientale, elle n'a fait qu'une apparition tardive dans la pensée occidentale. Certaines philosophies orientales, et tout particulièrement le bouddhisme[1100], véhiculent une approche globale de l'univers, à partir de cette notion d'interdépendance. En d'autres termes, le bouddhisme introduit la notion de « phénomène composé » dans sa pensée : aucun phénomène n'existe indépendamment des éléments qui le constituent et, réciproquement. Par conséquent, l'interdépendance permet de dépasser la contradiction en mettant en évidence, à partir d'une approche globale du phénomène, la dynamique qui s'établit entre un phénomène composé et chacun de ses éléments constitutifs[1101]. Au cœur de l'interdépendance se trouve donc la dépendance réciproque entre le tout et chacun de ses éléments constitutifs. Etablir l'existence de relations d'interdépendance permet ainsi de découvrir la dimension collective de phénomènes complexes composés d'éléments distincts.

598. Il convient néanmoins de bien distinguer l'interdépendance verticale de l'interdépendance horizontale[1102]. L'interdépendance horizontale consiste à rechercher une dépendance réciproque entre les éléments constitutifs d'un ensemble. Mais, cette interprétation ne permet pas de considérer le phénomène comme une unité complexe.

[1098] R. Fortin, *Comprendre la complexité. Introduction à la méthode d'Edgar Morin*, *op. cit.* p.41.
[1099] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, p.158.
[1100] Doctrine philosophique inspirée de l'expérience mystique de Siddhartha Gautama, dit « Le Bouddha » (environ 653 à 483 av. J-C).
[1101] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, p.159.
[1102] Sur la distinction : S. Pellé, *ibid.*, p.161s.

L'analyse se concentre sur les relations entre les parties, ce qui ne suffit pas à faire émerger la dimension collective du tout comme unité globale. Seule une interprétation verticale de l'interdépendance permet de vérifier si le tout dépend de chacun de ses éléments et si, réciproquement, chaque élément dépend du tout. En d'autres termes, l'interdépendance ne s'apprécie pas entre les éléments constitutifs de l'ensemble mais entre l'ensemble et chacun de ses éléments constitutifs[1103]. L'interdépendance verticale repose encore sur l'égalité des parties à l'égard du tout. « *Puisqu'en situation d'interdépendance, chaque élément entretient une relation dynamique avec le tout, chaque élément est indispensable. Si un seul d'entre eux disparaît ou est modifié, alors c'est le tout dans son ensemble qui en subit les répercussions* »[1104]. Certes, selon la place plus ou moins centrale que certains éléments occupent dans le système, les conséquences sur l'ensemble seront plus ou moins importantes mais jamais inexistantes.

599. Le raisonnement mené en termes d'interdépendance favorise une conception dynamique du monde et des phénomènes complexes en général, à la condition d'y adjoindre une logique récursive. Un processus est dit récursif lorsque ce qui est produit ou est causé revient influencer ce qui en est la cause ou l'engendre. Centrée sur la notion de boucle, la relation causale cesse d'être linéaire. En concevant des termes antagonistes comme l'effet et la cause, l'un et le multiple, la logique récursive saisit la dynamique existant entre des termes *a priori* contradictoires. Ainsi, les individus produisent par leurs interactions la société, laquelle produit en retour les individus par l'éducation, le langage, l'école, qui la produisent à nouveau. Cela se fait dans un mouvement en spirale et non pas mécanique. Lorsque la société agit en retour sur les individus, elle contribue à modifier leurs interactions ce qui aura pour effet de faire évoluer la société dans son ensemble. Il n'y a jamais de répétition à l'identique mais toujours évolution d'un système en perpétuel mouvement. La stabilité du système n'est pas statique mais active ; elle repose sur un processus interne de réorganisation permanente. Les systèmes complexes « *révisent et réarrangent continuellement leurs éléments constitutifs au fur et à mesure qu'ils évoluent. Cette auto-organisation représente le mécanisme fondamental de l'adaptation* »[1105], entendue comme l'aptitude à construire de nouvelles stabilités en réaction à l'évolution de la situation. L'auto-organisation permet non seulement de réguler en permanence, par des procédés internes au système, les tensions entre l'un et le

[1103] *Ibid.*, p.161.
[1104] *Ibid.*, p.162-163.
[1105] G. Cleret de Langavant, *Bioéthique. Méthode et complexité*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2001, p.61.

multiple mais également de faire face aux évolutions de l'environnement dans lequel le système s'intègre. Edgar Morin parle dans cette dernière hypothèse d'« auto-éco-organisation ».

600. La complexité systémique permet ainsi de concevoir la formation d'une unité nouvelle à partir des relations entre les parties et de leurs relations réciproques. Dans cette perspective, non seulement le tout à une double identité, à la fois un et multiple, mais il en est de même pour les parties : « *elles ont leur identité propre et elles participent à l'identité du tout. Si différents qu'ils puissent être, les éléments ou individus constituant un système ont au moins une identité commune d'appartenance à l'unité globale et d'obéissance à ses règles organisationnelles* »[1106]. Ainsi, dans le cas d'une famille[1107], chaque membre a son identité personnelle et une identité d'appartenance familiale qui révèle sa participation à l'ensemble ; ces deux identités pouvant être complémentaires mais aussi potentiellement antagonistes. Comme il est possible de le pressentir, la pensée complexe d'Edgar Morin présente un cadre d'analyse pertinent à la découverte de l'unité complexe du groupe. Mode de représentation systémique particulièrement bien adapté aux objets ou phénomènes complexes, son application n'est pas exclue des sciences juridiques et devrait permettre de concevoir le groupe comme une *Unitas multiplex*.

[1106] E. Morin, *La méthode, op. préc.* p.169.
[1107] Exemple de F. Ost et M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu, op. préc*. p.105.

Section 2. Concevoir le groupe comme unité complexe

601. Concevoir le groupe comme unité complexe présente l'intérêt de découvrir comment, à partir de l'entrelac des relations entre des entités juridiquement autonomes, se constitue une nouvelle entité qui, une fois formée, n'annihile pas cette diversité. Il est le résultat de la tension entre un minimum d'ordre, c'est-à-dire de contrainte assurant la stabilité de l'ensemble, et de désordre, matérialisé par la diversité des intérêts en présence. La notion clef qui permet de relier le tout et les parties est l'organisation. Si la découverte de l'unité complexe passe par « *notre façon de percevoir, concevoir et penser de façon organisationnelle* »[1108], alors il convient au préalable de privilégier une approche organisationnelle du groupe qui n'est du reste pas étrangère à la pensée juridique (§1), pour ensuite envisager la relation dynamique, et souvent occultée, qui s'instaure entre le groupe et chacune de ses entités membres (§2).

§1. L'unité organisationnelle du groupe

602. Commun à plusieurs disciplines comme les sciences économiques, de gestion ou encore la sociologie, l'intérêt porté à l'organisation est contemporain du développement des formes de l'action collective. Le droit n'est pas resté indifférent à cette évolution considérée par certains comme « *le facteur propulsif du développement social actuel* »[1109]. Si le terme « organisation » est peu usité en doctrine[1110] et encore moins en droit positif, l'approche organisationnelle n'est toutefois pas étrangère à la pensée juridique et plus particulièrement au droit du travail et aux branches du droit intéressées par l'activité des groupements. Initialement construite par opposition à la conception individualiste des relations sociales

[1108] E. Morin, *La méthode*, p.153.

[1109] F. Galgano, « Rapport général sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXI, Paris, Dalloz, 1969, p.7. Egalement en ce sens : J. Patarin, « Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t.XXI, *op. cit.*, p.36 : « *Les tendances fortement individualistes du Code civil français de 1804 n'ont jamais exclu l'existence de communautés et de groupements naturels ou volontaires ; aujourd'hui plus encore, en face des dures pressions du monde moderne, l'individu agissant seul risquerait souvent de rester économiquement et juridiquement impuissant et sans défense* ».

[1110] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, p.26 et 46s ; J. Paillusseau, « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTDcom*, 1989, p.1 ; *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 3e éd, Paris, LGDJ, 1932.

fondées sur le contrat, l'approche juridique de l'organisation mérite d'être précisée (A), afin de pouvoir juridiquement caractériser l'unité organisationnelle du groupe (B).

A. L'approche juridique de l'organisation

603. Toute organisation sous-tend et conditionne le développement de l'action collective. Elle assure la coopération et la coordination entre les initiatives, les actions et les conduites des différents participants[1111], sans lesquelles aucune action collective ne serait possible. En droit, la dimension organisationnelle de l'action collective a eu du mal à émerger. Tributaire d'une conception individualiste des relations sociales, héritée de l'époque révolutionnaire, la figure exclusive des relations entre les individus, tous égaux en droit, a longtemps été celle du contrat. Dans cette perspective, à l'exception de l'autorité de l'Etat, il ne peut y avoir entre les individus d'autre subordination que « *celle résultant du libre consentement de chacun des intéressés qui, en voulant s'associer à d'autres, a accepté de limiter son indépendance* »[1112]. L'existence d'un groupement organisé, corps intermédiaire situé entre l'individu et l'Etat, capable de contraindre la liberté d'action de ses membres en vue d'organiser collectivement son activité étant inconcevable, la dimension organisationnelle et collective de toute action se réduit alors à « *une simple juxtaposition de multiples relations d'individu à individu* »[1113]. En réaction à cette approche mutilante de l'action collective, la théorie de l'institution a largement contribué à l'émergence de l'organisation en droit (1), organisation dont les relations avec la personnalité juridique du groupement doivent être précisées[1114] (2).

[1111] E. Friedberg, *Le pouvoir et la règle*, Paris, Seuil, 1993, p.20s.
[1112] J. Brethe de la Gressaye et A. Légal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, p.14.
[1113] *Ibid.*, p.25.
[1114] Le groupe étant dépourvu de personnalité juridique, il convient en effet de déterminer si la personnification est une condition nécessaire à l'existence d'une unité organisationnelle.

1. La notion d'organisation

604. Considérée comme « *l'une des analyses les plus ancrées de l'organisation en droit* »[1115], la théorie de l'institution a contribué à introduire en droit une approche organisationnelle des relations sociales permettant de donner corps à l'action collective (a). Mais, face à ses limites, il conviendra de préciser l'approche de l'organisation que nous retenons (b).

a) La théorie de l'institution

605. La théorie de l'institution propose un modèle explicatif du droit dans son rapport au social reposant, du point de vue de l'étude des phénomènes juridiques, sur la recherche de leur origine dans la réalité sociale et, du point de vue de la méthode de recherche, sur une interdisciplinarité s'appuyant sur la connexion entre les diverses sciences concernées[1116]. Malgré la diversité des analyses institutionnelles, l'analyse juridique de référence est la théorie de l'institution de Maurice Hauriou[1117]. Avant de déterminer l'apport et les limites de cette théorie (2°), il convient de préciser la notion d'institution (1°).

1° La notion d'institution

606. La notion d'institution développée par Maurice Hauriou demeure difficile à saisir : elle a non seulement évolué dans le temps, au fil de la réflexion de l'auteur, mais encore elle n'a jamais fait l'objet d'une « *présentation synthétique, exhaustive et définitive à laquelle le lecteur pourrait se reporter avec certitude* »[1118]. D'une manière générale, l'institution désigne

---

[1115] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, p.38.

[1116] E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, p.382.

[1117] *Ibid.* Selon cet auteur, la théorie de l'institution de Maurice Hauriou est considérée « *dans la thématique des juristes, en France tout au moins* » comme « *une étape essentielle de la conceptualisation de l'institution et de la théorie du droit* ».

[1118] *Ibid.*, p.385.

une forme sociale établie dans la durée. En prenant comme point de départ l'Etat comme institution, Maurice Hauriou élabore un modèle théorique général[1119] qui ne concerne plus seulement l'Etat, mais tout groupement humain, quel qu'il soit, organisé de façon durable pour la réalisation d'une idée[1120]. Le terme d'institution recouvre d'une part ce qui est institué, c'est-à-dire l'organisation prise dans sa forme globale, comme l'Etat, l'entreprise ou la famille et d'autre part, le processus qui institue un groupement dans la durée, c'est-à-dire l'action d'organiser et de s'organiser. Dans ce cas, l'accent est mis moins sur la forme globale organisée que « *sur le phénomène social de l'engendrement et de la durée de cette organisation* »[1121].

607. Au cœur de la notion d'institution se trouve « *l'idée d'œuvre à réaliser* », c'est-à-dire la raison d'être du groupement, l'intérêt commun à l'ensemble de ses membres. « *Cet intérêt, collectif ou commun, est tantôt pécuniaire, tantôt moral, ou l'un et l'autre à la fois, il peut être égoïste ou altruiste, peu importe. Mais ce qu'il faut noter c'est que, toujours, dans l'institution il y a un groupe d'hommes intéressés à la réalisation de l'idée* »[1122]. La réalisation de cette idée suppose une organisation permanente capable d'assurer la stabilité et la pérennité de l'institution dans le temps. « *L'organisation est donc nécessaire pour qu'une société humaine prenne figure d'institution. (...) Elle doit être conçue de façon à pouvoir subsister à travers tous les changements de personnes, aussi longtemps que l'œuvre à réaliser ne sera pas achevée* »[1123]. L'organisation désigne ici l'agencement des relations entre les membres de l'institution. Il s'agit plus exactement d'une organisation interne du pouvoir soumettant les membres de l'institution à un principe d'autorité en vue de la réalisation de l'œuvre commune. « *Aucune collectivité ne peut subsister et atteindre son but s'il n'y règne l'ordre et la paix entre les membres, et si ceux-ci agissent à leur gré au lieu de coopérer au bien commun* »[1124]. C'est la raison pour laquelle l'organisation de ce pouvoir passe par la

[1119] M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1926.

[1120] M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », article précité, p.96. Selon la formulation de Maurice Hauriou, l'institution désigne « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* ».

[1121] E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », article précité, p.385.

[1122] J. Brethe de la Gressaye et A. Légal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, p.31.

[1123] *Ibid.*, p.34.

[1124] *Ibid.*, p.2.

création d'organes permettant à l'institution d'imposer sa ligne de conduite au nom de l'intérêt collectif du groupement[1125].

608. A la différence de l'analyse contractuelle, la théorie institutionnelle met donc l'accent sur l'existence de relations de pouvoir. « *Il y a antinomie entre l'institution et le contrat : le contrat repose sur l'égalité entre les parties ; l'institution, au contraire, sur l'inégalité entre les organes et les membres, les seconds étant subordonnés aux premiers* »[1126]. La théorie de l'institution postule en effet la primauté de l'intérêt collectif de l'institution sur les intérêts individuels de ses membres. « *Il n'y a pas d'égalité entre le groupe et les individus qui le composent : l'intérêt collectif, le bien commun, est supérieur aux intérêts particuliers et aux volontés particulières des membres ; cette supériorité se traduit par un imperium, un pouvoir de commandement du groupe, une autorité qui impose sa volonté par des mesures de coercition, des sanctions* »[1127]. Nécessaire à l'existence et au maintien de l'institution, l'exercice de ce pouvoir est néanmoins subordonné à la licéité de l'intérêt collectif et au respect des droits individuels irréductibles de ses membres[1128]. La théorie institutionnelle tente d'objectiver ce pouvoir, de le dépouiller de tout arbitraire en distinguant nettement l'institution de ses membres : le pouvoir de l'organisation est au service de l'idée commune et non de l'intérêt personnel d'un de ses membres[1129].

609. Participant d'une critique de la figure juridique du contrat[1130], la théorie de l'institution fait naître à la vie sociale l'institution comme nouvel acteur collectif. L'institution se présente en effet sous les traits d'une entité à part entière, d'un nouvel acteur collectif distinct de la somme de ses membres, qui se maintient grâce à l'organisation interne de leurs relations. L'organisation, et plus spécifiquement l'organisation du pouvoir, est placée au cœur du phénomène institutionnel. L'intérêt porté à l'organisation permet de mettre en évidence les « qualités émergentes » de l'institution, qualités irréductibles à celles de ses membres qui se traduisent principalement par l'existence d'un intérêt collectif, distinct de la somme des intérêts individuels de ses membres. Malgré ses limites et son absence de consécration en

[1125] *Ibid.*
[1126] *Ibid.*, p.35.
[1127] *Ibid.*, p.17.
[1128] *Ibid.*, p.34.
[1129] *Ibid.*, p.35.
[1130] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.38. « *La reconnaissance de l'organisation en droit participe d'une critique de la figure du contrat* ».

droit positif, la théorie institutionnelle n'a pas manqué d'orienter le droit vers une analyse juridique des relations de pouvoir internes à l'organisation.

2°L'apport et les limites de la théorie institutionnelle

610. En mettant l'accent sur l'organisation, l'influence de la théorie institutionnelle est particulièrement nette en droit du travail. Prolongeant la réflexion des fondateurs de la théorie institutionnelle, certains auteurs ont qualifié l'entreprise d'institution[1131] en voie de personnification[1132] ou comme une notion économique que le droit reconnaît en la dotant d'une structure juridique[1133] ; d'autres[1134] ont interprété l'emploi par la Cour de cassation de la notion d'intérêt de l'entreprise comme une consécration de la théorie institutionnelle de l'entreprise. Selon l'approche institutionnelle, l'entreprise est une « *réalité juridique objective dotée d'une vie propre transcendant ses éléments constitutifs* »[1135]. Elle réunit en son sein les détenteurs du capital, la direction et le personnel[1136]. Malgré leurs divergences, les membres de l'organisation sont liés entre eux par un commun intérêt, le bon fonctionnement de l'entreprise, qui s'impose à eux. L'analyse institutionnelle de l'entreprise procède d'une pensée de l'encadrement du pouvoir. Le pouvoir du chef d'entreprise ne relève plus souverainement de la sphère privée et ne peut plus être exercé à des fins personnelles ou arbitrairement : la légitimité de son exercice est subordonnée à la réalisation de l'intérêt de l'entreprise. « *Loin d'être assurée une fois pour toutes, la légitimité de son exercice, distinguée de celle de son attribution, est en fait l'objet d'un processus infini de justification, de re-justification sous l'horizon qu'il est censé servir. Le pouvoir perd donc son caractère d'attribut attaché à la propriété pour entrer dans le statut auto-régulateur de fonction* »[1137].

[1131] J. Brethe de la Gressaye et A. Légal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, *op. cit.* ; P. Durand, « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t.III, 1947, p.45 ; « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », *JCP* 1944, I, 387 ; G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1951.

[1132] M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957.

[1133] C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962 ; J. Paillusseau, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967.

[1134] G. Couturier, *Droit du travail 2/ Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, 2e ed., 1992, p.24 ; « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations du droit social contemporain. Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.144.

[1135] J. Le Goff, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité », article précité, p.125.

[1136] A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTDcom.*, 1985, p.623.

[1137] J. Le Goff, *Du silence à la parole, Droit du travail, société, Etat* (1830-1985), Paris, éd. Calligrammes, 1989, p.114.

611. Malgré des apports incontestables, cette analyse encourt de nombreuses critiques[1138] dont les principales ont trait à la réification de l'entreprise et à l'intégration des intérêts dans l'intérêt de l'entreprise. D'une part, l'analyse institutionnelle considère l'entreprise comme une réalité préexistante au droit. « *La théorie de l'institution est une théorie juridique qui a sa base dans la sociologie, c'est-à-dire dans l'étude des faits sociaux. C'est ce qui fait sa force : elle est fondée dans le réel* »[1139]. Cette approche constitue un obstacle à toute construction juridique de l'entreprise, la réalité économique de l'entreprise s'imposant ici au droit du seul fait de son existence[1140]. Or, comme le souligne Alain Supiot, la notion d'entreprise « *n'est plus référence à un fait, mais référence aux exigences du droit* », dans la mesure où « *elle se prête aussi bien à la quête des faits derrière les constructions du droit, qu'à l'affirmation d'une règle de droit en dépit de certains faits* »[1141]. D'autre part, la primauté accordée à la poursuite d'un objectif commun, celui de l'entreprise, conduit à nier les conflits d'intérêt existant entre les membres de l'entreprise. L'entreprise est en effet perçue comme une communauté homogène au sein de laquelle tous les intérêts potentiellement divergents se fondent en un intérêt collectif qui les transcende. Tous les membres de l'institution sont guidés par les mêmes préoccupations et les mêmes valeurs. Or, au-delà de l'intérêt commun lié à la survie de l'entreprise, il est difficile d'admettre l'existence d'une communauté parfaitement homogène entre les associés et les salariés par exemple. De plus, le pouvoir du chef d'entreprise souffre paradoxalement d'un déficit de contrôle. Selon la conception institutionnelle, le pouvoir exercé par le chef d'entreprise ne découle ni du contrat de travail, ni de la propriété mais de l'institution elle-même[1142]. Ce pouvoir n'est pas exercé dans l'intérêt personnel du chef d'entreprise mais dans l'intérêt collectif de l'institution. Or, cet intérêt collectif fondé sur l'idée de communauté nie les divergences d'intérêts qui peuvent exister entre le chef d'entreprise et les salariés, limitant d'autant la portée du contrôle judiciaire des décisions du chef d'entreprise par rapport au contrôle judiciaire du comportement d'un contractant.

[1138]Notamment : A. et G. Lyon-Caen, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de Droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p.600.
[1139] J. Brethe de la Gressaye et A. Légal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, *op. cit.*, p.24.
[1140] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, p.49.
[1141] A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », article précité, p.644.
[1142] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, précité p.47.

612. L'approche de l'organisation par la théorie de l'institution ainsi mise en évidence, il convient de préciser notre conception de l'organisation en la distinguant de l'approche institutionnelle.

b) L'approche complexe de l'organisation

613. L'approche institutionnelle de l'organisation relève d'une conception « classique » de l'organisation qui ne résiste pas à l'analyse. Le « modèle classique de l'organisation » repose en effet sur un certain nombre de prémisses qu'Erhard Friedberg s'est attaché à mettre en évidence pour mieux démontrer « *la complexification et, partant, la relativisation radicale de la notion d'organisation* »[1143]. Le modèle classique repose sur trois prémisses : le caractère instrumental de l'organisation au service de buts exogènes prédéterminés et invariables, l'unité et la cohésion de l'organisation qui impose sa rationalité à ses membres et enfin la délimitation claire et non équivoque de l'organisation par ses frontières formelles. « *L'organisation est vue comme un tout unifié et cohérent, entièrement structuré par des buts prédéterminés et fixés une fois pour toutes au service desquels elle se trouve et par rapport auxquels elle est en quelque sorte totalement transparente. C'est une machine dont les différents rouages sont parfaitement agencés les uns par rapport aux autres et obéissent tous à une rationalité unique* »[1144]. En privilégiant une conception réifiante et communautariste de l'institution, la théorie institutionnelle s'inscrit bien dans cette perspective qu'il convient toutefois de nuancer.

614. Les évolutions pratiques[1145] comme théoriques de l'organisation[1146] ont en effet conduit à remettre en cause l'idée d'une organisation unitaire et clairement délimitée. L'organisation cesse d'être « *un objet social particulier* » aisément identifiable dans la réalité empirique pour

---

[1143] E. Friedberg, *Le pouvoir et la règle*, Paris, Seuil, 1993, p.39s et plus particulièrement la première partie consacrée au « démontage de la notion d'organisation ».

[1144] *Ibid.*, p.65.

[1145] Comme le souligne Erhard Friedberg, « *les organisations se sont considérablement transformées au cours de notre siècle et que cette transformation va dans le sens d'un relâchement des conformismes et d'un assouplissement des contraintes, produisant des organisations plus souples, plus floues et plus politiques aussi* ». E. Friedberg , *Le pouvoir et la règle*, *op. cit.*, p.110.

[1146] Nous pensons tout particulièrement à l'analyse stratégique développée en sociologie des organisations par M. Crozier et E. Friedberg, notamment dans *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1992, 3e éd.

désigner un « *processus de construction d'un ordre local* »[1147] nécessaire à l'action collective et qu'il convient de découvrir. L'organisation n'est plus un donné mais un construit social devenu objet de recherche. Comme le souligne Erhard Friedberg, « *l'organisation est vue maintenant comme un ensemble dans lequel s'oppose et s'affronte une multiplicité de rationalités dont la convergence n'a rien de spontané mais est le résultat de la construction d'un ordre* »[1148] qu'il appartient au chercheur de découvrir, spécifier et délimiter par une analyse de la nature et de la densité des relations entre différents acteurs. L'attention portée aux relations entre l'organisation et son environnement, « *préoccupation relativement récente et neuve dans la réflexion sur les organisations* »[1149], a permis d'orienter l'approche organisationnelle vers les relations inter-organisationnelles. « *Selon les objectifs et les centres d'intérêt d'une recherche,* [l'organisation formelle] *pourra être étudiée pour elle-même ou comme entrée en matière pour l'étude d'un système plus vaste dont elle constitue un segment particulièrement visible, formalisé et conscient.* [Le déplacement de l'objet de recherche] *ouvre donc un champ nouveau pour la réflexion organisationnelle, celui des dynamiques et réseaux interorganisationnels* »[1150]. L'environnement de l'organisation est conçu comme un ensemble d'autres organisations en interaction les unes avec les autres. Cet environnement peut lui-même être considéré, à partir d'une analyse des relations inter-organisationnelles, comme une organisation plus vaste[1151], permettant de procéder à une analyse multi-niveaux de l'ensemble, en passant « *en particulier d'un niveau intra-organisationnel au niveau inter-organisationnel* »[1152].

615. A la différence de l'approche institutionnelle, l'approche que nous entendons privilégier n'entraîne ni réification ni communautarisation de l'organisation. L'organisation des relations entre des entités forme une nouvelle entité distincte de la somme de ses membres. A cela, rien de nouveau par rapport à l'approche institutionnelle : la nouvelle entité formée possède des qualités propres, irréductibles et indéductibles de celles de ses membres, au premier rang desquelles figure l'intérêt propre de la nouvelle entité. Mais, et conformément à une approche organisationnelle en termes de complexité, l'ordre organisationnel ne chasse pas le désordre, c'est-à-dire les tensions internes potentiellement contradictoires et anti-organisationnelles

[1147] E. Friedberg, *Le pouvoir et la règle*, Paris, Seuil, 1993, p.39.
[1148] *Ibid.*, p.66.
[1149] *Ibid.*, p.87.
[1150] *Ibid.*, p.104.
[1151] E. Lazega, « Analyse de réseaux et sociologie des organisations », *Revue française de sociologie* 1994, XXXV, p.308.
[1152] *Ibid.*

entre ses membres. « *Le désordre n'est pas seulement antérieur (interactions au hasard) et postérieur (désintégration) à l'organisation, il y est présent de façon potentielle et/ou active* »[1153]. L'unité complexe compose avec ces désordres internes et l'intègre dans son ordre organisationnel par un processus de réorganisation permanent. « *C'est dans les systèmes fondés sur la réorganisation permanente que le désordre est « détourné », capté (la désorganisation devenant un constituant de la réorganisation), sans être toutefois résorbé ni exclu, sans qu'il ait cessé de porter en lui sa fatalité de dispersion et de mort* »[1154]. Les contraintes nécessaires à la stabilité de l'unité complexe ne soumettent pas totalement les membres : elles organisent leurs relations sans les prédéterminer. Un minimum de diversité au sein du système existe, garantissant à chacun des membres la possibilité de poursuivre, dans le cadre des contraintes organisationnelles, son intérêt propre. La pensée complexe de l'organisation appelle l'idée de jeu qui permet de concevoir ensemble deux orientations contradictoires, « *celle de la stratégie égoïste de l'acteur et celle de la cohérence finalisée du système* »[1155]. L'organisation n'est ni contrainte absolue ni absence de contrainte, mais se situe dans l'entre-deux. En conciliant la liberté et la contrainte, le jeu « *combine, en proportion variable, un élément de convention ou de régularité, et un élément d'invention ou de créativité* »[1156], susceptible de modifier le jeu lui-même. Ensuite, et là encore à la différence de l'approche institutionnelle, l'approche de l'organisation en termes de complexité n'entraîne aucune réification. L'unité organisationnelle se présente sous la forme d'un système qui, tout en renvoyant à une réalité objective extérieure, est pensé par l'observateur lui-même. « *Le concept de système ne peut être construit que dans et par la transaction sujet/objet, et non pas dans l'élimination de l'un par l'autre* »[1157]. En d'autres termes, la délimitation du système ne s'impose pas d'elle-même par la force d'une réalité préexistante au droit mais est en partie déterminée par le droit qui propose un découpage de la réalité en fonction de ses intérêts, sélections et finalités.

616. La notion d'organisation ainsi précisée, il convient d'envisager ses relations avec la personnalité juridique.

[1153] E. Morin, *La méthode*, *opt. cit.*, p.190.
[1154] *Ibid.*
[1155] M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1977.
[1156] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p.135.
[1157] E. Morin, *La méthode*, *op. cit*, p.202.

2. L'organisation et la personnalité juridique

617. Tandis que certains auteurs comme Kelsen semblent indissociablement lier l'organisation à la personnalité juridique, d'autres auteurs[1158] les distinguent et envisagent l'existence d'une organisation indépendamment de sa personnification. Cette dernière approche s'oppose à la conception fonctionnelle et relative de la personnalité morale sur laquelle reposent les théories de la transparence. La diversité des règles relatives à la prise de décision ne résulte pas tant d'une « *prétendue variabilité de la personnalité* » que de la « *diversité des organisations* »[1159]. Cette distinction repose sur la mise en évidence de deux niveaux de relations au sein d'un groupement : l'un, interne, concerne les relations juridiques entre les membres du groupement, et l'autre, externe, concerne les rapports juridiques entre le groupement et les tiers[1160]. C'est au niveau interne que l'organisation des relations entre les membres intervient. Au niveau externe, l'action du groupement organisé n'est opposable aux tiers que s'il est personnifié. A défaut, les membres, qui eux, bénéficient de la personnalité juridique, sont responsables à l'égard des tiers des décisions prises au niveau du groupement mais mises en œuvre par l'intermédiaire de leurs propres organes. La personnalité morale a pour objet de rendre opposable aux tiers « *les règles relatives à l'organisation de l'activité du groupement comme à la détention et l'exercice du pouvoir en son sein* »[1161], de permettre à une organisation d'agir en tant que sujet de droit autonome. L'opposabilité de l'organisation à l'égard des tiers relève de l'essence de la personnalité morale[1162]. Le degré plus ou moins grand de transparence ne résulte pas de la variabilité de la personnalité morale mais du choix de la forme organisationnelle ou statutaire de la personne morale[1163].

[1158] J.-P. Verschave, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, Thèse Lille II, 1984, n°344s ; N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.* ; B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, op. cit.*

[1159] N. Mathey, *ibid*. p.283.

[1160] Il existe des analyses proches menées à partir de théories de l'institution. Ainsi, selon Ripert et Planiol, « *les institutions donnent lieu à deux catégories de rapports de droit : des rapports internes entre les membres du groupement et ses organes, des rapports externes entre les organes du groupement et les tiers* » (*Traité pratique et théorique de droit civil français*, t.1, 2ème éd., Paris, LGDJ, 1952, n°72 bis). Thaller distingue quant à lui la personnalité morale extérieure, c'est-à-dire « *celle qui procure les attributs d'une vie propre et d'une capacité complète à la collectivité traitant avec le dehors* », de la personnalité morale interne qui « *doit préciser la mesure dans laquelle le groupe ou la collectivité peut enchaîner la liberté de l'associé individu* » (Note sous Civ. 30 mai 1892, *DP* 1893, 1, p.105).

[1161] G. Wicker, V°Personne morale, *Rép. Civ. Dalloz*, 1998, n°23.

[1162] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*

[1163] G. Wicker, « Personne morale », article précité, n°23 ; N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, p.291.

618. Dans cette optique, tout groupement, quelle que soit sa forme ou la nature de son activité, qu'il soit personnifié ou non, a besoin d'organiser les relations entre ses membres afin de réaliser l'objet à l'origine de sa formation. « *Dès lors que des individus s'assemblent ou sont assemblés au sein d'un* [groupement], *juridiquement structuré ou non, des valeurs communes les réunissent ou s'imposent à eux* »[1164], par l'intermédiaire d'une organisation. L'organisation du groupement peut consister en la création d'organes[1165], en un ensemble de règles qui s'imposent à ses membres, et qui, pour un certain nombre d'entre elles, fixent les modalités de la prise de décision dans le groupement. « *Cette organisation permet la prise de décisions individuelles ou collectives : c'est elle qui est le véritable centre de décisions, et non la personnalité morale qui la rend opposable* »[1166] aux tiers. L'action d'un groupement, personnifié ou non, dépend de son organisation, c'est-à-dire de sa capacité à coordonner l'action de ses membres. « *L'incapacité juridique du groupement ne préjuge pas de son efficacité en tant qu'organisation* »[1167]. Une organisation est toujours nécessaire au groupement mais, en l'absence de personnalité juridique, elle prend une importance toute particulière. Le groupement non personnifié doit en effet « *trouver un substitut à la capacité juridique dans la coordination de l'action de ses membres* », qui est « *assurée efficacement par le biais de l'organisation […] du groupement non personnifié* »[1168].

619. La distinction de la personnalité morale et de l'organisation permet de dépasser la contradiction apparente entre l'unité du groupe et l'autonomie juridique de ses membres. Des organisations dépourvues de personnalité juridique existent et fonctionnent par l'intermédiaire de règles organisationnelles qui s'imposent à leurs membres mais qui, en l'absence d'organisation personnifiée, demeurent inopposables aux tiers. Il devient alors possible de clarifier les relations internes d'une organisation avec ses membres et celles des membres d'une même organisation entre eux, sans passer par une analyse en termes de transparence.

620. Ce rapide état des lieux des différents emplois du terme « organisation » a permis de se convaincre de son existence, même discrète, en droit positif. L'organisation désigne aussi bien ce qui est organisé, c'est-à-dire l'organisation prise dans sa forme globale, que le processus qui l'organise dans la durée. Elle se présente comme une unité composée d'éléments,

---

[1164] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, op. cit.*, p.145.
[1165] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit,* p.303.
[1166] *Ibid.*, p.286.
[1167] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, op. cit.*, p.39.
[1168] *Ibid.*, p.40.

homogènes ou hétérogènes, mis en relation. Distincte de la somme de ses éléments, la juxtaposition d'éléments disparates ne créant pas une organisation, son existence et sa pérennité dépendent de sa capacité à coordonner l'action de ses membres et à imposer ses décisions en vue de la réalisation de ses propres objectifs, dans un intérêt distinct de ceux de ses membres. Considérer le groupe comme une organisation impose d'en caractériser l'unité organisationnelle.

B. L'unité organisationnelle du groupe en droit positif

621. L'unité organisationnelle du groupe désigne l'entité résultant de l'agencement des relations entre ses membres, orienté vers la réalisation d'un intérêt qui lui est spécifique. Sa capacité collective d'action n'est pas affectée par son absence de personnification juridique dans la mesure où elle repose sur une organisation interne qui autorise la mise en œuvre d'une politique de groupe commune à l'ensemble des membres et qui donne corps et consistance à l'unité organisationnelle. A défaut, cette dernière demeure virtuelle, la seule existence de relations entre les membres ne suffisant pas à sa formation. En droit positif, l'unité organisationnelle du groupe s'affirme par la possibilité juridiquement reconnue au groupe de mettre conventionnellement en place une organisation interne (1) qui lui assure une capacité collective d'action orientée vers la réalisation d'un intérêt collectif de groupe (2). Cette unité organisationnelle s'exprime également en droit du travail (3).

1. La reconnaissance d'une organisation interne de groupe

622. En l'absence d'organisation légale, le groupe dispose d'une grande liberté dans l'aménagement de la procédure d'élaboration de ses décisions et, plus généralement, de ses règles de fonctionnement interne. Le droit positif entérine implicitement la mise en place d'une telle organisation au regard de l'objectif de mise en œuvre d'une politique de groupe.

623. Ainsi, afin de permettre la définition d'une politique de groupe, le groupe met en place une organisation interne de la prise de décision parallèle à l'organisation légale du pouvoir de chacune des entités qui le composent. Contrairement à une idée répandue, les décisions

internes au groupe ne sont pas nécessairement prises unilatéralement par une entreprise dominante ; elles peuvent également, selon l'organisation interne du groupe, être prises collectivement par tout ou partie des entreprises du groupe. « *Dans le cadre des méthodes modernes de gestion participative par objectifs, (...) l'unité de direction n'est plus uniquement imposée par le haut mais résulte également de la participation des filiales à la fixation des objectifs communs* »[1169]. La création de comités de direction de groupe peut constituer un moyen parmi d'autres. Sur le fondement de l'article R.225-29 alinéa 2 du Code de commerce, le comité d'administration d'une société peut « *décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité* ». En principe, ces comités de direction ont une fonction d'assistance des organes légaux dans la direction de la société. Mais, dans le cadre d'un groupe, ils sont souvent composés de dirigeants d'une holding et de cadres ayant des fonctions de direction dans les sociétés contrôlées ou bien, si des fonctions transversales leur ont été attribuées, ils ne sont rattachés à aucune société en particulier et peuvent prendre des décisions intéressant l'ensemble ou plusieurs sociétés du groupe. Dans ces conditions, ces comités de direction apparaissent davantage comme des lieux d'élaboration d'une politique globale de groupe et un moyen d'associer l'ensemble des sociétés du groupe à la définition de la stratégie commune. Cette organisation interne de la prise de décision au niveau du groupe est juridiquement tolérée à la condition de ne pas affecter formellement le fonctionnement des organes légaux des entités du groupe[1170].

624. Sans être expressément reconnue en droit positif, l'organisation interne de la prise de décision l'est en revanche implicitement par la référence à une politique ou stratégie de groupe. Ainsi, l'obligation faite aux sociétés visées à l'article L.233-16 du Code de commerce d'établir des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, confère une certaine légitimité à la mise en œuvre d'une politique de groupe[1171]. Les comptes consolidés et le rapport de gestion du groupe « *apparaissent comme la traduction comptable de la mise en œuvre de la politique de groupe* »[1172]. Il découle en effet de l'article L.233-26 du Code de commerce que le rapport sur la gestion du groupe « *expose la situation de l'ensemble*

[1169] M. Penard, « Recherche d'une définition du groupe », in *Les groupes de sociétés*, séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, 1973, Faculté de droit de Liège, p.58.
[1170] CA Paris, 28 avril 1983, *JCP* G 1986, II, 20553, note A. Viandier.
[1171] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, Thèse, Lille II, 2007, p.121.
[1172] *Ibid.*, p.122.

constitué par les entreprises comprises dans la consolidation, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice de consolidation et la date à laquelle les comptes consolidés sont établis ainsi que ses activités en matière de recherche et de développement ». Le rapport de gestion du groupe[1173] présente une approche globale de la situation des entités membres, sans se réduire à l'exposé de la situation économique et sociale individuelle de chacune des entreprises incluses dans le périmètre de consolidation. Il s'apparente à un instrument législatif de gestion du groupe servant de base à la définition d'une politique de groupe et destiné à la rendre plus transparente.

625. Plus explicitement encore, le droit positif tient notamment compte de la volonté affichée de mise en œuvre d'une politique de groupe pour admettre la licéité de l'organisation conventionnelle du pouvoir au niveau du groupe. Il admet ainsi la licéité de la constitution d'une holding en vue de mettre en place une politique de groupe. L'« affaire Lustucru » est à cet égard exemplaire. En l'espèce, une holding avait été constituée par deux sociétés pour définir une politique d'ensemble. Une convention de vote[1174] avait été passée entre les deux sociétés devenues associés de la société holding afin d'organiser un pouvoir égalitaire sur leurs anciennes filiales. En première instance, le Tribunal de commerce de Marseille a validé le montage en relevant que les conventions de vote « *tendent à faciliter l'adoption d'une politique conforme à l'intérêt de la société et à celui des associés en prévoyant notamment une organisation en groupe* »[1175]. Devant la juridiction de renvoi, le principe de la licéité de la société holding est clairement affirmé. Par un arrêt du 18 juin 1986, la Cour d'appel de Paris décide que la constitution d'une holding « *n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire et que son rôle consiste précisément à exercer un contrôle sur les filiales pour définir la politique économique de l'ensemble* »[1176]. La mise en place d'une politique de groupe est reconnue et indirectement son support, l'organisation en groupe.

[1173] Son contenu est précisé à l'article L.225-100-2 du Code de commerce créé par l'ordonnance n°2004-1382 du 20 décembre 2004. T. Granier, « Le rapport de gestion après l'ordonnance n°2004-1382 du 20 décembre 2004 », *Rev. soc.* 2005, p.315s.

[1174] Les conventions de vote sont licites dès lors qu'elles respectent la participation des actionnaires aux assemblées et sont conformes à l'intérêt social (CA Paris, 30 juin 1995, *Droit des sociétés* oct - 1995, p.15 ; article L 233-3, I, 2° du Code de commerce). Les conventions de vote peuvent constituer le moyen d'organiser et de stabiliser les relations de pouvoir au sein d'un groupe.

[1175] Tb. com. Marseille, 8 septembre 1983, *Rev. soc.* 1984, p.80, note J. Mestre. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé ce jugement (CA Aix-en-Provence, 18 mai 1984, *Rev. soc.* 1984, p.798) mais son arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 18 juillet 1986, *Rev. soc.* 1986, p.422, note Y. Guyon).

[1176] CA Paris, 18 juin 1986, *Rev. soc.* 1986, p.422, note Y. Guyon.

626. Le droit positif ne se contente pas de reconnaître la politique du groupe, il en favorise même l'exécution, en permettant de mettre à la tête des entités membres des dirigeants intéressés à la politique du groupe. L'enjeu est d'importance car, une fois la politique du groupe définie selon les modalités de décision collective propres au groupe, elle doit encore se traduire en actes. Or, en l'absence de personnalité juridique, le groupe ne peut agir que par l'intermédiaire de ses membres. « *Indépendamment de leur mode d'élaboration, les décisions intéressant le groupe peuvent impliquer l'action de l'une ou de l'autre des sociétés filiales. Les actes juridiques requis pour mettre en œuvre les décisions du groupe devront être accomplis par les organes de représentation de chaque filiale concernée* »[1177]. C'est la raison pour laquelle le choix des dirigeants s'avère déterminant. Il n'est pas rare de voir certains dirigeants multiplier les mandats sociaux dans différentes entités du groupe. Le législateur a du reste prévu, en faveur des groupes, un assouplissement de la règle de non cumul des mandats sociaux posé par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques[1178]. La jurisprudence[1179] admet également la possibilité pour le dirigeant social d'une filiale d'être lié à la société mère par un contrat de travail dont l'objet est l'exercice même du mandat social[1180]. Dans l'exercice de son mandat social, le dirigeant social de la filiale est alors placé sous la subordination juridique de la société mère. « *En incluant l'exercice du mandat social dans l'objet du contrat de travail, le groupe s'assure de la loyauté des dirigeants des sociétés qu'il contrôle et de la conformité de leur activité avec la politique définie par le groupe* »[1181]. Pour être valable, un tel contrat suppose l'existence d'un équilibre entre les fonctions salariées qui impliquent une nécessaire subordination dans l'exécution du travail, et les fonctions sociales du dirigeant dont l'autonomie de décision et le pouvoir de commander en sont les principales caractéristiques. Un tel équilibre est difficile et risqué. Le lien de subordination découlant du contrat de travail entre le dirigeant de la filiale et son employeur, la société mère, ne doit pas se confondre avec le contrôle normal de l'actionnaire majoritaire sur le mandataire responsable de la société filiale, sous peine d'être qualifié de fictif[1182]. Les relations de contrôle ou de dépendance économique ne sauraient

---

[1177] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, *op. cit*, p.76.

[1178] N. Damas, « Loi NRE et cumul de mandats sociaux », *JCP* E p.1803s ; C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit*. p.122.

[1179] Cass. soc., 2 octobre 1991, n°87-45668, *RJS*, 11/91, n°1252 ; Cass. soc., 20 mars 1996, n°92-41581.

[1180] J.-P. Dom, « Le salarié mandataire au sein d'un groupe », *Bull. Joly* 2005, numéro spécial « Le salarié, sujet de droit des sociétés », p.81; « Contrat de travail du directeur général au sein d'un groupe », *Bull. Joly* 1996, §163, p.479 ; C. Malecki, « Les dirigeants des filiales », *Rev. soc.* 2000, p.462 ; A. Theimer, « Contrat de travail et mandat social dans les groupes de sociétés », *LPA* 3 juillet 1996, p.20 ; N. De Sevin, « Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail conclu avec la société mère », *RJS* 6/92, p.391.

[1181] F. Collin, « Le droit social du dirigeant d'entreprise (1re Partie) », *Droit des sociétés* juin 2005, p.8.

[1182] Cass. soc., 19 mars 1997, n°94-41444, inédit : hypothèse du contrat de travail fictif.

permettre d'établir un tel lien[1183]. La preuve du lien de subordination se fait selon la technique du faisceau d'indices. Il est notamment tenu compte de l'organisation hiérarchique intra-groupe, de l'obligation de participer à des comités de direction groupe, des objectifs et instructions imposés par la société mère, du pouvoir d'affectation, d'évaluation des performances et du pouvoir de sanction appartenant à la société mère, voire encore de la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique.

627. De même, le droit positif contribue à faciliter la réalisation et la mise en œuvre de la politique commune de groupe, et par conséquent l'efficacité du pouvoir économique de l'ensemble[1184], en admettant la licéité d'une organisation transversale des activités au niveau du groupe. Tel est notamment le cas en matière de délégation de pouvoirs intra-groupe, technique organisationnelle du pouvoir[1185] permettant de concentrer au niveau du groupe, certaines activités jusque-là assurées individuellement par chacune des entités membres. Ainsi, la jurisprudence admet la possibilité pour « *le chef d'un groupe de sociétés et président de la société chargée des travaux de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe placé sous son autorité hiérarchique* » et de veiller de la sorte au respect des règles d'hygiène et de sécurité pour l'ensemble des sociétés du groupe[1186].

628. Plus récemment et de manière plus inattendue, la jurisprudence a admis, à certaines conditions, la pratique de la délégation de pouvoir intra-groupe en matière de licenciement. En principe, un employeur ne peut déléguer son pouvoir de procéder à un licenciement qu'à un membre de l'entreprise[1187]. Ce pouvoir de délégation s'étend de la convocation à l'entretien préalable à la notification du licenciement. Selon la Cour de cassation, la société mère n'est pas l'employeur des salariés des filiales et n'est, de ce fait, pas capable de procéder au licenciement d'un salarié d'une de ses filiales, et, *a fortiori*, elle ne peut pas déléguer ce pouvoir à son directeur des ressources humaines[1188]. Mais, par un arrêt du 19 janvier 2005, la Haute juridiction a, par une interprétation extensive de la notion de membre de l'entreprise, décidé que « *le directeur du personnel, engagé par la société mère pour exercer ses fonctions*

[1183] Cass. soc., 28 juin 2001, *RJS* 10/2001, n°1225.
[1184] F. Collin, « Le droit social du dirigeant d'entreprise (1re Partie) », article précité, p.8.
[1185] *Ibid.*
[1186] Cass. crim., 26 mai 1994, n°93-83.179, n°93-83.180, n°93-83213, *Bull. crim.*, n°208.
[1187] Cass. soc., 20 juin 1990, n°87-41.118, *Bull. civ.* V, n°302 ; *D.* 1990, *IR*, p. 184; Cass. soc., 27 mai 1998, n°96-40.741, *Bull. civ.* V, n°284, *RJS* 1998, p.543, n°839.
[1188] Cass. soc., 3 mars 2004, n°03-40.130.

au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit »[1189]. Cette position de la Cour de cassation permet d'intégrer et de rendre compte de l'organisation transversale des ressources humaines de certains groupes. « *C'est ainsi que l'on retrouve de plus en plus souvent une direction des ressources humaines groupe, appelée à coordonner les directions des ressources humaines des différentes sociétés du groupe, et, éventuellement à assurer directement la gestion des ressources humaines des sociétés du groupe dépourvues de Responsable des Ressources Humaines* »[1190]. Le directeur des ressources humaines groupe n'est plus considéré comme un tiers aux entreprises du groupe, « *alors même que son contrat de travail n'est pas logé au sein de celles-ci* »[1191]. Deux conditions doivent être néanmoins réunies. D'une part, sans être nécessairement écrite, la délégation doit émaner de la société employeur, titulaire du pouvoir de direction. D'autre part, le directeur des ressources humaines groupe doit pouvoir justifier par son contrat de travail de l'exercice de ses fonctions pour l'ensemble du groupe auquel appartient l'entreprise concernée. Cette décision de la Cour de cassation n'est pas isolée. Par un arrêt du 23 septembre 2009[1192], la Haute juridiction a admis l'existence d'un mandat du directeur des ressources humaines de la société mère en le justifiant cette fois par l'association étroite de la société mère à la gestion de la carrière des salariés cadres de ses filiales.

629. L'organisation interne du groupe conditionne sa capacité à mettre en place une politique de groupe déterminée dans l'intérêt du groupe. Dès lors, l'unité organisationnelle du groupe est également manifeste lorsqu'un intérêt de groupe est juridiquement reconnu.

[1189] Cass. soc. 19 janvier 2005, n°02-45.675, *Bull. civ.* V, n°10 ; *Dr. soc*. 2005, p.475, obs. J. Savatier ; *RJS* 2005, n°255. F. Duquesne, « La délégation de pouvoirs sous les feux de l'actualité des nouvelles formes de mise à disposition », *Sem. soc. Lamy* 19 déc. 2005, p.8.

[1190] C. Guillon, « Délégations de pouvoirs et groupe de sociétés : l'élargissement de la notion d'entreprise en droit du licenciement. A propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2005 », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 11 mai 2005, n°167, chron., p.6.

[1191] *Ibid*., p.6.

[1192] Cass. soc., 23 sept. 2009, n°07-44200, *RJS* 12/09, n°898, *Sem. soc. Lamy* 2009, n°1416, F. Aubonnet, *RDT* 2009, p.647, note G. Auzero, *JCP S* 2009, 1536, note S. Béal et P. Klein. A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc*., 2010, p.740.

2. La reconnaissance de l'intérêt du groupe

630. L'intérêt est une notion difficile à saisir, à la juridicité parfois même contestée[1193]. Pourtant, de nombreuses normes se réfèrent expressément à la notion d'intérêt[1194], ce qui suffit à lui attribuer une fonction normative. Fondement de la validité d'un acte, d'une action ou instrument d'appréciation de la norme, placé sous le contrôle de la Cour de cassation[1195], le caractère protéiforme[1196] de l'intérêt rend cette notion d'un maniement délicat mais n'affecte en rien sa juridicité. L'intérêt s'applique non seulement à des individus mais aussi à des groupements. Il acquiert dans ce dernier cas une dimension collective. A mi-chemin entre l'intérêt individuel et l'intérêt général, l'intérêt collectif est contemporain des groupements privés[1197]. Le plus souvent opposé à l'intérêt individuel, il se définit comme « *un intérêt relatif à une qualité possible ou à une fonction sociale de l'homme, en ce sens il se distingue de l'intérêt individuel puisqu'il concerne toujours un groupe social* »[1198]. Distinct de la somme des intérêts individuels des membres d'un groupement et de l'intérêt individuel d'un seul ou de quelques uns, l'intérêt collectif se construit dans une relative autonomie par rapport à l'intérêt individuel de ses membres. Il justifie que « *le groupement fasse peser sur ses membres différentes contraintes* » comme « *la soumission des membres à l'organisation du*

[1193] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit Civil, 1985, p.184 : « *Prise en tant que telle, la notion d'intérêt a mauvaise presse. Elle paraît insaisissable, préjuridique, sinon ajuridique, voire impudique* ».

[1194] Tel est le cas en droit des personnes physiques avec les articles 96, 287 et 408 du Code civil. Sur ce point voir : Arnaud (André-Jean), « L'intérêt des personnes : quelques enseignements d'une analyse structurale comparée des textes du Livre 1er du Code civil de 1803 à 1987 », in F. Ost (dir.), *Droit et intérêt*, Vol. 3, Droit positif, droit comparé, histoire du droit, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p.7. Tel est également le cas en droit des obligations. Ainsi, la clause d'inaliénabilité est subordonnée à l'existence d'un intérêt sérieux et légitime ; de même le droit de la preuve exige que l'acte juridique soit dressé en « autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct » ; le régime juridique de l'indivision se réfère à l'intérêt commun, celui de la famille à l'intérêt de la famille ; et enfin, l'article 31 du NCPC subordonne le droit d'agir à l'existence d'un intérêt. Enfin, en droit de la personnalité morale, l'article 1833 du Code civil dispose que la société est constituée « dans l'intérêt commun des associés » ; l'article L. 221-4 du Code de commerce dispose que « le gérant d'une société en nom collectif peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société ». Ensuite, concernant les associations, le droit du travail définit les comités d'entreprise (article L.431-4 du Code du travail) et les syndicats comme des groupements ayant pour objet la défense de certains intérêts (article L.411-1 du Code du travail). Enfin, s'agissant des fondations, celles-ci sont créées dans un but d'intérêt général selon les articles 18 et 19 de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987.

Sur l'ensemble de la question : N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*, p.31 à 32.

[1195] N. Mathey, *ibid.*, p.33.

[1196] T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTDcom.*, 1984, p.582.

[1197] *Ibid.* p.583 : « *Le mouvement était prévisible car « l'homme en tant qu'individu est médiocrement capable d'action ». L'union faisant la force, les individus ont décuplé leur volonté de puissance en constituant des groupements capables de répondre aux besoins nés de la vie sociale. Entre les intérêts individuels et l'intérêt général, les intérêts collectifs ont trouvé droit de cité* ».

[1198] M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Paris, LGDJ, 1994, p.53.

groupement et l'obligation de contribuer matériellement au succès du groupement »[1199]. En d'autres termes, la satisfaction de l'intérêt collectif constitue la mesure de l'action collective du groupement et de la contrainte de son organisation interne sur ses membres. Affirmer l'existence d'un intérêt collectif de groupe comme élément de l'unité organisationnelle du groupe implique au préalable de déterminer si un groupement dépourvu de personnalité juridique peut être porteur d'un intérêt collectif.

631. Il est en effet communément admis d'associer la personnification d'un groupement à l'existence d'un intérêt collectif. La personnalité morale serait la seule technique juridique capable de protéger et de réaliser cet intérêt[1200]. Comment en effet concevoir un groupement non personnifié capable de protéger ses intérêts alors qu'il n'est pas titulaire de droits subjectifs et qu'il ne peut agir en justice ? A cette première difficulté, s'ajoute sans doute l'influence de la théorie de la réalité technique des personnes morales selon laquelle l'absence de personnalité juridique d'un groupement organisé est nécessairement liée à l'absence d'intérêt propre du groupement[1201]. En doctrine, l'existence d'un intérêt collectif est très souvent associée à la personnification juridique du groupement. La personnalité morale est en effet considérée comme « *une technique raffinée et moderne permettant seule à ces volontés collectives de s'exprimer et permettant seule à ces volontés collectives d'agir* »[1202]. Ainsi, Michel Jeantin explique que « *la personnalité morale fonde son autonomie par rapport aux associés qui l'ont constituée : la société acquiert un intérêt propre (l'intérêt social) qui se distingue de l'intérêt individuel de chacun de ses associés* »[1203]. De même, selon Jean Paillusseau, « *l'une des conséquences de l'apparition d'une nouvelle personne dans la vie juridique est la reconnaissance d'un intérêt propre à cette personne* »[1204]. En l'absence de personnalité juridique, le groupe serait-il nécessairement dépourvu d'un intérêt collectif distinct de celui de ses membres ?

[1199] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, *op. cit*. p.30.

[1200] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, Coll. Droit Civil, 1985, p.189.

[1201] Voir en ce sens J. Carbonnier à propos de la personnification de la communauté conjugale, cité par E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, Coll. Droit Civil, 1985, p.175. Jean Carbonnier justifie sa position en faveur de la personnification de la communauté conjugale par l'existence « *d'un intérêt collectif, l'intérêt du ménage, spécifiquement distinct des intérêts individuels des époux* ». Selon Emmanuel Gaillard, Il apparaissait alors inconcevable pour cet auteur de « *manœuvrer vers un but commun* » en « *l'absence d'un sujet de droit concentrant sur sa tête, grâce à une organisation appropriée, les pouvoirs indispensables pour imprimer aux activités individuelles des directives d'ordre collectif* ».

[1202] C. Champaud, « Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t.XXI, Paris, Dalloz, 1969, p.141.

[1203] M. Jeantin, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 1994, n°173.

[1204] J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, chron. 157, spéc. n°36.

632. La personnalité morale repose sur l'existence d'une organisation finalisée qui constitue le moyen d'expression collective de l'intérêt du groupement[1205]. L'organisation et l'intérêt constituent donc deux éléments substantiels nécessaires à la personnification d'un groupement[1206], auxquels s'ajoute un élément formel, l'opposabilité du groupement aux tiers[1207]. Il devient alors possible d'envisager l'existence d'un groupement dépourvu de personnalité juridique mais porteur d'un intérêt collectif distinct de celui de ses membres. Personnifié ou non, son organisation produit toujours des effets en interne. Des règles internes organisent les relations entre les membres dans l'intérêt du groupement. Inopposables aux tiers, elles n'ont qu'un effet relatif aux membres du groupement. Une fois personnifié, le groupement produit des effets externes. L'intérêt du groupement a besoin d'une organisation chargée de le mettre en forme, mais il existe indépendamment de la personnification du groupement[1208]. « *Par d'autres moyens juridiques les groupements et organismes sans personnalité réalisent une émergence d'intérêts collectifs hors de l'océan des intérêts individuels, une montée de ces intérêts collectifs vers une plus grande perfection juridique* »[1209]. Le droit positif n'hésite pas, du reste, à reconnaître un intérêt à des groupements dépourvus de personnalité juridique[1210]. Ainsi, il est fait mention d'un intérêt commun en matière d'indivision[1211], de sociétés créées de fait et de sociétés en participation[1212] et, plus rarement, d'un intérêt collectif concernant l'action du représentant

[1205] La personnalité morale est soit attribuée par la loi soit reconnue par le juge. Le législateur est d'une part compétent pour reconnaître expressément certains groupements ; il définit, parfois même leur mode de fonctionnement et d'organisation interne. Il est d'autre part compétent pour attribuer ou non à ces groupements la personnalité juridique. Dans certains cas, la seule existence du groupement constitué conformément à la loi suffit à acquérir la personnalité juridique ; dans d'autres, les plus fréquents, la personnification du groupement est subordonnée à différentes conditions qui varient selon la forme du groupement. Il arrive cependant que le législateur admette la licéité de certains groupements sans se prononcer expressément sur l'attribution ou le refus de personnification du groupement. Dans le silence de la loi, et selon une jurisprudence constante, « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement protégés* » (Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, n°54-07081, *D.* 1954, 217, note G. Levasseur, *JCP* 1954, II, 7978, concl. Lemoine).

[1206] En ce sens : N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, *op. cit*., p.303.

[1207] L'opposabilité du groupement se traduit par le respect d'une forme de publicité variable d'un groupement à l'autre. G. Wicker, V.°Personne morale, article précité, p.5, n°20. « *Aussi bien est-ce parce que l'existence d'une personne morale suppose l'opposabilité erga omnes du groupement de son organisation et de son patrimoine, que la législation récente, interne et européenne, subordonne sa reconnaissance à des mesures de publicité destinées à assurer l'information et, partant, la protection des tiers* ».

[1208] *Contra* : l'Ecole de Rennes considère quant à elle la société anonyme comme une technique d'organisation de l'entreprise. Or l'organisation n'est pas l'œuvre de la personnalité morale qui n'est pas source de règles d'organisation.

[1209] P. Patarin, « Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », article précité, p.39.

[1210] Le thème de l'intérêt de l'entreprise ne sera pas abordé dans le cadre du présent développement.

[1211] Articles 815-5 et 815-6 du Code civil.

[1212] L'article 1833 du Code civil faisant référence à l'intérêt commun des associés est applicable aux sociétés créées de fait et aux sociétés en participation.

des créanciers[1213]. Un groupement même dépourvu de personnalité juridique peut être animé d'un intérêt collectif.

633. La reconnaissance expresse d'un intérêt de groupe n'est pas générale mais réservée à l'application de certaines règles de droit positif liées à la protection de l'intérêt des entités membres. Tel est notamment le cas en matière d'abus de biens sociaux (a) et d'expertise de gestion (b). Des tentatives remarquées de certaines cours d'appel favorables à une reconnaissance de l'intérêt du groupe en matière d'intégration fiscale et de confusion du patrimoine, peuvent également être relevées (c). Ces évolutions et tentatives d'évolution récentes confortent la perception du groupe comme unité organisationnelle.

a) L'intérêt du groupe en matière d'abus de biens sociaux

634. Dans le cadre d'un groupe, l'incrimination pour abus de biens sociaux est retenue en cas de contrariété entre l'acte litigieux et l'intérêt du groupe. Initialement, le jugement Willot du Tribunal correctionnel de Paris a décidé que « *les sacrifices doivent avoir été consentis dans l'intérêt du groupe, c'est-à-dire pour le maintien de son équilibre ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente* »[1214]. L'arrêt Rozenblum[1215] a précisé ultérieurement que l'intérêt commun peut être économique, social ou financier. Que recouvre au juste l'intérêt du groupe ?

635. Pour donner consistance à l'unité organisationnelle du groupe, l'intérêt du groupe ne doit pas désigner l'intérêt d'un seul ou de quelques-uns, mais l'intérêt de l'ensemble des entités membres du groupe. Or, il peut être tentant d'assimiler l'intérêt du groupe à l'intérêt de la société qui exerce le contrôle, celle-ci ayant, par le jeu des mécanismes sociétaires, la possibilité d'imposer ses décisions lors des assemblées générales des sociétés contrôlées et/ou de désigner leurs dirigeants. La jurisprudence criminelle a eu, à différentes reprises, l'occasion de distinguer l'intérêt du groupe de celui de la société mère. Ainsi, par un arrêt du 24 juin 1991[1216], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que les transferts

[1213] Article L.621-39 du Code de commerce.
[1214] Tb. corr. Paris, 16 mai 1974, Agache-Willot, *Gaz. Pal.* 1974, II, 886, note P. Delaisi.
[1215] Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, n°84-91581, *Bull. crim*, n°54, *Rev. soc.*, 1985, p.648, note B. Bouloc ; *JCP E* 1986, 20585 note W. Jeandidier ; *D.* 1985, 478, note D. Ohl.
[1216] Cass. crim., 24 juin 1991, n°90-86584, *JCP* E 1992, I, 172, note Caussain et Viandier.

litigieux de trésorerie d'une filiale vers la société mère n'étaient pas effectués dans l'intérêt du groupe mais dans le seul intérêt de la société mère puisqu'ils lui permettaient de payer l'acquisition de sa filiale avec la trésorerie de cette dernière. L'arrêt précise également que « *les sacrifices imposés* » à la filiale *« étaient réalisés dans l'intérêt exclusif de la société mère, et au-delà compte tenu de la structure du capital de cette dernière, dans l'intérêt personnel* » de ses dirigeants. C'est souligner que l'intérêt du groupe ne se confond ni avec l'intérêt de la société mère ni avec l'intérêt personnel des actionnaires majoritaires.

636. L'intérêt du groupe constitue « *un intérêt global résultant de la prise en considération de la direction unique et de l'activité économique nouvelle que constitue l'agrégation des différentes sociétés qui le composent* »[1217]. Il « *sert de ciment à une construction juridique composée d'une multiplicité d'acteurs liés entre eux par la perspective d'un avenir commun favorable à tous* »[1218]. Plus précisément, il désigne l'avantage que chaque entité membre espère retirer de l'organisation globale de leurs activités au niveau du groupe. Cet avantage consiste en un « *enrichissement global supérieur à la somme des profits qu'auraient pu réaliser chaque société membre prise isolément* »[1219], qui n'est pas sans rappeler les « qualités émergentes » de l'*unitas multiplex* mises en évidence par Edgar Morin. « *Le groupe recherche un avantage collectif optimal au profit de tous ses membres qui se concrétise par la rationalisation des coûts financiers, par des économies fiscales, par la gestion commune de trésorerie ou encore par la conclusion de conventions d'assistances ; bref par la recherche d'économies d'échelles* »[1220]. Selon Quentin Urban, la palette des avantages nés, pour une société, de la dynamique collective de groupe est très variée : « *un partage des risques économiques, un développement et un contrôle de nouveaux secteurs d'activités, une gestion sociale, une répartition des activités entre sociétés à l'échelle internationale, une dynamisation et le perfectionnement du financement des activités du groupe, l'utilisation du renom du groupe* »[1221]. Préférant s'abstenir de dresser une liste exhaustive des intérêts légitimes susceptibles de constituer un fait justificatif de groupe, la jurisprudence criminelle

[1217] A. Atiback, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2007, p.101.
[1218] M. Pariente, *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Paris, Litec, 1993, n°41.
[1219] D. Ohl, note sous Cass. crim., 4 février 1985, n°84-91581, *Bull. crim*, n°54, *D.* 1985, jur., p.480.
[1220] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », *Rev. soc.*, 2005, n°57.
[1221] Q. Urban, « La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTDcom.*, 2000, p.7, note 27.

qualifie cet intérêt commun de financier, d'économique ou de social. Ces qualificatifs semblent alternatifs et non cumulatifs[1222].

637. Il ne suffit pas de se prévaloir de l'intérêt du groupe pour bénéficier de l'effet exonératoire du fait justificatif de groupe en matière d'abus de biens sociaux. « *L'intérêt du groupe n'a (...) aucune valeur justificative par lui-même* »[1223] ; son existence est appréciée au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe[1224]. C'est la mise en œuvre d'une politique globale de groupe qui donne à l'intérêt de groupe sa consistance et n'en fait pas une pure abstraction de l'esprit. L'acte litigieux doit s'inscrire dans le cadre d'une stratégie de groupe commune, motivée par la réalisation de l'intérêt commun de toutes les sociétés du groupe concernées par l'acte. « *Une stratégie commune révèle une certaine communauté entre les intérêts sociaux des sociétés concernées qui se définit comme l'intérêt commun du groupe* »[1225]. Dès lors, l'intérêt de groupe ne s'improvise pas : il est intimement lié à une stratégie préalablement définie. Ainsi, des opérations effectuées au coup par coup selon les nécessités du moment[1226] ne caractérisent pas une politique de groupe. Il en est de même d'« *actes effectués au gré des circonstances, sans plan d'ensemble ni intérêt économique* »[1227] ou encore de l'absence de « *projet de collaboration commerciale (...) effectivement engagé* »[1228]. L'existence d'une politique de groupe implique encore pour la jurisprudence criminelle une certaine transparence. La preuve d'une stratégie commune à l'ensemble du groupe passe en effet par la production des procès-verbaux des décisions prises par les organes des sociétés intéressées. Ainsi, l'absence de délibération préalable des conseils d'administration des sociétés concernées par les concours financiers et l'absence d'approbation préalable de leurs assemblées générales révèle une absence de politique de groupe concertée, qu'un habillage comptable effectué *a posteriori* ne suffit pas à masquer[1229]. En définitive, le fait de caractériser l'intérêt du groupe au regard d'une stratégie ou politique de groupe commune contribue à reconnaître le groupe comme une unité économique à part

[1222] C. Freyria et J. Clara, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *JCP E* 1993, I, 247 ; Q. Urban, *ibid.* p.7 et 9. Cet auteur précise que l'intérêt peut être différent d'une société à l'autre, c'est-à-dire soit économique soit social soit financier, à la condition que ces intérêts soient voisins et liés.

[1223] D. Ohl, note sous Cass. crim., 4 février 1985, *D.* 1985, jur., p.481.

[1224] Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, précité.

[1225] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°64.

[1226] Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, précité.

[1227] Cass. crim., 9 décembre 1991, n°91-80297, *Bull. crim.*, n°467.

[1228] Cass. crim., 24 juin 1991, n°90-86584, inédit.

[1229] Cass. crim., 19 février 2003, n°01-86809, inédit.

entière. C'est également souligner le lien qui existe entre une organisation dotée d'une capacité collective d'action et la réalisation d'un intérêt propre à l'organisation.

638. En droit positif, la reconnaissance de l'intérêt du groupe n'est pas réservée à l'infraction d'abus de biens sociaux ; le droit des sociétés y fait également référence en matière d'expertise de gestion.

b) L'intérêt de groupe en droit des sociétés : la désignation d'un expert de gestion de groupe

639. A l'instar du droit pénal en matière d'abus de biens sociaux, le droit des sociétés veille au respect de l'intérêt social des sociétés[1230]. Dans cette optique et afin de garantir un fonctionnement de la société conforme à son intérêt, les associés minoritaires peuvent demander en justice la désignation d'un expert de gestion chargé d'enquêter sur toute opération de gestion suspecte. La question du cadre pertinent d'appréciation d'une opération litigieuse peut se poser en présence d'une opération de gestion passée entre des sociétés d'un même groupe. D'une part, des opérations de gestion apparemment contraires à l'intérêt d'une société prise isolément peuvent se justifier lorsqu'elles sont replacées dans le cadre d'une politique globale de groupe. D'autre part, les associés minoritaires d'une société peuvent souhaiter avoir des éléments d'appréciation sur la politique des actionnaires majoritaires menée dans les filiales compte tenu des répercussions indirectes que cette politique peut engendrer sur la situation de leur société. Afin de mesurer l'importance de la reconnaissance légale de l'intérêt du groupe en matière d'expertise de gestion (1°), il convient de revenir au préalable sur la situation antérieure à la loi du 15 mai 2001 (2°).

[1230] Nous pensons tout particulièrement à l'abus de majorité ou à la faute de gestion des dirigeants sociaux, contraires à l'intérêt social de la société.

1°La situation antérieure à la loi du 15 mai 2001

640. Jusqu'à la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques[1231], qu'une société appartienne ou non à un groupe, l'appréciation des opérations de gestion ne sort pas du cadre de la société. Le droit de demander une expertise de gestion est corrélativement ouvert à une poignée de titulaires. Par une interprétation stricte de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966[1232], les actionnaires minoritaires d'une société ne peuvent pas former une demande en désignation d'un expert de gestion pour des opérations réalisées dans d'autres sociétés d'un même groupe, y compris les sociétés filiales de la société dont ils sont actionnaires[1233].

641. Tout en maintenant sa position de principe, la jurisprudence commerciale s'est par la suite orientée vers une prise en compte limitée du groupe. La mission de l'expert de gestion a en effet été étendue à l'ensemble des sociétés du groupe entretenant des relations avec la société en cause[1234], puis à toutes celles n'entretenant pas nécessairement de relations contractuelles directes avec elle[1235]. En privilégiant une vision d'ensemble des opérations, l'opération litigieuse est replacée dans le contexte de la mise en œuvre d'une politique de groupe[1236]. L'état du droit positif relatif à l'expertise de gestion demeurait malgré tout en retrait au regard d'autres évolutions jurisprudentielles reconnaissant à l'actionnaire indirect le droit d'exercer certaines actions comme la demande de nomination d'un administrateur provisoire de groupe[1237].

[1231] Loi n°2001-420 du 15 mai 2001, *JO* 16 mai 2001, n°113, p.7776s.

[1232] Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins un dixième du capital peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opération de gestion. Ce rapport permet ensuite éventuellement d'intenter une action en responsabilité contre les dirigeants de la société.

[1233] Cass. com., 14 décembre 1993, n°92-21225, *Bull. civ.* IV, n°353; *Bull. Joly* 1994, §45, p.189, note P. Le Cannu; *Rev. soc.*, 1994, p.502, note Ch. Gavalda ; *JCP*, E, 1994, II, 567, note Y. Guyon.

[1234] CA Paris, 12 mars 1986, *Bull. Joly*, 1986, §167, p.614 ; sur pourvoi Cass. com. 15 juillet 1987, *Bull. civ.* IV, n°193 ; *Bull. Joly*, 1987, §289, p.703, note P. Le Cannu.

[1235] CA Rouen, 17 mars 1970, *D.* 1971, Jur., p.177 ; *RTDcom.*, 1970, p.727, n°10, obs. R. Houin ; R. Contin et H. Hovasse, « L'expert de minorité dans les sociétés par actions, *D.* 1971, chron. p.75.

[1236] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.161.

[1237] Cass. com., 5 février 1985, n°82-15119, « Sogar », *Bull. civ.* IV, n°44, p.37 ; *JCP G* 1985, II, 14534, note A. Viandier. A rapprocher de : Tb. com., Paris, 14 février 1990, *JCP* G, II, 21561, note A. Viandier ; *RTDcom.*, 1990, p.585, note Cl. Champaud ; CA Paris, 7 mars 1990, *Rev. soc.* 1990, p.256, note J-J Daigre. A propos d'un « enquêteur » chargé d'une mission d'audit et de médiation étendue à l'ensemble du groupe.

642. La question de l'admission d'un administrateur provisoire du groupe et des titulaires de la demande de nomination se posait dans les mêmes termes que pour celle de l'expertise de groupe. La solution apportée par la jurisprudence commerciale est pourtant différente. La nomination d'un administrateur provisoire s'impose à titre exceptionnel lorsque le fonctionnement normal de la société n'est plus assuré et que ses intérêts sont mis en péril, en raison de la défaillance de ses organes sociaux. Par un arrêt du 5 février 1985, la Cour de cassation admet la désignation d'un administrateur provisoire de groupe à la demande d'un actionnaire minoritaire de la société mère. Les circonstances particulières de l'espèce[1238] ne permettent toutefois pas, en l'état actuel du droit positif, de généraliser la solution à l'ensemble des actionnaires minoritaires d'une société d'un groupe[1239]. Christine Lhussier[1240] explique à ce sujet que l'origine commune du dysfonctionnement commun justifie l'extension de la mission de l'administrateur provisoire car le rétablissement de l'une des sociétés dépend de celui des autres sociétés, c'est-à-dire du groupe dans son ensemble. Elle en conclut que seul l'actionnaire d'une société remplissant les conditions de désignation d'un administrateur provisoire, serait recevable à demander la désignation d'un administrateur provisoire de groupe dont la mission s'étendrait aux autres sociétés du groupe rencontrant le même dysfonctionnement.

643. Si la reconnaissance d'un administrateur provisoire de groupe témoigne d'une prise de position plus audacieuse que celle du droit positif applicable à l'expertise de gestion antérieurement à la loi du 15 mai 2001, la Chambre criminelle va plus loin encore en admettant l'exercice d'une action sociale en responsabilité de second degré. Sur le fondement de l'article 225-252 du Code de commerce, des actionnaires minoritaires peuvent agir en réparation du préjudice subi par leur société[1241] en raison d'actes commis au sein de ses

---

[1238] Comme le président de la société mère jouait en même temps le rôle d'animateur du groupe, sa condamnation pour abus de biens sociaux entraîne la carence des organes sociaux de chacune des sociétés du groupe.

[1239] C. Armand et A. Viandier, « Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités ? », *Rev. soc.* 1986, p.559. En l'espèce, la Cour d'appel avait relevé que le groupe se caractérisait par une « *unité économique et une communauté d'intérêts indissociables* ».

[1240] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.179.

[1241] Depuis un revirement de jurisprudence par deux arrêts du 13 décembre 2000 (n°99-80387, *Bull. crim.*, n°373 ; *JCP E*, 2001, p.1138, note J.H. Robert), la Chambre criminelle considère qu'il n'existe pas de lien direct entre l'abus de biens sociaux et le préjudice subi par un actionnaire de la société. L'actionnaire minoritaire d'une société holding ne peut donc plus se constituer partie civile pour l'abus de biens sociaux commis au sein d'une filiale en vue d'obtenir la réparation de son préjudice personnel. Ces arrêts mettent fin à sa jurisprudence antérieure (notamment : Cass. crim., 6 février 1996, n°95-84041, *Bull. crim.*, n°60 ; *Dr. Pén.* 1996, n°195.).

filiales[1242]. La rupture qui se crée entre la position restrictive de la Chambre commerciale en matière d'expertise de gestion et la position audacieuse de la Chambre criminelle en matière d'action sociale en responsabilité, est un facteur d'incohérence juridique. L'actionnaire minoritaire d'une société mère peut agir en réparation du préjudice causé à la société pour des actes anormaux passés au sein de filiales alors qu'il ne peut pas au préalable demander la désignation d'un expert de gestion chargé d'examiner les conditions de réalisation de ces mêmes opérations[1243]. La consécration légale de l'expertise de gestion de groupe par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a redonné une relative cohérence au droit positif.

2°La reconnaissance légale de l'expertise de gestion de groupe par la loi du 15 mai 2001

644. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques modifie l'article L.225-231 du Code de commerce relatif à l'expertise de gestion dans les sociétés par action. Aux termes de cet article, une association répondant aux conditions fixées à l'article L.225-120[1244] du Code de commerce peut demander la désignation d'un expert de groupe chargé d'examiner des opérations de gestion réalisées au sein de sociétés contrôlées au sens de l'article L.233-3. L'article L.225-231 du Code de commerce précise encore que la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. Pour la première fois, la loi se réfère expressément à la notion d'intérêt du groupe. Au-delà de la portée symbolique de cette reconnaissance, la loi fait de l'intérêt du groupe un critère de recevabilité de l'expertise de groupe. L'intérêt du groupe représente la mesure des cas dans lesquels les actionnaires de la société exerçant un contrôle au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce peuvent obtenir la désignation d'un expert au sein des sociétés contrôlées.

645. En consacrant l'expertise de groupe et en élargissant le cercle des titulaires de l'action, la loi reconnaît l'existence d'un risque d'atteinte à l'intérêt social des sociétés du fait de leur

[1242] Il peut notamment s'agir d'actes d'abus de biens sociaux commis dans les filiales. Cass. crim., 4 avril 2001, n°00-80406 ; *JCP E* 2001, p.1817, note J.H. Robert ; Cass. crim., 2 avril 2003, n°02-82674, *Bull. crim.*, n°83, p.326 ; *D.* 2003, p.1504 ; *Bull. Joly* 2003, §194, p.929, note J.F. Barbieri.

[1243] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.181.

[1244] Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société, notamment pour exercer les droits qui leur sont reconnus à l'article L.225-231.

appartenance à un groupe et organise en conséquence une protection légale contre ce risque. « *S'agissant des groupes, l'augmentation des risques liés à la mise en œuvre d'une politique de groupe paraît justifier l'extension des titulaires à agir, afin de renforcer la protection des sociétés et donc le respect de l'autonomie juridique de chacune* »[1245]. Afin de ne pas multiplier les actions en expertise de gestion pouvant nuire, en cas d'abus, au fonctionnement des sociétés, la loi limite toutefois l'ouverture de l'action aux seuls actionnaires des sociétés exerçant un contrôle. Sont de la sorte exclus les actionnaires des sociétés contrôlées pour les opérations de gestion réalisées au sein des sociétés contrôlantes ou au sein de sociétés sœurs[1246]. L'ouverture de l'action à l'ensemble des actionnaires des sociétés du groupe aurait pourtant pour effet de souligner l'interdépendance de l'ensemble des sociétés du groupe, dont les actions n'ont de sens que les unes par rapport aux autres parce qu'exercées dans le cadre d'une politique globale de groupe.

646. Malgré l'importance du rôle attribué par la loi à l'intérêt du groupe, son absence de définition rend incertaine la recevabilité de la demande de désignation de l'expert de groupe, et plus généralement l'application de cette disposition[1247]. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, peu de décisions jurisprudentielles ont été rendues, ce qui ne contribue pas à dissiper les incertitudes. Par un arrêt du 23 octobre 2002, la Cour d'appel de Versailles[1248] apprécie la demande d'expertise au regard de l'intérêt du groupe en se fondant sur l'existence d'un contrôle. Parce que la société mère détient 99% du capital de sa filiale et qu'il existe entre les deux sociétés une communauté de dirigeants, la Cour d'appel en déduit que la demande d'expertise concerne l'intérêt du groupe. Cette interprétation de l'intérêt du groupe est critiquable. Selon Paul Le Cannu, l'intérêt du groupe « *est davantage à rechercher dans la nature des flux qui s'opèrent entre la société mère et la filiale, et la perspective d'ensemble qui peut guider la gestion du groupe* »[1249] que dans la relation de contrôle définie à l'article L.233-3 du Code de commerce. Dans une perspective relativement proche, Christine Lhussier rattache l'intérêt du groupe à la mise en œuvre d'une politique de groupe. « *Si les opérations*

[1245] *Ibid.*, p.189.

[1246] La proposition 84 du rapport Marini allait déjà dans le sens d'une telle limitation. P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Paris, La Documentation française, 1996.

D'autres auteurs sont à l'inverse favorables à une ouverture de l'action aux actionnaires des filiales et des sociétés soeurs : J.-J. Daigre, « Les groupes » in *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le rapport Marini*, *Bull. Joly*, 1996, p.59s., spéc. 65-66, n°82 ; Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », article précité, p.292.

[1247] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.187.

[1248] CA Versailles, 23 octobre 2002, *Bull. Joly*, 2003, §45, p.204, note P. Le Cannu.

[1249] P. Le Cannu, note sous CA Versailles, 23 octobre 2002, *Bull. Joly*, 2003, §45, p.204.

en cause n'ont aucun rapport avec l'exécution de la politique du groupe, elles ne sont pas susceptibles d'affecter l'intérêt du groupe et n'ont donc pas à être connues des actionnaires appartenant aux autres sociétés »[1250]. Elle rejoint en cela l'approche retenue par la jurisprudence criminelle en matière d'abus de biens sociaux, ce qui permettrait de redonner de la cohérence au droit positif des groupes[1251].

c) Tentatives jurisprudentielles récentes favorables à une reconnaissance de l'intérêt du groupe

647. Les tentatives jurisprudentielles favorables à une reconnaissance de l'intérêt du groupe concernent aussi bien l'appréciation de la normalité de l'acte de gestion dans les groupes intégrés fiscalement (1°) que la confusion des patrimoines (2°).

1°L'appréciation de la normalité de l'acte de gestion dans les groupes intégrés fiscalement[1252]

648. En droit fiscal, l'acte contraire ou étranger aux intérêts de la société constitue un acte anormal de gestion. L'acte de gestion est réputé normal lorsqu'il concourt à la réalisation de l'objet économique en vue duquel l'entreprise a été créée[1253]. Seul l'intérêt propre de l'entreprise est pris en compte, indépendamment de son appartenance à un groupe[1254]. Or, certains actes de gestion qualifiés d'anormaux correspondent, en réalité, à une gestion normale du groupe. De ce point de vue, la théorie de l'acte anormal de gestion est susceptible de constituer un obstacle au fonctionnement des groupes. La question s'est alors posée de savoir si, pour les groupes soumis au régime de l'intégration fiscale, il n'était pas possible de

---

[1250] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.187.

[1251] Une même approche de l'intérêt de groupe serait à la fois applicable à la détermination des titulaires de la demande d'expertise de gestion et à l'appréciation de la régularité de l'acte en cause.

[1252] Le régime de l'intégration fiscale concerne le groupe constitué par la société « tête de groupe » et les sociétés dont elle détient 95% au moins du capital, de manière continue au cours de l'exercice, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés du groupe (article 223 A du Code Général des Impôts).

[1253] CE, 1er juillet 1983, n°28315, *Dr. fisc.* 1984, n°5, comm. 149, concl. P. Rivière.

[1254] CE, 1er mars 2004, n°237013, Sté AS Représentation, Juris-Data n°2004-080491, *Dr. fisc.* 2004, n°37, comm. 669, concl. G. Goulard, *RJF* 5/04, n°459. « *C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise qu'il doit être apprécié si des charges assumées par une société en vue d'assurer certains avantages à d'autres sociétés correspondent à des actes de gestion commerciale anormale* ».

s'inspirer des solutions dégagées par la Chambre criminelle en matière d'abus de biens sociaux, et d'apprécier les opérations réalisées entre les différentes entreprises du groupe en fonction de l'intérêt du groupe et non plus seulement en fonction de l'intérêt individuel des entreprises. Soutenus par une partie de la doctrine favorable à la reconnaissance d'un intérêt du groupe en droit fiscal[1255], deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris rejettent l'existence d'un acte anormal de gestion au regard de l'intérêt d'un groupe fiscalement intégré. Ainsi, par un arrêt du 21 janvier 2005[1256], la Cour administrative d'appel de Paris s'est prononcée sur la normalité de prise en charge par une société française intégrée des dépenses de personnel de deux de ses sociétés sœurs étrangères mais non intégrées. Les juges du fond relèvent dans un premier temps que les échanges commerciaux que la société française entretenait avec ces deux sociétés, ne suffisaient pas à caractériser un intérêt propre de la société française à engager de telles dépenses. Puis, dans un second temps, après avoir constaté que les deux sociétés étrangères versaient chaque année à leur société mère appartenant au même groupe fiscalement intégré que la société française, d'importantes redevances liées aux dépenses du personnel, les juges du fond se sont prononcés en faveur de la normalité de la prise en charge des dépenses du personnel au regard de l'intérêt du groupe fiscalement intégré. Quelques semaines auparavant, par un arrêt du 10 décembre 2004[1257], la Cour administrative d'appel de Paris avait déjà apprécié la normalité d'un acte de gestion en se fondant sur l'intérêt du groupe fiscalement intégré. En l'espèce, l'acte litigieux portait sur la participation d'une société intégrée à l'augmentation de capital de la filiale non intégrée d'une autre société intégrée. L'opération est jugée normale compte tenu de l'intérêt commercial que présente l'acte pour le groupe intégré. Ces deux arrêts, même isolés, « maltraitent » des principes du droit fiscal aussi structurant que le principe de la personnalité de l'impôt, pourtant maintenu dans le régime de l'intégration fiscale[1258].

649. Ces deux décisions ayant fait l'objet d'un pourvoi, le Conseil d'Etat a rapidement pu rappeler les juges du fond à une ligne jurisprudentielle plus orthodoxe. En effet, par deux

[1255] A. Legendre, « Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part, non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre de la société », *Dr. fisc*. 2006, 10 ; P Gastineau, *La fiscalité des groupes de sociétés : l'intégration fiscale*, Paris, Litec, 2003, n°118 ; B. Plagnet, « L'intérêt du groupe en droit fiscal : les incidences du régime de l'intégration fiscale », *Bull. ANSA*, 2000, n°3027, p.1.

[1256] CAA Paris, 21 janvier 2005, Sté SIAS France, n° 01-873, *RJF* 05/2005, n° 433.

[1257] CAA Paris, 10 décembre 2004, Sté Seeee, n°00-36, *RJF* 04/05, n°312.

[1258] L'article 223B du Code Général des Impôts prévoit en effet que les résultats de chacune des sociétés du groupe intégré sont déterminés dans les conditions de droit commun, conformément au principe de la personnalité de l'impôt.

arrêts du 10 mars 2006[1259] et du 28 avril 2006[1260], le Conseil d'Etat rappelle que l'intérêt du groupe d'intégration ne peut être reconnu que de manière exceptionnelle en vertu de dispositions légales particulières dérogatoires du droit commun. Par une interprétation stricte des articles 223A et 223B du Code Général des Impôts, il décide d'une part que ces dispositions n'autorisent pas une société d'un groupe fiscal intégré à déduire, dans des conditions différentes de celles du droit commun, une aide apportée à une société n'appartenant pas à ce groupe, et d'autre part qu'elles ne l'autorisent pas à déduire les pertes ou charges résultant de la prise d'une participation dans une société extérieure à ce groupe.

650. Dans les groupes fiscalement intégrés, le principe d'une appréciation de la normalité des actes de gestion au regard de l'intérêt du groupe, en dehors des conditions définies aux 223A à Q du Code Général des Impôts, n'a donc pas été entériné. La jurisprudence apporte néanmoins certains tempéraments à la rigueur du principe de la personnalité de l'impôt. Elle va en effet tenir compte, dans l'appréciation de l'intérêt propre de l'entreprise, de son environnement juridique et économique. Un avantage peut être consenti à une entreprise tierce, sans nécessairement constituer un acte anormal de gestion, si l'entreprise ayant octroyé l'avantage justifie d'un intérêt propre de nature financière ou commerciale.

651. Attachée au principe de la personnalisation de l'impôt, l'unité organisationnelle du groupe a du mal à voir le jour. La jurisprudence fiscale apparaît finalement en retrait non seulement par rapport à la jurisprudence criminelle rendue en matière d'abus de biens sociaux, mais également par rapport à la jurisprudence récente rendue en matière de confusion des patrimoines.

2°La prise en compte du groupe dans la jurisprudence relative à la confusion des patrimoines

652. Depuis peu, la confusion des patrimoines est appréciée différemment par les juges selon que l'entreprise, en redressement ou en liquidation judiciaire, appartient ou non à un groupe. Bien que la confusion des patrimoines ne soit pas spécifique aux structures de groupe, cette technique juridique qui permet au juge de reconstituer le patrimoine du débiteur malgré la

[1259] CE, 10 mars 2006, n°263183, Sté Sept, Juris-Data n°2006-080848, *Dr. fisc.* 2006, n°21-22, 414, concl. F. Séners, note J.-L. Pierre.
[1260] CE, 28 avril 2006, n°277572, Sté SEEE, Juris-Data n°2006-080905, *Dr. fisc.* 2006, n°42, 670, concl. F. Séners, note A.-F. Gagneur.

dispersion artificielle de certains de ses éléments d'actif, est fréquemment utilisée en présence d'un groupe. Les échanges financiers entre les entreprises d'un groupe sont en effet l'expression d'une gestion financière des actifs menée à l'échelle du groupe. En d'autres termes, les bénéfices générés par les entreprises d'un groupe peuvent être redistribués auprès d'autres entreprises du groupe en difficulté ou dont les projets d'investissement doivent être financés en vue de la réalisation d'une politique globale de groupe déterminée en amont. En cas de défaillance d'une entreprise du groupe, la tentation est grande d'étendre la procédure collective aux autres entreprises du groupe *in bonis* afin d'apurer le passif de l'entreprise en difficulté. Ainsi, la jurisprudence retenait la qualification de confusion des patrimoines en présence de techniques d'organisation des actifs des entreprises au niveau du groupe. Elle représentait de ce fait un obstacle à l'organisation des relations inter-entreprises de groupe.

653. Par un arrêt « Metaleurop » du 19 avril 2005[1261], la Cour de cassation met un terme à cette jurisprudence en retenant une conception restrictive de l'anormalité des relations financières dans les groupes. « *L'existence du groupe aboutit à repousser les limites de l'anormalité des relations financières intra-groupe et corrélativement, à rendre la confusion des patrimoines constitutive de l'extension plus difficile à démontrer* »[1262]. A partir de cet arrêt, la jurisprudence se fonde sur l'existence d'un groupe pour apprécier la normalité des relations financières intra-groupes. Elle privilégie une approche globale du groupe et conçoit le groupe comme une entité à part entière. Dans cette perspective, il était possible d'adopter une démarche proche de la jurisprudence criminelle en matière d'abus de biens sociaux, en se fondant sur l'intérêt du groupe comme fait justificatif. Malgré la motivation de la Cour d'appel de Douai[1263] en ce sens, la Cour de cassation ne s'appuie pas sur l'intérêt du groupe mais sur la structure du groupe elle-même. Selon la Cour d'appel de Douai, « *l'organisation d'un groupe de sociétés est susceptible de faire apparaître un intérêt collectif, qualifié d'intérêt de groupe, distinct de l'intérêt propre de ses composantes* ». La normalité des relations financières doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe, étant précisé que « *la mise en commun des moyens et la subordination à celui du groupe des intérêts des sociétés le composant ne doit pas dépasser le degré d'organisation inhérent à un tel ensemble économique et que les sociétés contrôlées doivent conserver la maîtrise des fonctions*

[1261] Cass. com., 19 avril 2005, Metaleurop, n°05-10094, *Bull. civ*. IV, n°92 ; *Bull. Joly* 2005, p.690, §155.

[1262] G. Grelon et C. Dessus-Larrivé, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. soc*. 2006, p. 281.

[1263] CA Douai, 2 octobre 2003, *D*. 2003, p.2571, obs. A. Lienhard ; L. Allain, « Metaleurop suite : l'apport d'un arrêt avant dire droit aux notions de fictivité, de confusion de patrimoines et d'intérêt de groupe », *Rev. proc. coll*. 2004, p.123.

essentielles de leur autonomie ». Tout en tenant compte de l'existence d'un groupe, la Cour de cassation ne s'appuie pas sur l'existence d'un intérêt de groupe pour écarter la qualification de confusion des patrimoines, mais sur l'existence d'un groupe structuré selon un schéma usuel. En présence d'un groupe, « *le terme de relations financières (...) renvoie à l'idée d'une structure préétablie dans laquelle se déroulent et se développent des flux financiers. Ainsi, l'existence d'une structure financière conforme à l'usage est de nature à justifier l'existence de flux financiers non réciproques qui, en l'absence de cette structure, auraient été jugés anormaux* »[1264].

654. L'organisation globale du groupe est prise en compte. Selon la Cour de cassation, il n'est pas anormal que l'organisation du groupe produise des déséquilibres entre les entreprises par des opérations de centralisation de trésorerie et de charges, des échanges et la mise à disposition de personnel, des avances de fonds, ou encore le soutien de la société mère à sa filiale. « *Finalement, ce qui justifie les opérations financières est l'existence d'une structure de groupe et non son utilité ou son efficacité pour les différentes sociétés du groupe. La conformité au modèle économique du groupe suffit à faire écarter toute anormalité, abstraction faite des finalités recherchées. Dès lors que le groupe a fonctionné en cohérence avec ces structures, le préjudice que subit une des sociétés du groupe ne transforme pas une relation normale en relation anormale, quel qu'ait pu être le déséquilibre en résultant* »[1265].

655. Dans une perspective un peu différente, le droit du travail adopte une approche organisationnelle du groupe.

3. Le groupe comme organisation en droit du travail

656. Malgré ses limites, la théorie institutionnelle de l'entreprise a permis d'orienter le droit positif vers une approche organisationnelle des relations de travail. « *Le droit du travail est quasiment consubstantiel à l'idée d'organisation, non seulement parce qu'il est un droit organisateur de l'entreprise mais encore parce qu'il constitue une limitation du pouvoir dans*

[1264] B. Grelon et C. Dessus-Larrivé, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », article précité, n°11.
[1265] *Ibid.*, n°21.

l'organisation »[1266]. Même si la référence à l'organisation n'est pas expresse en droit du travail, elle inspire et fournit un cadre explicatif au contenu de nombreuses règles juridiques que l'analyse contractuelle de la relation de travail ne parvient pas à justifier. Le droit du travail s'est en effet construit en référence à une organisation devenue « *incontournable* »[1267], l'entreprise, mais il l'a dépouillée de tout renvoi à la conception institutionnelle de l'entreprise[1268]. La référence à l'organisation imprime à la relation de travail sa dimension collective. Celle-ci « *ne se cantonne pas au rapport entre employeur et salarié, mais s'étend aux rapports établis entre le premier et la collectivité de salariés* »[1269]. Elle ouvre la voie à une conception duale de la relation de travail, à la fois contractuelle et organisationnelle.

657. Le contrat de travail est en effet non seulement un « *authentique contrat* » mais aussi un « *acte-condition* » qui place le salarié dans une situation non contractuelle[1270]. « *Ainsi le salarié est-il, à la fois, cocontractant de son employeur et membre du personnel. En cette seconde qualité, il se trouve soumis aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à cet employeur, en même temps que titulaire de certains droits reconnus à tout travailleur subordonné, en particulier lorsqu'il appartient à cette collectivité non personnifiée qu'est le personnel d'une entreprise* »[1271]. La dimension organisationnelle de la relation de travail a permis de donner des bases solides aux relations collectives de travail et de rendre compte de l'existence d'un pouvoir organisationnel qui s'exerce sur les membres d'une organisation et dont le titulaire est l'employeur. Ainsi, la sanction disciplinaire de l'employeur ne s'analyse plus comme le corollaire de l'inexécution par le salarié d'une obligation contractuelle mais comme la manifestation d'un pouvoir organisationnel. Il en est de même du recours à des valeurs organisationnelles[1272]. Ces valeurs organisationnelles s'expriment notamment par un contrôle de motivation des décisions prises par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction et, « *les références au « bon fonctionnement » (...) de l'entreprise, de plus en plus fréquentes en (...) droit du travail, témoignent de la vitalité des valeurs tirées de*

[1266] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.38.
[1267] A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », article précité, p.624.
[1268] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse Paris X Nanterre 2004, p.50.
[1269] *Ibid.*, p.52.
[1270] A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, chron., p.362.
[1271] *Ibid.*
[1272] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.52.

l'organisation »[1273]. La dualité de la relation de travail et les tensions qu'elle génère entre le contrat et l'organisation, traversent l'ensemble du droit du travail[1274].

658. Comme pour l'entreprise, le droit du travail adopte une approche organisationnelle du groupe qui vise à reconstruire les caractéristiques du contexte économique et social de la relation de travail, occultées par l'approche contractuelle. Selon Frédéric Géa, l'approche organisationnelle « *cherche à prendre en considération la réalité de l'organisation à laquelle le salarié est intégré, quand bien même elle dépasserait le seul cadre de l'entreprise d'origine ou de la relation contractuelle stricto sensu entre le salarié et son employeur (et à laquelle l'employeur d'une autre société du groupe paraît juridiquement étranger)* »[1275]. La définition du périmètre de l'organisation permet de mesurer le degré de contrainte économique qui pèse sur l'employeur et qui peut justifier des décisions affectant la relation d'emploi. Ainsi, en matière de reclassement, la jurisprudence privilégie une conception organisationnelle et non pas contractuelle de l'emploi. Le contenu de l'emploi du salarié est défini « *à partir de ses « capacités » ou de ses « aptitudes » à occuper un autre emploi dans l'organisation. (...) C'est la logique organisationnelle qui prévaut dans la définition de l'emploi comme objet de la compensation* »[1276]. Reconnaître le groupe comme espace de reclassement du salarié revient dès lors à considérer le groupe comme une organisation. De même, un licenciement pour motif économique n'est justifié qu'au regard des contraintes économiques qui pèsent sur une organisation dans ses rapports avec son environnement. L'appréciation de l'élément causal du licenciement au niveau du secteur d'activité traduit alors l'intégration de l'employeur dans le groupe, c'est-à-dire dans une organisation plus vaste que l'entreprise. Quant à la mise en place du comité de groupe, l'attention se focalise sur les relations inter-entreprises de pouvoir de manière à assurer la représentation du personnel « *là où s'exerce effectivement les pouvoirs, pouvoirs qui peuvent échapper à l'employeur* »[1277]. Il convient ici de noter que « *la logique de l'organisation s'émancipe de celle du contrat* »[1278]. En reconnaissant le groupe comme une organisation plus vaste que l'entreprise, le périmètre de

---

[1273] *Ibid.*

[1274] *Ibid.*, p.38. « *La coexistence de la figure du contrat de travail et de celle de l'entreprise explique les tensions entre le contrat et l'organisation qui conditionnent tout un pan du droit du travail, notamment le régime du changement dans l'entreprise. (...) C'est précisément à résoudre la tension entre l'exigence organisationnelle de changement et le caractère fondamentalement statique du contrat que s'attache le droit du travail* ».

[1275] F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p.523.

[1276] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, Thèse X Nanterre 2000, p.247.

[1277] A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », article précité, p.740.

[1278] E. Peskine, *Les réseaux d'entreprises et le droit du travail*, *op. cit.*, p.154.

l'organisation et celui du contrat ne coïncident plus nécessairement. « *L'organisation dépasse ainsi la sphère des rapports contractuels* »[1279]. Cette organisation n'est pas réifiée. Ses frontières ne correspondent plus nécessairement à des frontières formelles définies *a priori*, mais peuvent varier en fonction du cadre pertinent pour l'application de la règle de droit. Qu'il s'agisse de mettre en place un comité de groupe, de définir le secteur d'activité ou le périmètre de reclassement, les frontières de l'organisation ne sont pas nécessairement identiques.

659. L'unité organisationnelle du groupe ainsi mise en évidence permet de saisir la dimension collective du groupe et d'établir un lien entre les membres du groupe, y compris ceux qui ne sont pas directement liés entre eux par un lien de droit. Il convient à présent de déterminer la complexité de cette unité organisationnelle.

§2. La complexité de l'unité organisationnelle du groupe

660. La complexité systémique adopte une conception dynamique de l'unité complexe. Envisagée sous la forme d'un système, l'unité complexe associe le tout et les parties en les intégrant dans un même processus circulaire reposant sur une relation d'interdépendance. La représentation du groupe en termes d'unité complexe implique dès lors l'identification d'une relation d'interdépendance entre le groupe et ses entités membres, de telle sorte que le tout n'existe et ne se définit que par référence à ses entités membres et réciproquement (A). La mise en évidence d'une relation d'interdépendance conditionne l'approche globale du groupe, seule à même d'articuler l'un et le multiple. Une telle approche émerge en droit positif (B). Elle permet de s'affranchir tant de la conception individualiste de la personne morale que de la réduction du groupe à la somme des relations bilatérales liant des entités juridiquement distinctes à une même entité.

[1279] *Ibid.*

A. L'interdépendance entre le groupe et les entités membres

661. A s'en tenir à la représentation juridique dominante du groupe, les relations d'interdépendance semblent exclues. Le groupe apparaît en effet comme une structure de domination d'une entité dominante sur une ou plusieurs autres entités qui lui sont juridiquement distinctes. Or, l'interdépendance s'oppose à toute forme de dépendance unilatérale. Il existerait donc une incompatibilité profonde entre l'interdépendance et le groupe[1280]. Il semble pourtant possible de justifier de l'existence de relations d'interdépendance entre le groupe et chacune de ses unités, à la condition de privilégier une approche verticale et non pas horizontale de l'interdépendance[1281]. Rappelons qu'à la différence de l'interdépendance horizontale qui s'attache aux relations entre les éléments constitutifs d'un ensemble, l'interdépendance verticale se concentre sur les relations entre l'unité globale et chacun de ses éléments constitutifs. Seule cette dernière autorise une approche globale des phénomènes complexes. Si les relations de pouvoir entre les entités membres d'un groupe excluent l'existence d'une interdépendance horizontale, il est néanmoins possible de caractériser une interdépendance verticale entre le groupe et chacune de ses entités membres. Celle-ci implique de démontrer d'une part la dépendance du groupe à l'égard de ses entités membres (1) et d'autre part la dépendance des entités membres à l'égard du groupe (2).

1. La dépendance du groupe à l'égard de ses entités membres

662. L'unité complexe désigne une « *unité globale, non élémentaire* »[1282], composée d'éléments multiples. « *La multiplicité peut ne concerner que des constituants semblables et*

[1280] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, *op.* précité p.187 : « *Malgré l'absence de définition légale, les auteurs s'accordent sur le fait que le maître-mot en matière de groupe de sociétés est la « domination ». (...) Dès lors, le groupe de sociétés révèle sa structure hiérarchisée qui s'apparente beaucoup plus à une dépendance unilatérale qu'à une véritable dépendance réciproque entre le tout, le groupe de sociétés, et chacun des éléments constitutifs, les sociétés qui le composent* ».

[1281] Sur cette distinction, voir les développements de la précédente section, consacrés au système comme *Unitas multiplex*.

[1282] E. Morin, *La méthode*, *op. cit.*, p.153.

distincts »[1283], mais cette différence là suffit à la formation d'un système complexe. Ces traits de l'unité complexe peuvent également être identifiés dans un groupe. En effet, le groupe est une unité composée d'entités juridiquement distinctes les unes des autres, ce qui suffit à remplir la condition tenant à la diversité des parties du tout. A cette première condition, s'ajoute celle de l'organisation de leurs relations. La formation de l'unité complexe, l'émergence de qualités propres et irréductibles, naissent de l'organisation d'interactions suffisamment stables entre des éléments distincts les uns des autres. Il est admis qu'une organisation, même non personnifiée, peut exercer une activité[1284]. Mais, en l'absence de personnalité juridique, le groupe est dépouvu de toute capacité d'action autonome[1285] ; il ne peut agir que par l'intermédiaire de ses entités membres. « *Si le groupement non personnifié ne peut agir proprio nomine, son action doit nécessairement se traduire par l'action collective de ses membres. Tous les membres du groupement doivent agir simultanément, en l'absence d'organe susceptible d'incarner le groupement et d'agir pour lui* »[1286]. Il en résulte que les actes juridiques requis pour la mise en œuvre des décisions du groupe doivent être pris par les organes de représentation des entités juridiquement autonomes du groupe[1287]. A cela s'ajoute l'intérêt que représente cette forme d'organisation en termes de limitation du risque et des responsabilités du fait de l'application stricte en la matière de l'autonomie juridique des entités membres. Est ainsi mis en évidence le rôle déterminant de chacune des entités membres dans la réalisation de la politique du groupe, et la relative dépendance dans laquelle le groupe est placé à l'égard de ses entités.

663. L'interdépendance appelle la réciprocité. C'est la raison pour laquelle il convient d'établir la dépendance de chacune des entités juridiquement autonomes à l'égard du groupe saisi dans sa globalité.

[1283] *Ibid.*

[1284] C. Champaud, « Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français », article précité, p.119 : « *Si agir supposait la personnalité juridique, il n'y aurait pas de groupement sans personnalité juridique* ». Or, « *l'univers quotidien est peuplé de sociétés qui n'ont cure de la personnalité morale, de groupements qui l'évitent sciemment et d'associations qui s'en passent bruyamment, sans que, pour autant, ni les uns ni les autres paraissent en pâtir dans leurs activités et manquer les buts qu'ils s'assignent* ».

[1285] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, op. cit.*, p.39 : « *Le groupement qui n'a pas la qualité de sujet de droit est dépourvu de toute capacité d'action juridique autonome* ».

[1286] *Ibid.*, p.43.

[1287] *Ibid.*, p.43 et 76 : « *On peut ainsi estimer que le mode normal de réalisation de l'activité du groupe requiert le consentement des filiales impliquées dans la réalisation de l'action* ».

2. La dépendance des entités membres à l'égard du groupe

664. Une fois constitué, le groupe exerce en retour une contrainte organisationnelle sur ses entités membres, afin de maintenir son unité et sa cohérence. L'organisation de l'activité économique des entités membres n'est plus comparable à celle pratiquée hors groupe. En même temps que l'unité du groupe se forme, ses entités constitutives se transforment en parties d'un tout. « *La présence de plusieurs éléments pour réaliser une opération globale impose un souci de cohérence qui se traduit par une sorte de « lissage » des éléments constitutifs, c'est-à-dire un encadrement des spécificités de chacun dans le sens de l'opération globale* »[1288]. Pour reprendre l'exemple de la tapisserie proposé par Edgar Morin, parce qu'ils concourent chacun à la réalisation de l'unité globale et originale de la tapisserie, les fils de la tapisserie ne sont pas disposés par hasard. De la même manière que les qualités des fils ne peuvent se comprendre qu'en référence à la tapisserie, l'activité des entités du groupe n'a de sens que replacée dans le contexte de l'activité globale du groupe. Cette influence du tout sur les parties va notamment se traduire par un allégement des structures internes des entités du groupe, une spécialisation de leurs activités, ayant pour corollaire un accroissement de leur dépendance à l'égard de l'organisation du groupe. « *La spécialisation est un des aspects, une des tendances, une des expressions dans les développements organisationnels de la diversité* »[1289]. L'organisation économique du groupe n'échappe pas à la règle.

La spécialisation des activités est un moyen parmi d'autres d'assurer l'agencement d'éléments divers pour obtenir un résultat cohérent que chacune des entités du groupe, prises isolément, n'aurait pu atteindre. En contrepartie, cette spécialisation est un facteur de dépendance des entités du groupe à l'égard de l'organisation interne du groupe. L'organisation devient alors un facteur d'inhibition et d'assujettissement : « *elle apporte l'atrophie ou l'annulation de qualités proprement individuelles* »[1290]. Les entreprises sont spécialisées du fait de l'organisation interne du groupe, mais potentiellement, elles conservent la capacité de développer des compétences non spécialisées qui sont, dans le cadre du groupe, inhibées. Cette inhibition est nécessaire à l'existence même du tout : elle lui assure unité et

[1288] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, *op. cit.*, p.501.
[1289] E. Morin, *La méthode*, *op. cit.*, p.943.
[1290] *Ibid.*

cohérence. L'entité même juridiquement autonome n'organise plus son activité économique et ne la définit plus de la même manière que si elle agissait seule sur le marché. La spécialisation peut se traduire par la mise en place d'entreprises spécialisées dans certaines activités mises à la disposition des autres entreprises du groupe. Tel sera par exemple le cas de services juridiques, comptables, de conseil et de gestion ou encore de services de financement[1291]. L'activité de ces entreprises dépend entièrement de celle du groupe. Si le groupe venait à disparaître, ces entreprises n'auraient plus de raison d'être et seraient vouées à une mort certaine. La mise en place de telles entreprises a ensuite pour effet d'accroître la dépendance des entreprises qui bénéficient de ces services, à l'égard de l'organisation du groupe. Celles-ci peuvent en effet se recentrer davantage encore sur leur cœur de métier par un allégement de leurs structures internes. Plus généralement, pour bénéficier des ressources spécifiques mises en place au niveau du groupe, les entreprises adaptent leurs structures en conséquence. « *En se caractérisant de cette manière, en adoptant des traits singuliers qui ne peuvent prendre sens que relativement à un groupe de pairs auquel elle appartient, ceci est pour l'entreprise la naissance d'une structure spécifique lui conférant une singularité d'autant plus nette et irrécusable qu'elle est assise dans un système relationnel où elle se trouve durablement validée, appelée et renforcée* »[1292]. En d'autres termes, les décisions et activités des entités membres ne peuvent plus être appréciée indépendamment de celles du groupe.

665. La pensée complexe substitue l'interdépendance à la contradiction entre l'unité économique globale du groupe et la pluralité juridique des personnes qui le composent. Unité complexe, le groupe est une totalité organisée dépendante de ses entités juridiquement autonomes et de leurs relations, qui exerce en retour une contrainte sur chacune de ces entités dont l'activité est organisée en dépendance de leur commune appartenance au groupe. La pensée de l'interdépendance entre le tout et les parties représente un véritable défi pour le droit positif, partagé entre le souci d'assurer d'une part « *la finalité économique de l'unité d'objectifs, de stratégie ou de direction du groupe* » et celui de maintenir d'autre part la pluralité des entités juridiquement autonomes sur laquelle repose la structure juridique de groupe. Même si la notion d'interdépendance n'est pas consacrée en droit positif, elle apparaît néanmoins en filigrane de certaines règles juridiques.

[1291] S. Delarre, « La reproduction des groupes d'entreprises comme entités socio-économiques stables », *Revue française de sociologie* 2005, 46-1, p.133.
[1292] *Ibid.*, p.134.

B. L'articulation de l'un et du multiple en droit positif

666. En droit positif, l'articulation de l'un et du multiple se traduit notamment par les relations qu'entretiennent l'intérêt de groupe et l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux. En privilégiant une approche immanente de l'intérêt du groupe (1), il devient possible d'articuler l'intérêt du groupe avec l'intérêt individuel de ses membres (2).

1. L'approche immanente de l'intérêt du groupe

667. Il existe deux approches différentes de l'intérêt collectif : l'une, transcendantale, admet la supériorité de l'intérêt collectif sur les intérêts individuels des membres du groupement tandis que l'autre, immanente, assimile l'intérêt collectif à l'intérêt commun des membres du groupement[1293]. Il convient de reprendre successivement ces deux approches.

668. Selon une approche transcendantale, l'intérêt collectif du groupement, distinct de la somme des intérêts individuels de ses membres, les englobe totalement. « *Extérieur et par nature supérieur* », il s'impose à eux « *par une force et une autorité qui les dépassent* »[1294]. Une séparation stricte s'établit entre le groupement et ses membres[1295] ; mieux, les intérêts individuels sont fondus dans l'intérêt supérieur du groupement. Cette conception de l'intérêt collectif a été développée par Michoud et Saleilles[1296], puis reprise par la théorie institutionnelle et la théorie de la réalité technique de la personne morale[1297]. L'approche transcendantale de l'intérêt collectif n'est pas en mesure de rendre compte de la complexité du groupe, de la relation dynamique qui s'instaure entre le groupe et chacune des entités qui le

---

[1293] T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTDcom.*, 1984, p.593.

[1294] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.* p.154.

[1295] Appliquée aux personnes morales, la conception transcendantale de l'intérêt collectif permet de justifier le principe de la séparation stricte entre la personne morale et ses membres et de fonder ainsi les théories de la transparence reposant sur la notion de variabilité de la personne morale. Voir notamment en ce sens : N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*, p.195.

[1296] L. Michoud, La *théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3e éd., Paris, 1932 ; R. Saleilles, *De la personnalité morale (1910)*, Paris, Mémoires du droit, 2003.

[1297] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, Coll. Droit Civil, 1985, p.171 : « *La rencontre des deux analyses n'est pas fortuite », tant il est vrai que « jusque dans leurs moindres nuances,* [elles] *apparaissent bien comme les deux manifestations parallèles d'une même conception des groupements* ».

composent. Comment, en effet, concevoir la dialectique de l'un et du multiple, si les intérêts individuels sont absorbés par l'intérêt collectif ?

669. Par opposition à la transcendance, l'immanence désigne ce qui est compris dans un être ou un ensemble d'êtres, et qui ne résulte pas d'une action extérieure. Selon une approche immanente, l'intérêt collectif du groupement et les intérêts individuels de ses membres sont de même nature ; ce qui n'empêche pas l'intérêt collectif d'être distinct de la somme des intérêts individuels[1298]. En d'autres termes, l'intérêt collectif ne se définit pas indépendamment des intérêts individuels, mais, distinct de leur somme, il acquiert une consistance originale. Réciproquement, l'intérêt collectif est commun à tous les membres du groupement mais il n'offre qu'une sélection d'intérêts qui n'épuise de loin pas la diversité de chaque intérêt individuel. A défaut de différence qualitative entre l'intérêt collectif et les intérêts individuels[1299], il existe une différence quantitative obtenue par la sélection d'intérêts. « *Un véritable intérêt collectif n'existe alors que lorsque les intérêts des membres du groupement leur sont à la fois communs et spéciaux* »[1300]. Il ne saurait donc y avoir d'antagonisme entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel type des membres du groupement « *dès lors que, par hypothèse, tous les membres possèdent un intérêt semblable dans le groupement. En revanche, le conflit d'intérêts naît de la pluralité de qualités chez un même individu. L'associé, par ailleurs propriétaire d'une entreprise concurrente, n'en a pas moins intérêt, en sa qualité d'associé, à la prospérité de la société dont il détient des actions* »[1301]. L'approche immanente de l'intérêt collectif permet d'établir une relation complexe entre le groupement et ses éléments constitutifs. L'intérêt collectif n'existe pas indépendamment de l'intérêt individuel commun à chacun de ses membres. En retour, l'organisation du groupement exerce une contrainte sur ses membres au nom de la réalisation de l'intérêt collectif. Les membres du groupement acquièrent ainsi une double identité : ils ont leur identité propre et en même temps, ils participent à l'identité du groupement[1302].

[1298] En ce sens, à propos de la personne morale : N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, *op. cit.*, p.200 et 247 : « *L'intérêt de la personne morale est une émanation de l'intérêt des personnes qui l'ont créée et/ou qui l'a font fonctionner. L'immanence (...) fournit une formule pour exprimer que l'intérêt de la personne morale n'est pas totalement étranger aux intérêts des fondateurs et/ou membres mais lié à eux. Il en est étroitement dépendant même s'il en est distinct. Il est issu d'un processus de sélection* ».

[1299] Dans l'approche immanente, l'intérêt collectif et les intérêts individuels sont de même nature.

[1300] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p.193.

[1301] *Ibid.*, p.197.

[1302] E. Morin, *La méthode*, *op. cit.*, p.169. A propos de la double identité des éléments ou individus constituant le système.

670. Le droit positif se réfère expressément à un intérêt concernant des groupements dépourvus de personnalité juridique[1303]. Ainsi, il ait fait mention d'un intérêt commun en matière d'indivision[1304], de sociétés créées de fait et de sociétés en participation[1305] et, plus rarement, d'un intérêt collectif concernant l'action du représentant des créanciers[1306]. L'intérêt commun dont il est question, relève bien d'une approche immanente. Il désigne l'intérêt individuel type de chacun des membres du groupement en leur qualité de membre. Il se définit donc à partir de l'intérêt individuel des membres du groupement, mais, obtenu à partir d'un processus de sélection des intérêts individuels, il ne se réduit pas à la somme des intérêts individuels. Dans ces conditions, l'intérêt commun et l'intérêt collectif peuvent se recouper. Ainsi, lorsque l'article 1833 du Code civil se réfère à l'« intérêt commun des associés », il ne définit pas autre chose que l'intérêt social de la société. L'intérêt social peut être considéré comme l'intérêt commun des membres de la société pris en leur qualité d'associés[1307]. De même, en matière d'indivision, « *un intérêt extérieur à l'indivision soit parce qu'il est celui d'une personne qui n'est pas indivisaire, soit parce qu'il est celui d'un indivisaire pris en une autre qualité que celle de membre de l'indivision, ne saurait être conforme à l'intérêt commun* »[1308]. Aussi, lorsque les membres d'un groupement non personnifié sont mus par un même intérêt homogène ou lorsque l'intérêt de la personne morale correspond à la réalisation de l'intérêt commun de ses membres, alors l'intérêt commun recoupe l'intérêt collectif[1309].

671. Selon la jurisprudence criminelle, l'intérêt du groupe n'annihile pas mais s'articule avec l'intérêt des différentes entités membres. L'intérêt de groupe est défini comme l'« *intérêt économique, social ou financier commun* »[1310] à toutes les entités du groupe. Son existence repose donc sur l'intérêt individuel de ses membres. En même temps, l'intérêt du groupe est distinct de la somme des intérêts individuels de ses membres. C'est souligner ici

---

[1303] Le thème de l'intérêt de l'entreprise ne sera pas abordé dans le cadre du présent développement.

[1304] Articles 815-5 et 815-6 du Code civil.

[1305] L'article 1833 du Code civil faisant référence à l'intérêt commun des associés est applicable aux sociétés créées de fait et aux sociétés en participation.

[1306] Article L.621-39 du Code de commerce.

[1307] *Contra* : D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I, 488.

[1308] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*, p.109.

[1309] *Ibid.*, p.119 : L'auteur conclut à la synonymie des termes d'intérêt commun et d'intérêt collectif. Dans le même sens, mais plus nuancé : T. Hassler, admet également qu'un intérêt commun puisse recouper un intérêt collectif, tout en précisant que l'intérêt commun demeure un « concept autonome » distinct de l'intérêt collectif lorsque les personnes morales « *transcendent les intérêts communs de leurs membres en raison des valeurs universelles qu'elles défendent* » (« L'intérêt commun », article précité)

[1310] Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, n°84-91581, *Rev. soc.*, 1985, 648, note B. Bouloc ; *JCP E* 1986, 20585 note W. Jeandidier ; *D.* 1985, 478, note D. Ohl.

« *l'autonomie au moins partielle de l'intérêt commun* »[1311]. L'intérêt du groupe étant commun à toutes les entités membres, il ne saurait justifier le sacrifice d'une entité au profit de l'une ou plusieurs autres entités du groupe. La réalisation de l'intérêt du groupe implique en effet que tous les membres du groupe bénéficient, à situation égale, des mêmes avantages. A défaut, « *il y aurait abus ou détournement de pouvoir par rupture d'égalité, sanctionné par la nullité ou les règles de la responsabilité civile, lorsque son exercice, sans être justifié au regard de l'activité du groupement et de la réalisation de son but, ne vise qu'à favoriser certains membres au détriment des autres* »[1312].

672. La reconnaissance expresse de l'intérêt du groupe n'est pas générale mais réservée à l'application de certaines règles de droit positif liées à la protection de l'intérêt social des sociétés. Elle révèle l'existence en droit positif d'une approche globale du groupe saisi dans sa complexité. Immanent à l'intérêt social des sociétés membres, l'intérêt du groupe désigne l'intérêt commun à l'ensemble des sociétés prises en leur qualité de membre du groupe. La référence à l'intérêt du groupe n'a pas pour effet de substituer l'intérêt du groupe à l'intérêt social des sociétés mais d'apprécier la conformité d'un acte à l'intérêt social d'une société dans le contexte particulier d'un groupe[1313]. « *Des opérations a priori anormales au regard de l'intérêt de la société, envisagé sous le seul angle de celle-ci, apparaissent finalement justifiées dès lors que cet intérêt est envisagé au regard des contreparties liées au groupe* »[1314].

673. Comme l'intérêt du groupe ne recoupe que partiellement l'intérêt individuel des entités membres, des tensions peuvent naître, ce qui soulève la question de leur articulation en droit positif.

[1311] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », *Rev. soc.* 2005, n°68.

[1312] G. Wicker, « Personne morale », *Rép. Civ. Dalloz*, 1998, p.8.

[1313] La modification de l'appréciation de la conformité d'un acte à l'intérêt social rejoint l'analyse de Sébastien Pellé relative à l'appréciation de la cause du contrat dans les ensembles de contrats au regard de l'économie générale de l'opération. S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, *op. cit.*, p.254.

[1314] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, 2007, p.358.

2. L'articulation entre l'intérêt du groupe et l'intérêt de ses membres

674. Conformément à la conception immanente de l'intérêt collectif retenue, les intérêts particuliers des entités membres ne se fondent pas en un intérêt supérieur de groupe. Plutôt que d'opposer intérêts particuliers et intérêt du groupe, un équilibre est recherché. En imposant des limites à la contrainte exercée dans l'intérêt du groupe sur les entités membres, la jurisprudence criminelle parvient à maintenir à la fois l'unité du groupe et la diversité de ses entités membres. Ces limites consistent d'une part à prévoir une contrepartie ou à maintenir l'équilibre des engagements entre les sociétés concernées (a), et d'autre part à respecter le principe de proportionnalité entre l'engagement de la société et ses possibilités financières (b).

a) La contrepartie ou l'équilibre entre les engagements des entités membres concernées

675. Selon la jurisprudence Rozenblum, le concours financier ne doit pas être dépourvu de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements des sociétés concernées. Cette première condition vise à protéger l'intérêt individuel de la société qui apporte son concours financier dans l'intérêt du groupe. En l'absence de position claire de la jurisprudence[1315], l'interprétation de la conjonction « ou » divise la doctrine : certains sont favorables au caractère alternatif[1316] tandis que d'autres optent pour une approche complémentaire[1317] de la contrepartie et de l'équilibre. Malgré ces incertitudes, il est néanmoins possible de dessiner les traits les plus saillants de cette condition et de considérer que l'exigence d'équilibre entre les prestations permet en réalité de se prononcer sur le caractère suffisant ou dérisoire de la contrepartie.

[1315] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité,. n°78. L'auteur souligne que la jurisprudence semble éluder la question.

[1316] *Ibid.* p.304 ; D. Rebut, « Abus de biens sociaux », *Rép. Dalloz*, 2002, p.1 à 30, n°74.

[1317] A. Atiback, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2007, p.132 ; C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.77 ; C. Freyria et J. Clara, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *JCP E* 1993, I, p.253.

676. La contrepartie désigne une compensation accordée à une société en raison de son concours financier. Malgré le questionnement de la doctrine[1318], les avantages procurés à la société du fait de son appartenance à un groupe ne peuvent tenir lieu de contrepartie[1319], même s'il arrive à la jurisprudence d'en tenir compte dans son appréciation[1320]. Qu'elle soit matérielle ou non, la contrepartie doit être réelle. Lorsque la contrepartie est matérielle, en général financière, la jurisprudence évalue si cette contrepartie est quantitativement suffisante au regard de l'appartenance de la société à un groupe et abstraction faite des conditions générales du marché[1321]. A défaut, la contrepartie est qualifiée de fictive. En présence d'une contrepartie immatérielle, son appréciation est plus délicate[1322]. Ensuite, l'existence d'une contrepartie s'apprécie au jour de la conclusion de l'acte. Malgré certaines décisions qui se fondent sur le caractère profitable d'une opération pour l'ensemble du groupe, le profit ou la perte ultérieurs engendrés par l'opération ne doivent pas intervenir dans l'appréciation de la contrepartie. Enfin, l'appréciation globale de la contrepartie dans le temps contribue à maintenir un équilibre entre l'intérêt du groupe et l'intérêt particulier de ses membres. La recherche d'une contrepartie dans le temps « *permet de découvrir l'existence de contreparties passées, ou d'envisager une contrepartie future* »[1323]. L'acte litigieux est replacé dans son contexte global. « *L'absence de contrepartie immédiate à l'opération peut être palliée par un équilibre des contreparties au niveau de la relation globale des sociétés* »[1324]. Ainsi, sont considérés comme licites, le prêt justifié par la réciprocité des avances réalisées entre deux sociétés[1325] ainsi que des avances intra-groupes consenties par des filiales à leur société mère

[1318] A. Atiback, *Intérêt social et intérêt du groupe en matière d'abus commis par les dirigeants sociaux*, *op. cit.*, p.200 ; C. Freyria et J. Clara, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », article précité,p.253 ; Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.91.

[1319] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°80 : « *Le droit pénal des affaires ne se range pas à l'analyse économique selon laquelle l'appartenance au groupe de sociétés constitue une contrepartie valable pour la société intégrée* ».

[1320] Ainsi, il arrive à la jurisprudence pénale de tenir compte de la qualité de société mère dans l'appréciation des contreparties à l'avantage consenti. Par un arrêt du 15 novembre 1985, le Tribunal correctionnel de Paris a considéré que la société mère « se devait de venir en aide à sa filiale » qui représentait pour elle un fournisseur important et que l'avance consentie à une autre filiale était justifiée par sa participation « quasi exclusive » dans le capital de sa filiale. (Tb. corr. Paris, 15 novembre 1985, *Gaz. Pal.* 12 juin 1986, p.365, note J-P. Marchi).

[1321] Si la contrepartie au concours financier correspondait aux prix du marché, la question du caractère délictueux ou non de l'acte ne se poserait pas.

[1322] Une remise de dette au profit d'une filiale exsangue a pu être considérée comme une contrepartie suffisante dans la mesure où elle a permis d'éviter un dépôt de bilan qui aurait entaché la réputation de l'ensemble des sociétés du groupe.

[1323] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.79. La contrepartie future est admise à condition d'être suffisamment probable. Cass. crim., 12 novembre 1998, n°97-85325, inédit ; CA Paris, 6 février 1995, *Dr. soc.* 1995, p.17, n°153.

[1324] C. Lhussier, *Ibid.*, p.79.

[1325] Tb. corr., Lyon, 20 juin 1985, *Gaz. Pal.* 20 décembre 1986, p.782, note J.-P. Marchi ; CA Poitiers, 30 avril 1999, sur pourvoi Cass. crim., 21 juin 2000, n°99-83794, inédit titré.

qui ne facturait pas des services rendus à ses filiales[1326]. « *La contradiction de l'autonomie formelle des sociétés et de leur unité économique est en définitive levée grâce à une dissociation temporelle de la notion d'intérêt social* »[1327].

677. L'appréciation globale de la contrepartie conduit à s'interroger sur les sociétés concernées par l'acte. Toutes les sociétés du groupe sont-elles visées ou seulement celles parties à l'acte juridique litigieux ? La position adoptée semble se situer à mi-chemin. Sont ainsi visées non seulement les sociétés directement parties à l'acte litigieux mais encore celles qui sont liées par le même type d'actes dans le groupe, ou encore celles qui participent à la réalisation d'une même opération complexe dans laquelle s'insère l'acte litigieux passé. Pour apprécier la valeur de la contrepartie, les juges peuvent en effet être amenés à « *comparer les contreparties dont bénéficient les sociétés pour des avances ou des prestations de même type. Si des conditions différentes sont pratiquées, celles-ci peuvent révéler la volonté des dirigeants du groupe de favoriser certaines sociétés au détriment des autres* »[1328]. Ensuite, compte tenu de la multiplicité des relations intra-groupes et de la complexité de certaines opérations, il n'est pas exclu qu'« *un concours accordé par une filiale à une autre filiale du groupe peut recevoir une contrepartie, non pas de cette dernière, mais de la société mère* »[1329], ce qui confirmerait l'approche globale du groupe.

678. A l'exigence de contrepartie ou d'équilibre entre les entités membres du groupe, s'ajoute l'exigence de proportionnalité entre l'engagement de l'entité concernée et ses possibilités financières.

[1326] CA Paris, 15 mai 2003, sur pourvoi Cass. crim., 18 mai 2004, n°03-85017, inédit ; CA Versailles, 14 juin 2000, sur pourvoi Cass. crim., 21 mars 2001, n°00-84609, inédit ; Tb. corr. Lyon, 20 juin 1985, *Gaz. Pal.* 20 décembre 1986, p.782, note J.-P. Marchi.

[1327] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p.92. Selon cet auteur, « *la dissociation de la notion d'intérêt en deux autres notions, l'intérêt immédiat et l'intérêt futur, permet de dissoudre l'antinomie et d'affirmer : si la société commet un acte contraire à son intérêt social immédiat dans l'intérêt du groupe, elle poursuit néanmoins un intérêt propre dans la mesure où elle peut raisonnablement attendre une contrepartie future en sa qualité de société apparentée* ».

[1328] C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.81.

[1329] M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°95.

b) La proportionnalité de l'engagement avec les possibilités financières de l'entité membre

679. Le concours financier apporté par l'entité membre du groupe doit être proportionné à ses capacités financières. S'il met en péril sa santé financière, voire même sa vie économique, il constitue un abus de biens sociaux en raison du risque excessif qu'il fait courir à l'entité membre. « *L'incrimination d'abus de biens sociaux qui protège l'intérêt social de la société mise en danger retrouve logiquement son empire* »[1330]. Le concours financier est ici apprécié au regard des forces contributives de la société. « *Toutes les opérations et les formes de concours sont a priori possibles, seule leur mesure, ou plutôt leur démesure, les disqualifie pour prétendre à l'application du fait justificatif de groupe* »[1331]. Ont ainsi été considérés comme des concours financiers dépassant les possibilités financières de la société, le concours financier précipitant la mise en liquidation judiciaire de la société[1332], celui réalisé au détriment de l'activité de la société[1333] ou encore le concours financier dont le montant est disproportionné par rapport aux fonds propres de la société[1334]. En revanche, si la société est bénéficiaire et que le concours financier n'affecte pas sa trésorerie, dans ce cas, les avances peuvent être considérées comme licites[1335]. En principe, la proportionnalité des engagements pris par l'entreprise avec ses capacités financières s'apprécie au moment de l'opération, indépendamment de ses conséquences favorables ou néfastes.

En assortissant le concours financier de conditions visant à protéger l'entité membre et en appréciant la licéité de ce concours au regard de la situation globale du groupe, la jurisprudence reconnaît l'unité économique du groupe, lui garantit la possibilité de mettre en œuvre une politique de groupe, tout en évitant le risque d'atteinte à l'intérêt social qu'une contrainte excessive du groupe pourrait créer. La complexité organisationnelle du groupe mise en évidence, il convient d'en apprécier la spécificité afin de distinguer cette unité organisationnelle d'autres formes voisines.

[1330] *Ibid.*, n°98.
[1331] *Ibid.*, n°103.
[1332] Cass. crim., 18 janvier 1993, n°92-80153
[1333] Cass. crim., 25 janvier 2006, n°05-83863, inédit. En l'espèce, le concours financier avait conduit la société à réduire considérablement ses coûts, ce qui s'était notamment traduit par des licenciements de personnel, et à renoncer à un projet conditionnant l'avenir de l'entreprise.
[1334] CA Paris, 6 février 1995, *Dr. soc.* 1995, p.17, n°53. En l'espèce, la garantie souscrite correspondait à 43% des fonds propres de la société garante.
[1335] Tb. corr. Lyon, 20 juin 1985, précité.

680. **En conclusion**, en adoptant une représentation systémique du groupe, celui-ci ne désigne plus un « objet » mais un système, et plus exactement, un système de systèmes qui se présente sous les traits de l'*Unitas multiplex*. Ce changement de représentation permet de mettre en évidence la relation dynamique qui s'instaure non seulement entre les différentes parties constitutives du tout mais aussi entre le tout et chacune de ses parties.

La notion de groupe ne désigne plus seulement un ensemble d'entités juridiquement autonomes mais une unité complexe composée d'entités juridiquement autonomes. A première vue anodine, la nuance est pourtant importante. A l'image d'une addition d'entités juridiquement autonomes dont le seul point commun est d'être liées à une même entité juridiquement autonome considérée comme le centre unique du pouvoir, succède l'image d'une unité systémique, le groupe, fonctionnant en interdépendance de ses entités membres. La notion de groupe s'enrichit d'un niveau d'analyse supplémentaire : aux relations de pouvoir entre entités membres s'ajoute la relation d'interdépendance entre le groupe et chacune de ses entités membres. Les relations de pouvoir entre entités membres sont replacées dans le contexte systémique global des relations entre le groupe et ses entités membres. Quelles en sont les conséquences ?

D'une part, la découverte de l'unité complexe du groupe permet de mettre en valeur les « qualités émergentes » du groupe, de telle sorte que le groupe est plus que la somme des qualités et propriétés de ses entités membres. Juridiquement, ces « qualités émergentes » se traduisent par l'existence d'un intérêt de groupe distinct de la somme des intérêts individuels de ses entités membres. Unité organisationnelle pourvue d'un intérêt propre, le groupe se présente comme une entité, un nouvel acteur collectif doté d'une capacité collective d'action.

D'autre part, comme elle est formée à partir de l'organisation des relations entre les parties, l'unité complexe ne mène pas une existence autonome mais fonctionne en interdépendance de ses parties. Il est dès lors impossible de considérer le tout sans les parties. La formation et l'existence d'une unité complexe n'annulent pas la diversité des parties : celle-ci ne se fondent pas en un tout. Il en va de même pour le groupe. Dépourvu de personnalité juridique, sa capacité collective d'action repose entièrement sur l'autonomie

juridique de ses entités membres, seules à même de réaliser les actions nécessaires à la réalisation de son intérêt. En ce sens, l'unité complexe du groupe se nourrit de la diversité de ses membres, matérialisée par le maintien de leur autonomie juridique. Chacune des entités membres contribue à la réalisation du tout, quelle que soit sa position dans la structure globale. Un lien se crée entre les entités membres du fait de leur commune appartenance au groupe et de leur participation à la réalisation d'une politique de groupe. Selon l'approche immanente de l'intérêt développée, l'intérêt du groupe n'annule pas l'intérêt individuel de chacune des entités juridiquement autonomes qui le composent. La complexité du groupe est ici mise en évidence par la double identité du tout et des parties : le groupe est à la fois un et multiple, de même les entités juridiquement autonomes contribuent à la réalisation de l'intérêt du groupe tout en poursuivant leur propre intérêt.

La complexité organisationnelle du groupe ainsi mise en évidence, il convient d'en apprécier la spécificité afin de distinguer le groupe d'autres formes d'organisation voisines.

Chapitre 2
La spécificité de l'unité complexe du groupe

681. Le groupe désigne une unité composée d'entités juridiquement autonomes dont les relations entre les membres sont organisées en vue de la réalisation d'un intérêt collectif, entendu comme l'intérêt commun des membres du groupe. Comme le groupe est dépourvu de personnalité juridique, les actes juridiques nécessaires à la réalisation de son intérêt doivent être pris par les organes de représentation des entités membres du groupe. L'organisation interne du groupe limite la part d'incertitude liée au consentement des entités membres par l'exercice d'un pouvoir permettant de contraindre la liberté d'action de ses membres. La nature de ce pouvoir imprime au groupe sa spécificité et permet de le distinguer d'autres formes d'organisation (Section 1). La détermination de la nature du pouvoir caractéristique du groupe permet de révéler la diversité des techniques juridiques nécessaires à sa mise en œuvre et conduit à s'interroger sur la détermination des frontières de la notion de groupe (Section 2).

Section 1. La détermination des relations de pouvoir comme contrainte organisationnelle

682. Préalablement à la détermination de la nature du pouvoir du groupe (§2), il convient d'identifier son existence (§1).

§1. L'existence d'un pouvoir

683. Organisation et pouvoir sont liés. Ce qui permet à une organisation d'exister et de se maintenir est l'exercice d'un pouvoir. Il convient de préciser la notion de pouvoir (A) et d'en identifier le titulaire (B).

A. La notion de pouvoir

684. Le pouvoir n'est pas une qualité intrinsèque à un objet ou à une entité mais est d'essence relationnelle. Il n'existe et ne s'exerce que dans la relation avec l'autre. Le pouvoir n'a d'autre fondement que la relation de pouvoir elle-même et il s'épuise dans les modalités de son exercice. « *Tout individu, fût-il le plus puissant, même le chef de la tribu, le monarque absolu ou le dictateur, n'est qu'une partie du tout ; il représente une fonction qui ne se définit et ne se perpétue que dans le rapport avec d'autres fonctions et ne peut se comprendre que dans le contexte de la structure particulière et des tensions propres à cet ensemble* »[1336]. Face à la reconnaissance croissante du pouvoir dans les relations de droit privé[1337], différentes approches de la notion ont été proposées. Si Emmanuel Gaillard développe une approche normativiste du pouvoir (1), Pascal Lokiec le conçoit davantage comme un rapport factuel (2).

1. La conception normativiste du pouvoir

685. Emmanuel Gaillard définit le pouvoir comme la « *prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* »[1338]. Conformément à une conception normativiste du droit, le pouvoir trouve sa source dans une « *norme attributive de pouvoir* »[1339] et se traduit par l'édiction d'un acte juridique unilatéral. Cet acte juridique a « *une valeur contraignante pour son destinataire* »[1340] ; il s'impose à lui, même en l'absence d'accord de volonté. « *Prérogative finalisée* », le pouvoir est « *orienté vers un but* », celui de la « *satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire* »[1341]. Ce but n'est pas défini par le titulaire du pouvoir, mais par la norme attributive de pouvoir. Il s'agit « *du but*

[1336] N. Elias, *La société des individus*, coll. « Agora », Paris, Fayard, 1997, p.50.
[1337] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.1.
[1338] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p.232.
[1339] *Ibid.*, p.150.
[1340] *Ibid.*, p.140.
[1341] *Ibid.*, p.150.

fixé de façon générale et abstraite par la norme attributive de pouvoir, du but qui sert de référence au juge lorsqu'il apprécie la régularité de l'acte passé par le titulaire du pouvoir »[1342]. Il appartient à la loi et à la jurisprudence de définir ce but dans le cadre de leurs fonctions respectives de création et d'interprétation de la règle de droit, pour ensuite exercer un contrôle de l'exercice du pouvoir[1343]. Le rôle attribué à la norme attributive de pouvoir est ici essentiel.

686. Mais, comme il est parfois difficile d'isoler en droit privé la norme attributive de pouvoir, le pouvoir est le plus souvent identifié à partir de sa « *justification* »[1344]. La justification est une référence aux valeurs sous-jacente à la règle de droit. La justification ne se confond pas pour autant avec le fondement juridique de la règle de droit. « *Une règle de droit est dotée à la fois d'un fondement juridique et d'une ou plusieurs justifications* »[1345] qui peuvent varier dans le temps et traduire ainsi une évolution du droit. La justification, en tant que référence à des valeurs structurant un ordre juridique, a d'une part pour effet de légitimer la règle de droit et d'autre part de la mettre en œuvre[1346]. Selon Pascal Lokiec, s'il est acceptable d'identifier l'existence d'un pouvoir à partir de sa justification, cette démarche conduit néanmoins à un raisonnement circulaire dans le cadre d'une conception normativiste du pouvoir : « *la norme attributive de pouvoir se repèrerait à sa justification alors que cette dernière serait déterminée par interprétation de la norme attributive de pouvoir* »[1347].

687. Une autre limite liée à la conception normativiste du pouvoir consiste à ne considérer que les actes juridiques unilatéraux comme des manifestations de pouvoir. A la notion restrictive d'acte juridique unilatéral, Pascal Lokiec préfère la notion plus large de décision unilatérale qui permet d'intégrer les manifestations d'un pouvoir qui n'entrent pas dans la catégorie des actes juridiques unilatéraux mais qui relèvent pourtant de son régime[1348]. Il propose de considérer le pouvoir comme un rapport de fait.

[1342] E. Gaillard, *Ibid*.

[1343] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., p.324. Sur la justification : F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X Nanterre, 2000.

[1344] *Ibid*, p.324.

[1345] *Ibid*, p.5.

[1346] Tel sera par exemple le cas dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement. En ce sens : P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.6. « *De manière générale, le contrôle du motif légitime est un contrôle de justification* ».

[1347] *Ibid*., p.325.

[1348] *Ibid*, p.327.

2. Le pouvoir comme rapport de fait

688. En considérant le pouvoir comme un rapport de fait, Pascal Lokiec entend élargir la prise en compte par le droit des rapports de pouvoir. Qualifié de factuel, le rapport de pouvoir n'en demeure pas moins juridique dans la mesure où le droit le prend en compte pour en tirer des conséquences juridiques. Cette conception permet d'analyser certains pouvoirs reconnus par le droit mais dont la norme attributive de pouvoir est difficilement repérable. « *Parce que le pouvoir juridique est attribué, institué par le droit, il doit trouver dans une norme un fondement juridique. (...) Au contraire, le pouvoir factuel n'a pas besoin de fondement pour exister ; le droit ne fait que le constater puis le reconnaître, en le soumettant au régime du pouvoir, notamment à une exigence de justification* »[1349]. Le pouvoir est alors identifié à partir d'un faisceau d'indices qui révèlent la capacité d'une personne à diriger l'action de l'autre. En l'absence de norme attributive de pouvoir, la reconnaissance juridique d'un pouvoir factuel peut notamment se traduire par la prise en compte de « *lieux de pouvoir* » comme l'entreprise, l'unité économique et sociale, l'établissement ou encore le groupe. Ces lieux de pouvoir permettent de tenir compte d'un « *pouvoir organisationnel* »[1350], correspondant au pouvoir interne que l'organisation exerce sur ses membres. L'organisation apparaît ainsi comme une structure de pouvoir ou un nœud de relations de pouvoir limitant la liberté d'action de ses membres[1351]. La prise en compte du pouvoir peut donc également passer par la reconnaissance d'organisations correspondant à des « *lieux de pouvoir* » à l'intérieur desquels l'exercice du pouvoir est contrôlé. Le contrôle de l'exercice du pouvoir passe par le recours à des valeurs, toutes irréductibles au registre de la volonté caractéristique du contrat, et seules à même de justifier la décision prise au regard de l'ordre juridique. « *Le droit a un rôle majeur à jouer afin que la décision ne soit pas guidée par les seuls intérêts de celui qui la prend mais soit orientée vers le bien commun. C'est ce rôle qu'il remplit en exigeant du pouvoir qu'il soit exercé dans l'intérêt général, l'intérêt de la famille, l'intérêt social, l'intérêt commun, l'intérêt du groupe, l'intérêt du marché ou encore l'intérêt de l'entreprise* »[1352]. La technique

[1349] *Ibid*, p.333.
[1350] *Ibid*, p.37s.
[1351] E. Friedberg, *L'analyse sociologique des organisations*, Paris, POUR, 1988, p.38.
[1352] P. Lokiec, *Ibid* p.271. Sur l'intérêt de l'entreprise, notamment: B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D*. 2004, n°24, chron., p.1680.

du standard devient alors un instrument de contrôle des décisions permettant au juge d'encadrer le pouvoir au regard des valeurs de l'ordre juridique[1353].

689. Exercé dans un intérêt distinct du sien, le pouvoir n'est pas nécessairement attribué par le droit. Il peut résulter de relations de fait, ce qui contribue à en souligner la nature relationnelle. Il convient à présent de déterminer le titulaire du pouvoir dans le groupe.

B. Le titulaire du pouvoir

690. La mise en évidence de la capacité collective du groupe et de la contrainte organisationnelle que le groupe exerce sur ses membres repose sur l'existence d'un pouvoir sans représentation (1) et sur l'identification de l'agent juridique titulaire du pouvoir (2).

1. Le pouvoir sans représentation

691. Le pouvoir d'une organisation existe indépendamment de sa personnification juridique mais suppose toujours un titulaire, personne physique ou morale. Est-il possible pour une personne d'exercer un pouvoir au nom et pour le compte d'une organisation dépourvue de personnalité juridique ? L'enjeu est d'importance car, en l'absence de personnalité juridique, c'est l'existence d'un pouvoir qui permet de faire accéder à la vie juridique l'intérêt collectif du groupe. Comme le souligne Emmanuel Gaillard, « *le pouvoir se place en bon rang parmi les moyens juridiques autres que la personnification par lesquels « les groupements et organismes sans personnalité réalisent une émergence d'intérêts collectifs hors de l'océan des intérêts individuels, une montée des intérêts collectifs vers une plus grande perfection juridique* » »[1354]. Le pouvoir apparaît alors comme une technique concurrente de la personne morale pour donner corps à l'intérêt collectif d'un groupement.

[1353] *Ibid*, p.274.
[1354] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p.184 ; citation de P. Patarin, « Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », article précité, p.39.

692. Emmanuel Gaillard a démontré l'autonomie du pouvoir par rapport à la notion de représentation et a mis en évidence l'existence d'un pouvoir sans représentation à partir d'une théorie de l'agent juridique. Les termes d'agent juridique et de titulaire du pouvoir sont ici équivalents[1355]. « *Titulaire d'un pouvoir, l'agent est investi de l'aptitude à définir un intérêt qui n'est pas le sien par l'exercice de sa volonté et, ce faisant, à édicter une norme individuelle qui affecte la sphère juridique de l'individu ou du groupement à qui elle s'impose* »[1356]. L'exercice de ce pouvoir dont l'agent juridique est le titulaire, permet de donner corps à l'intérêt d'un groupement même dépourvu de personnalité juridique[1357]. « *Admettre, comme le fait une partie importante de la doctrine, tant à propos de la famille que de l'entreprise, que certains pouvoirs ne sont pas exercés au nom d'un sujet, tout en reconnaissant que les pouvoirs que l'on y observe sont orientés vers un intérêt autre que celui de l'agent qui les exerce, revient à dire qu'il existe des pouvoirs sans représentation* »[1358]. La représentation apparaît alors comme « *un genre d'une espèce plus vaste qu'est le pouvoir* »[1359]. Dégagée de toute idée de représentation, la notion de pouvoir contribue à renforcer le contrôle judiciaire des décisions unilatérales. Comme l'agent juridique exerce le pouvoir dans un intérêt distinct du sien, « *on n'a plus aucun scrupule à concevoir ce contrôle de façon plus rigoureuse que celui qui s'applique à de simples droits subjectifs* »[1360]. Le pouvoir est à la fois un frein et un alibi à la puissance de son titulaire[1361]. Reste à identifier l'« agent juridique » titulaire du pouvoir dans le groupe.

2. L'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe

693. Si le droit positif identifie l'agent juridique titulaire du pouvoir sous les traits d'une entreprise dominante (a), d'autres modes de structuration du pouvoir constitutifs d'un groupe existent (b).

[1355] E. Gaillard, *Ibid*, p.218.
[1356] *Ibid*, p.221.
[1357] *Ibid*, p.184.
[1358] *Ibid*, p.222.
[1359] *Ibid*, p.222.
[1360] *Ibid*, p.231.
[1361] *Ibid*, p.185.

a) L'entreprise dominante comme agent juridique titulaire du pouvoir

694. L'analyse juridique du pouvoir permet de concevoir le groupe non comme une unité parfaitement homogène mais comme une « *structure de pouvoir* » [1362] au sein de laquelle peuvent coexister des intérêts distincts mais unis autour d'un intérêt commun, l'intérêt du groupe. L'intérêt du groupe légitime et limite à la fois le pouvoir de contrainte du groupe sur ses membres. La référence en droit positif à l'intérêt du groupe témoigne de la perception du groupe comme une organisation du pouvoir dont il convient de contrôler l'exercice. L'intérêt du groupe apparaît notamment comme un instrument juridique de contrôle de la conformité des actes à l'intérêt social des sociétés d'un groupe. Il s'agit bien d'un contrôle de justification de la décision, caractéristique du régime juridique du pouvoir[1363].

695. En l'absence de personnification juridique du groupe, le pouvoir ne peut être exercé par un représentant au nom et pour le compte du groupe. Il s'agit d'un pouvoir sans représentation. L'agent juridique titulaire de ce pouvoir peut imposer aux membres du groupe les décisions prises dans l'intérêt du groupe, c'est-à-dire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Le plus souvent, il s'agit d'un membre du groupe qui occupe, de ce fait, une position centrale. L'existence d'une relation de pouvoir entre les membres ne remet pas en cause l'interdépendance verticale, précédemment mise en évidence, entre le groupe et ses membres. Comme le titulaire du pouvoir n'agit pas dans son propre intérêt mais dans l'intérêt du groupe, tous les membres du groupe, y compris l'agent titulaire du pouvoir, sont soumis au pouvoir du groupe. Il a également été souligné qu'en l'absence de personnalité juridique, le groupe agit nécessairement par l'intermédiaire de ses membres. Son organisation interne fixe les modalités de la prise de décision dans et pour le groupe. Celles-ci peuvent varier d'un groupe à l'autre et n'ont d'effet qu'à l'égard de ses membres. Mais, que les décisions soient prises à l'unanimité, à la majorité ou plus fréquemment unilatéralement, un pouvoir de contrainte s'avère nécessaire à la mise en œuvre effective par chacune des entités du groupe des décisions prises à ce niveau.

[1362] *Ibid*, p.231.

[1363] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.224.

696. En droit positif, quelle que soit la dénomination retenue, « société mère », « entreprise exerçant le contrôle », société ou entreprise « dominante », le groupe est le plus souvent présenté comme une structure de domination composée en son sommet d'une personne morale qui concentre le pouvoir entre ses mains et l'exerce sur au moins une autre personne morale. L'agent juridique du pouvoir serait nécessairement une personne morale. Cette approche ne permet toutefois pas de saisir juridiquement l'intégralité des formes d'exercice du pouvoir dans le groupe, ce qui présente l'inconvénient de réduire la portée des dispositions légales applicables aux groupes[1364]. Or, il existe des unités économiques composées d'entités juridiquement distinctes par l'intermédiaire desquelles une politique globale est mise en œuvre, mais qui sont placées entre elles sur un pied d'égalité. A s'en tenir aux seules relations entre les membres du groupe, il n'existe pas de relations de pouvoir, ce qui exclut *a priori* ces unités économiques de la qualification de groupe. Seule une approche globale du groupe permet de découvrir l'existence d'un groupe reposant sur un autre mode de structuration de pouvoir. La découverte de l'unité organisationnelle du groupe fonctionnant en interdépendance de ses parties, a en effet permis de mettre en évidence que le pouvoir de contrainte est celui du groupe sur tous ses membres, sans exception. Une personne morale n'est dominante dans l'organisation qu'en considération de sa qualité d'agent juridique titulaire du pouvoir : le pouvoir dont elle est investie, demeure celui du groupe sur ses membres. Tous les groupes ne sont pas structurés sur ce modèle, ce qui n'affecte pas pour autant leur capacité à faire prévaloir une unité de décision par l'exercice d'un pouvoir sur leurs membres. Tel est notamment le cas du groupe « personnel » et du groupe contractuel à structure circulaire.

b) Les autres modes de structuration possibles du pouvoir

697. Le groupe personnel désigne un ensemble d'entreprises dont l'unité de décision résulte uniquement d'une communauté de dirigeants[1365]. Dans ce type de configuration, il n'existe pas de relation d'entreprise dominante à entreprises dominées. Les entreprises du groupe sont

[1364] Voir en ce sens la section 2 du présent chapitre.
[1365] C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », article précité.

contrôlées par un ou plusieurs dirigeants communs qui coordonnent leurs actions afin de réaliser une politique de groupe. La jurisprudence et la doctrine admettent avec une certaine réticence le groupe personnel, principalement en raison de l'absence de liaisons financières entre les différentes unités du groupe. Une évolution est toutefois perceptible aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Ainsi, en matière fiscale, la jurisprudence adopte une conception extensive de la loi du 24 janvier 1984 en admettant, la possibilité pour des sociétés d'un groupe personnel de conclure des conventions de trésorerie[1366]. En l'espèce, une convention de trésorerie a été conclue entre deux sociétés n'ayant aucun lien en capital entre elles, mais ayant un associé et dirigeant commun, majoritaire dans l'une et égalitaire dans l'autre. En principe, l'article L.511-7, 3° du Code monétaire et financier subordonne la licéité des opérations de trésorerie entre sociétés à des liens de capital, directs ou indirects, conférant à l'une des entreprises un pouvoir de contrôle effectif sur l'autre. Selon une lecture littérale de l'article L.511-7, 3° du Code monétaire et financier, des opérations de trésorerie entre des entreprises d'un groupe personnel ne peuvent être admises. Mais, contre toute attente, la Cour de cassation pose, dans un arrêt que certains qualifient de principe[1367], que le contrôle d'un groupe peut être « *assuré par une personne physique en qualité d'entrepreneur individuel ou de dirigeant de sociétés* ». Le caractère spécifique de la notion de contrôle dans les opérations de trésorerie est ici affirmé. Par rapport aux articles L.233-3 et L.233-16 du Code de commerce, une personne physique peut exercer le contrôle sur des sociétés, sans qu'une participation majoritaire soit nécessaire, une participation égalitaire étant même admise, pourvu que la personne physique ait la qualité d'entrepreneur individuel ou de dirigeant. La simple communauté de personnes physiques ne saurait en effet suffire en présence de simples investisseurs. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation exige de la personne physique d'agir en « *qualité d'entrepreneur individuel ou de dirigeant de sociétés* ». Il ne reste donc plus que deux limites au domaine personnel de l'exception : sont exclus de son bénéfice les « groupes contractuels » qui reposent exclusivement sur des relations conventionnelles entre entreprises et les « groupes personnels » dont le ou les associés communs n'ont ni la qualité de dirigeants ni celle d'entrepreneur individuel.

698. En matière d'abus de biens sociaux, la Chambre criminelle entretient une certaine méfiance à l'égard des groupes personnels dans lesquels des dirigeants omnipotents

[1366] Cass. com., 10 décembre 2003, *Rev. soc.* n°3/2004, p.669, J-J Daigre; *D.* 2004, n°40, p.2830, note J-C Hallouin ; *Revue de Droit Bancaire et Financier* 2004, p.89.

[1367] En ce sens : J.-J. Daigre, note sous Cass. com., 10 décembre 2003, précité, p.669.

détenteurs de l'ensemble des capitaux peuvent être tentés d'exercer un pouvoir à des fins personnelles[1368]. De plus, la jurisprudence[1369] semble subordonner l'existence d'un groupe à des relations en capital entre sociétés. Certains auteurs[1370] déduisent de cette exigence que la seule existence d'un personnage central, détenteur des droits dans les diverses sociétés, ne suffit pas à établir l'existence d'un groupe justifiant des faits susceptibles de constituer des abus de biens sociaux. D'autres[1371] ne voient pas d'inconvénients à la reconnaissance des groupes personnels. En réalité, en matière d'abus de biens sociaux, l'élément déterminant demeure l'existence d'une politique de groupe exercée dans l'intérêt commun des sociétés. Or, c'est ce qui peut faire défaut dans certains groupes personnels[1372] et justifier la condamnation des dirigeants.

699. Le droit allemand reconnaît la possibilité de former volontairement un groupe par la conclusion d'un contrat. Certains groupes optent pour la conclusion d'un contrat en vertu duquel des entreprises se placent sous la dépendance d'une autre qui fait prévaloir une unité de direction. Mais, le droit allemand prévoit aussi la possibilité pour des entreprises de former un groupe par contrat tout en étant placées sur un pied d'égalité les unes par rapport aux autres. Aux termes de l'article 18§2 de l'Aktiengesetz[1373], des entreprises juridiquement autonomes, placées entre elles sur un pied d'égalité, mais réunies sous une direction unique, forment également un groupe. L'article 291§2[1374] de l'Aktiengesetz précise encore que le contrat ainsi conclu n'est pas un « Beherrschungsvertrag » ou contrat de domination mais un « Gleichordnungsvertrag », c'est-à-dire un contrat par lequel des entreprises se placent contractuellement sous une direction unique, tout en demeurant, entre elles, sur un pied d'égalité. Tel était le cas des entreprises du groupe Bofrost dans une affaire soumise à la Cour de Justice des Communautés Européennes et portant sur l'application de la directive relative au comité d'entreprise européen[1375]. Les entreprises de ce groupe étaient liées entre elles par

[1368] Cass. crim., 24 septembre 1998, n°97-85143, inédit, Legifrance ; Cass. crim., 29 janvier 1998, n°96-86412, inédit, Legifrance.

[1369] Cass. crim., 8 avril 1999, n°98-81756, inédit, Legifrance.

[1370] B. Bouloc, « Droit pénal et groupe d'entreprises », *Rev. soc.* 1988, p.188, n°10.

[1371] A. Atiback, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, *op. cit.*, p.43s ; C. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, *op. cit.*, p.50 ; M.-E. Boursier, « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », article précité, n°36s ; C. Freyria et J. Clara, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », article précité.. p.251.

[1372] Tout particulièrement dans des micro-groupes dirigés de manière autocratique dans l'intérêt personnel de ses dirigeants.

[1373] §18, 2 AktG, précité.

[1374] §291, 2 AktG, précité.

[1375] CJCE, 29 mars 2001, Bofrost, n°C-62/99, *JCP* E 2001, p. 784 ; *DO* 2002, p. 84 ; *RJS* 7/01, n°648.

un « Gleichordnungskonzernvertrag » que la Cour présente comme un « *accord particulier visant à établir une parité entre les diverses entreprises appartenant au groupe, afin qu'aucune ne domine et qu'aucun rapport de subordination n'existe entre elles* » et qu'elle qualifie d'international. Cet accord confiait la direction européenne du groupe à un « Lenkungsausschuss » (comité de direction) et prévoyait la création d'un « comité consultatif des associés » dont « *l'agrément est nécessaire pour l'adoption de certaines décisions (...) relatives aux affaires et de celles qui ne relèvent pas du cadre normal de l'activité commerciale* »[1376]. La conclusion d'un « Gleichordnungsvertrag » assure l'unité du groupe par la coordination de l'action de ses membres qu'elle met en place. Le comité de direction exerce un pouvoir de contrainte sur chaque membre du groupe afin que ses décisions soient effectivement mises en œuvre, si besoin est, après agrément du comité consultatif des associés. Certes, ce contrat repose sur l'autonomie de la volonté des parties au contrat, mais il est en même temps générateur d'un pouvoir lié à la prérogative contractuelle que les parties au contrat attribuent à un organisme créé pour exercer ce pouvoir. La distinction du contrat et de la prérogative contractuelle permet de révéler l'existence d'un pouvoir contractuel. « *Le pouvoir contractuel prend (...) sa forme la plus achevée lorsqu'il est octroyé à une structure distincte des contractants, un « organisme » pour reprendre un terme utilisé par Demogue ou une « structure de gouvernance » pour adopter une notion tirée de l'analyse économique du contrat* »[1377]. La décision émanant de l'organisme créé par la volonté des parties s'impose unilatéralement à ces dernières et les place ainsi dans une relation de pouvoir à l'égard d'un agent juridique qui n'est pas une entreprise dominante mais un organisme spécifique chargé de définir la politique du groupe.

700. En définitive, l'unité du groupe est garantie par l'exercice d'un pouvoir qui assure la coordination de l'action de toutes les entités du groupe en vue de la réalisation de l'intérêt du groupe. Le pouvoir du groupe rend possible la mise en place à ce niveau d'une unité de décision économique qui se matérialise par la définition et la mise en œuvre effective d'une politique de groupe. C'est par l'exercice effectif d'un pouvoir en vue de la réalisation de l'intérêt du groupe que l'unité organisationnelle du groupe existe et, inversement, l'exercice de ce pouvoir ne se justifie qu'au regard de l'unité organisationnelle du groupe. En l'absence de personnalité juridique du groupe, il s'agit d'un pouvoir sans représentation confié à un

[1376] *Ibid.*
[1377] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.187.

agent juridique titulaire du pouvoir qui ne peut l'exercer dans son intérêt personnel mais dans l'intérêt du groupe. L'approche globale du groupe permet de mettre en évidence que ce pouvoir s'exerce sur toutes les entités du groupe, y compris sur l'agent juridique titulaire du pouvoir. En droit positif, l'agent juridique du pouvoir est le plus souvent qualifié d'entreprise dominante ou de société mère, mais il existe d'autres modes de structuration du pouvoir que seule une analyse globale du groupe permet de mettre en évidence.

701. Pour assurer le maintien de l'unité organisationnelle du groupe, le pouvoir organisationnel doit reposer sur des techniques juridiques capables de lui assurer une stabilité suffisante. Il convient à présent de déterminer la nature de ce pouvoir.

§2. La nature du pouvoir organisationnel du groupe

702. « *La construction d'une relation de pouvoir constitue le prélude à la perception de toute organisation par le droit* »[1378]. Pourtant, toutes les organisations ne se ressemblent pas, la nature du pouvoir imprimant à l'organisation ses traits caractéristiques[1379]. Aussi, la détermination de la nature du pouvoir organisationnel du groupe permet d'exclure le groupe du modèle de l'entreprise (A) et de mettre en évidence l'existence d'un modèle organisationnel alternatif (B).

A. L'exclusion du modèle de l'entreprise

703. La détermination de la nature du pouvoir caractéristique du groupe, doit permettre de distinguer le groupe de l'entreprise (2), figure incontournable du droit du travail (1).

[1378] E. Peskine, *Les réseaux d'entreprises et le droit du travail*, *op. cit.*, p.95.
[1379] *Ibid.*, p.97 : « *L'émergence de formes de pouvoir différentes s'accompagne de la perception d'une autre forme d'organisation* ».

1. Le modèle de l'entreprise en droit du travail

704. En droit du travail, l'entreprise est une notion structurante qui repose sur une relation de pouvoir spécifique : la relation de travail subordonnée entre un employeur et un salarié[1380]. L'organisation, ici l'entreprise, est construite par référence à un pouvoir, celui de l'employeur ; et réciproquement, le droit reconnaît et encadre l'exercice de ce pouvoir à travers l'organisation, de telle sorte que « *constitution de l'entreprise par le pouvoir, et perception de la relation de pouvoir à travers l'entreprise s'enrichissent mutuellement* »[1381]. La relation de travail subordonnée apparaît alors comme la forme de pouvoir caractéristique de l'entreprise, qui la distingue d'autres formes d'organisation. Elle se traduit par l'association de l'assujettissement à un pouvoir et de la non participation aux risques de l'activité[1382]. Est un salarié, le travailleur soumis à un pouvoir, qui ne participe pas aux risques de l'activité. Le critère de la participation ou non aux risques de l'entreprise permet de tracer la frontière entre le travail salarié et le travail indépendant.

705. Forme dominante, si ce n'est exclusive, de la relation de pouvoir en droit du travail, la relation de travail subordonnée ne se conçoit qu'au sein de l'entreprise qui apparaît alors à son tour comme la forme organisationnelle par excellence du droit du travail. Si l'entreprise a longtemps été considérée comme la figure exclusive de l'organisation en droit du travail, le droit du travail s'est enrichi de nouveaux modèles organisationnels, afin d'enrayer l'impact des nouvelles formes d'organisation des entreprises sur la relation de travail. Sans remettre en cause le modèle de l'entreprise qui structure des pans entiers du droit du travail, se greffent d'autres modèles distincts de l'entreprise. La reconnaissance juridique du groupe participe d'un tel mouvement.

[1380] *Ibid.*
[1381] *Ibid.*
[1382] *Ibid.*, p.106.

2. L'exclusion de la notion de groupe du modèle de l'entreprise

706. La correspondance entre la nature du pouvoir et la forme de l'organisation a été soulignée. L'entreprise est une organisation qui repose sur une relation de subordination entre un employeur et un salarié appartenant à une collectivité de travail. Il peut être tentant de gommer les séparations juridiques du droit des sociétés afin d'assimiler le groupe à une entreprise et de considérer l'entreprise dominante comme l'employeur réel des salariés, détentrice d'un pouvoir de direction effectif. Mais, admettre que le groupe relève du modèle de l'entreprise revient à considérer que la relation de pouvoir caractéristique du groupe demeurerait, sous une forme différente, identique dans sa nature à celle de l'entreprise. Or, tel n'est pas le cas puisque les techniques de recomposition du pouvoir patronal ne permettent pas de définir les contours organisationnels du groupe et, à l'inverse, les relations de contrôle inter-entreprises caractéristiques du groupe sont impropres à l'identification du titulaire du pouvoir de direction sur les salariés.

707. De ce fait, même si des entités d'un groupe sont souvent qualifiées d'employeurs conjoints, l'existence d'un groupe est en soi indifférente à la qualification d'employeurs conjoints. « *Le seul élément objectif de qualification est le rapport qui se noue entre le salarié et chaque entreprise* »[1383], et ce rapport correspond à l'exercice d'un pouvoir de direction. Qu'elles appartiennent ou non à un groupe, il suffit que des entités juridiques exercent un pouvoir de direction sur un salarié, même en l'absence de contrat de travail, pour être considérées comme ses co-employeurs. Il s'agit de reconstituer la figure de l'employeur, malgré la dilution du pouvoir de direction entre une pluralité d'entités juridiques distinctes. Les modalités d'exercice du pouvoir diffèrent sous l'effet des relations inter-entreprises, mais sa nature demeure identique et son « *identification obéit aux mêmes règles* »[1384]. L'unité de décision concentrée entre les mains d'une entreprise dominante ne caractérise pas l'exercice d'un pouvoir de direction liant un employeur à un salarié. Le pouvoir de direction de l'employeur sur le salarié ne se déduit pas de la relation de pouvoir existant entre les entités du groupe. Par référence au modèle de l'entreprise, l'entreprise dominante ou toute autre entreprise membre d'un groupe ne peut être responsable envers le salarié qu'en présence d'un

[1383] *Ibid.*, p.148.
[1384] *Ibid.*, p.147.

pouvoir de direction auquel il est soumis[1385]. L'observation vaut aussi bien pour la détermination de l'employeur que pour la recomposition de la collectivité de travail[1386]. Ainsi, la dépendance de sociétés à l'égard d'une même société holding ne caractérise pas en soi l'unité du pouvoir de direction constitutive d'une unité économique et sociale[1387]. Ensuite, toute organisation, même construite sur un modèle pyramidal, n'est pas assimilable au modèle de l'entreprise. Si le droit positif privilégie une représentation pyramidale de la notion de groupe, notamment par l'intermédiaire de la notion d'entreprise dominante, cela ne signifie pas pour autant que la notion de groupe relève du modèle de l'entreprise. La nature du pouvoir caractéristique du groupe est d'une nature distincte que l'on doit préciser.

B. L'émergence d'un autre modèle organisationnel

708. Le modèle organisationnel du groupe n'est pas concurrent de celui de l'entreprise, mais complémentaire. Il repose sur une relation de pouvoir distincte de celle qui unit un employeur à un salarié. Le pouvoir du groupe semble nécessairement reposer sur des relations en capital (1), technique de mise en place d'une relation d'autonomie contrôlée (2) qui conduit à considérer le groupe comme un réseau hiérarchisé (3).

1. Le pouvoir du groupe fondé sur des relations en capital

709. Toutes branches du droit confondues, les dispositions relatives à la notion de groupe reposent très majoritairement, et à quelques exceptions près, sur des relations en capital. Les relations inter-sociétés fondées sur la détention, plus ou moins importante, d'une fraction du capital constituent « *le moyen de droit commun de formation des groupes* »[1388]. Face aux limites, déjà soulignées, du seul critère de la détention en capital, les définitions légales du contrôle[1389] s'attachent à préciser les moyens d'exercice d'un pouvoir d'une société sur une

[1385] Sauf à établir l'absence d'autonomie juridique de la société employeur ou sa fictivité.
[1386] Voir en ce sens Partie 1, Titre 1, Ch.2 « L'aménagement des notions juridiques en droit du travail ».
[1387] Cass. soc., 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n°164.
[1388] P. English, *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, Thèse Angers, 1980, p.13.
[1389] Articles L.233-3 et L.233-16 du Code de commerce.

autre[1390]. Or, qu'il s'agisse du critère de la détention des droits de vote, de la nomination des dirigeants sociaux ou encore de la conclusion de pactes d'actionnaires statutaires ou extrastatutaires, ces moyens qui permettent à une société d'exercer un pouvoir sur une autre, impliquent toujours la détention d'une fraction du capital, même minoritaire. En renvoyant ou en s'inspirant des définitions légales du contrôle, les définitions du groupe véhiculent une conception restrictive du groupe, selon laquelle cette forme d'organisation repose nécessairement sur des relations en capital. Malgré une conception extensive de la notion, la définition légale du groupe relative à la mise en place d'un comité de groupe, conforte cette constatation. Elle tient compte des relations de pouvoir entre les entreprises d'un groupe puisqu'elle vise expressément des relations de contrôle et renvoie aux articles L.233-1, L.233-3, I et II, et L.233-16, II du Code de commerce pour préciser les moyens de ce contrôle. Le droit du travail adopte une conception plus extensive du groupe en prenant aussi en compte les effets de la relation de pouvoir liés à l'existence de relations contractuelles d'échange. En faisant expressément référence à l'« influence dominante », l'article L.2331-1, II du Code du travail[1391] envisage la possibilité pour deux entreprises, dont l'une détient au moins 10% du capital de l'autre, d'appartenir à un même ensemble économique, en considération de la permanence et de l'importance de leurs relations. La définition légale exclut pourtant les relations de pouvoir qui reposent exclusivement sur un contrat ou sur une participation inférieure à 10% du capital. Cette exclusion est-elle justifiée par la nature du pouvoir caractéristique du groupe ?

2. La nature du pouvoir caractéristique du groupe

710. Les définitions légales du contrôle déterminent davantage les moyens par lesquels une société peut exercer un pouvoir sur une autre que la nature même de ce pouvoir. La notion de contrôle recouvre en effet deux significations différentes : soit le pouvoir qu'une société détient ou exerce sur une autre soit les moyens d'exercice de ce pouvoir. Il va être démontré que les définitions légales du contrôle n'épuisent pas nécessairement l'ensemble des moyens d'exercice du pouvoir dans le groupe. Mais, ce n'est qu'une fois précisée la nature du pouvoir

[1390] C. d'HOIR-LAUPETRE, « L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés », *D.* 1993, chron., p.248.
[1391] Ancien article L.439-1, II du Code du travail.

de contrôle d'une société sur l'autre qu'il devient possible d'apprécier la pertinence des moyens de contrôle légalement retenus pour identifier un groupe.

711. La nature de la relation de pouvoir caractéristique d'un groupe peut se découvrir à partir des constantes de la définition légale des moyens de contrôle. Les mécanismes de contrôle de type sociétaire permettent l'exercice d'un pouvoir d'une société sur une autre par une application particulière du principe majoritaire, principe qui gouverne la prise de décision dans les sociétés. En contrôlant la majorité du capital ou des droits de vote, en disposant du pouvoir de désigner et de révoquer les dirigeants des organes d'une société, une personne physique ou morale a le pouvoir d'orienter l'action de la société. Seule la société, personne morale juridiquement autonome, et pour le compte de laquelle la décision a été prise par l'intermédiaire de ses organes, est juridiquement responsable de la décision envers les tiers. Dans le cadre d'un groupe, et en application du principe majoritaire, la société qui en contrôle une autre, a le pouvoir de lui imposer la mise en œuvre de décisions prises au niveau du groupe, tout en étant protégée par le voile de la personnalité morale de la société contrôlée. Sauf abus, un pouvoir sans responsabilité s'exerce. Un décalage entre le pouvoir et la responsabilité se crée : la personne juridiquement responsable n'est pas celle qui exerce effectivement le pouvoir.

712. A partir de ces observations et indépendamment de l'identification formelle des moyens de contrôle, un contrôle d'une société sur une autre existe « *lorsque la première est en mesure de vérifier la conformité des décisions de l'autre à une politique qu'elle-même définit et d'imposer le respect de cette politique* »[1392]. Autrement dit, dans le cadre d'un groupe, la société qui exerce le contrôle, définit la politique du groupe et est en mesure d'imposer à la société contrôlée le respect de cette politique. A cette conception du contrôle comme pouvoir, et non plus comme moyens de contrôle, fait écho la notion de contrôle en vigueur en droit communautaire de la concurrence. Ainsi, dans le cadre du contrôle des opérations de concentration entre entreprises, le droit de l'Union européenne de la concurrence définit la concentration à partir du contrôle. Une concentration existe en présence d'un changement durable du contrôle résultant d'une fusion ou de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle, direct ou indirect, d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de

[1392] B. Goldman et P. Franceskakis (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1977, p.80.

participations au capital, achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen[1393]. Ce contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise[1394]. Selon la communication juridictionnelle de la Commission relative au règlement sur les concentrations, l'influence déterminante désigne le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie économique d'une entreprise[1395]. Le contrôle est donc un pouvoir dont l'exercice permet d'orienter la stratégie économique d'une entreprise contrôlée. Il est à l'origine du développement de nouvelles formes d'organisation des entreprises reposant sur un mode de concentration externe des entreprises. Sa particularité est d'établir une relation de pouvoir entre des personnes, physiques ou morales, juridiquement autonomes, ayant pour objet et/ou pour effet d'opérer, par divers moyens juridiques, une concentration du pouvoir économique entre les mains de la personne juridique dominante, tout en laissant la personne juridique dominée assumer seule les risques de l'activité économique. « *L'objet de ces rapports est non seulement de collectiviser, de répartir le risque économique mais encore de diluer la responsabilité* »[1396], malgré la centralisation du pouvoir.

713. Le pouvoir de contrôle a pour effet de placer une entreprise contrôlée sous la dépendance économique de l'entreprise qui exerce le contrôle. La dépendance économique ainsi générée a été abordée par certains auteurs en termes de propriété économique. Selon Catherine Del Cont, la propriété économique « *se présente comme le pouvoir de diriger et de contrôler l'activité d'un ou plusieurs agents économiques avec lesquels le titulaire de cette prérogative n'a aucun lien d'appartenance ou n'a qu'un lien d'appartenance partiel* »[1397]. Cette propriété économique n'a pas vocation à se substituer à la propriété juridique mais, au contraire, se juxtapose à cette-dernière[1398]. La propriété juridique demeure mais, articulée à la propriété économique, son visage est profondément remanié. L'introduction de la propriété économique dans les relations économiques entraîne en effet la remise en cause de l'approche unitaire de la propriété juridique qui prévalait jusqu'à présent. En principe, le concept de

[1393] Article 3.1 du Règlement CE n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JO* n°L024 du 29 janvier 2004, p.0001-0022.
[1394] Article 3.2 du Règlement CE n°139/2004, précité.
[1395] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01), point 19.
[1396] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p.24.
[1397] *Ibid.*
[1398] *Ibid.*

propriété repose sur la concordance parfaite entre l'appartenance et la maîtrise : le propriétaire juridique du bien est également celui qui dispose « *de la faculté d'agir en maître de la chose* »[1399]. Or, les nouveaux modes de concentration des activités économiques mettent à mal cette évidence en dissociant l'appartenance de la maîtrise. En fonction de la technique juridique sur laquelle elle repose, cette dissociation peut prendre plusieurs formes. La dissociation de l'appartenance et de la maîtrise a tout d'abord été identifiée à partir des techniques sociétaires[1400], puis plus tardivement à partir de « *formes plus subtiles de rupture entre l'appartenance et la maîtrise* »[1401] reposant sur le contrat. Catherine Del Cont considère en effet que, quelle que soit la forme juridique des agents économiques, personnes physiques ou morales juridiquement autonomes, la dépendance économique est juridiquement organisée et structurée à partir de prérogatives juridiques découlant, soit du jeu des mécanismes sociétaires, soit des mécanismes contractuels[1402]. Le contrôle sociétaire n'est pas la technique exclusive de la dépendance économique, mais une technique concurrente ou complémentaire de la technique contractuelle. Une relation de dépendance économique peut aussi bien naître d'un contrôle sociétaire que d'un contrôle contractuel.

714. A la dissociation de la propriété juridique et de la propriété économique s'ajoute la dissociation du pouvoir et de la responsabilité, caractéristique du pouvoir de contrôle. Celui qui supporte les risques n'est pas celui qui exerce le pouvoir mais celui qui lui est assujetti. Ce décalage entre le pouvoir et la responsabilité est caractéristique d'une relation de dépendance économique. « *La dépendance économique permet d'atteindre l'un des objectifs majeurs du processus de concentration : opérer le déplacement et la centralisation du pouvoir économique sans pour autant opérer un déplacement corrélatif de la responsabilité* »[1403]. Comme la relation de pouvoir ne porte pas atteinte à l'autonomie juridique de la personne morale assujettie, celle-ci demeure formellement responsable des décisions prises par l'intermédiaire de ses propres organes. « *Juridiquement indépendant, le propriétaire patrimonial ne peut invoquer sa subordination économique pour écarter sa responsabilité ; tant dans les rapports internes de dépendance que dans ses rapports avec les tiers, il demeure seul légalement responsable des conséquences de ses activités économiques* »[1404]. La relation

[1399] J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p.90.
[1400] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, *op. cit*., p.21.
[1401] *Ibid.*
[1402] *Ibid.*, p.244 et suivants.
[1403] *Ibid.*, p.33.
[1404] *Ibid.*, p.51.

de pouvoir ci-dessus décrite repose sur un mode de répartition des risques original qui permet de distinguer cette forme de pouvoir de la relation de travail subordonnée. Tandis que, dans le cadre d'une relation de travail subordonnée, le pouvoir s'exerce nécessairement sur une personne qui ne supporte pas les risques de l'activité et qui, corrélativement, n'en supporte par les profits, le pouvoir dont il est ici question dissocie le titulaire du pouvoir du titulaire des risques[1405]. Un autre élément distingue encore cette relation de pouvoir de la relation de travail subordonnée : l'identification du destinataire du travail. Le salarié placé sous la subordination juridique de l'employeur travaille pour autrui alors que la personne morale travaille pour elle-même mais sous l'influence d'un pouvoir[1406].

715. A côté du pouvoir hiérarchique de type bureaucratique caractéristique du modèle de l'entreprise « fordiste », émerge un autre type de pouvoir, une « *autonomie contrôlée* »[1407], directement lié au processus de concentration externe des entreprises. Ce pouvoir repose sur un paradoxe, « *un processus contradictoire entre l'accroissement d'une centralisation et le développement d'unités plus localisées, autonomes et flexibles* »[1408]. Le contrôle qui en découle est indirect et stratégique et non plus hiérarchique et bureaucratique. « *Il vise le résultat des actions plutôt que la subordination des individus, car il a besoin de leur autonomie, de leur coopération et de leur adhésion qu'il sait manipuler (...) Il s'exerce en aval, c'est-à-dire sur les résultats, avec la possibilité d'accepter ou de rejeter, d'exclure, de faire disparaître ceux qui ne les obtiennent pas, ceux qui ne satisfont pas aux objectifs fixés* »[1409]. Le pouvoir stratégique détermine en amont les résultats à atteindre et contrôle en aval leur réalisation effective, mais il laisse aux entreprises assujetties la liberté de trouver les solutions permettant d'atteindre les objectifs. « *Il tend à faire exécuter par d'autres ce qu'il ne veut pas faire, ce pour quoi il ne veut pas être tenu pour responsable, ce pour quoi il ne veut pas rendre de comptes* »[1410]. Il s'assure de la conformité des actions des entreprises assujetties par un « *système de contraintes indirectes* », notamment financières, conduisant à une normalisation des comportements ajustée à sa stratégie. Si le système de contraintes indirectes fait peser sur l'entreprise assujettie un risque suffisamment fort, susceptible de

[1405] E. Peskine, *Les réseaux d'entreprise et le droit du travail*, *op. cit*.

[1406] *Ibid.* p.268 : « *Le pouvoir peut exister, et être exercé par une personne qui ne recueille pas nécessairement le profit d'une activité, ou qui le recueille indirectement* ».

[1407] B Appay, *La dictature du succès : le paradoxe de l'autonomie contrôlée et de la précarisation*, coll. « Logiques sociales », Paris, 2006, L'Harmattan.

[1408] *Ibid.*, p.69.

[1409] *Ibid.*, p.77.

[1410] *Ibid.*

compromettre sa survie économique, alors le pouvoir stratégique peut « *se contenter de formuler des « recommandations », indiquer les objectifs à atteindre plutôt que d'imposer* »[1411]. Parce qu'il loge au cœur du fonctionnement interne de l'entreprise, il demeure invisible et omniprésent. Ce pouvoir s'apparente alors à un « *art de gouverner* »[1412], c'est-à-dire à un art de conduire les conduites, en vue de la réalisation de certaines fins, par un ensemble de techniques qui permettent d'imposer des normes de comportement (ou d'actions) à des individus et des groupes agissant, en s'assurant de leur collaboration pratique, consciente ou inconsciente.

716. La perception du groupe en est profondément remaniée et permet de révéler une autre facette du groupe à partir de la figure du réseau.

3. Un réseau hiérarchisé

717. Le rapprochement proposé entre l'organisation complexe du groupe et l'organisation en réseau n'est pas fortuit. Tout comme les écrits relatifs à la conceptualisation du réseau, la pensée complexe d'Edgar Morin met l'accent sur les propriétés relationnelles de l'ensemble étudié[1413]. Le réseau « *constitue une « trame » ou une « structure » composée d' « éléments » ou de « points », souvent qualifiés de « nœuds » ou de « sommets », reliés entre eux par des « liens » ou « liaisons », assurant leur interconnexion » ou leur « interaction » et dont les variations obéissent à certaines règles de « fonctionnement »* »[1414]. La référence au réseau cherche à concevoir des ensembles à partir de relations suffisamment stables, « *des modes de totalisation susceptibles d'altérer le moins possible la singularité des relations identifiées et des êtres qu'elles connectent, par opposition aux démarches réductionnistes qui totalisent en rapportant être et relations à des types, à des classes, à des structures originelles* »[1415].

[1411] *Ibid.*, p.78.

[1412] M. Foucault, *Sécurité, Territoire, Population, Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004.

[1413] L. Boltanski et E. Chiapello *Le nouvel esprit du capitalisme, op. préc.* p.209. Les auteurs relèvent la construction d'une représentation du monde reposant sur une grammaire minimale du lien à partir de la multiplication des travaux sur les réseaux aussi bien dans la littérature relevant du management, des sciences de la nature et des sciences sociales. Ils indiquent notamment qu'Edgar Morin associe les travaux sur le management en réseau au thème de la complexité.

[1414] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. préc.* p.24.

[1415] L Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme, op. préc.* p.217.

718. Le réseau est une forme intermédiaire s'inscrivant « *à mi-chemin entre l'arbre et le chaos, entre un ordre linéaire et hiérarchisé et un désordre absolu* »[1416]. Sa structure se construit à partir de relations d'un type spécifique et en fonction de la « cohésion » des acteurs ou de la densité de leurs relations. Il peut s'agir par exemple de relations de collaboration, de conseil, de contrôle ou d'influence…,l'essentiel étant que les relations entre les acteurs sont premières tandis que les caractéristiques ou attributs individuels n'occupent qu'une place secondaire dans la définition du réseau. Il existe donc plusieurs formes de réseau dont la structure d'ensemble est variable selon la nature et l'intensité des relations identifiées. Dans cette perspective, et selon une approche plus extensive, le réseau ne désigne pas seulement une forme d'organisation des entreprises spécifique reposant exclusivement sur des relations contractuelles. Selon François Ost et Michel van de Kerchove, il existe des variétés différentes de réseaux, plus ou moins proches de « l'ordre linéaire et hiérarchisé » ou du « désordre absolu ». « *C'est ainsi que, sans nécessairement tomber dans la « contradiction », on peut parfaitement concevoir l'existence de « réseaux hiérarchisés » ou de « réseaux fermés »* »[1417]. Gunther Teubner ne dit pas autre chose lorsqu'à propos du groupe d'entreprises, il considère que « *sa structure hiérarchique n'est nullement réfractaire à la conceptualité du réseau* »[1418] et l'identifie à un « réseau-organisation » par opposition au « réseau-marché », la composante organisationnelle étant plus forte pour le groupe que pour d'autres formes de réseaux reposant davantage encore sur l'échange contractuel.

719. L'unité organisationnelle complexe du groupe présente les traits d'un « réseau hiérarchisé », construit autour d'une relation de pouvoir spécifique unissant chacun de ses membres. Ce pouvoir de nature relationnelle[1419] n'est pas contradictoire avec la conception même du réseau. Au sein d'un réseau, les relations entre les membres ne sont pas nécessairement égalitaires et peuvent consister en des relations asymétriques de pouvoir. Il n'est pas rare en effet d'identifier un personnage central chargé de coordonner l'ensemble de l'action des entités membres du réseau. Le réseau privilégie alors une conception relationnelle du pouvoir. Autrement dit, le pouvoir d'un membre du réseau sur les autres n'a de sens qu'au regard du réseau dans lequel il est lui-même intégré. « *Tout individu, fût-il le plus puissant,*

[1416] P. Musso, cité par F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. préc*. p.25.
[1417] *Ibid.*
[1418] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, *op. préc*. p.229.
[1419] sur la dimension relationnelle du pouvoir : E. Friedberg, *Le pouvoir et la règle*, Paris, Seuil, 1993.

même le chef de la tribu, le monarque absolu ou le dictateur, n'est qu'une partie du tout ; il représente une fonction qui ne se définit et ne se perpétue que dans le rapport avec d'autres fonctions et ne peut se comprendre que dans le contexte de la structure particulière et des tensions propres à cet ensemble »[1420]. Il convient encore de souligner que le pouvoir réticulaire repose sur une relative autonomie des entités membres du réseau[1421]. Il s'agit d'une « autonomie contrôlée ». « *Pour que le réseau se distingue du marché et d'une organisation hiérarchisée, il est nécessaire qu'il combine l'autonomie avec une certaine dépendance et une permanente interaction entre les entreprises qui l'intègrent* »[1422]. Or, le pouvoir du groupe s'exerce sur l'ensemble des entités membres, y compris sur l'agent juridique titulaire du pouvoir chargé de coordonner l'action de l'ensemble des membres. Il s'agit d'une contrainte systémique : « *l'acteur n'existe pas en dehors du système qui définit la liberté qui est la sienne et la rationalité qu'il peut utiliser dans son action* »[1423]. Ce pouvoir ne prive pas les entités membres de toute autonomie, même si le degré d'autonomie peut varier d'une entité membre à l'autre en fonction de leur position et de leur influence dans le groupe[1424].

720. Bien plus, le pouvoir du groupe ne s'exerce et ne se diffuse dans l'organisation que par l'intermédiaire des entités membres. « Réseau hiérarchisé », plus proche du « réseau-organisation » que du « réseau-marché » pour reprendre la distinction proposée par Gunther Teubner[1425], le groupe repose sur des relations inter-entreprises de pouvoir. Mais, à la différence d'un pouvoir direct et hiérarchique, ce pouvoir s'exerce de manière indirecte et diffuse. Par leur action, chacune des entités membres contribue à la réalisation de l'action collective du groupe à l'origine de la contrainte organisationnelle qui s'exerce sur elles. Certes, l'agent juridique titulaire du pouvoir occupe une place centrale dans l'organisation complexe, puisque c'est lui qui définit la politique du groupe et assure la coordination de l'action des membres du groupe ; il n'en demeure pas moins que, sans la participation active de toutes les entités membres du groupe, l'action collective du groupe ne peut se réaliser. Or, c'est bien cette action collective qui, par un effet de retour, exerce une contrainte (systémique) sur chacun de ses membres. En ce sens, il n'existe pas un centre unique de pouvoir mais un

[1420] E. Elias, *La société des individus*, coll. « Agora », Paris, 1991, p. 50.

[1421] M. M. Leitao Marques, « Du commerce international aux échanges intra-groupes et entre membres d'associations de coopération. L'entreprise poly-locale et les réseaux », *Revue Internationale de Droit Economique* 2003, p. 425.

[1422] *Ibid.*

[1423] M. Crozier E. Friedberg, *L'acteur et le système*, *op. préc*. p.11.

[1424] Il est évident que l'entreprise dominante ou qui exerce le contrôle bénéficiera d'une autonomie plus grande que les autres entreprises du groupe, compte tenu de sa position centrale dans le groupe.

[1425] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op. préc*. p.280.

pouvoir qui se diffuse dans l'ensemble de l'organisation et que l'action individuelle mais coordonnée de chacun des membres contribue à maintenir. « *La représentation juridique du groupe d'entreprises doit ainsi partir du réseau, et se distancier du modèle hiérarchique simple. Elle ne doit plus envisager le pouvoir dominateur logé au sommet, mais la coordination de centres d'action autonomes* »[1426]. Si le groupe agit par l'intermédiaire de chacun de ses membres, alors l'encadrement juridique des relations de travail doit intégrer cette donnée et considérer que ce n'est qu'en agissant sur les parties qu'il devient possible d'agir sur le groupe dans sa globalité, d'encadrer juridiquement les conséquences de cette forme d'organisation sur les relations de travail. Acte doit être pris de l'influence du groupe sur la relation de travail non pas à partir de la seule personne morale employeur ou du seul agent juridique titulaire du pouvoir, mais en prenant en considération l'ensemble des entités membres du groupe. Acte doit également être pris des contraintes de l'action collective sur les actes et décisions de l'employeur qui sont porteurs d'une globalité qu'il convient de prendre en compte.

721. Le groupe est lié au pouvoir : il lui assure le maintien de son unité et la mise en œuvre de sa politique, par la contrainte qu'il exerce sur ses membres. Ce pouvoir repose sur des techniques juridiques dont l'analyse a permis de mettre en évidence la nature particulière. Il faut à présent s'attacher à déterminer les frontières du groupe.

Section 2. La détermination des frontières du groupe

722. Le groupe n'est pas la seule unité économique composée d'entités juridiquement distinctes. Un nombre important d'entités juridiquement autonomes appartiennent à des ensembles suffisamment homogènes pour former une unité économique, sans pour autant être liées entre elles par des liens reposant sur la détention d'une fraction du capital. De tels ensembles peuvent-ils entrer dans le concept de groupe ? En d'autres termes, le pouvoir de contrôle se limite-t-il aux moyens de contrôle de type sociétaire ou peut-il être exercé au moyen d'autres techniques juridiques conduisant également à l'exercice d'un pouvoir de même nature ? Envisager une extension du concept à des techniques de pouvoir différentes ne

[1426] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique, op. préc*. p.229.

doit pas conduire à une dilution du concept. Aussi, il convient de rappeler certains des éléments caractéristiques du concept, précédemment relevés. Association de l'un et du multiple, le groupe est une organisation composée d'entités juridiquement distinctes, orientée vers la réalisation d'un intérêt de groupe, défini comme l'intérêt commun de ses membres. La réalisation de cet intérêt passe par la définition d'une politique de groupe dont la mise en œuvre est assurée par un pouvoir auquel les membres du groupe sont assujettis. Ce pouvoir, concentré entre les mains d'un agent juridique, présente la particularité de ne pas entraîner de déplacement corrélatif de responsabilité. Deux éléments essentiels doivent donc être identifiés : une unité économique composée d'entités juridiquement distinctes et l'exercice d'un pouvoir spécifique exercé dans l'intérêt commun des entités membres. Il convient dans un premier temps de relever les éléments de droit positif tendant à reconsidérer la place des techniques sociétaires de pouvoir (§1) pour ensuite envisager une possible extension du concept à des unités organisationnelles qui en sont *a priori* exclues (§2).

§1. Eléments de droit positif tendant à reconsidérer la place des techniques sociétaires

723. En droit de l'Union européenne (A) comme en droit interne (B), les techniques sociétaires de contrôle ou de détention en capital ne sont pas les seules à être prises en compte pour mettre en évidence tant des relations de pouvoir inter-entreprises que la formation d'unités organisationnelles composées d'entités juridiquement autonomes.

A. En droit de l'Union européenne

724. Sans être homogène, la notion de contrôle développée en droit communautaire ne repose pas seulement sur des techniques de pouvoir de type sociétaire ; elle en intègre d'autres et notamment de type contractuel.

725. La directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 relative à la mise en place d'un comité d'entreprise européen adopte en effet une définition du contrôle plus large que le droit français applicable en la matière. Alors qu'en droit interne, la définition du groupe de dimension communautaire n'envisage pas l'hypothèse de relations de contrôle autres que de type sociétaire, le droit de l'Union européenne définit le groupe comme « *un groupe comprenant une entreprise qui exerce le contrôle et les entreprises contrôlées* », en précisant que la référence à l'« *entreprise qui exerce le contrôle* » désigne celle « *qui peut exercer une influence dominante sur une autre « entreprise contrôlée », par exemple du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* ». Non seulement, l'énumération des modes d'exercice d'une influence dominante n'est pas limitative – il ne s'agit que d'exemples - mais encore, comprise de manière extensive, la référence aux « *règles qui la régissent* » permettrait d'envisager l'existence d'un contrôle contractuel à l'exclusion de tout critère de détention en capital.

726. Plus explicitement, le droit de l'Union européenne de la concurrence a développé une conception assez large du contrôle pour définir les opérations de concentration entre entreprises. Caractérise une concentration le changement durable du contrôle résultant d'une fusion ou de l'acquisition par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle, direct ou indirect, d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital, achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen[1427]. Ce contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise[1428]. Selon la communication juridictionnelle de la Commission relative au règlement sur les concentrations, l'influence déterminante désigne le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie économique d'une entreprise[1429]. Est ainsi admise la possibilité d'orienter la stratégie économique d'une entreprise, c'est-à-dire d'exercer un contrôle, sur le fondement d'un contrat. La Commission précise sur ce point que « *le contrat doit conduire à un contrôle de la direction et des ressources de l'autre entreprise analogue à*

[1427] Article 3.1 du Règlement CE n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, précité.

[1428] Article 3.2 du Règlement CE n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, précité.

[1429] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01), point 19.

celui obtenu par acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs » et être conclu pour « *une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels)* »[1430].

727. La 7e directive du 13 juin 1983[1431] relative aux comptes consolidés adopte une conception extensive des relations inter-entreprises donnant lieu à l'obligation d'établir des comptes consolidés. Elle retient non seulement les situations dans lesquelles le pouvoir de contrôle est fondé sur une majorité des droits de vote, sur des accords ou encore sur une participation minoritaire mais aussi celles dans lesquelles des entreprises placées sur un pied d'égalité forment un ensemble[1432]. En vertu de l'article 1 §1 de la directive, l'obligation d'établir des comptes consolidés et un rapport consolidé de gestion s'impose à toute entreprise, qualifiée d'entreprise mère, qui, en plus d'être actionnaire ou associée dans une autre entreprise, a notamment le droit d'exercer une influence dominante en vertu d'un contrat ou d'une clause des statuts de celle-ci[1433]. L'article 12 de la directive va plus loin en prévoyant la possibilité et non l'obligation pour les Etats-membres d'imposer l'établissement de comptes et d'un rapport de gestion consolidés lorsque des entreprises, sans être liées entre elles par des liens tels que décrits à l'article 1er de la directive, sont placées sous une direction unique en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires[1434], ou lorsque leurs organes d'administration, de direction ou de surveillance sont composés en majorité des mêmes personnes en fonction[1435].

728. En droit interne également, une tendance similaire à la prise en compte de relations inter-entreprises autres que de type sociétaire peut être observée.

[1430] *Ibid.*, point 18.
[1431] Septième directive n°83/349/CEE du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 §3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés, *JO* L.193 du 18 juillet 1983, p.1.
[1432] *Ibid.*, 2ème considérant.
[1433] *Ibid.*, article 1 §1 c) de la directive.
[1434] *Ibid.*, article 12 §1 a) de la directive.
[1435] *Ibid.*, article 12 §1 b) de la directive.

B. En droit interne

729. Par touches successives, le droit interne s'oriente vers la reconnaissance d'unités organisationnelles composées d'entités juridiquement autonomes soumises à une direction commune mais dépourvues de liens de détention en capital ou de contrôle sociétaire. Tel est le cas en matière de combinaison des comptes (1), ainsi qu'en droit du travail (2).

1. La combinaison des comptes

730. L'article L.233-16 du Code de commerce impose l'obligation d'établir des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe à toutes les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs sociétés ou qui exercent une influence notable sur celles-ci. Certaines entreprises liées entre elles par des liens n'entrant pas dans le cadre défini par l'article L.233-16 du Code de commerce, ont l'obligation d'établir des comptes combinés. L'emploi en droit français d'une terminologie spécifique, la combinaison, est destiné à éviter toute confusion avec la consolidation des comptes de l'article L.233-16 du Code de commerce. La combinaison des comptes reflète la reconnaissance en droit positif d'ensembles d'entreprises dont la cohésion ne résulte pas de liens de participation mais qui n'en forment pas moins une entité[1436]. Le périmètre de combinaison inclut toutes les entreprises qui répondent aux conditions requises, quels que soient leur activité, leur lieu d'implantation et leur forme juridique[1437], étant précisé qu'une entreprise ne peut être intégrée qu'à un seul périmètre de combinaison. Le périmètre de combinaison englobe les entités constitutives d'un « ensemble de tête » unies entre elles par un lien de combinaison et, s'il y a lieu les entités qu'elles contrôlent en droit ou en fait, directement ou indirectement. En ce sens, le périmètre de combinaison est plus large que celui de la consolidation.

[1436] Selon le Conseil national de la comptabilité, « *les entreprises qui constituent un ensemble, mais dont la cohésion ne résulte pas de liens de participation, peuvent préparer des comptes combinés afin de présenter les comptes de cet ensemble comme si celui-ci était formé d'une seule entité* » (Avis 94/02 du 28 octobre 1994).

[1437] Par exemple, si un ensemble d'entreprises ayant une direction commune comprend non seulement des entreprises commerciales mais également un organisme à but non lucratif, les comptes de celui-ci sont combinés avec ceux des entreprises commerciales.

731. Selon le Conseil national de la comptabilité, un lien de combinaison existe lorsque deux ou plusieurs entités ont, en vertu d'un accord ou de relations suffisamment proches, soit une direction commune, soit des services communs assez étendus pour engendrer un comportement social, commercial, technique ou financier commun. La simple poursuite d'objectifs communs, notamment moraux ou sociaux voire économiques, ne permet pas à elle seule de présumer ce lien. L'importance et la durée du lien de combinaison doivent être suffisantes et sont appréciées en fonction du centre réel de décision et du niveau d'autonomie de l'entité combinée, c'est-à-dire de sa capacité à rompre unilatéralement ce lien sans compromettre la continuité de son exploitation. Un lien de combinaison existe par exemple lorsque des entreprises sont dirigées par la même personne ou un même groupe de personnes aux intérêts communs ou encore lorsque les organisations régionales des entreprises des secteurs coopératifs ou mutualistes, sans être liées juridiquement entre elles, contrôlent l'organisme fédérateur central et forment avec lui, en raison d'accords privilégiés, un groupe homogène à la stratégie et à la direction communes.

732. En permettant à des ensembles d'entreprises n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L.233-16 du Code de commerce de présenter leurs comptes, la combinaison des comptes exprime les limites de la capacité des techniques sociétaires à traduire la diversité des relations inter-entreprises concourant à la formation d'unités organisationnelles plus vastes que l'entreprise. Dans ce prolongement, se dessine en droit du travail une tendance à qualifier de groupe un ensemble d'entités qui ne sont pas nécessairement liées entre elles par des relations de contrôle sociétaire ou de détention en capital.

2. En droit du travail

733. En matière d'épargne salariale, l'article L.3344-1, alinéa 1 du Code du travail[1438] se distingue nettement de la définition légale du groupe relative à la mise en place d'un comité de groupe, en disposant que « *l'intéressement, la participation ou un plan d'épargne d'entreprise peut être mis en place au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* ». Selon la circulaire interministérielle du 22 novembre 2001, cet article ne

[1438] Ancien article L.444-3, alinéa 1 du Code du travail.

s'applique pas nécessairement en présence de liens en capital pourvu que des liens financiers et économiques ayant une certaine importance et stabilité dans le temps existent. Cette conception extensive de la notion de groupe est ensuite corroborée par l'alinéa 2 de l'article L.3344-1 du Code du travail qui prévoit l'application de certaines dispositions du régime de l'épargne salariale dans les groupes aux entreprises incluses dans le périmètre de consolidation ou de combinaison des comptes. La référence à la combinaison contribue à une conception extensive de la notion de groupe, tout en permettant de distinguer l'épargne de groupe du plan d'épargne inter-entreprises[1439].

734. Il convient également de rappeler que la jurisprudence sociale[1440] reconnaît, principalement en matière de reclassement, l'existence d'un groupe entre des entreprises, comme des associations[1441] ou des mutuelles[1442], qui, du fait de leurs formes juridiques et de leurs dispositions statutaires, ne peuvent être liées en capital les unes avec les autres, ou encore entre des entreprises liées entre elles par un contrat de franchise[1443]. Ces décisions sont peu nombreuses et ponctuelles mais reflètent néanmoins les hésitations de la jurisprudence, hésitations également perceptibles en doctrine. Celle-ci est en effet divisée quant à la nature des liens inter-entreprises à prendre en compte pour déterminer le périmètre de l'obligation de reclassement. Certains, à l'instar d'Arnaud Teyssier[1444] ou de Paul-Henri Antonmattei[1445], affirment la nécessité de liens de participation en capital tandis que d'autres[1446] sont favorables à une prise en compte des « groupes contractuels ».

735. Finalement, l'ensemble des éléments de droit positif évoqués a permis de mettre en évidence l'existence d'unités économiques homogènes composées d'entités juridiquement distinctes liées entre elles par des liens autres que de détention en capital ou de contrôle sociétaire. Il souligne aussi en négatif les limites des techniques sociétaires fondées sur la détention en capital et le contrôle sociétaire à embrasser l'ensemble des unités

---

[1439] Article L.3333-2 et suivants du Code du travail. Le plan d'épargne inter-entreprises peut être créé entre des entreprises n'ayant pas de liens entre elles mais unies par un intérêt commun à la mise en place d'un tel plan.

[1440] Voir notamment 1ère partie, Titre 2, Chapitre 2.

[1441] Cass. soc., 13 février 2008, n°06-45567, inédit, Légifrance ; CA Agen, 5 septembre 2006, RG 05/00253, Légifrance ; Cass. soc., 2 décembre 1998, n°96-43547, inédit, Légifrance.

[1442] CA Lyon, 16 mars 2004, n°2000/0374, Légifrance.

[1443] CA Lyon, 14 février 2003, *D.* 2003, somm. comm., p.1657, note L. Noël ; Cass. soc., 17 mai 1994, n°93-41566, inédit.

[1444] A. Teyssier, « L'obligation de reclassement dans le groupe », *JCP* E 2000, n°41, p.1607.

[1445] P.-H. Antonmattei, « Le concept de groupe en droit du travail », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p.12s.

[1446] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.486 ; D. Boulmier, « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel », *Dr. soc.* 1998, p.44-53.

organisationnelles constituées à partir des relations entre des entités juridiquement autonomes, à l'heure où de nombreuses entreprises qui ne sont pas constituées sous la forme de sociétés commerciales tendent à se regrouper et que des réseaux d'entreprises fondés sur des relations contractuelles de pouvoir se multiplient. Admettre de qualifier juridiquement de groupe de telles unités organisationnelles permettrait non seulement de reconsidérer la place des techniques sociétaires comme technique de constitution d'un groupe parmi d'autres mais également d'étendre corrélativement le champ d'application du droit du travail applicable au groupe. Aussi, il convient de déterminer dans quelle mesure notre approche conceptuelle du groupe permet d'envisager une extension de la notion juridique de groupe à des unités organisationnelles qui en sont *a priori* exclues.

§2. L'inclusion possible dans le concept de groupe d'unités organisationnelles qui en sont *a priori* exclues

736. Limiter les relations entre les membres d'un groupe aux seules techniques sociétaires de détention en capital ou de contrôle conduit à exclure d'une part les ensembles d'entreprises de l'économie sociale qui, en raison de leur forme juridique, ne peuvent se regrouper à partir des techniques sociétaires et d'autre part les réseaux d'entreprises reposant sur le contrat. Le risque d'une telle exclusion est de réserver l'application des règles du droit du travail attachées à la notion de groupe aux seules unités organisationnelles reposant sur des techniques sociétaires et, corrélativement, d'assurer une protection inégale des salariés selon la technique juridique employée. Aussi, il convient de déterminer si le concept de groupe peut englober les groupes d'économie sociale (A) ou des réseaux d'entreprises fondés sur le contrat (B).

A. Les groupes d'économie sociale

737. La notion de contrôle est étroitement liée à la forme sociale des personnes morales. Qu'il s'agisse des articles L.233-3 ou L.233-16 du Code de commerce ou encore de la 7e directive du 13 juin 1983 relative aux comptes consolidés, ces différentes conceptions du contrôle visent exclusivement des sociétés commerciales[1447]. Or, toutes les personnes morales ne sont de loin pas toutes constituées sous cette forme. Cette limite apportée au champ d'application de la notion de contrôle est d'autant plus regrettable que le droit du travail ne vise pas seulement les sociétés commerciales. Ainsi, et concernant plus particulièrement la représentation collective des salariés au niveau du groupe, l'ancien article L.439-1, I du Code du travail disposait que la mise en place d'un comité de groupe s'appliquait « *aux entreprises et autres organismes mentionnés à l'article L.431-1, quel que soit le nombre de salariés qu'ils emploient* »[1448]. L'ancien article L.431-1 du Code du travail relatif à la mise en place d'un comité d'entreprise, visait notamment toutes les entreprises de droit privé employant des salariés[1449]. Parmi les personnes morales de droit privé entrant dans le champ d'application du droit du travail, certaines d'entre elles, qualifiées d'« entreprises de l'économie sociale », reposent sur un mode d'organisation interne distinct de celui de la société commerciale sur lequel les définitions légales du contrôle se sont construites. Entrent notamment dans cette catégorie les mutuelles, les coopératives et les associations.

[1447] Les articles L.231-1, L.233-3 et L.233-16 du Code de commerce sont insérés dans un Titre III intitulé « *Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales* », tandis que les articles 4 et 12§2 de la 7e directive subordonnent la consolidation des comptes à l'organisation de l'entreprise mère ou d'une ou plusieurs de ses entreprises filiales, en société anonyme, société en commandite par actions ou en société à responsabilité limitée. Quant à l'article L.2331-1 du Code du travail relatif à la mise en place d'un comité de groupe, il renvoie directement aux articles L.231-1, L.233-3 ou L.233-16 du Code de commerce ou subordonne l'exercice d'une influence dominante à une détention en capital d'au moins 10%.

[1448] Le nouvel article L.2331-6 du Code du travail relatif au champ d'application du comité de groupe, précise simplement que « *les dispositions du présent titre* [Titre III Comité de groupe] *sont applicables quel que soit le nombre de salariés employés* » et ne renvoie plus aux dispositions fixant le champ d'application du comité d'entreprise. Introduit dans le cadre de la recodification du Code du travail, ce changement ne devrait pourtant pas avoir de conséquences sur le fond, dans la mesure où la composition du comité de groupe repose toujours, en vertu de l'article L.2333-2 du Code du travail, sur des représentants élus des comités d'entreprise des entreprises du groupe. De ce fait, indirectement, les entreprises concernées par la mise en place d'un comité de groupe sont celles entrant dans le champ d'application des dispositions relatives aux comités d'entreprise.

[1449] L'ancien article L.431-1 du Code du travail dressait la liste suivante : entreprises industrielles et commerciales, offices publics et ministériels, professions libérales, sociétés civiles, syndicats professionnels, sociétés mutualistes, organismes de sécurité sociale, à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, et les associations quels que soient leurs forme et objet. A ces entreprises de droit privé, étaient également visés les établissements publics à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé ainsi que les exploitations, entreprises et établissements agricoles et assimilés, les organismes professionnels agricoles employant des salariés dans les conditions définies à l'article 1144 (1° à 7°, 9° et 10°) du Code rural.

738. Quelle que soit leur activité, les entreprises de l'économie sociale sont organisées par des règles statutaires particulières guidées par les principes de libre adhésion[1450], de non lucrativité[1451] et de gestion démocratique. En vertu de ce dernier principe, les choix stratégiques sont définis conformément à la règle « une personne, une voix » : chaque adhérent compte pour une voix, indépendamment de son apport en capital pour une coopérative, de l'importance du contrat souscrit pour une mutuelle ou de son implication dans l'activité de l'association. A la différence de l'actionnaire dont le nombre de voix, et donc le pouvoir dans la société, dépend du nombre de parts sociales détenues, le principe de la gestion démocratique assure un partage égalitaire du pouvoir entre les membres aux réunions de l'assemblée générale ou dans l'élection des dirigeants ou de leurs représentants à un niveau organisationnel supérieur. Le principe de la gestion démocratique des organisations de l'économie sociale conduit à s'interroger sur la possibilité, pour de telles entités, de constituer un groupe. En effet, comme le pouvoir de l'entreprise est réparti entre tous les membres, selon le principe « *une personne, une voix* », il ne peut juridiquement y avoir de contrôle au sens des articles L.233-3 et L.233-16 du Code de commerce. Faut-il pour autant conclure à l'impossibilité pour un ensemble de mutuelles, de coopératives ou d'associations de constituer un groupe ?

739. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les entreprises de l'économie sociale sont présentes sur les mêmes marchés de biens et de services que ceux des sociétés de capitaux. Elles subissent donc les mêmes contraintes de marché liées à l'accroissement de la concurrence et peuvent ressentir le besoin de se regrouper. Il est en effet devenu fréquent pour un certain nombre de ces entreprises de confier la réalisation d'une partie de leur activité à des filiales, sociétés anonymes placées sous leur contrôle exclusif. La formation de tels groupes témoigne de la nécessité, pour ces entreprises, de se regrouper afin d'assurer leur survie économique et pose plus fondamentalement la question des modes de concentration économique des entreprises de l'économie sociale entre elles.

[1450] Qu'il s'agisse d'une mutuelle, d'une coopérative ou d'une association, leurs membres adhèrent volontairement à l'organisation, par la souscription d'un contrat dans le cas d'une mutuelle, par la souscription d'une part sociale, quel qu'en soit le montant dans le cadre d'une coopérative ou le versement d'une cotisation pour l'adhérent d'une association.

[1451] Le principe de non lucrativité n'interdit pas la réalisation de profits mais signifie que, contrairement aux actionnaires d'une société, les membres ne sont pas rémunérés sur les profits proportionnellement à leur apport en capital et n'ont pas de droit sur les réserves. En vertu de ce principe, aucun dividende ne peut être versé aux adhérents d'une association ou d'une mutuelle et les excédents sont affectés à des réserves qui constituent l'unique source de financement de leurs activités. Dans les coopératives, le principe de non lucrativité est toutefois d'application relative. L'adhérent, ou le sociétaire s'il s'agit d'une coopérative, a toujours une double qualité : il est client du bien ou du service produit et membre de l'organisation.

740. La transposition des directives communautaires « assurances »[1452] en droit interne a été l'occasion d'une refonte du Code de la mutualité et de l'ouverture d'un débat plus général sur l'adaptation des entreprises de l'économie sociale aux évolutions économiques, dans le respect des principes qui les fondent. La question de nouvelles formes d'organisation de l'économie sociale a été abordée et de nombreuses propositions allant dans le sens de la constitution de « groupes de mutuelles »[1453] et plus largement de « groupes d'économie sociale »[1454] ont été faites. L'ordonnance du 19 avril 2001[1455] portant transposition des directives communautaires « assurances » introduit, à l'article L.212-7 du code de la mutualité, une notion de groupe qui tient compte de relations autres qu'en capital. Selon cet article, des mutuelles ou unions peuvent former entre elles ou avec des institutions de prévoyance et/ou des entreprises d'assurance ou de réassurance, un groupe. Outre l'hypothèse dans laquelle l'un de ces organismes exerce un contrôle sur une ou plusieurs entreprises d'assurance ou de réassurance du fait de la détention d'une fraction de leur capital, un groupe peut également se former en l'absence de telles relations, lorsque ces organismes ont « *soit une direction commune, soit des services communs assez étendus pour engendrer une politique commerciale, technique ou financière commune* » ou en présence de « *liens de réassurance importants et durables* ». Les entreprises entrant dans le champ d'application de l'article L.212-7, sont tenues d'établir des comptes combinés[1456]. Dans le même sens, les articles L.931-34 du Code de sécurité sociale[1457] et L.345-2 du Code des assurances[1458] prévoient l'obligation d'établir des comptes consolidés en présence d'un « *ensemble dont la cohésion ne résulte pas de liens en capital* », lorsque les conditions, identiques à celles fixées

[1452] Dir. 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 et 92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992.

[1453] A. Bacquet, « Rapport. Etude de certaines difficultés soulevées par l'application aux mutuelles régies par le Code de la mutualité de plusieurs dispositions des directives européennes concernant les assurances », mai 1994. La Fédération Nationale de la Mutualité Française proposait quant à elle la création de Groupes d'Intérêts Mutualistes (GIM). M. Rocard, P. Penaud, R. Schwartz et B. Bezard, *Mission mutualité et droit communautaire, Rapport au premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1999.

[1454] P. Soulage, *Les groupes d'économie sociale. Mission Délégation à l'Economie Sociale*, 20 avril 2000, disponible sur le site http://www.esfin-ides.com

[1455] Ordonnance n°2001-350 du 19 avril 2001 relative au code de la mutualité et transposant les directives 92/42/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992, *JO* n°95, du 22 avril 2001.

[1456] Article D.212-5 du Code de la mutualité.

[1457] L'article L.931-34 du Code de la sécurité sociale vise non seulement « *deux ou plusieurs institutions de prévoyance* » ou unions d'institutions, mais aussi les « *groupements paritaires de prévoyance, entreprises soumises au contrôle de l'Etat en application de l'article L.310-1 ou de l'article L.310-1-1 du code des assurances, sociétés de groupe d'assurance définies à l'article L.322-1-2 du même code, mutuelles ou unions de mutuelles relevant du livre II du code de la mutualité, unions de groupe mutualiste* ».

[1458] Selon cet article, « *lorsque deux ou plusieurs entreprises soumises au contrôle de l'Etat en application de l'article L. 310-1 ou de l'article L. 310-1-1, sociétés de groupe d'assurance définies à l'article L. 322-1-2, institutions de prévoyance ou unions régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale ou mutuelles ou unions régies par le livre II du code de la mutualité constituent un ensemble dont la cohérence ne résulte pas de liens en capital, l'une d'elles établit et publie des comptes combinés* ».

à l'article L.212-7 du Code de la mutualité[1459], énumérées respectivement aux articles D.931-34 du Code de la sécurité sociale et R. 345-1-1 du Code des assurances, sont réunies. Ces dispositions témoignent de la reconnaissance juridique d'une nouvelle entité fondée sur des relations autres que de contrôle. Mais, la qualification de « groupe » de l'article L.212-7 du Code de la mutualité ne constitue-t-elle pas un abus de langage ?

741. L'analyse des structures de regroupement des mutuelles, des institutions de prévoyance et des sociétés d'assurance et de réassurance mutuelles, apportent un certain nombre de précisions. Il apparaît en effet possible pour une entité juridiquement autonome de se soumettre à un pouvoir par l'adhésion à une structure chargée de la coordination de l'activité de ses adhérents (1), ou par la mise en place de liens de réassurance importants et durables (2).

1. Le mécanisme de l'adhésion ou le principe de la soumission volontaire à un pouvoir

742. L'ordonnance n°2001-767 du 29 août 2001 reconnaît non seulement la possibilité pour des sociétés d'assurance de capitaux de se regrouper avec d'autres sociétés d'assurance dépourvues de capital social, mais également, et pour la première fois, la possibilité pour des sociétés d'assurance sans capital social de se regrouper entre elles[1460], sous la forme d'une société de groupe d'assurance mutuelle[1461] ou d'un groupement paritaire de prévoyance[1462]. Malgré leurs spécificités, ces deux formes de groupement présentent des traits communs, formalisés dans des dispositions légales et réglementaires dont l'analyse doit permettre de se prononcer sur l'existence ou non d'un groupe. Dans le cadre de ce développement, la société de groupe d'assurance mutuelle (a) ainsi que le groupement paritaire de prévoyance (b) seront traités plus en détail afin de mettre en lumière la manière dont le mécanisme de l'adhésion peut abriter un principe de soumission volontaire à un pouvoir.

[1459] A la différence de l'article L.212-7 du Code de la mutualité, les articles D.931-34 du Code de la sécurité sociale et R.345-1-1 du Code de la mutualité précisent simplement que la direction commune ou la communauté de services résulte d'un accord entre les entités et que les liens de réassurance existent en vertu de dispositions contractuelles, statutaires ou réglementaires.

[1460] La lettre du Gema, « De nouveaux instruments pour les regroupements de mutuelles », octobre 2001, n°110, p.2.

[1461] Article L.322-1-3 du Code des assurances.

[1462] Article L.933-5 et suivant du Code de la sécurité sociale.

a) La société de groupe d'assurance mutuelle

743. Pour établir l'existence d'un groupe, il importe de relever d'une part l'existence d'une unité organisationnelle composée d'entités juridiquement autonomes, mue par un intérêt distinct de la somme des entités membres, et d'autre part l'existence d'un pouvoir sans représentation confié à un agent juridique qui occupe, de ce fait, une position centrale dans le groupe.

L'existence d'une unité organisationnelle

744. Création *sui generis* de l'ordonnance n°2001-766 du 29 août 2001 dotée de la personnalité morale, la société de groupe d'assurance mutuelle est un instrument juridique de concentration externe[1463], adapté à des entreprises telles que les mutuelles, institutions de prévoyance et unions, qui ne peuvent se regrouper sur le fondement de relations en capital[1464]. Son activité consiste « *à nouer et à gérer des liens de solidarité financière importants et durables* »[1465] entre ses adhérents. L'adhésion est formalisée par une convention d'affiliation[1466] dont le contenu décrit les liens, obligations, engagements et modalités de partage des coûts ou toute autre forme de coopération entre une société de groupe d'assurance mutuelle et l'entreprise affiliée[1467]. Sur le fondement de l'article L.322-1-4 du Code des

[1463] Dans le cadre du contrôle des concentrations, la constitution d'une société de groupe d'assurance mutuelle est qualifiée de concentration au sens de l'article L.430-1 du Code de commerce. Elle s'apparente en effet à une fusion de fait donnant naissance à la création d'une unité économique commune.

Voir en ce sens : Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 9 août 2006, aux conseils de la société SMABTP, relative à une concentration dans le secteur des assurances, C2006-36, Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (BOCCRF), n°7bis, du 15 septembre 2006 ; Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 21 novembre 2003, aux conseils des sociétés MAAF Assurances et La Mutuelle du Mans IARD, relative à une concentration dans le secteur des assurances ; BOCCRF, n°8 du 30 septembre 2004 ; Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 23 novembre 2005 aux conseils des groupes MAAF et MMA, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance, C2005-51, BOCCRF, n°7bis, du 15 septembre 2006.

[1464] L'article L.322-1-3 du Code des assurances dispose en effet que « *la société de groupe d'assurance peut décider de fonctionner sans capital social à condition de compter au moins deux entreprises affiliées et dont l'une au moins est une société d'assurance mutuelle. En outre, les entreprises affiliées ne peuvent être que des mutuelles ou unions relevant du livre II du code de la mutualité, des institutions de prévoyances ou unions relevant du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, des sociétés d'assurance mutuelle relevant du code des assurances ou des entreprises d'assurance ou de réassurance à forme mutuelle ou coopérative ou à gestion paritaire ayant leur siège social dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Si elle remplit ces conditions, la société de groupe d'assurance peut être dénommée "société de groupe d'assurance mutuelle* ».

[1465] Article L.322-1-2 du Code des assurances.

[1466] Article L.322-1-3, alinéa 1 du Code des assurances.

[1467] Article R.322-166 du Code des assurances.

assurances[1468], le Comité des entreprises d'assurance[1469] apprécie la conformité des conventions d'affiliation à la réglementation et a dégagé dans ce cadre certains principes[1470] relatifs aux objectifs et modalités de la solidarité financière. Celle-ci doit notamment permettre d'assurer en permanence la couverture des engagements réglementés et la couverture des exigences de marge de solvabilité de chaque entreprise affiliée. Les modalités d'organisation de la solidarité financière sont laissées à l'appréciation des entreprises affiliées mais peuvent notamment se matérialiser par la création d'un fonds de solidarité, par la capacité d'emprunt de la société de groupe d'assurance mutuelle au profit d'une entreprise affiliée[1471] ou encore par le cautionnement des emprunts par une autre entreprise affiliée. La solidarité financière peut également prendre d'autres formes comme la mise en place d'un mécanisme de réassurance interne[1472]. Selon le Comité des entreprises d'assurance, les statuts ou les conventions d'affiliation devraient préciser que le déclenchement de ces mécanismes au profit d'une entreprise ne saurait mettre en péril la situation financière des autres ou le respect de leurs engagements réglementaires.

745. La société de groupe d'assurance mutuelle se présente donc comme une technique juridique permettant à ses membres de se regrouper et d'organiser leurs activités en commun afin d'en retirer un bénéfice supérieur à celui qui aurait pu être obtenu individuellement. L'adhésion à une société de groupe d'assurance mutuelle repose sur la volonté commune de ses membres d'agir ensemble. Les liens de solidarité financière incitent à la mise en œuvre d'une véritable politique de groupe. Tel est notamment ce qui ressort de la création de la société de groupe d'assurance mutuelle ci-après dénommée « SGAM BTP »[1473]. En 2007, les

---

[1468] En vertu de l'article L.322-1-4 du Code des assurances, « *la conclusion par une entreprise d'une convention d'affiliation à une société de groupe d'assurance ou la résiliation de celle-ci font l'objet d'une déclaration préalable au Comité des entreprises d'assurance. Celui-ci dispose d'un délai dont la durée est fixée par décret en Conseil d'Etat à compter de la réception du dossier pour s'opposer à l'opération projetée si celle-ci apparaît contraire aux intérêts des assurés. Il en va de même lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une mesure d'exclusion de la société de groupe d'assurance* ».

[1469] Autorité administrative indépendante relevant des articles L.413-1 et suivants du Code des assurances, le Comité des entreprises d'assurance a pour principales missions d'autoriser les différentes activités que peuvent exercer les entreprises d'assurance relevant du Code des assurances, les modifications d'actionnariat de ces entreprises, les transferts de contrats d'une entreprise d'assurance à une autre et d'examiner les nominations des dirigeants d'entreprises d'assurance.

[1470] Comité des entreprises d'assurance, Rapport d'activité 2007, disponible à l'adresse suivante : *http://www.ceassur.fr/*

[1471] Article R.322-163, VIII du Code des assurances.

[1472] Article R.322-84 du Code des assurances : « *Il peut être formé (...) entre entreprises affiliées par convention à une même société de groupe d'assurance mutuelle, des sociétés de réassurance mutuelles ayant pour objet la réassurance des sociétés qui en font partie* ».

[1473] Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 9 août 2006, aux conseils de la société SMABTP, relative à une concentration dans le secteur des assurances, C2006-36, Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (BOCCRF), n°7bis, du 15 septembre 2006.

sociétés SMABTP, l'Auxiliaire et CAMBTP ont décidé de constituer la SGAM BTP afin de parachever le processus de rapprochement, initié depuis plusieurs années déjà, entre ces trois sociétés. La création de la SGAM BTP doit permettre de renforcer leur solidarité financière, de mettre en commun leur savoir faire et d'organiser leur coopération tout en maintenant leur autonomie, leur spécificité et leur liberté commerciale. Plus précisément, et selon le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, il ressort de ses statuts et des conventions d'affiliation que la SGAM BTP a pour objectif « *de nouer et gérer des liens de solidarité financière importants et durables entre les entreprises affiliées, de coordonner la politique de réassurance des entreprises affiliées et de constituer des liens permanents et durables de réassurance commune, de contribuer à la solvabilité des entreprises affiliées, d'élaborer une gestion commune des actifs, d'établir des comptes combinés à partir des comptes des entreprises affiliées, de préparer et mettre en œuvre des politiques communes dans les domaines de la formation, de la prévention et de la gestion des règlements de sinistres* »[1474].

En 2003, une argumentation identique avait déjà été développée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, concernant la création de la « SGAM Covéa » par six entités appartenant au groupe MAAF et au groupe MMA[1475]. Dans une perspective proche mais néanmoins quelque peu différente, le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a pu relever que la création de la « SGAM AG2R – La Mondiale » entre les entreprises du même nom[1476], avait, au regard de ses statuts et des conventions d'affiliation, pour objectifs « *de nouer et gérer des liens de solidarité financière importants et durables ; de conduire les politiques utiles aux entreprises affiliées et à leurs sociétaires ou participants ; d'établir, pour les activités concurrentielles des entreprises affiliées, une politique commerciale cohérente, afin d'exploiter au mieux la complémentarité des produits de chacun ; d'arrêter les comptes combinés des activités concurrentielles ; d'évaluer les moyens nécessaires au développement du nouvel ensemble et servir de support à l'organisation commune des activités des affiliés ; de veiller à ce que chaque affilié soit en mesure d'assurer ses obligations réglementaires ; de faciliter l'accession éventuelle, par une approche de groupe et un esprit de solidarité, aux*

[1474] Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 9 août 2006, aux conseils de la société SMABTP, relative à une concentration dans le secteur des assurances, C2006-36, Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (BOCCRF), n°7bis, du 15 septembre 2006.

[1475] Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 21 novembre 2003, aux conseils des sociétés MAAF Assurances et La Mutuelle du Mans IARD, relative à une concentration dans le secteur des assurances ; BOCCRF, n°8 du 30 septembre 2004. Voir également la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 23 novembre 2005 aux conseils des groupes MAAF et MMA, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance, C2005-51, BOCCRF, n°7bis, du 15 septembre 2006.

[1476] Il s'agit de l'institut de prévoyance AG2R Prévoyance et de la société d'assurance mutuelle La Mondiale.

ressources nécessaires aux activités des entreprises affiliées ; de proposer une politique de communication aux entreprises affiliées adaptée aux objectifs de développements commerciaux communs »[1477].

746. L'unité organisationnelle se compose ainsi à la fois de la société de groupe d'assurance mutuelle et de ses entreprises affiliées. Les relations qui se nouent entre la société de groupe d'assurance mutuelle et les entreprises affiliées donnent naissance à une nouvelle entité composée d'entités juridiquement distinctes. On retrouve ici la dialectique de l'un et du multiple, caractéristique de la notion de groupe. L'affiliation des entreprises à la société de groupe d'assurance mutuelle n'a pas pour effet de fondre ces entreprises en une seule et même entreprise. Les entreprises demeurent toutes juridiquement autonomes, mais leurs activités sont organisées et coordonnées par la société de groupe d'assurance mutuelle, entité dont elles sont à l'origine mais qui, une fois créée, acquiert une existence juridique autonome. L'unité organisationnelle, ainsi obtenue, ne se résume ni à la seule société de groupe d'assurance mutuelle, ni à la somme des entreprises affiliées. Elle n'existe que par l'intermédiaire des relations qui se nouent entre les entreprises affiliées et qui sont organisées par la société de groupe d'assurance mutuelle, celle-ci jouant en quelque sorte le rôle d'une société holding chargée de coordonner l'activité de ses membres. En droit positif, la prise en compte de l'unité organisationnelle globale formée entre la société de groupe d'assurance mutuelle et l'ensemble des entités membres affiliées se traduit notamment par l'obligation d'établir des comptes combinés[1478].

L'existence de relations de pouvoir

747. Pour se maintenir, l'unité organisationnelle doit exercer un pouvoir sur ses membres. En l'absence de relation de contrôle entre la société de groupe d'assurance mutuelle et les entreprises affiliées, l'appartenance de l'entreprise au groupe repose sur la conclusion volontaire d'une convention d'affiliation par laquelle l'entreprise accepte de se soumettre aux règles statutaires de la société de groupe d'assurance mutuelle et à un certain nombre d'obligations définies dans la convention d'affiliation. L'impossibilité d'exercer un pouvoir par l'intermédiaire de relations de contrôle est en quelque sorte compensée par les

[1477] Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 21 août 2007, aux conseils de l'institut de prévoyance AG2R Prévoyance et de la société La Mondiale, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance prévoyance santé et retraite, C2007-49, Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (BOCCRF), n°8bis, du 26 octobre 2007.

[1478] Article L.345-2 du Code des assurances.

dispositions statutaires de la société de groupe d'assurance mutuelle. On retrouve ici la distinction entre le contrat et la prérogative contractuelle génératrice d'un pouvoir contractuel[1479]. A la condition que les statuts de l'entreprise affiliée le permettent, les dispositions réglementaires applicables à la société de groupe d'assurance mutuelle offrent en effet la possibilité de prévoir dans les statuts, un pouvoir de contrôle des entreprises affiliées, y compris en ce qui concerne leur gestion, le pouvoir de soumettre à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société de groupe d'assurance mutuelle, certaines opérations des entreprises affiliées énumérées par les statuts (notamment la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle d'actifs ou de participations, la constitution de sûretés et l'octroi de cautions, aval ou garanties), et enfin le pouvoir de prévoir des sanctions à l'égard des entreprises affiliées[1480].

748. C'est par ce pouvoir que la société de groupe d'assurance mutuelle, agissant en qualité d'agent juridique titulaire du pouvoir, parvient à mettre en œuvre une politique de groupe[1481]. On retrouve ici, mais sous une autre forme, les traits de la relation de pouvoir caractéristique du groupe. La mise en œuvre effective des orientations stratégiques comme le déclenchement des liens de solidarité financière décidés par la société de groupe d'assurance mutuelle repose sur l'action des entreprises affiliées. L'entreprise affiliée, juridiquement autonome, demeure en effet formellement la seule responsable des décisions prises par ses propres organes, mais, du fait de la convention d'affiliation, elle est placée sous l'influence de la société de groupe d'assurance mutuelle qui coordonne l'ensemble de l'activité de ses membres à un niveau supérieur. Le pouvoir ainsi mis en place est relativement stable. Une fois la convention d'affiliation approuvée par les assemblées générales de l'entreprise affiliée et de la société de groupe d'assurance mutuelle[1482] et autorisée par le comité des entreprises d'assurance, une société membre peut difficilement sortir de la société de groupe d'assurance mutuelle[1483].

[1479] Voir le développement relatif au groupe contractuel allemand. Selon Pascal Lokiec, « l*e pouvoir contractuel prend (...) sa forme la plus achevée lorsqu'il est octroyé à une structure distincte des contractants, un « organisme » pour reprendre un terme utilisé par Demogue ou une « structure de gouvernance » pour adopter une notion tirée de l'analyse économique du contrat* ». P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.187.

[1480] Article R.322-161 du Code des assurances.

[1481] Le Comité des entreprises d'assurance, chargé d'autoriser l'affiliation d'une entreprise à une société de groupe d'assurance mutuelle, vérifie que le déclenchement des mécanismes de solidarité financière au profit d'une entreprise affiliée ne met pas en péril la situation financière des autres entreprises affiliées ou le respect de ses engagements réglementaires. Cette limitation de la solidarité financière n'est pas sans rappeler le contrôle judiciaire exercé par la jurisprudence pénale en matière d'abus de biens sociaux.

[1482] Article R.322-166 du Code des assurances.

[1483] Aux termes de l'article R.322-166 du Code des assurances, la résiliation d'une convention d'affiliation doit être approuvée par les assemblées générales de la société de groupe d'assurance mutuel et de l'entreprise affiliée.

749. A quelques différences près, le groupement paritaire de prévoyance présente un mode de fonctionnement identique.

b) Le groupement paritaire de prévoyance

750. Nécessairement fondé par deux ou plusieurs institutions de prévoyance ou au moins une institution de prévoyance et un autre organisme assureur à gestion paritaire, il peut, une fois créé, accueillir d'autres organismes assureurs[1484]. Le groupement paritaire de prévoyance permet la mise en place d'une politique commune à l'ensemble de ses adhérents puisqu'il a pour objet « *de faciliter la définition et la mise en œuvre d'orientations communes des activités de ses membres* », de « *veiller à l'application par chacun des membres de ses orientations communes* » notamment dans « *la fixation des tarifs, politique de développement, gestion financière, principes directeurs communs en matière de cessions et d'acceptations en réassurance, gestion du personnel et action sociale* »[1485]. Il dispose à cet effet d'un pouvoir de contrôle, la loi prévoyant la mise en place par le conseil d'administration d'une organisation commune permettant d'atteindre ses objectifs et de contrôler les mouvements financiers entre ses membres[1486]. Le groupement paritaire de prévoyance n'est pas une structure d'assurance ou de réassurance mais une structure de regroupement et de contrôle de l'activité de ses membres qui demeurent tous directement responsables de la garantie de leurs engagements[1487]. Dans l'exercice de leur activité économique, les membres du groupement paritaire de prévoyance demeurent donc juridiquement responsables de leurs actes, même s'ils sont placés sous une « *influence dominante (...) à raison de l'existence de liens de solidarité importants et durables résultant d'engagements financiers ou de dirigeants ou de services communs* »[1488]. Le groupement paritaire de prévoyance organise donc l'activité de ses adhérents en vue de la mise en œuvre d'une politique de groupe définie dans leur intérêt commun. L'unité organisationnelle ainsi formée ne se réduit ni à l'activité de coordination du groupement paritaire de prévoyance, ni à celles de ses adhérents mais est le résultat de leur

[1484] Article L.933-5 du Code de la Sécurité Sociale.
[1485] *Ibid.*
[1486] *Ibid.*
[1487] *Ibid.*
[1488] Article R.933-7 du Code de la Sécurité Sociale.

association. En adhérant au groupement paritaire de prévoyance, les adhérents acceptent d'agir en commun et de se soumettre volontairement au pouvoir du groupe dont le groupement paritaire de prévoyance est l'agent juridique. Ce pouvoir prend ici la forme d'un pouvoir statutaire.

751. Les exemples de la société de groupe d'assurance mutuelle et du groupement paritaire de prévoyance permettent de concevoir la formation d'un groupe en l'absence de tout lien de détention en capital entre des entités membres qui demeurent juridiquement autonomes et responsables. L'adhésion à une structure commune chargée de coordonner l'activité de ses membres, marque la volonté de chaque entité membre de participer à « *un véritable projet commun, une politique d'ensemble qui se fonde sur un intérêt collectif* »[1489]. Chacune des entités membres a en effet un intérêt commun à la réussite globale du projet dans la mesure où celle-ci conditionne la réussite de leur propre activité économique. Sous l'impulsion de la société de groupe d'assurance mutuelle ou du groupement paritaire de prévoyance, les relations entre les membres du groupe s'organisent pour former une nouvelle unité, un groupe, qui se maintient, en retour, par l'exercice d'un pouvoir sur ses membres. Ce pouvoir est confié à la société de groupe d'assurance mutuelle ou au groupement paritaire de prévoyance, les agents juridiques titulaires du pouvoir, et est exercé par l'intermédiaire de leurs statuts auxquels les membres affiliés ont volontairement accepté de se soumettre. L'approche globale du groupe permet ainsi de mettre en évidence comment des membres affiliés placés sur un pied d'égalité, peuvent tout de même appartenir à un groupe et être assujettis à son pouvoir. Il peut en être de même en présence de liens de réassurance.

2. Le lien de réassurance comme moyen d'exercice d'un pouvoir

752. L'article L.212-7 du Code de la mutualité prévoit l'existence d'un groupe entre des entreprises liées entre elles par « *des liens de réassurance importants et durables* ». L'article 2§1 de la directive 2005/68/CE[1490] définit la réassurance comme « *l'activité qui consiste à accepter des risques cédés par une entreprise d'assurance ou une autre entreprise de*

[1489] X Jalain, *Les groupes d'associations. Vers un droit commun des groupes de personnes morales*, Thèse, Paris I, 2003, p.27.
[1490] Directive 2005/68/CE du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, *JO* L.323 du 9 décembre 2005.

réassurance ». Le principal avantage de la réassurance est de permettre à des entreprises d'assurance d'assurer des risques supérieurs au niveau que leurs seuls fonds propres autoriseraient. La réassurance favorise ainsi le développement de l'activité des sociétés d'assurance ainsi que leur positionnement sur de nouveaux marchés. Juridiquement, l'opération de réassurance se matérialise par la conclusion d'un traité de réassurance, contrat par lequel le réassureur, qualifié de cessionnaire, s'engage, moyennant une rémunération, à rembourser à un assureur dit cédant, tout ou partie des sommes dues ou versées par l'assureur à ses assurés, à titre de sinistre. Selon l'importance du lien de réassurance établi avec un réassureur, un assureur peut perdre toute autonomie dans la définition de ses garanties[1491], alors même qu'il demeure intégralement responsable des risques qu'il assure envers l'assuré[1492]. L'importance du lien de réassurance est appréciée au regard de la capacité de la cédante à rompre ce lien unilatéralement sans compromettre la continuité de son exploitation[1493]. Il convient de préciser que ces liens de réassurance ne suffisent pas à eux seuls à établir l'existence d'un groupe. Ils ne représentent qu'une technique distincte du contrôle capitalistique permettant d'exercer un pouvoir sur un ensemble de sociétés d'assurance en vue d'assurer la cohésion de l'ensemble. Mais, de la même manière que l'existence d'un contrôle ne suffit pas à établir l'existence d'un groupe en l'absence de politique globale, des liens de réassurance ne suffisent pas à eux seuls à établir l'existence d'un groupe. De tels liens peuvent tout au plus constituer des présomptions d'existence d'un groupe et peuvent être corroborés par une série d'autres indices révélateurs d'une véritable unité organisationnelle.

753. Par l'intermédiaire de liens de réassurance, il est possible d'intégrer des entités juridiquement autonomes dans une unité globale dont la cohérence est assurée par l'entreprise de réassurance. Des sociétés d'assurance mutuelles peuvent par exemple adhérer à une société de réassurance mutuelle (a) ou se regrouper au sein d'une union de sociétés d'assurance mutuelles (b).

[1491] M. Rocard, P. Penaud, R. Schwartz et B. Bezard, « Mission mutualité et droit communautaire », Rapport au premier ministre, Paris, La Documentation française, 1999, p.34.

[1492] Article L.111-3 du Code des assurances : « *Dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés (...), il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré* ».

[1493] Comité de la Réglementation Comptable, Règlement n°2000-05 du 7 décembre 2000 relatif aux règles de consolidation et de combinaison des entreprises régies par le code des assurances et des institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou par le code rural, SectionVI.

a) La société de réassurance mutuelle

754. Selon l'article R.322-84 du Code des assurances, « *il peut être formé, entre sociétés d'assurance mutuelle ou leurs unions (...), des sociétés de réassurance mutuelles ayant pour objet la réassurance des sociétés qui en font partie* »[1494]. La société de réassurance mutuelle doit, pour être valablement constituée, respecter les dispositions relatives aux mutuelles et être composée d'au moins sept adhérents[1495]. Conformément aux principes mutualistes, l'assemblée générale de la société de réassurance est composée de toutes les sociétés adhérentes. Par leur adhésion à la société de réassurance mutuelle, les mutuelles d'assurance ou leurs unions acceptent de se réassurer auprès de la société de réassurance dont c'est l'objet exclusif. Des liens importants et durables de réassurance peuvent conduire une société de réassurance à imposer une politique globale de groupe en matière d'assurance, politique qui s'impose aux sociétés d'assurance adhérentes par l'intermédiaire du contrat de réassurance. Tel est notamment le cas lorsque le contrat de réassurance qui lie les sociétés d'assurance mutuelle à la société de réassurance mutuelle prévoit un niveau élevé de cession des risques assurés.

755. Le schéma organisationnel de Groupama illustre assez bien la constitution d'un groupe à partir des liens de réassurance, à la différence près que l'entité chargée de la réassurance n'est pas une mutuelle mais une société anonyme, la SA Groupama. La formation du groupe Groupama repose initialement sur la réassurance des assurances mutuelles agricoles. Selon l'organigramme du groupe, les caisses locales se réassurent auprès des caisses régionales qui elles-mêmes se réassurent auprès de la SA Groupama, détenue indirectement à 99,9% par les caisses régionales. Outre ses fonctions de réassurance, la SA Groupama définit et met en œuvre la stratégie opérationnelle du groupe, anime et coordonne la politique du groupe en matière de développement, de financement et de ressources humaines[1496]. C'est par l'intermédiaire des liens de réassurance qu'elle parvient à assurer la cohésion de l'ensemble en imposant aux niveaux local et régional des orientations stratégiques prises au niveau du groupe.

[1494] Cette faculté est également ouverte aux membres d'une société de groupe d'assurance mutuelle.
[1495] Sauf si les entreprises d'assurance appartiennent toutes à une société de groupe d'assurance mutuel.
[1496] Site www.groupama.com, rubrique « Groupe – Mutualisme et gouvernance ».

b) L'union de sociétés d'assurance mutuelles

756. Selon l'article L.322-26-3 du Code des assurances, lorsque des sociétés d'assurance mutuelles pratiquent des assurances de même nature, elles peuvent établir entre elles une union de sociétés d'assurance mutuelles, à la condition de céder à l'union, par un traité de réassurance, l'intégralité de leurs risques. L'union ainsi constituée a pour objet exclusif la réassurance intégrale des contrats d'assurance souscrits par les sociétés d'assurance mutuelles adhérentes. Chaque société adhérente conserve son autonomie juridique et son activité financière propre et l'union a une personnalité civile distincte de celle des sociétés adhérentes. L'article L.322-26-3 du Code des assurances prévoit encore que l'union se porte caution solidaire des engagements pris par la société d'assurance mutuelle à l'égard des assurés. Cette caution solidaire s'étend à l'ensemble des opérations pratiquées par la société d'assurance mutuelle et ne peut être limitée à l'une des branches pratiquée[1497].

757. Le traité de réassurance peut même prévoir une substitution intégrale de l'union aux sociétés réassurées en ce qui concerne la constitution des garanties prévues par la réglementation des assurances et l'exécution des engagements d'assurance pris par les sociétés réassurées[1498]. Dans un tel cas de figure, les sociétés d'assurance mutuelles sont dispensées de l'obligation d'obtenir un agrément administratif les autorisant à exercer leurs activités d'assurance, de constituer un fonds d'établissement et une marge de solvabilité et enfin de l'obligation de désigner un commissaire aux comptes, l'ensemble de ces obligations étant reporté sur l'union de sociétés d'assurance mutuelles. Leurs statuts peuvent également prévoir la fixation des tarifs par l'union auprès de laquelle les sociétés d'assurance mutuelles sont réassurées[1499]. Lorsqu'un tel traité de réassurance est conclu, les sociétés d'assurance mutuelles dépendent alors, pour l'exercice de leurs activités d'assurance, de l'agrément administratif accordé à l'union. En cas de résiliation ou d'expiration du traité de réassurance, les sociétés d'assurance mutuelles doivent, dans les deux mois précédent la prise d'effet de la résiliation ou de l'expiration du traité, soit justifier de la conclusion d'un nouveau traité se substituant au traité résilié et ayant obtenu l'accord de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, soit justifier de l'obtention d'un agrément administratif leur permettant

[1497] Article R.322-116 du Code des assurances.
[1498] Article R.322-117-1 du Code des assurances.
[1499] Article R.322-117-2 du Code des assurances.

d'exercer leurs activités d'assurance, soit de justifier de l'autorisation de transfert de leur portefeuille de contrats à une ou plusieurs entreprises agréées. A défaut, elles sont tenues de cesser toute souscription et tout renouvellement de contrat à la date d'effet de la résiliation ou de l'expiration du traité et, à la demande de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, le comité des entreprises d'assurance peut décider de mettre fin aux opérations des sociétés d'assurance mutuelles, cette décision produisant les mêmes effets qu'une décision de retrait d'agrément administratif[1500].

758. Le regroupement de sociétés d'assurance mutuelles en une union autorise le développement d'une action et d'une politique commune d'assurance élaborée au niveau de l'union. Réassurées à 100% par l'union, les sociétés d'assurance mutuelles dépendent, pour le maintien et le développement de leurs activités d'assurance, des capacités de réassurance de l'union. Réciproquement, les capacités de réassurance de l'union dépendent des contrats d'assurance conclus par les sociétés d'assurance mutuelles membres de l'union. Comme les sociétés d'assurance mutuelles membres pratiquent par définition des assurances de même nature et que les risques et les capacités de réassurance sont mutualisés au niveau de l'union et non plus au niveau de chaque société d'assurance mutuelle prise individuellement, il est dans l'intérêt commun des sociétés d'assurance mutuelles de mutualiser leurs efforts au niveau de l'union par la définition d'une politique commerciale commune et la mise à disposition de services techniques communs. L'union agit ainsi dans l'intérêt commun de ses membres et elle impose sa politique par l'intermédiaire des liens de réassurance.

759. Parallèlement aux groupes d'économie sociale, il convient d'envisager si certains réseaux d'entreprises reposant sur le contrat ne pourraient pas être inclus dans la notion juridique de groupe.

[1500] Article R.322-117-3 du Code des assurances.

B. Les réseaux d'entreprises

760. Les sciences de gestion emploient le terme « réseau » pour désigner un mode d'organisation des entreprises capable de relier, sur un fondement contractuel, des entités juridiquement autonomes situées sur différents marchés et territoires. Organisé autour de relations contractuelles durables dont la stabilité repose sur la confiance mutuelle, le réseau d'entreprises est une organisation qui, « *sans s'identifier au marché, ne désigne pas non plus une organisation hiérarchique* »[1501]. Cette « *forme organisée de liens contractuels* »[1502] repose à la fois sur le contrat et l'organisation, dans des proportions variables[1503]. Son caractère hybride en fait une réponse adaptée à la nouvelle donne économique[1504] : le contrat assure au réseau une souplesse de fonctionnement par rapport au modèle d'intégration de l'entreprise hiérarchique tandis que sa dimension organisationnelle est un facteur de sécurité par rapport au marché et permet à ses membres de bénéficier des avantages nés de l'effet de synergie. Le réseau d'entreprises se présente donc comme une unité organisationnelle composée d'entités juridiquement autonomes liées entre elles par des relations contractuelles durables et stables, basées sur la confiance mutuelle. Se retrouve ici la dialectique de l'un et du multiple caractéristique des ensembles complexes. Mais, parce que le réseau d'entreprises repose sur des relations contractuelles, se pose la question de sa pérennité. En d'autres termes, le contrat est-il une technique juridique suffisamment stable pour permettre à une organisation de se maintenir dans la durée ?

761. La création d'un réseau d'entreprises n'exclut pas l'existence de relations de pouvoir ; mieux, ces relations de pouvoir sont organisées par le contrat. Certains réseaux dépassent en effet le seuil des relations de collaboration pour s'engager plus avant dans un processus d'intégration économique[1505]. Ces réseaux se structurent généralement à partir d'une entreprise principale autour de laquelle gravitent des entreprises satellites liées à elle par un

---

[1501] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.16.

[1502] *Ibid.*, p.17.

[1503] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993 ; *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1996. Gunther Teubner distingue ainsi le « réseau-marché » du « réseau-organisation » selon que la dimension contractuelle ou organisationnelle domine, l'autre élément intervenant alors à titre d'orientation secondaire.

[1504] Cf. 1ère partie, Titre 1, Ch.1. de la présente étude.

[1505] Pour un récapitulatif des typologies des réseaux d'entreprises en sciences de gestion : B. Rorive, « L'entreprise réseau : unicité de la formule, diversité des situations », Communication, XIVe Congrès de l'AGRH, Grenoble, 20-22 novembre 2003, http://www.odisser.org/docs/EntrepriseReseau.pdf.

contrat. L'entreprise principale ou « pilote » occupe une position centrale dans le réseau qui lui permet de définir la politique globale du réseau et de coordonner en conséquence l'action de ses membres. Le réseau apparaît alors, derrière le voile contractuel, comme un lieu de pouvoir dont l'exercice place les membres du réseau dans une situation d'inégalité, l'un d'entre eux occupant une position centrale. Certains auteurs ont vu dans cette forme d'organisation des entreprises « *un phénomène d'imitation des groupes à structure sociétaire* »[1506], voire même un « *groupe contractuel* »[1507].

762. Compte tenu du développement considérable des réseaux d'entreprises et de leur impact sur les relations de travail[1508], il convient d'établir si les réseaux d'entreprises peuvent être juridiquement qualifiés de groupe en s'interrogeant d'une part sur l'existence et la nature d'une relation de pouvoir née du contrat (1) et d'autre part sur l'émergence en droit positif d'une approche organisationnelle du réseau (2).

1. L'existence et la nature du pouvoir contractuel

763. Même si l'association du contrat et du pouvoir ne coule pas de source, tant il est vrai que ces deux notions reposent sur deux registres juridiques bien distincts, parfois même antinomiques, ce qui rend d'autant plus difficile l'identification d'un rapport de pouvoir[1509], la doctrine[1510] a mis en évidence que le contrat peut abriter une relation de pouvoir, et mieux encore, lui servir de support et de mode d'organisation, en établissant « *des relations contractuelles asymétriques, qui placent de petites ou moyennes entreprises sous la dépendance d'un puissant partenaire* »[1511]. Tel est le cas des contrats d'intégration[1512] qui, malgré leur diversité, présentent la caractéristique commune de reposer sur « *l'assujettissement contractuel d'un entrepreneur économiquement dépendant à un*

[1506] C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », article précité, p. 1030.
[1507] P. English, *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, *op. cit.*
[1508] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*
[1509] *Ibid*., p.215.
[1510] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*
[1511] F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t.13, Paris, LGDJ, 2007, p.1.
[1512] Les contrats d'intégration désignent des contrats aussi divers que : l'intégration agricole, la sous-traitance structurelle, l'approvisionnement des circuits de la grande distribution en produits sous marque de distributeur sur le secteur de la production, la concession commerciale exclusive, la franchise, la location-gérance de fonds de commerce, certains accords de brevets ou de marques.

partenaire dominant »[1513]. Cet assujettissement est juridiquement organisé puisqu'il repose sur des clauses contractuelles par lesquelles l'intégré consent librement à se soumettre à un ensemble de sujétions qui confèrent à l'intégrateur des prérogatives de pouvoir et de contrôle sur son activité économique. « *L'entrepreneur qui accepte son intégration à l'entreprise d'un partenaire dominant fait usage de sa liberté d'entreprendre, pour y renoncer. C'est dans l'aliénation de sa liberté, consécutive à la conclusion du contrat d'intégration, que réside sa dépendance économique* »[1514]. Par l'intermédiaire de clauses de contrôle et de maintien du contrôle[1515], l'entreprise principale s'assure de la mise en œuvre effective de la politique définie par elle pour l'ensemble du réseau. Ces clauses constituent autant d'indices d'appartenance à un réseau. Elles peuvent établir le contrôle d'une ou plusieurs fonctions de l'entreprise[1516] ou encore de sa gestion interne[1517]. L'efficacité de ces clauses est assurée par des clauses de maintien de contrôle qui assurent la bonne exécution de la politique du groupe, en prévoyant des sanctions dissuasives en cas de refus ou de mauvaise exécution des obligations contractuelles[1518], une obligation de non concurrence ou d'exclusivité territoriale, ou encore l'incessibilité du contrat sauf agrément de l'entreprise principale. De plus, la conclusion de contrats d'intégration implique le plus souvent d'importants investissements rendus possibles par l'assistance financière de l'entreprise principale qui peut ainsi, en imposant une certaine destination à ses prêts, déterminer unilatéralement la politique d'investissement des entreprises membres du réseau.

764. Le pouvoir né du contrat se distingue de la faiblesse économique, davantage liée à l'environnement économique du contrat qu'à son contenu. La définition des « contrats de dépendance » proposée par Georges Virassamy en fournit un exemple. Cet auteur définit les « contrats de dépendance » comme « *ceux régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire, pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le*

[1513] F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, p.10.
[1514] *Ibid.*, p.7.
[1515] P. English, *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, *op. cit.*, p.152s.
[1516] Des clauses d'approvisionnement, de vente ou de gestion des stocks peuvent assurer un contrôle de la fonction commerciale, tandis que des clauses de concession de licence, de fabrication et de vente des produits peuvent assurer celui de la fonction technique d'une entreprise. En ce sens : P. English, *Ibid.*.
[1517] Le contrôle de la gestion interne d'une entreprise peut porter sur sa fonction technique par des clauses portant sur des normes techniques, le personnel ou encore les méthodes de travail, sur sa fonction commerciale par des clauses relatives à sa politique commerciale, ses techniques de vente et d'organisation, sur sa fonction financière et comptable par des clauses relatives à sa politique d'investissement ou à sa comptabilité. En ce sens : P. English, *Ibid.*, p.153.
[1518] Il pourra notamment s'agir de clauses pénales ou résolutoires.

partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer sous sa dépendance économique et sous sa domination »[1519]. L'auteur s'intéresse à l'environnement économique défavorable à l'une des parties et à son impact sur l'autonomie de la volonté, mais laisse de côté l'hypothèse dans laquelle le contractant accepte librement de confier la propriété économique de son bien à son cocontractant. « *Pour avoir accès aux services procurés par la chose, il faut que le propriétaire économique y soit spécialement autorisé par le propriétaire juridique. (...) La jouissance, d'exercice ou d'utilité, est toujours donnée par le droit. Dès lors, si la propriété économique grandit en marge de la propriété juridique, elle ne se développe pas à la lisière du droit* »[1520]. « *En définitive, la propriété économique trouve un fondement juridique dans le caractère absolu du droit du propriétaire sur sa chose, allié au principe de liberté contractuelle* »[1521].

765. Le droit positif n'est pas resté indifférent à l'émergence des phénomènes de pouvoir dans les rapports contractuels de droit privé. La reconnaissance d'un pouvoir entre les parties à un contrat s'est d'abord exprimée par la mise en place d'obligations mises à la charge du contractant dominant, tant au moment de la formation du contrat[1522] que de son exécution[1523], afin de rétablir un équilibre entre les parties. La mise en évidence du pouvoir contractuel

---

[1519] G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1986, p.10.

[1520] G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1999, p.199.

[1521] F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit*., p.52.

[1522] En matière d'intégration agricole, le titre V de la loi n°64-678 du 6 juillet 1964 assure la protection des producteurs agricoles en prévoyant notamment l'obligation pour l'intégrateur de communiquer un certain nombre de mentions informatives impératives. Voir notamment à propos de cette loi : G. J. Martin, « Les contrats d'intégration dans l'agriculture », *RTDcom*., 1974, p.1 ; J. Megret, « Système contractuel et intégration en agriculture », *D.* 1965, chron., p.15 ; J. Prevault, « Contrat d'intégration en agriculture », *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*.

De même, dans le secteur de la distribution commerciale, l'article 1er de la loi Doubin n°89-1008 du 31 décembre 1989 dispose que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat (...) de fournir à l'autre partie une documentation donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en toute connaissance de cause* ». Voir notamment à propos de cette loi : « La loi Doubin », Colloque du CEDIP, *LPA* 1990, n°147 ; « La loi Doubin », *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1990/4 ; G. Virassamy, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *JCP E* 1990, II, 15809.

[1523] La transmission d'un savoir-faire est l'élément caractéristique du contrat de franchise. Elle implique de la part du franchiseur de veiller à la formation du franchisé et de mettre à sa disposition une assistance technique. La transmission de ce savoir-faire n'a pas lieu une fois pour toute mais s'exerce en continu tout au long de l'exécution du contrat. Selon la Cour de cassation, une cour d'appel peut, par une interprétation du contrat de franchise litigieux, dégager des obligations essentielles du contrat comme la notoriété convenable du franchiseur, son assistance technique, l'organisation d'une campagne publicitaire. Le non respect de ces obligations qui s'imposent au franchiseur sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, constitue un motif de résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur (Cass. com., 1er février 1994, *Contrats, conc., consom*. 1994, comm. n°93, obs. L. Leveneur).Il en est également ainsi en matière de positionnement stratégique sur le marché. Engage sa responsabilité contractuelle le franchiseur qui n'a pas adapté sa politique commerciale au contexte concurrentiel dans lequel évoluait le franchisé. Un lien de causalité avait en l'espèce était établi entre la faute du franchiseur et le dépôt de bilan du franchisé (Cass. com., 30 janvier 1996, But International c/ Sté Nova Meubles, *JCP E* 1996, II, 825, note Ch. Jamin).

passe par la distinction du contrat et de la prérogative contractuelle. La conclusion d'un contrat d'intégration repose sur le principe de l'autonomie de la volonté : la personne partie au contrat accepte librement les termes du contrat. Mais, les prérogatives contractuelles librement consenties par l'intégré, relèvent, dans leur exercice, du registre du pouvoir. L'intégré a librement accepté l'exercice unilatéral par l'intégrateur d'une prérogative qui est la manifestation du pouvoir de l'intégrateur sur l'intégré. C'est particulièrement à propos des modalités de rupture du contrat d'intégration que le passage du régime du contrat au régime du pouvoir est le plus perceptible. En principe, et en application du droit commun des contrats, chaque partie a le droit, sauf abus[1524], de ne pas renouveler une relation contractuelle arrivée à son terme sans avoir à motiver sa décision[1525]. Malgré la réaffirmation régulière de ce principe, le contrôle de l'abus de droit tend progressivement, pour certains auteurs, à glisser « *d'un contrôle de l'intention de nuire vers un contrôle des motifs légitimes de rupture* »[1526]. « *Si la tutelle du pouvoir par le contrat n'est pas levée, elle n'en est pas moins très fortement ébranlée* »[1527]. Progressivement, la dépendance économique née du contrat s'affirme comme relation de pouvoir. Lorsqu'elle est prise en considération par le droit, elle est encadrée et contrôlée par la mise en place de mécanismes de pouvoir étrangers au droit des contrats.

766. A ce jour, une des analyses juridiques les plus abouties du pouvoir dans les réseaux d'entreprises est celle proposée par Elsa Peskine[1528]. Le réseau repose sur la combinaison de l'autonomie juridique et de l'assujettissement économique de l'intégré. La relation réticulaire « *oppose une personne ayant la capacité d'imposer des décisions à une personne qui se voit imputer une partie des risques de l'exploitation. Cette fragmentation entre exercice du pouvoir et charge des risques imprime sa spécificité à la relation réticulaire. Elle donne*

[1524] Cass. com., 6 juin 2001, n°99-10768, *RJDA* 2001, n°1201, p.998.

[1525] Cass. com., 25 avril 2001, n°98-22199, inédit, *D.* 2001, somm., p.3238, obs. *D.* Mazeaud ; *RTDciv.*, 2002, p.99, obs. J. Mestre et B. Fages. Le cas d'espèce concernait un contrat de distribution intégrée.

[1526] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.190. Dans le même sens : Mestre (J.), « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », in Dossier. L'abus dans le droit des affaires, *Droit et patrimoine*, 2000, n°83, p.39 : « *L'abus de droit ne s'arrête plus seulement aujourd'hui à l'intention de nuire ou au détournement de finalité* ». Ainsi, selon la Cour de cassation, l'absence de motif dans le refus de renouvellement d'un contrat d'agence commerciale ayant causé un préjudice au concessionnaire, constitue un abus (Cass. com., 27 octobre 1998, n°96-11012, *Bull. Civ.* IV, n°256). De même, par un arrêt du 2 juillet 2002, la Cour de cassation considère qu'il appartenait aux juges du fond de « *vérifier si les motifs avancés par le concédant* » pour refuser l'agrément à un concessionnaire, « *n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément* » (Cass. com., 2 juillet 2002, n°01-12685**,** *Bull. Civ.* IV, n°113; *RDC* 2003, p.50, obs. Ph. Stoffel-Munck; *RDC* 2003, p.153, obs. Behar-Touchais; *D.* 2003, p.93, obs. *D.* Mazeaud ; *JCP* 2003, II, 10023, obs. *D.* Mainguy; *RTDciv*., 2002, p.810, obs. J. Mestre et B. Fages).

[1527] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.198.

[1528] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail, op. cit.*

naissance à ce que l'on pourrait percevoir comme un autre état de subordination, ou, pour en souligner la particularité, un état de dépendance »[1529]. Les exemples des relations entre le donneur d'ordre et le sous-traitant et celles du franchiseur et du franchisé sont traditionnellement donnés. Economiquement dépendant de l'intégrateur, l'intégré n'en demeure pas moins juridiquement autonome et responsable. Les traits caractéristiques du pouvoir contractuel ainsi mis en évidence relèvent bien de ceux dégagés à propos du pouvoir de contrôle. Que le contrôle d'une entreprise sur une autre s'exerce au moyen de techniques contractuelles ou sociétaires, la nature du pouvoir dont il s'agit, demeure identique. Entre le groupe d'entreprises reposant sur la détention d'une fraction du capital et le réseau d'entreprises reposant sur le contrat, il y a plus une différence de technique d'exercice du pouvoir que de nature. « *Le contrat peut assurer un contrôle patrimonial véritable permettant la création d'une unité de décision caractéristique de la présence d'un groupe. (...) Les méthodes contractuelles peuvent aboutir à un résultat identique à celui réalisé par des techniques de type sociétaire* »[1530]. En s'attachant à la nature du pouvoir de contrôle caractéristique de la notion de groupe, il devient dès lors possible d'envisager de qualifier juridiquement de groupe des réseaux d'entreprises reposant sur un pouvoir contractuel[1531].

767. L'existence d'un pouvoir né du contrat ne suffit pas ; encore faut-il caractériser l'existence d'une unité organisationnelle, ce qui implique de saisir la dimension collective du réseau.

2. L'unité organisationnelle du réseau

768. La prise en compte du pouvoir reste le plus souvent limitée à la relation contractuelle unissant un partenaire économique dominant à un partenaire économique dominé. Pourtant, globalement, l'ensemble des relations contractuelles unissant des entreprises « satellites » à une entreprise principale commune exerçant sur elles un pouvoir, invite à une approche organisationnelle de l'ensemble. L'entreprise dominée ne semble qu'un *« rouage d'un ensemble économique* »[1532] plus vaste : le réseau d'entreprises. La qualification de « réseau

[1529] *Ibid.*, p. 263.
[1530] P. English, *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, *op. cit.*, p.15.
[1531] En sens contraire : E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.199.
[1532] G. Farjat, *Droit économique*, 2e éd., Paris, PUF, 1982, p.216.

d'entreprises » n'est pas neutre. Bien plus qu'une « *simple innovation de vocabulaire* », elle « *confère une dimension collective aux rapports bilatéraux établis entre un fournisseur et un revendeur en vue de former un ensemble cohérent* »[1533]. L'idée d'une unité organisationnelle composée d'entités juridiquement autonomes placées contractuellement sous le contrôle de l'une d'entre elle, l'agent juridique, titulaire d'un pouvoir exercé dans l'intérêt du réseau, se précise.

769. L'observation d'une unité économique fondée sur le contrat n'est pas nouvelle. Dans le cadre de son étude relative aux groupes de contrats, Bernard Teyssié a déjà relevé la dimension organisationnelle sous-jacente aux ensembles de contrats. « *Si l'on considère l'ensemble contractuel, on constate la formation d'une unité économique entre les co-concessionnaires, liés entre eux par les obligations et rapports qui leur sont imposés, et le concédant* »[1534]. A la différence des chaînes de contrats, les ensembles de contrats reposent sur une structure circulaire organisée autour d'un « personnage-clef » chargé de coordonner l'ensemble. Les contrats sont conclus avec ce « personnage-clef » et concourent à « *la réalisation d'un même objectif* »[1535]. L'existence de ce but permet de distinguer la « *causa proxima* », propre à chaque contrat, de la « *causa remota* », commune à tous les contrats. Tous les contrats sont également nécessaires à la réalisation de l'objectif commun. Individuellement, les contrats sont à la fois insuffisants et indispensables à la réalisation de cet objectif[1536]. « *Leur identité de cause et leur égale importance dans la poursuite de l'objectif visé reconnues, leur interdépendance est indéniable* »[1537]. Tel est le cas des contrats de distribution, de franchise, de concession[1538] ou encore des contrats d'entreprises mettant en place un « réseau de sous-traitants » autour d'un entrepreneur principal ayant le pouvoir de coordonner l'activité de chacun de ses contractants en vue de la réalisation de l'opération globale souhaitée[1539]. L'interdépendance entre les contrats se double d'une interdépendance verticale entre le phénomène global souhaité, la « *causa remota* » commune à tous les contrats, et chacun des contrats qui compose l'ensemble contractuel.

[1533] P. Pigassou « La distribution intégrée », *RTDcom*., 1980, p.483.
[1534] B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975, p.114.
[1535] *Ibid*., p.95.
[1536] *Ibid*., p.96.
[1537] *Ibid*., p.97.
[1538] *Ibid*., p.112.
[1539] *Ibid*., p.9.

770. L'apport de la théorie des groupes de contrats à la compréhension d'une unité économique fondée sur le contrat est indéniable. En replaçant le contrat dans son ensemble contractuel, elle permet de dépasser l'approche individualiste du contrat, ce qui a pour effet de redéfinir la frontière entre les notions de tiers et de partie au contrat. « *Les différents participants à une même opération, s'ils ne sont pas liés par un contrat, ne sont pas non plus d'authentiques tiers. C'est le dépassement de la figure du contrat que les analyses rapportées ont le mérite d'avoir mis en lumière* »[1540]. Le principe de la relativité des contrats est alors « *condamné à ne déployer la plénitude de ses effets que dans les rapports du groupe avec les éléments qui lui sont restés extérieurs* »[1541]. Mais, en même temps, la théorie des groupes de contrats ne permet pas de rendre compte de la dimension organisationnelle de l'unité contractuelle ainsi constituée. *« Si elle constitue un palier dans la construction juridique du réseau, elle ne répond pas à l'hypothèse envisagée, celle de l'émergence du réseau comme organisation* »[1542]. La théorie des groupes de contrats se concentre en effet sur l'analyse des relations entre les contrats, mais « *ne permet pas d'expliquer les rapports qui se nouent entre les différentes entités du réseau* »[1543]. Un groupe de contrats implique en effet la conclusion d'au moins deux contrats. Or, la reconnaissance juridique du groupe met l'accent sur la relation qui existe non pas entre deux contrats, mais entre deux entités juridiquement distinctes qui peuvent contracter entre elles.

771. Développer une approche organisationnelle du réseau d'entreprises afin de mettre en évidence son unité économique, implique de mettre à jour la fonction organisationnelle du contrat. L'organisation est en effet à l'origine de la formation de toute unité économique. Dans le cadre d'un réseau d'entreprises, cette organisation repose nécessairement sur le contrat. « *Le contrat d'intégration se doit d'être avant tout un accord d'organisation* »[1544]. L'existence et la permanence de l'unité économique du réseau en dépendent ; à défaut, les contrats passés n'auraient qu'un caractère ponctuel et ne seraient, de ce fait, pas en mesure d'établir des liens organisationnels durables entre les membres du réseau. Contrat à exécution successive, le contrat d'intégration assure une grande stabilité temporelle aux relations contractuelles. De plus, l'insertion de certaines clauses atténue, voire supprime, « *tous les*

[1540] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.301.
[1541] B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, *op. cit.*, p.298.
[1542] E. Peskine, *Ibid.*, p.302.
[1543] E. Peskine, *Ibid.*, p.303.
[1544] P. English, *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, *op. cit.*, p.156.

facteurs d'instabilité qui risquent d'atteindre le contrat lors de son exécution »[1545]. Le plus souvent, le contrat d'intégration se présente sous la forme d'un accord-cadre qui marque l'intégration du contractant au réseau. Bien plus qu'un simple échange ponctuel, il organise les relations entre les membres du réseau et sert de cadre à la conclusion des contrats d'applications ultérieurs. Le contrat d'intégration peut également être un contrat-type, c'est-à-dire un modèle de contrat d'adhésion unique imposé par l'entreprise principale à tous ses cocontractants. Cette pratique permet à l'entreprise principale de coordonner l'action des membres d'un réseau, exerçant en nombre des activités similaires. Plutôt que de conclure au coup par coup des contrats sans perspective globale, il s'agit pour l'entreprise principale de mettre au point une formule contractuelle rationnelle, adaptée aux besoins futurs du réseau, devant faciliter la mise en œuvre homogène de la politique du groupe[1546]. Dans un réseau d'entreprises, la relation de groupe est ainsi entièrement concentrée dans le contrat.

772. Comme toute unité organisationnelle complexe, le réseau d'entreprises repose sur l'interdépendance entre le tout et chacun de ses membres. Le réseau n'existe et ne se maintient que par l'action organisée de ses membres et, réciproquement, la réussite économique des membres dépend du développement du réseau. Les membres du réseau ont ainsi un intérêt commun au bon fonctionnement du réseau. En respectant la politique économique définie par l'entreprise principale dans l'intérêt du réseau, « *les membres du réseau agissent non seulement pour le développement de leur propre entreprise mais aussi et nécessairement pour l'ensemble* »[1547]. Il suffit que l'un des membres porte atteinte à l'image ou à la qualité du réseau en ne se conformant pas à ses obligations contractuelles, pour que l'ensemble du réseau soit touché et que les perspectives des autres membres du réseau, y compris de l'entreprise principale, en soient affectées.

773. En droit positif, la dimension organisationnelle du réseau d'entreprises reste encore timide. Les relations de pouvoir qui structurent l'organisation du réseau et déterminent sa capacité collective d'action, sont le plus souvent considérées comme des rapports bilatéraux de dépendance[1548]. La multiplication des références au réseau, à son intérêt ou à son bon

[1545] *Ibid.*, p.165.
[1546] *Ibid* p.160.
[1547] L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, Paris, LGDJ, 1995, p.128.
[1548] G. Virassamy, *Les contrats de dépendance économique. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986 ; F. de Broüard, *La dépendance économique née d'un contrat, op. cit.*

fonctionnement, contribue toutefois au développement d'une approche organisationnelle du réseau[1549].

774. La dimension collective du réseau apparaît d'abord relativement à l'exigence d'un intérêt commun entre les parties à un contrat de distribution. L'article 1, alinéa 1 de la loi Doubin[1550] dispose en effet que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ». Si la référence à l'intérêt commun a ici pour objet de justifier l'existence d'une obligation d'information à la charge du concédant ou du franchiseur et ne vise que les rapports bilatéraux entre un concédant et un concessionnaire ou entre un franchiseur et un franchisé, elle n'en souligne pas moins l'existence d'une œuvre commune[1551] à réaliser et d'un intérêt commun et spécial, distinct de la somme des intérêts individuels des parties au contrat. De la rencontre de deux volontés distinctes attachées à la personne du distributeur et du fournisseur, naît une volonté commune formalisée par un contrat dont l'objet consiste en la réalisation d'une opération commune[1552] et dont la cause est leur intérêt commun distinct de la somme de leurs intérêts individuels.

775. La référence à l'intérêt du réseau confère à cet intérêt commun une dimension collective s'étendant à l'ensemble du réseau, sans se limiter aux seules relations bilatérales. Elle permet également de souligner la distinction entre l'intérêt du réseau et l'intérêt de l'entreprise principale. Ainsi, par un arrêt du 11 décembre 2007, la Cour d'appel de Toulouse s'est prononcée sur la conformité de l'ouverture, par le franchiseur, d'un site internet au regard de l'exclusivité territoriale prévue par un contrat de franchise. Pour admettre la conformité du site internet aux dispositions contractuelles, la Cour d'appel précise notamment que le site « *a été mis en place et financé en toute transparence, dans l'intérêt du réseau et pas seulement dans celui de la société Flora Partner* »[1553], le franchiseur. L'entreprise placée à la tête du réseau n'exerce donc pas le pouvoir organisationnel dans son intérêt personnel mais dans

[1549] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.290.
[1550] Loi « Doubin », n°89-1008 du 31 décembre 1989.
[1551] A. Viandier, note sous Cass. com., 15 juin 1999, *JCP* E 1999, 1488, n°11.
[1552] L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, *op. cit.*, p.130.
[1553] CA Toulouse, 11 décembre 2007, n°06/02396, Legifrance.

l'intérêt du réseau défini comme l'intérêt commun de tous les membres du réseau. La référence à l'intérêt du réseau rend possible une approche globale du réseau qui dépasse la seule considération du rapport contractuel entre le franchiseur et un franchisé, pour englober l'ensemble des relations entre d'une part le franchiseur et les franchisés, et d'autre part entre les franchisés.

776. Il en résulte que, dans l'exercice de son pouvoir, l'entreprise tête du réseau doit respecter un principe d'égalité à l'égard des membres du réseau. « *Le principe d'égalité n'a de véritable rayonnement que dans un régime de pouvoir. (...) Il est difficilement concevable de fonder sur une logique contractuelle l'obligation pour un contractant de traiter de façon égale ses différents cocontractants placés dans une situation identique. Le principe de l'effet relatif s'y oppose* »[1554]. En l'occurrence, le pouvoir de la tête de réseau s'exerce, dans l'intérêt du réseau, sur l'ensemble des entités membres de l'organisation, à la condition de respecter une égalité de traitement. Ainsi, à la suite de la restructuration d'un réseau de distribution exclusive en un système de distribution sélective qualitative et quantitative, consécutive à l'entrée en vigueur du Règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002, la résiliation d'un contrat de concession exclusive à durée indéterminée ne s'est pas assortie, pour le concessionnaire, d'un agrément de distribution sélective au sein du réseau. Or, cet agrément a été accordé à un autre concessionnaire situé sur le même territoire. Par un arrêt du 12 avril 2005, la Cour d'appel d'Angers[1555] contrôle l'existence d'un critère objectif dans l'octroi de l'agrément. Elle relève que le choix du distributeur a été déterminé par la stratégie du groupe consistant à privilégier les distributeurs réunissant déjà à l'époque du passage au réseau de distribution sélective, les critères qualitatifs fixés par le fournisseur du réseau et que le nombre de distributeurs à nommer dans le réseau était déjà atteint. La Cour d'appel conclut à l'absence de discrimination. Seules des contraintes justifiées par l'intérêt du réseau ou son bon fonctionnement peuvent s'imposer à l'un ou plusieurs membres du réseau, sans que ne soit remis en cause le principe d'égalité de traitement entre les membres du réseau. La justification de la décision prise au regard de l'intérêt du réseau ou de son bon fonctionnement est appréciée en considération de circonstances objectives.

[1554] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.240.
[1555] CA Angers, 12 avril 2005, n°04-00387, Legifrance.

777. Il en est également ainsi de la licéité de la clause de non concurrence dans les contrats de franchise. Conformément à l'article 3.1 du Règlement CEE, n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, une clause de non concurrence peut être prévue dans un contrat de franchise, sans tomber sous le coup de l'article 81§1 du Traité, à la condition que, limitée dans l'espace et dans le temps, elle soit nécessaire à la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé. Une telle clause peut imposer à un franchisé de « *ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur* »[1556]. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la clause de non concurrence, la Cour d'appel de Versailles[1557] a considéré la clause nécessaire « *à la préservation de la clientèle ainsi qu'à la cohérence et au bon fonctionnement du réseau* », ce qui impliquait que « *chacun des concessionnaires qui dispose d'un secteur géographique d'activité qui lui est réservé par une clause d'exclusivité ne puisse profiter de cette exclusivité aux fins de concurrence d'autres membres du réseau en dehors de son territoire* ». De même, le recours à une valeur organisationnelle, la nécessité de réorganiser le réseau, souligne plus encore la perception du réseau comme une organisation. En interdisant la combinaison de la distribution exclusive et de la distribution sélective dans le secteur automobile pour bénéficier de l'exemption prévue à l'article 81§3 du Traité, l'entrée en vigueur du règlement communautaire d'exemption du 31 juillet 2002[1558] peut nécessiter une réorganisation du réseau et conduire à la résiliation de contrats de franchise. Dans ce cas, la décision de résiliation n'est licite que si des éléments concrets et objectifs démontrent « *la nécessité, juridique ou économique, d'une modification substantielle de l'organisation ou de la structure du réseau, revêtant un caractère significatif tant sur un plan matériel que géographique* »[1559]. Le réseau peut même être considéré comme une valeur en soi dont l'atteinte ouvre droit à des dommages et intérêts[1560].

[1556] Article 3.1 c) du Règlement CEE, n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories d'accords de franchise.

[1557] CA Versailles, 27 novembre 2003, n°2002/00520, legifrance. Voir également Cass. com., 17 janvier 2006, n°03-12382, *Bull. civ.* IV, n°9.

[1558] Règlement CE, 1400/2002 du 31 juillet 2002 relatif à l'application de l'article 81§3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

[1559] CA Paris, 11 septembre 2008, n°05/11674, Legifrance ; Cass. com., 29 janvier 2008, n°06-17748, *Bull. civ.* IV, n°19 ; Cass. com., 26 juin 2007, n°06-12077, Daimler Chrysler c/Soparia ; Cass. com., 6 mars 2007, n°05-13991, *Bull. civ.* IV, n°75, Daimler Chrysler c/ Garage de Bretagne ; Cass. com., 6 mars 2007, n°05-17011, *Bull. civ.* IV, n°76.

[1560] CA Grenoble, 7 mai 2008, n°06-03778, Legifrance.

778. En droit de l'Union européenne de la concurrence, le réseau d'entreprises n'est pas, en principe, considéré comme un ensemble économique unique. Il n'en demeure pas moins que les contrats passés au sein du réseau, entre un franchiseur et un ensemble de franchisés par exemple, ne sont pas assimilables à des contrats d'achats/ventes ponctuels. Même si chacune des entités du réseau est considérée comme une entreprise au sens du droit de l'Union européenne de la concurrence, ensemble, elles forment tout de même une unité économique suffisamment homogène pour exercer un pouvoir de marché qu'il appartient aux autorités compétentes d'apprécier. Ainsi, pour ce qui est de l'appréciation du pouvoir de marché d'un réseau de distribution, la jurisprudence tient compte à la fois des succursales de la tête de réseau et des magasins exploités en franchise[1561]. Il a notamment été décidé que « *les magasins aux enseignes Carrefour et Stoc constituent un ensemble qui n'a pas à être dissocié selon le statut juridique de ces magasins (...).Des clauses contractuelles imposent aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Carrefour en matière de communication publicitaire, d'assortiment obligatoires et de prix de vente aux consommateurs, ainsi le groupe se comporte comme une entité unique même si, d'un point de vue contractuel, les entreprises qui le composent ne constituent pas une structure intégrée* »[1562].

779. Ainsi, la représentation du groupe en termes d'unité complexe permet d'étendre la notion de groupe à des modes de structuration du pouvoir et à des techniques de contrôle différentes des relations de contrôle de type sociétaire. Une telle extension ne vise pas à diluer la notion au point d'y inclure des formes d'organisation voisines, mais à adapter la notion à la diversité des modes d'organisation d'un pouvoir de même nature. La notion de groupe ainsi entendue autorise la prise en compte de configurations que les définitions formelles reposant sur les notions de détention en capital ou de contrôle étaient incapables d'intégrer.

780. **En conclusion**, pour maintenir la cohérence de l'ensemble, l'unité complexe exerce une contrainte organisationnelle sur les parties. Des qualités attachées aux parties considérées isolément disparaissent au sein du système. Cette contrainte organisationnelle d'ordre systémique permet de considérer sous un angle nouveau les relations de pouvoir qui s'instaurent entre les entités membres du groupe. Le pouvoir de l'entreprise dominante ne se comprend que référé à sa position centrale au sein du système et correspond à un mode

[1561] Déc. M.1221, Rewe/Meinl et M.1684 Carrefour/Promodès.
[1562] Ministre C.2000-03 Carrefour/Promodès.

particulier d'organisation des contraintes systémiques du groupe, nécessaire au maintien de sa cohésion malgré la coexistence d'intérêts divergents en son sein. Le pouvoir de contrainte du groupe sur ses membres passe par l'identification d'un agent juridique titulaire du pouvoir qui l'exerce non dans son intérêt personnel mais dans l'intérêt du groupe. Cet agent juridique titulaire du pouvoir peut se présenter sous les traits d'une entreprise dominante mais pas nécessairement ; d'autres modes de structuration du pouvoir existent, ce que seule une approche en terme de système complexe permet de mettre en évidence.

Le système est donc à la fois plus, moins et autre que la somme des parties. De même, les parties sont elles-mêmes autres que ce qu'elles étaient ou seraient en dehors du système. L'unité complexe se forme en même temps qu'elle transforme les éléments en parties d'un tout. En ce sens, il est impossible de connaître les parties indépendamment de leur appartenance au tout. La prise en compte de l'unité complexe du groupe implique de ce fait de replacer les actions de chacune des entités membres dans la globalité dont le groupe est porteur. Les choix et décisions, le fonctionnement de l'entité membre du groupe ne peuvent se comprendre que référés à l'action globale du groupe, c'est-à-dire à l'action combinée et coordonnée de l'ensemble des autres entités membres du groupe.

781. Une fois l'unité complexe du groupe mise en évidence, il est apparu nécessaire d'en définir la spécificité. L'*Unitas multiplex* est un modèle qui peut être appliqué à une grande diversité de phénomènes complexes et non à un type particulier. La spécificité de l'unité organisationnelle du groupe réside dans la nature particulière de sa contrainte organisationnelle qui peut s'exercer par différentes techniques. Là encore, la pensée complexe permet d'envisager les relations de pouvoir sous un angle nouveau. Alors que la représentation pyramidale du groupe conduit à considérer l'entité dominante comme l'unique centre de pouvoir s'imposant unilatéralement à des entreprises privées de toute autonomie, la représentation complexe du groupe conduit à nuancer une telle perception. Si la contrainte organisationnelle du groupe sur ses membres, contrainte sans laquelle l'unité complexe s'étiolerait, est bien réelle, elle ne doit pas pour autant conduire à un raisonnement déterministe. L'association de l'un et du multiple repose sur un savant dosage, variable d'un groupe à l'autre et d'une entité membre à l'autre selon sa position dans le groupe, de contrainte et de liberté. S'il est incontestable que l'entreprise qui exerce le contrôle dans l'intérêt du groupe occupe une position centrale déterminante, ce contrôle ne prive pas de toute capacité d'action les entreprises contrôlées. Le pouvoir hiérarchique cède la place à une

relation d'autonomie contrôlée. Plutôt que d'imposer aux entreprises contrôlées un comportement unique, le pouvoir de contrôle oriente davantage leur action en portant « *sur une gamme de stratégies possibles parmi lesquelles l'acteur opère un choix* »[1563]. Ainsi entendu, il devient possible de comprendre la manière dont l'unité complexe parvient à maintenir à la fois son unité et la diversité de ses membres mais aussi la relation dynamique qui s'instaure entre le tout et les parties. L'unité complexe transforme autant les parties qu'elle est transformée en retour par elles. C'est aussi cette capacité à se réorganiser en permanence qui explique la formidable capacité d'adaptation des groupes à leur environnement.

En définitive, le groupe désigne une unité complexe ayant un intérêt spécifique irréductible à la somme des intérêts de ses membres, composée d'entités juridiquement autonomes par l'intermédiaire desquelles se déploie son action collective et sur lesquelles elle exerce, selon des modes divers, une contrainte organisationnelle nécessaire au maintien de sa cohésion et à la réalisation de ses buts, et dans le cadre de laquelle celles-ci jouissent d'une relative autonomie.

Le concept de groupe ainsi formulé permet de préciser tout en la renouvelant la représentation juridique du groupe.

782. En mettant en lumière la dimension globale du groupe dans sa complexité organisationnelle, l'attention s'est concentrée sur les entités constitutives du groupe et leurs relations, il convient à présent d'envisager de quelle manière le modèle conceptuel proposé du groupe permet de renouveler la lecture du régime juridique attaché à la notion de groupe en droit du travail et d'apporter un certain nombre de pistes de réflexion à des problèmes pratiques récurrents.

[1563] M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1977, p.113.

Titre II

LES EFFETS NORMATIFS DE LA NOTION DE GROUPE EN DROIT DU TRAVAIL

783. Si l'appartenance des entités membres à un groupe n'est pas sans conséquence sur leur mode de fonctionnement interne, principalement du fait de l'exercice du pouvoir du groupe sur chacune d'entre elles, l'organisation des entités membres en groupe ne manque pas de produire des effets sur la relation de travail entre l'employeur et les salariés, tant du point de vue des relations collectives de travail que des relations individuelles de travail. C'est alors un questionnement en termes d'effectivité de la règle de droit qui se pose lorsqu'il s'agit d'envisager les relations de travail dans le cadre du groupe. Non seulement l'effort de conceptualisation entrepris renouvelle la représentation de la notion de groupe mais offre aussi une nouvelle grille d'analyse de son régime juridique, susceptible d'en saisir la cohérence d'ensemble ainsi que les éventuelles limites. Dans cette dernière hypothèse, un modèle conceptuel peut guider les effets normatifs d'une notion et être porteur d'une véritable force de proposition dans la résolution des difficultés juridiques pratiques générées par le fonctionnement des groupes. Dès lors, il s'agit de relever les manifestations déjà existantes du modèle proposé en droit du travail et de déterminer en quoi une mise en œuvre plus aboutie de ce modèle permettrait, par un encadrement juridique adapté à la complexité organisationnelle du groupe, de renforcer l'effectivité des règles de droit du travail applicables à ce niveau. Aussi, seront envisagés les effets normatifs de la notion de groupe aussi bien dans l'organisation des relations collectives du travail (Chapitre 1) qu'au regard de la responsabilisation de l'emploi (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les effets normatifs de la notion de groupe dans l'organisation des relations collectives du travail

Chapitre 2 – Les effets normatifs de la notion de groupe au regard de la responsabilité de l'emploi

Chapitre 1
Les effets normatifs de la notion de groupe dans l'organisation des relations collectives du travail

784. Telle qu'elle est employée en droit du travail, la notion de groupe représente un cadre d'application et d'appréciation de la règle de droit au même titre que l'entreprise, l'établissement, l'unité économique et sociale, l'entité économique autonome ou encore le bassin d'emploi. Elle fait partie de la « *géographie du droit du travail* »[1564]. Cette géographie du droit du travail n'est pas neutre. Elle n'est pas la traduction fidèle d'une réalité économique et sociale mais est façonnée par le droit, pour les besoins du droit. Elle est, en ce sens, le fruit d'un système juridique, plus précisément, d'une branche du droit spécifique reposant sur des valeurs qui lui sont propres et dont elle doit assurer la mise en œuvre. Or, comme toute notion juridique, la notion de groupe produit des effets de droit. L'encadrement des relations de travail au niveau du groupe qui résulte de l'application du régime juridique attaché à la notion de groupe en droit du travail, conduit à envisager d'une part le groupe comme cadre d'exercice des droits collectifs des salariés (Section 1) et d'autre part l'organisation réticulaire du droit des relations collectives du travail dans le groupe (Section2).

[1564] Expression empruntée à A. Lyon-Caen, « Géographie du droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1140, numéro spécial « Les lieux du droit du travail », p.16.

Section 1. Le groupe comme cadre d'exercice des droits collectifs des salariés

785. L'organisation des relations collectives du travail au niveau du groupe repose sur la reconnaissance d'une collectivité de travail de groupe. Elle permet à cette collectivité de s'exprimer. La prise en compte des intérêts des salariés dans le groupe (§1) correspond à une exigence de l'ordre juridique justifiée par les droits fondamentaux (§2).

§1. La prise en compte des intérêts des salariés dans le groupe

786. Face aux déplacements des lieux de pouvoir liés à l'organisation des entités juridiquement autonomes en groupe, les dispositifs de contraintes normatives destinés à encadrer le pouvoir patronal sont insuffisants. Se pose alors la question des modalités de prise en compte des intérêts des salariés. Le groupe apparaît comme un lieu de confrontation et non d'intégration des intérêts (A), abritant une collectivité de travailleurs (B).

A. Le groupe comme lieu de confrontation des intérêts

787. L'organisation d'entités juridiquement autonomes en groupe ne pose pas seulement la question de l'articulation entre l'intérêt de groupe et l'intérêt particulier des différentes entités membres, mais également celle de la prise en compte d'autres intérêts catégoriels liés à l'activité des entités membres. La dynamique du groupe ne manque pas d'affecter ces intérêts, qu'il s'agisse de ceux des créanciers, des salariés ou encore des actionnaires minoritaires. Dès lors que ces intérêts sont légitimes, il convient d'aménager les conditions juridiques de leur protection dans le contexte particulier du groupe. Or, l'organisation de l'articulation entre l'intérêt de groupe et l'intérêt particulier des entités membres ne tient, le plus souvent, pas compte de ces intérêts catégoriels. L'exemple de l'abus de biens sociaux dans les groupes en fournit une bonne illustration.

788. Depuis l'arrêt Rozenblum, la validité d'un acte est appréciée, dans le cadre d'un groupe, au regard de l'intérêt du groupe, entendu comme l'intérêt économique, financier ou social commun à l'ensemble des entités membres, et non au regard du seul intérêt de l'entité pour le compte de laquelle ses dirigeants ont agi. Pour autant, l'intérêt du groupe n'absorbe pas l'intérêt particulier de l'entité membre mais s'articule avec lui. La jurisprudence criminelle est, en ce sens, protectrice de l'intérêt social de l'entité membre d'un groupe mais uniquement de celui-ci. Certes, la jurisprudence criminelle adopte une conception large de l'intérêt social en considérant qu'une atteinte à un tel intérêt peut exister même lorsque les intérêts des associés ne sont pas lésés ou malgré l'assentiment des associés. La Cour de cassation ne confond pas l'intérêt social avec l'intérêt commun des associés ou des actionnaires, mais le considère comme étant propre à l'entité personnifiée[1565]. Elle affirme ainsi qu'en matière d'abus de biens sociaux, la loi a « *pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle* »[1566]. Distingué des intérêts des associés, le patrimoine social est protégé pour lui-même. Cette protection assure du même coup celle de la personne morale et, indirectement, celle des intérêts des salariés et créanciers. « *Finalement, la notion qui commande la qualification d'abus de biens sociaux est probablement moins celle d'atteinte à l'intérêt social que celle d'acte contraire à l'affectation du patrimoine social au service de l'activité de l'entreprise. Et c'est par la préservation de cette affectation qu'est assurée la protection des tiers qui contractent avec la société* »[1567]. Mais, il n'en demeure pas moins que la protection des intérêts des tiers, et notamment des salariés, n'existe qu'indirectement ; l'élément essentiel et exclusif demeure la protection de l'intérêt social.

789. Ceci explique les conditions restrictives de recevabilité de l'action civile. En principe, le droit d'exercer une action civile devant les juridictions répressives n'appartient qu'à ceux qui ont « personnellement » souffert du dommage « directement » causé par l'infraction[1568]. Selon une jurisprudence constante, seuls les associés de la société peuvent exercer devant les juges répressifs une action *ut singuli* en cas d'abus de biens sociaux. Si la Cour de cassation a admis

[1565] L'intérêt social correspond alors à l'intérêt de la personne morale, distinct de celui de ses membres. Cette approche de l'intérêt social rejoint l'approche institutionnelle de l'intérêt social. « *L'intérêt social ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires ; la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés* ». M. Cozian, A.Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 13e éd., Paris, Litec, 2000, p.175.

[1566] Cass. crim., 19 octobre 1971, n°70-90661, *Bull. crim.*, n° 272: c'est la raison pour laquelle l'assentiment de l'assemblée ne peut faire disparaître, à lui seul le caractère délictueux de prélèvements abusifs de biens sociaux.

[1567] A. Dekeuwer, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, I, 500, p.424 ; G. Soussi, « Un délit souvent inadapté : l'abus des biens et du crédit de la société », *Rev. soc.* 1972, p.297.

[1568] Ass. Plén., 12 janvier 1979, n°77-90911, Ass. plén. n°1, *JCP G* 1980, II, 19335, note Cartier.

la recevabilité de la constitution de partie civile d'un actionnaire minoritaire d'une société mère pour des abus de biens sociaux commis dans une filiale[1569], elle demeure inflexible sur le principe de l'irrecevabilité de l'action civile des salariés[1570]. Ainsi, même si de tels actes peuvent être à l'origine de licenciements, d'une diminution de salaires ou de la participation aux bénéfices, il ne s'agit que de préjudices indirects portés tant à l'intérêt collectif de la profession qu'aux salariés de l'entreprise pris individuellement[1571]. Depuis un arrêt du 13 décembre 2000[1572], la Cour de cassation a décidé qu'en dehors de l'exercice de l'action sociale *ut singuli*, les associés ne peuvent plus demander la réparation du préjudice résultant de la perte ou de la baisse de valeur de leurs titres ou de la perte des gains escomptés au motif que « *la dévalorisation des titres d'une société découlant des agissements fautifs de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même* ». Le seul préjudice indemnisable pour abus de biens sociaux devant les juridictions répressives est celui découlant directement et exclusivement d'une atteinte à l'intérêt de la personne morale. Seul l'intérêt propre de la personne morale est pris en compte dans l'appréciation de la licéité d'un acte. L'adjectif « social » employé dans la jurisprudence Rozenblum pour qualifier l'« intérêt commun » ne doit pas faire illusion. Il ne désigne pas l'appréciation d'un acte au regard des intérêts des salariés[1573] mais en considération des intérêts des entités membres dans leur gestion du personnel[1574]. Par conséquent, en l'état actuel du droit positif, les intérêts des salariés ne sont pas intégrés à l'intérêt propre de la personne morale et ne peuvent donc pas bénéficier du régime juridique protecteur de la personne morale applicable en matière d'abus de biens sociaux.

[1569] Cass. crim., 6 avril 1996, *Bull. crim.*, n°60 ; *JCP* E 1996, II, 837, note J-F. Renucci et O. Meyer. Il s'agissait d'une demande en réparation de préjudices individuels subis du fait de l'abus de biens sociaux, ce qui ne serait plus recevable depuis un revirement de jurisprudence en date du 13 décembre 2000 (Cass. crim., 13 décembre 2000, n°99-80387, *Bull. crim.*, n°373).

[1570] Dans une seule hypothèse, l'action d'un représentant des salariés est recevable au pénal : en présence d'une banqueroute ayant lieu dans le cadre d'une procédure collective. Les dommages et intérêts éventuellement obtenus par le représentant des salariés à titre de réparation sont intégrés dans le patrimoine de la société victime.

[1571] Cass. crim., 27 novembre 1991, n°89-86983, publié. Certains auteurs sont toutefois favorables à la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile des comités d'entreprise. En ce sens : A. Dekeuwer, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », article précité, p.428.

[1572] Cass. crim., 13 décembre 2000, n°99-80387, précité.

[1573] En sens contraire : C. Freyria et J. Clara, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », article précité, n°247. Ces auteurs considèrent que l'intérêt social commun désigne « *l'intérêt bien compris de la situation du personnel du groupe, qui recherche la sécurité de l'emploi, des garanties de paiement et de croissance du salaire, et le bénéfice d'une participation aux résultats qui l'associe à la prospérité de l'ensemble* ».

[1574] Q. Urban, « La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTDcom.*, 2000, p.7-8, note 29. Les intérêts sociaux désignent alors « *toutes les opportunités offertes par la structuration du groupe pour l'organisation du travail, les mutations, les reconversions, les mises à disposition interne du personnel, les reclassements entre sociétés…* ».

790. Consciente de l'existence d'intérêts catégoriels liés au fonctionnement de la personne morale en général et de la société en particulier, et refusant de concevoir l'intérêt social comme le seul intérêt commun des associés, une partie de la doctrine[1575] considère l'intérêt de la personne morale comme l'intérêt de l'entreprise. Cette approche repose sur une conception extensive de l'intérêt de la personne morale, considéré comme le réceptacle de divers intérêts catégoriels dont le seul point commun est d'être intéressé à la réussite de l'entreprise et de contribuer à la réussite de son activité. Ainsi, selon l'Ecole de Rennes, l'entreprise est entendue « *comme un ensemble de moyens en capital et en travail destiné à assurer la production de biens et de services. Il s'agit donc de l'intérêt d'un organisme économique, point de rencontre de multiples intérêts* »[1576]. Dans cette perspective, l'intérêt de l'entreprise représente l'intérêt commun à l'ensemble des acteurs participant au fonctionnement ou à l'activité de l'entreprise, ce qui recouvre aussi bien les associés, que les dirigeants, les salariés, les créanciers, et les principaux partenaires de l'entreprise. La personne morale, et notamment la société, n'étant que le support juridique de l'entreprise, une technique d'organisation juridique de l'entreprise, son intérêt se confond avec celui de l'entreprise[1577]. Cette approche doctrinale, aussi séduisante soit elle, n'a jamais vraiment été consacrée en droit positif[1578]. Si, en son temps, l'arrêt Fruehauf[1579] a pu être analysé comme la consécration de la doctrine de l'entreprise, il demeure marginal dans le paysage jurisprudentiel français. La doctrine de l'entreprise a rencontré plus de succès auprès du patronat français qui la considère comme un moyen de garantir une marge de manœuvre appréciable aux dirigeants d'entreprise. Ainsi, le rapport Viénot I[1580] rédigé par le Cnpf[1581] et l'Afep[1582], relatif au conseil d'administration des sociétés cotées, définit l'intérêt social comme « *l'intérêt*

[1575] Selon Antoine Pirovano, « *l'ouverture de l'intérêt social vers l'horizon plus large de l'intérêt de l'entreprise plonge indubitablement ses racines dans toute une série de « doctrines sociales » qui, en France, s'efforçaient de « concilier » le capital et le travail, à partir, notamment de la théorie institutionnelle exposée par Paul Durand. La juridicisation progressive des différents intérêts composant l'entreprise était par la suite approfondie par Michel Despax dans sa thèse : L'entreprise et le droit. Un jour vint où le relais passa des mains des « travaillistes » dans celles des commercialistes, avec, incontestablement, un changement de sensibilité. L'école de Rennes marque en quelque sorte l'aboutissement d'une évolution qui réalisait la synthèse du droit des sociétés commerciales et des nouvelles approches socio-économiques de l'entreprise* ». Pirovano (Antoine), « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron., p.190.

[1576] M. C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, LGDJ, 1998, n°764, p.319.

[1577] J. Paillusseau, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996, chron., p.289.

[1578] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, *op. cit.*, p.162 ; D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I, 488, note 12.

[1579] CA Paris, 22 mai 1995, *JCP* 1965, II, n°14274 bis, ccl. Nepveu ; *D.* 1968, p.147, note R. Contin ; *Gaz. Pal.* 1965, 2, 86, ccl. Nepveu et la note ; *RTDcom.*, 1965, p.619, obs. P. Rodière. R. Contin, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, chron., p.45.

[1580] Cnpf et Afep, Rapport Viénot I, « Le conseil d'administration des sociétés cotées », *ETP* juillet 1995, 24p.

[1581] Conseil National du Patronat Français.

[1582] Association Française des Entreprises Privées.

supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent autonome poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers, dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise ».

791. Cette conception de l'intérêt social comme traduction juridique de l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire comme coordination d'intérêts catégoriels hétérogènes liés à une activité économique, n'est pas exempte de critique. Certains auteurs ont en effet mis en évidence les dangers d'une intégration d'intérêts catégoriels distincts en un intérêt collectif personnifié. Ainsi, selon Nicolas Mathey, « *l'utilisation des mécanismes de protection des intérêts internes aux fins de protection des tiers ne peut aller sans risque. Le danger est de voir les dirigeants invoquer des intérêts autres que ceux qu'ils sont traditionnellement chargés de défendre* »[1583] ou de justifier des atteintes à ces intérêts au profit de leur propres intérêts, sous couvert d'intérêt social. « *Le risque est réel (...) qu'à la faveur de la personnification de ces groupements ne soient occultées, sous couleur de les représenter, les divergences d'intérêts qui pourraient s'y manifester* »[1584]. Emmanuel Gaillard a en effet montré en quoi « *il n'est pas opportun de fondre ainsi des intérêts que l'on sait spécifiques dans une prétendue entité dont l'effet le plus clair sera de masquer la divergence des intérêts dont il convient d'assurer l'arbitrage* »[1585]. Selon lui, la synthèse d'intérêts par nature distincts en un seul et même intérêt, en l'occurrence l'intérêt de la personne morale, accroît le risque de sacrifier des intérêts individuels au nom de l'intérêt du groupement. La réalité de la structuration d'intérêts divergents dans l'entreprise, et donc des jeux internes de pouvoir, est dissimulée par l'intérêt du groupement, la condition d'homogénéité des intérêts faisant défaut. Certes, les intérêts catégoriels des parties prenantes dans l'entreprise ont un intérêt commun à la survie et au développement économique de l'entreprise afin d'en retirer les fruits, mais cet intérêt ne suffit pas à effacer l'antagonisme des intérêts catégoriels entre eux. Ainsi, tandis que l'intérêt des actionnaires consiste en une maximisation des profits et en la distribution des bénéfices importants à court terme, celui des salariés porte davantage sur l'augmentation des salaires, le maintien de l'emploi et la pérennité à moyen et long terme de l'activité économique de l'entreprise.

[1583] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*, p.162.

[1584] F. Ost, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Vol. 2, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p.88.

[1585] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, p.198.

792. Ainsi entendue, la doctrine de l'entreprise ne s'est pas imposée en droit positif. L'intérêt des salariés n'est pas intégré à celui de la personne morale. Aussi, lorsqu'elles existent, les règles protectrices relatives à l'organisation des relations entre l'intérêt du groupe et l'intérêt des entités membres ne tiennent pas compte des intérêts des salariés dans l'appréciation des actes relevant de la politique de groupe. Ainsi, et pour reprendre l'exemple de la jurisprudence Rozenblum, lorsqu'il s'agit de protéger l'intérêt social d'une entité membre tout en reconnaissant la légitimité de l'intérêt du groupe, l'intérêt du groupe ne se définit qu'en considération de l'intérêt type commun à l'ensemble des entités membres, à l'exclusion de toutes autres catégories d'intérêts. Ce constat « *ne doit pas conduire au rejet de toute idée de protection des intérêts des tiers* » ; ces derniers « *devront seulement se placer sur un terrain différent de ceux avec lesquels ils entrent en balance* »[1586], et Antoine Pirovano d'ajouter que « *les seules « protections » ne peuvent être tirées que du droit du travail ou de ce qu'il en reste* »[1587].

793. Plutôt que de concevoir l'entreprise comme un lieu d'intégration des intérêts en un seul intérêt collectif transcendant pouvant être personnifié, le droit du travail conçoit davantage l'entreprise comme un lieu de confrontation d'intérêts catégoriels divergents et potentiellement contradictoires, « *que le juge est, dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, tenu de mettre directement en balance sans passer par l'entremise d'un intérêt plus général qui est censé les sublimer pour mieux les départager* »[1588]. Dès lors, la référence à l'intérêt de l'entreprise change de sens : « *à une logique classique d'assimilation et de subordination (les intérêts particuliers quand ils ne sont pas simplement assimilés à l'intérêt collectif, lui sont subordonnés), se substitue la logique propre de l'intérêt qui est celle de l'équilibration ou de la pesée ; le principe hiérarchique fait place au principe de proportionnalité* »[1589]. Sont privilégiées la technique de la balance des intérêts et la méthode du bilan selon lesquelles il convient de peser les avantages et les inconvénients de la décision envisagée en considération des intérêts légitimes de chacun dans l'entreprise.

[1586] N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*, p.162.

[1587] A. Pirovano, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », article précité, p.192.

[1588] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, p.204.

[1589] F. Ost, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Vol. 2, *op. cit.*, p.89. B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », D. 2004, *chron.*, p.1680 ; Jeantin (M.), « Intérêt du groupe et intérêt de l'Entreprise », *Dr. Ouvr*. 1994, p.14.

794. En définitive, compte tenu de la relation de subordination juridique caractéristique de la relation de travail, l'organisation juridique de la prise en compte des intérêts des salariés s'est construite en droit du travail à partir du collectif. Le collectif a été la voie empruntée en droit du travail pour permettre aux intérêts des salariés de s'exprimer sur la scène juridique et de rétablir le salarié en sa qualité de sujet de droit porteur d'intérêts. « *La dimension collective des relations de travail n'a de sens en droit français que dans cette perspective de dépassement des apories de la subordination de la volonté* »[1590]. Référée à l'appartenance à un collectif, la prise en compte des intérêts des salariés ainsi que l'organisation de leur protection juridique supposent la détermination de collectivités juridiquement reconnues. L'organisation des relations collectives du travail dans le groupe implique en conséquence l'existence d'une collectivité de travailleurs à ce niveau.

B. Le groupe comme cadre d'expression d'une collectivité de travailleurs

795. Les « lieux » du droit du travail ne sont pas la traduction fidèle d'une réalité économique et sociale mais des cadres d'exercice de droits collectifs attachés à une collectivité de travail. Le droit du travail reconnaît une pluralité de collectivités de travail auxquelles correspondent autant de niveaux et de cadres différents d'exercice des droits collectifs des salariés. La référence à la collectivité de travail implique une approche collective des intérêts des salariés. Seuls sont visés les intérêts des salariés pris en leur qualité de membre d'une même collectivité, c'est-à-dire leur intérêt collectif. Selon Laurence Boy, l'intérêt collectif est relatif à « *un ensemble d'individus possédant une ou plusieurs caractéristiques communes* », qui ont conscience d'appartenir à un tel groupe et dont l'appartenance suscite une « *volonté d'action collective, pour obtenir par tous les moyens la satisfaction des revendications qu'impliquent ces aspirations communes* »[1591]. Distinct de la somme des intérêts particuliers de chacun de ses membres, il porte sur une qualité ou une fonction sociale particulière et commune à chacun d'entre eux. « *L'intérêt collectif, c'est l'intérêt partagé par un ensemble d'individus en raison de leur appartenance à une même*

[1590] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p.124. Dans le même sens : P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, 2005, p.431.
[1591] L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français. Réflexions sur la collectivisation du droit*, Thèse Nice, 1979, p.XVs.

collectivité. C'est en leur qualité de membres d'un groupe déterminé qu'ils partagent le même intérêt »[1592]. L'intérêt collectif désigne donc l'intérêt de salariés unis entre eux par des intérêts catégoriels communs liés à leur appartenance à une collectivité déterminée.

796. La référence à l'intérêt collectif des salariés n'a toutefois pas pour effet de fondre leurs intérêts individuels dans un intérêt collectif unique et transcendant. Sélection des intérêts des salariés, l'intérêt collectif « *ne recouvre pas nécessairement tous les droits et avantages que le salarié peut tirer de son contrat* »[1593] ; et, inversement, distinct de la somme des intérêts individuels, il est plus que l'intérêt individuel qui ne peut l'absorber. « *Membre d'une collectivité de travailleurs dont il partage nécessairement les intérêts, il* [le salarié] *est aussi désormais un individu singulier et indépendant, capable de véritables stratégies personnelles. Nouveau Janus, le salarié est donc tout à la fois le siège de l'intérêt collectif et le porteur d'intérêts propres* »[1594]. Cette dualité ne doit pas conduire à opposer l'intérêt collectif et l'intérêt individuel du salarié : la prise en compte de l'intérêt collectif des salariés ne s'est pas faite au détriment de l'intérêt individuel ; bien au contraire, l'intérêt collectif sert de support à l'intérêt individuel. « *Le droit du travail, en réinscrivant les salariés – chaque salarié – dans un réseau dense et serré de protections et de garanties collectives, a ainsi contribué grandement à constituer les supports nécessaires pour que tous les salariés puissent vivre, positivement cette fois, leur individualité* »[1595]. Sans le soutien du collectif, les droits individuels des salariés risqueraient de rester purement formels. « *Dans l'entreprise privée, siège d'un pouvoir privé qui demeure fort (...), les libertés individuelles resteraient en pratique lettre morte sans les droits collectifs que la loi a reconnu aux travailleurs, en particulier ceux de la représentation collective (...). Le droit de représentation des travailleurs récapitule dans l'entreprise les libertés et droits fondamentaux du citoyen en général, lesquels, sans ce complément et ce prolongement collectif, seraient tenus en lisière* »[1596]. En ce sens, la dimension collective de la relation de travail s'infiltre dans les moindres recoins des relations individuelles du travail. La protection de l'intérêt collectif des salariés ne joue pas contre mais œuvre pour une meilleure prise en compte des intérêts individuels des salariés.

[1592] P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié*-individu, *op. cit.*, p.132.
[1593] *Ibid.*, p.269.
[1594] *Ibid.*, p.446.
[1595] *Ibid.*, p.431.
[1596] J.-M. Verdier, « Travail et libertés », *Dr. soc.* 1982, p.419.

797. Même s'il est difficile de déterminer si l'intérêt collectif préexiste ou est la conséquence de la reconnaissance juridique d'une collectivité de travail[1597], l'existence d'une collectivité de travail traduit celle d'un intérêt collectif commun, « *ferment et résultat de toute représentation collective* »[1598]. Seule la reconnaissance juridique d'une collectivité de travail permet à cet intérêt commun de s'exprimer sur la scène juridique et d'être juridiquement pris en compte et protégé. « *Tout en étant privées de la personnalité morale,* [ces collectivités] *vont pouvoir affirmer leur identité* »[1599] par l'intermédiaire de représentants chargés de défendre les intérêts collectifs des salariés. La reconnaissance juridique de la collectivité de travail permet aux salariés d'exercer leurs droits à la représentation et à la négociation collectives en vue de la protection de leurs intérêts collectifs dans le cadre correspondant à celui de la collectivité définie.

798. L'appartenance du salarié à une pluralité de collectivités de travail ne doit pas conduire à concevoir l'existence d'un intérêt collectif unique qui se déclinerait à plusieurs niveaux. Des salariés peuvent appartenir à des collectivités de travail différentes, chacune de ces collectivités étant porteuse d'intérêts collectifs catégoriels différents ou qui ne se recoupent que partiellement. Ainsi, à propos de la collectivité de négociation, Marie-Laure Morin envisage l'existence d'« *intérêts catégoriels communs qui peuvent chacun être à la source d'exercice du droit à la négociation et fonder une collectivité de négociation* » et précise qu'« *une collectivité ayant un intérêt propre peut appartenir à une collectivité plus large qui regroupe des intérêts catégoriels différents* »[1600]. Dans cette perspective, l'organisation des relations collectives de travail au niveau du groupe, à la fois cadre de représentation et de négociation collectives, repose sur l'existence d'une collectivité de travail à ce niveau, traduisant l'intérêt collectif commun à tous les salariés membres de cette collectivité, malgré leur appartenance à des collectivités d'entreprise distinctes. La reconnaissance d'une collectivité de travail au niveau du groupe n'implique donc pas la disparition de celles existantes au niveau des entreprises du groupe mais s'articule avec elles. Les salariés

[1597] G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p.687 : « *Est-ce à dire que l'idée de représentation va jusqu'à faire naître le groupe, celui-ci pouvant être perçu comme un construit social, mis en forme par le représentant ? N'est-il pas justifié d'admettre que le groupe repose sur une communion naturelle d'intérêts et précède sa naissance à la vie juridique par le canal de la représentation, celle-ci constituant uniquement la manifestation visible, la forme vitale du groupe* ? ».

[1598] E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, *op. cit*., p.367.

[1599] G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », article précité, p.687.

[1600] M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Paris, LGDJ, 1994, p.286.

membres d'une collectivité de travail d'entreprise sont également membres d'une collectivité de travail du groupe. Si les intérêts collectifs catégoriels relatifs à chacune de ces collectivités de niveau différent peuvent se recouper partiellement, ils ne se confondent jamais totalement.

799. Le groupe apparaît comme le cadre d'expression d'une collectivité de travail spécifique (1), particulièrement perceptible depuis la consécration de l'accord collectif de groupe qui contribue à faire du groupe un niveau de négociation collective à part entière (2).

1. Le groupe comme cadre d'expression d'une collectivité de travail spécifique

800. La construction progressive d'un droit des relations collectives du travail au niveau du groupe a contribué à l'émergence du groupe comme cadre d'expression d'une collectivité de travail originale, distincte de la somme des collectivités de travail des entreprises. Cette collectivité de travail unit des salariés appartenant à un même groupe mais liés à des employeurs différents et attachés à des collectivités de travail d'entreprise différentes. L'existence d'intérêts collectifs distincts nés de leur appartenance à des collectivités d'entreprise différentes, ne constitue pas un obstacle à l'émergence d'un intérêt collectif catégoriel commun à tous les salariés du groupe. Si, pendant longtemps, des doutes persistaient sur la reconnaissance juridique de l'intérêt commun des salariés du groupe, la consécration juridique des accords de groupe a fortement contribué à en révéler l'ampleur et la consistance.

801. La reconnaissance par la Cour de cassation de la personnalité civile du comité de groupe a pu être interprétée par certains auteurs comme liée à l'existence d'un intérêt collectif propre aux salariés du groupe. « *L'intérêt qui fonde l'existence du comité de groupe apparaît comme un intérêt particulier aux salariés du groupe et justifie sa prise en compte permanente* »[1601]. Si en son temps, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1990[1602] qui consacre la personnalité civile du comité de groupe, n'a pas fait l'unanimité en doctrine[1603], la solution

[1601] *Ibid.*, p.298.

[1602] Cass. soc., 23 janvier 1990, n°86-14947, *Bull. civ.* V, n°20, *RJS* 2/93, n°133, concl. G. Picca ; *JCP* G 1990, II, n°21529, note M. Névot.

[1603] J. Savatier, « L'action en justice du comité de groupe, en cas de contestation de la cession d'une filiale », *Dr. soc.* 1990, p.322. Voir également en faveur de l'absence de personnalité juridique du comité de groupe : G. Couturier, « Les budgets du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p.379.

semble bien justifiée par l'existence d'une collectivité de travail de groupe. Dans le silence de la loi, la personnalité civile appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes d'être juridiquement reconnus et protégés. En application de cette jurisprudence, la Cour de cassation a très clairement décidé que « *les comités de groupe institués par les articles L.439-1 et suivants du Code du travail sont dotés d'une possibilité d'expression collective des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice* ». Sans entrer dans les détails d'un débat qui a divisé, à l'époque, la doctrine sur les conditions de reconnaissance de la personnalité morale des groupements, il convient d'insister sur les liens existants entre la personnalité juridique du comité de groupe et l'existence d'une collectivité de travailleurs au niveau du groupe.

802. Comme toute institution représentative du personnel, le comité de groupe concourt à l'expression des intérêts de la collectivité du personnel, intérêts licites dignes d'être juridiquement protégés. A la différence du comité d'entreprise, la loi n'a pas conçu le comité de groupe comme une instance de consultation mais comme une instance chargée de centraliser l'information économique relative à l'activité, la situation financière et à l'évolution de l'emploi dans le groupe, pour ensuite la transmettre aux représentants du personnel des entreprises du groupe. A s'en tenir aux termes de la loi, le comité de groupe s'apparenterait « *à une sorte de chambre d'enregistrement au rôle passablement passif* »[1604]. Destinataire des informations économiques relatives au groupe, le comité de groupe représente en réalité plus qu'un simple relais d'informations, qu'une simple émanation sans autonomie des comités d'entreprise : il concourt à la diffusion de l'information économique dans l'intérêt global des personnels du groupe, c'est-à-dire dans l'intérêt commun des salariés en leur qualité de membre de la collectivité de travail du groupe et non dans l'intérêt des salariés membres de collectivités d'entreprise distinctes. « *Les personnalités individuelles des membres du comité de groupe sont impuissantes à incarner les intérêts des personnels de tout le groupe. Ceux-ci sont distincts, et bien distincts, de ceux des membres du comité* »[1605]. Les salariés des entreprises du groupe ont « *globalement des intérêts convergents* » que le comité de groupe, institution représentative du personnel spécifique au groupe, est chargé de défendre. Les membres élus des comités d'entreprise composant le comité de groupe « *ne sont pas informés isolément : le comité de groupe est réuni et informé en tant que tel* » et dispose à

[1604] M. Névot, note sous Cass. soc., 23 janvier 1990, n°86-14947, *JCP* E 1990, II, n°21529.
[1605] M. Cohen, « La personnalité civile du comité de groupe », *Dr. soc.*, 1983, p.674.

cet effet de l'organisation et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission. Et si, selon la loi les comités d'entreprise ont pour objet d'« *assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise* »[1606], il s'agit des intérêts collectifs des salariés en leur qualité de membre de la collectivité d'entreprise et non du groupe. Ainsi, pour reprendre l'hypothèse de l'arrêt du 23 janvier 1990 relative à la cession d'une filiale du groupe, la décision touchant à la composition du groupe affecte non seulement les intérêts des salariés de la filiale cédée, mais également ceux de tous les salariés du groupe. « *Le contour du groupe a pour les salariés des sociétés qui en relèvent des incidences certaines ; (...) la taille d'un groupe et sa composition influent sur la position de chaque entité face aux banques, aux fournisseurs et aux concurrents, et par conséquent ont un effet déterminant sur l'emploi* »[1607]. Or, en l'absence d'institution représentative de la collectivité des salariés au niveau du groupe, si les syndicats représentatifs des salariés de la société cédée ont bien vocation à agir, il en va autrement des syndicats représentatifs des salariés des autres sociétés du groupe, dont les intérêts sont pourtant aussi affectés par la décision de cession.

2. Le groupe, un niveau de négociation collective à part entière

803. La consécration juridique des conventions et accords collectifs de groupe a considérablement contribué à la reconnaissance du groupe comme cadre d'expression d'une collectivité de travail[1608]. Elle conduit à considérer le groupe comme un niveau de négociation collective à part entière. Or, « *la constitution d'une unité de négociation n'a (...) de sens que si un intérêt commun existe entre les travailleurs concernés, justifiant son règlement unitaire par voie d'accord avec un interlocuteur patronal* »[1609]. La notion d'intérêt collectif est en effet « *à la source du droit à la négociation comme droit des salariés* »[1610] et « *l'intérêt collectif qui s'exprime dans la négociation est celui de la collectivité des salariés* »[1611]. La reconnaissance jurisprudentielle de l'accord de groupe par l'arrêt de la Cour de cassation

[1606] Article L.2323-1 (ancien article L.431-4) du Code du travail
[1607] N. Névot, note sous Cass. soc., 23 janvier 1990, précité.
[1608] P.-Y. Verkindt, « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.* 2010, p.771.
[1609] P. Rodière, « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1125, p.8.
[1610] M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit, op. cit.*, p.266.
[1611] *Ibid.*, p.284.

« Axa France » du 30 avril 2003[1612], puis sa consécration législative issue de la loi du 4 mai 2004 considèrent le groupe comme un ensemble dans lequel évolue une collectivité de travail spécifique, distincte de la somme des collectivités de travail des entreprises membres du groupe. A la différence de la conclusion d'un accord inter-entreprises, l'accord de groupe « *n'est pas négocié et conclu pour s'appliquer dans différentes entreprises prises individuellement* » mais pour s'appliquer « *au niveau du groupe-collectivité de travail* »[1613]. Dans cette perspective, l'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2003 se réfère expressément à l'objet spécifique de l'accord de groupe, à savoir des « *sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe* ». En l'espèce, l'accord de groupe concernait la possibilité de conclure, selon des modalités prédéterminées, des accords entre des entreprises de différents secteurs d'activité du groupe sur des thèmes intéressant les salariés. Sans aucun doute, l'organisation des entreprises en groupe favorise l'émergence de sujets de négociation spécifiques à ce niveau, dès lors qu'il s'agit d'harmoniser globalement, dans un souci de rationalisation, les pratiques en matière de mobilité des salariés, de gestion des carrières, de formation professionnelle ou encore de prévoyance au sein du groupe. A l'inverse, d'autres sujets de négociation n'intéresseront qu'une collectivité de travail d'entreprise bien spécifique et, dans ce cas, un accord de groupe ne pourrait traiter de ces questions. Il faut toutefois reconnaître que la ligne de démarcation n'est pas toujours évidente à tracer, un sujet pouvant « *affecter directement les salariés d'une ou plusieurs entreprises du groupe, et être en même temps commun au groupe* »[1614]. Dans ce cas, si les intérêts collectifs catégoriels de la collectivité d'entreprise et de la collectivité de groupe se recoupent partiellement, l'angle d'approche sera différent selon le niveau de négociation : global pour le groupe et local pour l'entreprise. La loi du 4 mai 2004 n'a pas repris la condition tenant à l'existence de « *sujets d'intérêts communs aux personnels des entreprises concernées du groupe* », même si, selon Paul-Henri Antonmattéi, « *on peut légitimement penser qu'elle participe, de fait, à la détermination du champ d'application de l'accord* »[1615]. En tout état de cause, en considérant que seules les organisations syndicales représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord

[1612] Cass. soc., 30 avril 2003, n°01-10027, *Bull. civ.* V, n°155 ; *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1125 ; *JCP* E 2003, II, 1557, note K. Adom. P. Rodière, « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1125, p.6s ; M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe. Une variété d'accords collectifs de droit commun », *RJS* 10/03, p.743s.

[1613] G. Couturier, « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », in B. Teyssié (dir.), *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Paris, Panthéon-Assas, 2004, p.82.

[1614] M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe. Une variété d'accords collectifs de droit commun », article précité, p.746.

[1615] P.-H. Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc*. 2004, p.602.

peuvent négocier et conclure un accord collectif de groupe[1616], la loi du 4 mai 2004 opte pour une appréciation globale de la représentativité et non entreprise par entreprise, ce qui permet de caractériser l'existence d'une collectivité de travail de groupe. Quoiqu'il en soit des difficultés d'articulation entre niveaux de négociation et des incertitudes entourant le régime juridique de ces accords[1617], la consécration du groupe comme niveau spécifique de négociation et de conclusion d'accords collectifs suffit à caractériser l'existence d'une collectivité de travail de groupe, unie par un intérêt collectif commun aux salariés des entreprises du groupe.

804. C'est bien l'organisation progressive par le droit du travail de la représentation collective de type électoral et syndical qui donne à la collectivité de travail de groupe l'épaisseur juridique dont elle a besoin pour exprimer un intérêt collectif spécifique et commun aux personnels des entreprises du groupe. Sans les moyens d'action collective nécessaires à son expression, qu'il s'agisse de la représentation collective de type électoral ou syndical, cette collectivité de travail de groupe n'existerait pas sur la scène juridique. Comme l'a démontré Georges Borenfreund[1618], ces deux formes de représentation collective contribuent à l'institutionnalisation de collectivités de travailleurs « *qui n'ont pas d'existence juridique en dehors d'elles* »[1619]. L'« institutionnalisation » d'une collectivité de travail peut alors apparaître comme l'élément moteur d'une prise de conscience par les salariés des liens qui les unissent entre eux, d'une communauté de destin, malgré leur appartenance à des collectivités d'entreprise distinctes. Ainsi, et à titre d'exemple, face au projet du groupe AREVA de se séparer de sa filiale AREVA Transmission et Distribution, l'ensemble des salariés européens de la filiale mais également d'autres entreprises du groupe ont manifesté leur désaccord à ce projet, à l'initiative de différentes organisations syndicales nationales et sous l'impulsion coordinatrice du comité d'entreprise européen d'Areva. Qu'il s'agisse des salariés des entreprises du groupe, des organisations syndicales ou du comité d'entreprise européen, tous ont conscience que cette cession affecterait non seulement les salariés de la filiale menacée de cession mais aussi l'ensemble des salariés des autres filiales du groupe[1620].

[1616] Sur le rôle des syndicats dans le groupe : B. Teyssié, « Le syndicat dans le groupe », *Sem. soc. Lamy* 2006, suppl. « Droit syndical dans l'entreprise », p.19.

[1617] G. Auzero, « La vie des conventions et accords collectifs de groupe », *RDT* 2006, p.230s.

[1618] G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.*, 1991, p.685 ; « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc*. 1988, p.476s ; *L'action revendicative au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris X Nanterre, 1987.

[1619] A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p.142.

[1620] « Trois questions à Maureen Kearney, Secrétaire (CFDT) du CE européen d'Areva », *Liaisons Sociales Europe*, septembre 2009, n°233, p.3.

805. La reconnaissance d'une collectivité de travail ne s'impose pas en droit du travail par la seule force de l'évidence d'une réalité sociologique qui lui servirait de support. L'affirmation progressive d'une collectivité de travail de groupe est le résultat d'une construction juridique propre au droit du travail, qui conduit à s'interroger sur les raisons d'une telle construction. Il apparaît que cette évolution du droit du travail répond à une exigence d'effectivité de valeurs qui constituent le fondement même du droit du travail, en assurent la légitimité et dont les droits fondamentaux en sont la traduction dans l'ordre juridique.

§2. La justification par les droits fondamentaux : une exigence de l'ordre juridique

806. La consécration du groupe comme cadre d'exercice des relations collectives du travail se justifie tant au regard des valeurs qui structurent l'ordre juridique et dont il est le garant (A) que par la recherche du lieu utile nécessaire à l'effectivité de la règle de droit (B).

A. Le groupe, cadre d'exercice des relations collectives du travail : la justification par les valeurs

807. La consécration juridique du groupe comme cadre d'exercice des droits collectifs des salariés apparaît comme la « *traduction juridique d'un système axiologique qui transcende le droit pour en assurer la justification* »[1621]. Plus précisément, le droit constitue la traduction des valeurs structurantes d'une société[1622]. Ces valeurs sont le reflet d'une certaine conception de la justice dominante à une époque et dans une société historiquement située. Elles assurent à l'ordre juridique cohérence et légitimité, servent de fil conducteur à ses évolutions. Elles « *confèrent au droit le dynamisme en vertu duquel il se développe et se complète*

[1621] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.* p.3.

[1622] A. Supiot, « A propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Eglise », *Dr. soc.* 1991, p.921 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, p.3 ; P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu, op. cit.*, p.351.

constamment, afin de répondre toujours plus exactement à leurs exigences »[1623]. Ainsi justifié[1624] par les valeurs dominantes de la société dont il en réglemente l'ordre, le droit est « socialement » acceptable et accepté, sa force coercitive légitimée. En contrepartie, il est le garant de ces valeurs : il offre l'épaisseur juridique nécessaire à leur application effective par la formulation de règles de droit chargées de les mettre en œuvre. L'observation de Mireille Delmas-Marty à propos des principes vaut également pour les valeurs ; elles « *sont à chaque moment* [toutes entières] *dans les règles qui les appliquent sans jamais s'épuiser en aucune d'elles* »[1625].

808. Les droits fondamentaux, « *règles très générales caractérisant les buts effectivement poursuivis par un ordre juridique déterminé ou encore les valeurs essentielles dont ils s'inspirent* »[1626], fournissent un cadre d'identification de ces valeurs adéquat. La double nature des droits fondamentaux, à la fois « *normes juridiques susceptibles de fonder la validité juridique d'autres normes* » et « *valeurs remplissant la fonction de justification* »[1627] permet en effet de déterminer les valeurs sur lesquelles reposent le droit du travail et, plus généralement, un ordre juridique, sans pour autant sortir des limites du champ normatif. Ces droits fondamentaux sont essentiels, non seulement parce qu'ils assurent la cohérence d'ensemble d'un ordre juridique ou d'une branche du droit déterminée, mais encore parce qu'ils servent de guide et d'aiguillon à l'activité législative et jurisprudentielle. « *Souvent présenté comme traduisant la « marche du droit » sous la houlette du progrès* »[1628], le développement des droits fondamentaux a pour effet d'orienter l'action du législateur dans le sens d'une protection accrue des valeurs qu'ils expriment. « *Les évolutions normatives (...) servent les valeurs exprimées par les droits fondamentaux et trouvent dans cette finalité à la fois leur justification, leur légitimité, et une part, au moins, de leur autorité* »[1629]. « *Il faut bien voir que le nombre de textes propres à la régulation juridique des relations de travail*

[1623] M. Virally, *La pensée juridique*, rééd., Panthéon-Assas / LGDJ, 1998, p.36.

[1624] Le terme de justification ne renvoie pas tant à la notion de cause entendue comme les raisons d'une action qu'à celle de fondement, au sens des considérations ou des valeurs qui légitiment un phénomène ou une règle de droit. Ainsi entendue, la justification par les valeurs ne se confond pas avec le fondement juridique de la norme. Voir P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, 2005, p.351.

[1625] M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p.186.

[1626] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p.101.

[1627] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.5. Dans le même sens : P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p. 397s.

[1628] R. de Qenaudon, « La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ? », *D.* 2005, p.1736.

[1629] P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p.408.

salarié ne sont donc que l'expression particulière – une mise en forme et en lois – de valeurs prééminentes (fondamentales) »[1630].

809. Parfois encore utilisée comme synonyme de « liberté publique » ou de « droit de l'homme », la notion de droit fondamental désigne pour certains une catégorie juridique à part entière[1631]. La difficulté tient toutefois en l'absence de consensus sur le caractère « fondamental »[1632] de ce droit. Tandis que la conception normativiste du droit attribue la fondamentalité d'un droit en fonction de sa place dans la hiérarchie des normes, d'autres approches privilégient une approche substantielle. Selon cette approche, la fondamentalité d'un droit dépend davantage des valeurs qu'exprime la norme juridique en des termes généraux que de sa position hiérarchique formelle. Seules sont significatives les valeurs qui structurent objectivement un ordre juridique, en caractérisent les buts ou les valeurs essentielles dont ils s'inspirent[1633]. Dans cette perspective, la hiérarchie normative formelle n'est pas occultée mais apparaît comme un « *instrument permettant à la hiérarchie substantielle de fondamentalité (celle des valeurs) de s'imposer* »[1634]. Elle ne constitue qu'un indice, possible mais non nécessaire, qui ne préjuge pas du caractère fondamental du droit[1635].

810. Cette approche de l'ordre juridique par les valeurs d'une organisation sociale déterminée vaut également pour les branches du droit. Le droit du travail est en effet porteur de valeurs qui imprègnent l'ensemble de ses normes juridiques et lui assurent son unité interne. Elément d'un ordre juridique, le droit du travail ne pouvait rester en marge du mouvement général de montée en puissance des droits fondamentaux dans l'ordre juridique[1636]. Selon Michèle Bonnechère, « *sans les droits sociaux fondamentaux, il n'y a pas de droit du travail* »[1637]. Les droits fondamentaux constituent le socle et la référence à l'aune desquels s'apprécie l'ensemble des dispositifs normatifs d'un ordre juridique et plus

---

[1630] *Ibid.*, p.412.

[1631] *Ibid.*, p.397. Voir également : « Les droits fondamentaux – Une nouvelle catégorie juridique ? », numéro spécial, AJDA, 20 juillet – 20 août 1998.

[1632] V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005, Paris. L'auteur propose une typologie des droits fondamentaux sur la base de quatre critères différents.

[1633] F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p.101.

[1634] P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p.403.

[1635] E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 20 juillet-20 août 1998, p.6.

[1636] L'affirmation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique exprime pour certains « la refondation de l'ordre juridique autour des droits fondamentaux de la personne humaine. P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p.406.

[1637] M. Bonnechère, « La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social », *DO* 1998, p.249.

particulièrement du droit du travail. Cette branche du droit spécifique, construite autour d'une rationalité et de valeurs propres, est porteuse, en sus des droits de l'homme proprement dits, de droits fondamentaux catégoriels. Il s'agit des droits fondamentaux des travailleurs qui fixent en des termes généraux les orientations et finalités particulières du droit du travail. Ainsi, le Préambule de la Constitution de 1946 énumère un certain nombre de droits spécifiques aux relations collectives du travail, comme le droit syndical, le droit de grève, la participation des travailleurs à la négociation des conditions de travail et à la gestion des entreprises. L'extension progressive du contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel au Préambule de la Constitution de 1946 a transformé de « *simples dispositions exprimant la conception de notre système politique et social (...) en de véritables propositions normatives* »[1638] qui vont guider les actions législatives et orienter l'interprétation des juges. A côté des sources de droit internes de valeur constitutionnelle, le droit du travail s'est progressivement enrichi d'autres « *corps de droit venus d'ailleurs* »[1639] comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01), la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales dont les dispositions s'appliquent aussi dans les rapports entre personnes privées[1640] et le Pacte des droits civils et politiques de 1966. Ces textes de droit communautaire et international reconnaissent eux aussi un certain nombre de droits fondamentaux spécifiques aux travailleurs qui recoupent, pour la plupart, ceux du Préambule de la Constitution de 1946. Même si la généralité des énoncés de ces textes ne constitue pas nécessairement un obstacle à leur applicabilité directe[1641], le plus souvent, ce sont des dispositions législatives spécifiques au droit du travail qui en assurent l'effectivité.

811. Suivant ce raisonnement, la reconnaissance juridique du groupe comme cadre d'exercice des relations collectives du travail manifeste la volonté du législateur de renforcer les droits fondamentaux des salariés à ce niveau et, plus précisément, leur droit fondamental à participer, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la détermination de leurs conditions de travail et d'emploi ainsi qu'à la gestion de leur entreprise. Dans un sens large, la participation désigne l'ensemble des moyens dont disposent les travailleurs pour influencer les décisions

[1638] A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron., p.199.

[1639] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p.36.

[1640] CEDH, 23 novembre 1993, Lopez-Ostra c/Espagne, *Rec.*, série A, n°303-C, §51.

[1641] Pour les normes internationales, leur applicabilité directe est conditionnée à leur intégration dans l'ordre interne et au caractère *self-executing* de leurs dispositions. En l'état actuel du droit positif, il semble que seules les dispositions de la CEDH et du pacte des droits civils et politiques de 1966 réunissent ces conditions. P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabiliation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, 2005, p.380.

prises dans l'organisation ou bénéficier des surplus qu'elle a dégagés. La notion de participation intègre alors également la participation financière des salariés aux bénéfices de l'entreprise. En énonçant que « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 n'envisage que la participation à la détermination collective des conditions de travail et la participation à la gestion, à l'exclusion de la participation financière. Le Préambule de la Constitution retient néanmoins une approche « *pluridimensionnelle* »[1642] de la participation[1643]. Tandis que la participation à la détermination vise l'élaboration en commun de normes au terme d'un processus de négociation collective entre les représentants des salariés et des employeurs, la participation à la gestion, fondée sur l'idée d'une « intégration » dans la communauté de l'entreprise[1644], privilégie la participation des salariés aux décisions de gestion de l'entreprise soit par la participation des salariés aux organes sociaux de l'entreprise, soit par le contrôle des décisions de l'employeur par les organes de représentation des salariés.

812. En droit positif, la consécration d'un niveau de représentation et de négociation collectives spécifique au groupe est directement liée à la volonté affirmée du législateur de promouvoir le droit fondamental des salariés à la participation à ce niveau. Le droit fondamental des salariés sert ici de moteur et de justification à l'organisation juridique des relations collectives du travail dans le groupe. Ainsi, la directive du 6 mai 2009[1645] portant refonte de la directive CE/45/94 relative à la mise en place d'un comité d'entreprise européen se réfère expressément à l'objectif de promotion du dialogue social du Traité. Or, cet article exprime clairement l'engagement de l'Union européenne et des Etats membres d'agir en faveur des droits sociaux fondamentaux[1646]. De même, le rapport Auroux sur les droits des travailleurs relatif à la loi du 4 août 1982 instituant le comité de groupe rappelle la nécessité de réaffirmer un certain nombre de droits fondamentaux dont le droit à l'information par le renforcement de la représentation collective des salariés. « *Les travailleurs ont en outre le*

[1642] M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, *op. cit.*, p.79.

[1643] Seules les relations entre les travailleurs et les employeurs sont ici envisagées, à l'exclusion des relations avec l'Etat.

[1644] M.-L. Morin, *ibid.*, p.79.

[1645] 0Dir. CE 2009/38/CE du 6 mai 2009, *JOUE* du 16 mai 2009

[1646] Article 136 du Traité : « *La Communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions* ».

droit à l'information : toutes les mesures qui sont prises dans ce rapport vont dans ce sens, que ce soit l'information directe des salariés sur leur statut et leurs conditions de travail, ou indirecte par le biais de leurs représentants, sur le fonctionnement économique et social de l'entreprise »[1647].

813. Le droit du travail se construit et évolue en référence aux droits fondamentaux en général et à ceux des travailleurs en particulier. Le droit fondamental à la participation des salariés justifie et légitime les dispositifs normatifs du droit du travail qui fixent les modalités concrètes de sa mise en œuvre. La reconnaissance d'une collectivité de travail de groupe ainsi que l'organisation des relations collectives du travail participent bien de la mise en œuvre d'un droit fondamental des salariés à ce niveau. La reconnaissance juridique du groupe comme cadre de représentation et de négociation collectives s'inscrit dans la logique propre à un ordre juridique dont l'objectif est d'assurer les valeurs d'une société qui lui donnent sens et cohérence. Cette évolution juridique est non seulement justifiée au regard des valeurs essentielles du droit du travail, en l'occurrence le droit à la participation des salariés, mais apparaît encore comme une nécessité de l'ordre juridique, un impératif d'effectivité de la règle de droit et des valeurs fondamentales sous-jacentes.

814. Structuré par les valeurs essentielles d'une société, le droit en est aussi le garant. A ce titre, il doit assurer leur mise en œuvre effective dans l'ordre économique et social[1648], ce qui implique de sa part de définir le « lieu utile » d'application du droit du travail, nécessaire à son adaptation aux déplacements du capitalisme.

[1647] J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1982, p.6.

[1648] Selon L. Boltanski et .E. Chiapello, « *le droit peut donc être considéré comme le mode d'inscription publique où est conservée, sous la forme de règles générales, la trace des principales régulations – c'est-à-dire des dispositifs d'autolimitation* » destinés à assurer la mise en œuvre effective des droits fondamentaux. L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, coll. nrf essais, Paris, Gallimard, nrf essais, 1999, p.498.

B. L'impératif d'effectivité face aux « déplacements » du capitalisme : la recherche du lieu utile

815. Etroitement liée aux formes d'organisation du travail, la dimension collective des relations de travail épouse les contours des collectifs de travail « *sur lesquels sont assis les mécanismes juridiques d'action, de représentation et de négociation collective* »[1649].

816. Or, les nouveaux modes d'organisation du travail, et tout particulièrement l'organisation des entreprises en groupe, affaiblissent la portée des dispositifs normatifs adaptés au modèle fordiste de l'organisation du travail. « *Aujourd'hui, ce modèle ne disparaît pas mais coexiste avec des formes nouvelles d'organisation du travail, qui modifient les cadres de l'action, de la représentation et de la négociation collective* »[1650]. L'organisation des entreprises en groupe correspond à un « déplacement » du capitalisme qui conduit à reconsidérer les cadres normatifs du droit du travail. Si les contraintes normatives mises en place n'assurent plus l'effectivité du droit fondamental des salariés à la participation dans le cadre d'un groupe, alors une évolution normative s'impose. Dès les années soixante-dix, Gérard Lyon-Caen mettait en garde contre la disparition programmée du droit social « *sans une réglementation précise des groupes* »[1651] et Michel Despax d'ajouter que « *bien des réformes sociales risquent de rester à l'état d'enveloppe vide si le groupe n'est pas reconnu* »[1652].

817. L'organisation des relations collectives du travail au niveau du groupe a enrichi la « géographie » traditionnelle du droit du travail d'un nouveau « lieu ». Selon Philippe Waquet, cette géographie du droit du travail doit répondre à une exigence d'effectivité par la « *recherche du lieu utile* »[1653]. Car, l'effectivité d'une règle de droit dépend non seulement de son contenu normatif mais encore de son cadre d'application. Compte tenu de la place structurante des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, l'« utilité » d'un lieu s'apprécie au regard de sa capacité à garantir l'effectivité de tel ou tel droit fondamental des salariés. Le

[1649] A. Supiot, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Rapport pour la commission européenne, Paris, Flammarion, 1999, p.138.
[1650] *Ibid.*
[1651] G. Lyon-Caen, « Observations sur les licenciements dans les groupes internationaux de sociétés », Revue Critique de Droit International Privé, 1974, p.439.
[1652] M. Despax, « Le droit social et les groupes d'entreprises », *op. cit.*, p.24.
[1653] P. Waquet, « Propos introductifs », « Les lieux du droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1140, p.51.

groupe constitue-t-il un cadre d'exercice des relations collectives du travail pertinent au regard de l'impératif d'effectivité du droit à la participation des salariés ? Si oui, à quelles conditions ? Suffit-il de définir un cadre pertinent ?

818. C'est bien l'impératif d'effectivité du droit à la participation des salariés qui est à l'origine de la reconnaissance du groupe comme un nouveau périmètre d'application du droit des relations collectives du travail. Face aux transformations des modes d'organisation des entreprises, la règle de droit n'est plus en mesure d'atteindre l'efficacité attendue d'elle, les cadres traditionnels d'exercice des droits collectifs, à savoir l'entreprise et l'établissement, étant inadaptés[1654]. Ainsi, la directive du 6 mai 2009 portant refonte de la directive CE/45/94 relative à la mise en place d'un comité d'entreprise européen, évoque expressément la nécessité de revoir la législation de l'Union européenne applicable « *dans le but d'assurer l'effectivité des droits d'information et de consultation transnationale des travailleurs* »[1655]. Consciente du « *processus de concentrations d'entreprises* » ayant pour effet une « *transnationalisation (...) des groupes d'entreprises* »[1656], la directive motive l'institution d'un comité d'entreprise européen par le « *traitement inégal des travailleurs touchés par les décisions au sein (...) d'un même groupe* »[1657] pouvant naître de l'inadaptation des procédures d'information et de consultation des travailleurs prévues par les législations ou pratiques des Etats membres[1658]. Dans le même sens, le rapport Auroux motive la création du comité de groupe par la nécessité d'assurer aux comités d'entreprise et d'établissement « *une information économique complète et cohérente* », « *produite aux niveaux où se prennent les décisions* » afin que les travailleurs ne subissent plus les conséquences « *de décisions économiques qui leur échappent* »[1659]. La consécration du groupe comme périmètre d'application des droits collectifs du travail est donc liée à la volonté du législateur d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs au niveau adéquat, compte tenu des nouveaux modes d'organisation des entreprises. Elle souligne les liens étroits qui unissent le droit du travail à l'économie et à un ensemble de valeurs.

[1654] Cf. supra Partie 1, Titre 1 .

[1655] Considérant 7 de la directive du 20 avril 2009 portant refonte de la directive CE/45/94 relative à la mise en place d'un comité d'entreprise européen.

[1656] Considérant 10 de la directive du 20 avril 2009 précitée.

[1657] Considérant 11 de la directive du 20 avril 2009 précitée.

[1658] Considérant 11 de la directive du 20 avril 2009 précitée.

[1659] J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, *op. cit.*, p.20.

819. La recomposition des cadres organisationnels de l'activité économique a un impact considérable sur l'équilibre des rapports de force construit par le droit du travail et partant, sur l'effectivité du droit à la participation des salariés. L'effectivité de ce droit dépend en effet de l'identification des lieux d'exercice du pouvoir. Malgré leur diversité, les différentes formes de participation des salariés sont toutes relatives à la question du pouvoir et de son partage dans l'organisation. Selon Marie-Laure Morin, le Préambule de la Constitution envisage très clairement le principe de participation « *comme une limite au pouvoir du chef d'entreprise* »[1660]. Le droit à la participation des salariés entend faire jouer un rôle actif aux salariés dans les décisions engageant soit le devenir de leur entreprise, soit leurs conditions de travail et d'emploi. Il s'agit de permettre aux salariés, malgré leur subordination juridique, d'exprimer leurs intérêts au niveau décisionnel pertinent. Le droit à la participation est en ce sens un élément du gouvernement d'entreprise[1661].

820. Relatif aux relations entre des acteurs aux logiques différentes, parfois même antagonistes, le concept de gouvernement d'entreprise est directement lié à la question du pouvoir dans l'organisation. Il « *permet d'appréhender de façon privilégiée la structure et l'exercice du pouvoir dans les entreprises et apporte un éclairage sur les métamorphoses organisationnelles des entreprises, sur les changements d'équilibre de pouvoirs liés à l'arrivée de nouveaux acteurs* »[1662]. En marge du modèle dominant « shareholder »[1663] du gouvernement d'entreprise, largement diffusé dans le monde anglo-saxon, les Etats européens, soutenus en cela par l'Union européenne, construisent un modèle « stakeholder » du gouvernement d'entreprise. En « *réaction à la primauté accordée à la valeur financière et à la figure de l'actionnaire* »[1664], ce modèle identifie d'autres « parties prenantes » liées à l'activité de l'entreprise, comme les actionnaires minoritaires et les salariés au niveau interne et les clients, les fournisseurs et les créanciers au niveau externe. Loin d'être la seule chose du

---

[1660] M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit, op. cit.*, p.78.

[1661] Selon Gérard Charreaux, le gouvernement d'entreprise désigne « *l'ensemble des mécanismes qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire. Cette définition peut être étendue aux dirigeants des organisations en général, le thème du gouvernement des entreprises s'élargissant pour devenir le gouvernement des organisations* ». G. Charreaux, « Vers une théorie du gouvernement des entreprises », mai 1996.

[1662] A. Catel-Duet, *Le gouvernement des groupes de sociétés. Les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des réalités de l'entreprise contemporaine*, Thèse de sociologie, 2007, Grenoble II, p.21.

[1663] Ce modèle anglo-saxon envisage le gouvernement d'entreprise sous l'angle exclusif des relations entre actionnaires et dirigeants.

[1664] A. Catel-Duet, *Le gouvernement des groupes de sociétés. Les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des réalités de l'entreprise contemporaine*, Thèse de sociologie Grenoble II, 2007, p.64.

détenteur du capital, point l'idée que, intégrée dans la Cité, l'entreprise ne peut « *ignorer les liens qui l'unissent à elle* »[1665] et qu'elle concentre en son sein une pluralité d'intérêts distincts, potentiellement contradictoires, qui doivent aussi être pris en compte dans la conduite de l'entreprise[1666]. « *L'entreprise exprime un compromis d'objectifs financier, économique, régional, social* »[1667] et environnemental, qui doit être juridiquement organisé, les rapports de force internes étant le plus souvent déséquilibrés. Il appartient au droit d'organiser juridiquement le pouvoir dans l'entreprise afin de permettre aux différents intérêts légitimes de s'exprimer et de se confronter les uns aux autres. Qu'il s'agisse de l'accès à l'information économique et sociale[1668], de l'organisation de la « décision éclairée »[1669], de la formation d'une norme commune[1670] ou encore du développement de la participation financière, le droit du travail contribue à la régulation interne des pouvoirs dans l'organisation en favorisant la participation des salariés dans le processus décisionnel de l'entreprise relatif aux conditions de travail et d'emploi et à la gestion de l'entreprise. Le droit fondamental à la

---

[1665] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p.181.

[1666] Leader (S.), « Le droit du travail et la gouvernance d'entreprise », *RDT* 2006, p12.

[1667] Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », Colloque de l'Association Loysel intitulé « Le droit du travail et le droit économique en mouvement face à la mondialisation », 11 décembre 2008, http://www.loysel.fr/

[1668] L'accès à l'information économique et sociale est une condition préalable à la participation active des représentants du personnel au processus décisionnel. L'information est une source de pouvoir pour celui qui la détient. Sur l'information comme moyen d'une action qu'elle doit éclairer : J. Savatier, « Le fonctionnement des comités d'entreprise : quelques difficultés », *Dr. soc.* 1982, p.195-200. Sur l'information comme source de pouvoir : P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.29.

[1669] Expression de J. Saglio, « Les spécificités de la négociation collective dans le système français de relations professionnelles », in J. Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail* ?, Rennes, PUR, 2003, p.41s. « *Ce qui donne la légitimité de la règle, c'est tout d'abord le fait que les représentants des différents protagonistes sont consultés, dans le moment où la règle est en cours d'élaboration, mais le mot de la fin doit bien revenir* [au chef d'entreprise]*, et la consultation préalable n'a d'utilité que pour éclairer sa décision finale* ». Participe à l'élaboration de la « décision éclairée » la consultation préalable du comité d'entreprise à toute décision unilatérale du chef d'entreprise relative à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise.

[1670] A la différence du modèle de la « décision éclairée », les salariés participent, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la détermination de la norme, à l'issue d'une processus de négociation collective. « *Ce n'est donc plus, comme dans le cas précédent, la volonté du Prince éclairée par la consultation qui fonde la légitimité de la règle, mais la volonté commune des partenaires. (...) C'est l'accord des parties antagonistes qui fonde la légitimité de la règle. Cet accord est reconnu comme compromis* » (J. Saglio, article précité, p.43). La négociation collective constitue une limite à un pouvoir unilatéral. Selon Gérard Lyon-Caen, « *un des aspects majeurs de la négociation réside dans cette idée de partage de décision, décision infléchie dans le sens du vouloir de l'autre, c'est-à-dire des salariés, là où, au point de départ, régnait sans partage le pouvoir du capital* » (G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979, p.350).

A la suite de l'enrichissement de son objet, la négociation collective devient un véritable instrument de gestion et contribue de la sorte à accroître l'influence des salariés dans l'espace décisionnel. Ainsi, selon Guy Groux, « *en prônant l'élargissement de l'action syndicale au sein même des espaces de décision économique, le syndicalisme de propositions ne fait rien d'autre que de se situer au niveau du pouvoir dans l'entreprise* ». (G. Groux, « La démocratie sociale - enjeux historiques et nouvelles régulations », in J. Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail* ?, *op. cit.*, p.58).

La nature contractuelle du compromis obtenu ne doit pas masquer les enjeux de pouvoir sous-jacents ; elle ne signifie pas la disparition du pouvoir. Ainsi, selon la Cour de cassation, il n'y a pas lieu de « *distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise* » ; dans les deux hypothèses, la consultation préalable du comité d'entreprise s'impose (Cass. soc., 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n°219).

participation des salariés est à un double titre lié à la question du pouvoir : il constitue d'une part, et comme tout droit fondamental, une limite au pouvoir patronal[1671] et, d'autre part, le socle à partir duquel la consolidation des autres droits fondamentaux des salariés peut se réaliser. Le pouvoir ne disparaît pas mais, juridiquement encadré, il est revêtu d'une « *légitimité nouvelle : celle d'un pouvoir fondé par la loi* »[1672], compatible avec les valeurs fondatrices de la société au premier rang desquelles figurent les droits fondamentaux.

821. Le lien entre le pouvoir et le droit à la participation des salariés explique que le droit du travail recherche une adéquation entre le niveau de décision et le cadre d'exercice du droit à la participation[1673]. Les modalités de l'organisation juridique du droit à la participation des salariés évoluent de concert avec les transformations des relations internes de pouvoir dans l'organisation, afin de garantir l'exercice effectif de ce droit. A chacune des transformations du capitalisme, émerge un acteur dominant différent, modifiant les rapports de force dans l'organisation[1674]. Or, face aux déplacements des lieux de pouvoir, consécutifs à l'organisation des entités juridiquement autonome en groupe, il convient « *d'assurer au niveau où s'exerce le véritable pouvoir, celui du groupe tout entier, l'effectivité du droit des salariés à participer ou à contrôler la gestion des entreprises* »[1675]. Tel est le sens de la consécration du groupe comme périmètre de représentation et de négociation collectives des salariés.

822. **En conclusion**, la notion de groupe définit un périmètre d'application du droit des relations collectives du travail en référence à une collectivité du travail. Elle rend possible l'application effective du droit fondamental à la participation des salariés au niveau du

---

[1671] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.238. « *En même que l'essor des droits fondamentaux en droit privé est l'un des plus puissants révélateurs de l'essor d'un droit du pouvoir, ceux-ci jouent un rôle central dans le contrôle du pouvoir* ». Sur l'exigence de justification dans l'exercice du pouvoir au regard de l'attention portée aux droits fondamentaux : F. Guiomard, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005, p.64s.

[1672] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p.170.

[1673] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, p.245.

[1674] Même si des tendances dominantes se dégagent à chacune des périodes du capitalisme, identifiées comme telles, les différents modèles d'organisation interne du pouvoir ne se succèdent pas nécessairement de manière linéaire dans le temps, mais coexistent le plus souvent les uns avec les autres. Ainsi, à l'image du capitalisme patrimonial reposant sur un pouvoir concentré entre les mains d'un seul, le dirigeant propriétaire du patrimoine, est venue se superposer celle du capitalisme « managerial » organisé autour de la figure dominante du « manager », dirigeant non propriétaire du capital, qui, placé à la tête de l'entreprise et détenteur d'un savoir technique, est chargé de gérer le capital des apporteurs de capitaux. Dans les dernières décennies, la modification des structures de l'actionnariat, marquée par l'apparition d'investisseurs institutionnels, caractériserait l'avènement d'un capitalisme financier dont la figure dominante est l'actionnaire intéressé à la gestion effective de l'entreprise.

[1675] Y. Chalaron, « Le comité de groupe », *D.* 1983, chron., n°10.

groupe. Mais, si l'effectivité de la règle de droit garantissant les intérêts collectifs des salariés en leur qualité de membre d'une collectivité de travail de groupe dépend de son périmètre d'application, cette condition nécessaire n'est pas suffisante. La transformation profonde des modes d'organisation des entreprises traduit un changement de modèle, l'apparition d'un nouveau type de pouvoir spécifique au groupe[1676]. Dans ces conditions, l'évolution des cadres normatifs du droit des relations collectives du travail ne peut se réduire à une simple extension du périmètre d'application de la règle de droit. La réorganisation du droit des relations collectives du travail doit reposer sur la mise en place de dispositifs normatifs adaptés à un mode d'organisation des entreprises de type réticulaire. Plus que la définition du groupe, c'est son régime juridique qui révèle l'influence de la représentation conceptuelle du groupe et son adaptation à la logique réticulaire du groupe. Aussi, il convient de rendre compte de la manière dont le régime juridique de la représentation et de la négociation collectives de groupe parvient, en saisissant la complexité organisationnelle du groupe, à organiser des rapports de force de type réticulaire.

[1676] Cf. Partie 2, titre 1, chapitre 2.

Section 2. L'organisation réticulaire du droit des relations collectives du travail dans le groupe

823. La consécration du groupe comme cadre de représentation collective des salariés et espace de négociation collective ne se résume pas à une simple extension du cadre d'application de la règle de droit mais est l'expression d'un changement de logique. Les effets normatifs attachés à la notion de groupe traduisent une adaptation en cours d'élaboration du droit à un monde connexionniste construit à partir de l'image du réseau. En ce sens, la logique qui anime le redéploiement du droit du travail au niveau du groupe n'est pas la même que celle applicable dans une organisation fonctionnant encore sur le modèle de l'entreprise « fordiste ». Elle marque le passage d'une structure hiérarchique du pouvoir à une structure de type réticulaire, plus proche de la gouvernance que du gouvernement proprement dit. « *Si le terme de gouvernance semble recouvrir, du moins partiellement, celui de gouvernement, il correspond cependant plus à une « nouvelle définition du gouvernement, une nouvelle organisation du pouvoir ou une nouvelle façon de gouverner la société* »[1677]. La gouvernance renvoie à « *l'art de gouverner* », à une « *vision hybride de différentes structures de pouvoir* » qui s'éloigne de la vision d'un acteur central unique auteur des prises de décision.

824. La conceptualisation de la notion de groupe précédemment développée a permis de mettre en évidence la complexité organisationnelle dont la notion est porteuse. Cette complexité organisationnelle est perceptible dans le régime juridique du droit des relations collectives du travail et est particulièrement bien adaptée à l'organisation réticulaire des entreprises du groupe. En d'autres termes, l'approche conceptuelle de la notion de groupe comme organisation complexe permet de rattacher la notion juridique de groupe au paradigme du réseau émergent dans l'ordre juridique. C'est la raison pour laquelle il convient d'une part d'envisager les manifestations de l'organisation complexe du groupe dans le régime juridique des relations collectives du travail (§1) et d'autre part de démontrer en quoi ces manifestations participent d'une régulation réticulaire des relations collectives du travail dans le groupe (§2).

[1677] C. Baron, « La gouvernance : débat autour d'un concept polysémique », *Droit et société* 2003/2, n°54, p.334.

§1. La complexité organisationnelle du groupe dans les relations collectives du travail

825. Le régime juridique des relations collectives du travail dans le groupe repose sur une approche globale du groupe (A) et organise une régulation réticulaire des relations collectives du travail (B) de nature à rendre compte de la complexité organisationnelle du groupe.

A. Approche globale du groupe dans les relations collectives du travail

826. Si, dans un premier temps, l'identification de l'entreprise dominante permet de définir formellement les membres du groupe, c'est pour, dans un second temps, se détacher de cette approche restrictive des relations inter-entreprises entre une entreprise dominante et des entreprises dominées et découvrir la globalité sous-jacente du groupe. L'approche globale du groupe touche aussi bien la mise en place et les prérogatives des institutions représentatives du personnel au niveau du groupe (1) que le régime juridique des conventions et accords collectifs de groupe (2).

1. La mise en place et les prérogatives des institutions représentatives du personnel au niveau du groupe

827. Qu'il s'agisse du comité de groupe ou du comité d'entreprise européen, la création d'institutions représentatives du personnel spécifiques au groupe exprime déjà la globalité du groupe[1678]. La composition même de ces institutions conforte encore cette idée. En regroupant le chef de l'entreprise dominante et les représentants du personnel des entreprises du groupe au sein d'une même institution représentative[1679], et non l'ensemble des chefs des entreprises membres, le groupe n'est pas envisagé comme l'addition pure et simple d'entités membres

[1678] Tel n'aurait pas été le cas si les efforts de régulation du droit positif s'étaient exclusivement concentrés sur les prérogatives des institutions de représentation du personnel des entités membres du groupe. Dans cette hypothèse, l'unité organisationnelle formée par l'entreprise dominante et l'entreprise dominée n'apparaîtrait pas aussi explicitement.

[1679] Articles L.2331-1 du Code du travail pour le comité de groupe et L.2343-5 pour le comité d'entreprise européen.

mais bien comme une unité organisationnelle à part entière. C'est rappeler que, malgré leur appartenance à des collectivités d'entreprise distinctes, les salariés n'en forment pas moins aussi une collectivité de travail de groupe, ayant pour interlocuteur privilégié le chef de l'entreprise dominante, en sa qualité d'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe.

828. Dans la même perspective, l'information économique que le comité de groupe est chargé de centraliser puis de diffuser à l'ensemble des institutions représentatives du personnel des entités membres, porte en particulier sur la situation globale du groupe. Aux termes de l'article L.2332-1 du Code du travail, le comité de groupe reçoit en effet les informations relatives à « *l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions, dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent* ». Il est informé, dans ces domaines, « *des perspectives économiques du groupe pour l'année à venir* ». La perception du groupe comme une organisation économique à part entière, distincte de la somme des entités qui le composent, apparaît ici en filigrane. Il en est de même du comité d'entreprise européen dont la compétence a trait aux « *questions concernant soit l'ensemble (...) du groupe d'entreprises de dimension communautaire, soit au moins deux (...) entreprises du groupe* » situées dans des Etats membres différents[1680].

829. L'approche globale du groupe est également à l'œuvre dans le régime juridique des conventions et accords collectifs de groupe.

[1680] Selon l'article L.2343-3 du Code du travail, sont plus spécialement abordées les questions relatives à la structure du groupe d'entreprises, sa situation économique et financière, l'évolution probable de ses activités, la production et les ventes, la situation et l'évolution probable de l'emploi, les investissements, les changements substantiels concernant l'organisation, l'introduction de nouvelles méthodes de travail ou de nouveaux procédés de production, les transferts de production, les fusions, la réduction de la taille ou la fermeture d'entreprises, les licenciements collectifs.

2. Le régime juridique des conventions et accords collectifs de groupe

830. Consacrés légalement par la loi du 4 mai 2004[1681], les conventions et accords collectifs de groupe présentent la particularité de s'appliquer à des entités juridiquement distinctes en raison de leur appartenance commune à un même groupe[1682]. Bien plus qu'une négociation inter-entreprises regroupant des employeurs ne s'engageant que pour la collectivité des travailleurs avec lesquels ils sont contractuellement liés, l'accord collectif de groupe est l'aboutissement d'un dialogue mené au sein d'une organisation complexe entre une pluralité d'entités juridiquement autonomes unies par un intérêt commun et une collectivité de travail de groupe. Il présente l'avantage d'harmoniser les statuts collectifs applicables dans les différentes entités membres du groupe sans passer par l'artifice des procédures d'adhésion ou de révision[1683].

831. Selon une première approche, rien ne distingue l'accord collectif de groupe de l'accord collectif inter-entreprises relevant du droit commun de l'article L.2231-1 du Code du travail[1684]. L'accord collectif de groupe s'apparente à « *un rassemblement d'accords d'entreprise conclus par les différentes sociétés du groupe ou conclus en leur nom par quelqu'un qui les représente* »[1685]. Aucune spécificité n'est reconnue à ce type d'accord et l'unité organisationnelle du groupe n'est pas prise en compte. L'accord collectif produit ses effets non pas globalement mais dans chacune des entreprises prises individuellement, indépendamment de leur commune appartenance à un groupe. « *Le modèle de l'accord d'entreprise se retrouve dans l'accord de groupe, en autant d'exemplaires qu'il y a de sociétés employeurs tenues par l'accord* »[1686]. Dans ces conditions, l'harmonisation des statuts collectifs des salariés des différentes entités membres passe nécessairement par la

[1681] Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social**,** *JO* du 5 mai 2004 p.7983. M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.580 ; J.-F. Cesaro, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », Dr. soc. 2010, p.780.

[1682] A la différence de la convention de branche qui, certes, s'applique aussi à des entités juridiques distinctes, mais selon un critère géographique et professionnel.

[1683] Ces techniques sont du reste d'application limitées dans la mesure où elles n'ont pas vocation à harmoniser des statuts collectifs.

[1684] Ancien article L.132-2, al.2 à 4 du Code du travail.

[1685] G. Couturier, « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », in B. Teyssié (dir.), *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Paris, 2004, Panthéon-Assas, LGDJ, p.81.

[1686] *Ibid.*, p.82.

signature de l'accord par chacun des employeurs. Cet accord n'exprime ni l'unité organisationnelle du groupe ni la collectivité des travailleurs de groupe[1687].

832. Selon une seconde approche, « *un accord de groupe n'est pas la somme d'une pluralité d'accords d'entreprise. Ce serait détruire ce qui fait la justification même d'une telle négociation : prendre en compte une dimension collective au-delà de l'individualité plus ou moins affirmée des entreprises qui composent le groupe* »[1688]. Le groupe est considéré dans son ensemble, comme une unité à part entière, distincte de la somme des entités qui le composent. La reconnaissance légale des conventions et accords collectifs de groupe relève de cette approche. « *Les accords de groupe constituent une catégorie distincte [des accords d'entreprise]. Celle-ci peut bien être apparentée à la famille des accords d'entreprise largement entendue, mais l'accord de groupe n'a pas juridiquement la nature d'accord d'entreprise. (...) L'extension aux conventions et accords de groupe du régime des conventions et accords d'entreprise est le contraire d'une assimilation* »[1689]. Les spécificités de l'accord collectif du groupe tiennent à la reconnaissance de l'unité organisationnelle et complexe du groupe.

833. Formellement, depuis la loi de recodification du Code du travail de 2008, la distinction entre l'accord de groupe et l'accord d'entreprise est déjà observable dans l'organisation même du Code du travail. Dans le chapitre 2 relatif aux « règles applicables à chaque niveau de négociation », le Code du travail distingue en quatre sections les différents niveaux de négociation : accords interprofessionnels, conventions de branche et accords professionnels, conventions et accords d'entreprises ou d'établissements et enfin les conventions ou accords de groupe. Au-delà de cette constatation purement formelle, l'approche globale du groupe se manifeste à travers les dispositions légales relatives aux parties à la négociation et à la conclusion d'un accord de groupe.

[1687] Cette conception de l'accord collectif de groupe peut être rapprochée, en droit positif, de l'arrêt « Mutuelles du Mans » rendu à propos d'un accord conclu entre un syndicat représentatif et quatre sociétés d'assurance. Faisant abstraction de l'appartenance des employeurs à un même groupe, la Cour de cassation a considéré que la négociation engagée par « *plusieurs employeurs pris individuellement* » et qui « *n'avait pour objet que de conclure un accord au niveau de chacune des entreprises en cause, et non pas au niveau de la branche professionnelle* », a pu être qualifiée de négociation d'entreprise. Cass. soc., 29 juin 1994, *Bull. civ.* V, n°219 ; *Dr. soc.* 1995, p.45 ; *JCP* G I, 3817, n°7, obs. P.-H. Antonmattei.

[1688] A. Mazeaud, « Le groupe », *Sem. soc. Lamy* 20 oct. 2003, n°1140, p.62.

[1689] *Ibid.*, p.82-83.

834. Selon l'article L.2232-31 du Code du travail[1690], la partie patronale à la négociation et à la conclusion d'un accord collectif de groupe est « *l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants mandatés à cet effet des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord* ». La possibilité pour des représentants des employeurs membres du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord de négocier et conclure un accord collectif de groupe est considérée par certains auteurs comme un mode de représentation « *banalement conventionnel* »[1691]. L'accord de groupe lierait chacun des employeurs pris individuellement et s'appliquerait à la collectivité de travail d'entreprise. Pourtant, malgré les apparences, la négociation et la conclusion d'un tel accord présentent, par rapport à la négociation inter-entreprises, la particularité de s'adresser non pas à une pluralité de collectivités d'entreprise distinctes, mais à la collectivité de travail de groupe. Par ce biais, se manifeste ici l'approche globale du groupe, encore confirmée par l'appréciation de la représentativité des syndicats dans le groupe.

835. L'article L.2232-31 du Code du travail précise en effet que seules les « *organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord* » peuvent négocier et conclure une convention ou un accord collectif de groupe. En application du principe de concordance, il ne suffit pas pour un syndicat d'être représentatif dans l'une ou l'autre des entreprises du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord ou dans la seule entreprise dominante; il lui appartient de faire la preuve de sa représentativité globalement « dans l'ensemble des entreprises concernées »[1692]. L'appréciation de la représentativité des syndicats dans le groupe, issue de la loi du 20 août 2008[1693] confirme cette approche. Ainsi, selon l'article L.2122-4 du Code du travail, « *la représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est appréciée conformément aux règles définies aux articles L.2122-1 à L.2122-3 relatifs à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de*

[1690] Ancien article L.132-19-1, al.1 du Code du travail

[1691] G. Couturier, « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », *Ibid.* p.85.

[1692] G. Couturier, « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », in B. Teyssié (dir.), *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Paris, 2004, Panthéon-Assas, LGDJ, p.88.

[1693] Loi n°2008-789 du 20 août 2008, *JO* du 21 août 2008 p.13064**.** Cette loi permet de distinguer les règles de représentativité des syndicats dans le groupe applicables à la négociation et à la conclusion d'un accord collectif de groupe, des règles spéciales de représentativité relatives à la conclusion d'un accord relatif au fonctionnement (Cass. soc., 4 avril 1990, n°87-60131, *Bull. civ.* V, n°167, p.101), à la composition du comité de groupe (Cass. soc., 13 mai 2003, SUD-CAM/ Crédit agricole, n°00-19035, Bull. civ. V, n°105) ou encore à la configuration du groupe au sens de l'article L.2331-1 du Code du travail (Cass. crim., 11 juin 2002, Regma, n°01-81365, *Bull. crim.*, n°133). Ces solutions jurisprudentielles ne concernent que le comité de groupe et ne sauraient valoir pour la négociation et la conclusion d'un accord collectif de groupe. En ce sens : G. Couturier, « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », article précité, p.89.

l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés ». La possibilité offerte aux syndicats représentatifs dans le groupe de désigner, en vertu de l'article L.2232-32 du Code du travail, « *un ou des coordonnateurs syndicaux de groupe parmi les délégués syndicaux du groupe et habilités à négocier et à signer la convention ou l'accord de groupe* », conforte également l'approche globale du groupe comme niveau de négociation distinct de la somme de négociations d'entreprise.

836. De façon plus surprenante, l'article L.2232-31 du Code du travail reconnaît la possibilité pour l'employeur dominant de conclure une convention ou un accord collectif de groupe engageant l'ensemble des employeurs du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord, même en l'absence de mandat exprès. Est-ce à dire que la consécration juridique des conventions et accords de groupe constitue une exception à la capacité d'engagement de l'employeur ? Remet-elle en cause l'idée selon laquelle l'entité dominante, partie à un accord collectif de groupe, ne peut, par sa seule signature, engager contractuellement l'ensemble des entités-employeurs membres du groupe sans porter atteinte au principe de l'autonomie juridique de la personne morale ?[1694]

837. Marie-Laure Morin a mis en évidence que seul l'accord collectif signé par l'employeur ou son représentant expressément mandaté à cet effet, engage juridiquement l'employeur et produit un effet immédiat et impératif sur les contrats de travail. L'auteur identifie alors la condition tenant à la capacité d'engagement de l'employeur comme l'obstacle majeur à la reconnaissance du groupe comme cadre de négociation collective[1695]. En application du principe de l'autonomie de négociation des entreprises du groupe, les salariés d'une entreprise ne peuvent se voir appliquer le statut collectif en vigueur dans une autre entreprise du groupe, même s'il est plus favorable et même s'il s'agit de celui applicable dans l'entreprise dominante[1696]. Chaque entité membre du groupe a la faculté de conclure avec les syndicats représentatifs un accord collectif d'entreprise qui n'engage qu'elle envers la collectivité de travail d'entreprise. Il y a donc potentiellement autant de statuts collectifs applicables que d'entités juridiquement autonomes ayant la qualité d'employeur dans le groupe.

[1694] G. Auzero, « La vie des conventions et accords collectifs de groupe », *RDT* 2006, p.231.

[1695] M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit*, *op. cit.* p.300.

[1696] Selon la Cour de cassation, à défaut d'adhésion par une société filiale à la convention d'entreprise passée entre la société mère et les organisations syndicales, cette convention est inapplicable aux salariés de la filiale qui demeure juridiquement autonome. Cass. soc., 13 février 1991, n°88-41271, non publié.

838. Malgré les apparences, les dispositions légales relatives aux parties à la négociation et à la conclusion d'un accord collectif de groupe ne remettent en cause ni le principe de la capacité d'engagement de l'employeur ni celui de l'autonomie des niveaux de négociation. Il existe en effet une grande différence entre l'application volontaire d'un accord collectif conclu par un employeur pour une autre collectivité de travail spécifique et l'application d'un accord collectif de groupe conclu en considération d'une collectivité de travail de groupe. D'une part, l'employeur dominant ne négocie pas avec les collectivités de travail des entreprises du groupe mais avec la collectivité de travail du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord. D'autre part, il ne représente pas ses propres intérêts mais l'intérêt commun de l'ensemble des entités membres du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord. C'est en sa qualité d'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe que l'employeur dominant intervient. Parce que cette qualité lui assure une position centrale dans le groupe, il est l'interlocuteur privilégié de la collectivité de travail du groupe et une prérogative légale lui est attribuée : représenter légalement les employeurs du groupe pour négocier et conclure des accords collectifs de groupe, sans avoir à justifier d'un mandat exprès. « *C'est un véritable pouvoir légal qu'exerce la société dominante quand elle conclut elle-même un accord de groupe* »[1697].

839. L'approche globale du groupe conduit à articuler l'organisation des relations collectives du travail entre les niveaux de l'entreprise et du groupe selon une approche complexe du groupe.

B. L'association de l'un et du multiple dans les relations collectives du travail

840. Suivant la conceptualisation du groupe proposée à partir de la pensée complexe d'Edgar Morin, l'approche globale du groupe mise en évidence dans l'organisation des relations collectives du travail est un préalable à la découverte de l'organisation complexe du groupe. L'association de l'un et du multiple participe de l'essence même du groupe. Il n'est donc pas incongru de découvrir les traces de cet élément essentiel de la notion dans l'organisation des relations collectives de travail dans le groupe. La complexité de la notion de groupe se traduit

[1697] G. Couturier, « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », article précité, p.85.

par l'interdépendance des deux niveaux de représentation et de négociation collectives distincts. Ni la mise en place d'institutions représentatives du personnel au niveau du groupe ni la reconnaissance juridique de l'accord collectif de groupe n'impliquent la disparition de la représentation et de la négociation collectives d'entreprise[1698]. Bien au contraire, ces deux niveaux de représentation et de négociation collectives s'articulent entre eux, exprimant de la sorte la complexité organisationnelle du groupe.

841. Le comité de groupe comme le comité d'entreprise européen assurent la transmission de l'information sur la situation économique du groupe et de l'ensemble de ses entités membres aux représentants du personnel des entités membres. Ils contribuent ainsi à enrichir le dialogue entre le chef d'entreprise et les institutions représentatives du personnel de l'entreprise, en leur donnant accès à une information économique complète et cohérente[1699]. Il ne saurait y avoir d'opposition entre les deux niveaux de représentation collective. Il est du reste clairement affirmé que le comité d'entreprise européen, constitué en vue de « *garantir le droit des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen* »[1700] ne porte pas préjudice aux droits d'information et de consultation des travailleurs dans les droits nationaux. L'article 12§1 de la directive du 6 mai 2009 dispose que « *l'information et la consultation du CE européen sont articulées avec celles des instances nationales de représentation des travailleurs dans le respect des compétences et domaines d'intervention de chacune d'entre elles* » [1701]. Une double consultation du comité d'entreprise européen et du comité d'entreprise s'impose lorsque la décision envisagée intéresse non seulement les intérêts de la collectivité des travailleurs du groupe transnational[1702] mais aussi, et plus directement, les intérêts de la collectivité des travailleurs d'entreprise ; la consultation du comité d'entreprise européen ne se substitue pas à celle du comité d'entreprise[1703]. Quant au comité de groupe, il a clairement été créé en vue d'accroître le rôle des comités d'entreprise en favorisant l'accès à une

---

[1698] P. Rodière, « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *Dr. soc*. 2007, p.1015 ; « Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise », Sem. soc. Lamy 3 mars 2003, n°1112, p.33.

[1699] J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, *op. cit.* p.20 ; G. Bélier et E. Bledniak, « Le rôle du CEE dans les restructurations », *Sem. soc. Lamy* 5 janvier 2004, n°1150, p.6-11.

[1700] Article L.2341-4 du Code du travail.

[1701] Dir. CE 2009/38/CE du 6 mai 2009, *JOUE* du 16 mai 2009.

[1702] A. Martinon, « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », Dr. soc. 2010, p.789.

[1703] Cass. soc., 16 janvier 2008, n°07-10597, *JCP* S 2008, n°10, 1155, note B. Teyssié ; *RDT* 2008, p.236, obs. P. Waquet. Selon Bernard Teyssié, le volet judiciaire du projet de fusion GDF-Suez met en évidence que les « promoteurs » d'un tel projet « *doivent, dès l'origine, prendre en compte les contraintes inhérentes au droit du travail. Il est indispensable que cette dimension de l'opération soit intégrée au processus de réflexion et de décision à l'égal de ses volets financiers, boursiers, fiscaux...* ».

information économique pertinente[1704]. Par conséquent, l'existence des institutions représentatives du personnel d'entreprise n'est en aucun cas remise en question. Bien plus, un accroissement des prérogatives du comité d'entreprise peut être constaté. L'appartenance d'une entreprise à un groupe a pour effet de renforcer les pouvoirs d'investigation de l'expert-comptable du comité d'entreprise. Celui-ci a accès aux comptes des sociétés mères ou filiales du groupe[1705] et ses pouvoirs d'investigation sont calqués sur ceux du commissaire aux comptes[1706], seule l'analyse de la situation économique et financière des entreprises du groupe permettant d'éclairer la décision du chef d'entreprise[1707].

842. Si les institutions représentatives du personnel mises en place au niveau du groupe contribuent à renforcer les pouvoirs des institutions représentatives d'entreprise, réciproquement, la représentation collective de groupe s'appuie sur la représentation collective d'entreprise. Ainsi, les représentants du personnel des entités membres participent nécessairement à la conclusion de l'accord de configuration du groupe pour la mise en place du comité de groupe[1708] et au groupe spécial de négociation pour la mise en place d'un comité d'entreprise européen[1709] ; ils entrent, aux côtés du chef de l'entreprise dominante, dans la composition du comité de groupe[1710] et dans celle du comité d'entreprise européen[1711]. Une fois le comité de groupe constitué, il appartient également au comité d'entreprise d'une entreprise contrôlée ou sous influence dominante de demander l'inclusion de l'entreprise dans le groupe[1712]. Précisons encore que les représentants du personnel des entités membres ont également les moyens d'impulser la dynamique nécessaire à la mise en place d'un comité d'entreprise européen. Il est ainsi reconnu au comité d'entreprise le droit de demander toutes les informations lui permettant d'apprécier si les conditions de mise en place d'un comité d'entreprise européen sont réunies[1713]. Et, si les conditions de mise en place sont réunies mais

[1704] J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, *op. cit.*, p.20. L'article L.2323-7 du Code du travail (ancien article L.432-4, al. 1 à 5) dispose qu'un mois après chaque élection au comité d'entreprise, l'employeur lui communique une documentation économique et financière précisant la position de l'entreprise au sein du groupe.

[1705] Cass. soc., 8 novembre 1994, n°92-11443, *Bull. civ.* V, n°298.

[1706] Cass. soc., 27 novembre 2001, n°99-21903, *Bull. civ.* V, n°367.

[1707] TGI Rouen, 14 décembre 1992, Comité d'entreprise de Kimberly Clark Sopalin c/ Sté Kimberly Clark Sopalin, *Dr. Ouvr.* 1993, p.150. En l'espèce, le tribunal de grande instance de Rouen a obligé un employeur à communiquer à l'expert-comptable des informations chiffrées relatives à la rentabilité des différentes usines du groupe international dans la mesure où ces informations éclairaient la décision de fermer l'usine française.

[1708] Article L.2333-5 du Code du travail.

[1709] Article L.2342-1 du Code du travail.

[1710] Article L.2333-1 du Code du travail.

[1711] Article L.2343-5 du Code du travail.

[1712] Article L.2331-2 du Code du travail.

[1713] CJCE, 29 mars 2001, aff. C-62/99, Bofrost, *JCP* E 2001, p.784 ; *DO* 2002, p.84 ; *RJS*, 7/01, n°948.

que le manque d'initiative de l'employeur constitue un obstacle, la procédure de constitution du groupe spécial de négociation peut être engagée à la demande écrite de cent salariés ou de leurs représentants, relevant d'au moins deux entreprises situées dans au moins deux Etats membres différents[1714].

843. La question de la représentativité des syndicats pour conclure un accord sur les modalités de fonctionnement du comité de groupe nuance l'importance d'une conception hiérarchique du groupe. Ainsi, selon Georges Borenfreund, « *la faculté d'apprécier la représentativité au niveau du groupe tout entier ou dans le cadre des entreprises ou établissements appartenant au groupe présente un avantage essentiel : elle garantit que les structures de la négociation au niveau du groupe ne soient pas conçues sur un mode trop centralisé, comme des structures « supra sociétaires » et prennent racine dans chacune des entités du groupe, tout en favorisant un lien entre les diverses collectivités de travailleurs appartenant au groupe* »[1715].

844. Loin de s'opposer, ces deux niveaux distincts de représentation collective sont complémentaires ; ils contribuent à définir le plus précisément possible les enjeux globaux (ceux du groupe) et locaux (ceux de l'entreprise) liés à une décision économique susceptible d'affecter les intérêts des travailleurs. L'articulation de ces deux niveaux de représentation collective témoigne de l'interdépendance du groupe avec chacune de ses entités membres, c'est-à-dire de l'influence réciproque qui s'exerce entre le tout et les parties. Ce jeu d'influence réciproque est notamment mis en évidence par l'absence de primauté accordée à l'un ou l'autre des niveaux de représentation collective.

845. Le comité de groupe se présente davantage comme une institution transversale de centralisation et de diffusion de l'information économique que comme un « super comité central d'entreprise » hiérarchiquement placé au-dessus des comités d'entreprise. « *Sa mise en place, son organisation et ses modalités de fonctionnement ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une approche pyramidale traditionnelle* »[1716]. De la même manière, le comité d'entreprise européen n'a jamais été considéré comme une instance d'information et de consultation hiérarchiquement supérieure au comité d'entreprise. D'une part, lorsqu'en présence de

[1714] Article L.2342-4 du Code du travail.

[1715] G. Borenfreund, « Les syndicats admis à négocier un accord sur le fonctionnement du comité de groupe. Cass. soc., 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 1994, p. 688-694.

[1716] G. Bélier et E. Bledniak, « Le rôle du CEE dans les restructurations », article précité, p.6-11.

« *circonstances exceptionnelles affectant considérablement les intérêts des salariés* »[1717], le comité d'entreprise européen est consulté par l'employeur de l'entreprise concernée, son avis ne s'impose pas au comité d'entreprise. D'autre part, la consultation du comité d'entreprise européen n'est pas nécessairement préalable à celle du comité d'entreprise. L'ordre chronologique de la consultation est dicté par le principe de l'effet utile. Sous l'empire de la directive communautaire 94/45/CE et en l'absence de dispositions communautaires précises relatives à l'ordre des consultations entre les niveaux national et communautaire[1718], la jurisprudence française apprécie le respect du principe de l'effet utile de la consultation en fonction des circonstances de l'espèce. Par une ordonnance du 1er août 2003, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a ainsi considéré que « *l'intérêt chronologique d'une concertation première à l'échelle du comité européen s'impose logiquement dans la recherche de solution globale et est de nature à influer sur le projet présenté à la consultation nationale* » pour conclure au « *droit des salariés de l'entreprise nationale de bénéficier de la consultation européenne préalable* »[1719]. Dans le cas d'espèce, la décision avait été prise par l'instance centrale, la société Alstom France, et avait un impact direct sur la société APTM. La logique aurait été vraisemblablement inverse si la décision avait été prise par l'entreprise et avait eu un impact sur l'ensemble du groupe. La refonte de la directive[1720] a apporté quelques éléments nouveaux sur ce point. L'article 12§2 de la directive prévoit que les modalités d'articulation « *sont établies par l'accord* » instituant le comité d'entreprise européen. Dans le silence de l'accord, la directive ne détermine pas expressément de chronologie des consultations. Le processus d'information et de consultation est « *mené tant au sein du comité d'entreprise européen que des instances nationales de représentation des travailleurs dans le cas où des décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail sont envisagées* »[1721]. L'ordre des consultations est donc laissé à l'appréciation de la direction, la ligne directrice étant la garantie de l'effet utile et « *une prise de décision efficace* »[1722]. Les effets de la décision ont au moins autant d'importance que le niveau de la prise de décision.

[1717] L'article L.2343-4 du Code du travail vise expressément, et à titre indicatif, les délocalisations, les fermetures d'entreprises ou d'établissements, les licenciements collectifs.
[1718] J.-P. Lhernould, note sous TGI Paris, 27 avril 2007, *Sem. soc. Lamy* 2007, n°1306, p.9.
[1719] TGI Nanterre, référé, ord. 1er août 2003, SA Alstom Power Turbo machines c/ Comité central d'entreprise, *Sem. soc. Lamy* N°1135, p.10, obs. FC.
[1720] Dir. CE 2009/38/CE du 6 mai 2009, *JOUE* du 16 mai 2009.
[1721] Article 12§3 de la directive.
[1722] Article 1§2 de la directive.

Cela justifie qu'une même décision fasse l'objet d'une double consultation, soulignant ainsi l'interdépendance existant entre le groupe et chacune des entités membres.

846. Par ailleurs, le comité d'entreprise européen ne semble pas devoir être exclusivement informé des projets visant directement tout ou partie des entreprises du groupe de dimension communautaire. Certes, la directive communautaire limite l'objet de l'information et de la consultation aux questions transnationales définies par la directive comme des questions qui concernent « *l'ensemble (...) du groupe d'entreprises de dimension communautaire ou au moins deux entreprises (...) du groupe situées dans deux Etats membres différents* »[1723]. Il est par conséquent des mesures qui, parce qu'elles n'entrent pas dans l'hypothèse ci-dessus définie, échappent à l'information et à la consultation du comité d'entreprise européen, alors même qu'elles sont susceptibles d'affecter plusieurs entreprises du groupe[1724]. Mais la directive refonte précise dans un considérant 16 que le caractère transnational concerne également « *des questions qui, indépendamment du nombre d'Etats membres concernés, revêtent de l'importance pour les travailleurs européens, s'agissant de l'ampleur de leur impact potentiel, ou qui impliquent des transferts d'activité entre Etats membres* »[1725]. Malgré les incertitudes entourant la force juridique de ce considérant et le contenu exact du critère de « *l'importance pour les travailleurs européens* » des questions posées, ce considérant souligne à quel point une décision qui, *a priori*, ne concerne qu'une entité du groupe bien particulière, peut aussi avoir des conséquences sur la situation d'emploi des travailleurs européens d'entités du groupe apparemment extérieures à la mesure envisagée. C'est là aussi mettre en évidence les incidences de l'interdépendance des entités membres sur la collectivité des travailleurs du groupe.

847. S'agissant de la négociation collective de groupe, l'embarras des pouvoirs publics à affirmer clairement l'existence d'un nouveau niveau de négociation est sans aucun doute lié à la difficulté de saisir la complexité organisationnelle du groupe. Tandis que la circulaire du 22

[1723] Article 1§4, Dir. CE 2009/38/CE du 6 mai 2009, *JOUE* du 16 mai 2009.

[1724] Tel est, selon Jean-Philippe Lhernould, le cas lorsqu'une société mère décide de la fermeture d'une filiale implantée dans un autre Etat membre, sauf à ce que la fermeture entraîne simultanément des conséquences dans une entité du groupe située dans un autre Etat membre, ou encore lorsque la direction du groupe met en place une politique européenne de restructuration consistant à fermer site après site. J.-P. Lhernould, « La nouvelle directive CE européen : une victoire française…quelle victoire ? », *RJS* 2/09, p.106. M.-A. Moreau, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006, p.308.

[1725] Pour une lecture critique de ce considérant : J.-P. Lhernould, *Ibid.*

septembre 2004[1726] dispose que « *le nouvel article .132-19-1 fait du groupe (...) un niveau de négociation à part entière, au même titre que l'entreprise ou l'établissement* », elle affirme un peu plus loin que cet article « *ne fait pas du groupe un nouveau niveau de négociation en tant que tel qui se situerait dans la hiérarchie des accords entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise* ». Ces hésitations sont révélatrices de la dualité intrinsèque du groupe, un et multiple à la fois, dont on trouve la trace dans le régime juridique des accords collectifs de groupe.

848. Même si, aux termes de l'article L.2232-33 du Code du travail, la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise et que l'article L.2232-34 soumet la convention ou l'accord de groupe aux mêmes conditions de validité que celles applicables aux conventions ou accords d'entreprise[1727], la convention ou l'accord de groupe ne se substitue pas, en principe, aux conventions ou accords d'entreprise. Ce principe de non substitution, à l'origine fixé par la jurisprudence Axa du 30 avril 2003[1728], n'a pas été repris par la loi du 4 mai 2004, ce qui ne signifie pas pour autant son abandon. Dans la circulaire DRT du 22 septembre 2004[1729], le ministère du travail indique en effet très clairement à propos de la négociation obligatoire que « *si l'accord de groupe emporte les mêmes effets que l'accord d'entreprise, la négociation de groupe n'a pas vocation, en l'état des textes, à se substituer à la négociation d'entreprise* ». Même si un accord de groupe peut être valablement conclu dans ces domaines, la négociation annuelle et pluriannuelle obligatoire est maintenue en matière de salaires effectifs, de durée effective et d'organisation du temps de travail[1730], de prévoyance maladie[1731], d'épargne salariale[1732], d'égalité professionnelle[1733]. Ce n'est qu'en vertu d'une disposition légale expresse que la négociation de groupe peut se substituer à la négociation d'entreprise. Ainsi, en matière d'emploi, l'article L.2242-15 du Code du travail[1734] prévoit une obligation de négociation triennale[1735] pour les

[1726] Circ. DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JO* n°255 du 31 octobre 2004 p.18472, FICHE N°5

[1727] En vertu de l'article L.2232-35 du Code du travail, les conventions et accords de groupe sont toutefois soumis à un régime juridique particulier concernant leur articulation avec les conventions de branche.

[1728] Cass. soc., 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n°155.

[1729] Circ. DRT, 22 septembre 2004, précité.

[1730] Article L.2242-8 du Code du travail.

[1731] Article L.2242-11 du Code du travail.

[1732] Article L.2242-12 du Code du travail.

[1733] Article L.2242-5 et L.2242-7 du Code du travail pour l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, article L.2242-13 du Code du travail concernant l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés.

[1734] Ancien article L.320-2 I al.1 du Code du travail.

entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L.2331-1 d'au moins trois cents salariés ainsi que pour les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L.2341-1 et L.2341-2 du Code du travail, comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France. L'article L.2242-18[1736] du Code du travail précise que les entreprises comprises dans le périmètre d'un accord de groupe conclu sur les thèmes mentionnés à l'article L.2242-15, sont réputées avoir satisfait à leur obligation de négocier.

849. Plus généralement, et en dehors de l'obligation d'engager des négociations sur certains thèmes spécifiques dans l'entreprise, de nombreuses dispositions légales laissent expressément le choix, dans des domaines de plus en plus nombreux, de conclure un accord de groupe ou d'entreprise[1737]. Dans cette hypothèse, aucun accord n'est préféré à l'autre ; l'accord de groupe n'est pas hiérarchiquement supérieur à l'accord d'entreprise. S'il est possible au chef d'entreprise de conclure un accord d'entreprise alors qu'un accord de groupe existe déjà sur le même thème, rien ne l'y oblige : l'accord de groupe suffit à satisfaire aux exigences légales[1738]. Ainsi, l'article L.1233-21[1739] du Code du travail prévoit, à certaines conditions, la possibilité pour un accord de groupe de fixer « *les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans un même période de trente jours* ». De même, concernant l'obligation pour l'entreprise de contribuer à la réactivation du bassin d'emploi, mentionnée à l'article L.1233-84 du Code du travail[1740], un accord collectif de groupe tient lieu, là encore à certaines conditions, de convention relative à la réactivation du bassin d'emploi qui doit être conclue entre l'entreprise et l'autorité administrative. Peut encore être mentionné l'article L.2323-61 du Code du travail[1741] en vertu duquel un accord de groupe peut, « *sans préjudice des obligations de consultation du comité d'entreprise incombant à l'employeur* », adapter « *dans les entreprises de trois cents salariés et plus, les*

[1735] Cette négociation porte d'une part sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires et d'autre part sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences soumise à l'information du comité d'entreprise.

[1736] Ancien article L.320-2, I al.2 du Code du travail.

[1737] M. Gadrat, « Le contenu des accords de groupe », *Dr. soc*. 2010, p.651.

[1738] Hors hypothèse de l'accord-cadre, de principe ou de méthode. Sur l'accord cadre : M.-L. Morin et F. Teyssié « L'accord-cadre », article précité, p.471 ; sur les accords de principe : Cass. soc., 19 décembre 1989, *Bull. civ*. V, n°721, P. Waquet, « Rapport », *Dr. soc*. 1990, p.149.

[1739] Ancien article L.320-3, al.1 du Code du travail.

[1740] Ancien article L.321-17, al.1 du Code du travail.

[1741] Ancien article L.432-4-3 du Code du travail.

modalités d'information du comité d'entreprise et organiser l'échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu », en matière économique et sociale[1742].

850. En définitive, les accords de groupe coexistent avec les accords d'entreprise, exprimant de la sorte l'association de l'un et du multiple constitutive du groupe. Les accords de groupe constituent un formidable instrument d'harmonisation des statuts collectifs des salariés permettant de traiter de sujets spécifiques à la collectivité de travail du groupe. La question de leur articulation avec les accords d'entreprise ne se pose véritablement qu'en présence de sujets susceptibles de toucher à la fois la collectivité de travail de groupe et les différentes collectivités de travail d'entreprise. Dans cette hypothèse, et sauf disposition légale expresse, la négociation de groupe ne se substitue pas à la négociation d'entreprise obligatoire. Dans certains domaines, la loi reconnaît la possibilité de conclure un accord de groupe ou un accord d'entreprise. Il ne saurait être question de privilégier l'un ou l'autre accord : aucune disposition légale ne prévoit la conclusion d'un accord d'entreprise à défaut de conclusion d'un accord de groupe ou réciproquement. Il n'existe pas d'organisation hiérarchique de leurs relations : aucun niveau n'est privilégié à l'autre, ce qui souligne encore une fois la complexité de l'unité organisationnelle du groupe.

851. La complexité de l'unité organisationnelle du groupe se prolonge en une régulation réticulaire des relations collectives du travail dans le groupe.

[1742] L'information concerne l'activité et la situation financière de l'entreprise, l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise, la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes, les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise (article L.2323-61 du Code du travail).

§2. La régulation réticulaire des relations collectives du travail dans le groupe

852. Le groupe apparaît sous la forme d'un réseau hiérarchisé auquel correspond un régime juridique adapté à l'action collective du groupe. L'importance accordée aux relations inter-entreprises dans la définition du cadre d'exercice des droits collectifs des salariés au niveau du groupe[1743] est déjà en elle-même le signe d'une approche réticulaire du groupe dans la mesure où les relations inter-entreprises sont ici premières. Mais, plus que la définition légale du groupe, c'est le régime juridique des relations collectives du travail dans le groupe qui fournit les éléments d'une organisation réticulaire des relations de travail.

Malgré leur appartenance à des collectivités de travail d'entreprises différentes et leur soumission à un pouvoir de direction distinct, les salariés appartiennent aussi à une collectivité de travail de groupe. Cette appartenance autorise la prise en compte des liens inter-entreprises pour organiser un double niveau d'information et de consultation des représentants du personnel. La mise en place d'institutions représentatives du personnel transversales spécifiques au groupe favorise la création de liens entre les différentes institutions représentatives du personnel d'entreprise ; le périmètre d'exercice des prérogatives des comités d'entreprise ne se limite plus nécessairement aux frontières de l'entreprise pour s'étendre aux autres entreprises du groupe.

853. C'est en agissant sur les entités membres qu'il devient possible d'encadrer juridiquement l'action collective du groupe en vue de garantir l'effectivité des droits collectifs des salariés et des mécanismes de contre-pouvoir permettant à la collectivité des salariés de s'exprimer à ce niveau. La construction juridique du groupe comme cadre d'exercice des relations collectives du travail s'est, dans cette perspective, accompagnée de la création d'obligations nouvelles à la charge des entités membres du groupe. La création de ces nouvelles obligations traduit la prise en compte par le droit du travail de l'influence du pouvoir du groupe sur les relations de travail. Elle en révèle également le caractère diffus : il

[1743] Nous pensons tout particulièrement à la définition légale du groupe de l'article L.2331-1 du Code du travail.

est impossible de définir précisément un centre unique de pouvoir, chacune des entités membres contribuant à la diffusion du pouvoir du groupe dans l'organisation.

854. L'organisation des relations collectives du travail dans le groupe est une illustration de ce que Gunther Teubner qualifie de « *modèle d'imputation pluriel et simultané d'actions et de positions juridiques* »[1744], propre à la logique réticulaire, par opposition au modèle traditionnel de l'imputation unitaire d'obligations et de responsabilité. L'auteur relève en effet que l'organisation en réseau rompt avec la conception de l'« acteur corporatif » comme centre unitaire d'action et de volonté, titulaire de droits et de responsabilités, construit sur le modèle de la personne humaine. Le réseau « *dégage une nouvelle forme de capacité collective d'action sans la comparer à l'agir humain. L'« association comme personne » dotée d'un centre de volonté unitaire cède la place à la métaphore de l'« hydre à plusieurs têtes ».* (…) *A la différence de la corporation classique, le réseau n'agit pas par l'intermédiaire d'un centre unitaire d'action et de volonté, mais au travers d'une multiplicité de « nœuds » ; chaque « nœud » agit simultanément pour lui-même et pour le « filet ». Le « filet » représente lui-même un acteur collectif, même s'il a besoin de tous ses « nœuds » pour agir et même si ceux-ci conservent quant à eux leur propriété d'acteurs collectifs* »[1745]. Partant de là, une contrainte juridique effective exercée sur le groupe est conditionnée à une imputation simultanée d'obligations sur l'entité membre (les « nœuds »), l'agent juridique titulaire du pouvoir (la « centrale ») et le groupe pris dans son ensemble via toutes les entités membres (le « filet »).

855. Dans les relations collectives de travail, l'encadrement normatif du groupe s'est accompagné de la création d'obligations spécifiques à la charge de l'entreprise dominante (A) et d'obligations pesant indistinctement sur toutes les entités membres à l'égard de la collectivité de travail de groupe (B).

[1744] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique, op. préc*. p.230.
[1745] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation, op. préc*. p.287.

A. Création de prérogatives ou d'obligations spécifiques à la charge de l'entreprise dominante

856. Compte tenu de sa position centrale dans le groupe, l'entreprise dominante doit respecter un certain nombre d'obligations à l'égard des salariés du groupe, dont elle n'est pas l'employeur mais qui appartiennent à une collectivité de travail de groupe dont elle est l'interlocuteur privilégié. Un rôle moteur est attribué à l'entreprise dominante dans le fonctionnement du comité de groupe. En application de l'article L.2333-5 du Code du travail[1746], l'entreprise dominante a l'obligation de constituer et de réunir pour la première fois le comité de groupe. Elle doit en prendre l'initiative dans un délai de six mois suivant la conclusion de l'accord de configuration de groupe ou, à défaut, de la décision de justice fixant le périmètre du groupe. Concrètement, il appartient aux dirigeants de l'entreprise dominante de convoquer les organisations à la négociation d'un accord sur le fonctionnement du comité de groupe. En outre, le chef de l'entreprise dominante entre dans la composition du comité de groupe[1747] qu'il est chargé de présider[1748], de convoquer au moins une fois par an et dont il fixe l'ordre du jour en collaboration avec le secrétaire du comité de groupe. Membre du comité de groupe, le chef de l'entreprise dominante entre directement en relation avec les représentants du personnel des entreprises du groupe, légalement membres du comité de groupe.

857. Dans un cas bien particulier, le chef de l'entreprise dominante a le devoir d'informer l'ensemble de la collectivité de travail du groupe de la situation économique de l'entreprise par l'intermédiaire du comité de groupe. Selon l'article L.2332-2 du Code du travail[1749], « *en cas d'annonce d'offre publique d'acquisition portant sur l'entreprise dominante d'un groupe, l'employeur de cette entreprise en informe immédiatement le comité de groupe. Sont alors appliquées, au niveau du comité de groupe, les dispositions prévues aux articles L.2323-21 à L.2323-23 pour le comité d'entreprise. Le respect de ces dispositions dispense des obligations*

[1746] Ancien article L.439-5 du Code du travail

[1747] Selon l'article L.2333-1 du Code du travail, le chef de l'entreprise dominante a la faculté d'être représenté et assisté de deux personnes de son choix ayant voix consultative. Il n'est pas précisé que ces deux personnes appartiennent à l'entreprise dominante.

[1748] Article L.2334-1 du Code du travail.

[1749] Ancien article L.439-2, al.4 et 5 du Code du travail.

définies aux articles L.2323-21 et suivants pour les comités d'entreprise des sociétés appartenant au groupe ». Or, en principe, en vertu de l'article L. 2323-19[1750], le chef d'entreprise a l'obligation d'informer et de réunir le comité d'entreprise en cas d'offre publique d'achat ou d'offre publique d'échange. Exceptionnellement, le comité de groupe est informé et consulté aux lieux et place du comité d'entreprise. Cette disposition met particulièrement en évidence la relation d'interdépendance qui unit l'entreprise dominante au reste du groupe. Compte tenu de sa position centrale, le sort de l'entreprise dominante intéresse non seulement la collectivité de travail d'entreprise mais l'ensemble de la collectivité de travail du groupe. La menace d'offre publique d'achat ou d'échange est non seulement susceptible d'affecter la relation d'emploi des salariés de l'entreprise dominante mais encore celle de tous les salariés des autres entreprises du groupe.

858. Le chef de l'entreprise dominante est ainsi juridiquement impliqué et responsabilisé dans l'organisation des relations collectives de travail au niveau du groupe. Ces obligations liées à la position centrale que l'entreprise dominante occupe dans le groupe s'ajoutent aux obligations auxquelles il peut être tenu à l'égard de la collectivité de travail d'entreprise.

859. S'agissant du comité d'entreprise européen, la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 rend responsable la direction centrale « *de la création des conditions et moyens nécessaires à l'institution des mécanismes d'information et consultation qu'elle requiert* »[1751] ou, lorsque celle-ci est située hors de la Communauté, de la direction centrale présumée, implantée dans un Etat membre et employant le plus grand nombre de salariés. Dans ce cadre, la directive prévoit la possibilité pour la direction centrale de prendre l'initiative des négociations en vue de la mise en place d'une procédure d'information et de consultation européenne ou d'un comité d'entreprise européen[1752]. La loi française[1753] prend quelques libertés par rapport aux dispositions de la directive, en renforçant le rôle de la direction centrale dans le fonctionnement du comité d'entreprise européen[1754]. Ainsi, alors que la directive

[1750] Ancien article L.432-1, al.3 du Code du travail.

[1751] Article 4 §1, Dir. CE n°2009/38, du 6 mai 2009, *JOUE* n°L.122/28, 16 mai 2009.

[1752] Article 5§1, Dir. CE n°2009/38, du 6 mai 2009, *JOUE* n°L.122/28, 16 mai 2009.

[1753] Loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, *JO* n°264 du 13 novembre 1996 p.16527

[1754] Il est dès lors possible de s'interroger sur la conformité du droit français à la directive communautaire, notamment au regard du pouvoir d'influence du chef de la direction centrale sur le comité d'entreprise européen, du fait de sa présidence. La directive européenne reconnaît toutefois la possibilité pour les Etats-membres de fixer les règles concernant la présidence des réunions. (annexe I, article 4 de la directive).

communautaire envisage le comité d'entreprise européen comme un organe de représentation exclusivement composé de représentants des travailleurs[1755], en droit français, le chef de la direction centrale est membre du comité d'entreprise européen qu'il préside[1756]. En cette qualité, le chef de la direction centrale arrête, avec le secrétaire, l'ordre du jour[1757], convoque les membres du comité d'entreprise européen aux réunions et établit le rapport du comité d'entreprise européen. Enfin, les moyens de fonctionnement du comité d'entreprise européen dépendent de la direction centrale qui doit doter les membres du comité « *des moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions* »[1758].

860. L'entreprise dominante n'est pas la seule entité membre du groupe à se voir imposer des obligations nouvelles à l'égard de la collectivité des travailleurs du groupe. Chacune des entreprises du groupe se voit aussi imputer des obligations juridiques spécifiques liées à son appartenance à un groupe, soulignant de la sorte la diffusion du pouvoir du groupe dans l'ensemble de l'organisation.

B. Création d'obligations spécifiques à la charge de chacune des entreprises du groupe en considération de la collectivité de travail des salariés du groupe

861. Pour la mise en place d'un comité de groupe, qu'elles soient dominantes ou dominées, les entreprises du groupe sont amenées à jouer un rôle actif dans la détermination de la configuration du groupe. Selon l'article L.2333-5 du Code du travail, la configuration du groupe est déterminée par accord des parties ou, à défaut, par décision de justice. L'accord des parties est donc premier ; ce n'est qu'en cas d'échec des négociations que le recours au juge est envisagé. D'une part, comme nous l'avons vu plus haut, l'entreprise dominante n'a pas la capacité d'engager par sa seule signature, les autres entreprises du groupe. Chacune des entreprises du groupe doit être partie à l'accord de configuration du groupe[1759]. D'autre part,

[1755] Annexes I, article 1b) de la directive : « *Le comité d'entreprise est composé de travailleurs de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire élus ou désignés en leur sein par les représentants des travailleurs ou, à défaut, par l'ensemble des travailleurs* ».

[1756] Article L.2343-5 du Code du travail

[1757] Selon l'article L.2343-10 du Code du travail, en cas de désaccord dans la fixation de l'ordre du jour, il appartient au président de trancher le désaccord.

[1758] Article L.2343-14 du Code du travail

[1759] Cass. crim., 11 juin 2002, n°01-81365, *Bull. crim.*, n°133.

la conclusion d'un accord de configuration implique l'existence préalable de négociations entre les entreprises du groupe. Dans le silence de la loi, il ne semble pas que l'initiative de la négociation pèse exclusivement sur l'entreprise dominante[1760]. L'initiative de la négociation n'incombe pas spécifiquement à l'entreprise dominante mais pèse potentiellement sur chacune des entreprises du groupe. Ensuite, et contrairement aux dispositions applicables au comité d'entreprise européen, le coût de fonctionnement du comité de groupe n'est pas nécessairement pris en charge par l'entreprise dominante, à l'exception du recours par le comité de groupe à un expert-comptable[1761]. Dans le silence de la loi, il semble que chaque entreprise prend en charge le paiement du temps passé aux réunions du comité de groupe de l'élu membre du groupe qui appartient à cette entreprise, voire même les frais de déplacement occasionnés.

862. S'agissant du comité d'entreprise européen, la mise en place de cette institution représentative du personnel suppose l'existence d'un groupe de dimension communautaire au sens de l'article L.2341-2 du Code du travail[1762]. L'initiative des négociations en vue de sa mise en place n'est pas réservée au chef de l'entreprise dominante : à certaines conditions[1763], les salariés, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, peuvent également prendre une telle initiative. Or, la demande des travailleurs de constituer un groupe de négociation suppose au préalable de détenir suffisamment d'informations sur l'existence du groupe, sa structure, son organisation et ses effectifs dans l'Union européenne. La Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion, dans trois affaires[1764], de se prononcer sur l'accès à l'information des salariés préalablement au déclenchement de la procédure nécessaire à la mise en place d'un comité d'entreprise européen[1765]. Afin d'éviter le cercle vicieux consistant à refuser aux salariés toute information sur le groupe à défaut de pouvoir identifier l'entreprise dominante alors que c'est justement grâce à cette information qu'il est possible de déterminer l'existence ou non d'une telle entreprise, la CJUE impose l'obligation

---

[1760] N. Catala, « Le comité de groupe, une institution en devenir », *Sem. soc. Lamy,* suppl. au n°266, p.9.

[1761] Article L.2334-4 du Code du travail.

[1762] Ancien article L.439-6 du Code du travail.

[1763] L'article L.2342-4 du Code du travail (ancien article L.439-7, al.3) précise qu'« *à défaut d'initiative de l'employeur, la procédure de constitution du groupe spécial de négociation est engagée à la demande écrite de cent salariés ou de leurs représentants, relevant d'au moins deux entreprises(...) situées dans au moins deux Etats différents mentionnés à l'article L. 2341-1* ». Cette disposition est conforme à l'article 5§1 de la directive CE n°2009/38, du 6 mai 2009, *JOUE* n°L.122/28, 16 mai 2009.

[1764] CJCE, 29 mars 2001, Bofrost, C-62/99, *JCP E* 2001, p.784 ; *Dr. Ouvr.* 2002, p.84 ; *RJS* 7/01, n°948 ; CJCE, 13 janvier 2004, Kühne & Nagel, n° C.-440/00, *Bull. Joly* mai 2004, jur., n°128 ; CJCE, 15 juillet 2004, ADS Anker GmbH, n° C.-349/01 ; *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1187, p.12.

[1765] CJCE, 29 mars 2001, Bofrost, aff. C-62/99, précité.

à toutes les entreprises membres d'un groupe de dimension communautaire de fournir les informations nécessaires, « *même s'il n'est pas encore établi que cette entreprise exerce le contrôle au sein du groupe* »[1766].

863. Les arrêts « Kühne & Nagel » et « ADS Anker » vont plus loin en imposant une obligation d'information entre les entreprises du groupe. En l'absence de direction centrale dans le champ d'application territorial de l'article L. 2341-1 du Code du travail[1767] ou de représentant désignée par elle sur ce territoire, l'arrêt Kühne & Nagel précise que les entreprises du groupe entrant dans le champ d'application de la directive ont l'obligation de communiquer à la direction centrale présumée[1768] les informations nécessaires permettant aux travailleurs ou à leurs représentants d'apprécier si les conditions d'ouverture de négociations relatives à la mise en place d'un comité d'entreprise européen sont réunies, lorsque la direction centrale présumée ne peut les obtenir de la direction centrale. Il appartient à la direction centrale présumée d'exiger d'elles la transmission de ces données. Réciproquement, dans l'arrêt « ADS Anker », la CJUE considère que la direction centrale doit fournir aux autres entreprises du groupe l'information demandée pour leur permettre de répondre à la demande des travailleurs ou de leurs représentants. Ces arrêts consacrent une obligation d'information horizontale entre les entreprises du groupe. Qu'elles soient contrôlées ou qu'elles exercent le contrôle, elles doivent toutes participer, directement ou indirectement, à l'information des représentants des travailleurs[1769].

864. Malgré l'affirmation de la responsabilité des entités membres et en l'absence de fondement juridique précis, la question de l'effectivité de cette obligation d'information entre entreprises sœurs demeure, la direction centrale présumée n'exerçant pas de contrôle effectif sur les autres entreprises du groupe. A la recherche d'un fondement juridique solide permettant d'asseoir l'« *obligation d'information transversale* », Madame Sachs-Durand relève que l'article 11 de la directive « *qui demande aux Etats membres de veiller, d'un part à ce que les dispositions de la directive soient respectées par les directions d'entreprises, appartenant ou non à un groupe, et d'autre part à ce que les informations sur le nombre de travailleurs soient rendues disponibles par les entreprises* », pourrait servir de fondement

[1766] CJCE, 29 mars 2001, Bofrost, aff. C-92/99, précité.
[1767] Ancien article L.439-6, al.2 du Code du travail.
[1768] Il s'agit de l'entreprise du groupe située sur le territoire d'un Etat membre et qui emploie le plus grand nombre de travailleurs.
[1769] « La CJCE lève les obstacles à l'institution des CE européens », note sous CJCE, 15 juillet 2004, ADS Anker GmbH, aff. C-349/01, *Sem. soc. Lamy* 2005, suppl., n°1205, p.51.

juridique à la condition, compte tenu de sa généralité, d'être appuyé par un autre texte communautaire, national ou par une interprétation de la CJUE en ce sens[1770]. Mais, sans plus de précision, la CJUE assigne aux Etats membres le soin de s'assurer du respect effectif par les entités membres situées sur leur territoire de leur obligation d'information à l'égard des autres entités membres du groupe.

865. Les incertitudes entourant le fondement juridique de l'obligation d'information entre entreprises sœurs d'un même groupe sont un facteur de fragilité de l'organisation juridique des relations collectives du travail au niveau du groupe. Elles sont assez représentatives des difficultés de l'ordre juridique, construit à partir d'un mode d'imputation unitaire concentré sur l'employeur, à concevoir un système d'imputation adapté à une organisation réticulaire faisant intervenir des entités membres d'un même groupe mais étrangères à la relation contractuelle de travail[1771]. La directive 2009/38/CE du 6 mai 2009[1772] apporte le fondement textuel qui faisait défaut. Elle rappelle que « *la responsabilité d'un groupe d'entreprises dans la transmission des informations nécessaires à l'ouverture de négociations doit être précisée de manière à permettre aux travailleurs de déterminer si l'entreprise ou le groupe d'entreprises où ils travaillent est de dimension communautaire et de prendre les contacts nécessaires à la formulation d'une demande d'ouverture des négociations* »[1773]. Dorénavant, sur le fondement de l'article 4§4 de la directive, « *toute direction d'une entreprise comprise dans le groupe d'entreprises de dimension communautaire ainsi que la direction centrale ou la direction centrale présumée (...) est responsable de l'obtention et de la transmission aux parties intéressées par l'application de la présente directive des informations indispensables à l'ouverture de négociations (...), particulièrement les informations relatives à la structure de l'entreprise ou du groupe et à ses effectifs* ». Cette disposition est particulièrement intéressante, dans la mesure où elle est l'expression par le droit de l'Union européenne de la dilution du pouvoir dans le groupe. L'information pertinente n'est pas concentrée au sein d'une seule et unique entité mais dispersée entre les différentes entités membres du groupe. Elle permet également de souligner de quelle manière il est possible de trouver des solutions juridiques adaptées en tenant compte de la complexité organisationnelle du groupe.

[1770] C. Sachs-Durand, « Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe : quelle évolution ? », in *Le droit social – Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Nouvelle Série, n°6, 2003, Strasbourg, PUS, p.304.

[1771] Cette problématique sera développée dans le chapitre suivant.

[1772] Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (refonte), *JOUE*, L122/28, du 16 mai 2009.

[1773] Considérant 25 de la Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 portant refonte de la Directive CE 94/45.

866. La dilution du pouvoir dans le groupe se vérifie également en cas de « *circonstances exceptionnelles affectant considérablement les intérêts des salariés* », telles que des délocalisations, fermetures d'entreprise ou licenciements collectifs. Dans ces hypothèses, le comité d'entreprise européen est, à sa demande, informé et consulté par l'employeur de ces mesures. L'article L.2343-4 du Code du travail précise que « *l'employeur peut être remplacé par son représentant ou tout autre responsable à un niveau de direction plus approprié au sein du groupe d'entreprises de dimension communautaire doté d'un pouvoir de décision* ». Cette mention est particulièrement révélatrice de la diffusion du pouvoir dans l'organisation réticulaire. L'employeur qui prend la décision n'est pas nécessairement l'interlocuteur « *approprié* » des représentants des salariés dans le groupe ; il en existe d'autres plus pertinents alors même que c'est l'employeur qui prend, *proprio nomine*, la décision qui affectera la collectivité de travail d'entreprise et indirectement celle du groupe.

867. En d'autres termes, lorsqu'il appartient à un groupe, l'employeur n'est pas ou plus nécessairement l'unique décideur susceptible d'engager la collectivité de travail d'entreprise dans le groupe, ce qui conduit à s'interroger sur la responsabilité du groupe en matière d'emploi.

Chapitre 2

Les effets normatifs de la notion de groupe au regard de la responsabilité de l'emploi

868. Parallèlement à l'organisation des relations collectives dans le groupe, le droit du travail s'est attaché à la mise en place d'un ensemble de règles destinées à favoriser le maintien de l'emploi du salarié dans le groupe. Le groupe apparaît dès lors comme un cadre d'appréciation du droit à l'emploi des salariés (Section 1). La responsabilisation du groupe en matière d'emploi demeure d'actualité et pourrait reposer un schéma d'imputation de responsabilité multiple que la représentation complexe du groupe permet de mettre en évidence (Section 2).

Section 1. Le groupe comme cadre d'appréciation du droit à l'emploi des salariés

869. C'est en considération du droit fondamental des salariés à l'emploi (§1) que le groupe s'est progressivement imposé comme un pôle d'imputation du préjudice en matière d'emploi (§2).

§1. Le droit fondamental des salariés à l'emploi

870. De l'affirmation du droit à l'emploi des salariés (A) à la reconnaissance de l'emploi comme intérêt légitime juridiquement protégé (B), l'emploi s'est progressivement imposé comme un objet de réparation, générateur de responsabilité.

A. L'affirmation du droit à l'emploi des salariés

871. La place structurante des droits fondamentaux dans le système juridique a déjà été mise en évidence dans les développements précédents. Sous l'effet des transformations de notre système économique et social, l'emploi apparaît comme une valeur essentielle à préserver ; sa promotion est devenue une préoccupation majeure des pouvoirs publics. Pour reprendre les propos de l'avocat général à la Cour de cassation, Roland Kessous, « *l'emploi n'est plus seulement le louage de services du Code civil. Il devient une valeur à préserver, particulièrement en période de difficultés économiques, comme étant un bien précieux qui ne doit pas être soumis à la seule loi du marché* »[1774]. Proclamé à l'article 5 du Préambule de la Constitution de 1946[1775], le droit à l'emploi imprègne l'ensemble du droit du travail, tant et si bien que certains se demandent si « *l'entier droit du travail ne serait (...) pas devenu droit de l'emploi par finalité* »[1776]. Qualifié par le Conseil constitutionnel de droit fondamental[1777], le droit à l'emploi a en effet évolué de telle sorte que son intrusion dans les relations de travail entre employeurs et salariés paraissait inévitable. Initialement réservé à la question de l'accès à l'emploi, le droit à l'emploi s'est progressivement étendu à la problématique du maintien de l'emploi, à partir d'une interprétation renouvelée de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946[1778]. Il appartient aussi bien au législateur qu'au juge d'œuvrer dans le sens de l'effectivité des droits fondamentaux[1779]. Le pouvoir d'interprétation de la loi par les juges n'est pas une porte ouverte à l'arbitraire et à l'insécurité juridique. « *Si le juge doit*

[1774] R. Kessous, « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique. Cour de cassation, Chambre sociale, 25 juin 1992, Conclusions de l'avocat général Roland Kessous », *Dr. soc.* 1992, p. 830.

[1775] « Chacun a le devoir de travailler et d'obtenir un emploi ».

[1776] A. Jeammaud, « Les principes dans le droit du travail français », *Dr. soc.* 1982, p.618.

[1777] Cons. constit. Décision n°98-401 DC, Cons. 3, *JO* 14 juin 1998, p.9033. A noter que la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions qualifie l'accès à l'emploi de droit fondamental. (Article 1er et chapitre 1er « accès à l'emploi », *JO* du 31 juillet 1998, p. 11679). La qualification de fondamental impose dès lors à la puissance publique de prendre des mesures destinées à promouvoir le droit à l'emploi.

[1778] Les décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin 1998 et 12 janvier 2002 relatives au maintien ou à la sauvegarde de l'emploi peuvent se rattacher à l'alinéa 5 du Préambule de 1946. Dans sa décision du 13 janvier 2005 (n°2005-509 DC), le Conseil constitutionnel rattache très explicitement les garanties des salariés en matière de licenciement, et notamment le droit au reclassement, à l'alinéa 5 du Préambule de 1946. En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 77 de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005, relatif à la réintégration du salarié licencié pour motif économique en cas de nullité du plan de sauvegarde de l'emploi.

[1779] Cons. constit. Décision n°84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984 ; n°93-325 DC 13 août 1993 ; n°94-345, 29 juillet 1994.

dégager des solutions adaptées aux besoins sociaux et aux idées de son temps, (il doit) *trouver des solutions adéquates aux problèmes qu'il a à résoudre, en utilisant les textes en vigueur, fut-ce en les extrapolant : « au-delà du code, mais par le code* »[1780]. Dans cette perspective, les droits fondamentaux inspirent les textes juridiques et en guident l'interprétation. Le droit à l'emploi n'échappe pas à la règle.

872. Même fondamental, le droit à l'emploi n'en demeure pas moins relatif : il doit se concilier avec d'autres droits fondamentaux tout aussi légitimes et avec lesquels il peut entrer en conflit. Si l'adjectif « fondamental » permet de justifier la primauté accordée à deux normes de même valeur juridique, il n'exclut pas tout risque de conflits entre droits fondamentaux. « *Les droits fondamentaux ne constituent donc jamais des droits absolus, protégés de façon ferme et inconditionnelle : ce sont des droits relatifs dont la réalisation exige une conjugaison avec les autres règles et principes de l'ordre juridique* »[1781]. De ce point de vue, le droit à l'emploi des salariés se heurte le plus souvent à la liberté d'entreprendre de l'employeur, reconnue depuis 1982 comme un principe constitutionnel découlant du principe de liberté de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La protection du droit à l'emploi trouve ainsi sa limite dans la dénaturation de la liberté d'entreprendre[1782]. Un équilibre est recherché entre ces deux droits fondamentaux.

873. L'approche juridique du groupe peut être saisie à travers ce prisme. Le groupe est une forme d'organisation économique considérée par le droit comme légitime. Sa formation ainsi que son organisation interne découlent du principe de la liberté d'entreprendre. Cette liberté fondamentale désigne aussi bien la liberté de créer l'activité économique de son choix que de la gérer et de l'exploiter librement ou encore de la cesser. Orientée vers la recherche du profit, la liberté de gestion et d'exploitation permet à l'entrepreneur « *de se moderniser, de s'adapter aux changements de production et aux évolutions techniques, de répondre à la demande des consommateurs ou encore de procéder à des restructurations tant en personnel qu'en matériel, (….) de faire des choix économiques, financiers, technologiques, fiscaux ou encore*

[1780] J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p.262.

[1781] F. Guiomard, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », article précité, p.63.

[1782] Dans sa décision du 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, le Conseil constitutionnel a invalidé une définition plus restrictive des motifs économiques de licenciement au motif qu'elle faisait peser sur les entreprises un « cumul de contraintes » conduisant à une atteinte excessive au principe de la liberté d'entreprendre. Dans sa décision du 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, le Conseil constitutionnel veille à la conciliation de deux droits fondamentaux en présence en relevant que le législateur a « *opéré entre le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement, et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, une conciliation qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste* (considérant 28) ».

sociaux »[1783]. Cette liberté d'entreprendre est également reconnue pour les groupes. La Cour de Justice de l'Union européenne a encore eu récemment l'occasion de rappeler la nécessaire liberté d'organisation interne des groupes d'entreprises, en précisant que la directive communautaire 98/59 relative aux licenciements collectifs n'a pas « *pour but de restreindre la liberté d'un tel groupe de procéder à l'organisation de ses activités de la manière qui lui semble la plus conforme à ses besoins* »[1784].

874. Mais, pour être légitime, l'exercice de la liberté d'entreprendre du groupe doit s'articuler avec le droit à l'emploi des salariés. Or, l'organisation d'entités juridiquement autonomes en groupe est susceptible de générer des « *économies illégitimes de coûts de transaction* » ou « *externalités négatives* »[1785], tout particulièrement en matière d'emploi[1786]. « *La décentralisation des centres de profit des groupes leur procure des avantages (légitimes) en termes d'efficience, mais elle leur permet aussi d'évacuer les risques et de limiter (illégitimement) leur responsabilité* »[1787]. Car, « *là où l'organisation du travail suppose un grand nombre d'entités juridiques séparées plutôt qu'une firme unique, les limites de la responsabilité juridique établissent les conditions d'une injustice potentielle, car elles sont définies en fonction des unités de capital* »[1788]. Dans la mesure où l'organisation en groupe crée un déséquilibre entre la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi des salariés, la reconnaissance du groupe et la construction d'un régime juridique, découlant du droit fondamental à l'emploi, se sont progressivement imposées.

875. Malgré le caractère apparemment disparate de ses domaines d'application, la reconnaissance du groupe en droit du travail est en effet liée, du moins en partie, à la volonté du législateur et du juge de maintenir la relation d'emploi des salariés en rétablissant l'équilibre perdu entre droit à l'emploi et liberté d'entreprendre. Qu'il s'agisse de l'obligation de reclassement dans le groupe, de l'appréciation du motif économique du licenciement au niveau du secteur d'activité, de la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 ou encore de la loi de modernisation sociale, l'objectif de promotion et de garantie de l'emploi du salarié

[1783] V. Fraissinier, *La liberté d'entreprendre. Etude de droit privé*, Thèse Université de la Réunion, 2006, p.36.

[1784] CJCE, 10 septembre 2009, C-44/08, Akavan Erjtyisalojen Keskusliitto AEK., *JCP S* 2009, 1493, note E. Jeansen; *RDT* 2010, p.285, note S. Vernac.

[1785] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op. cit.*, p.288.

[1786] Voir Première partie, chap. 1, section 1, §2.

[1787] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op. cit.*, p.288.

[1788] H. Collins, « Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration », Modern Law Review, 53, p.736, cité par G. Teubner, *ibid.*, p.288.

est déterminant. Tel est bien ce qui ressort des rapports de projets de loi et des conclusions des avocats généraux ou des commissaires de gouvernement.

876. Ainsi, en matière de reclassement, le Conseil constitutionnel rattache expressément le droit au reclassement des salariés au droit de chacun d'obtenir un emploi[1789] et, concernant plus particulièrement le reclassement dans le groupe, l'avocat général Roland Kessous fonde l'obligation de reclassement à ce niveau « *sur la solidarité qui unit les sociétés du groupe et sur le droit à l'emploi du salarié, cause juridique du droit au reclassement* »[1790]. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002[1791] a légalement consacré le principe du reclassement du salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé, dans le groupe[1792]. Cette disposition favorable au maintien de l'emploi n'est pas isolée, la loi posant également le principe de l'appréciation du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont dispose le groupe[1793] ainsi que l'obligation de participer à la réactivation du bassin d'emploi pour les entreprises membres d'un groupe employant au moins mille salariés[1794]. Le rapport d'information « Travail, emploi et formation professionnelle » relatif au Titre II de la loi de modernisation sociale précise qu'« *un des fils directeurs de l'ensemble des dispositions adoptées en matière de lutte contre les licenciements économiques est la volonté de davantage responsabiliser les entreprises, les employeurs en tant que gestionnaires ainsi que les organes de direction ou de surveillance des sociétés qui ont encore trop souvent tendance à prendre leurs décisions sans avoir conscience des enjeux sociaux et des implications de leurs choix en termes d'emploi* ». Il rappelle sur ce point que « *la collectivité nationale supporte le coût humain, social et financier des licenciements* » et qu'« *il est par conséquent parfaitement légitime de demander aux entreprises qu'elles adoptent un comportement responsable voire civique* ».

877. Dans le même esprit, les objectifs de la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 tiennent directement à des considérations relatives à la protection de l'emploi. « *L'épargne salariale, et l'actionnariat salarié en particulier, sont des moyens privilégiés pour faire entrer*

[1789] Cons. Constit, 13 janvier 2005, Décision n°2004-509.

[1790] R. Kessous, « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique article précité, p.829.

[1791] Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002.

[1792] Article L. 1233-4 (ancien article L.321-1 issu de l'article 108 de la loi de modernisation sociale).

[1793] Article L.1235-10 (ancien article L. 321-4-1 du Code du travail issu de l'article 112 de la loi de modernisation sociale).

[1794] Article L.1233-84 du Code du travail.

les entreprises dans une autre logique que les seuls impératifs de création de valeur pour l'actionnaire. Nul doute que les salariés sont, en effet, les mieux placés pour défendre d'autres points de vue (développement de l'emploi, comportement éthiquement responsable, progrès social, protection de l'environnement…) que la seule rentabilité financière à court terme »[1795]. Il est également précisé que le développement d'un actionnariat salarié peut permettre « *un infléchissement de certaines décisions dans un sens respectueux de l'emploi et de la localisation des centres de décision en France* » [1796].

878. En visant non seulement l'entreprise mais également le groupe, les règles légales et jurisprudentielles cherchent à rétablir un équilibre entre la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi en encadrant au niveau du groupe les conséquences des choix de gestion en matière d'emploi et en appréciant à ce même niveau leur légitimité. Mais, si le droit à l'emploi constitue une ligne directrice dans l'énoncé de règles d'origine légale ou jurisprudentielle, la valeur d'un droit subjectif ne lui a jamais été reconnue. Selon le Conseil constitutionnel, « *le droit d'obtenir un emploi proclamé par le Préambule de 1946 est non un droit subjectif, individuellement justiciable, mais un objectif de valeur constitutionnelle qui doit être poursuivi au niveau collectif* »[1797]. Le droit fondamental de chacun à l'emploi reste de l'ordre de la finalité de la règle de droit et son bénéfice ne saurait être invoqué avec succès devant une juridiction ordinaire. « *La dimension individuelle de la protection de l'emploi ne peut s'exprimer qu'au travers de l'interprétation de ses médiations législatives et jurisprudentielles bâties sur des « clauses générales ». En revanche, dès qu'il s'agit d'invoquer un droit à la légalité de l'acte de rupture sur le fondement d'un droit fondamental à l'emploi, les juges se montrent beaucoup plus réticents* »[1798].

C'est finalement par une voie détournée, à savoir la reconnaissance de l'emploi comme intérêt légitime juridiquement protégé, que l'emploi va progressivement s'imposer comme un objet de réparation, générateur de responsabilité dans les relations entre personnes privées.

.

[1795] Lettre de mission du Premier Ministre à propos de la loi sur l'épargne salariale, citée dans le rapport n°2594 de P. Balligand rendu au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif à l'épargne salariale (n°2560).

[1796] *Ibid.*

[1797] Site du Conseil Constitutionnel : *www.conseil.constitutionnel.fr*

[1798] E. Durlach, « Le droit à l'emploi à la lumière des théories allemandes des droits fondamentaux », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social, op. cit.*, p.139.

B. L'emploi : un intérêt légitime juridiquement protégé

879. La construction d'un droit de la responsabilité en matière d'emploi reposant sur une conception de l'emploi comme risque modère les inconvénients de l'absence de reconnaissance du droit à l'emploi comme droit subjectif. Car, sous l'empire du droit subjectif, « *la faible consécration juridique du droit à l'emploi conduisait à nier la dette de réparation de l'employeur* », seuls les droits subjectifs consacrés bénéficiant réellement d'une entière protection juridique. Autant dire que le respect par le salarié de son droit à l'emploi avait du mal à s'imposer face à la liberté d'entreprendre de l'entrepreneur. « *Le droit de la responsabilité afférente à l'emploi est la matrice juridique qui, à l'instar de ce qui s'est passé pour d'autres intérêts sociaux dépourvus de l'entière consécration juridique accordée aux droits subjectifs, a permis à l'emploi d'accéder à la scène juridique et de produire des effets dans les rapports juridiques privés* »[1799]. En d'autres termes, l'emploi est juridiquement reconnu comme un intérêt légitime, digne de protection, même s'il ne constitue pas techniquement un droit subjectif. « *Entre les intérêts illicites et les intérêts consacrés, se développe la catégorie des intérêts légitimes protégés sur la base des principes de la responsabilité civile* »[1800]. Le dommage qui résulte pour le salarié de la perte de son emploi peut être réparé sur le fondement de la responsabilité civile, véritable « *laboratoire où nombre d'intérêts sociaux non dotés d'une consécration solennelle se sont vus attacher des conséquences juridiques* »[1801]. « *L'emploi appartiendrait par excellence à cette catégorie d'intérêts. En tant qu'intérêt social, l'emploi permet l'accès à un statut juridique inscrivant la prestation du salarié dans un réseau de règles (droit du travail) et de garanties* »[1802] dont la perte constitue un dommage réparable.

880. La conception de l'emploi comme intérêt légitime juridiquement protégé, objet d'un préjudice réparable, est l'aboutissement d'une construction de l'emploi comme risque[1803]. La théorie du risque est apparue à la fin du XIXe siècle sous l'impulsion de Saleilles et Josserand. Elle est née du constat de l'insuffisance de la faute à combler l'ensemble des

---

[1799] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, Thèse Paris X Nanterre 2000**,** p.171.
[1800] T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, Paris, LGDJ, 2007, p.54.
[1801] T. Katz , *ibid.*, p. 57.
[1802] *ibid.*
[1803] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, *op. cit.*

besoins en matière de responsabilité civile, générés par l'essor de l'activité industrielle moderne, créatrice de nouveaux risques. « *Elle propose de renoncer à l'exigence d'une faute prouvée à l'égard du responsable, dans tous les cas où un dommage est subi par une personne du fait de l'entreprise dont une autre à l'initiative et dont elle maîtrise le fonctionnement* »[1804]. La première application de la théorie du risque résulte d'une loi de 1898 sur les accidents du travail. Le dommage accidentel est alors conçu comme un risque, « *un fait matériel qui en lui-même se présente comme un fait aventureux, non pas régulier en soi, non pas contraire aux usages de la vie moderne…mais comme l'émanation ou la conséquence d'une activité d'ensemble, d'une complexité d'action* »[1805]. Ce qui conditionne l'engagement de la responsabilité, n'est pas la faute mais le risque que le sujet de droit qui organise et dirige son activité économique fait courir à autrui. La responsabilité est directement liée au pouvoir générateur de risque. « *Emancipée de la faute, la responsabilité n'est plus posée comme un principe de prévention et de répression de conduites individuelles fautives ; elle est pensée et organisée comme un principe d'imputation objective de la charge des risques inhérents au fonctionnement des rapports de travail* »[1806]. Dans cette optique, « *on est responsable des dommages qui résultent du fait de tous les « instruments », de tous les éléments – choses ou personnes – qui interviennent dans le processus de réalisation ou de production d'une activité ; il s'agit d'endosser la charge définitive des risques liés à l'organisation et à la direction de l'activité, qu'elle soit privée ou professionnelle* »[1807]. Au cœur de la responsabilité fondée sur le risque, réside l'idée selon laquelle certaines activités dont l'utilité fait consensus, engendrent néanmoins des effets négatifs et dommageables, des risques pour autrui. Les accidents du travail sont ainsi considérés comme la contrepartie négative du progrès global qu'apporte le machinisme industriel au développement économique des entreprises ; ils doivent, à ce titre, être pris en charge. Pauline Kontogeorpoulou précise qu'en matière d'emploi, « *l'utilité qui rend le risque tolérable ne consiste pas seulement dans le déploiement de l'activité productive, mais dans son déploiement selon le système du salariat. (…) Le mal, le chômage, n'est toléré et réparti que parce qu'il est le corollaire d'un bien, qui n'est autre que le salariat* »[1808].

[1804] F. de Bouärd, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, p.359.
[1805] R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, Rousseau, 1897, n°22, p.36, cité par C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, *op. cit.*, p.255.
[1806] C. Del Cont, *ibid.*, p.261.
[1807] *Ibid.*, p.271.
[1808] *Ibid.*, p.93.

881. La construction de l'emploi comme risque économique générateur de responsabilité ne va pas de soi. A la différence des accidents du travail, le dommage résultant du risque économique lié à l'emploi manque de matérialité. Or, comme le souligne Pauline Kontogeorpoulou, « *l'histoire du droit de la responsabilité montre que les domaines où la théorie du risque a trouvé à s'appliquer sont ceux des dommages corporels et matériels et non ceux des dommages économiques* »[1809]. Le constat d'un manque de matérialité vaut aussi pour le risque économique lui-même : ce fait générateur de responsabilité repose sur une décision de gestion tendant à exclure le salarié de l'organisation, liée à des considérations relevant de l'adaptation de l'organisation aux contraintes de son environnement économique. La reconnaissance de l'emploi comme risque et du fait économique comme générateur de responsabilité marquent ainsi une étape supplémentaire dans la construction du droit de la responsabilité fondée sur le risque. Suivant l'analyse proposée par Pauline Kontogeorpoulou, elles impliquent « *non seulement une objectivation de l'entreprise comme organisation productive mais aussi une objectivation de l'économie, ainsi que des liens qui peuvent unir l'entreprise et son environnement économique* »[1810]. Tandis que Josserand insiste sur la dimension organisationnelle de l'entreprise comme source du risque en considérant que le responsable du risque est celui qui tire profit de l'activité dans l'intérêt duquel elle fonctionne et est organisée, Rouast part de l'autorité et s'attache au lien de subordination juridique de la relation de travail[1811]. Si la conception de Josserand ne s'est pas imposée en son temps, elle présente néanmoins l'intérêt de retenir une approche large de l'activité économique, en l'envisageant aussi bien dans sa dimension matérielle (la détention de biens matériels) qu'humaine (la gestion du personnel et donc celle de l'emploi), et en la replaçant dans son environnement économique. En d'autres termes, la dimension organisationnelle de l'entreprise est privilégiée et permet une approche extensive de la notion de risque, capable d'intégrer le risque économique de l'emploi. « *Ce passage de la chose à l'organisation et de l'organisation à un niveau supérieur d'agrégation (...) caractérise l'éclosion du risque économique* »[1812].

[1809] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, *op. cit.*, p.80.
[1810] *Ibid.*, p.79.
[1811] *Ibid.*, p.87.
[1812] *Ibid.*,p.93.

882. Saisir l'emploi comme risque économique implique en effet de se livrer à un double niveau d'analyse. Il faut établir d'une part un lien entre la réalisation du risque objet du préjudice (la perte de l'emploi) et la nécessité d'une modification de nature organisationnelle (matérialisée par une décision de gestion), et d'autre part, un lien entre la modification de nature organisationnelle et les contraintes de l'environnement économique ayant poussé à la décision de gestion. Le droit du licenciement pour motif économique illustre parfaitement bien ce double niveau d'analyse nécessaire à la construction de l'emploi comme risque juridiquement protégé. Il établit un modèle d'évaluation de la gestion de l'emploi dans les entreprises, dont l'objectif est d'instaurer un équilibre entre la dimension gestionnaire et la dimension sociale de l'emploi. Autrement dit, si l'emploi peut constituer pour l'entreprise un instrument de gestion du risque économique, il ne saurait être ni le seul ni le premier. En aucun cas, il ne peut s'agir de reporter l'intégralité du risque économique sur l'emploi des salariés. La loi et la jurisprudence encadrent les licenciements pour motif économique en contrôlant la cause économique du licenciement.

883. Le contrôle de la cause économique porte d'une part sur l'élément originel du licenciement. Toutes les décisions de gestion ne peuvent justifier la suppression, la transformation de l'emploi ou la modification du contrat de travail. Sont ainsi exclues les justifications tirées du registre du marché, comme la réalisation d'économie, l'augmentation des bénéfices. La contrainte à l'origine des licenciements doit être d'ordre organisationnel. D'autre part, il doit exister un lien de causalité entre l'élément originel et l'effet sur l'emploi. Ce lien doit être nécessaire et proportionnel. La contrainte économique doit être suffisamment significative et le maintien du salarié dans l'entreprise doit être impossible, malgré les efforts de reclassement de l'employeur. Le contrôle de la cause économique du licenciement met en évidence la dimension sociale de l'emploi. Celui-ci n'est pas un pur instrument de gestion du risque économique. Sa dimension sociale est également prise en compte et se traduit par la recherche d'un équilibre entre la nécessaire adaptation de l'organisation à son environnement économique et l'intérêt légitime des salariés à la préservation de leur emploi. « *Les salariés supportent indubitablement une partie de la charge (du risque), mais les juges veillent à ce (...) que les conséquences préjudiciables ne soient pas supportées que par eux* »[1813]. Sont

[1813] *Ibid.*, p.164.

ainsi mis en balance l'aspiration légitime des salariés au maintien de l'emploi et d'autres intérêts économiques ou de gestion.

884. La construction de l'emploi comme risque auquel est attaché un régime de responsabilité en matière d'emploi marque l'entrée de l'emploi parmi les intérêts légitimes juridiquement protégés, et ce malgré l'absence de consécration du droit à l'emploi des salariés parmi les droits subjectifs[1814]. En principe, le salarié étant lié à l'employeur par le contrat de travail, le débiteur de l'obligation de réparer le préjudice né de la perte de l'emploi est l'employeur. L'employeur apparaît en effet à la fois comme le cocontractant du salarié et l'auteur de la décision de gestion à l'origine du préjudice en matière d'emploi. Dans ces conditions, le principe même de sa responsabilité en matière d'emploi coule de source. Pourtant, dans le cadre d'un groupe, la complexité de cette forme d'organisation conduit à repenser le schéma d'imputation de responsabilité en matière d'emploi. Un bon nombre de décisions de gestion prises par l'employeur ayant un impact direct sur la relation d'emploi du salarié sont porteuses d'une globalité qui dépasse le seul cadre de l'entreprise : comme les pièces d'un puzzle, ces décisions contribuent à la réalisation de l'action collective du groupe sans lesquelles celle-ci ne pourrait du reste se concrétiser. Dans ces conditions, la question de l'implication du groupe dans la gestion du risque de l'emploi ne manque pas de se poser. Elle se dédouble même et peut être abordée sous deux angles d'approches différents mais complémentaires : l'un, privilégiant une approche globale de l'organisation, considère le groupe comme un périmètre d'application élargi des obligations de l'employeur en matière d'emploi, tandis que l'autre, s'appuyant sur la complexité organisationnelle du groupe et le rôle actif de chacune des entités membres dans la réalisation du risque de l'emploi, mis en évidence par une approche du groupe en termes de complexité, vise à responsabiliser l'ensemble des entités membres du groupe.

885. Aussi, il convient d'envisager à présent le groupe comme pôle d'imputation du préjudice en matière d'emploi.

[1814] *Ibid.*, p.171. Selon l'auteur, « *le droit de la responsabilité afférente à l'emploi est la matrice juridique qui, à l'instar de ce qui s'est passé pour d'autres intérêts sociaux dépourvus de l'entière consécration juridique accordée aux droits subjectifs, a permis à l'emploi d'accéder à la scène juridique et de produire des effets dans les rapports juridiques privés* ».

§2. Le groupe comme pôle d'imputation du préjudice en matière d'emploi

886. Si le groupe a progressivement été consacré comme un périmètre d'application élargi des obligations en matière d'emploi (A), l'évolution constatée demeure inachevée en l'absence de schéma d'imputation de responsabilité adéquat (B).

A. Le groupe comme cadre d'exercice des obligations patronales en matière d'emploi

887. A l'instar du droit des relations collectives du travail, le groupe s'est progressivement imposé comme un périmètre d'application d'une série de règles de droit en matière d'emploi. Qu'il s'agisse de l'appréciation de la cause originelle du licenciement pour motif économique au niveau du secteur d'activité, de l'obligation de reclassement du salarié dans les entreprises du groupe parmi lesquelles une permutation du personnel est possible, de la mise en place d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences au niveau du groupe, du calcul de l'ancienneté des salariés pour bénéficier de certains droits ou de l'organisation de la trajectoire d'emploi du salarié dans le groupe, notamment par la voie d'accords collectifs de groupe, ce catalogue non exhaustif permet de mesurer la place qu'occupe le groupe comme cadre d'application de règles instaurant des obligations en matière d'emploi. Malgré leur diversité, ces dispositions visent toutes à maintenir la relation d'emploi du salarié et les droits qui y sont attachés, à partir d'une approche organisationnelle du groupe. A l'instar de l'entreprise, le groupe est perçu comme un marché interne de l'emploi[1815] au sein duquel les salariés évoluent professionnellement. Cet espace est investi par le droit du travail comme cadre d'application d'obligations juridiques en matière d'emploi[1816]. Une telle conception participe nécessairement d'une approche organisationnelle du groupe et conduit à dépasser l'approche individuelle de l'emploi née du contrat au profit d'une approche collective. Seule

[1815] M. Rigaux, « Le droit du travail, la concurrence sociale et les restructurations : quelques observations d'ordre théorique, destinées à proposer une hypothèse de travail », in C. Sachs-Durand (dir.), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Strasbourg, PUS, 2004, p.76.

[1816] F. Gaudu, « Les notions d'emploi », *Dr. soc.* 1996, p.569 ; « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.* 1987, p.414.

cette dernière approche est en effet capable de relier un salarié à des entités membres du groupe autres que l'employeur.

888. La double dimension de l'emploi a été mise en évidence par Marie-Laure Morin. Tandis que la relation individuelle d'emploi « *naît du contrat de travail, en vertu de laquelle un salarié peut être affecté sur un poste ou sur un ensemble de postes comparables identifiés par leur spécialité, leur niveau de qualification ou leur localisation* », la relation collective d'emploi « *traduit l'appartenance à une collectivité de travail organisée que l'on nomme « entreprise », « entité économique autonome », « unité économique et sociale » régie par un statut collectif. L'emploi du point de vue collectif c'est alors l'ensemble des emplois de l'entreprise qui concourent à son activité économique, définis par l'affectation des personnes (relations individuelles d'emploi) sur les postes qui résultent de l'organisation de l'entreprise et régis par un même statut collectif* »[1817]. Suivant cette distinction, l'approche organisationnelle du groupe et la dimension collective de la relation d'emploi sont intimement liées. Il a en effet été démontré que le groupe est une organisation qui accueille en son sein une collectivité de travail distincte de la somme des collectivités de travail d'entreprise. La gestion de l'emploi représente un enjeu organisationnel fort aussi bien pour l'activité de l'entreprise que pour celle du groupe. Elle constitue un élément de rationalisation de l'activité du groupe et la mise en œuvre de décisions de gestion prises à ce niveau ne manque pas de se répercuter sur la relation d'emploi des salariés des entités membres.

889. L'approche organisationnelle de l'emploi met ainsi en valeur l'unité organisationnelle du groupe qui permet de replacer l'entreprise dans un ensemble organisationnel plus vaste. Les décisions de l'employeur affectant la relation d'emploi des salariés sont appréciées en référence à un ensemble organisationnel élargi. Le critère de la permutation déterminant le cadre des recherches de reclassement ou celui du secteur d'activité de l'entreprise pour l'appréciation du motif économique du licenciement ne sont pertinents qu'en considération de l'appartenance de l'entreprise à un groupe. A défaut, ces critères sont inapplicables[1818]. Est de

[1817] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.479.

[1818] Les juges du fond rejettent systématiquement l'argumentation de l'employeur fondée sur la baisse d'activité de leur secteur pour justifier de licenciements économiques en l'absence de groupe. Voir en ce sens : CA Nancy, 24 octobre 2000, CERIT, Université Nancy 2 : à propos du déclin de la sidérurgie, « *la société ne saurait se borner à exciper de considérations économiques générales afférentes à la situation de la sidérurgie ou du marché de la chaux* » ; voir également : CA Dijon, 26 février 1997, CERIT, Université Nancy 2 : « *Si la baisse du marché de matériel agricole et de travaux public est une donnée objective et extérieure incontestable et réelle qui affecte tous les professionnels de cette branche d'activité, y compris les sociétés concurrentes, elle n'est cependant pas suffisante à elle seule à caractériser, de par sa généralité, les difficultés économiques de nature à justifier les licenciements en cause au sein de l'entreprise* ».

la sorte souligné l'intérêt porté à la dimension organisationnelle de l'emploi, seule à même de justifier de telles solutions[1819].

890. L'exemple de l'obligation de reclassement de l'employeur est particulièrement révélateur. S'appuyant sur certains arrêts de la Cour de cassation rendus sous le visa de l'article 1134 du Code civil[1820], une partie de la doctrine considère l'obligation de reclassement comme une obligation contractuelle liée à l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat. Mais il faut bien constater que la Cour de cassation a progressivement abandonné cette référence textuelle pour lui préférer celle de l'article L.1233-3[1821] du Code du travail parfois combiné à l'article L.1233-2[1822]. L'introduction par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 d'un article L.1233-4 prévoyant expressément l'obligation de reclassement « *dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* »[1823], donne un fondement textuel solide à cette obligation de reclassement. Elle met de la sorte fin aux incertitudes relatives à son fondement, du moins lorsqu'un licenciement pour motif économique est envisagé. Surtout, il est reconnu que l'obligation de reclassement de l'employeur ne découle pas nécessairement du contrat de travail. Même si elle pèse sur l'employeur, partie au contrat de travail, elle ne constitue pas pour autant une obligation contractuelle *stricto sensu*[1824]. Une première prise de distance à l'égard de l'approche contractuelle de l'emploi est ici perceptible, à partir de laquelle l'approche organisationnelle de l'emploi va pouvoir s'affirmer.

891. Le caractère individuel du droit au reclassement du salarié[1825] ne fait pas obstacle à l'approche organisationnelle de l'emploi. En mettant l'accent sur la personne du salarié, il va

---

[1819] Comme l'a souligné Frédéric Géa, « *seule l'analyse organisationnelle est susceptible de rendre compte de l'obligation de reclassement au sein du groupe et, partant, de l'édifice jurisprudentiel en la matière* ». F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », article précité, p.523.

[1820] Cass. soc., 4 mai 1995, n°93-44890, non publié ; Cass. soc., 25 mai 1994, 91-40442, inédit ; Cass. soc., 21 mai 1992, n°91-40026, non publié ; Cass. soc., 8 avril 1992, n°89-41548, *Bull. civ.* V, n°258, *JCP* E 1992, II, 360, note J. Savatier.

[1821] Ancien article L.321-1 du Code du travail. Cass. soc., 30 mars 1999, n°97-40304, n°*RJS* 5/99, n°644 ; Cass. soc., 27 octobre 1998, n°**s** 96-40626 96-40629, *Bull. civ. V*, n°459 ; *RJS* 12/98, n°1456 ; Cass. soc., 18 février 1998, n°s 95-45502 96-43307, *Bull. civ.* V, n°88 ; Cass. soc., 4 avril 1995, n°93-45693, inédit, *Dr. soc.* 1995, p.510.

[1822] Ancien article L.122-14-3 du Code du travail. ; Cass. soc., 7 décembre 1999, n°97-43934**,** non publié. ; Cass. soc., 24 mars 1999, n°97-40328, non publié ; Cass. soc., 1er décembre 1998, n°96-43655, non publié ; Cass. soc., 14 octobre 1997, n°94-44884, non publié ; Cass. soc., 27 mai 1997,n°94-42096, *RJS* 7/97, n°800.

[1823] Ancien article L.321-1 alinéa 3 du Code du travail.

[1824] Dans sa décision précitée du 13 janvier 2005, le Conseil constitutionnel décide au surplus que le droit au reclassement des salariés licenciés découle directement du droit de chacun d'obtenir un emploi.

[1825] CA Versailles, 28 juin 1996, *RJS* 4/97, n°393 : « *L'obligation prétorienne de reclassement implique une recherche non seulement active, mais également individuelle de reclassement en faveur de chaque salarié dont le poste est supprimé* » ; CA Bourges, 9 octobre 1998, Ratoy c/SA Imprimerie Bussière (CERIT) : L'obligation

au contraire favoriser le développement de la notion d'« emploi disponible » indépendamment de la qualification contractuelle. L'appréciation par les juges du fond des possibilités de reclassement est largement tributaire de la conception de l'« emploi disponible » retenue. Compte tenu de la « *finalité individuelle* » du reclassement, les propositions doivent être personnalisées, en d'autres termes « *adaptées à la personne du salarié, prise dans son individualité, c'est-à-dire en considération de ses signes distinctifs* »[1826]. Le « sérieux »[1827] des propositions de reclassement en dépend. La qualification personnelle du salarié prime ici sur la qualification contractuelle de l'emploi[1828]. A la différence de la qualification contractuelle qui désigne « *une relation fixée d'un commun accord, entre les qualités d'un salarié et l'activité qu'il exerce* »[1829], la qualification personnelle autorise une conception bien plus extensive de la notion d'emploi disponible puisqu'elle recouvre « *sa formation et ...son expérience professionnelle, [les] capacités que titre, diplôme, certificat lui ont reconnues et dont il peut prétendre être doté* » [1830]. Il a ainsi pu être tenu compte de la « *compétence* » et de l'« *expérience professionnelle* »[1831], des « *capacités* »[1832] du salarié, de son « *niveau*

---

de reclassement « *doit être mise en œuvre à l'égard de chaque salarié pris individuellement après analyse de sa situation personnelle* ».

La reconnaissance d'un droit individuel au reclassement n'entraîne pas pour autant un recul de la dimension collective du licenciement pour motif économique. Ces deux approches complémentaires évoluent de concert, sur des registres distincts. Ainsi, l'obligation légale qui impose à l'employeur de prévoir un plan de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas exclusive de l'obligation faite à l'employeur de rechercher et de proposer pour chaque salarié, pris individuellement, les postes disponibles indépendamment du contenu du plan. L'employeur est même tenu d'aller au-delà des prévisions du plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 6 juillet 1999, n°97-42459, inédit, *RJS* 10/99, n°1237 ; Cass. soc., 16 décembre 1998, n°96-41989, *Bull.civ.* V, n°560, *Dr. soc.* 1999, p.196, obs. F. Gaudu ; Cass. soc., 7 juillet 1998, n°96-41565, *Bull. civ.* V, n°370, *RJS* 8-9/98, n°966 ; Cass. soc., 31 mars 1998, n°96-40748, *Bull. civ*. V, n°188, *RJS* 5/98, n°578 ; Cass. soc., 22 février 1995, n°93-43404, *Bull. civ.* V, n°66; *Dr. soc.* 1995, p.389, obs. J-E Ray). Selon Gérard Couturier, « *le plan social ressortit à la régulation des relations collectives, l'obligation de reclassement s'inscrit au plus profond de la relation individuelle de travail* ». (G. Couturier, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, p.499).

[1826] F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p.519.

[1827] M. Keller, note sous CA Paris, 18e ch., 29 avril 1997, *D.* 1999, p.46. CA Versailles, 28 juin 1996, *RJS* 4/97, n°393 : selon la Cour d'appel de Versailles, « *la seule diffusion sous forme de notes de services des emplois à pourvoir dans l'entreprise et l'existence d'un Espace Conseil (...) ne suffisent pas à libérer l'employeur de son obligation de reclassement, dès lors que ces mesures ne s'accompagnent pas, de la part de l'employeur, d'une recherche active et individuelle de reclassement en faveur de chaque salarié* ». Dans le même sens, Cass. soc., 12 mars 2003, n°00-46700, *RJS* 5/03, n°585 : une information du personnel par voie d'affichage ne suffit pas.

[1828] Cass. soc., 15 février 2006, n°04-43282, *Dr. soc.*, 2006, p.570, obs. M. Grevy, *JCP*, G, 2006, II, n°17, jur., 10068 : la distinction entre l'emploi disponible, objet d'une compensation, et l'emploi occupé, objet du préjudice, permet d'expliquer pourquoi le droit à réintégration du salarié ne peut se faire que dans l'entreprise et pas dans le groupe. L'obligation de reclassement et le droit à réintégration n'ont pas la même nature juridique : la première est liée au caractère réel et sérieux du motif du licenciement, tandis que la seconde constitue la mesure de la remise en état attachée à la nullité d'un acte. L'obligation de réintégration est directement liée à l'emploi contractuellement défini, occupé par le salarié. Le salarié dont le licenciement est nul, a le droit d'être réintégré dans l'emploi qu'il a occupé en dernier. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité, liée à une suppression d'emploi ou parce que l'emploi n'est pas vacant, que la réintégration doit se faire dans un emploi équivalent.

[1829] A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p.574.

[1830] *ibid*.

[1831] Cass. soc., 1er avril 1992, n°89-43494, *Bull. civ.* V, n°121.

[1832] Cass. soc., 4 avril 1995, n°93-45693, inédit, *Dr. soc.* 1995, p.510.

hiérarchique »[1833] ou encore de sa polyvalence. En élargissant le champ des critères de compétence du salarié, la qualification personnelle constitue un moyen de maximiser les chances de maintien du salarié dans l'emploi[1834]. Selon Pauline Kontogeorpoulou, cette conception de l'emploi est l'expression d'une logique organisationnelle. « *Il s'agit de rechercher de nouveaux appariements entre les aptitudes de la force de travail et les nouveaux besoins que fait naître l'adaptation de l'organisation. (...) L'organisation internalise ainsi le risque social, mais aussi elle s'appuie sur ses propres ressources humaines pour gérer l'incertitude économique* »[1835]. Soulignons encore qu'en plus des qualités personnelles du salarié, les caractéristiques de l'organisation entrent également en ligne de compte dans l'appréciation par les juges du fond des efforts de reclassement de l'employeur. L'effectif de l'entreprise, la nature de l'activité ou encore l'appartenance à un groupe sont autant d'éléments dont les juges du fond tiennent compte[1836].

892. La relation d'emploi n'est pas isolée du contexte organisationnel dans lequel elle évolue et qui la façonne. L'emploi disponible dans l'organisation, objet d'une proposition de reclassement, ne se confond pas avec l'emploi, objet du préjudice, c'est-à-dire l'emploi occupé par le salarié et contractuellement déterminé. L'emploi disponible est une « *mesure compensatoire* »[1837] destinée à réparer le préjudice lié à la perte de l'emploi occupé, tout en maintenant le salarié dans l'emploi. L'objet de la compensation, l'emploi disponible, s'émancipe du carcan contractuel pour intégrer la logique organisationnelle. L'organisation représente alors « *un espace de compensation des contraintes* »[1838] à l'intérieur duquel les possibilités de reclassement sur des postes disponibles doivent être recherchées. L'extension du périmètre de l'obligation de reclassement au groupe s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence qui n'a eu de cesse, en matière de reclassement, de replacer la relation d'emploi dans son contexte organisationnel. Selon une jurisprudence constante, le cadre de l'obligation de reclassement au niveau de l'entreprise ne désigne pas seulement l'établissement ou le lieu

---

[1833] Cass. soc., 19 février 1992, n°90-46107, *Bull. civ.* V, n°100.

[1834] L. Mallet et M.-L. Morin, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. soc.* 1996, p.669 ; P. Adam, *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu, op. cit.*, p.300.

[1835] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique, op. cit.*, p.247.

[1836] F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2000, p.117. L'appartenance à un groupe ne permet toutefois pas de présumer des possibilités de reclassement et un employeur ne saurait arguer de la petite taille de son entreprise pour établir l'absence de reclassement possible.

[1837] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique, op. cit.*, p.249.

[1838] *Ibid.*, p.237.

de travail habituel du salarié, mais l'ensemble des établissements de l'entreprise[1839], quelle que soit leur proximité géographique. La dimension complexe et globale de l'entreprise est déjà prise en compte[1840]. En reconnaissant le groupe comme cadre de reclassement, le droit positif s'est orienté vers une logique organisationnelle plus aboutie encore. La sphère organisationnelle de la relation d'emploi ne coïncide plus nécessairement avec la sphère contractuelle et, plus précisément, avec le périmètre d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Une distorsion s'opère entre le débiteur des obligations patronales, l'employeur, et l'espace d'exécution de ses obligations. Pour la première fois, le pouvoir de direction ne constitue plus, en matière d'emploi, le critère pertinent permettant de délimiter le cadre de l'obligation patronale[1841]. La recherche du groupe sous sa forme organisationnelle implique de tenir compte des relations entre les entités membres, de telle sorte qu'« a*u lien hiérarchique entre le salarié et l'employeur, s'ajoute un lien entre le salarié et les entreprises du groupe, attestant que chaque relation s'insère dans une globalité dont le groupe est porteur »*[1842]. L'obligation de reclassement pèse toujours sur l'employeur mais sur un employeur qui n'est plus le seul maître à bord d'une organisation qui le dépasse et dont il n'est qu'un rouage.

893. L'appréciation du motif économique du licenciement participe d'une approche similaire. Selon une jurisprudence constante[1843], l'élément causal (ou originel) du licenciement s'apprécie au niveau du secteur d'activité du groupe. Des difficultés économiques réelles au niveau de l'entreprise ne suffisent pas à justifier des licenciements pour motif économique si celle-ci appartient à un groupe. Le secteur d'activité devient la référence à partir de laquelle la justification des décisions de gestion de l'employeur est appréciée. C'est souligner que la décision de gestion de l'employeur est un élément d'un ensemble plus vaste. L'interdépendance entre l'entité membre et le groupe implique ici d'apprécier les décisions de l'employeur globalement.

[1839] Cass. soc., 12 mai 1993, Jurisp. soc., n°93-565, p.336.

[1840] I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, Paris, LGDJ, 1996,.

[1841] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.154.

[1842] *Ibid.*

[1843] Sur les difficultés économiques : Cass. soc., 5 avril 1995, n°93-43866, société TWR REPA, *Bull.civ.* V, n°123 p. 89 ; Cass. soc., 28 novembre 2007, n°06-40489, *Bull.civ.* V, n°197 ; Cass. soc, 4 mars 2009, n°07-42381. Sur la sauvegarde de la compétitivité : Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000, n°97-44219, *Bull. A.P.* n°11 p.19 ; Cass. soc., 11 janvier 2006, n°05-40977, (Pages jaunes) *Bull.civ.* V, n°10 p. 7 ; Cass. soc., 31 mai 2006, n°04-47376, *Bull. civ.* V, n°10.

894. Qu'il s'agisse de l'obligation de reclassement ou de l'appréciation du motif économique du licenciement au niveau du secteur d'activité, le groupe est un pôle d'imputation du préjudice lié au risque de l'emploi. La reconnaissance du groupe comme cadre d'application de la règle de droit repose sur une approche organisationnelle de l'emploi, objet de la compensation. Saisi dans sa dimension organisationnelle, le groupe devient un « *espace de compensation des coûts sociaux engendrés par les politiques de gestion déployées au sein de ces formes complexes d'organisation* »[1844]. L'approche organisationnelle du groupe n'a toutefois pas pour effet de faire disparaître le niveau de l'entreprise. Ainsi, et selon une jurisprudence constante[1845], si la réalité et le sérieux de l'élément causal ou originel du licenciement pour motif économique sont appréciés au niveau du secteur d'activité, l'appréciation de la réalité de l'élément matériel (suppression ou transformation d'emploi, modification du contrat refusée par le salarié) relève du niveau de l'entreprise. Ensuite, la recherche des obligations de reclassement dans le groupe n'exclut pas la recherche des possibilités de reclassement au niveau de l'entreprise. L'article L.1233-4 du Code du travail indique seulement que le reclassement du salarié peut s'opérer dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient, sans ordre de préférence. La jurisprudence[1846], en revanche, considère qu'à défaut de possibilité de reclassement dans l'entreprise, le reclassement du salarié doit être recherché dans le groupe de permutation. De même, si à la suite de l'engagement simultané dans plusieurs entreprises du groupe d'une procédure de licenciement pour motif économique, des salariés d'entreprises différentes sont susceptibles d'être reclassés sur un même poste, la priorité est accordée, à qualification comparable, aux salariés de l'entreprise dans laquelle se trouvent les postes disponibles[1847]. Dans ces hypothèses, les niveaux organisationnels du groupe et de l'entreprise coexistent, la primauté étant accordée au reclassement dans l'entreprise, selon un critère de proximité organisationnelle[1848]. Enfin si, en vertu de l'article L.1235-10, alinéa 2 du Code du travail, la

---

[1844] P. Kontogeorpoulou, *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, *op. cit*., p.231.

[1845] Sur la suppression d'emploi : Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-44461, *Bull.civ.* V, n°11, p. 7

[1846] Cass. soc., 7 juillet 2009, n°08-40117, inédit ; Cass. soc., 20 septembre 2006, n°04-45703, publié.

[1847] Cass. soc., 11 décembre 2001, n°99-44921, *Bull. civ.* V, n°379.

[1848] Cette solution ne vaut pas en présence de priorités d'emploi de nature différentes. Ainsi, le salarié qui justifie d'un droit à réintégration doit être privilégié par rapport au salarié bénéficiaire d'un droit au reclassement (Cass. soc., 10 mai 1995, *RJS* 7-8/95, n°682, obs. J-E Ray). La réintégration implique en effet le droit pour le salarié de retrouver l'emploi contractuellement défini (ou un emploi équivalent) et de replacer le salarié dans la situation dans laquelle il se trouvait avant la rupture de son contrat. La logique contractuelle prime ici sur la logique organisationnelle de l'emploi disponible. En revanche, l'employeur doit préférer le salarié, même d'une autre entreprise du groupe, bénéficiaire d'un droit au reclassement au salarié titulaire d'une priorité de réembauchage, dont le contrat est par définition rompu (Cass. soc., 6 juillet 1999, n°97-43038, inédit, *Dr. soc*., p.966, obs. J. Savatier ; CA Lyon, 19 décembre 1997, *RJS* 10/98, n°1258, 1ère espèce). Le lien organisationnel qui relie le

validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose le groupe, le niveau d'appréciation du seuil de déclenchement rendant obligatoire la mise en place d'un tel plan s'apprécie non pas globalement au niveau du groupe mais au niveau de l'entreprise[1849].

895. Ainsi, à partir d'une approche organisationnelle de la relation d'emploi, le groupe sert de cadre d'application à un certain nombre de règles en matière d'emploi. En prenant ses distances avec la définition contractuelle de l'emploi occupé par le salarié, l'approche organisationnelle permet de replacer l'emploi dans son contexte organisationnel par la prise en compte des relations inter-entreprises. Elle rend dès lors possible la mise en valeur du groupe dans sa dimension organisationnelle. Le périmètre des obligations en matière d'emploi ainsi élargi au groupe doit permettre d'accroître les chances de maintien du salarié dans l'emploi. Espace de compensation des contraintes liées aux nécessaires adaptations de l'organisation à son environnement économique et social, le groupe apparaît comme un pôle d'imputation du préjudice lié au risque de l'emploi. La relation contractuelle de travail unissant un employeur et un salarié s'intègre dans un espace organisationnel plus vaste qui dépasse le champ d'application du pouvoir de direction de l'employeur. Des tiers à la relation contractuelle de travail sont inclus dans cet espace organisationnel en leur qualité de membre du groupe. Un lien s'établit de la sorte entre des salariés et des entités membres, indépendamment de la relation contractuelle de travail. Sans se substituer à l'entreprise qui demeure le cadre d'application privilégié de la règle de droit en droit du travail, le cadre du groupe s'articule avec le cadre de l'entreprise dans un rapport de complémentarité, de telle sorte que l'association de l'un et du multiple inhérente à l'organisation complexe du groupe est respectée.

896. Pour autant, toutes les conséquences de la complexité organisationnelle du groupe ne sont pas prises en compte, au risque de conduire à une protection insatisfaisante de l'emploi à ce niveau. L'extension du périmètre d'application des obligations en matière d'emploi au niveau du groupe ne suffit pas à en garantir l'effectivité.

---

salarié à des entreprises d'un même groupe, y compris celles qui n'ont pas la qualité d'employeur à son égard, associé à l'objectif de maintien de la relation d'emploi est ici premier.

[1849] Cass. soc., 23 septembre 2008, n°07-42862, *RDT* 2008, p.737, obs. E. Lafuma.

B. Les limites : l'imparfaite prise en compte de la complexité organisationnelle du groupe

897. Le groupe agit par l'intermédiaire de l'ensemble de ses entités membres. Cette action collective est susceptible d'avoir un impact considérable sur la relation d'emploi du salarié. Dans ces conditions, la responsabilisation du groupe en matière d'emploi suppose une action de l'ordre juridique sur les entités-membres, y compris celles qui ne sont pas contractuellement liées au salarié. Comme le souligne Marie-Laure Morin, il convient « *de prendre en compte les personnes juridiques et leurs relations pour ce qu'elles sont, et de remonter la chaîne des responsabilités, en tenant compte du rôle de chacun dans la réalisation de la situation qui met en cause l'emploi ou l'application du statut collectif. Là où le contrat de travail ne lie que l'employeur juridique et le salarié, la prise en compte des relations inter-sociétés peut permettre de rechercher à qui est imputable tel ou tel fait pour dégager une responsabilité éventuelle à la charge d'une personne qui n'est pas l'employeur* »[1850].

898. Or, en l'état actuel du droit positif, l'employeur demeure l'unique pôle d'imputation de responsabilité, y compris lorsque le champ d'application des obligations en matière d'emploi s'étend à tout ou partie du groupe[1851]. L'extension du champ d'application des obligations patronales de l'entreprise au groupe associée à la responsabilité du seul employeur pose avec acuité la question du décalage entre le pouvoir et la responsabilité de l'employeur dans le groupe en matière d'emploi (1), décalage que les mécanismes juridiques existant ne parviennent qu'imparfaitement à enrayer (2).

[1850] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », article précité, p.479.

[1851] M.-L. Morin, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue Internationale du Travail* 2005, n°1, p.5.

1. Le décalage persistant entre le pouvoir et la responsabilité : un obstacle à l'effectivité de la règle de droit en matière d'emploi dans le groupe

899. L'approche systémique précédemment développée a permis de mettre en évidence comment, à partir de la relation d'interdépendance existant entre le groupe et chacune de ses entités membres, le groupe s'affirme comme un acteur des relations économiques et sociales. Dépourvu de personnalité juridique, le groupe n'en constitue pas moins un acteur collectif doté d'une capacité collective d'action qui repose sur la coordination finalisée de l'action de chacun de ses membres. Chacune des entités membres contribue à la réalisation de l'ensemble. Or, l'action collective du groupe ne produit pas seulement ses effets sur les entités membres mais également sur la relation d'emploi des salariés. La mise en œuvre de décisions prises pour l'ensemble du groupe peut en effet contribuer à la réalisation d'un dommage en termes d'emploi pour les salariés. Et, comme cette action collective est le résultat de l'action combinée et multiple de chacune des entités membres du groupe, celles-ci ont bien contribué, au moins en partie, à la réalisation du dommage causé au salarié.

900. Dans cette perspective, l'employeur est responsable à un double titre. Partie à la relation contractuelle de travail, il demeure le débiteur des obligations mises à sa charge en sa qualité d'employeur. Lui seul a le pouvoir de mettre fin à la relation contractuelle du travail ; il est de ce fait l'auteur direct du dommage résultant pour le salarié de la perte de son emploi. En même temps, en sa qualité de membre du groupe, ses décisions s'intègrent dans un dessein stratégique global, cause originelle du dommage, et qui ne peut se réaliser sans la participation active de l'employeur. L'approche du groupe en termes d'organisation complexe invite alors à un double niveau d'analyse des décisions de l'employeur et de leurs effets. En raison de cette double implication de l'employeur dans la réalisation du préjudice causé au salarié, l'employeur ne peut se prévaloir de l'existence d'un groupe pour échapper à ses obligations patronales. Bien plus, la consécration du groupe comme cadre d'application des règles de droit en matière d'emploi conduit à renforcer le contenu des obligations supportées par l'employeur.

901. Déjà, les directives communautaires relatives au licenciement collectif[1852] et au transfert d'entreprise[1853] disposent que les obligations de consultation, d'information et de notification s'imposent à l'employeur « *indépendamment du fait que la décision* (concernant les licenciements collectifs ou le transfert) *émane de l'employeur ou d'une entreprise qui le contrôle* ». Elles prévoient encore qu'en cas d'infraction de l'employeur à ses obligations, toute justification de ce dernier fondée sur l'absence de communication par l'entreprise à l'origine de la décision des informations nécessaires est irrecevable[1854]. Plus récemment, la CJUE a eu l'occasion de préciser, par un arrêt du 10 septembre 2009[1855], la portée de la directive 98/59 en matière d'information-consultation. L'existence d'un groupe ou l'exercice d'un contrôle d'une entreprise sur une autre sont sans incidence sur le débiteur de l'obligation d'information, de consultation et de notification : il s'agit de l'employeur « *quand bien même il n'aurait pas été immédiatement et correctement informé de cette décision* », étant entendu qu'« *une 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* ». L'employeur supporte donc les conséquences du non respect de la procédure. Apparaît implicitement l'idée qu'il n'appartient pas à la CJUE de s'immiscer dans le processus interne de prise de décision du groupe et qu'en sanctionnant la filiale-employeur, c'est indirectement l'ensemble du groupe qui est visé[1856].

902. La jurisprudence se livre à un raisonnement similaire en matière d'obligations d'emploi. L'employeur demeure responsable, malgré l'existence d'une politique de groupe contraignante ou l'extension du périmètre de l'obligation au niveau du groupe. Ainsi, l'employeur ne peut se prévaloir de la modification de la politique commerciale de la société mère qui s'imposait à lui pour justifier de la modification unilatérale du contrat et échapper aux conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[1857]. L'existence d'une politique de groupe n'est donc pas une cause d'irresponsabilité pour l'employeur. De même,

[1852] Dir. 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *JO* n°L225 du 12 août 1998, p.0016-0021.

[1853] Dir. 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

[1854] Article 2§4 de la directive 98/59/CE et article 7§4 de la directive 2001/23/CE.

[1855] CJCE, 10 septembre 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK, aff. C-44/08.

[1856] H. Tissandier, « Un arrêt clé sur la procédure d'information-consultation en cas de licenciements collectifs », *Liaisons Sociales Europe* 17 au 30 septembre 2009, n°233, p.3.

[1857] Cass. soc., 28 octobre 1996, n°43-42842, inédit.

l'employeur est tenu de s'acquitter de l'intégralité de la rémunération due au salarié et à défaut, il engage sa responsabilité contractuelle, peu important que le manquement soit imputable à la société mère du groupe auquel il appartient[1858].

903. Non seulement l'employeur demeure responsable malgré l'existence d'un groupe, mais encore, l'élargissement du périmètre d'application des obligations patronales nécessite pour l'employeur de satisfaire à un niveau d'exigence accru dans l'accomplissement de ses obligations. Le droit positif tire les conséquences des relations qui unissent l'employeur aux entités membres du groupe en renforçant le contenu des obligations patronales. L'employeur ne peut plus agir comme si aucun lien organisationnel n'existait avec les autres entités membres du groupe. Ainsi, le reclassement des salariés dans le groupe parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permet la permutation de tout ou partie du personnel implique nécessairement de la part de l'employeur d'entrer en contact avec les autres entités membres du groupe. Selon la jurisprudence, l'employeur doit adresser, préalablement au prononcé des licenciements[1859] et en temps utile[1860], un courrier à toutes les entités membres du groupe leur demandant de lui indiquer l'existence de postes disponibles[1861]. La jurisprudence est attentive à la rédaction du courrier, l'envoi d'une lettre circulaire impersonnelle et générale envoyée aux dirigeants des sociétés du groupe étant insuffisant[1862], de même que l'envoi d'une lettre simplement accompagnée d'une liste des postes et catégories professionnelles concernées[1863] ou encore d'une note demandant le reclassement du salarié aux autres entreprises du groupe[1864]. L'extension des recherches de reclassement au niveau du groupe entraîne bien un accroissement des obligations patronales lié à son appartenance à un groupe. De même, la validité du plan de sauvegarde de l'emploi étant appréciée en fonction des moyens dont dispose le groupe, la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi valable suppose là encore pour l'employeur d'effectuer des démarches supplémentaires en direction des entités membres du groupe, la seule mobilisation des moyens de son entreprise étant insuffisante.

[1858] Cass. soc., 14 octobre 2009, n°08-40531, inédit.
[1859] Cass. soc., 21 mars 2001, n°99-43108, inédit.
[1860] Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-41401, inédit.
[1861] Cass. soc., 14 janvier 2009, n°07-42056 à 07-42062, *Bull.civ.*V, n°64.
[1862] Cass. soc., 24 septembre 2008, n°07-40264, inédit.
[1863] Cass. soc., 13 février 2008, n°06-44984, inédit.
[1864] Cass. soc., 12 octobre 2000, n°98-42023, inédit.

904. S'il convient d'approuver le maintien de la responsabilité de l'employeur à l'égard des salariés malgré son appartenance à un groupe, et le renforcement de ses obligations patronales, il y a une différence de taille entre reconnaître la part de responsabilité de l'employeur dans la réalisation du dommage et retenir l'employeur comme unique pôle d'imputation de responsabilité. En l'état actuel du droit positif, et sauf remontée exceptionnelle de responsabilité, la responsabilité de l'emploi se concentre totalement et exclusivement sur la personne de l'employeur non seulement en sa qualité d'employeur mais aussi du fait de l'action collective du groupe. Ainsi, par un arrêt du 13 janvier 2010[1865], la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler avec force que « *l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur* ». En l'espèce, les salariés licenciés avaient formé une action en saisie conservatoire de marques françaises et communautaires à l'encontre de la société mère fondée sur l'obligation de reclassement dans le groupe. Par un arrêt du 10 avril 2008, la Cour d'appel de Paris a décidé de faire droit à la demande en considérant la créance apparemment fondée en son principe. Sa motivation reposait sur l'absence de possibilité pour le liquidateur de mobiliser les moyens du groupe en l'absence de pouvoir sur les entités membres et sur le fait qu'il appartenait aux sociétés du groupe de mobiliser leurs moyens et propres possibilités de reclassement du fait de leur appartenance au même groupe. La Cour de cassation ne suit pas la Cour d'appel dans son raisonnement. A partir d'une interprétation littérale de l'article L.1233-61 du Code du travail qui impose au seul employeur d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi et d'une approche strictement contractuelle des obligations de l'employeur, la Cour de cassation en déduit qu'« *une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi* ». Précédemment, elle avait déjà décidé qu'une autre entité du même groupe ne pouvait se substituer à l'employeur pour proposer à sa place des postes de reclassement[1866].

[1865] Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-15776, *Bull.civ.* V, n°5 ; *Dr. soc.* 2010, p.474, note G. Couturier ; *JCP E* 2010, n°13-14, p.46, note P. et F. Mélin ; *RTD* 2010, p.230, note F. Géa et A. Fabre ; *Dr. Ouvr.* avril 2010, note G. Loiseau. J.-M. OLIVIER, « L'affaire Flodor : suite et presque fin », *JCP S* 2010, n°23, 1225.; dans le même sens : Cass. soc., 15 février 2006, n°04-43.282, *Bull.civ.* V, n° 69.

[1866] Cass. soc., 27 mai 2009, n°07-44022, inédit, *RJS* 8-9/09, n°700.

905. En maintenant le principe de l'employeur seul responsable tout en étendant le périmètre des obligations patronales au niveau du groupe, le décalage entre le pouvoir et la responsabilité[1867] se creuse et conduit à déresponsabiliser le groupe, alors même que les entités membres ont pu, par leur action ou leur inaction, jouer un rôle dans la réalisation du préjudice subi par le salarié. C'est encourager « *une totale indifférence* » des sociétés du groupe « *à l'égard de la société et des travailleurs qui subissent une réorganisation* »[1868]. Le groupe est davantage considéré comme un cadre d'application de la règle de droit qu'une véritable organisation dotée d'une capacité collective d'action, source de responsabilité. Cette situation conduit à affaiblir la portée de la règle de droit applicable dans le groupe.

906. Ainsi, le licenciement pour motif économique des salariés peut être la conséquence d'une décision de gestion imposée à l'employeur dans l'intérêt du groupe mais être dépourvu de cause réelle et sérieuse au niveau du secteur d'activité. L'employeur est donc amené à assumer l'entière responsabilité d'actes qui ne lui sont pas ou du moins pas exclusivement imputables et le groupe n'est pas incité à intégrer dans le processus de décision interne les conséquences sociales de ses actes. De même, en matière de reclassement, l'employeur est « *débiteur d'une obligation de moyens, parfois sans grand moyen* »[1869]. Il ne dispose pas toujours du pouvoir de contrainte suffisant sur les autres entités membres du groupe pour accéder à l'information économique et sociale nécessaire à l'accomplissement de ses obligations ou pour mobiliser leurs moyens pour mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi pertinent. Les entités membres du groupe *« ne sont tenues ni envers le salarié, ni envers l'employeur de celui-ci d'aucune obligation de faire, en l'occurrence de l'obligation de reclassement. La solidarité existant entre les sociétés du même groupe ne peut non plus suffire à imposer le reclassement à un tiers à la relation de travail* »[1870]. « *En clair, la recherche de reclassement au niveau du groupe risque d'être purement formelle* »[1871]. Rien n'oblige les entités membres à indiquer à l'employeur les postes disponibles au sein de leur structure alors que la Cour de cassation semble subordonner la preuve de l'impossibilité de

[1867] Ce décalage illustre parfaitement les tensions existantes entre les approches contractuelle et organisationnelle de la relation de travail. Tandis que l'approche contractuelle désigne l'employeur comme l'unique débiteur de la réparation du préjudice né de la perte de l'emploi, l'approche organisationnelle autorise la prise en compte des relations inter-entreprises et tend à replacer la relation de travail dans son contexte organisationnel.

[1868] Lyon-Caen (A.), « Groupe et responsabilité », *RDT* 2010, p.69.

[1869] . Mazeaud, « Le groupe », *Sem soc. Lamy* 20 octobre 2003, n°1140, p.61.

[1870] K. Adom, « Problématique des nouvelles orientations sur le licenciement économique dans les groupes de sociétés », *LPA* 1er sept. 1995, n°105, p.11.

[1871] A. Mazeaud, « Le groupe », *Sem soc. Lamy* 20 octobre 2003, n°1140, p.60.

reclasser dans le groupe et la recherche loyale de possibilités de reclassement à la production de réponses négatives des entreprises du groupe[1872]. Est-ce à dire que, malgré ses efforts, l'employeur qui se heurte au silence ou au manque de loyauté des entités membres du groupe, doit assumer les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ? Et, dans ce cas, est-il acceptable que l'absence de responsabilisation du groupe conduise à limiter la portée effective de l'obligation de reclassement en privilégiant une indemnisation financière, voire même à reporter sur la collectivité, *via* les AGS, le poids de l'indemnisation[1873] en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de l'employeur pourtant membre d'un groupe florissant ?

907. Selon la Cour de cassation, l'impossibilité pratique pour les liquidateurs judiciaires d'intervenir utilement auprès de chaque société du groupe n'affecte pas la responsabilité des liquidateurs judiciaires. Par un arrêt du 7 juillet 2009[1874], la Cour de cassation indique qu'il n'avait pas à être tenu compte du conflit existant avec la société mère ni de la volonté présumée de celle-ci de refuser de concourir à tout reclassement et qu'en conséquence, la cour d'appel avait pu décider que les liquidateurs n'avaient pas satisfait à leur obligation de reclassement, rendant les licenciements sans cause réelle et sérieuse. Un arrêt du 25 septembre 2008 de la Cour d'appel d'Orléans[1875] mérite toutefois l'attention. Après avoir constaté qu'avant même le prononcé de la liquidation judiciaire, les entreprises du groupe avaient été invitées à indiquer leurs postes disponibles, que la demande a été renouvelée à deux reprises par le mandataire-liquidateur avec l'indication de l'urgence de la réponse exigée par retour de courrier, la Cour d'appel a retenu que, compte tenu des moyens limités dont le mandataire-liquidateur disposait, celui-ci « *a effectué une recherche adaptée à la situation et l'on ne saurait à bon droit lui reprocher l'absence de recherche sérieuse de reclassement (...)* » et que « *dès lors, il n'a pas manqué à son obligation de reclassement en procédant au licenciement (...) très peu de temps avant l'expiration dudit délai, en l'absence de réponse de la part des autres sociétés du groupe sur lesquelles il n'avait pas autorité pour les contraindre à plus de diligence* ». Si le raisonnement de la Cour d'appel d'Orléans emporte l'adhésion, la question de l'effectivité de la recherche des possibilités de reclassement demeure. L'employeur n'engage pas sa responsabilité car il a fait tout ce qui était en son

[1872] Cass. soc., 14 janvier 2009, n°07-42056 à 07-42062, inédit ; Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-41401, inédit.
[1873] Au risque d'une indemnisation partielle pour le salarié, la garantie des AGS étant plafonnée.
[1874] Cass. soc., 7 juillet 2009, n°07-45584, 07-45585, 07-45586, non publié.
[1875] CA Orléans, 25 septembre 2008, n°07/03297, légifrance.

pouvoir pour tenter de reclasser les salariés, mais les entreprises du groupe n'ont pas joué le jeu en s'abstenant de transmettre l'information demandée. Les salariés ont été licenciés alors que des possibilités de reclassement pouvaient exister. Dans cette situation, les entités membres du groupe ont pu contribuer à la réalisation du préjudice du salarié mais n'en assument pas la responsabilité : elles ne sont tenues à aucune obligation ni à l'égard de l'employeur ni à l'égard de ses salariés. L'effectivité du reclassement des salariés apparaît tributaire de la position plus ou moins stratégique de l'employeur dans le groupe, créant ainsi une inégalité de fait entre les salariés du groupe. La problématique n'est pas sans rappeler celle des arrêts Bofrost et Kuhne et Nagel relative à l'accès de la direction centrale présumée à l'information économique nécessaire à la mise en place d'un comité d'entreprise européen, à la différence près que, dans cette hypothèse, la CJUE s'est fondée sur l'exigence d'effectivité de la directive communautaire pour imposer aux entreprises sœurs l'obligation de communiquer l'information économique et sociale demandée.

908. L'hypothèse d'une responsabilisation du groupe permettrait d'améliorer la portée effective des obligations en matière d'emploi en rétablissant une correspondance entre la responsabilité et le pouvoir. A l'heure actuelle, il existe des mécanismes juridiques correcteurs mais insatisfaisants.

2. Des mécanismes correcteurs insatisfaisants

909. Des mécanismes juridiques correcteurs existent qui, s'ils sont insuffisants (a), auraient pu être complétés, conformément aux vœux d'une partie de la doctrine, par la consécration d'un nouveau cas de responsabilité du fait de la dépendance économique, proposition qui, il faut bien le reconnaître, n'a pas pour l'instant reçu un écho favorable (b).

a) Des mécanismes juridiques insuffisants

910. Parmi les principaux mécanismes juridiques[1876], nous nous intéresserons plus particulièrement au co-emploi (1°) et à la responsabilité délictuelle de la société mère pour faute de gestion (2°).

[1876] D'autres mécanismes juridiques correcteurs existent comme l'apparence, la confusion des patrimoines, la fictivité ou la fraude. Ces mécanismes répondent à des conditions d'application très strictes qui ne permettent pas

1°Le co-emploi

911. La jurisprudence reconnaît la possibilité pour un salarié d'être juridiquement et simultanément lié à plusieurs employeurs solidairement responsables des obligations patronales à l'égard du salarié. Qualifiés d'employeurs conjoints ou de co-employeurs, ces derniers exercent en commun le pouvoir de direction ou présentent les caractéristiques d'une « confusion d'intérêt, d'activité et de direction ». Le co-emploi est une technique juridique commode destinée à reconstituer un pouvoir de direction que l'étroitesse des relations inter-entreprises tend à fragmenter entre plusieurs entités juridiquement autonomes. Compte tenu de l'intensité des échanges entre les entreprises d'un même groupe, le co-emploi est fréquemment reconnu dans les groupes et présente l'intérêt pour le salarié d'engager la responsabilité d'une pluralité de personnes juridiquement distinctes en cas d'inobservation des obligations patronales et notamment des obligations d'emploi. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique, il appartient à l'ensemble des co-employeurs de participer, s'il y a lieu, à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi et en toutes hypothèses, de rechercher les possibilités de reclassement du salarié dans le groupe. La tentation est grande de considérer le co-emploi comme la solution juridique au problème de la responsabilisation du groupe en matière d'emploi. Pourquoi en effet ne pas étendre la qualification de co-employeur au tiers à la relation contractuelle de travail dont les décisions stratégiques ont un effet préjudiciable sur l'emploi des salariés ? Et pourquoi ne pas reconnaître à l'ensemble des entités membres du groupe la qualité de co-employeur ?

912. Comme cela a déjà été souligné[1877], le co-emploi est une technique de recomposition du pouvoir de direction qui suppose l'existence d'un lien de subordination ou d'une confusion d'intérêt, d'activité et de direction. Or, la jurisprudence est très claire sur ce point : « *la preuve d'une communauté d'intérêts économiques et financiers, d'une interdépendance des organes de direction voire d'une culture partagée reste (...) insuffisante à établir la qualité de co-employeur des membres du groupe* »[1878], qualité qui suppose nécessairement de

---

de les généraliser aux problèmes de la responsabilisation des groupes en matière d'emploi. Sur ces différents mécanismes et leurs limites : Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité, op. cit*.

[1877] Première Partie, Titre 1, chapitre 2 relatif à l'aménagement de la notion d'employeur.

[1878] P. Lagesse et N. Laurent, « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? », *JCP* G 2009, I, 101, p.23 ; Cass. soc., 22 octobre 2008, n°07-42230, Accor, inédit ; Cass. soc., 26 juin 2008, Aerolyon, n°07-41294.

caractériser l'exercice d'un pouvoir de direction et de contrôle sur le salarié[1879]. La seule appartenance de sociétés à un même groupe ou l'exercice d'un pouvoir économique ne suffisent pas à présumer une situation de co-emploi[1880]. En condamnant la société mère de droit étranger, Aspocomp Groupe Oyj, à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en faveur des salariés de sa filiale, Aspocomp SAS, faute de recherches sérieuses de reclassement et de respect du plan de sauvegarde de l'emploi, l'arrêt rendu par la Cour de cassation[1881] ne s'écarte pas de cette ligne jurisprudentielle. Un nouveau cas de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale n'est pas consacré, la solution se fondant sur la constatation d'une situation de co-emploi. La Cour de cassation relève en effet que les juges du fond ont constaté que les salariés accomplissaient leur travail « *sous la direction et au profit des sociétés Aspocomp et Aspocomp Group OYJ dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondues* ». L'unique débiteur de l'obligation de reclassement, de l'élaboration et de la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi demeure l'employeur : la responsabilité de la société mère est retenue en sa qualité de co-employeur et non en sa qualité de société-mère[1882].

913. Une extension de la notion de co-emploi est-elle souhaitable ? Une partie de la doctrine semble favorable à une telle évolution qui permettrait d'engager la responsabilité de la société mère à l'origine de la décision ayant conduit à des licenciements pour motif économique et d'impliquer l'ensemble des sociétés du groupe dans la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi et dans le reclassement des salariés dont le licenciement est envisagé. Les faveurs que rencontrent une telle proposition sont à la mesure des attentes qui entourent la question de la responsabilisation du groupe en matière d'emploi. Il peut en effet paraître incompréhensible de laisser à la charge d'une société en mauvaise santé économique, voire en liquidation judiciaire, l'ensemble des obligations patronales attachées à une procédure de licenciement économique, alors que ni le véritable décideur économique ni les entreprises du groupe *in bonis* ne sont sollicitées. Mais, il faut bien reconnaître que la jurisprudence se montre réticente à une extension de la notion de co-emploi. Suivie à la lettre par les juges du fond en

[1879] Cass. soc., 4 octobre 2007, n°06-44486, inédit ; Cass. soc., 26 juin 2008, n°07-41294, *RJS* 10/08, n°955 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-54518.

[1880] Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-40331.

[1881] Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551, publié, *JCP S* 2007, 1618, note P. Coursier.

[1882] P. Lagesse et N. Laurent, « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? », article précité, p.22 ; H. Tissandier, « Sociétés à structure complexe et droit du travail. Du LBO au groupe, retour sur quelques audaces judiciaires », *RJS* 4/10, p. 252 ; F. Jault-Seseke, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », note sous Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551 et n°05-42570, *RDT* 2007, p.545.

la matière[1883], la Cour de cassation maintient sa ligne jurisprudentielle. La qualification de co-emploi reste réservée à l'exercice du pouvoir de direction. Une extension de la qualification de co-emploi à des relations de pouvoir d'une autre nature entraînerait une dilution de la notion d'employeur qui lui ferait perdre sa cohérence. Concrètement, cela conduirait à étendre considérablement le pouvoir de direction de l'employeur hors des limites de l'entreprise, avec toutes les conséquences qui s'ensuivraient en matière de mobilité notamment. A titre d'exemple, la jurisprudence relative aux clauses de mobilité intra-groupe, selon laquelle « un *salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur* » [1884] serait du même coup privée d'effet.

914. Si la technique du co-emploi ne parvient pas à donner entière satisfaction, la responsabilité délictuelle de la société mère pour faute de gestion a également pu être envisagée pour répondre à la question de la responsabilité de l'emploi dans le groupe.

2°La responsabilité délictuelle de la société mère pour faute de gestion

915. En associant l'unité organisationnelle à l'autonomie juridique de ses entités membres, le groupe a pu être qualifié de technique de limitation de responsabilité. En vertu des principes de la personnalité de la responsabilité civile et de l'effet relatif des contrats, l'entité membre du groupe engage seule sa responsabilité contractuelle et ce, quelle que soit la réalité de sa dépendance économique. Les recours fondés sur la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil permettent néanmoins une remontée exceptionnelle de la responsabilité d'une entité membre du groupe vers une autre, et notamment l'entité dominante. « *Il est évidemment toujours envisageable, en recourant aux articles 1382 et 1383 du Code civil, de rechercher dans la faute, l'imprudence ou la négligence du partenaire dominant le fondement de l'obligation mise à sa charge d'indemniser les tiers, qui auraient subi un dommage* »[1885] du fait de cette faute.

[1883] H. Tissandier, « L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *Jur. Soc. Lamy* 2009, n°262, chron., p.4s ; « Sociétés à structure complexe et droit du travail. Du LBO au groupe, retour sur quelques audaces judiciaires », *RJS* 4/10, p.251s.

[1884] Cass. soc., 23 septembre 2009, n°07-44200, *RJS* 12/09, n°898, *Sem. soc. Lamy* 2009, n°1416. F. Aubonnet et L. Gamet, « Haro sur les clauses de mobilité intra-groupe », *RDT* 2009, p.647, note G. Auzero ; *JCP S* 2009, 1535, note S. Béal et P. Klein. A. Mazeaud, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.* 2010, p.742.

[1885] F. de Bouärd, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, p.184.

916. En droit positif, seule la faute du partenaire dominant à la relation de dépendance économique est susceptible d'opérer un transfert de responsabilité. Si la responsabilité contractuelle du partenaire dominant est exclue en sa qualité de tiers au contrat de travail, sa responsabilité délictuelle peut être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Concernant le principe de l'autonomie juridique des personnes morales et le principe de l'effet relatif des conventions, la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de sociétés tiers à la relation contractuelle, ne contrarie pas ces principes. En effet, « *la responsabilité des titulaires de la maîtrise ne résulte pas de l'éviction des principes fondamentaux du droit positif ; il ne s'agit pas de prendre en compte la distorsion réelle entre la propriété économique et la propriété formelle, mais de faire application des règles du droit commun de la responsabilité civile sanctionnant un fait fautif – l'immixtion apparente de la société dominante – générateur des dommages subis par les créanciers de la société dominée. Le raisonnement employé écarte donc tout risque de « subversion » de l'ordre juridique consistant à faire de la situation de domination une cause implicite de transfert de responsabilité* »[1886]. Selon Pascal Lokiec, le régime de responsabilité délictuelle, sans se confondre avec celui du pouvoir, constitue un moyen de sanction du pouvoir[1887]. Dans un arrêt du 3 avril 1990[1888], la Chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de reconnaître sur ce fondement que l'« abus de position » d'une société mère est de nature à engager sa responsabilité à l'égard des salariés licenciés de la filiale lorsque ses difficultés économiques sont la conséquence d'une faute de gestion de la société mère, consistant « *dans la volonté de tirer un bénéfice pouvant compromettre gravement l'existence de la filiale et par conséquent les intérêts qui s'attachent au maintien de son activité* »[1889]. La responsabilité de la société mère s'analyse alors comme la faute d'un tiers à l'origine de l'inexécution du contrat.

917. Cette hypothèse de remontée de responsabilité est toutefois d'application limitée. Le fait de subordonner la responsabilité de la société mère à l'existence d'une faute de gestion commise à l'encontre de sa filiale présente l'inconvénient de restreindre les cas dans lesquels les salariés peuvent agir contre la société mère. Catherine Del Cont observe à ce sujet que

[1886] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, *op. cit*., p.134.
[1887] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit*.
[1888] Cass. soc., 3 avril 1990, *RJS* 5/90, n°354.
[1889] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit*., p.128.

« *les dommages imputables à faute ne représentent qu'une très faible part des dommages qui surviennent dans le cadre des rapports économiques de dépendance. Pour l'essentiel, ces dommages sont produits par le fonctionnement normal des rapports de dépendance* »[1890]. Ensuite, l'engagement de la responsabilité délictuelle ne découle pas de la notion de groupe. Celle-ci « *n'est pas un élément nécessaire à l'application de la règle ; elle se trouve induite ou produite par la qualification de la relation unissant les deux sociétés. Mais cette définition n'intervient pas comme une condition d'application d'une règle spéciale ; la situation de groupe n'est qu'un contexte particulier d'application du droit commun* »[1891]. En revanche, et comme le souligne Charley Hannoun, le groupe comme contexte d'application du droit commun de la responsabilité peut constituer « *un prélude à l'instauration d'une règle spéciale* »[1892] dont le groupe serait une condition d'application rendant nécessaire sa définition.

918. C'est dans cette optique qu'une partie de la doctrine a proposé de reconnaître un nouveau cas de responsabilité délictuelle du fait de la dépendance économique, proposition rejetée par la Cour de cassation.

b) Le rejet de la responsabilité délictuelle du fait de la dépendance économique

919. En l'état actuel du droit positif, seule la faute du partenaire dominant à la relation de dépendance économique, est susceptible d'opérer un transfert de responsabilité. Si la responsabilité contractuelle du partenaire dominant est exclue en sa qualité de tiers au contrat de travail, sa responsabilité délictuelle pour faute peut être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Cette solution ne tient pas compte de la relation de pouvoir caractéristique du groupe. Comme le souligne Catherine Del Cont, « *la dépendance est une réalité sans influence sur le droit commun de la responsabilité* »[1893]. Or, le défi que la forme organisationnelle du groupe pose au droit du travail est bien celui de la répartition du risque de l'emploi entre les différentes entités membres du groupe dont les actions ont pu contribuer

[1890] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité, op. cit*., p.256.
[1891] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p.128.
[1892] *Ibid*. p.116, note 92.
[1893] C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité, op. cit*., p.51.

à la réalisation du dommage subi par le salarié. « *Déterminer la responsabilité de chacun sur les relations d'emploi et l'exécution du travail* »[1894] constitue un véritable tour de force.

920. Malgré certaines réticences, une partie de la doctrine, soucieuse de rétablir une corrélation entre le pouvoir et la responsabilité dans les relations de dépendance économique, propose la construction d'un régime de responsabilité du fait de la dépendance économique. Fondé sur la théorie du risque, un tel régime permettrait d'imputer la responsabilité du risque de l'emploi à un sujet de droit, tiers à la relation contractuelle de travail, mais qui, du fait de la situation de dépendance économique dans laquelle il place l'employeur, a contribué à la réalisation du risque de l'emploi. Dans le groupe, ce régime de responsabilité vise directement l'agent juridique titulaire du pouvoir.

921. L'article 1384 du Code civil constitue le fondement textuel légal de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui. « *Le texte ne fait aucunement référence à la faute, il vise expressément le fait matériel dommageable causé par l'activité de l'homme et/ou par les personnes et les choses sur lesquelles il exerce un pouvoir de contrôle et de direction* »[1895]. Il existe en droit positif quatre régimes de responsabilité du fait d'autrui fondés sur la théorie du risque, à savoir : la responsabilité de la personne morale du fait de ses représentants statutaires, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, la responsabilité du commettant du fait de son préposé (article 1384, alinéa 5, du Code civil) et le régime général du fait d'autrui consacré par l'arrêt Blieck[1896]. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît que la responsabilité du fait d'autrui peut être engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil, en dehors des cas particuliers prévus par la loi[1897].

922. Sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil, Catherine Del Cont propose d'articuler la responsabilité du fait de la dépendance économique sur un mécanisme fondé sur le risque. En d'autres termes, pour ce qui est du risque de l'emploi, l'employeur demeure responsable mais n'est plus le seul point d'imputation de responsabilité : la responsabilité de l'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe peut également être recherchée sur le fondement de la responsabilité du fait de la dépendance économique. Catherine Del Cont pose

---

[1894] *Ibid.*

[1895] C. Del Cont, *op. cit.*, p.266.

[1896] Ass. plén., 29 mars 1991, n°89-15231, *Ass. plén.* n°1; *D.* 1991, jur., p.324, note L. Larroumet ; *JCP* 1991, II, 21673, concl. M. Dontenwille et note J. Ghestin.

[1897] Cass. civ. 2e, 22 mai 1995 (2 arrêts), 3 février 2000, 20 novembre 2003, 21 octobre 2004.

plusieurs conditions à l'engagement de la responsabilité de l'agent économique dominant : l'identification d'une situation de dépendance économique, d'un risque générateur de responsabilité et d'un lien de causalité entre le dommage subi et la dépendance économique. La responsabilité découlant de la dépendance économique n'a donc pas un caractère automatique. Tous les dommages ne sont pas nécessairement imputables à l'agent économique dominant, ce qui permet d'adapter le régime de responsabilité aux situations d'autonomie contrôlée dans lesquelles l'employeur dispose d'une autonomie de décision relative. L'identification d'un risque, fait générateur de responsabilité peut s'entendre d'une diminution des actifs sociaux, de la baisse de valeur de titres consécutives à l'application de la politique sociale ou à des actes de gestion décidés par les actionnaires contrôlaires. S'il existe une pluralité de causes juridiques dans la réalisation du dommage, seule « *l'absence de lien de causalité entre le dommage et l'activité organisée et contrôlée par le titulaire de la maîtrise (...) justifie l'exonération totale de responsabilité* »[1898].

923. La mise en œuvre pratique de ce régime de responsabilité pose le problème de la preuve du lien de causalité entre le dommage et la situation de dépendance. Ce problème peut être lié d'une part à une difficulté d'accès à l'information et d'autre part au fait que le dommage résulte souvent de la combinaison d'une pluralité d'événements et n'a pas de cause unique identifiable. C'est la raison pour laquelle l'auteur propose d'aménager le régime probatoire du lien de causalité par l'instauration de présomptions de causalité conduisant à un allégement de la charge de la preuve en faveur de la victime et, corrélativement, par un renforcement des pouvoirs inquisitoires du juge (ex. demande sous astreinte de tout document nécessaire à la détermination du lien causal). La victime, tiers à la relation de dépendance, dispose d'un droit d'action direct contre le titulaire de la maîtrise et peut également exercer une action conjointe contre l'agent économique dépendant ou encore uniquement une action contre le dominé à qui il appartient d'appeler par la suite en garantie le titulaire du pouvoir. En application de la théorie de la réparation intégrale, l'agent juridique titulaire du pouvoir ne peut s'exonérer, à l'égard de la victime du dommage, de la part du dommage causé par le fait d'un tiers[1899]. « *La charge de la réparation est finalement répartie par le juge entre les entreprises. Mais du point de vue des salariés, la responsabilité de l'ensemble des participants peut être engagée* »[1900]. En dehors de la faute grave de l'employeur placé en situation de dépendance

[1898] C. Del Cont, *op. cit.*, p.310.
[1899] C. Del Cont, *op. cit.*, p.311.
[1900] E. Peskine, *op. cit.*, p.362.

économique, qui permet une exonération partielle de la responsabilité de l'agent juridique du pouvoir, « *le fait de l'agent économique dépendant (...) n'est pas opposable à la victime. Le défendeur doit réparer intégralement les conséquences dommageables de l'activité économique qu'il dirige et exerce par l'« intermédiaire » d'agents économiques qu'il contrôle* »[1901].

924. Même si la proposition de Catherine Del Cont n'a pas été suivie d'effet en droit positif, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription présenté au Garde des Sceaux le 25 septembre 2005 par une commission animée par Pierre Catala a remis au goût du jour l'idée d'une responsabilité du fait d'autrui applicable aux activités économiques conduites dans le cadre de relations de dépendance économique. Cette commission propose « *d'ajuster le droit de la responsabilité aux transformations qui ont affecté les structures économiques, aussi bien dans le secteur de la production que dans celui de la distribution* »[1902] et souligne, s'il était besoin, l'actualité de la question de la responsabilité dans les groupes. En effet, parmi les fondements de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui, l'avant-projet de réforme retient « *le fait d'encadrer et d'organiser l'activité d'autrui dans l'intérêt personnel de celui qui exerce le contrôle* »[1903]. En l'absence de lien de préposition, et donc indépendamment de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, l'avant-projet propose d'introduire dans le Code civil un article 1360 alinéa 2 en vertu duquel « *est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation directe avec l'exercice du contrôle* » et désigne expressément « *les sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires* ». La proposition exige la preuve par la victime d'un fait dommageable en relation directe avec l'exercice du contrôle. Il semble donc que le dommage dont la filiale est à l'origine ne suffise pas à entraîner la responsabilité de plein droit de la société mère[1904], ce qui permet la mise en jeu d'une responsabilité adaptée à l'autonomie relative plus ou moins étendue des entités membres selon les groupes.

[1901] C. Del Cont, *op. cit.*, p.314.

[1902] G. Viney, Exposé des motifs du sous-titre III « De la responsabilité civile », Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, du 25 septembre 2005, p.167.

[1903] Article 1355 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription de la commission « Catala ».

[1904] Cependant, l'article 1355 de l'avant-projet prévoit la responsabilité de plein droit. B. Fages, Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères, *RDC* 2007, p.116.

925. La reconnaissance d'une responsabilité du fait de la dépendance économique n'aurait pas vocation à substituer l'acteur économique dominant à l'acteur économique dépendant. Il s'agit au contraire d'opter pour un partage de responsabilité en vue de répartir de manière plus adéquate le risque de l'emploi. Si l'employeur demeure responsable envers le salarié dans l'accomplissement de ses obligations patronales, il est également tenu compte des conséquences de l'exercice du contrôle. Un partage de responsabilité s'organise entre l'employeur d'une part, qui continue à exercer son pouvoir de direction sur le salarié, et l'entité qui exerce le contrôle et dont les décisions peuvent être dommageables pour la relation d'emploi des salariés. Sur des fondements juridiques différents, une pluralité de débiteurs est alors identifiée pour garantir le risque de l'emploi. Il convient toutefois de relever qu'aucun rôle n'est attribué à la notion de groupe : seule la relation de contrôle entre deux entités est prise en compte. La réorganisation du schéma d'imputation de responsabilité proposée ne découle pas directement de la complexité organisationnelle du groupe.

926. Malgré l'attrait de ces propositions, il ne semble pas que le droit positif s'oriente dans une telle direction. Un groupe de travail constitué par la Cour de cassation et dont l'objet est de se prononcer sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a formulé « *les plus expresses réserves* »[1905] quant à la reconnaissance d'un cas de responsabilité du fait d'autrui en cas de dépendance économique. Le groupe de travail motive sa position tant par des considérations pratiques que juridiques. S'agissant des considérations pratiques, l'imprécision de la disposition (notamment de la notion de contrôle) conduit à en étendre le champ d'application « *au point de receler en germe des risques de dépaysement de holding implantées en France et plus généralement de délocalisation des fonctions de direction et de contrôle de certains pans de l'économie* »[1906]. Quant aux considérations juridiques, le groupe de travail de la Cour de cassation relève que « *la disposition appliquée à la société mère responsable du fait de ses filiales méconnaît l'autonomie de la personnalité morale dont est dotée chacune des sociétés du groupe, alors que le groupe lui-même n'est consacré dans notre droit que de manière encore très marginale (...) trop marginale sans doute pour qu'un système de responsabilité puisse être bâti sur ce fondement* »[1907].

[1905]Rapport du groupe de travail de la Cour de cassationSur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription 15 juin 2007, point 79 (http://www.courdecassation.fr)
[1906] *Ibid.*
[1907] *Ibid.*

927. Les réticences de la Cour de cassation sont donc vives et, à moins d'une reconnaissance expresse du législateur, la responsabilité du fait d'autrui reposant sur la dépendance économique semble à l'heure actuelle compromise. Le principe de l'autonomie patrimoniale et de la personnalité des dettes est fermement ancré en jurisprudence. Excepté les techniques juridiques de remontée exceptionnelle de la responsabilité (apparence, confusion des patrimoines, fictivité, fraude ou responsabilité civile pour faute), les créanciers dont les salariés font partie, ne peuvent agir que contre leur cocontractant, les autres entités membres du groupe étant, quelle que soit leur implication dans la réalisation du dommage subi, juridiquement intouchables. Ainsi, « a*ucune responsabilité de la société-mère ne découle en tant que tel du contrôle qu'elle exerce sur ces filiales. Le principe est acquis : les sociétés sont juridiquement autonomes ; la société mère ne saurait donc supporter aucune responsabilité du fait de ses filiales. Pour la même raison, la jurisprudence exclut la responsabilité des filiales du fait de la société mère. En dehors des hypothèses de droit commun (...), il semble ainsi difficile d'admettre que le contrôle par lui-même soit la source d'une nouvelle règle de responsabilité* »[1908].

928. **En conclusion**, le décalage entre le pouvoir et la responsabilité conduit à affaiblir la portée des garanties apportées par le droit du travail aux salariés en terme d'emploi lorsqu'elles s'appliquent au niveau du groupe. La seule extension du périmètre d'application de la règle de droit au niveau du groupe ne suffit pas à assurer son efficacité. Une des voies envisageables consiste à concevoir le groupe comme une unité complexe et à prendre en compte la relation de pouvoir particulière qui est à l'œuvre. Il devient alors possible de replacer la question de la responsabilisation de l'action du groupe dans le cadre d'une problématique plus large, celle du passage d'une structure hiérarchique à une structure réticulaire du pouvoir, du passage du gouvernement à la gouvernance. Si le terme de gouvernance recoupe partiellement celui de gouvernement, « *il correspond cependant plus à une nouvelle définition du gouvernement, une nouvelle organisation du pouvoir ou une nouvelle façon de gouverner la société* »[1909]. A la différence du gouvernement qui suppose un mode d'exercice du pouvoir hiérarchique et centralisé, la gouvernance renvoie à « *l'art de gouverner* », c'est-à-dire à l'art d'organiser et d'orienter les actions. La mise en place de dispositifs normatifs contraignants tendant à faire supporter une partie du risque de l'emploi

[1908] Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, p.124.
[1909] C. Baron, « La gouvernance : débat autour d'un concept polysémique », *Droit et société* 2003/2, n°54, p.334.

sur le groupe implique de saisir la spécificité des configurations auxquelles elles cherchent à s'appliquer.

929. Malgré les limites du droit positif qui viennent d'être soulignées, la représentation du groupe comme organisation complexe permet de déceler les manifestations d'une redéfinition du schéma d'imputation de responsabilité applicable dans le groupe qui mérite d'être encouragées et renforcées.

Section 2. La construction d'un schéma d'imputation de responsabilité attaché à l'organisation complexe du groupe

930. Appréciée globalement, l'action collective du groupe a bien une incidence sur la relation d'emploi du salarié mais cette action est difficilement saisissable dans la mesure où le pouvoir organisationnel qui la rend possible se dissout en chacune des entités membres. « *L'autonomie relative dont jouissent les entreprises conduit ainsi à une dispersion du pouvoir, qui rend difficile toute identification d'un centre unique de pouvoir à qui incomberait la charge de la responsabilité* »[1910]. Face à cette difficulté, il convient de tirer les conséquences du mode d'action spécifique du groupe. Comme le groupe agit par l'intermédiaire de ses entités membres, l'encadrement juridique de son action passe nécessairement par la responsabilisation de ces dernières. Car, si comme l'affirment Michel Crozier et Erhard Friedberg « *le système n'existe que par l'acteur qui seul peut le porter et lui donner vie <u>et qui seul peut le changer</u>* »[1911], c'est alors en agissant sur les parties qu'il devient possible d'agir sur le groupe et de le contraindre. Ceci implique une adaptation du mode d'imputation de responsabilité à l'agir collectif du groupe, et plus précisément, de passer d'un mode d'imputation unique où seule la responsabilité de l'employeur peut être engagée, à un mode d'imputation de responsabilité multiple. Une telle modification est déjà à l'œuvre en droit du travail (§1) mais, encore inachevée, elle mérite d'être renforcée (§2).

[1910] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse X Nanterre 2004, p.317.
[1911] M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1977, p.11. C'est nous qui soulignons.

§1. L'émergence d'un nouveau modèle d'imputation de responsabilité

931. Malgré le défi que représente pour le droit de la responsabilité civile, la responsabilisation de l'action du groupe en matière d'emploi (A), un nouveau modèle d'imputation de responsabilité se construit progressivement (B).

A. L'action collective du groupe : un défi adressé à la responsabilité civile

932. Non imputable à un sujet de droit déterminé, l'action collective du groupe demeure juridiquement difficile à saisir. Le droit de la responsabilité civile s'attache en effet à identifier un lien de causalité déterminé entre une conduite individuelle et un dommage. L'action collective du groupe appartient à ces hypothèses dans lesquelles la responsabilité ne peut pas être clairement assignée à un sujet de droit déterminé. « *Elle n'est pas imputable à des conduites individuelles* » mais « *apparaît au niveau global* » et « *tend à se dissoudre au niveau individuel* »[1912] face à la multiplicité des intervenants et à l'effet synergique résultant de la combinaison de leurs actions. « *Les responsabilités ne sont nullement identifiables, à moins de les faire porter sur l'organisation ou sur le réseau, ce qui ne correspond pas à l'intuition que nous avons de l'idée de responsabilité. Celle-ci demeure attachée à une identification individualisée* »[1913]. Il en résulte une étrange impression : l'action collective du groupe serait partout et nulle part à la fois.

933. Certes, dans certaines hypothèses précises, le droit de la responsabilité civile admet l'existence d'une imputation collective de responsabilité fondée sur la responsabilité du fait des choses, et plus précisément sur la notion de garde collective. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude quel est le gardien de la chose à l'origine du dommage, tous les gardiens de la chose potentiellement à l'origine du dommage voient leur responsabilité engagée *in solidum*. L'exemple des accidents de chasse illustre parfaitement ce cas de figure. Dans le même esprit, la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et

[1912] G. Guido, « La responsabilité comme projet. Réflexion sur une responsabilité juridique « prospective » », in C. Eberhard, *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.131-146.
[1913] *Ibid.*

suivants du Code civil permet d'engager la responsabilité solidaire des professionnels (producteurs, distributeurs et fournisseurs) d'un produit lorsque le défaut du produit est à l'origine d'un dommage. Dans cette hypothèse réservée aux produits, « *la justification de l'imputation à la charge de responsabilité à toutes les entreprises réside bien dans leur participation à un même processus de production et de distribution* »[1914], indépendamment de la maîtrise effective de la chose à l'origine du dommage. Mais, hormis ces hypothèses spécifiques, l'imputation collective et solidaire de responsabilité n'est pas retenue. En droit du travail, la seule appartenance des entités-membres à un groupe ne suffit pas à les rendre solidairement responsables des obligations de l'employeur à l'égard de ses salariés quand bien même l'action collective du groupe à laquelle chacune de ces entités membres a participé, a contribué à la réalisation du dommage causé aux salariés.

934. Le droit de l'environnement rencontre des difficultés comparables à celles du droit du travail. Comme le souligne Gunther Teubner à propos de « *la coupole invisible* », « *l'écologie est un monde de causes dont les interactions sont terriblement complexes. Dans les trois milieux de l'air, de l'eau et de la terre, cette complexité a déconcerté les juristes qui tentaient d'attribuer les dommages écologiques à des actions individuelles* »[1915]. Comment des dommages nés des effets systémiques de l'interaction complexe d'une pluralité d'actions individuelles peuvent-ils être attribués à des individus ? Comment traduire juridiquement la responsabilité de phénomènes collectifs et systémiques ?

935. L'imputation de responsabilité d'une action collective dommageable pose la question de la détermination du responsable amené à réparer le coût du dommage. L'un des traits caractéristique de la responsabilité collective consiste à rendre responsables des individus pour des actes qui peuvent avoir été commis par d'autres. Le responsable n'est plus nécessairement l'auteur de l'acte à l'origine du préjudice. La responsabilité collective prend ses distances avec la causalité juridique : elle n'est pas tant attachée à l'acte dommageable qu'à l'appartenance à une collectivité. « *Indépendamment de tout lien causal effectif, c'est alors l'appartenance à une classe de porteurs de risques qui rend les acteurs individuels mutuellement responsables de leurs actes respectifs. (...) On attribue la responsabilité à la collectivité : vous devrez payer s'il vous arrive d'être membre. Il s'agit donc d'une*

[1914] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p.359.
[1915] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruylant/LGDJ, 1996, p.291.

responsabilité collective au sens propre du terme, car elle ne dépend d'aucun acte, mais de l'appartenance à une collectivité »[1916]. Des individus peuvent être déclarés responsables non pas du fait de leurs actes individuels mais du fait de leur appartenance à une collectivité génératrice de risques. Gunther Teubner observe que le droit de l'environnement reconstitue artificiellement une collectivité qui va constituer le point d'ancrage à partir duquel la responsabilité collective peut s'arrimer. Il peut tout aussi bien s'agir d'un marché de produits ou de l'appartenance à des secteurs d'activités. « *Chaque fois que des acteurs individuels ou corporatifs entrent dans un tel domaine, ils deviennent collectivement responsables indépendamment de leurs volontés psychiques et de leur agrégation sociale, et indépendamment de leurs actes dommageables individuels* »[1917]. En retenant la responsabilité d'individus pour des actes commis par d'autres, la responsabilité collective doit inciter les membres de la collectivité génératrice de risques à s'organiser collectivement et préventivement pour minimiser la réalisation effective de dommages écologiques. « *Le droit de la responsabilité collective finit donc par créer de facto une obligation de coopérer au contrôle conjoint des risques* »[1918]. Mais à elle seule, la responsabilité collective n'incite pas nécessairement à un comportement préventif. C'est la raison pour laquelle, après avoir déterminé les auteurs du dommage en considération de leur appartenance à la collectivité de risque, il convient de procéder à la réindividualisation de la responsabilité collective. « *Après avoir créé un régime de responsabilité collective de facto,* [il faut] *définir des règles intra-organisationnelles de répartition des pertes, pour déterminer la mesure dans laquelle les membres doivent participer individuellement à la responsabilité collective* »[1919].

936. Les évolutions du droit de la responsabilité environnementale sont, sur ce point, particulièrement intéressantes et susceptibles d'alimenter la réflexion sur la responsabilité de l'emploi dans le groupe. Afin de contribuer à la réduction du dommage écologique, la responsabilité environnementale se décline sous différentes formes autour de quatre fonctions qui s'articulent de manière dialectique[1920] : la responsabilité-prévention, la responsabilité-indemnisation de la faute, la responsabilité-couverture du risque et la responsabilité-

[1916] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruylant/LGDJ, 1996, p.294.
[1917] *Ibid*., p.298.
[1918] *Ibid*., p.309.
[1919] *Ibid*., p.295.
[1920] F. Ost, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société* 1995, n°30/31, p.287. « *Chaque élément considéré isolément s'avérera décevant et lacunaire : ce n'est qu'en interaction qu'ils pourront utilement contribuer à la réduction du dommage écologique* ».

participation. L'organisation du droit de la responsabilité est guidée par quatre principes d'action définis par le Traité de l'Union Européenne : l'action préventive, la correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement, le principe du pollueur-payeur et le principe de précaution[1921]. Dans le cadre de notre problématique, le principe « pollueur-payeur » et ses applications récentes en droit de la responsabilité civile retiendront plus particulièrement notre attention.

937. Unanimement reconnu en droit international et communautaire, le principe « pollueur-payeur » est expressément invoqué par la directive 2004/35 du 21 avril 2004[1922] sur la responsabilité environnementale et la loi de transposition du 1er août 2008[1923]. Il vise à imputer le plus précisément possible les coûts de réparation des dommages aux personnes qui en sont à l'origine. Mais, à la différence du droit de la responsabilité civile, « *ce principe ne s'adresse pas à un responsable désigné mais aux pollueurs en tant qu'acteurs potentiellement générateurs de pollution* »[1924]. Idéalement, en application de ce principe, les coûts environnementaux pèsent sur tous ceux dont les activités sont susceptibles de provoquer des pollutions, indépendamment de leur participation effective au dommage écologique à réparer[1925]. Entendu de la sorte, le principe « pollueur-payeur » implique, en droit de la responsabilité civile, d'imputer « *le coût des dommages à un ensemble de pollueurs sans lien effectif avec la pollution réalisée* » [1926], ce qui conduit à un assouplissement considérable de la causalité juridique. Entre des personnes susceptibles de causer un dommage environnemental et celles qui l'ont effectivement causé, il y a une distinction dont le juge ne peut faire l'économie lorsqu'il applique les principes de la responsabilité civile. Aussi, c'est une conception aménagée du principe « pollueur-payeur » qui a été retenue en droit positif.

938. L'article L.160-1 du Code de l'environnement se réfère expressément au principe « pollueur-payeur » pour retenir la responsabilité de « l'exploitant »[1927]. L'exploitant désigne

---

[1921] *Ibid.*, p.283.

[1922] Dir. 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE*, L143 du 30 avril 2004.

[1923] Loi n°2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, *JO* n°0179 du 2 août 2008 p.1236.

[1924] M. Boutonnet, « L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité civile », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p.82.

[1925] *Ibid.*

[1926] *Ibid.*; E. de Sabran-Pontevès, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007.

[1927] « *Le présent titre définit les conditions dans lesquelles sont prévenus et réparés, en application du principe pollueur-payeur, et à un coût raisonnable pour la société, les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant* ».

toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle[1928]. La référence au « contrôle » concerne la direction effective de l'activité par l'exploitant et non un contrôle de type sociétaire[1929]. Seul l'exploitant dont l'activité a causé un dommage environnemental ou une menace imminente est financièrement responsable[1930]. L'article L.160-1 du Code de l'environnement n'envisage pas la responsabilité environnementale du groupe et n'instaure pas un principe de responsabilité de l'entité dominante du fait des actes de l'entité dominée. Mais, en se fondant sur la notion d'exploitant, elle ne canalise pas *ex ante* la responsabilité du dommage sur un débiteur en particulier et rend de la sorte possible l'engagement de la responsabilité d'une pluralité d'exploitants pour un même dommage. Plusieurs exploitants, producteurs ou utilisateurs d'un produit, peuvent avoir participé du fait de leur activité cumulée à la réalisation du dommage environnemental. L'obligation de réparation n'incombe donc aux exploitants qu'en raison et à concurrence de leur contribution à la réalisation de la pollution ou au risque de pollution[1931], mais en même temps l'hypothèse de la causalité multiple est admise. Alors qu'en application du principe « pollueur-payeur », tous les pollueurs potentiels sont appelés à contribuer à la réparation du préjudice du seul fait de leur activité et quelle que soit leur implication effective dans la réalisation du dommage, ce même principe combiné aux principes de la responsabilité civile conduit à une « *extension de la causalité sans rompre pour autant avec la causalité juridique, car l'engagement de responsabilité dépend de la « participation effective à la réalisation du dommage* » »[1932]. L'appréciation par les juges de la part imputable à chaque exploitant dans la réalisation du dommage permet une réindividualisation de la responsabilité collective des pollueurs, compatible avec les principes de la responsabilité civile.

[1928] Article 2.6 de la directive. Cet article précise que l'exploitant peut aussi être, lorsque la législation le prévoit, celui qui « *a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité* ».

[1929] Tel est ce qui ressort des travaux préparatoire. Selon B. Rolland, « *Le contrôle correspond à la direction effective de l'activité, et ne devrait pas s'appliquer à un actionnaire, un établissement de crédit ou une autorité de tutelle. Il n'est donc pas possible d'en déduire en l'état une responsabilité des mères* ». B. Rolland, « Responsabilité environnementale et groupes de sociétés », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation, op.cit.*, p.225.

[1930] Considérant 2 de la directive 2004/35/CE/ du 21 avril 2004.

[1931] Par analogie, CJCE 24 juin 2008, aff. C-188/07, *Commune de Mesquer*, Rec. p. I 4501, point 77 ; sur lequel *Europe* 2008, n° 8, comm. 280, obs. Simon.

[1932] B. Rolland, « Responsabilité environnementale et groupes de sociétés », article précité, p.225.

939. S'agissant plus spécifiquement du groupe, la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement[1933], dite Grenelle II, prévoit un nouveau cas de responsabilité de la société mère[1934]. Même si cette responsabilité est d'application limitée, l'article 227 de cette loi propose néanmoins un renforcement de la responsabilité environnementale des groupes, susceptible d'inspirer le droit du travail. Aux termes de l'article 227§2, lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du site ou des sites en fin d'activité, incombant à la filiale-exploitant. Malgré des conditions de mise en œuvre très restrictives[1935], cette disposition instaure un mécanisme de responsabilité environnementale respectueux du principe de l'autonomie juridique des sociétés. Le fondement de la responsabilité de la société mère repose en effet sur sa « faute caractérisée » ayant conduit à une insuffisance d'actif de la filiale-exploitant. L'obligation de contribuer financièrement à tout ou partie des mesures de remise en état du site n'est, dans ce cas, pas liée à la qualité d'exploitant de la société mère ou aux relations de contrôle. Elle ne s'impose à la société mère qu'en considération de sa faute.

940. La possibilité d'engager la responsabilité de la société mère prévue par l'article 227§2 de la loi est une pièce d'un dispositif d'ensemble qui articule les fonctions préventives et réparatrices de la responsabilité civile. En effet, même si la fonction de réparation est le plus souvent mise en avant, « *le droit de la responsabilité comprend une fonction dissuasive par le seul effet de la menace d'un engagement de responsabilité* »[1936] qui vient au soutien de sa

[1933] Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite Grenelle II, *JO* 13 juillet 2010.

[1934] M.-P. Blin-Franchomme, « L'autre « affaire du voile » : convictions sociétaires *versus* responsabilité environnementale des groupes », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n°52, p.10 ; G. Gutierrez et A. Molinier, « L'obligation de remise en état des sites industriels par les sociétés mères en cas de défaillance de leurs filiales : mythe ou réalité ? », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n°53, supplément Grenelle 2, p.57.

[1935] Est seulement visée la filiale, au sens de l'article L.233-1, exploitant d'une installation classée, qui cesse définitivement son activité et qui a fait ou fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. De plus, la responsabilité de la société mère est financière et peut n'être que partielle. Elle est, en toutes hypothèses, conditionnée par l'existence d'un lien de causalité entre une faute caractérisée, c'est-à-dire une faute personnelle de la société mère, et l'insuffisance d'actif de la filiale.

[1936] F.-G. Trébulle, « Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation, op.cit.* p.19.

fonction préventive. Pour être optimales, ces deux fonctions doivent être appréhendées de concert. « *S'il faut distinguer la fonction préventive de la fonction de réparation, elle laisse place, à côté d'elle, à la possible intervention d'actions en responsabilité qui tendent à la prévention du préjudice* »[1937]. Cette fonction préventive de la responsabilité est relayée par tout un courant de pensée qui envisage la responsabilité comme une « *responsabilité de l'avenir* »[1938], visant davantage à empêcher la réalisation du dommage chaque fois que cela est possible qu'à le réparer. La responsabilité civile a ainsi non seulement pour fonction de réparer mais aussi d'inciter les auteurs potentiels du dommage à en éviter la réalisation.

941. Dans cette perspective, l'article 227 de la loi portant engagement national pour l'environnement incite les groupes à adopter un comportement responsable, incitation renforcée par le risque pour la société mère de se voir imputer tout ou partie des coûts financiers de remise en état normalement à la charge de sa filiale. L'article 227§1 prévoit en effet la possibilité pour une société qui détient plus de la moitié du capital d'une autre au sens de l'article L.233-1 ou exerce le contrôle au sens de l'article L.233-2 du Code de commerce, de « *s'engager à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L.162-1 à L.162-9 du Code de l'environnement* ».

Il s'agit d'un engagement volontaire de la société mère allant au-delà des obligations légales. En l'absence d'obligation légale, les conditions d'application de cette disposition sont plus larges au regard de la notion de contrôle retenue et de la référence à la notion de « défaillance » de la filiale. Ce texte consacre légalement la possibilité d'un engagement de responsabilité environnementale de l'entreprise[1939], sur lequel la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer. Par un arrêt du 26 mars 2008[1940], la Cour de cassation a en effet admis la possibilité pour une société mère de s'engager envers l'administration à se substituer à sa filiale pour tout ou partie de ses obligations de remise en état. L'obligation de la société mère découle alors de son engagement volontaire mais il ne peut lui être imposé le respect d'obligations supérieures à son engagement initial.

[1937] *Ibid.*, p.30.

[1938] C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p.577 ; A. Schneider, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal*. 17 mai 2008, n°138, p.4.

[1939] B. Rolland, « Responsabilité environnementale et groupes de sociétés », article précité, p.222.

[1940] Cass. com., 26 mars 2008, n°07-11619, *Bull. Joly* 2008, 908, note F.G Trébulle ; *Rev. soc.* 2008, 812, note B. Rolland.

942. Les fonctions réparatrices sanctionnant le dommage causé et préventives de la responsabilité entretiennent une relation dialectique, l'une contribuant au renforcement de l'autre. L'instauration d'un régime de responsabilité capable de contraindre l'action collective du groupe en matière d'emploi viserait ainsi non seulement à mieux répartir le risque de l'emploi entre l'employeur et les différentes entités membres du groupe du fait de leur participation à l'action collective mais encore à inciter le groupe à adopter de sa propre initiative et préventivement un comportement socialement responsable. Dans cette perspective, confronté à la difficulté d'imputer la responsabilité d'un dommage environnemental généré collectivement par une multiplicité d'actions individuelles combinées les unes avec les autres, le législateur n'a pas entendu déterminer *ex ante* le responsable de l'intégralité du dommage mais permet, par l'intermédiaire de la notion d'exploitant, d'identifier les responsables potentiels du dommage collectif puis de réindividualiser la responsabilité collective en déterminant la part de responsabilité de chaque exploitant dans la réalisation du dommage. S'agissant plus spécifiquement du groupe, le législateur a consacré un cas d'imputation de responsabilité multiple pour une même obligation mais sur des fondements juridiques différents, en imposant à la société mère dont la faute a conduit à l'insolvabilité de sa filiale à l'origine d'un dommage environnemental, de contribuer à la réparation du dommage. En se plaçant sur le terrain de la responsabilité civile et en s'inspirant des avancées récentes du droit de l'environnement vers une responsabilité plus contraignante, il devient possible d'envisager les voies permettant une responsabilisation collective du groupe plus aboutie en matière d'emploi.

943. L'une de ces voies consiste en une modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe.

B. La nécessaire modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe

944. Une modification du schéma d'imputation de responsabilité implique de passer d'un mode de d'imputation unique à un mode d'imputation multiple (1), sans nécessairement contrevenir aux règles de droit positif en vigueur (2).

1. Une modification du schéma d'imputation de responsabilité liée à la complexité organisationnelle du groupe

945. Le modèle d'imputation de responsabilité s'est construit sur une « *représentation anthropomorphique de l'acteur corporatif* », conduisant à associer la capacité collective d'action d'un groupement à sa personnification. « *La pratique s'était quasiment mise à considérer certaines figures sociales comme des personnes et s'était inspirée du modèle de la personne humaine pour les investir d'un centre de volonté, d'intérêts propres, d'une capacité d'action et même de « droits de l'homme fondamentaux* » » [1941]. Conçu sur le modèle de la personne, le groupement est perçu comme un « *centre unitaire d'action et de volonté titulaire de droits et de responsabilités* »[1942]. Mais, l'approche du groupe comme organisation complexe fait voler en éclat cette représentation de l'action collective. Elle met en évidence que le pouvoir n'y est pas unitaire[1943]. L'« *association comme personne* » dotée d'un centre de volonté unitaire cède la place à la métaphore de l'« *hydre à plusieurs têtes* »[1944].

946. Tout en maintenant la responsabilité de l'employeur, il convient de responsabiliser le groupe en raison des effets préjudiciables que son action collective peut avoir sur l'emploi des salariés. La dimension organisationnelle du groupe est déjà prise en compte par le droit et se traduit par une extension des obligations de l'employeur en matière de reclassement. De même, la rupture de la relation de travail pour motif économique est subordonnée pour

[1941] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 286s.
[1942] *Ibid.*
[1943] C. Champaud « Rapport de synthèse », Cahiers de droit de l'entreprise 1977, p.32.
[1944] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique, op.cit.*, p. 286s.

l'employeur à l'existence de la cause originelle au niveau du secteur d'activité du groupe. Mais la canalisation de la responsabilité sur le seul employeur ne suffit pas à responsabiliser l'action collective du groupe. A défaut de prise en compte du groupe comme acteur collectif, la charge du risque est intégralement reportée sur l'employeur ou, en cas d'insolvabilité de ce dernier, sur l'ensemble de la collectivité *via* l'Assurance de Garantie des Salaires. Les effets négatifs en terme d'emploi générés par l'action collective du groupe sont qualifiés « *« d'économies illégitimes de coûts de transaction »,* d*'« irresponsabilité organisée* »[1945] ou encore d'externalités « *dans la mesure où ils affectent des tiers et ne sont pas supportés, directement ou non, par les entreprises qui en sont à l'origine* »[1946]. En contraignant l'ensemble du groupe à intégrer la dimension de l'emploi dans ses décisions économiques, l'objectif visé est d'internaliser les externalités. Il s'agit de « *mettre en place des mécanismes incitatifs de nature à conduire l'auteur d'un effet externe à se comporter de manière optimale, comme s'il prenait en compte l'ensemble des effets liés à son activité dans son processus de décision* »[1947].

947. La responsabilisation du groupe passe par la prise en compte de sa complexité organisationnelle et conduit à rechercher les voies et fondements juridiques permettant d'engager la responsabilité des entités-membres, tiers à la relation contractuelle de travail, mais dont la coordination de l'action conduit à la réalisation d'un dommage en termes d'emploi pour les salariés. Le seul moyen de contraindre et de responsabiliser le groupe consiste à responsabiliser les entités membres. « *La responsabilité ne peut se limiter aux « nœuds » du réseau ; elle doit également en saisir la « centrale », de même que le système de coordination du « filet » lui-même* »[1948]. Face à la dilution du pouvoir et à l'absence de personnification du groupe, l'imputation de responsabilité multiple et simultané des entités membres s'impose[1949]. Le mode d'imputation multiple de responsabilité repose sur l'idée sous-jacente que les décisions de l'employeur s'insèrent dans un ensemble plus vaste qui les conditionne et les détermine en partie. Chaque événement à l'origine d'un dommage pour le

---

[1945] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris/Belgique, LGDJ/Bruylant, 1996, p.288.

[1946] M.-G. Faure et J. Hay, « Analyse économique de la responsabilité environnementale. Perspectives théoriques et empiriques », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, *op.cit.*, p.86.

[1947] *Ibid.*, p.87.

[1948] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op.cit.*, p.289. Gunther Teubner propose d'abandonner « *la personnification au profit de l'autonomisation polycentrique et l'unité d'imputation au profit de l'imputation simultanée et multiple* ».

[1949] G. Teubner, Le droit, un système autopoïétique, *op.cit.*, p. 286s.

salarié doit être « *simultanément attribué à la fois à l'une des parties autonomes au contrat et à l'organisation dans son ensemble* »[1950].

948. En l'état actuel du droit positif, la remontée de responsabilité de l'entité employeur vers l'entité mère demeure exceptionnelle et, en aucun cas, elle ne se fonde sur l'appartenance à un groupe. La notion de groupe demeure absente du droit de la responsabilité. Pourtant, c'est bien à partir de cette notion qu'il devient possible d'identifier les débiteurs potentiels ayant participé à l'action collective à l'origine d'un dommage pour le salarié en matière d'emploi. La notion de groupe permet de déterminer une « *collectivité de responsabilité* »[1951]. Selon Gunther Teubner, « *indépendamment de tout lien causal effectif, c'est (...) l'appartenance à une classe de porteurs de risques qui rend les acteurs individuels mutuellement responsables de leurs actes respectifs* »[1952]. La responsabilité est bien collective ; elle découle de l'appartenance à une organisation dont l'action à laquelle chacune des entités membres participe, est à l'origine d'un dommage pour les salariés. La relation contractuelle de travail entre l'employeur nominal et le salarié reste la source d'obligations pour l'employeur. A cette relation contractuelle, se juxtapose une autre relation qui impose à une société tierce à la relation contractuelle de travail, mais membre du groupe, une obligation identique mais en considération d'un fondement juridique distinct.

949. Ainsi, après avoir identifié tous les débiteurs potentiels devant répondre des dommages causés par l'action collective, il est nécessaire de procéder à une réindividualisation de la responsabilité collective. On doit s'attacher « *à prendre en compte les personnes juridiques et leurs relations pour ce qu'elles sont, et à remonter la chaîne des responsabilités, en tenant compte du rôle de chacun dans la réalisation de la situation qui met en cause l'emploi ou l'application du statut collectif. Là où le contrat de travail ne lie que l'employeur juridique et le salarié, la prise en compte des relations inter-sociétés peut permettre alors de rechercher à qui est imputable tel ou tel fait pour dégager une responsabilité éventuelle à la charge d'une personne qui n'est pas l'employeur ou constater encore qu'il peut exister plusieurs employeurs* »[1953]. Elsa Peskine identifie deux modes d'imputation plurielle de responsabilité : d'une part la pluralité de pôles d'imputation pour une obligation unique qui consiste à imputer

[1950] G. Teubner, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue Française de Gestion* 1993, p.62.
[1951] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op.cit.*, p.295.
[1952] *Ibid.*,.
[1953] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.479.

à plusieurs entreprises la responsabilité découlant du non respect d'une obligation mais sur des fondements différents et, d'autre part, la pluralité de pôles d'imputation résultant d'une distribution des obligations qui vise à imputer des obligations spécifiques à chaque entreprise, alors que toutes sont réunies sur la tête de l'employeur dans l'organisation hiérarchique. Dans ce dernier cas, la responsabilité qui découle du non respect de ces obligations est distributive ou conjointe[1954]. « *Par rapport à la responsabilité de l'organisation formelle entièrement collectivisée, il en résulterait une réindividualisation relative de la responsabilité collective* » par la création d'une « *responsabilité décentralisée et multiple en combinant sélectivement les obligations du réseau et celles des nœuds concrètement impliqués* »[1955].

950. Une telle modification du schéma d'imputation de responsabilité n'est pas nécessairement inconciliable avec le droit positif.

2. Une modification du schéma d'imputation de responsabilité respectueuse du droit positif

951. La construction d'un mode de responsabilité adapté à la complexité organisationnelle du groupe n'implique pas pour autant une remise en cause du droit positif actuel qui affirme de manière constante la responsabilité de l'employeur envers ses salariés, soit qu'une disposition légale vise expressément l'employeur comme débiteur d'une obligation[1956], soit que l'obligation soit imputée à l'employeur par interprétation de la jurisprudence[1957]. Car, ce n'est pas parce qu'une obligation pèse sur la personne de l'employeur que, pour autant, les autres entités membres du groupe ne peuvent pas engager leur responsabilité sur un fondement juridique différent. Lorsque la Cour de cassation affirme qu'« *une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont*

[1954] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op.cit.* p.320.

[1955] G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, *op.cit.*, p.289.

[1956] Ainsi, l'article L.1233-61 du Code du travail n'impose qu'à l'employeur d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. Les articles L.1235-10 et L.1235-22 du Code du travail relatifs aux conséquences d'une annulation du plan, ne créent également d'obligation de réintégration ou d'indemnisation qu'à la charge de l'employeur. Dans le même sens, les indemnités pour irrégularité de procédure de licenciement ou pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sont expressément mises à la charge de l'employeur en vertu des articles L.1235-2 et L.1235-3 du Code du travail. De même, l'article L.1235-11 met à la charge de l'employeur l'indemnité pour licenciement nul consécutif à la nullité de la procédure de licenciement sur le fondement de l'article L.1235-10, alinéa 1 et l'article L.1235-4 du Code du travail prévoit le remboursement par l'employeur des indemnités de chômage en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

[1957] Tel est notamment le cas de l'indemnité de licenciement ou encore de l'indemnité pour inobservation de la priorité de réembauchage.

au service de ce dernier d'une obligation de reclassement »[1958], elle n'exclut pas *a contrario* la possibilité pour une entité membre du groupe, tierce à la relation contractuelle de travail, d'être également tenue d'une obligation de reclassement mais sur un fondement juridique différent. La responsabilité de l'employeur n'est pas nécessairement exclusive de toute autre[1959].

952. Ainsi, la jurisprudence s'est déjà prononcée sur l'effet de dispositions conventionnelles imposant à une société non employeur de reclasser un salarié. Tel est notamment le cas de la convention collective de branche des démonstrateurs de grands magasins[1960]. En l'espèce, une salariée, engagée en qualité de démonstratrice par la société employeur Sisley, a été affectée sur un stand situé à l'intérieur d'un grand magasin, le BHV. Intégrée à la communauté de travail des salariés du BHV, la salariée est comprise dans les effectifs de la société et, à ce titre, est électrice et éligible aux élections des délégués du personnel. Quelques mois avant son licenciement, la salariée est élue déléguée suppléante du BHV. Malgré l'absence de contrat de travail la liant à la société BHV, la salariée soutient, devant les juges du fond, que cette-ci aurait du la reclasser sur le fondement de l'article 43b de la convention collective des grands magasins, prévoyant qu'en cas de licenciement non motivé par une faute grave, l'entreprise utilisatrice doit la reclasser. La Cour de cassation admet, en application de la disposition conventionnelle, l'obligation pour la société utilisatrice de reclasser la salariée qui était intégrée dans la communauté de travail. L'obligation de reclassement incombe alors autant à l'employeur qu'à l'entreprise utilisatrice, mais sur un fondement juridique distinct : pour l'un le pouvoir de direction né du contrat de travail, pour l'autre l'application d'une disposition conventionnelle.

953. Inspirée par cet arrêt, Marie-Laure Morin propose de tenir compte du lien d'établissement pour déterminer l'aire de reclassement. « *Là où la recherche de l'employeur conjoint suppose le constat d'un lien de subordination, le constat du lien d'établissement*

[1958] Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-15776, *Bull. civ.* V, n° 5, précité.

[1959] Pour une étude d'ensemble en droit du travail des hypothèses de modification du modèle d'imputation de responsabilité dans les réseaux d'entreprises : E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op.cit.*, p.317s.

[1960] Cass. soc., 19 janvier 1999, n°97-45404, *Bull. civ.* V, n°35, *Dr. soc.* 1999, p.745, obs. I. Vacarie. Signalons également un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 2001, n°98-44945, *Bull. civ.* V, n°146, rendu à propos d'une « obligation particulière de reclassement » prévue par l'article 14 de la Convention collective du caoutchouc ou encore un arrêt du 3 juillet 2001, n°99-42386, inédit, rendu à propos de la Convention collective nationale des transports routiers prévoyant que « *les organisations patronales faciliteront le placement des accidentés du travail des transports dans les entreprises de la profession.* »

pourrait permettre de créer une aire de reclassement »[1961]. Il s'agit ici non seulement de déterminer un périmètre de reclassement, mais encore d'imputer à une personne autre que l'employeur l'obligation de rechercher les possibilités de reclassement d'un salarié avec lequel cette personne n'est pas contractuellement liée, mais sur le fondement du lien d'établissement. Dans la même perspective, Marie-Ange Moreau propose de privilégier « *une analyse en terme d'entité économique* » permettant « *de rompre avec un écran juridique, parfois artificiel ou insuffisant, pour raisonner en terme d'emploi* ». Elle suggère de caractériser cette entité économique par « *l'unicité de la réalité économique* », « *l'imbrication ou la conjonction des intérêts* », par la « *communauté des intérêts* », au moyen d'indices tirés du mode d'organisation du groupe, du degré d'intégration des activités économiques dans une politique commune, des modes de mise en place de la domination, ainsi que des modalités d'exercice du pouvoir de direction. « *Il s'ensuivrait une reconnaissance de l'appartenance du salarié à la structure économique, et permettrait un dépassement de l'approche en termes de lien contractuel avec un employeur formé* » [1962].

954. Dans le même ordre d'idée, il est également envisageable d'imposer un renforcement des obligations entre les membres d'un groupe. La méconnaissance de telles obligations serait susceptible d'engager la responsabilité délictuelle des entités membres à l'égard des salariés en cas de préjudice. A ce titre, il est possible de rapprocher les relations entre les membres d'un groupe de l'interdépendance contractuelle qui prévaut dans certains ensembles de contrats. Sébastien Pellé a en effet mis en évidence les effets de l'imbrication de contrats sur les obligations contractuelles des parties en droit positif. « *Inséré dans une dynamique de groupe, chaque contrat va voir son contenu enrichi par la relation qu'il entretient avec d'autres contrats pour la réalisation d'une opération globale. (...) Le développement du potentiel de chaque contrat imbriqué va se traduire par la création de nouvelles contraintes pour les parties dans le but d'assurer la cohérence de l'ensemble contractuel* »[1963]. L'enrichissement du contenu obligationnel se traduit notamment par l'émergence d'obligations positives d'information et de conseil renforcées mises à la charge du promoteur de l'opération mais aussi de tout participant dont le comportement pourrait avoir des effets sur la réalisation de l'opération globale.

[1961] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.478.

[1962] M.-A. Moreau, « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée », *Travail et Emploi*, n°60-61, p.56s.

[1963] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007, p.462.

955. Dès lors, si la seule appartenance à un groupe ne suffit pas à rendre solidairement responsable les entités membres du groupe de l'employeur, sauf à mettre en cause le principe de l'autonomie juridique des entités membres, rien n'empêche, une fois les entités membres identifiées, d'imputer individuellement à tout ou partie de ces entités, du fait de leur appartenance au groupe et des effets dommageables de son action collective, un certain nombre d'obligations soit directement à l'égard des salariés soit à l'égard de l'employeur.

§2. Vers un renforcement de la modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe

956. S'il existe déjà quelques manifestations de la modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe en matière d'emploi, celles-ci sont encore timides (A), et invitent à la formulation de propositions favorables à un renforcement de l'imputation plurielle de responsabilité(B).

A. Les manifestations encore timides de la modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe

957. S'il existe quelques signes d'une pluralité de pôles d'imputation pour une obligation unique, force est de constater que la tendance va davantage à la distribution des obligations entre une pluralité de pôles d'imputation.

958. Ainsi, au titre de la pluralité de pôles d'imputation pour une obligation unique, l'article 75 de la loi du 12 mai 2009 introduit un nouvel article L.243-7-3 du Code de la sécurité sociale créant une responsabilité subsidiaire et solidaire entre la personne morale employeur ayant commis une infraction de travail dissimulé et la société mère. Cette dernière serait donc subsidiairement et solidairement responsable du paiement des contributions et cotisations sociales ainsi que des majorations et pénalités dues en cas d'infraction pour travail dissimulé.

Dans cette hypothèse, sans être l'employeur du salarié, la société mère est tout de même solidairement responsable de l'employeur envers le salarié. Cette solidarité découle directement de la qualité de société mère et vise indirectement à inciter l'ensemble du groupe à respecter les dispositions légales applicables en la matière.

959. De la même manière, mais s'agissant cette fois d'une distribution des obligations entre une pluralité de pôles d'imputation de responsabilité, l'article L.1231-5 du Code du travail[1964] impose des obligations à la charge de la société mère à l'égard d'un salarié avec lequel elle n'est plus contractuellement liée. Selon cet article, « *lorsqu'un salarié, mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d'une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale, la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère* ». Parmi les obligations légales mises à la charge de la société mère, outre l'obligation de rapatriement, si la société mère souhaite licencier le salarié, elle ne peut se contenter de reprendre le motif de licenciement invoqué par la filiale et doit tenir compte du temps passé auprès de la filiale dans le calcul de l'ancienneté pour déterminer le montant des indemnités de licenciement.

960. Dans l'hypothèse visée à l'article L.1231-5 du Code du travail, la société mère n'exerce plus d'autorité sur le salarié. Certains auteurs conditionnaient l'application de ce texte au maintien d'un contrat de travail entre le salarié détaché et la société d'origine. L'obligation de rapatriement à la charge de la société mère s'expliquait alors par la persistance de la qualité d'employeur[1965]. Une telle interprétation conduisait à limiter considérablement la portée de ce texte. A l'appui des travaux préparatoires de la loi[1966] et conformément à la rédaction du texte, d'autres auteurs considéraient que l'article L.1231-5 du Code du travail devait s'appliquer que la société ait continué ou non à exercer un pouvoir de direction sur le salarié. Cette dernière lecture de l'article L.1231-5 a été confirmée par la Cour de cassation par un arrêt du 13 novembre 2008[1967]. Cette décision précise expressément que l'article L.1231-5 du Code du

[1964] Ancien article L.122-14-8 du Code du travail.

[1965] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, Thèse Toulon, 2000, p.164.

[1966] Loi n°73-680 du 13 juillet 1973. Lors de la discussion du projet de loi, le ministre du travail a précisé que la disposition pouvait s'appliquer à tous les salariés, qu'ils aient conservé ou non un lien de subordination avec la société mère (*JO* Débats AN 27 juin 1973, p.2513).

[1967] Cass. soc., 13 novembre 2008, n°07-41700, *Bull.civ*. V, n°214. Sur cet arrêt : Aumauger-Lattes (M.-C.), « Rapatriement et reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère au sein de la société mère : l'interprétation larrge d'un texte restrictif. Cass. soc., 13 nov. 2008, n°07-41700 et Cass. soc., 13 nov. 2008,

travail « *ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison-mère* ». Interprété de la sorte, l'article L.1231-5 du Code du travail organise une pluralité de pôles d'imputation, sur des fondements différents, la responsabilité de la société mère ne résultant pas de l'exercice d'un pouvoir de direction sur le salarié[1968]. Il conforte le groupe comme « *espace de maintien de l'emploi* »[1969].

961. Enfin, s'inscrivant dans une démarche de responsabilité sociale des entreprises, certains mécanismes juridiques mis en place à l'initiative des entités membres du groupe contribuent à instaurer dans la pratique une imputation plurielle de responsabilité. La conclusion d'accords collectifs de groupe est un instrument juridique privilégié mis à la disposition des entités membres du groupe. Par la voie conventionnelle, il s'agit d'inciter les entités membres du groupe à s'organiser afin d'améliorer la prévention du dommage en matière d'emploi tout en assurant aux entités membres une sécurité juridique accrue dans l'accomplissement de leurs obligations légales.

962. Ainsi, pour sécuriser le périmètre de reclassement tout en garantissant au salarié une efficacité optimale dans la recherche des possibilités de reclassement, il est possible d'envisager une définition conventionnelle du périmètre de reclassement. La formalisation d'un périmètre de reclassement par un accord de groupe permettrait à l'employeur chargé de rechercher les possibilités de reclassement, de cibler immédiatement ses recherches dans un cadre prédéfini. A la condition que ce cadre corresponde aux critères jurisprudentiels, sa définition conventionnelle pourrait permettre de « *créer des espaces de mobilité plus larges que ceux garantis par la jurisprudence actuelle* »[1970] et serait de nature à améliorer la qualité même des recherches de l'employeur. En effet, la création d'un espace de reclassement par un accord de groupe offre un support contractuel à l'employeur envers les autres entités membres signataires de l'accord de nature à les contraindre à fournir l'information demandée.

---

n°06-42583, *RDT* 2009, p.29 ; J.-P. Lhernould, « Obligations de la société mère suite au licenciement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère », *Dr. soc*. 2009, p.69.

[1968] E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 331.

[1969] C. Morin, *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, *op.cit.*, p.166.

[1970] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.486.

963. Ainsi, certains groupes de sociétés n'ont pas hésité à créer, par accord collectif de groupe, des obligations de reclassement dans l'ensemble du groupe ou des bourses à l'emploi[1971]. *« Ces accords procèdent d'une vision de l'emploi plus large que celle qui préside à la jurisprudence actuelle, ils procèdent davantage de la reconnaissance des compétences ou de la validation des acquis professionnels que d'une stricte correspondance entre l'emploi et l'activité économique d'une entreprise donnée »*[1972]. En général, ces obligations de reclassement fixées par un accord de groupe et qui s'étendent à l'ensemble du champ d'application géographique de l'accord collectif de groupe, font partie intégrante d'une politique de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences menée au niveau du groupe (GPEC). Cette gestion prévisionnelle des emplois et des compétences rend possible une mise en commun des moyens en personnel, en budget et en outils au niveau du groupe, supérieurs à ceux qui pourraient être définis au niveau d'une société isolée. Elle implique une harmonisation au niveau du groupe de manière à faciliter les échanges et les « passages » entre les sociétés.

Si, en l'état actuel du droit, la mise en place d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences n'est pas un préalable obligatoire à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement économique, son existence constitue néanmoins un atout majeur pour l'employeur dans ses recherches de reclassement. En effet, elle vise à établir au niveau du groupe des références communes aux différentes entités membres pour l'analyse de la structure de l'emploi. « *Il faut en effet assurer un langage commun entre les différentes sociétés, ce qui implique une définition au niveau « groupe » des principaux concepts de la GPEC (emplois, métiers, emplois-type, effectifs, filières professionnelles) et l'établissement de comparatifs en terme notamment de mobilité entre les différents métiers du groupe, surtout si le groupe comprend des activités diversifiées avec des systèmes de classification des emplois différents. Il faut aussi assurer une synergie et une cohérence dans les moyens de traitement utilisés au niveau des sociétés* »[1973]. Cette analyse comparative de la situation de l'emploi et de ses caractéristiques dans chacune des entreprises du groupe permet de favoriser la mobilité des salariés, de définir une aire de mobilité en fonction du temps d'apprentissage ou de formation nécessaire pour être muté d'un emploi déterminé à un autre.

[1971] Voir notamment l'accord CERP Lorraine et l'accord EDF-GDF.
[1972] M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p.486.
[1973] Lamy social groupes, Etude 212-1.

964. Pour réussir, et c'est là que l'on touche à la qualité des informations sur l'emploi et de leur circulation, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences au niveau du groupe ne peut faire l'économie d'un engagement actif des entreprises du groupe elles-mêmes. Si une certaine centralisation de la GPEC est nécessaire, cette GPEC dépend largement des informations transmises par les entreprises du groupe. Cela suppose d'une part que les entreprises du groupe utilisent les mêmes méthodes et outils définis au niveau du groupe, soient transparentes et honnêtes dans leurs informations. « *Il s'agit de faire en sorte que d'une part toutes les informations soient échangées, et d'autre part qu'elles soient fiables (les postes proposés doivent être certains ; de même, les informations données sur les aspects professionnels des salariés proposées ne doivent pas être mensongères)* »[1974]. Des structures et des lieux d'échanges entre entreprises doivent exister pour permettre une fluidité optimale de l'information sur la situation de l'emploi. Des procédures communes aux différentes entreprises en cas de mutations inter-sociétés doivent être fixées et les postes disponibles dans le groupe doivent être régulièrement mis à jour.

965. L'intérêt de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est également d'envisager des possibilités de mutations inter-entreprises pour répondre aux besoins du groupe, en tenant compte des compétences du salarié, ce qui est un des éléments pris en compte par les juges du fond pour apprécier les possibilités de permutation du salarié. « *Les compétences peuvent se définir comme étant l'ensemble des connaissances, savoir-faire et savoir-être nécessaires pour tenir un poste défini dans une organisation donnée et à un moment précis* »[1975]. Les compétences d'un salarié ne se manifestent pas nécessairement toutes dans l'exécution de sa prestation de travail. La formation de base ou complémentaire du salarié, son activité antérieure, ses loisirs peuvent être à l'origine d'un ensemble de compétences qui ne sont pas nécessairement toutes exploitées dans l'activité professionnelle du salarié. En matière de compétence, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences permet également au salarié de valider les acquis de son expérience[1976]. L'ensemble des compétences du salarié ainsi réunies permettra à l'employeur de cibler au

[1974] Lamy social groupes, Etude 210-19.

[1975] Lamy social groupes, Etude 211-16.

[1976] L'article L.900-1 du Code du travail défini la validation de la compétence professionnelle ainsi : « *Toute personne engagée dans la vie active est en droit de faire valider les acquis de son expérience, notamment professionnelle, en vue de l'acquisition d'un diplôme, d'un titre à finalité professionnelle ou d'un certificat de qualification figurant sur une liste établie par la commission paritaire nationale de l'emploi d'une branche professionnelle, enregistrés dans le répertoire national des certifications professionnelles visé à l'article L. 335-6 du Code de l'éducation* ».

mieux les possibilités de reclassement du salarié dans son entreprise et dans l'ensemble du groupe.

966. Au-delà du cadre spécifique de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, la jurisprudence tire déjà toutes les conséquences du droit conventionnel pour retenir la responsabilité d'entités membres d'un groupe envers des salariés à l'égard desquels elles n'ont pas la qualité d'employeur, en cas de méconnaissance de leur engagement. Ainsi, par un arrêt du 27 novembre 2007[1977], la Cour de cassation a admis la condamnation solidaire de l'employeur et d'une société membre du groupe, en l'occurrence la société mère, au paiement d'indemnités en raison du manquement de l'employeur aux obligations prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi et en raison du manquement de la société mère à ses engagements pris en matière de reclassement. En l'espèce, la société TWA LLC, filiale de la société American Airlines, ne disposant plus d'aucun vol vers la France, a décidé de licencier l'ensemble du personnel employé à Roissy. Dans le cadre de la mise en place par la société TWA LLC du plan de sauvegarde de l'emploi, est conclu un « protocole d'accord » destiné à compléter le plan. Il consiste à organiser, à l'attention des salariés concernés qui le souhaiteraient, une procédure de reclassement auprès de la société American Airlines. Parallèlement, la société American Airlines s'est engagée par courrier auprès du comité d'entreprise de la société TWA LLC à garantir l'exécution de la procédure de reclassement prévue dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Relevant que la société American Airlines n'avait pas accompli toutes les diligences qu'impliquait la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi dont elle garantissait l'exécution et que l'employeur n'avait pas veillé à la mise en œuvre des mesures d'accompagnement prévues dans le plan et le protocole d'accord qui le complétait, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que les deux sociétés avaient toutes les deux commis une faute à l'origine de la perte pour les salariés d'une chance de reclassement. En raison de leur comportement, chacune des sociétés a contribué à la réalisation du préjudice subi par les salariés et est en conséquence tenue à sa réparation mais sur des fondements juridiques différents. Tandis que la responsabilité civile de l'employeur est engagée du fait de son manquement à une obligation légale ayant causé un préjudice aux salariés, la société mère engage sa responsabilité extra-contractuelle. Les deux sociétés sont ainsi solidairement condamnées à réparer un même préjudice mais sur des fondements juridiques différents et pour des fautes différentes. Nous sommes bien en

[1977] Cass. soc., 27 novembre 2007, n°06-42745, non publié.

présence d'un schéma d'imputation de responsabilité multiple, l'employeur n'étant pas le seul à avoir contribué à la réalisation du dommage et à en répondre.

967. Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a admis, par un arrêt du 21 novembre 2006[1978], la possibilité d'élargir le périmètre de reclassement par la voie d'un accord collectif inter-entreprises. En l'espèce, à la suite de la décision de la société Marks et Spencer France de cesser son activité, le groupe Galeries Lafayettes, intéressé par les droits de propriété immobilière et les baux commerciaux de la société, a proposé de racheter les actions de la société et de contribuer au reclassement des salariés. A la demande des Galeries Lafayettes, les modalités de reclassement des salariés ont été formalisées par un accord collectif majoritaire entre les deux sociétés et les organisations syndicales signataires du plan social. Dans cet accord, les Galeries Lafayette s'engageaient notamment à faire une offre d'emploi à chaque salarié de la société. Pour la Cour de cassation, cet accord a « *pour objet d'élargir le périmètre de reclassement des salariés* » ; le respect des dispositions conventionnelles entre dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Ainsi, après avoir relevé que « *deux propositions de reclassement avaient été faites à la salariée par le groupe Galeries Lafayette conformément aux prévisions du plan, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation et le lieu permettaient la permutation de tout ou partie du personnel* », la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir conclu à l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

968. Cet arrêt affirme très clairement la possibilité pour des entités d'élargir conventionnellement le périmètre de reclassement des salariés. Cette démarche volontaire ne concerne pas nécessairement des entités membres d'un même groupe mais l'existence d'un groupe peut la favoriser. En l'espèce, c'est bien parce que le groupe Galeries Lafayette envisageait de racheter la société Marks et Spencer France, par la suite devenue la société Galeries Lafayette Opéra, qu'il a choisi de s'impliquer positivement dans le reclassement des salariés alors qu'aucune disposition d'origine légale ou prétorienne ne l'y obligeait. Mais, s'il ne peut être demandé à l'entité qui s'est engagée plus que ce à quoi elle a consenti, dès lors que l'engagement est pris, les juges en apprécient le respect. En ce sens, si l'entité ne remplit pas ses engagements, elle commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard des parties à l'accord et sa responsabilité délictuelle à l'égard des

[1978] Cass. soc., 21 novembre 2006, n°05-42336, inédit.

salariés. En l'espèce, il est admis qu'une personne n'ayant pas la qualité d'employeur puisse faire des propositions de reclassement, dans la mesure où cela est conforme au plan. Il en résulte que l'employeur et l'entité volontairement engagée assument tous les deux une obligation de reclassement à l'égard du salarié dont l'inexécution fautive est susceptible d'engager leur responsabilité conjointe pour absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

969. Ces évolutions encore timides méritent d'être renforcées. Une des voies possibles est de placer la notion de groupe au fondement de la redéfinition du schéma d'imputation de responsabilité.

B. La notion de groupe au fondement de la redéfinition du schéma d'imputation de responsabilité

970. Placer la notion de groupe au cœur de la redéfinition du schéma d'imputation d'une responsabilité respectueuse des principes de la responsabilité civile conduit à privilégier un raisonnement en deux temps, consistant à identifier les auteurs potentiels du dommage du fait de leur participation à l'action collective du groupe préjudiciable pour procéder ensuite à une réindividualisation des responsabilités.

971. Si l'action collective du groupe peut contribuer à la réalisation d'un dommage en termes d'emploi pour les salariés et si cette action est le résultat de l'action combinée et multiple de chacune des entités membres du groupe, alors chacune des entités membres a bien une part de responsabilité dans la réalisation du préjudice. A l'heure actuelle, la référence au groupe demeure absente du droit de la responsabilité. Pourtant, c'est bien à partir de cette notion qu'il devient possible d'identifier les responsables potentiels à l'origine d'un dommage pour le salarié et de construire un schéma d'imputation de responsabilité multiple en mettant à la charge de tout ou partie des entités membres des obligations spécifiques en matière d'emploi. La seule appartenance des entités membres au groupe ne saurait toutefois suffire à engager leur responsabilité collective. En application des principes de la responsabilité civile, il convient d'établir un lien de causalité entre l'acte reproché d'une personne déterminée et la réalisation du dommage.

972. Dans cette perspective, la prise en compte des effets de l'action collective du groupe dans la réalisation du dommage pour le salarié conduit à une extension de la causalité juridique sans pour autant rompre avec l'exigence d'un lien de causalité. Le responsable n'est plus uniquement l'employeur, directement à l'origine de la décision ayant conduit à la réalisation du dommage, mais peut aussi être une entité membre du groupe, tiers à la relation contractuelle de travail avec le salarié, mais dont l'action a pu contribuer à la réalisation du dommage subi par le salarié. En ce sens, François Ost constate à propos de la responsabilité liée à une action collective : « *voilà que se trouve brisé le cercle de proximité qui m'obligeait seulement à l'égard du proche et du prochain, et distendu le lien de simultanéité qui me faisait comptable des effets immédiats, ou à tout le moins voisins, des actes que je posais aujourd'hui* »[1979]. Il reste toutefois à déterminer, une fois les débiteurs potentiels identifiés, le fondement juridique à partir duquel engager effectivement la responsabilité des entités membres du groupe. Là encore, la notion de groupe peut jouer un rôle actif en justifiant soit la création de nouvelles obligations entre entités membres (1) soit l'imputation multiple d'une obligation unique (2).

1. Création de nouvelles obligations entre entités membres

973. En s'appuyant sur l'unité organisationnelle du groupe, il est en effet concevable de mettre, à la charge de chacune des entités membres, des obligations les unes envers les autres. L'action collective du groupe ne se justifie qu'au regard de la réalisation de l'intérêt du groupe, entendu comme l'intérêt commun de chacune des entités en leur qualité de membre du groupe. La légitimité de la contrainte organisationnelle exercée sur les entités membres du groupe, en vue de la coordination de leur action, se mesure à l'aune de cet intérêt de groupe dont le maintien peut justifier la mise en œuvre d'un principe de solidarité entre les membres d'une même organisation.

[1979] F. Ost, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société* 1995, p.267.

974. Dans son sens originel, la solidarité est une technique juridique qui désigne l'obligation collective de plusieurs débiteurs envers un créancier, chacun devant répondre de tous les autres. En passant dans le langage courant, ce terme a perdu de sa précision pour signifier une « *relation entre personnes ayant conscience d'une communauté d'intérêts, qui entraîne, pour un élément du groupe, l'obligation morale de ne pas desservir les autres et de leur porter assistance* »[1980]. Dans ce dernier sens, la solidarité correspond alors davantage à une situation née d'un rapport d'interdépendance entre les membres d'un même groupe qu'à un rapport d'obligation juridique. Elle n'est pourtant pas dépourvue de portée juridique, un principe général de solidarité nationale ayant été reconnu en droit interne ainsi qu'un principe de solidarité entre les Etats membres du fait de leur commune appartenance à l'Union européenne. La solidarité exprime le lien d'interdépendance qui unit les entités membres d'un groupe réunies autour d'un intérêt commun et en vertu duquel un certain nombre d'obligations peuvent leur être imposées les unes envers les autres afin d'établir une répartition harmonieuse des avantages et charges liées à l'appartenance à un même groupe et à la réalisation de cet intérêt commun. Le principe de solidarité entre les Etats-membres dégagé par la CJUE en droit de l'Union européenne est particulièrement éclairant. Il « *est l'expression synthétique des devoirs impliqués par l'appartenance à un système fondé sur une communauté d'intérêts* »[1981]. Il a pour fonction de « *contraindre les Etats à respecter l'intérêt communautaire, l'intérêt commun et donc de ne pas faire prévaloir leurs intérêts propres, nationaux, lorsqu'ils sont contraires à cet intérêt commun* »[1982]. Il est notamment employé comme « *fondement d'une politique redistributive et guide ainsi l'action communautaire* »[1983], de telle sorte que les plus faibles puissent être pris en charge par les membres de la communauté qui ont les moyens de les secourir, ces moyens étant appréciés en fonction de leurs capacités contributives. Le principe de solidarité apparaît alors comme un moyen permettant de répartir de manière adéquate les bénéfices et les charges de la coopération entre les membres.

[1980] Dictionnaire Le Robert.

[1981] J.-C. Béguin, B. Charlot, Y. Laidié, *La solidarité en droit public*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2005, p.78.

[1982] *Ibid.*, p.73.

[1983] *Ibid.*, p.79.

975. Dans le cadre d'un groupe, l'application d'un principe de solidarité pourrait se traduire par l'obligation pour les entités membres de s'entraider à hauteur de leurs moyens respectifs, sans que cette solidarité ne se traduise pour autant par un rapport d'obligation solidaire. Il ne s'agit pas de rendre les entités membres solidairement responsables de l'employeur à l'égard de ses salariés. Sans s'engager à exécuter les obligations de l'employeur, sauf disposition conventionnelle ou légale contraire, les entités membres peuvent toutefois être tenues envers l'employeur à un certain nombre d'obligations découlant de leur commune appartenance au groupe. En s'inspirant de la démarche adoptée par la CJUE, de telles obligations pourraient être dégagées à partir d'une interprétation téléologique de la règle de droit. Tel pourrait notamment être le cas lorsqu'un employeur est contraint de procéder à des licenciements à la suite d'une décision de gestion prise dans l'intérêt du groupe. Le jugement du TGI de Péronne du 18 août 2009 est de ce point de vue particulièrement intéressant.

976. Par une décision inédite du 18 août 2009, le Tribunal de Grande Instance de Péronne s'est en effet livré à une interprétation téméraire des articles L.1233-61 et L.1235-10 du Code du travail, le conduisant à retenir la responsabilité délictuelle des sociétés d'un groupe pour ne pas être venues au soutien du plan de sauvegarde de l'emploi d'une société en difficulté. La sanction est lourde de conséquences, les sociétés du groupe ayant été condamnées *in solidum* à verser, à chacun des 178 anciens salariés de la société, une somme comprise entre 20.000€ et 50.000€, en réparation de la perte d'une chance d'être reclassé. Au-delà des conséquences financières de ce jugement, c'est le raisonnement suivi par les juges du fond dans leur appréciation de la faute et du préjudice subi qui interpelle.

977. A la suite de la mise en liquidation judiciaire, en février 2005, de la SA Péronne Industrie, membre du groupe Unichips International, le mandataire judiciaire de la société a établi un plan de sauvegarde de l'emploi avant de licencier pour motif économique les salariés de la société. Parallèlement à d'autres procédures judiciaires, d'anciens salariés de la société ont assigné en responsabilité trois sociétés de droit étranger du groupe, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. En application des articles L.1233-61 et L.1235-10 du Code du travail, il leur est reproché de ne pas être venues au soutien du plan de sauvegarde de l'emploi de leur société et d'être ainsi à l'origine de leur perte d'une chance de reclassement. Les sociétés du groupe mises en cause contestent l'existence d'une telle obligation ainsi que l'applicabilité à des sociétés de droit étranger de la loi française. Saisi du litige, le TGI de

Péronne admet la recevabilité de l'action et retient la responsabilité délictuelle des sociétés du groupe. Afin d'apprécier le contenu et la portée de cette décision, il convient de la replacer dans son contexte juridique.

978. Conformément à l'article L.1235-10, alinéa 2 du Code du travail, lorsque l'employeur appartient à un groupe, la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée « *au regard des moyens dont dispose (...) le groupe* ». Même si le champ d'application des obligations patronales déborde le cadre de l'entreprise, l'employeur demeure l'unique débiteur des salariés. En vertu de l'article L.1233-61 du Code du travail, c'est à lui seul qu'incombe la charge d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi dont les modalités, rendues plus complexes du fait de l'appartenance à un groupe, impliquent le concours d'autres sociétés sur lesquelles l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte. Ainsi, malgré le sérieux et la loyauté de ses efforts, lorsque l'employeur se heurte au refus ou au silence d'une société du groupe, il s'expose à indemniser les salariés licenciés en raison de l'insuffisance de son plan de sauvegarde de l'emploi. Exiger des sociétés d'un groupe une participation active au plan de sauvegarde de l'emploi de l'employeur contribuerait certainement à rendre ce plan de sauvegarde plus efficace au regard de son objectif de préservation de l'emploi. Reste à découvrir le fondement juridique capable d'imposer une telle obligation à des sociétés qui, malgré leur commune appartenance au groupe, sont juridiquement distinctes et considérées comme des tiers à la relation contractuelle de travail. Dans cette optique, la décision audacieuse du TGI de Péronne ouvre une nouvelle piste de réflexion, même si elle n'en demeure pas moins juridiquement risquée.

979. Les juges du fond se sont attachés à déterminer la recevabilité de l'action en la distinguant des actions commerciale et prud'homale. Conformément à une jurisprudence récente de la Cour de cassation[1984], la recevabilité de l'action engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers, est subordonnée à l'existence d'« *un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers* », en l'occurrence la perte d'une chance de reclassement dans le groupe. Dans ces conditions, l'action commerciale exercée à l'encontre de la SA Péronne Industrie ne constituait pas, selon les juges du fond, un obstacle à l'action en responsabilité délictuelle des salariés contre les sociétés du groupe. De

[1984] Cass. soc., 14 novembre 2007, n°05-21239, *JCP* G 2008, II, 10038, note F. Dumont.

la même manière, l'action des salariés était distincte de l'action prud'homale, la responsabilité des sociétés du groupe n'étant pas recherchée en leur qualité d'employeur[1985].

980. L'action en responsabilité délictuelle constituerait ainsi une alternative à l'action prud'homale pour les salariés souhaitant attraire en justice des sociétés dont le comportement a pu leur causer un préjudice mais qui, n'ayant pas la qualité d'employeur à leur égard, ne peuvent voir leur responsabilité engagée sur ce terrain. Encore faut-il que les conditions de la responsabilité délictuelle soient réunies. La question principale porte sur l'existence ou non d'une faute. En d'autres termes, les sociétés d'un groupe ont-elles l'« *obligation légale* » de venir au soutien du plan de sauvegarde de l'emploi de l'employeur ? Sur ce point, la décision du TGI de Péronne est particulièrement innovante.

981. Si le non-respect d'une obligation légale constitue une faute, encore faut-il qu'une telle obligation existe et en déterminer le ou les débiteurs, ce qui n'apparaît pas explicitement à la lecture de l'article L.1235-10 du Code du travail. A cet effet, le TGI de Péronne s'est livré à une interprétation téléologique de l'article L.1235-10 du Code du travail, l'objectif étant de découvrir le sens de la norme juridique par l'interprétation du texte normatif[1986]. En l'espèce, les juges se sont fondés sur la « *rédaction* » et l'« *économie générale* » de l'article L.1235-10 du Code du travail, pour en découvrir la finalité. La rédaction de la disposition conduisait à envisager la mobilisation de l'ensemble des moyens du groupe dans la mise en place du PSE, tandis que l'« *économie générale* » invitait à tenir compte de la cohérence de l'ensemble formé par les articles L.1235-10 et L.1233-61 du Code du travail. Cette dernière disposition précise l'objectif du plan de sauvegarde de l'emploi, à savoir éviter les licenciements ou en limiter le nombre, en prévoyant notamment un plan de reclassement. Fort de ces éléments, le TGI de Péronne a interprété la volonté du législateur comme visant à « *rendre les sociétés d'un groupe solidaires du plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'une d'entre elles* » et à « *faire peser sur les sociétés valides du groupe l'obligation de mobiliser leurs propres moyens au soutien du plan social de la société en difficulté* ».

[1985] Sur la recevabilité de l'action prud'homale : E. Serverin et T. Grumbach, « Promouvoir la recevabilité des actions délictuelles à l'égard des sociétés mères des groupes dans les contentieux engagés devant les conseils de prud'hommes, note sous Cons. prud'h. de Mulhouse, 28 juin 2010, n°RG 09-00998 et Chambéry, 5 janvier 2010, n°RG 09/01050 », *RDT* 2010, p.529.

[1986] F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Thèse Nancy 2, 2007, tome 2, p.1083.

982. Une fois la finalité de la règle de droit précisée, les juges ont recherché à en garantir l'« *effectivité* »[1987]. En l'espèce, comme il est relevé que l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir sur les autres sociétés du groupe, interpréter l'article L.1235-10 du Code du travail comme imposant au seul employeur la mobilisation de l'ensemble des moyens du groupe, reviendrait à « *priver de toute effectivité cette disposition légale* ». Ainsi, combinée à l'exigence d'effectivité, l'interprétation téléologique de la règle de droit a conduit le TGI à la découverte d'une « *obligation légale* » imposant à chacune des sociétés du groupe de venir au soutien du plan de sauvegarde de l'emploi de l'employeur.

983. Une telle décision présente l'avantage de responsabiliser toutes les sociétés du groupe, qu'elles soient « mère » ou « sœurs », du seul fait de leur qualité de membre du groupe. Si, en l'état actuel du droit positif, il existe déjà des mécanismes juridiques permettant de rechercher la responsabilité des sociétés du groupe[1988], leurs conditions de mise en œuvre étant strictement encadrées, ils demeurent d'application limitée et ne peuvent être, dans ces conditions, généralisés à l'ensemble des groupes[1989]. Dans cette perspective, la présente décision constitue une avancée dans la recherche de moyens de droit permettant de responsabiliser, au-delà de l'employeur, le groupe dans son ensemble, mais il s'agit d'une solution juridiquement risquée.

984. En premier lieu, le TGI de Péronne propose une interprétation particulièrement audacieuse de l'article L.1235-10 du Code du travail, contestable pour certains[1990], l'article précité demeurant silencieux tant sur l'existence d'une obligation que sur son débiteur. Cette interprétation extensive de l'article L.1235-10 du Code du travail conduit à envisager la responsabilité délictuelle de toutes les sociétés *« valides »* du groupe sans distinction. Est-il satisfaisant de retenir la responsabilité d'une société du groupe qui n'a peut-être pas été

[1987] L'effectivité « *comprend les effets qui sont en adéquation avec la finalité de la règle de droit qui les produit* ». Elle est, en ce sens, liée à une interprétation téléologique de la règle de droit. Leroy (Yann), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Thèse Nancy II, 2008, p.415 et 438.

[1988] Tel est notamment le cas de l'extension de la procédure collective en cas de confusion des patrimoines ou de fictivité, de la responsabilité délictuelle de la société mère en cas de faute commise à l'égard de sa filiale ou du co-emploi. Cette dernière hypothèse permet de rendre solidairement responsables des obligations patronales, et notamment de l'obligation de reclassement et du PSE, les sociétés d'un groupe lorsqu'existe un exercice en commun du pouvoir de direction ou une « *confusion d'activité, d'intérêt et de direction* ». Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42570 (inédit) et n°05-42551 (*Bull. civ.* V, n°109).

[1989] Sauf à envisager un assouplissement de ces notions, mais au risque de conduire à leur dilution.

[1990] G. Auzero, « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés », *Sem. soc. Lamy* 12 octobre 2009, n°1416, p.6.

préalablement informée par l'employeur de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi ?

985. En deuxième lieu, l'identification des débiteurs de l'« *obligation légale* » repose sur le critère de l'appartenance à un groupe. Le TGI de Péronne développe une approche inhabituelle de la notion en qualifiant l'« *obligation légale* » d'« *obligation de solidarité* » et en envisageant le groupe comme une « *communauté d'intérêts* »[1991]. La solidarité[1992] ne se confond pas ici avec un rapport d'obligation rendant les sociétés du groupe solidairement responsables de l'employeur ; elle a davantage vocation à garantir l'intérêt commun des membres d'une communauté au-delà de leurs intérêts particuliers, en leur imposant un certain nombre d'obligations réciproques, appréciées en fonction de leurs capacités contributives. Parce qu'une communauté d'intérêts existerait, « *les sociétés valides du groupe doivent mobiliser leurs propres moyens* » au soutien du plan de sauvegarde de l'emploi de l'entreprise en difficulté. La solidarité assurerait ainsi, au nom de l'intérêt commun des membres, une répartition relativement équilibrée des avantages et inconvénients liés à l'appartenance au groupe. Cet aspect de la solidarité est d'autant plus prégnant qu'en l'espèce, la situation économique de la SA Péronne Industrie était liée à la politique du groupe. Les juges du fond ont effet constaté que, peu de temps avant la cessation de paiement, des transferts d'actifs importants de la société avaient eu lieu vers d'autres sociétés du groupe, contribuant à « *renforcer* [leur] *potentiel de production* ».

986. En troisième lieu, l'appréciation par les juges du fond de l'existence d'une perte de chance, préjudice distinct de la perte de l'emploi, laisse songeur. En principe, la perte d'une chance existe lorsqu'un événement probable ne s'est pas réalisé. Elle implique l'identification de deux préjudices distincts : la perte d'une chance proprement dite, objet unique de la réparation, et un préjudice final, en l'occurrence la perte d'emploi. Compte tenu du caractère aléatoire de la chance, les possibilités de reclassement offertes au salarié ne se confondant pas avec une obligation d'embauche du salarié, une probabilité suffisante est nécessaire : la chance doit être réelle et sérieuse ou raisonnable. En l'espèce, le caractère réel et sérieux de la

[1991] A rapprocher de Q. Urban, « La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTDcom.*, 2000, p.1s.

[1992] La solidarité peut définir l'obligation collective de plusieurs débiteurs envers un créancier, chacun devant répondre de tous les autres ; elle peut également désigner, dans son sens courant, la « *relation entre personnes ayant conscience d'une communauté d'intérêts, qui entraîne, pour un élément du groupe, l'obligation morale de ne pas desservir les autres et de leur porter assistance* ». A. Rey (dir.), « Solidarité », *Dictionnaire culturel en langue française*, tome IV, Paris, Le Robert, 2005.

chance reposait sur la « *capacité raisonnable de reclassement* » au regard du cadre territorial envisagé[1993], et des « *capacités économiques* » du groupe[1994]. Pour les juges du fond, le lien de causalité entre la perte de la chance et le manquement des sociétés était suffisamment établi. Chacune des sociétés du groupe ayant contribué à la réalisation du préjudice, le TGI les condamne *in solidum*. Peu importe qu'elles soient de droit étranger : le fait dommageable ayant réalisé ses effets en France, les sociétés engagent leur responsabilité délictuelle, en application de l'article 5/3 du Règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000.

987. Ainsi, si la décision du TGI de Péronne paraît pour le moins risquée, elle présente l'intérêt de renouveler la problématique de la responsabilité du groupe en droit du travail. La réaffirmation récente par la Cour de cassation du principe selon lequel « *une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement* »[1995] ne s'oppose pas nécessairement à la solution dégagée par le TGI de Péronne qui sanctionne l'absence de soutien des sociétés membres du groupe au plan de sauvegarde de l'emploi de l'employeur et la perte d'une chance de reclassement mais ne vise pas à imposer à ces dernières la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi ou le reclassement des salariés, obligations qui pèsent exclusivement sur l'employeur[1996].

988. En se fondant sur la dimension organisationnelle du groupe et sur un principe de solidarité entre entités membres, il est possible de créer à la charge des entités membres du groupe des obligations en matière d'emploi de nature à responsabiliser le groupe dans son ensemble, sans déresponsabiliser l'employeur. La responsabilité des entités membres du groupe se juxtapose à celle de l'employeur et repose sur un fondement juridique différent. En même temps, et conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation du 13 janvier 2010, la seule appartenance d'entités à un même groupe ne suffit pas à engager leur responsabilité. Il s'agit bien de procéder à une réindividualisation de la responsabilité.

[1993] Selon les juges du fond, une possibilité de reclassement au sein de l'Union européenne pouvait « *raisonnablement intéresser un certain nombre de salariés en cette période de mobilité des emplois de cadre* ».

[1994] Les juges du fond ont notamment relevé l'existence d'unités de fabrication identiques à celle de la SA Péronne Industrie et la progression des résultats des comptes consolidés du groupe.

[1995] Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-15776, *Bull. civ.* V, n°109.

[1996] E. Serverin et T. Grumbach, « La saga judiciaire Flodor », *RDT* 2009, p. 693s ; H. Tissandier, « Sociétés à structure complexe et droit du travail. Du LBO au groupe, retour sur quelques audaces judiciaires », *RJS* 4/10, Chron., p.255.

989. Sur ce point et s'agissant plus spécialement du reclassement du salarié dans le groupe et de la possibilité d'engager la responsabilité d'entités membres du groupe pour la perte d'une chance de reclassement, le manquement de l'entité membre à son obligation de solidarité à l'égard de l'employeur doit être caractérisé pour constituer une faute à l'origine du dommage pour le salarié, à savoir la perte d'une chance d'être reclassé. Cette répartition plus harmonieuse des conséquences d'un refus de reclasser ou d'un manque d'information sur les emplois disponibles de la part d'une entreprise du groupe étrangère à la relation contractuelle du travail est possible sans pour autant remettre en cause le principe de l'effet relatif des contrats découlant de l'article 1165 du Code civil. En effet, l'effet direct de l'obligation de reclassement découlant du contrat de travail s'impose exclusivement à l'employeur du salarié. On ne saurait imposer le reclassement du salarié à une entité membre du groupe autre que l'employeur sans méconnaître le principe de l'effet relatif du contrat et plus largement le principe constitutionnel du libre choix par l'employeur de ses collaborateurs[1997]. Une entreprise du groupe qui n'a pas la qualité d'employeur, ne peut être contrainte de reclasser un salarié d'une autre entreprise du groupe. En revanche, cette entreprise du groupe pourrait engager sa responsabilité délictuelle à l'égard du salarié sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, pour perte d'une chance d'être reclassé[1998]. Tel est le cas lorsque l'entreprise du groupe a gardé le silence sur les postes disponibles dans son entreprise malgré les demandes réitérées de l'employeur sur qui pèse l'obligation de reclassement, soit en raison de l'embauche d'un salarié sans prise en compte au cours de la période de recrutement des capacités du salarié à reclasser.

990. L'effet relatif du contrat n'interdit pas que les tiers soient tenus, sur le fondement de l'opposabilité des contrats, de respecter les conventions conclues entre les parties. Sans se confondre, l'effet relatif et l'opposabilité du contrat sont tous deux nécessaires au « *rayonnement du lien contractuel* »[1999]. « *Le contrat est déclaré relatif aux parties dans la limite où il est indirectement générateur de droits et d'obligations : c'est le principe de relativité de l'effet obligatoire des actes conventionnels. Mais le contrat est aussi reconnu*

[1997] Conseil Constitutionnel, décision n°88-244, 20 juillet 1988, *JO* du 21 juillet 1988, p.9448.

[1998] Il est possible de faire un rapprochement avec l'hypothèse de la « tierce complicité » en matière de débauchage et de violation d'une clause de non concurrence. Le nouvel employeur est considéré comme le complice de la violation de l'obligation contractuelle lorsqu'il continue à employer le salarié après avoir pris connaissance de la clause de non-concurrence. Une sanction peut être prononcée contre le tiers dont l'intervention a rendu possible la violation par le débiteur d'une obligation contractuelle. Le tiers peut voir sa responsabilité délictuelle engagée, à condition d'avoir eu connaissance de l'existence de l'obligation à la violation de laquelle il s'est associé.

[1999] Expression de MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2005, n°482s.

opposable, en tant qu'il constitue un élément de l'ordonnancement juridique, dont l'existence peut nuire ou profiter indirectement aux tiers : c'est le principe de l'opposabilité »[2000]. Selon cette distinction, seuls les effets indirects du contrat peuvent concerner les tiers à un contrat ; en aucun cas le contrat ne peut créer des droits ou des obligations à leur égard. « *Comme acte générateur de droits ou d'obligations, la convention voit ses effets restreint aux parties ; tandis que, comme événement socio-juridique, elle rayonne vers les tiers. (...) Tout comme un fait, la convention est un élément de l'ordre juridique dont chacun doit tenir compte, et dont les parties peuvent se prévaloir à l'égard des tiers, et inversement, à condition de respecter la relativité de l'effet obligatoire* »[2001]. Le lien contractuel peut rayonner[2002] au-delà du cercle restreint des parties contractantes pour s'étendre aux entités membres du groupe. Mais pour être ainsi opposable au tiers, le contrat doit avoir été porté à la connaissance du tiers[2003].

991. Il est dès lors essentiel que l'entité membre, appartenant au périmètre de reclassement dans le groupe, ait été informée de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur concerné. Il s'agit d'établir la participation effective de l'entité membre à la réalisation du dommage pour le salarié. Cela suppose en amont qu'avant tout licenciement du salarié, l'employeur ait satisfait à son obligation de rechercher des possibilités de reclassement en contactant les entreprises concernées, à savoir celles dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel. A défaut, l'entière responsabilité du dommage pèserait sur l'employeur qui n'aurait pas sérieusement recherché à reclasser le salarié. Cette solution présente l'intérêt de ne pas contrevenir au principe de l'effet relatif des contrats. Dans ces hypothèses de mise en cause de la responsabilité délictuelle d'une entité membre, tiers à la relation contractuelle de travail, le contrat de travail « *n'est pas par le fait même et par sa force légale applicable aux tiers…(mais) devient seulement un élément de dommages et intérêts que le juge estime avec sa liberté d'appréciation* »[2004]. « *Le responsable du dommage causé à un salarié se verra opposer le contrat de travail de sa victime, non pour exiger de lui l'exécution de ce contrat, mais seulement pour établir l'importance du préjudice subi par ledit salarié du fait de son indisponibilité ou de la perte de son emploi. Ici encore, la convention, bien qu'étrangère à l'auteur du dommage, sera pour le*

[2000] J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, p.49.
[2001] *Ibid.*, p.52.
[2002] Expression de MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°482s.
[2003] Sur la connaissance de l'acte juridique par les tiers comme condition de l'opposabilité : J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), op.cit.*, n°10 ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats, op.cit.*, p.294s.
[2004] J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), op.cit.*, p.57.

tribunal une source précieuse d'information afin de chiffrer le montant des indemnités à verser au travailleur »[2005].

992. Il résulterait de la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle d'une entreprise du groupe une meilleure correspondance entre le pouvoir et la responsabilité. L'entreprise du groupe qui détient l'information sur les postes disponibles existant en son sein et qui retient cette information malgré les demandes réitérées de l'employeur a bien une part de responsabilité dans le dommage causé au salarié, à savoir le licenciement. Il conviendrait de consacrer légalement ou par la jurisprudence une obligation transversale d'information. L'employeur devrait pouvoir s'appuyer sur un fondement textuel ou jurisprudentiel pour imposer aux sociétés du groupe de lui fournir les informations demandées, d'autant plus que le type d'information demandée n'entre pas dans la catégorie des informations confidentielles. Une telle consécration n'est pas impossible : l'article 4§4 de la directive du 6 mai 2009 prévoit déjà l'obligation pour l'ensemble des entreprises incluses dans un groupe d'entreprises de dimension communautaire de fournir les informations nécessaires à l'ouverture de négociations pour la mise en place d'un comité d'entreprise européen. Elle pourrait donc être envisagée pour le reclassement.

993. La création de nouvelles obligations entre entités membres peut également être complétée par l'imputation multiple d'une obligation unique.

2. Imputation multiple d'une obligation unique

994. L'employeur n'est pas toujours à l'origine de la décision de gestion ayant conduit au licenciement de tout ou partie de ses salariés. Dans cette hypothèse, comment responsabiliser le groupe en l'incitant à prendre en compte dans ses décisions de gestion l'impact sur l'emploi des salariés ? La décision de l'employeur s'inscrit dans une stratégie globale décidée au niveau du groupe. Certes, il est possible de soutenir que, là encore, chacune des entités membres du groupe, en contribuant à la mise en œuvre de la stratégie de groupe contribue à la perte de l'emploi pour le salarié, mais le fait générateur du dommage se situe davantage en amont, au niveau de la décision prise concernant la stratégie du groupe. La décision de l'employeur de procéder à des licenciements pour motif économique n'est que le dénouement

[2005] J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op.cit.*, p.58.

d'un long processus au cours duquel la politique du groupe définie par l'agent juridique titulaire du pouvoir peut jouer un rôle essentiel. Aussi, il convient de rechercher l'auteur de la décision de gestion prise pour l'ensemble du groupe, ce qui passe par l'identification de l'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe.

995. La perspective se distingue des différentes propositions doctrinales favorables à la reconnaissance d'un nouveau cas de responsabilité du fait de la dépendance économique ou du contrôle par la société mère de ses filiales. Au fondement de la responsabilité, se trouve l'action collective du groupe pris dans sa dimension organisationnelle et non seulement une relation de contrôle entre une entité dominante et une entité dominée. L'enjeu consiste à encadrer juridiquement la politique du groupe en touchant l'entité « animatrice », chargée de coordonner l'action des entités membres. Il s'agit ici de réindividualiser la responsabilité en partant du critère de la capacité d'action de l'entreprise. Seule la responsabilité de l'agent juridique titulaire du pouvoir, auteur de la décision de gestion, est recherchée car, compte tenu de son pouvoir de coordination des actions des entités membres et de définition de la politique économique globale du groupe, il convient de l'inciter à tenir compte des effets de ses décisions sur l'emploi des salariés.

996. De la même manière que le contrôle du juge ne peut s'exercer sur l'opportunité de la décision de gestion de l'employeur[2006], il doit en être de même pour la décision de l'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe. L'engagement de la responsabilité de l'agent juridique titulaire du pouvoir n'est pas subordonné à une quelconque faute de sa part ; car sans être fautive et tout en relevant de l'exercice normal et conforme à l'intérêt du groupe du pouvoir de coordination, les décisions peuvent être à l'origine d'un préjudice pour le salarié. Aussi, sans avoir à rapporter la preuve, souvent difficile, d'une faute de gestion, il suffirait au salarié d'établir la preuve d'un lien de causalité entre la décision de l'agent juridique titulaire du pouvoir et le licenciement prononcé, preuve susceptible d'être allégée par le jeu de présomptions. Précisons toutefois qu'un tel lien de causalité n'est pas automatique et devrait céder devant la preuve contraire, dans la mesure où l'employeur bénéficie d'une certaine autonomie et qu'en conséquence, ses décisions ne sont pas toujours liées à la politique du groupe. La responsabilité objective de l'agent juridique titulaire du pouvoir doit permettre d'encadrer les effets négatifs de l'activité normale du groupe. Mais, l'agent juridique du

[2006] Cass. Ass. Plén., 8 décembre 2000, SAT, n°97-44219, publié *Bull. Ass. Plén.*, n°11 p. 19

pouvoir n'a pas à être tenu responsable des faits licites de l'employeur. « *La reconnaissance d'une responsabilité objective n'empêche pas d'exiger un fait fautif imputable à la filiale* »[2007] employeur. Seule est visée l'hypothèse dans laquelle la décision de restructuration prise par l'agent juridique titulaire du pouvoir est à l'origine d'un licenciement économique dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'élément causal ou originel n'étant pas caractérisé au niveau du secteur d'activité du groupe. Il convient alors de retenir la responsabilité de l'agent juridique titulaire du pouvoir et de le condamner à contribuer, aux côtés de l'employeur, à la réparation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et au remboursement des allocations chômage aux organismes concernés. En application du droit commun de la responsabilité en cas de co-auteurs, le salarié bénéficierait ainsi d'une double action contre l'employeur et l'agent juridique titulaire du pouvoir, chacun étant responsable à l'égard de la victime pour le tout. Il appartient ensuite à celui ayant contribué au tout d'exercer une action récursoire afin que la charge de la réparation finale soit répartie par le juge entre les entreprises.

997. L'agent juridique titulaire du pouvoir est de la sorte invité à tenir compte, dans ses décisions de gestion, de la dimension sociale de l'emploi et à ne pas reporter intégralement sur l'employeur le risque de l'emploi né de la mise en œuvre de la stratégie de groupe. Dans cette perspective, l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 22 mars 2005 mérite d'être relevé pour avoir condamné la société mère à payer des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux salariés d'une de ses filiales en cessation de paiement dont l'activité a été délocalisée sur décision du groupe. Il s'agissait en l'espèce d'Aspocomp SAS, filiale détenue à 99% par la société Aspocomp Group Oyj, société mère de droit finlandais. A la suite de la décision du groupe de délocaliser en Asie l'activité de la filiale, totalement dépendante du soutien financier du groupe, un premier plan de restructuration dans le cadre duquel des engagements pris par la société mère en faveur des salariés menacés de licenciement ont été formalisés par un accord d'entreprise, a conduit au licenciement de 210 salariés. Quelques semaines plus tard, la société mère décide de ne plus financer l'activité de la filiale, conduisant à sa liquidation judiciaire et au licenciement du reste du personnel de la société. Constatant que le secteur d'activité du groupe afférent à la fabrication des circuits imprimés et auquel appartient la filiale SAS Aspocomp, est bénéficiaire, la Cour d'appel conclut à l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements pour motif économique. En se fondant sur le « *comportement déloyal et la légèreté blâmable* » de la société mère

[2007] B. Grimonprez , « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés* 2009 p. 715s.

Aspocomp Group Oyj, caractérisé par l'abandon du soutien financier de sa filiale dont la survie en dépend, et ce malgré la prospérité du secteur d'activité, et par le non respect des engagements pris dans l'accord d'entreprise du 18 janvier 2002, la Cour d'appel condamne la société mère à payer les sommes dues en application de l'accord d'entreprise et aux indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les critères retenus ne suffisent pas à justifier une extension de la procédure collective de la filiale à la société mère, et pourtant, la société mère est tenue, en raison de son comportement déloyal et de sa légèreté blâmable, de supporter les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il est en effet « déloyal » de la part de la société mère, tant à l'égard de la filiale qu'à l'égard de ses salariés, de sacrifier délibérément une entreprise du groupe en vue de générer des profits supplémentaires « *par le biais d'économies sur les salaires* », en l'absence de nécessité économique. Le comportement de la société mère est ici directement condamné par la Cour d'appel de Rouen, son rôle ayant été clairement caractérisé dans la réalisation du préjudice subi par les salariés de la filiale. Les salariés ayant directement attrait la société mère en justice et non leur employeur, il n'est pas possible d'affirmer que la responsabilité de la société mère se substitue à celle de l'employeur. Il est dès lors tout à fait concevable de maintenir la responsabilité de l'employeur pour absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et d'y ajouter celle de la société mère en considération de sa contribution à la réalisation du dommage du fait de son comportement déloyal et de sa légèreté blâmable. Si la démarche adoptée par la Cour d'appel de Rouen est particulièrement intéressante et s'inscrit dans le cadre d'une redéfinition du mode d'imputation de responsabilité, il s'agit d'une voie dans laquelle la Cour de cassation n'a pas souhaité s'engager ouvertement. En effet, sans casser l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen, la Cour de cassation[2008] se fonde sur la notion de co-emploi pour justifier de la condamnation de la société mère à payer les indemnités dues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

998. **En conclusion**, en recherchant la responsabilité de l'agent juridique du pouvoir dans le groupe, c'est bien le groupe dans son ensemble qui est visé : est responsable celui qui coordonne l'activité et qui engage par ses décisions stratégiques l'ensemble des entités membres du groupe. Est de la sorte mise en valeur la double appartenance du salarié à l'entreprise et au groupe. Par son activité, le salarié participe non seulement à l'activité économique de l'entreprise mais également à celle du groupe. L'ensemble de ces voies juridiques permettant une responsabilisation du groupe par l'intermédiaire de ses entités

[2008] Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551, *Bull. civ.* V, n°109.

membres devrait permettre d'inciter le groupe à prévenir la survenance du risque de l'emploi par l'adoption d'une politique active et volontaire de responsabilité sociale des entreprises en matière d'emploi. L'objectif est d'inciter les entités membres du groupe à s'organiser entre elles afin d'éviter d'engager leur responsabilité en matière d'emploi et d'associer ainsi sécurité juridique pour les entités membres et efficacité juridique pour les salariés des mesures protectrices de l'emploi au niveau du groupe.

CONCLUSION

999. L'attention portée au phénomène économique du groupe tel qu'il se présente dans l'ordre économique a permis de mettre en évidence son originalité, l'association paradoxale de l'un et du multiple, source des difficultés d'un ordre juridique attaché au principe de l'autonomie juridique de la personne morale. La consécration de la notion juridique de groupe tente de dépasser la contradiction par la prise en compte des relations de pouvoir unissant des entités juridiquement autonomes à l'une d'entre elles. L'étude de sa genèse permet de mesurer la distance qui sépare la notion juridique du phénomène économique dont elle est la représentation abstraite. D'une part, elle révèle la perception que le droit se fait de ce phénomène économique. Malgré la diversité des relations intra-groupe et des configurations de groupe existantes dans l'ordre économique, l'approche juridique dominante du groupe est celle d'une représentation pyramidale reposant sur des relations de détention en capital ou de contrôle. D'autre part, l'étude de la genèse de la notion en droit du travail précise en quoi cette notion est le résultat d'une construction et, plus précisément, d'un processus de création juridique complexe. Pour autant, sa reconnaissance ponctuelle et parcellaire, son absence d'unité au sein même du droit du travail, l'incertitude entourant la définition des liens caractéristiques du groupe heurtent la sensibilité du juriste et, au-delà, posent des questions pratiques de sécurité juridique.

1000. La construction du cadre conceptuel de référence proposé permet d'apporter un certain nombre de précisions. D'une part, en définissant un seuil de compatibilité, il permet d'harmoniser le sens des différentes notions dans le respect de leur spécificité. D'autre part, en privilégiant un mode d'organisation de la connaissance reposant sur la pensée de la complexité, il enrichit le sens de la notion en évitant de se focaliser exclusivement sur la définition de liens incapables à eux seuls de caractériser avec certitude le groupe. Plus précisément, en mettant en évidence la complexité de l'unité organisationnelle du groupe, il dévoile la relation dynamique qui s'instaure entre le groupe et chacune de ses entités membres. Le groupe ne désigne plus la somme des relations de pouvoir unissant une entité dominante à des entités dominées, mais un nouvel acteur collectif qui agit par l'intermédiaire de ses membres, de telle sorte que leurs actions ne se comprennent que référées à la globalité

dont le groupe est porteur. En replaçant les relations de pouvoir dans le contexte organisationnel global du groupe, la représentation pyramidale du groupe reposant sur des relations de détention en capital ou de contrôle n'est plus qu'un mode de structuration du groupe parmi d'autres possibles, le pouvoir caractéristique du groupe pouvant s'exercer sous différentes formes et par différentes techniques juridiques.

1001. Cette représentation juridique alternative du groupe guide le régime juridique attaché à la notion de groupe en droit du travail. Elle met en valeur la manière dont le droit du travail opère un redéploiement de ses dispositifs de contrainte normative en vue d'un encadrement du pouvoir à l'œuvre mais adapté à la dimension complexe du groupe. Particulièrement visibles dans les relations collectives du travail, toutes les conséquences de l'unité complexe du groupe n'ont pas encore été tirées en matière de responsabilité de l'emploi : elles appellent, entre autres, une évolution plus aboutie du schéma d'imputation de responsabilité. Mais, qu'il s'agisse des relations collectives du travail ou de la responsabilité en matière d'emploi, la notion de groupe ne désigne pas seulement un périmètre d'application de la règle de droit ; elle rend possible la mise en œuvre du compromis de valeurs qui structure le droit du travail.

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

ALLAN (D.) et RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2003.

BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.) et DRAI (A.-M.), *Dictionnaire de sciences économiques*, Paris, Armand Collin, 2001.

BELANGER (L.) et MERCIER (J.), *Auteurs et textes classiques de la théorie des organisations*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2006.

BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1972.

COLLET (M.), *Droit fiscal*, Paris, PUF, 2007.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2005.

CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, 7e éd., Paris, PUF, 2005.

CORNU (G.), *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1995.

COUTURIER (G.), *Droit du travail*, 2e éd., Paris, PUF, 1994.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 18e éd., Paris, Litec, 2006.

DIDIER (P.), *Droit commercial*, Paris, PUF, 1993.

FARJAT (G.), *Droit économique*, 2ème éd., Paris, PUF, 1982.

GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.) (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2005.

GUYON (Y.), *Droit des affaires*, 4e éd., Paris, Economica, 1986.

JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 1994.

LASCOUMES (P.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

LAMY SOCIAL GROUPES

LIVIAN (Y.-F.), *Organisations – Théories et pratiques*, 4e éd., Paris, Dunod, 2008.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*,6e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

MORIN (M.-L.), PECAUT-RIVOLIER (L.) et STRUILLOU (Y.), *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise. Loi du 20 août 2008*, coll. « Guides Dalloz », Paris, Dalloz, 2009.

OPPETIT (B.) et RODIERE (R.), *Droit Commercial. Groupements commerciaux*, 10e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, 1980.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, 24e éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2008.

REY (A.) (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Le Robert, 2005.

TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 9e éd., 2005.

VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 5e éd., coll. « Manuel », Paris, LGDJ, 2006.

OUVRAGES SPECIAUX, THESES

ADAM (P.), *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, 2005.

ALIPRANTIS (N.), *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Thèse Strasbourg, 1980.

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Paris, LGDJ, 1995.

APPAY (B.), *La dictature du succès : le paradoxe de l'autonomie contrôlée et de la précarisation*, coll. « Logiques sociales », Paris, 2006, L'Harmattan,.

ASSOCIATION FRANÇAISE DES JURISTES D'ENTREPRISE ET CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES DE RENNES (Dir.) *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972.

ATIBACK (A.) *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, Paris, L'Harmattan, 2007.

ATIBACK (A.), *Intérêt social et intérêt du groupe en matière d'abus commis par les dirigeants sociaux*, Thèse Paris II, 1996.

BARTHELEMY (J.), *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Liaisons, 2003.

BARTHELEMY (J.), *Le droit des groupes de sociétés*, Paris, Dalloz, 1991.

BEGUIN (J.-C.), CHARLOT (B.) et LAIDIE (Y.), *La solidarité en droit public*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2005.

BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003.

BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris, LGDJ, 1999.

BOLTANSKI (L.) et CHIAPELLO (E.), *Le nouvel esprit du capitalisme*, coll. « nrf essais », Paris, Gallimard, 1999.

BOY (L.), *L'intérêt collectif en droit français. Réflexions sur la collectivisation du droit*, Thèse Nice, 1979.

BORENFREUND (G.), *L'action revendicative au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris X-Nanterre, 1987.

BOÜARD (F. DE), *La dépendance économique née d'un contrat*, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 13, Paris, LGDJ, 2007.

BRAUDEL (F.), *La dynamique du capitalisme*, Paris, Flammarion, 1985.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.) et LEGAL (A.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996.

CATEL-DUET (A.), *Le gouvernement des groupes de sociétés. Les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des réalités de l'entreprise contemporaine*, Thèse Grenoble II, 2007.

CHAMPAUD (C.), *Le Droit des affaires*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1981.

CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962.

CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983.

CHERRIER-THORMANN (G.), *L'expression du droit syndical dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris I, 1980.

CLERET DE LANGAVANT (G.), *Bioéthique. Méthode et complexité*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2001.

COHEN (M.), *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9e éd., Paris, LGDJ, 2009.

COLLIN (F.), DHOQUOIS (F.), GOUTIERRE (P.-H.), JEAMMAUD (A.), LYON-CAEN (G.) et ROUDIL (A.), Le droit capitaliste du travail, Grenoble, PU Grenoble, 1980.

COULOMBEL (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Paris, Imprimerie Moderne, 1950.

COUSIN (G.), *Etude juridique du groupe industriel constitué par une société mère et ses filiales*, Thèse Nancy, 1950.

CROZE (H.), *Recherches sur la qualification en droit processuel français*, Thèse Lyon III, 1982.

CROZIER (M.), *Le Phénomène bureaucratique*, Paris, Seuil, 1965.

CROZIER (M.) et FRIEDBERG (E.), *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1977.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 1997.

DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

DESBARATS (I.), *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, Paris, LGDJ, 1996.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957.

DIEBOLT (S.), *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse Paris X Nanterre, 2000.

DOAT (M), LE GOFF (J) et PEDROT (P) (Dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007.

DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, Thèse Paris X Nanterre, 2001

DUCLOS (J.), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984.

DURAND (D.), *La systémique*, 10e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 2006.

ELIAS (N.), *La société des individus*, coll. « Agora », Paris, Fayard, 1997.

ENGLISH (P.), *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle*, Thèse Angers, 1980.

FARDOUX (O.), *Le droit social face à l'extériorisation de l'emploi*, Thèse Lille, 1997.

FORTIN (R.), *Comprendre la complexité. Introduction à La Méthode d'Edgar Morin*, coll. « Logiques sociales », Paris, L'Harmattan, 2001.

FOUCAULT (M.), *Sécurité, Territoire, Population, Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.

FRAISSINIER (V.), *La liberté d'entreprendre. Etude de droit privé*, Thèse Université de la Réunion, 2006.

FREYSSINET (J.), *Politiques d'emploi des grands groupes français*, Grenoble, PUG, 1982.

FRIEDBERG (E.), *Le pouvoir et la règle*, 2e éd., Paris, Seuil, 1993, 1997.

FRIEDBERG (E.), *L'analyse sociologique des organisations*, Paris, POUR, 1988.

FROSSARD (S.), *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2000.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, coll. « Droit civil », Paris, Economica, 1985.

GASTINEAU (P.), *La fiscalité des groupes de sociétés : l'intégration fiscale*, Paris, Litec, 2003.

GAZIER (B.), *Economie du travail et de l'emploi*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1992.

GEA (F.), *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Thèse Nancy, 2007.

GERMAIN (M.), *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, Thèse Nancy, 1974.

GHERTMAN (M.), *La prise de décision*, Paris, PUF, 1981.

GOLDMAN (B.) et FRANCESKAKIS (PH.) (Dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1977.

GUILLOUET (D.), *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris II, 1999.

GUIOMARD (F.), *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X Nanterre, 2000.

HANNOUN (C.), *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991.

HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976.

HEAS (F.), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2000.

JALAIN (X.), *Les groupes d'associations. Vers un droit commun des groupes de personnes morales*, Thèse Paris I, 2003.

JEANTIN (M.), *La filiale commune*, Thèse, Tours, 1975.

JESTAZ (P.) et JAMIN (C.), *La doctrine*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2004.

KATZ (T.), *La négociation collective et l'emploi*, PARIS, LGDJ, 2007.

KONTOGEORPOULOU (P.), *La conception juridique de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, Thèse Paris X Nanterre, 2000.

LANQUETIN (P.), *Liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, Thèse Strasbourg, 1979.

LE GOFF (J.), *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes, PUR, 2004.

LE MOIGNE (J.-L.), *La théorie du système général. Théorie de la modélisation*, 3e ed., Paris, PUF, 1990.

LE MOIGNE (J.-L.), *Les systèmes de décision dans les organisations*, Paris, PUF, 1974.

LEROY (Y.), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Thèse Nancy, 2008.

LHUSSIER (C.), *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, thèse Lille II, 2007.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004.

MACH (O.), *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, Georg, 1974.

MARINI (P.), *La modernisation du droit des sociétés*, Paris, La Documentation française, 1996.

MATHEY (N.), *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse Paris II, 2001.

MICHALET (C.-A.), *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, Paris, La Découverte, 2004.

MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1932.

MONSALLIER (M. C.), *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, LGDJ, 1998.

MOREAU (M.-A.), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Paris, Dalloz, 2006.

MORIN (C.), Le groupe de sociétés au regard du droit social, Thèse Toulon III, 2000.

MORIN (E.), *La méthode*, Paris, Seuil, 2008.

MORIN (E.), *Introduction à la pensée complexe*, coll. « Points », Paris, Seuil, 2005.

MORIN (M.-L.), *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Paris, LGDJ, 1994.

OHL (D.), *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Thèse Montpellier, 1982.

OST (F.), *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, coll. Bibliothèque de droit commercial, T18, Paris, Sirey, 1967.

PARIENTE (M.), *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Paris, Litec, 1993.

PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007.

PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979.

PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Thèse Paris X Nanterre, 2004.

PETIT (F.), La notion de représentation dans les relations collectives de travail, Paris, LGDJ, 2000.

PETITPIERRE-SAUVAIN (A.), *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève, Georg, 1972.

POTTIER (C.), *Les multinationales et la mise en concurrence des salariés*, coll. « Travail et mondialisation », Paris, L'Harmattan, 2003.

REMBAUD (E.), *L'association des salariés au fonctionnement et aux résultats de l'entreprise dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris II, 1975.

RIALS (S.)*Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1951.

RIPERT (M.) et PLANIOL (G.), *Traité pratique et théorique de droit civil français*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1952.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2002.

SABRAN-PONTEVES (E. DE), *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Aix-Marseille, PUAM, 2007.

SACHS (T.), *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009.

SALEILLES (R.), *De la personnalité morale (1910)*, Paris, Mémoires du droit, 2003.

SALEILLES (R.), *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, Rousseau, 1897.

SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie*, coll. « Petite Bibliothèque Payot », Paris, Payot, 1974.

SIMONART (V.), *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

SOBZACK (A.), Réseaux de sociétés et codes de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes, Paris, LGDJ, 2002.

SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

SUPIOT (A.) (Dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe.* Rapport pour la commission européenne, Paris, Flammarion, 1999.

TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1996.

TEUBNER (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993.

THIERRY (D.), *La gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, Paris, L'Harmattan, 1994.

TEYSSIE (B.), *Le comité d'entreprise européen*, Paris, Economica, 1997.

TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975.

TEYSSIE (B.) (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999.

TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009.

VACARIE (I.), *L'employeur*, Paris, Sirey, 1979.

VANHAECKE (M.), *Les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1959.

VERSCHAVE (J.-P.), *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, Thèse Lille II, 1984.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Thèse Toulouse, 1957.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ – Montchrestien, 1960, rééd. Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 1998.

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986.

WOLMARK (C.), *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Paris, Dalloz, 2007.

ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

ADOM (K.), « Problématique des nouvelles orientations sur le licenciement économique dans les groupes de sociétés », *LPA* 1er septembre 1995, n°105, p.9.

ALIPRANTIS (N.), « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in *Hommages en l'honneur du Professeur Hélène Sinay*, Paris, Peter Lang, 1994, p.185.

ALLAIN (L.), « Metaleurop suite : l'apport d'un arrêt avant dire droit aux notions de fictivité, de confusion de patrimoines et d'intérêt de groupe », *Rev. proc. coll*., 2004, p.123.

ANTONMATTEI (P.-H.), « L'accord de groupe », *Dr. soc*. 2008, p.57.

ANTONMATTEI (P.-H.), « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc*. 2004, p.601.

ANTONMATTEI (P.-H.), « Le concept de groupe en droit du travail », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p.12.

ARMAND (C.) et VIANDIER (A.), « Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités ? », *Rev. soc*. 1986, p.559.

ARNAUD (A.-J.), « L'intérêt des personnes : quelques enseignements d'une analyse structurale comparée des textes du Livre 1er du Code civil de 1803 à 1987 », in F. Ost (dir.), *Droit et intérêt*, Vol. 3, Droit positif, droit comparé, histoire du droit, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p.7.

ASSENS (C.), « Le réseau d'entreprises, vers une synthèse des connaissances », *Management International* 7(4), 2003, p.53.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.), « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc*. 1997, p.616.

AUVERGNON (P.), « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in P. Auvergnon (dir.), *L'effectivité en droit du travail. A quelles conditions* ?, PU Bordeaux, 2008, p.8.

AUZERO (G.), « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés », *Semaine Sociale Lamy* 12 octobre 2009, n°1416, p.6.

AUZERO, « La vie des conventions et accords collectifs de groupe », *RDT* 2006, p.230.

BARBIER (J.-C.) et NADEL (H.), « La flexibilité du travail et de l'emploi », in J. Allouche (dir.), *Encyclopédie des Ressources Humaines*, Paris, Vuibert, 2003, p.553

BARBIERI (J.-F.), « Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ? », *LPA* 5 novembre 1997, n°133, p.6.

BARON (C.), « La gouvernance : débat autour d'un concept polysémique », *Droit et société* 2003/2, n°54, p.334.

BELIER (G.), « Mise en place et attribution du comité de groupe : de l'UES à la directive Vredeling », *Dr. soc*. 1983, p.439.

BELIER (G.) et BLEDNIAK (E.), « Le rôle du comité d'entreprise européen dans les restructurations », *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1150, p.6.

BLAISE (H.), « A la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main d'œuvre », *Dr. soc*. 1990, p.418.

BLANC-JOUVAN (G.), « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc*. 2005, p.68.

BLIN-FRANCHOMME (M.-P.), « De l'« évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés », *Revue Lamy Droit des affaires* 2009, n°42, p.10.

BLIN-FRANCHOMME (M.-P.), « L'autre « affaire du voile » : convictions sociétaires versus responsabilité environnementale des groupes », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n°52, p.10.

BON (H.), « Rapport sur la notion de groupe », *Rev. soc*. 1980, p.663.

BONNECHERE (M.), « La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social », *Dr. Ouvr*. 1998, p.249.

BORENFREUND (G.), « Les syndicats admis à négocier un accord sur le fonctionnement du comité de groupe. Cass. soc. 4 mai 1994 », *Dr. soc*. 1994, p. 688.

BORENFREUND (G.), « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p.685.

BORENFREUND (G.) « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc*. 1988, p.476.

BOUBLI (B.), « L'unité économique et sociale à l'époque des vœux. Etat des lieux et souhaits de réforme (I) et (II) », *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1156 et 1157, p.6.

BOUBLI (B.), « La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés », in Teyssié (B.) (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, p.23.

BOUDOT (M.), « Apparence », *Répertoire Civil Dalloz*, 2003.

BOULMIER (D.), « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes par une substitution du groupe réel au groupe virtuel », *Dr. soc*. 1998, p.44.

BOULOC (B.), « Droit pénal et groupe d'entreprises », *Rev. soc*. 1988, p.188.

BOURGEON (C.), « La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution », *RDC* 2004, p.1107.

BOURSIER (M.-E.), « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle », *Rev. soc*. 2005, p.273.

BOUTONNET (M.), « L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité civile », in Cans (C.) (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation*, réparation, Paris, Dalloz, 2009, p.82.

CAIRE (G.), « Participation des travailleurs et entreprises multinationales », *Dr. Ouvr.* 1983, p.361.

CANDAT (J.) et PAGNERRE (Y.), « L'*intuitus personae* dans le reclassement des salariés », *JCP S* 2010, 1212.

CARBONNIER (J.), « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Archives de Philosophie du Droit*, T. 34, Sirey, 1989, p.197.

CATALA (N.), « L'entreprise », in G.H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, t.4, Paris, Dalloz, 1980.

CATALA (N.) « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail », *JCP* 1976, *éd. CI*, 12010.

CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRS), « Construire une politique scientifique », Rapport, février 2002, disponible à l'adresse suivante : *http://www.cnrs.fr/Strategie/DocPDF/projetetab.pdf*.

CESARO (J.-F.), « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc*. 2010, p.780.

CHALARON (Y.), « Le comité de groupe », in *Les instances fédératives de représentation du personnel*, Paris, Litec, 1995, p.73.

CHALARON (Y.), « Le comité de groupe », *D*. 1983, chron., 10.

CHAMPAUD (C.), « Les groupes d'associations », *La Vie Judiciaire* février 1995, n°2548, p.1.

CHAMPAUD (C.), « Rapport de synthèse - Le droit social et les groupes d'entreprises », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, p.33.

CHAMPAUD (C.), « Recherche des critères d'appartenance à un groupe », in Association française de juristes d'entreprise et Centre de droit des affaires de Rennes, *Droit des groupes de sociétés. Analyse-propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.28.

CHAMPAUD (C.), « Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXI, Paris, Dalloz, 1969, p.141.

CHAMPAUD (C.), « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTDCom*. 1967, p.1004.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005, p.11.

CHARREAUX (G.), « Vers une théorie du gouvernement des entreprises », mai 1996, disponible sur le site *http://www.u-bourgogne.fr/LEG/WP/0960501.pdf*

CHAUVY (Y.), « L'appréciation du motif économique de licenciement dans les groupes de sociétés : pour un cadre territorial français », *RJS* 5/95, p.321.

CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique », in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p.7.

COEURET (A.), « Du nouveau sur la reconnaissance de l'unité économique et sociale ? », *RJS* 10/09, p.671.

COEURET (A.), « Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel », *Dr. soc*. 2001, p.487.

COEURET (A.), « Contrat de travail et groupes de sociétés », in Laboratoire d'Etudes et de Recherches Appliquées au Droit Privé et Ecole de Hautes Etudes Commerciales du Nord, *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, Paris, LGDJ, 1994, p.31.

COHEN (M.), « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *RJS* 3/01, p.183.

COHEN (M.), « Le comité de groupe et les sociétés étrangères », *Dr. soc*. 1995, p.40.

COHEN (M.), « La constitution et le fonctionnement des comités de groupe », *RPDS* 1983, p.277.

COHEN (M.), « La personnalité civile du comité de groupe », *Dr. soc.* 1983, p.674.

COLLIN (F.), « Le droit social du dirigeant d'entreprise », *Droit des sociétés* juin 2005, p.8.

CONSEIL D'ETAT, « Sécurité juridique et complexité du droit », Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006.

CONTIN (R.), « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D*. 1968, chron., p.45.

CONTIN (R.) et HOVASSE (H.), « L'expert de minorité dans les sociétés par actions, *D*. 1971, chron. p.75.

CONTIN (R.) et HOVASSE (H.), « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D*. 1971, chron. XXVIII, p.198.

COURET (A.), « Vers un nouveau droit des groupes ? », *LPA* 18 avril 1997, n°47, p.4.

COUTURIER (G.), « Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe », in B. Teyssié (dir.), *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n°2004-391 du 4 mai 2004)*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p.82.

COUTURIER (G.), « L'unité économique et sociale – trente ans après », *Sem. soc. Lamy* 20 octobre 2003, n°1140, p.56.

COUTURIER (G.), « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc*. 1999, p.499.

COUTURIER (G.), « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », in TEYSSIE (B.) (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p.75.

COUTURIER (G.), « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations du droit social contemporain. Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.144.

COUTURIER (G.), « Les budgets du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p.379.

COUTURIER (G.), « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique », *Dr. soc.* 1983, p.33.

DABIN (L.), « Introduction générale », in *Les groupes de sociétés*, séminaire organisé à la faculté de droit de Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, Liège, 1973, Martinus Nijhoff, p.18.

DABIN (L.), « Expérience allemande et proposition européenne », in Association Française des Juristes d'Entreprise et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.116.

DAIGRE (J.-J.), « Société fictive », Répertoire Dalloz des Sociétés, 1999.

DAIGRE (J.-J.), « Les groupes », in J.-J. Daigre (dir.), *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, Paris, Joly, 1997, p.59.

DAMAS (N.), « Loi NRE et cumul de mandats sociaux », *JCP E* 2001, n°46, p.1803.

DANIEL (J.) et TEISSIER (A.), « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », *JCP S* 2006, n°40, 1774, p.12.

DAUXERRE (N.) et LAFERRIERE (G.), « Unité économique et sociale et négociation collective », *JCP S* 2006, n°40, 1775, p.22.

DEFOSSEZ (M.), « Les institutions représentatives du personnel françaises et les groupes multinationaux », *JCP E* 1990, II, 15801.

DEGREMONT (A.), « Le contexte économique des restructurations en Europe : la « restructuration permanente », in C. Sachs-Durand (dir.), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p.7.

DEKEUWER (A.), « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, I, 500, p.424.

DELARRE (S.), « La reproduction des groupes d'entreprises comme entités socio-économiques stables », *Revue française de sociologie* 2005, p.128.

DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron., p.951.

DESPAX (M.), « Le droit social et les groupes d'entreprises », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n°3, p.23.

DESPAX (M.), « Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel », *D.* 1972, I, 2465.

DIEBOLT (S.), « La complexité comme paradigme pour concevoir une régulation juridique adéquate », *Droit et société* 46-2000, p.485.

DOAT (M.), « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », in M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p.181.

DOM (J.-P.), « Le salarié mandataire au sein d'un groupe », *Bull. Joly* 2005, numéro spécial « Le salarié, sujet de droit des sociétés », §9, p.81.

DOM (J.-P.), « Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 », *Rev. soc*. 2002, p.1.

DOM (J.-P.), « Contrat de travail du directeur général au sein d'un groupe », *Bull. Joly* 1996, §163, p.479.

DONDOUX (P.), « La notion d'entreprise et le droit des licenciements pour cause économique », *Dr. soc*. 1980, p.322.

DUQUESNE (F.), « La délégation de pouvoirs sous les feux de l'actualité des nouvelles formes de mise à disposition », *Sem. soc. Lamy* 19 décembre 2005, p.8.

DURAND (J.-L.), « La clause de conscience des journalistes professionnels », *Dr. soc*. 1994, p.256.

DURAND (P.), « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome III, 1947, p.45.

DURAND (P.), « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », *JCP* 1944, I, 387.

DURLACH (E.), « Le droit à l'emploi à la lumière des théories allemandes des droits fondamentaux », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Droits *fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005, p.117.

FAGES (B.), « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p.116.

FAURE (M. G.) et HAY (J.), « Analyse économique de la responsabilité environnementale. Perspectives théoriques et empiriques », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p.85.

FAVENNEC-HERY (F.), « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », *Dr. soc*. 2010, p.762.

FAVENNEC-HERY (F.), « La représentation collective dans les groupes de sociétés », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p.125.

FAVEREAU (O.), « Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in Jeammaud (A.) (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, 2005, p.39.

FIN-LANGER (L.), « L'obligation de reclassement à l'étranger », *Rev. proc. coll*. 2009, 3, p.13.

FORUM EUROPAEUM SUR LE DROIT DES GROUPES DE SOCIETES, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », *Rev. soc.* 1999, p.53.

FOYER (J.), « Faut-il un droit des groupes de sociétés ? », RJC, 1996, p.165.

FREUND (J.), « La rationalisation du droit selon Max Weber », in Archives de philosophie du droit, tome XXIII, 1978, p.69.

FREYSSINET (J.), « La dimension économique du problème », Dr. Ouvr. 1981, p.115.

FREYSSINET (J.), « Les lieux de gestion de la force de travail dans la stratégie des groupes industriels, Travail et Emploi 1980, p.7.

FREYRIA (C.), « La conception sociale du groupe d'entreprise », in Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier, Paris, PUF, 1992, p.201.

FREYRIA (C.) et CLARA (J.), « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *JCP E* 1993, I, 247.

GADRAT (M.), « Le contenu des accords de groupes, *Dr. soc*. 2010, p.651.

GALGANO (F.), « Rapport général sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T.31, Paris, Dalloz, 1969, p.7.

GAUDU (F.), « Les notions d'emploi en droit », Dr. soc. 1996, p.569.

GAUDU (F.), « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc*. 1987, p.414.

GAUTHERAT (D.), « Chacun cherche son secteur », *Sem. soc. Lamy* 1998, n°912, p.6.

GEA (F.), « Causes économiques enchevêtrées », *RDT* 2010, p.297.

GEA (F.), « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p.511.

GLAIS (M.), « L'unité économique et sociale entre les personnes morales juridiquement distinctes », *Gaz. Pal*. 1987, octobre, p.310.

GLEICHMANN (K.) et CATHALA (T.), « Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *Rev. soc*. 1972, p.7.

GOURY (R.), JASPAR (X.) et PENNEC (E.), « Société de gestion, notion de groupe et obligation de reclassement », *JCP S* 2010, n°25, 1255, p.11.

GRANIER (T.), « Le rapport de gestion après l'ordonnance n°2004-1382 du 20 décembre 2004 », *Rev. soc*. 2005, p.315s.

GRELON (B.) et DESSUS-LARRIVE (C.), « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. soc.* 2006, p.281.

GRIMONPREZ (B.), « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. soc.* 2009, p. 715.

GRINSNIR (J.), « Groupe et entreprise », *Dr. Ouvr*. 1986, p.171.

GROUPE DE HAUT NIVEAU D'EXPERTS EN DROIT DES SOCIETES, « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés », Rapport, 4 novembre 2002, disponible sur le site : *http://ec.europa.eu*.

GROUPE DE TRAVAIL DE LA COUR DE CASSATION, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », juin 2007, disponible sur le site : *http://www.courdecassation.fr*

GROUX (G.), « La démocratie sociale - enjeux historiques et nouvelles régulations », in J. Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail* ?, Rennes, PUR, 2003, p.51.

GUIDO (G.), « La responsabilité comme projet. Réflexion sur une responsabilité juridique « prospective » », in C. Eberhard (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.131.

GUIGOU (H.), « Projet d'une reconnaissance juridique des groupes en droit français », in Association française des juristes d'entreprise et Centre de droit des affaires de Rennes, *Droit des groupes de sociétés. Analyse-propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.53.

GUILLON (C.), « Délégations de pouvoirs et groupe de sociétés : l'élargissement de la notion d'entreprise en droit du licenciement. A propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2005 », *JSL* 11 mai 2005, n°167, chron., p.6.

GUIOMARD (F.), « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005, p.61.

GUTTIERREZ (G.) ET MOLINIER (A.), « L'obligation de remise en état des sites industriels par les sociétés mères en cas de défaillance de leurs filiales : mythe ou réalité ? », *Revue Lamy Droit des Affaires 2010*, n°53, supplément Lamy Grenelle 2, p.57.

GUYON (Y.), « Relations des associations avec d'autres groupements », *Dalloz Action* 2000.

GUYON (Y.), « Les groupes d'associations », in *Mélanges M. Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p.585.

HAMEL (J.), « La personnalité morale et ses limites », *D*. 1949, chron., p.31.

HANNOUN (C.), « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT* 2008, p.288.

HANNOUN (C.), « L'émergence de l'entreprise-marchandise », Colloque de l'Association Loysel intitulé « Le droit du travail et le droit économique en mouvement face à la mondialisation », 11 décembre 2008, *http://www.loysel.fr/*

HASSLER (T.), « L'intérêt commun », RTDCom. 1984, p.582.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1926.

HENRY (M.), « Les conséquences de l'extériorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives », *Dr. Ouvr.* 1981, p.115.

HIRSCH (A.), "Expérience allemande et S.A. européenne", in Association Française des Juristes d'Entreprise et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.157.

HOPT (K. J.), « Le droit des groupes de sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes », *Rev. soc.* 1987, p.371.

HOUIN (R.), « Perspectives générales d'une action de lege ferenda », in *Les groupes de sociétés*, Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, Faculté de Droit de Liège, 1973, p.360.

HOUIN (R.), « Conclusions générales », in *Les groupes de sociétés*, Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, Faculté de Droit de Liège, 1973, p.287.

HOUIN (R.), « Synthèse des travaux », in Association française de juristes d'entreprise et Centre de droit des affaires de Rennes, *Droit des groupes de sociétés. Analyse-propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.210.

INSEE, « Images économiques des entreprises et des groupes au 1er janvier 2008 », *Insee Résultats* n°46 avril 2010.

JACQUEMIN (A.), « Le groupe de sociétés : décentralisation dans la concentration », in *Les groupes de sociétés*, Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, Faculté de Droit de Liège, 1973, p. 29.

JACQUEMONT (A.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. Exploitation en commun et confusion des patrimoines », *Juris-Classeur Commercial*, fasc. 2165, 2006.

JAVILLIER (J.-C.), « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Etudes Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, p.110.

JEANTIN (M.), « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », *Dr. Ouvr.* 1981, p.118.

JEAMMAUD (A.), « Disciplines et droit », in P. Ancel et J. Moret-Bailly (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire* ?, Paris, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2007, p.19.

JEAMMAUD (A.), « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, 2005, p.15.

JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron., p.199.

JEAMMAUD (A.), « Les principes dans le droit du travail français », *Dr. soc.* 1982, p.618.

JEAMMAUD (A.)et LYON-CAEN (A.), « Droit et direction du personnel », *Dr. soc*. 1982, p.57.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.) et LYON-CAEN (A.), « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, chron., p.359.

JEANTIN (M.), « Intérêt du groupe et intérêt de l'Entreprise », *Dr. Ouvr*. 1994, p.14.

KESSOUS (R.), « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique », *Dr. soc.* 1992, p.828.

KEUTGEN (G.), « Les groupes au regard du droit belge des sociétés », in *Les groupes de sociétés*, Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, Faculté de Droit de Liège, 1973, p.89.

LANGLOIS (P.), « L'originalité de la prise en considération des groupes de sociétés en droit du travail », *Travail et Protection Sociale* 1999, hors série, p.7.

LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit, *Droit et société* 1986, 2, p.127.

LAGESSE (P.) et LAURENT (N.), « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? », *JCP G* 2009, I, 101, p.23.

LEADER (S.), « Le droit du travail et la gouvernance d'entreprise », RDT 2006, p.12.

LAPERCHE (B.), « Capital-savoir et innovation dans les firmes mondiales. Impacts sur le travail scientifique et technique », in S. Boutillier, D. Uzunidis (dir.), *Travailler au XXIe siècle. Nouveaux modes d'organisation du travail*, Paris, De Boeck, 2006, p.160.

LAZEGA (E.), « Analyse de réseaux et sociologie des organisations », *Revue française de sociologie*, XXXV, 1994, p.293.

LE CANNU (P.), « Les organes de groupe », *LPA* 4 mai 2001, n°89, p.43.

LE GOFF (J.), « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité », in M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p.103.

LEGENDRE (A.), « Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre de la société », *Dr. fisc*. 2006, étude 10.

LE MOIGNE (J.-L.), « Sur quelques topiques de la complexité…des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques », *Droit et société*, 46-2000, p.407.

LEITAO MARQUES (M. M.), « Du commerce international aux échanges intra-groupes et entre membres d'associations de coopération. L'entreprise poly-locale et les réseaux », *RIDE* 2003, p.411.

LENOIR (M.), « Entreprises et unité économique et sociale », *Dr. Ouvr.* 1986, p.164.

LESTANG (R. de), « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1979, n°4, p.5.

LHERNOULD (J.-P.), « La nouvelle directive CE européen : une victoire française…quelle victoire ? », *RJS* 2/09, p.101.

LHERNOULD (J.-P.), « Obligations de la société mère suite au licenciement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère », *Dr. soc.* 2009, p.69.

LYON-CAEN (A.), « Groupe et responsabilité », *RDT* 2010, p.69.

LYON-CAEN (A.), « L'UES sauvée de ses excès », *Sem. soc. Lamy* 2007, n°1318, p.9.

LYON-CAEN (A.), « A propos de l'adjectif « économique » dans la langue du droit », in A. JEAMMAUD (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, 2005, p.137.

LYON-CAEN (A.), « Géographie du droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 20 octobre 2003, n°1140, p.16.

LYON-CAEN (A.), « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p.573.

LYON-CAEN (A.), « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne », *Dr. soc.* 1989, p.467.

LYON-CAEN (A.), « Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1983, p.185.

LYON-CAEN (A.), « A propos de l'entreprise éclatée », *Dr. Ouvr.* 1981, p.127.

LYON-CAEN (A.) (dir.), « L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes, Rapport final » – Vol. 1 – Rapport de synthèse, IIPEC, avril 2008.

LYON-CAEN (A. et G.), « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de Droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p.600.

LYON-CAEN (A.) et MAILLARD (J. de), « La mise à disposition du personnel », *Dr. soc.* 1981, p.320.

LYON-CAEN (G.), « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. Ouvr.* 2004, p.49.

LYON-CAEN (G.), « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », *Dr. soc.* 1995, p.489.

LYON-CAEN (G.), « Le langage du droit du travail », in N. Molfessis (dir.) *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, p.1.

LYON-CAEN (G.), « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc*. 1983, p.287.

LYON-CAEN (G.), « Critique de la négociation collective », *Dr. soc*. 1979, p.350.

LYON-CAEN (G.), « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTDCiv*. 1974, p.229s.

LYON-CAEN (G.), « Observations sur les licenciements dans les groupes internationaux de sociétés », *Revue critique de droit international privé* 1974, p.439.

MAGAUD (J.), « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. soc*. 1975, p.525.

MAILLARD (J. de), MANDROYAN (P.), PLATTIER (J.-P.) et PRIESTLEY (T.), « L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi », *Dr. soc*. 1979, p. 323.

MALECKI (C.), « Les dirigeants des filiales », *Rev. soc*. 2000, p.462.

MALLET (L.) et MORIN (M.-L.), « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. soc*. 1996, p.669.

MARRAU (R.), « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », LPA 5 août 1996, p.4.

MARTIN (G. J.), « Le risque, concept méconnu du droit économique », *RIDE* 1990/2, p.174.

MARTIN (G. J.), « Les contrats d'intégration dans l'agriculture », *RTDCom*. 1974, p.1,

MARTINON (A.), « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », *Dr. soc*. 2010, p.789.

MAYER (P.), « Préface. Critique », in S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, trad. française, 2e éd. 2002.

MAZEAUD (A.), « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc*. 2010, p.738.

MAZEAUD (A.), « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc*. 2006, p.744.

MAZEAUD (A.), « Le groupe », *Sem. soc. Lamy* 20 octobre 2003, n°1140, p.60.

MEGRET (J.), « Système contractuel et intégration en agriculture », *D*. 1965, chron., p.15.

MESTRE (J.), « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », *Droit et patrimoine* 2000, n°83, p.39.

MILLARD (E.), « Théories de l'institution et disciplines », in P. Ancel et J. Moret-Bailly (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire* ?, Saint-Etienne, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2007, p.33.

MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, n°30/31, p.382.

MOREAU (M.-A.), « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc*. 2006, p.308.

MOREAU (M.-A.), « Le territoire – Aspects européens et internationaux – Des rattachements territoriaux nationaux à la transnationalité des normes du travail », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1140, p.82.

MOREAU (M.-A.), « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire. Résultats d'une enquête sur les pratiques contractuelles », *Travail et emploi* 1994, n°60, p.44.

MOREAU (M.-A.), « La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire. Quelques réflexions à partir d'une analyse comparée », *Travail et emploi*, 3/1992, n°53, p.56.

MOREAU (M.-A.), « Activités transnationales et représentation collective des salariés », *Dr. soc*. 1991, p.53.

MORIN (M.-L.), « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue Internationale du Travail* 2005, n°1, p.5.

MORIN (M.-L.), « Les accords collectifs de groupe. Une variété d'accords collectifs de droit commun », *RJS* 10/03, chron., p.743.

MORIN (M.-L.), **«** Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc*. 2001, p.478.

MORIN (M.-L.), « Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail », *Travail et Emploi* 1994, n°60, p.23.

MORIN (M.-L.) et TEYSSIER (F.), « L'accord-cadre », *Dr. soc*. 1988, p.741.

MORVAN (P.), « Groupe d'entreprises et rémunérations du travail », *Dr. soc*. 2010, p.748.

MORVAN (P.), « 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, n°44, p.13.

MOUSOULAS (S.), « Appréciation critique de l'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées », *LPA* 29 juillet 1988, n°91, p.42.

OLIVIER (J.-M.), « L'affaire Flodor: suite et presque fin », *JCP S* 2010, n°23, 1225.

OPPETIT (B.) et SAYAG (A.), « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. soc*. 1973, p.580.

OPPETIT (B.) et SAYAG (A.), « Groupe de sociétés et droit du travail », *Rev. soc*. 1973, p.69.

OST (F.), « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société* 1995, n°30/31, p.283.

PAILLUSSEAU (J.), « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D*. 2003, n°34, chron., p.2346.

PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle », *D*. 2003, n°4, chron., p.260.

PAILLUSSEAU (J.), « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D*. 1999, chron. 157.

PAILLUSSEAU (J.), « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D*. 1996, chron., p.289.

PAILLUSSEAU (J.), « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTDciv*. 1993, p.709.

PAILLUSSEAU (J.), « Le droit est *aussi* une science d'organisation », *RTDcom* 1989, p.5.

PAILLUSSEAU (J.), « Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », in *Les groupes de sociétés*, Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, La Haye, Faculté de Droit de Liège, 1973, p. 146.

PAILLUSSEAU (J.), « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », *JCP G* 1971, I, 2401 bis.

PARIS (J.-J.), « Les organisations collectives des travailleurs face aux stratégies des multinationales », Dr. soc. 2007, p.1026.

PATARIN (J.), « Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XXI, Paris, Dalloz, 1969, p.36.

PEBEREAU (M.), "Mondialisation", *Encyclopaedia Universalis.*

PETIT (F.), « L'unité économique et sociale n'a pas la personnalité juridique », *D*. 2009, p.986.

PICCA (G.), « Sur la notion d'unité économique et sociale », *Dr. soc*. 1985, p.540.

PIGASSOU (P.), « La distribution intégrée », *RTDcom.* 1980, p.480.

PIROVANO (A.), « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D*. 1997, chron., p.190.

PENARD (M.), « Recherche d'une définition du groupe » in *Les groupes de sociétés. Séminaire organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972*, La Haye, Faculté de droit de Liège, 1973, p.59.

PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 20 juillet-20 août 1998, n° spéc., Les droits fondamentaux – Une nouvelle catégorie juridique ? », p.6.

PLAGNET (B.), « L'intérêt du groupe en droit fiscal : les incidences du régime de l'intégration fiscale », Bulletin ANSA, 2000, n°3027, p.1.

PLANTAMP (D.), « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail », *D.* 1991, chron. XIV, p.69.

PREVAULT (J.), « Contrat d'intégration en agriculture », *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*.

QUENAUDON (R. DE), « La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ? », *D.* 2005, p.1736.

QUENAUDON (R. DE), « Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement) », *Répertoire de droit du travail*, Paris, Dalloz, 2004.

RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p.126.

RAVEYRE (M.), « Introduction. Les restructurations : vers un état d'instabilité durable ? », *Ires*, n°47, 205/1, p.10.

REBUT (D.), « Abus de biens sociaux », in *Répertoire Dalloz*, 2002.

RIGAUX (M.), « Le droit du travail, la concurrence sociale et les restructurations : quelques observations d'ordre théorique, destinées à proposer une hypothèse de travail », in C. Sachs-Durand (dir.), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Strasbourg, PUS, 2004, p.73.

ROCARD (M.), PENAUD (P.), SCHWARTZ (R.) et BEZARD (B.), « Mission mutualité et droit communautaire », Rapport au premier ministre, Paris, La Documentation française, 1999.

RODIERE (P.), « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », Dr. soc. 2007, p.1015.

RODIERE (P.), « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1125, p.6.

RODIERE (P.), « Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1112, p.33.

RODIERE (P.), « L'adaptation du comité d'entreprise aux structures de l'entreprise », *Dr. soc.* 1983, p.361.

ROLLAND (B.), « Responsabilité environnementale et groupes de sociétés », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p.215.

RORIVE (B.), « L'entreprise réseau : unicité de la formule, diversité des situations », Communication, IVe Congrès de l'AGRH, Grenoble, 20-22 novembre 2003, *http://www.odisser.org/docs/EntrepriseReseau.pdf*

ROUZEAU (L.),« L'aménagement des groupes de sociétés et l'entreprise en réseau », *Bull. Joly* janvier 2004, §26, p.165.

SACHS-DURAND (C.), « Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe : quelle évolution ? », in *Le droit social – Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, Strasbourg, PUS, 2003, Strasbourg, p.299.

SAGLIO (J.), « Les spécificités de la négociation collective dans le système français de relations professionnelles », in J. Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail* ?, Rennes, PUR, 2003, p.39.

SARGOS (P.), « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *JCP S* 2006, 1278, p.29.

SARGOS (P.), « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, *Rapport de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, 2004.

SAVATIER (J.), « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc*. 2004, p.944.

SAVATIER (J.), « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés (à propos de l'arrêt Vivendi du 7 mai 2002), *Dr. soc*. 2002, p.715.

SAVATIER (J.), « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale », *Dr. soc*. 1997, p.347.

SAVATIER (J.), « L'action en justice du comité de groupe, en cas de contestation de la cession d'une filiale », *Dr. soc.* 1990, p.322.

SAVATIER (J.), « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », *Dr. soc*. 1986, p.11.

SAVATIER (J.), « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie Sociale et Economique, 1974, p.527.

SCHMIDT (D.), « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I, 488.

SCHNEIDER (A.), « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal*. 17 mai 2008, n°138, p.4.

SERVERIN (E.) et GRUMBACH (T.), « La saga judiciaire Flodor », *RDT* 2009, p. 693.

SEVIN (N. DE), « Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail conclu avec la société mère, *RJS* 6/92, p.391.

SINAY (R.), « Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne », in Association Française des Juristes d'Entreprise et Centre de Droit des Affaires de Rennes (dir.), *Droit des groupes de sociétés. Analyse – Propositions*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p.40.

SNOUSSI (M.), « Les stratégies juridiques des sociétés transnationales : l'exemple des prix de transfert », *RIDE* 2003, p.443.

SOULAGE (P.), *Les groupes d'économie sociale*, Mission Délégation à l'Economie Sociale, 20 avril 2000, disponible sur le site http://www.esfin-ides.com

SOURIAC (M.-A.), « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc*. 2004, p.580.

SOURIAC (M.-A.), « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc*. 1991, p.491.

SOUSSI (G.), « Un délit souvent inadapté : l'abus des biens et du crédit de la société », *Rev. soc*. 1972, p.297.

STORCK (M.), « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. soc*. 1986, p.385.

SUDREAU (P.), La réforme de l'entreprise. Rapport au premier ministre, Paris, La Documentation française, 1975.

SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc*. 2000, p.131.

SUPIOT (A.), « A propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Eglise », *Dr. soc*. 1991, p.916.

SUPIOT (A.), « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTDcom*. 1985, p.622.

TEYSSIE (B.), « Les groupes de sociétés et le droit du travail », *Dr. soc*. 2010, p.735.

TEYSSIE (B.), « Le syndicat dans le groupe », *Sem. soc. Lamy* 2006, suppl. « Droit syndical dans l'entreprise », p.19.

TEYSSIE (B.), « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc*. 2005, p.643.

TEYSSIE (B.), « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D*. 2004, n°24, chron., p.1680.

TEYSSIER (A.), « L'obligation de reclassement dans le groupe », *JCP E* 2000, n°41, p.1607.

TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *RFG* 1993, p.58.

THEIMER (A.), « Contrat de travail et mandat social dans les groupes de sociétés », *LPA* 3 juillet 1996, p.20.

THIBIERGE (C.), « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, chron., p.577.

TISSANDIER (H.), « Sociétés à structure complexe et droit du travail. Du LBO au groupe, retour sur quelques audaces judiciaires », *RJS* 4/10, p. 251.

TISSANDIER (H.), Un arrêt clé sur la procédure d'information-consultation en cas de licenciements collectifs », *Liaisons Sociales Europe*, septembre 2009, n°233, p.3.

TISSANDIER (H.), L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *JSL* 2009, n°262, chron., 262-1, p.4.

TREBULLE (F.-G.), « Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p.17.

URBAN (Q.), « La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTDcom*. 2000, p.1.

URBAN (Q.), « Le licenciement pour motif économique et le groupe », *Dr. soc*. 1993, p.272.

VACARIE (I.), « Groupes de sociétés et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 1975, p.23.

VACHET (G.), « La négociation collective dans les groupes de sociétés », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p.105.

VATINET (R.), « La pieuvre et l'Arlésienne », *Dr. soc*. 2010, p.801.

VIDAL (D.), « Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés », *LPA* 30 juin 1993, p.17.

VIRASSAMY (G.), « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *JCP E* 1990, II, 15809.

VERDIER (J.-M.), « Travail et libertés », *Dr. soc*. 1982, p.419.

VERKINDT (P.-Y.), « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc*. 2010, p.771.

VERKINDT (P.-Y.), « L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés », in B. Teyssié (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p.42.

VERNENGO (R.-J.), « Le droit est-il un système ? », in *Archives de philosophie du droit*, 1991, T.36, p.253.

VINEY (G.), « Exposé des motifs du sous-titre III « De la responsabilité civile », Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) », Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, du 25 septembre 2005, p.167.

WAQUET (P.), « Propos introductifs », *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1140, n°spécial « Les lieux du droit du travail », p.51.

WAQUET (P.), « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », *Dr. soc*. 1995, p.482.

WAQUET (P.), « Comité d'entreprise et comité de groupe dans le cas des filiales communes », *Dr. soc*. 1994, p.255.

WICKER (G.), « Personne morale », *Répertoire Civil Dalloz*, 1998.

NOTES ET OBSERVATIONS

ADOM (K.), note sous Cass. soc., 30 avril 2003, *JCP E* 2003, II, 1557.

AMAUGER-LATTES (M.-C.), note sous Cass. soc., 13 novembre 2008, n°07-41700 et Cass. soc., 13 novembre 2008, n°06-42583, *RDT* 2009, p.29.

ANTONMATTEI (P.-H.), note sous Cass. soc., 29 juin 1994, Mutuelles du Mans, *JCP G*, I, 3817, n°7.

AUBONNET (F.), note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, *Sem. soc. Lamy* 2009, n°1416

AUZERO (G.), note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, *RDT* 2009, p.647.

AUZERO (G.), note sous Cass. soc. 2 décembre 2003, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p.274.

AYNES (L.), note sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *D*. 1996, Jur., p.13.

BASTIAN (D.), note sous Cass. com., 3 mars 1958, *JCP* 1959, II, 10991.

BARBIERI (J.-F.), Cass. crim., 2 avril 2003, *Bull. Joly* 2003, §194, p.929.

BEAL (S.), note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, *JCP S* 2009, 1535.

BEHAR-TOUCHAIS, obs. sous Cass. com., 2 juillet 2002, *RDC* 2003, p.153.

BEUDANT, note sous Req., 10 décembre 1878, DP 1879, 1, 5.

BORENFREUND (G.), note sous Cass. soc, 2 novembre 1993, *D*. 1994, somm. p. 295.

BOUBLI (B.), rapport sous Cass. soc., 5 avril 1995, *Sem. soc. Lamy* 1995, n°740.

BOULOC (B.), note sous Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, *Rev. soc.* 1985, 648.

BUREAU (D.), note sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *LPA* 27 décembre 1995, n°155, p.11.

BUY (M.), note sous CA Aix-en-Provence, 23 janvier 1980, *D*. 1980, Jur., p.301.

CABANNES, concl. sous Ass. Plén., 18 décembre 1981, *D*. 1982, p.237.

CARTIER, note sous Ass. Plén., 12 janvier 1979, *JCP G* 1980, II, 19335.

CAUSSAIN, note sous Cass. crim., 24 juin 1991, *JCP E* 1992, I, 172.

CHAIUT (Y.), note sous CA Amiens, 14 décembre 1995, *Dr. sociétés*, 1997, comm. 179.

CHAMPAUD (C.), obs. sous Tb. com. Paris, 14 février 1990, *RTDCom*. 1990, p.585.

CHAMPAUD (C.), note sous CA Paris, 4 septembre 1998, *RTDCom*. 1998, p.863.

CHAUVEL (P.), obs. sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *Droit et Patrimoine* 1996, p.82.

CHAUVY (Y.), concl. sous Cass. soc., 5 avril 1995, *RJS* 5/95.

CHAZAL, note sous Cass. com., 2 avril 1996, *JCP G* 1997, II, 22803.

COEURET (A.), rapport sous Cass. soc., 23 mai 2000, *RJS* 7-8/00, p.529.

COHEN (M.), note sous Cass. soc., 21 janvier 1997, *Dr. Ouvr.* 1997, p.170.

COLLET, note sous Cass. com., 16 juin 1993, Lumale, *D.* 1993, 108.

CONTIN (R.), note sous CA Paris, 22 mai 1995, *D.* 1968, p.147.

COURSIER (P.), note sous Cass. soc., 19 juin 2007, n°05-42551, *JCP S* 2007, 1618.

COUTURIER (G.), obs. sous Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-15776, *Dr. soc*. 2010, p.474.

COUTURIER (G.), obs. Cass. soc., 31 janvier 2001, *Dr. soc*. 2001, p.565.

COUTURIER (G.), obs. sous Cass. soc., 5 octobre 1999, *Dr. soc*. 1999, p.1112.

DAIGRE (J.-J.), note sous Cass. com., 10 décembre 2003, *Rev. Soc*. n°3/2004, p.669.

DAIGRE (J.-J.), note sous CA Paris 7 mars 1990, *Rev. Soc.* 1990, p.256.

DANET (D.), note sous CA Paris, 4 septembre 1998, *RTDcom*. 1998, p.863.

DELAISI (P.), note sous Tb. corr. Paris, 16 mai 1974, Agache-Willot, *Gaz. Pal*. 1974, II, 886.

DELEBECQUE (P.), obs. sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *Defrénois* 1996, p.747.

DERRIDA (F.), note sous CA Douai, 3 juillet 1986, *D.* 1987, somm. 5.

DERRIDA (F.), note sous CA Aix-en-Provence, 30 juin 1978, *D.* 1979, IR, 2.

DIENER (P.), note sous CA Paris, 13 novembre 1993, *Bull. Joly* 1994, 73.

DONDOUX (P.), concl. sous CE, 18 janvier 1980, Fédération des Cadres de la Chimie des Industries, *Dr. soc*. 1980, p.322.

DONTENWILLE (M.) concl. sous Ass. Plén., 29 mars 1991, JCP 1991, II, 21673.

DUQUESNE (F.), note sous Cass. soc. 2 décembre 2003, *JCP E* 2004, 428.

DUMONT (F.), note sous Cass. soc., 14 novembre 2007, *JCP G* 2008, II, 10038.

DURAND (P.), obs. sous Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, , *Dr. soc*. 1954, p.191.

FABRE (A.), note sous Cass. soc., 13 janvier 2010, *RDT* 2010, p.230.

FAGES (B.), obs. sous Cass. com., 2 juillet 2002, *RTDciv*. 2002, p.810.

FAGES (B.), obs. sous Cass. com., 9 avril 2002, *RTDciv*. 2002, p.811.

FAGES (B.), obs. sous Cass. com., 25 avril 2001, *RTDciv*. 2002, p.99.

FERRIER (D.), note sous Cass. com., 5 avril 1994, *D.* 1995, somm., p.69.

GAGNEUR (A.-F.), note sous CE, 28 avril 2006, *Dr. fisc*. 2006, n°42, 670.

GAVALDA (C.), note sous Cass. com., 14 décembre 1993, *Rev. soc.* 1994, p.502.

GAUDU (F.), obs. sous Cass. soc., 16 décembre 1998, *Dr. soc*. 1999, p.196.

GAURIAU (B.), obs. sous Cass. soc., 30 avril 2003, *Dr. soc*. 2003, p.732.

GEA (F.), note sous Cass. soc., 13 janvier 2010, *RDT* 2010, p.230.

GHESTIN (J.), note sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565.

GHESTIN (J.), note sous Ass. Plén., 29 mars 1991, *JCP* 1991, II, 21673.

GOULARD (G.), concl. sous CE, 1er mars 2004, n°237013, Sté AS Représentation, Juris-Data n°2004-080491, *Dr. fisc*. 2004, n°37, comm. 669.

GREVY (M.), obs. sous Cass. soc., 15 février 2006, n°04-43282, *Dr. soc*. 2006, p.570.

GROSCLAUDE (X.), note sous CA Paris, 19 février 1999, *Bull. Joly* 1999, §150

GUYON (Y.), note sous Cass. com., 13 juin 1995, *JCP E* 1995, II, 712.

GUYON (Y.), note sous Cass. com., 14 décembre 1993, *JCP E* 1994, II, 567.

GUYON (Y.), note sous Cass. com., 18 juillet 1986, *Rev. soc.* 1986, p.422.

GUYON (Y.), note sous CA Paris, 18 juin 1986 , *Rev. soc*. 1986, 422.

HALLOUIN (J.-C.), note sous Cass. com., 10 décembre 2003, *D*. 2004, n°40, p.2830.

HEAS (F.), note sous CA CA Limoges (ch. réunies), 13 décembre 2000, *Dr. Ouvr.* 2002, p.28.

HONORAT (J.), note sous Cass. com., 8 février 1994, *Rev. soc.* 1995, 100.

HONORAT (J.), note sous Cass. com., 24 février 1987, *D*. 1987, 599.

HOUIN (R.), obs. sous Tb. com. Paris, 1er août 1974, *RTDcom*. 1975, p.130.

HOUIN (R.), obs. sous Tb. corr. Paris, 16 mai 1974, *RTDcom*. 1975, p.123.

HOUIN (R.), obs. sous CA Rouen, 17 mars 1970, *RTDcom*. 1970, p.727.

JAMIN (C.), note sous Cass. com., 30 janvier 1996, But International c/ Sté Nova Meubles, *JCP E* 1996, II, 825.

JAMIN (C.), note sous Cass. com., 5 avril 1994, *JCP G* 1994, I, 3803.

JAMIN (C.), note sous Cass. com., 5 octobre 1993, *JCP G* 1994, II, 22224.

JAULT-SESEKE (F.), note sous Cass. soc. 19 juin 2007, *RDT* 2007, p.543.

JEANDIDIER (W.), note sous Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, *JCP E* 1986, 20585.

JEANSEN (E.), note sous CJCE, 10 septembre 2009, C-44/08, Akavan Erjtyisalojen Keskusliitto AEK, *JCP S* 2009, 1493.

JEANTIN (M.), note sous Cass. com., 24 janvier 1995, SA Champagne Giesler, *Rev. soc*. 1995, p.46.

JEOL (M.), concl. sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *D*. 1996, Jur., p.13.

KELLER (M.), note sous CA Paris, 18e ch., 29 avril 1997, *D*. 1999, p.46.

KESSOUS (R.), concl. sous Cass. soc., 25 juin 1992, *Dr. soc*. 1992, p.826.

KLEIN (P.), note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, *JCP S* 2009, 1535.

LAFUMA (E.), note sous Cass. soc., 23 septembre 2008, *RDT* 2008, p.737.

LANGLOIS (P.), note sous Cass. soc., 20 mars 1980, Sté Laboratoires Midy et Sté Clin-Midy c/ Féd. Nat. des Industries de la Pharmacie CGT-FO, *D*. 1980, Jur., p. 256.

LARDY-PELISSIER (B.), note sous Cass. soc., 16 décembre 2008, *RDT* 2009, 228.

LARROUMET (L.), note sous Ass. Plén., 29 mars 1991, *D*. 1991, jur., p.324.

LE CANNU (P.), note sous CA Versailles, 23 octobre 2002, *Bull. Joly* 2003, §45, p.204.

LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 2 avril 1996, *Bull. Joly*, 1996, p.510, §173.

LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 14 décembre 1993, *Bull. Joly* 1994, §45, p.189.

LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 18 octobre 1988, Groupe AST c/GTM International, *Bull. Joly* 1988, p.923.

LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 15 juillet 1987, *Bull. Joly* 1987, §289, p.703.

LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 24 février 1987, *Bull. Joly* 1987, 213.

LEMOINE, concl. sous Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, *JCP G* 1954, II, 7958.

LHERNOULD (J.-P.), note sous TGI Paris, 27 avril 2007, *Sem. soc. Lamy* 2007, n°1306, p.9.

LEVASSEUR, obs. sous Cass. crim., 16 mars 1971, *Rev. sc. crim*. 1971, p.944.

LEVASSEUR, note sous Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, *D*. 1954, p.217.

LEVENEUR (L.), note sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *JCP E* 1996, II, 776.

LEVENEUR (L.), obs. sous Cass. com., 5 avril 1994, *Contrats, conc., consom*. 1994, comm., n°159.

LEVENEUR (L.), obs. sous Cass. com., 1er février 1994, *Contrats, conc., consom*. 1994, comm. n°93.

LIENHARD (A.), note sous CA Douai, 2 octobre 2003, *D*. 2003, p.2571.

LOISEAU (G.), note sous Cass. soc., 13 janvier 2010, *Dr.ouvr*. avril 2010, note G. Loiseau.

LUCAS (F.-X.), note sous CA Paris, 4 septembre 1998, *Bull. Joly* 1999, §42, p.250.

LYON-CAEN (A.), note sous Cass. soc., 26 mai 2008, *Sem. soc. Lamy* 2008, n°1375, p.10.

LYON-CAEN (A.), note sous CA Paris, 21e ch., 27 novembre 1986, Wuetig c/ Sté International Harvester, *Rev. crit. dr. intern*., 1988, p.314.

LYON-CAEN (A.), note sous CE, 18 janvier 1980, Fédération des Cadres de la Chimie des Industries, *D*. 1980, 259.

LYON-CAEN (P.), concl. sous Cass. soc., 23 mai 2000 », *Dr. soc*. 2000, p.852.

MARCHI (J.-P.), obs. sous Tb. com. Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal*. 1986, 1, somm. 220.

MARCHI (J.-P.), note sous Tb. corr. Lyon, 20 juin 1985, *Gaz. Pal*. 20 décembre 1986, p.782.

MARCHI (J.-P.), note sous Tb. corr. Paris, 15 novembre 1985, *Gaz. Pal*. 12 juin 1986, p.365.

MAZEAUD (D.), note sous Cass. com., 2 juillet 2002, *D*. 2003, p.93.

MAZEAUD (D.), note sous Cass. com., 25 avril 2001, *D*. 2001, somm., p.3238.

MAZEAUD (D.), note sous Cass. com., 5 avril 1994, *D*. 1995, somm., p.90.

MELIN (P. et F.), note sous Cass. soc., 13 janvier 2010, *JCP E* 2010, n°13-14, p.46.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 2 juillet 2002, *RTDciv*. 2002, p.810.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 9 avril 2002, *RTDciv*. 2002, p.811.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 25 avril 2001, *RTDciv*. 2002, p.99.

MESTRE (J.), obs. sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *RTDciv*. 1996, p.153.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 5 avril 1994, *RTDciv*. 1994, jur., p.603.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 5 octobre 1993, *RTDciv*. 1994, p.604.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 3 novembre 1992, *RTDciv*. 1993, p.124.

MESTRE (J.), note sous Tb. com. Marseille, 8 septembre 1983, *Rev. soc*. 1984, p.80.

MESTRE (J.), note sous CA Aix-en-Provence, 23 janvier 1980, *D*. 1980, Jur., p.301.

MEYER (O.), note sous Cass. crim., 6 avril 1996, *JCP E* 1996, II, 837.

MOLFESSIS (N.), note sous Ass. Plén., 1er décembre 1995, *LPA* 27 décembre 1995, n°155, p.11.

MOREAU-BOURLES (M.-A.), note sous Cass. soc., 3 mars 1988, *Bull. civ. V*, n°164, *JDI* 1989, p.78.

MORVAN (P.) note sous Cass. soc., 14 octobre 2009, n°08-40531, *JCP S* 2009, 1594.

NEPVEU, concl. sous CA Paris, 22 mai 1995, *JCP* 1965, II, n°14274 bis et *Gaz. Pal*. 1965, 2, 86.

NEVOT (M.), note sous Cass. soc., 23 janvier 1990, *JCP G* 1990, II, n°21529.

NOEL (L.), note sous CA Lyon, 14 février 2003, AFPI Loire c/ Mme Bruno, *D*. 2003, n°25, somm. comm., p.1657.

OHL (D.), note sous Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, *D*. 1985, 478.

OPPETIT (B.), note sous Cass. com., 21 janvier 1970, aff. Saupiquet-Cassegrain, *JCP G* 1970, II, 16541.

PETEL (P.), note sous CA Versailles, 30 octobre 1990, *Bull. Joly* 1991, 95.

PETEL (P.), note sous Cass. com., 11 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, 1050.

PICCA (G.), note sous Cass. soc. 5 avril 1995, Sté Thomson Tubes et Displays (1er arrêt) et SA TRW REPA (2e arrêt), *JCP E* 1995, II, 708, p.151.

PICCA (G.), concl. sous Cass. soc., 23 janvier 1990, *RJS* 2/93, n°133.

PICCA (G.), concl. sous Cass. soc., 27 mars 1985, *Dr. soc*. 1985, p. 540.

PIERRE (J.-L.), note sous CE, 10 mars 2006, *Dr. fisc.* 2006, n°21-22, 414.

RAY (J.-E.), obs. sous Cass. soc., 10 mai 1995, *RJS* 7-8/95, n°682.

RAY (J.-E.), obs. sous Cass. soc., 22 février 1995, *Dr. soc*. 1995, p.389.

RENUCCI (J.-F.), note sous Cass. crim., 6 avril 1996, *JCP E* 1996, II, 837.

RIVIERE (P.), concl. sous E, 1er juillet 1983, n°28315, *Dr. fisc*., 1984, n°5, comm. 149.

ROBERT (J.-H.), note sous Cass. crim., 4 avril 2001, n°00-80406, *JCP E* 2001, p.1817.

ROBERT (J.-H.), note sous Cass. crim., 13 décembre 2000, *Bull. Crim*., n°373, *JCP E* 2001, p.1138.

RODIERE (P.), note sous Cass. soc., 30 avril 2003, *Sem. soc. Lamy* 2003, n°1125, p. 10.

RODIERE (P.), note sous Cass. soc., 20 mars 1980, Sté Laboratoires Midy et Sté Clin-Midy c/ Féd. Nat. des Industries de la Pharmacie CGT-FO, *JCP G* 1982, II, 19755.

RODIERE (P.), obs. sous CA Paris, 22 mai 1995, *RTDcom*. 1965, p.619.

ROLLAND (B.), note sous Cass. com., 26 mars 2008, n°07-11619, *Rev. soc*. 2008, 812.

ROUSSEAU (H.), note sous Req., 20 novembre 1922, *Sirey* 1926, I, 305.

SAINTOURENS (B.), note sous Cass. com., 26 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, §227.

SARGOS (P.), note sous Cass. soc., 28 février 2006, *JCP S* 2006, 1278.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 12 juillet 2006, *Dr. soc*. 2006, p.1065, note J. Savatier.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 19 janvier 2005, *Dr. soc*. 2005, p.475.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 2 juin 2004, *Dr. soc*. 2004, p.913.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 2 décembre 2003, *Dr. soc*. 2004, p.212.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 15 mai 2001, *Dr. soc*. 2001, p.778.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 6 juillet 1999, *Dr. soc*. 1999, p.966.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 21 janvier 1997, *Dr. soc*. 1997, p.350.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 29 juin 1994, Mutuelles du Mans, *Dr. soc*. 1995, p.43.

SAVATIER (J.), note sous Cass. soc., 8 avril 1992, *JCP E* 1992, II, 360.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 20 mars 1980, Sté Laboratoires Midy et Sté Clin-Midy c/ Féd. Nat. des Industries de la Pharmacie CGT-FO, *Dr. soc*. 1980, p.339.

SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc., 24 mars et 13 mai 1969, *Dr. soc*. 1969, p. 514.

SENERS (F.), concl. sous CE, 28 avril 2006, *Dr. fisc*. 2006, n°42, 670.

SENERS (F.), concl. sous CE, 10 mars 2006, *Dr. fisc.* 2006, n°21-22, 414.

SERVERIN (E.) et GRUMBACH (T.), note sous Cons. prud'h. de Mulhouse, 28 juin 2010, n°RG 09/00998 et Chambéry, 5 janvier 2010, n°RG 09/01056, *RDT* 2010, p.529.

STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Cass. com., 2 juillet 2002, *RDC* 2003, p.50.

TEYSSIE (B.), note sous Cass. soc., 16 janvier 2008, n°07-10597, *JCP S* 2008, n°10, 1155.

THALLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1892, *DP* 1893, 1, p.105.

TREBULLE (F. G.), note sous Cass. com., 26 mars 2008, n°07-11619, *Bull. Joly* 2008, 908.

URBAN (Q.), « « Piercing the veil » (Percer le voile), note sous CA Caen, 21 septembre 1999 », *Dr. soc*. 2000, p.385.

VACARIE (I.), obs. sous Cass. soc., 19 janvier 1999, *Dr. soc*. 1999, p.745.

VERNAC (S.), note sous CJCE, 10 septembre 2009, C-44/08, Akavan Erjtyisalojen Keskusliitto AEK c/ Fujitsu Siemens, *RDT* 2010, p.285.

VIANDIER (A.), note sous Cass. com., 15 juin 1999, *JCP E* 1999, 1488, n°11.

VIANDIER (A.), note sous Cass. crim., 24 juin 1991, *JCP E* 1992, I, 172.

VIANDIER (A.), note sous Tb. com. Paris, 14 février 1990, *JCP G* 1990, II, 21561.

VIANDIER (A.), note sous Cass. com., 5 février 1985, « Sogar », *JCP G* 1985, II, 14534.

VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 28 avril 1983, *JCP G* 1986, II, 20553.

VIRASSAMY (G.), note sous Cass. com., 3 novembre 1992, *JCP* 1993, II, 22164, p.470.

WAQUET (P.), note sous Cass. soc., 16 janvier 2008, *RDT* 2008, p.236.

WAQUET (P.), rapport sous Cass. soc., 19 décembre 1989, *Dr. soc*. 1990, p.149.

INDEX ANALYTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Abus de biens sociaux :

- Notion de groupe : 379 s.
- Intérêt du groupe : 624 et s.
- Articulation de l'intérêt du groupe et de l'intérêt social : 579, 675 et s.

Acte anormal de gestion : 648 et s.

Accord de groupe :

- et accord d'entreprise : 833 et s.
- et accord inter-entreprises : 831 et s.
- et collectivité de travail : 803 et s.
- Parties à la négociation : 834 et s.
- Reconnaissance : 430 et s., 435 et s.

- C -

Collectivité de travail de groupe : 795, 800 et s.

Combinaison des comptes : 727, 730 et s.,

Comité d'entreprise européen :

- Conditions de mise en place : 416 et s., 862 et s.
- Attributions : 828, 841, 845, 846, 866
- Fonctionnement : 859

Comité de groupe :

- Conditions de mise en place : 396 et s., 856, 861
- Attributions : 533, 857
- Comité de sous-groupe : 532
- Filiale commune : 404 et s.

Complexité : 19 et s., 586 s.

Concentration économique : 41

- Externe : 34
- Interne : 34, 41
- Technique sociétaire : 44 s.
- Technique contractuelle : 48

Concept : 17 et s.

Confusion des patrimoines : 652 et s.

Contrôle :

- Droit comptable : 356 et s.
- Droit de la concurrence : 730
- Droit des sociétés : 350 et s.

- D -

Détention de capital :

- Droit bancaire : 345
- Droit fiscal : 341
- Droit des sociétés : 339 et s.
- Droit du travail : 545 et s., 401

Droit des groupes :

- Avant-projet de IXe dir. sur les entreprises liées : 328 et s.
- Méthodologie d'un - : 285, 333 et s.
- Forum européen sur le droit des groupe de sociétés : 331
- Droit allemand : 286 et s.
- Projet de création d'une société anonyme : 324 et s.
- Proposition de loi Cousté : 310
- Rapport Marini : 319

Droits fondamentaux :

- Droit à la participation : 811 et s.
- Droit à l'emploi : 871 et s.
- Notion : 807 et s.

- E -

Effectivité : 87

Emploi :

- Droit à l'- : 871 et s.
- Risque de l'- : 100, 880 et s.
- Dualité de la relation d'emploi : 274 et s., 888

Employeur :

- Détermination de l'- : 104 et s., 239 et s.
- Employeur conjoint : 245 et s., 911
    - Confusion d'autorité, d'intérêts et de direction : 252 et s.
    - Critère d'autorité : 247 et s.
    - Responsabilité solidaire : 261

Entreprise :

- Droit de la concurrence : 186 et s.
- Confrontation d'intérêts : 793
- Eclatement de l'- : 108, 140
- Paradigme de l'- : voir Paradigme
- Pouvoir hiérarchique : 704
- Structure juridique d'accueil : 109 et s.

Epargne salariale : 125 et s.

- Notion de groupe : voir Groupe

- F -

Filiale de recrutement : 105, 240 et s.

Flexibilité : 32 et s.

- G -

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 438 et s., 963 et s.

Groupe :

- Abus de biens sociaux : 379

- Comité de groupe : 396
- Droit fiscal : 648
- Epargne salariale : 448
- Licenciement pour motif économique : 483 ets.
- Personnalité juridique : Voir Personnalité juridique
- Reclassement : 537 et s.
- Typologie : 46 et s.

Groupe d'économie sociale :

- Groupement paritaire de prévoyance : 750 et s.
- Société de groupe d'assurance mutuelle : 744 et s.
- Société de réassurance mutuelle : 754, 755
- Union de société d'assurance mutuelle : 756 et s.

- I -

Interdépendance :

- Notion : 597 et s.
- Entre le groupe et ses entités membres : 661 et s.

Intérêt :

- Approche immanente : 669
- Approche transcendantale : 668
- - de l'entreprise : 790 et s., 793
- - du réseau : 774 et s.

Intérêt du groupe :

- Abus de biens sociaux : 624 et s.
- Expertise de gestion : 639 et s.
- Articulation de l'- et de l'intérêt social : n°674.

Intérêt des salariés : 791

- M -

Marché interne du groupe : 49

Mise à disposition par la société mère : 443, 960

Mondialisation de l'économie : 28 s.

- Configuration internationale : 29
- Configuration multinationale : 30
- Configuration globale : 31

- O -

Organisation :

- Approche complexe : 617
- Approche institutionnelle : 609 s.
- - et personnalité juridique : 617 et s.

- P -

Paradigme :

- Notion : 7
- - de complexité : 586 et s.
- - l'entreprise : 7, 8
- - de simplicité : 567, 569 et s., 583

Personnalité juridique :

- Absence de personnalité juridique du groupe : 151 et s.
- Organisation et - : 617 et s.
- Théories du sujet de droit : 148, 149, 151

Personne morale :78 et s.

Pouvoir :

- Agent juridique titulaire du - : 691
- Conception normativiste : 685 et s.
- - contractuel : 763 et s.
- - de direction : 203, 231, 242
- - factuel : 69
- - du groupe : 710 et s.

- - et responsabilité : 91, 714, 905
- - sans représentation : 688 et s.

Propriété économique : 713 et s.

- R -

Rationalité matérielle : 3, 4

Reclassement :

- Dans le groupe :
    - A l'étranger : 525 et s.
    - Groupe restreint : 537 et s.
    - Licenciement pour motif économique : 493 et s.
    - Inaptitude du salarié : 515
    - Permutation : 507 et s.
    - Obligation de l'employeur : 966

Responsabilité :

- - délictuelle pour faute de gestion : 915 et s.
- environnementale : 937 et s.
- pôle d'imputation multiple : 945 et s.

Restructuration permanente : 55

Réception (théorie de la) : 63 et s.

Réseau :

- Réseau hiérarchisé : 717 et s.
- Réseau d'entreprises : 760 et s.
- Intérêt du - : 774 et s.

- S -

Secteur d'activité : 483 et s.

- T -

Transparence (théorie de la) :108

- U -

Unité économique et sociale : 195 s.

- Dissociation de l'entreprise et du sujet de droit : 197 et s.
- Critère de l'unité économique : 202 et s.
- Critère de l'unité sociale : 205
- Champ d'application : 208 et s.
- - et groupe : 226 et s.

Unitas multiplex : 590 et s.

TABLE DES MATIERES

Remerciements…….. 1
Liste des principales abréviations…….. 3
Sommaire……... 6

Introduction……... 8

Première partie - LA GENÈSE DE LA NOTION DE GROUPE……. 24

Titre I - LA NÉCESSITÉ D'UNE NOTION DE GROUPE…….. 25

Chapitre 1 - Le groupe : une organisation économique incontournable, juridiquement difficile à saisir……..... 26

Section 1. L'émergence d'une organisation économique adaptée à la nouvelle donne économique…… 27

§1. Une figure organisationnelle innovante adaptée aux mutations de l'ordre économique…… 27

A. Les mutations de l'ordre économique……..... 28
1. La mondialisation de l'économie……..... 28
2. L'impératif de flexibilité……... 32
a) L'essoufflement de l'entreprise "fordiste"…… 33
b) Les stratégies de flexibilisation alternatives…… 35
B. Une figure organisationnelle innovante adaptée à la nouvelle donne économique…… 38
1. Un mode de concentration des entreprises original…….. 38
a) Un mode de concentration par croissance externe……..... 38
b) Les techniques juridiques de concentration……. 40
1°La technique sociétaire……..... 40
2°La technique contractuelle…….. 43
2. Une réponse adaptée à la « nouvelle donne » économique…….. 45
a) La mise en place d'un marché interne de groupe……. 45
1°La spécialisation des entreprises du groupe et l'accroissement de l'interdépendance entre entreprises……..... 46
2°L'accès des entreprises à des ressources spécifiques de groupe……. 48
b) La souplesse des structures du groupe……..... 49
1°La restructuration permanente……..... 49
2°La décentralisation dans la concentration……..... 51

§2. Une figure organisationnelle problématique en droit du travail……... 53

A. L'usage original du principe de l'autonomie juridique de la personne morale……..... 53

1. L'apport de la théorie de la réception à l'identification du problème……..... 54

a) L'intérêt d'une analyse en termes de réception……..... 54

b) Application de la théorie de la réception au groupe d'entreprises……... 58

2. La dichotomie entre l'application formelle du principe de l'autonomie juridique et la réalité de l'unité organisationnelle du groupe…….. 61

a) L'association de l'autonomie juridique de l'entité membre et de l'unité de décision économique du groupe……... 62

b) La dichotomie entre les frontières juridiques de l'entité membre et la réalité de ses frontières organisationnelles……..... 64

B. L'affaiblissement des contraintes normatives mises en place en droit du travail……..... 65

1. Dans les relations individuelles de travail……..... 67

a) Les conséquences de l'approche formelle de l'autonomie juridique de la personne morale sur la responsabilité de l'emploi dans le groupe……..... 67

1°Le décalage entre le pouvoir et la responsabilité……..... 67

2°Les conséquences en matière de responsabilité de l'emploi……..... 69

b) Les conséquences de l'organisation globale du groupe sur la détermination de l'employeur..... 73

2. Dans les relations collectives de travail……... 75

a) L'assimilation de l'entreprise à sa structure juridique d'accueil……... 76

b) les conséquences sur le statut collectif des salariés……. 78

1°L'éclatement du statut collectif des salariés…… 78

2°Les conséquences sur les institutions représentatives du personnel et la négociation collective……. 79

3°Les conséquences sur l'épargne salariale et l'actionnariat des salariés…….. 82

Section 2. L'absence de fondement juridique adapté……... 84

§1. Le rejet de la personnification du groupe en droit positif…….. 85

A. Les conditions et les conséquences de la personnification juridique du groupe……..... 86

1. Les conditions d'attribution de la personnalité morale……..... 86

a) Les éléments de la controverse doctrinale……. 87

b) L'état du droit positif……..... 89

2. Les conséquences de l'attribution de la personnalité morale……... 90

B. Le refus de la personnification juridique du groupe……... 91

1. Des théories doctrinales favorables à la personnification du groupe restées lettre morte……..... 91

a) Le point de départ : l'arrêt Lamborn……. 92

b) La théorie du sujet de droit réel d'Henri Rousseau……..... 93

c) La théorie du sujet de droit de Pierre Coulombel …… 94

d) La théorie du sujet de droit naissant de Michel Despax……..... 94

2. Le rejet par la jurisprudence de la personnification du groupe……..... 96

a) Le droit positif……..... 96

b) Les arguments favorables au rejet de la personnification du groupe…… 97

1°L'absence de besoin en autonomie juridique……..... 97

2°L'absence de pouvoir pour les « utilisateurs » du droit de créer des personnes morales..... 99

§2. L'absence de notion juridique adéquate…….. 100

A. L'inadéquation de la notion juridique de société……... 101
1. L'intérêt de la qualification de société en droit du travail…… 101
2. Le groupe n'est pas une société…… 102
B. L'inadéquation de la notion juridique de société créée de fait……... 103
1. L'apport……..... 104
2. La participation aux résultats…… 105
3. L'affectio societatis……... 106

§3. La théorie de la transparence…… 109

A. La théorie de la transparence appliquée au groupe……. 109
B. L'exemple de l'entreprise en droit de l'Union européenne de la concurrence……... 111

Chapitre 2 - L'aménagement insuffisant des notions juridiques du droit du travail……... 116

Section 1. L'aménagement de la notion d'entreprise en droit du travail……... 116

§1. L'unité économique et sociale…… 117

A.Une construction originale du droit du travail……. 117
1. La dissociation de l'entreprise et du sujet de droit……... 117
2. Les critères de l'unité économique et sociale……... 120
a) L'existence d'une unité économique…… 120
b) L'existence d'une unité sociale…… 122
B. L'entreprise au sens du droit du travail (?)……. 123
1. L'application du régime juridique attaché à l'entreprise…….. 123
2. Les limites tenant au champ d'application de l'unité économique et sociale……... 127

§2. La portée de l'unité économique et sociale comme technique de réception du groupe…… 131

A. Le groupe qualifié juridiquement d'entreprise en droit du travail……. 132
B. Les limites de la qualification……. 134
1. Le critère du pouvoir de direction unique…… 135
2. Le critère de l'activité identique, similaire ou complémentaire……..... 136

Section 2. L'aménagement de la notion d'employeur en droit du travail……... 139

§1. La recomposition de l'unité du lien contractuel face à la dilution du pouvoir de l'employeur……... 139

A. La détermination de l'employeur réel au-delà des apparences…….. 140
1. Eléments de la relation de travail indifférents à la détermination de l'employeur……..... 140
2. L'absence d'autonomie dans l'exercice du pouvoir de direction……. 143
B. La pluralité d'employeurs…….. 144
1. Les critères de reconnaissance…….. 144
a) Le critère d'autorité……..... 144
b) Le critère de la « confusion d'activité, d'intérêt et de direction »…… 147
1°La notion de « confusion d'activité, d'intérêt et de direction »……..... 147
2°La recherche de l'unité d'entreprise ?..... 149
2. Les effets : la responsabilité solidaire des co-employeurs……..... 150

§2. Les limites de l'aménagement de la notion d'employeur en droit du travail…… 151

A. Les limites tenant au critère du pouvoir de direction des personnes…….. 152
B. La dissociation du lien d'entreprise et du lien contractuel……. 157

Titre II - LA CONSÉCRATION DE LA NOTION DE GROUPE…… 162

Chapitre 1 - Un environnement juridique favorable……... 164

Section 1. Les débats juridiques relatifs à la méthodologie d'un droit des groupes…….. 164

§1. L'élément déclencheur : le droit des groupes allemand…….. 165

A. Une conception unitaire du groupe……. 165
B. La distinction entre le groupe de droit et le groupe de fait……. 169
1. Le groupe de droit……. 169
a) Le groupe contractuel……..... 169
b) Le groupe intégré ou « Eingliederung » …….. 170
2. Le groupe de fait……... 172
a) Définition du groupe de fait……... 172
b) Les difficultés inhérentes à la notion…… 173

§2. Les tentatives de mise en place d'un droit des groupes inspirées du droit allemand…….. 176

A. En droit interne……... 176
1. La proposition de loi Cousté du 9 avril 1970…… 177
a) La notion de groupe…….. 178
b) Le régime juridique du groupe…… 179
2. Le rapport Marini : pour une modernisation du droit des sociétés……... 180
B. En droit de l'Union européenne……... 182
1. Le projet de création d'une société anonyme européenne du 24 juin 1970…….. 182
2. L'avant-projet de IXe directive sur les entreprises liées……... 184

3. L'abandon des tentatives d'élaboration d'un droit des groupes en droit communautaire…… 185

Section 2. La multiplication des références expresses à la notion de groupe en droit positif 188

§1. La prise en compte des relations entre sociétés……..... 188

A. La notion de détention en capital…… 188
1. En droit des sociétés……..... 189
2. En droit fiscal…… 190
3. En droit bancaire……... 191
B. La notion légale de contrôle…… 194
1. Le contrôle en droit des sociétés……... 194
a) Le contrôle par les droits de vote…….. 195
b) Le contrôle par le pouvoir de désigner les dirigeants de la société…….. 195
2. Le contrôle en droit comptable…… 196
a) L'exercice d'un contrôle……... 197
b) L'exercice d'une influence notable……..... 199

§2. L'absence de conception unitaire du groupe……... 200

A. Le consensus autour d'une certaine représentation du groupe……... 200
1. Une structure de domination de type pyramidal……... 200
2. Une représentation sélective du groupe…… 203
B. Des déclinaisons de la notion variables selon les branches du droit……... 205
1. L'approche restrictive de la notion de groupe dans le régime du bénéfice consolidé…… 205
2. L'approche extensive de la notion de groupe en matière d'abus de biens sociaux…….. 207

Chapitre 2 - La consécration de la notion de groupe en droit du travail…….. 214

Section 1. La consécration légale de la notion de groupe en droit du travail……. 214

§1. Le rayonnement de la définition légale de l'article L. 2331-1 du Code du travail…... 215

A. La définition de l'article L. 2331-1 du Code du travail…….. 216
1. Forme juridique des entreprises du groupe……... 216
2. Entreprise dominante, entreprise contrôlée ou sous influence dominante…… 217
a) La notion de contrôle…… 218
1°Une conception restrictive du contrôle : le critère de la détention en capital…… 218
2°L'évolution vers une conception plus extensive du contrôle……..... 219
b) La notion d'influence dominante…… 224
1°Avant la loi du 12 novembre 1996……..... 224
2°A l'issue de la loi du 12 novembre 1996…… 225
B. Le rayonnement de la définition légale de l'article L.2331-1 du Code du travail…….. 226
1. La définition du groupe de dimension communautaire pour la mise en place du comité d'entreprise européen……..... 226

a) Entreprise dominante ayant son siège social sur le territoire de l'Union européenne…..... 227
1°Condition d'effectifs……..... 227
2°Condition d'implantation…… 228
b) Entreprise dominante dont le siège social est situé hors du territoire de l'Union Européenne…… 228
2. La détermination de certains droits au congé du salarié……... 229
a) Le droit au congé pour création ou reprise d'entreprise et le droit au congé sabbatique…….. 229
b) Le droit au congé de reclassement du salarié fondé sur l'article L.1233-71 du Code du travail…… 230
3. La référence expresse à l'entreprise dominante dans les dispositions légales : l'exemple des accords de groupe……..... 230
a) L'état du droit positif antérieurement à la jurisprudence Axa du 30 avril 2003……..... 231
b) La reconnaissance jurisprudentielle de l'accord de groupe : l'arrêt « Axa » du 30 avril 2003…… 232
c) La reconnaissance légale de l'accord de groupe par la loi du 4 mai 2004…… 235
4. La Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences et l'article L.2331-1 du Code du travail……..... 236

§2. Les limites du rayonnement de la définition légale du groupe proposée à l'article L.2331-1 du Code du travail…… 238

A. L'article L.1231-5 du Code du travail : une conception étroite des relations inter-entreprises……..... 238
B. La notion de groupe en matière d'épargne salariale : une conception extensive de la notion de groupe……... 241
1. L'état du droit positif antérieur à la loi du 19 février 2001……..... 241
2. L'apport de la loi du 19 février 2001…… 243
C. La référence légale au groupe mais sans définition…… 244

Section 2. La consécration jurisprudentielle de la notion de groupe en droit du travail..... 245

§1. L'apport de la jurisprudence à la consécration d'une notion de groupe…….. 246

A. La consécration jurisprudentielle de la notion de groupe antérieurement aux arrêts du 5 avril 1995…… 246
1. La reconnaissance du groupe par le Conseil d'Etat…….. 246
a) La proposition du Commissaire du Gouvernement…….. 247
b) La solution de l'arrêt du 18 janvier 1980 : la consécration de la notion juridique de groupe……... 249
2. La reconnaissance du groupe par la Cour de cassation……..... 250
a) Le refus initial de la Cour de cassation de reconnaître le groupe……. 250
b) La consécration de la notion de groupe par la Cour de cassation…….. 251
1°Les arrêts des 20 février et 15 mai 1991……. 251
2°L'arrêt du 25 juin 1992……..... 252
B. L'état de la jurisprudence depuis les arrêts du 5 avril 1995…… 255
1. Le secteur d'activité : critère du cadre d'appréciation de la réalité du motif économique……... 255
a) Intérêt de la notion de secteur d'activité……... 257
b) Inconvénients de la notion de secteur d'activité……... 258
1°Les éléments indifférents à la notion de secteur d'activité ou la recherche de l'activité réelle de l'entreprise…… 260
2°Le contrôle judiciaire de la justification du secteur d'activité déterminé par l'employeur……. 264
2. La permutation du personnel : critère du cadre de l'obligation de reclassement…… 267
a) L'apport des arrêts du 5 avril 1995 en matière de licenciement pour motif économique……. 267
b) La portée de la jurisprudence de la Cour de cassation au-delà du licenciement pour motif 272

économique……...

1°L'extension du reclassement dans le groupe à la situation du salarié inapte…….. 272
2°L'harmonisation des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation en matière de reclassement du salarié……... 273

3. La dimension transnationale de la notion juridique de groupe……... 274
a) La prise en compte de la dimension transnationale du groupe dans le licenciement pour motif économique……... 276

1°Le cadre de l'obligation de reclassement…… 276

2°Le secteur d'activité…… 279

b) L'accès à l'information économique du comité de groupe et du comité d'entreprise…….. 279

§2. L'absence de définition juridique du groupe……... 282

Seconde partie - DE LA NOTION AU CONCEPT DE GROUPE…….. 298

Titre I - ESSAI DE CONCEPTUALISATION DE LA NOTION DE GROUPE……. 299

Chapitre 1 - La découverte de l'unité complexe…… 300

Section 1. Penser l'association paradoxale de l'un et du multiple……... 301

§1. La représentation analytique du groupe ou l'inconcevable association de l'un et du multiple…….. 302

A. Des représentations juridiques du groupe reposant sur le « paradigme de simplicité »…….... 302
B. Des représentations juridiques du groupe mutilantes……. 304
1. En droit allemand…….. 305
a) Le régime juridique des groupes de fait…… 305
b) Le régime juridique des groupes de droit……. 306
2. En droit français……... 308

§2. La représentation complexe du groupe ou comment concevoir l'inconcevable……... 310

A. La pensée complexe : un autre mode de représentation de la réalité…….. 310
B. Le système comme Unitas multiplex…….. 314
1. La complexité de l'unitas multiplex……. 314
2. La dialectique du mouvement permanent……. 317

Section 2. Concevoir le groupe comme unité complexe……... 321

§1. L'unité organisationnelle du groupe……. 321

A. L'approche juridique de l'organisation……... 322
1. La notion d'organisation……... 323

a) La théorie de l'institution……..… 323
1° La notion d'institution…… 323
2°L'apport et les limites de la théorie institutionnelle…… 326
b) L'approche complexe de l'organisation…… 328
2. L'organisation et la personnalité juridique……... 331
B. L'unité organisationnelle du groupe en droit positif……... 333
1. La reconnaissance d'une organisation interne de groupe…… 333
2. La reconnaissance de l'intérêt du groupe…….. 339
a) L'intérêt du groupe en matière d'abus de biens sociaux……...…… 342
b) L'intérêt de groupe en droit des sociétés : la désignation d'un expert de gestion de groupe……... 345
1°La situation antérieure à la loi du 15 mai 2001……... 346
2°La reconnaissance légale de l'expertise de gestion de groupe par la loi du 15 mai 2001……... 348
c) Tentatives jurisprudentielles récentes favorables à une reconnaissance de l'intérêt du groupe…... 350
1°L'appréciation de la normalité de l'acte de gestion dans les groupes intégrés fiscalement…… 350
2°La prise en compte du groupe dans la jurisprudence relative à la confusion des patrimoines… 352
3. Le groupe comme organisation en droit du travail……... 354

§2. La complexité de l'unité organisationnelle du groupe…… 357

A. L'interdépendance entre le groupe et les entités membres……. 358
1. La dépendance du groupe à l'égard de ses entités membres……. 358
2. La dépendance des entités membres à l'égard du groupe……. 360
B. L'articulation de l'un et du multiple en droit positif……... 362
1. L'approche immanente de l'intérêt du groupe…….. 362
2. L'articulation entre l'intérêt du groupe et l'intérêt de ses membres……. 366
a) La contrepartie ou l'équilibre entre les engagements des entités membres concernées……... 366
b) La proportionnalité de l'engagement avec les possibilités financières de l'entité membre……. 369

Chapitre 2 - La spécificité de l'unité complexe du groupe……. 372

Section 1. La détermination des relations de pouvoir comme contrainte organisationnelle……... 372

§1. L'existence d'un pouvoir…… 372

A. La notion de pouvoir……... 373
1. La conception normativiste du pouvoir…… 373
2. Le pouvoir comme rapport de fait…… 375
B. Le titulaire du pouvoir……. 376
1. Le pouvoir sans représentation……. 376
2. L'agent juridique titulaire du pouvoir dans le groupe……... 377
a) L'entreprise dominante comme agent juridique titulaire du pouvoir…… 378
b) Les autres modes de structuration possibles du pouvoir……... 379

§2. La nature du pouvoir organisationnel du groupe…… 383

A. L'exclusion du modèle de l'entreprise…… 383
1. Le modèle de l'entreprise en droit du travail…… 384
2. L'exclusion de la notion de groupe du modèle de l'entreprise…… 385
B. L'émergence d'un autre modèle organisationnel…… 386
1. Le pouvoir du groupe fondé sur des relations en capital…….. 386
2. La nature du pouvoir caractéristique du groupe…… 387
3. Un réseau hiérarchisé…… 392

Section 2. La détermination des frontières du groupe…….. 395

§1. Eléments de droit positif tendant à reconsidérer la place des techniques sociétaires.. 396

A. En droit de l'Union européenne…….. 396
B. En droit interne…… 399
1. La combinaison des comptes…… 399
2. En droit du travail…… 400

§2. L'inclusion possible dans le concept de groupe d'unités organisationnelles qui en sont a priori exclues…….. 402

A. Les groupes d'économie sociale……. 403
1. Le mécanisme de l'adhésion ou le principe de la soumission volontaire à un pouvoir…… 406
a) La société de groupe d'assurance mutuelle……... 407
b) Le groupement paritaire de prévoyance…… 412
2. Le lien de réassurance comme moyen d'exercice d'un pouvoir……... 413
a) La société de réassurance mutuelle……... 415
b) L'union de sociétés d'assurance mutuelles……... 416
B. Les réseaux d'entreprises…… 418
1. L'existence et la nature du pouvoir contractuel…… 419
2. L'unité organisationnelle du réseau…….. 423

Titre II - LES EFFETS NORMATIFS DE LA NOTION DE GROUPE EN DROIT DU TRAVAIL……... 433

Chapitre 1 - Les effets normatifs de la notion de groupe dans l'organisation des relations collectives du travail……..... 434

Section 1. Le groupe comme cadre d'exercice des droits collectifs des salariés…. 435

§1. La prise en compte des intérêts des salariés dans le groupe……... 435

A. Le groupe comme lieu de confrontation des intérêts…….. 435
B. Le groupe comme cadre d'expression d'une collectivité de travailleurs…… 441

1. Le groupe comme cadre d'expression d'une collectivité de travail spécifique……..... 444
2. Le groupe, un niveau de négociation collective à part entière……..... 446

§2. La justification par les droits fondamentaux : une exigence de l'ordre juridique…... 449

A. Le groupe, cadre d'exercice des relations collectives du travail : la justification par les valeurs…….. 449
B. L'impératif d'effectivité face aux « déplacements » du capitalisme : la recherche du lieu utile…… 455

Section 2. L'organisation réticulaire du droit des relations collectives du travail dans le groupe……... 461

§1. La complexité organisationnelle du groupe dans les relations collectives du travail... 462

A. Approche globale du groupe dans les relations collectives du travail…… 462
1. La mise en place et les prérogatives des institutions représentatives du personnel au niveau du groupe…… 462
2. Le régime juridique des conventions et accords collectifs de groupe……... 464
B. L'association de l'un et du multiple dans les relations collectives du travail……..... 468

§2. La régulation réticulaire des relations collectives du travail dans le groupe…… 477

A. Création de prérogatives ou d'obligations spécifiques à la charge de l'entreprise dominante……... 479
B. Création d'obligations spécifiques à la charge de chacune des entreprises du groupe en considération de la collectivité de travail des salariés du groupe……... 481

Chapitre 2 - Les effets normatifs de la notion de groupe au regard de la responsabilité de l'emploi……... 486

Section 1. Le groupe comme cadre d'appréciation du droit à l'emploi des salariés……..……... 486

§1. Le droit fondamental des salariés à l'emploi……... 486

A. L'affirmation du droit à l'emploi des salariés. ……... 487
B. L'emploi : un intérêt légitime juridiquement protégé……..... 492

§2. Le groupe comme pôle d'imputation du préjudice en matière d'emploi……..... 497

A. Le groupe comme cadre d'exercice des obligations patronales en matière d'emploi……..... 497
B. Les limites : l'imparfaite prise en compte de la complexité organisationnelle du groupe……..... 505
1. Le décalage persistant entre le pouvoir et la responsabilité : un obstacle à l'effectivité de la règle de droit en matière d'emploi dans le groupe……..... 506
2. Des mécanismes correcteurs insatisfaisants……..... 512
a) Des mécanismes juridiques insuffisants…… 512
1°Le co-emploi…… 513
2°La responsabilité délictuelle de la société mère pour faute de gestion……... 515
b) Le rejet de la responsabilité délictuelle du fait de la dépendance économique…… 517

Section 2. La construction d'un schéma d'imputation de responsabilité attaché à l'organisation complexe du groupe…….. 523

§1. L'émergence d'un nouveau modèle d'imputation de responsabilité……. 524

A. L'action collective du groupe : un défi adressé à la responsabilité civile…….. 524

B. La nécessaire modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe…….. 532

1. Une modification du schéma d'imputation de responsabilité liée à la complexité organisationnelle du groupe……..... 532

2. Une modification du schéma d'imputation de responsabilité respectueuse du droit positif..... 535

§2. Vers un renforcement de la modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe……..... 538

A. Les manifestations encore timides de la modification du schéma d'imputation de responsabilité dans le groupe 538

B. La notion de groupe au fondement de la redéfinition du schéma d'imputation de responsabilité……..... 545

1. Création de nouvelles obligations entre entités membres……. 546

2. Imputation multiple d'une obligation unique…… 556

CONCLUSION……. 561

BIBLIOGRAPHIE……..... 563

INDEX……..... 596

LA NOTION DE GROUPE EN DROIT DU TRAVAIL

La notion de groupe en droit du travail suscite de nombreuses interrogations, qu'il s'agisse de la détermination de son sens ou de son régime juridique. Pour identifier le cœur du problème, il est apparu nécessaire de retracer le cheminement ayant conduit le droit du travail à consacrer cette notion. Loin d'être une représentation fidèle d'un phénomène économique, la notion de groupe véhicule une certaine représentation juridique du groupe qui, malgré des apports incontestables, montre ses limites. En partant des apports de la pensée complexe développée par Edgar Morin, il est proposé de construire une représentation juridique du groupe alternative en vue, paradoxalement, de préciser le sens de la notion par un enrichissement de son sens et d'offrir une grille de lecture renouvelée de son régime juridique, susceptible d'apporter un certain nombre de solutions à des problèmes juridiques récurrents.

NOTION OF " GROUP " IN (FRENCH) LABOR LAW

The notion of "group" in Labour Law raises many questions, be it in connection with the very definition of this term or its juridical scope. In order to tackle this issue, it was necessary to trace the logic which led the Labour Law to identify this notion. Far from being a faithful representation of some economical phenomenon, the notion of "group" vehicles a specific juridical representation of the group which, despite undeniable contributions, shows some limit. Based on the contributions of the "pensée complexe" developped by Edgar Morin, we suggest to build an alternative juridical representation of the group, paradoxically, to specify the meaning of the notion by enriching its meaning and offer a renewed point of view on its juridical scope, which can potentially bring various solutions to recurrent juridical issues.