REVUE LAMY

Droit des affaires

NOVEMBRE 2012

DOSSIER DROIT DES SOCIÉTÉS SPÉCIAL

Regard sur le transfert transfrontalier du siège des sociétés : une avancée
Par Catherine CATHIARD, Didier PORACCHIA et Thomas BIERMEYER

Sort des créances déclarées en cas de résolution d'un plan
Par Jean-Luc VALLENS

L'indication du TEG sur les copies informatiques des décomptes
Par Jamel DJOUDI

Précisions sur les conditions d'appréciation d'une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005
Par Adrien BASCOULERGUE

Mandat extérieur à l'entreprise et bénéfice du statut protecteur contre le licenciement
Par Isabelle CORNESSE

Collection LAMY DROIT DES AFFAIRES

ÉTUDES

La médiation dans le domaine de la consommation
Par Jean-Pierre PIZZIO

Succursales étrangères et *pools* bancaires à l'épreuve de l'information annuelle des cautions
Par Alex BEBE EPALE

DOSSIER SPÉCIAL

À la recherche d'une présomption de responsabilité des sociétés mères en droit français
Par Christine CARPENTIER, Julien CHEVAL, Emmanuel DAOUD, Julie FERRARI, César GHRÉNASSIA, Clarisse LE CORRE et Caroline RONIN

76

Lamy
une marque Wolters Kluwer

Par Julien CHEVAL
Avocat à la Cour
VIGO Cabinet d'avocats

Responsabilité de la maison mère en cas de déconfiture de la filiale : analyse comparée de l'appréciation par la chambre commerciale et la chambre sociale de l'autonomie de la filiale dans le cadre de la procédure collective

Le réflexe de se tourner vers la maison mère d'une société entrant en procédure collective est naturel : après s'être interrogé sur le rôle du dirigeant dans l'origine des difficultés, on s'interroge sur celui de l'actionnaire, de plus fort quand c'est une même personne qui réunit ces deux qualités. Alors quand faut-il considérer que la nécessaire autonomie d'une filiale, tirée de sa personnalité morale, peut et doit s'effacer au bénéfice, in fine, *des droits des créanciers de la filiale défaillante ? La réponse des chambres commerciale et sociale de la Cour de cassation divergent de plus en plus nettement.*

La procédure collective, sous toutes ses formes issues de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises, est certainement le domaine dans lequel la question de la responsabilité de la société mère envers ses filiales est la plus discutée avec toujours, en filigrane, celle de la notion de groupes de sociétés. En effet, une jurisprudence abondante sur le sujet s'y épanouit non sans quelques contradictions.

Il convient de préciser ou de rappeler que la seule définition juridique de la filiale dans notre droit est celle donnée par 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, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première* »), article inclus dans les dispositions communes aux diverses sociétés commerciales, étant précisé que ni le droit français, ni le droit européen, ne définissent clairement d'un point de vue juridique le groupe de sociétés et, surtout ne lui confèrent la personnalité morale.

Or, si l'autonomie des sociétés au sein du groupe est affirmée avec vigueur par le droit « *commercial* » de la procédure collective, le droit « *social* » de la procédure collective, tout aussi vigoureusement, n'a de cesse de l'attaquer. Alors que le premier continue à apprécier d'emblée la situation de la filiale à travers le prisme de l'autonomie, le second tend au contraire de plus en plus à l'apprécier à travers celui de la dépendance. Il en résulte un hiatus regrettable sur le plan de la prévision et de la sécurité juridiques dont il est cependant de la responsabilité des dirigeants d'en avoir conscience, dès lors qu'il est aujourd'hui clairement identifié.

I. – L'APPRÉCIATION AUTONOME DE LA FILIALE AFFIRMÉE

Le droit des entreprises en difficulté a depuis longtemps envisagé une restriction à l'autonomie des sociétés d'un groupe, singulièrement à l'autonomie d'une filiale relativement à sa maison mère en cas de déconfiture de la première, par le mécanisme de l'extension de la procédure. D'abord d'origine exclusivement prétorienne, l'extension sur le fondement de confusion de patrimoines ou de la fictivité de la personne morale est aujourd'hui prévue par la loi.

Dans toutes les formes de procédure collectives (sauvegarde judiciaire, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire), par application de l'article L. 621-2 du Code de commerce (et des articles L. 631-7 et L. 641-1 qui y renvoient expressément s'agissant du redressement et de la liquidation judiciaires), « *à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale* ».

C'est ainsi à l'épreuve des tentatives d'extension de procédure que l'autonomie de la filiale à l'égard de la société mère a pu être le mieux vérifiée depuis vingt ans . Et force est de constater que l'autonomie de la filiale a, ici, bien résisté jusqu'encore dans les arrêts les plus récents.

Déjà, la Cour de cassation s'est montrée en 1993 particulièrement exigeante pour accueillir une demande d'extension passant par la démonstration d'une confusion des patrimoines, jugeant que la présence de dirigeants et d'associés communs, l'identité d'objet sociaux, la centralisation de la gestion en un même lieu, l'existence de relations commerciales constantes et l'identité de clientèle, ne suffisaient pas à démontrer cette confusion dès lors que les sociétés conservaient une activité indépendante, un actif et un passif propres, d'une part, et que rien ne permettait de caractériser l'existence d'un flux financier anormal entre elles, d'autre part (Cass. com, 11 mai 1993, n° 91-10.569, Bull. civ. IV, n° 187).

L'extrême proximité, voire porosité, entre les deux sociétés du groupe ne permettait pas d'en déduire *a priori* l'existence d'une confusion de patrimoines propre à justifier une extension de procédure.

Plus tard, en 2005, la Cour de cassation a rendu certainement son arrêt le plus emblématique en la matière dans le cadre de l'affaire *Metaleurop* (Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094, Bull. civ. IV, n° 92). La Cour de cassation y sanctionne la cour d'appel ayant admis la confusion des patrimoines, celle-ci s'étant déterminée par des motifs impropres « *à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère, qu'elle a constaté révélaient des relations des financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société mère avec celui de sa filiale* ». La convention de trésorerie n'est donc pas plus un indice d'une responsabilité *a priori* de la société mère.

Cette haute exigence de la Cour de cassation en la matière a été réitérée dans un arrêt du 2 mai 2007 retenant la caractérisation de flux financier anormaux comme étant la pierre angulaire d'une démonstration d'une éventuelle confusion de patrimoines (Cass. com., 2 mai 2007, n° 06-12.378).

On comprend bien la volonté de la chambre commerciale de la Cour de cassation de maintenir par cette jurisprudence la possibilité d'extension de procédure au rang d'exception afin de protéger la notion de groupe de sociétés, notion qui serait vidée de son sens si la reconnaissance de la confusion de patrimoines était par trop facilitée.

La chambre commerciale s'inscrit ainsi en parfaite cohérence avec les règles qu'elle a elle-même édictées en matière d'appréciation de la situation de la filiale au moment de l'ouverture de la procédure collective. Elle juge en effet sur ce point que la situation de la filiale doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe. En particulier, l'éventuel soutien de la maison mère n'a pas à être pris en compte pour apprécier la situation de la filiale, sauf à ce que ce soutien soit formalisé par un engagement précis (Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-17.821, Bull. civ. IV, n° 176, et n° 06-20.820, Bull civ. IV, n° 177).

L'autonomie de la filiale est ainsi parfaitement affirmée dans le cadre de l'approche commerciale de la procédure collective .

C'est cependant par le prisme du droit social de la procédure collective que l'autonomie de la filiale subit les attaques les plus fortes, singulièrement à partir de la notion de licenciement économique dont la confrontation avec la procédure collective est évidemment loin d'être une hypothèse d'école. La contradiction croissante qui en en résulte entre la jurisprudence de la chambre commerciale et celle de la chambre sociale n'est pas sans poser quelques difficultés.

II. – L'APPRÉCIATION AUTONOME DE LA FILIALE DISCUTÉE

Si, on vient de le voir, la situation d'une filiale s'apprécie indépendamment de celle de son groupe et en particulier de sa maison mère au moment d'envisager l'entrée en procédure collective selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, la chambre sociale de la Cour de cassation a adopté une position opposée lorsqu'il s'agit d'apprécier les difficultés économiques d'une société au sens du licenciement économique prévu par l'article L. 1233-3 du Code du travail (« *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa* »).

La chambre sociale juge en effet qu'il faut alors apprécier les difficultés au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise procédant au licenciement économique (Cass. soc., 5 avr. 1995, nos 93-42.690 et 93-43.866, Bull. civ. V, n° 123, Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41.571, Bull. civ. V, n° 214 ; et Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41.839, Bull. civ. V, n° 215).

Il s'agit là d'une première « *alerte* » quant à une remise en cause de l'autonomie de la filiale au sein du groupe.

Alerte seulement car il est vrai qu'ici la confrontation des deux courants jurisprudentiels ne trouve en réalité à s'appliquer qu'au cas de la sauvegarde judiciaire puisqu'en matière de redressement judiciaire, la jurisprudence bien établie de la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'autorisation des licenciements économiques durant la période d'observation ou dans le cadre du jugement arrêtant le plan de continuation ou le plan de cession constitue en soi le motif économique du licenciement envisagé.

> **L'autonomie de la filiale est ainsi parfaitement affirmée dans le cadre de l'approche commerciale de la procédure collective.**

Mais il en est tout autrement dans le cadre de la jurisprudence développée par la chambre sociale de la Cour de cassation sur la notion de co-emploi, singulièrement appliquée à la situation de la déconfiture de la filiale. L'appréciation de la situation de filiale par rapport à celle de la maison mère qui y est consacrée est d'emblée marquée du sceau de la dépendance, plus que celui de l'autonomie, conduisant à un véritable hiatus entre les deux courants jurisprudentiels – celui de la chambre commerciale et celui de la chambre sociale –.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de co-emploi s'est construite assez rapidement et a fait l'objet d'une remarquable consolidation dans le courant de l'année 2011. À chaque fois, dans ces différentes espèces, la responsabilité de la société mère est recherchée par les salariés d'une filiale contrainte à la déclaration de cessation des paiements et la cession d'activité.

La notion était apparue dans un arrêt du 11 juillet 2000 reconnaissant la qualité de co-employeur à des entreprises formant « *un ensemble uni par la confusion de leurs intérêts, de leur dirigeant, de leurs activités et de leur moyen d'exploitation* » (Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.146).

Cette solution avait ensuite été réitérée plusieurs fois, notamment dans un arrêt du 28 mai 2008 retenant toujours la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction (Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-45.395).

Le mouvement s'est accéléré en 2011 avec trois arrêts remarqués.

Le premier, rendu le 18 janvier 2011, a posé les jalons de l'évolution jurisprudentielle, la chambre sociale y jugeant « *que la société JFH intervenait de manière constante dans les décisions concernant la gestion financière et sociale de la cessation d'activité de la société MIC et le licenciement de son personnel et qu'elle assurait ainsi la direction opérationnelle et la gestion administrative de sa filiale, qui ne disposait d'aucune autonomie ; elle a pu en déduire qu'existait entre la société JFH et la société MIC une confusion d'intérêt, d'activité et de direction et qu'en conséquence, la société JFH avait la qualité de co-employeur à l'égard du personnel de la société MIC* » (Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199, Bull. civ. V, n° 23 ; *cf.* également le commentaire de Monsieur Paul-Henri Antonmattéi, Semaine sociale Lamy, n° 1484, p. 12).

Le 22 juin 2011, la chambre sociale a confirmé, en précisant que la cour d'appel avait pu déduire qu'il existait entre les deux sociétés concernées une confusion d'intérêts, d'activités et de direction qui se manifestait par l'immixtion de la société mère dans la gestion du personnel de la société BSA et qui suffisait à leur conférer la qualité de co-employeur (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.021).

Enfin, dans un arrêt du 28 septembre 2011, concernant encore une fois Metaleurop, la chambre sociale retient l'existence d'un co-emploi en raison de l'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale « *sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés à l'égard de la société mère* » (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278).

La Cour de cassation retient donc comme critère déterminant celui de l'immixtion de la société mère dans les affaires de la fille. Le critère se conçoit aisément en opportunité et appelle sans doute un complément par son pendant négatif, celui de l'abandon de la filiale par la société mère. C'est d'ailleurs le critère que vient de retenir le Tribunal de commerce d'Orléans dans l'affaire *Groupe Quelle La Source*, dans un jugement du >

1er juillet 2012 au terme duquel le Tribunal condamne sur un terrain délictuel l'actionnaire, un fonds d'investissement et de retournement étranger, à l'issue d'une action engagée par les 170 salariés licenciés de la filiale française pour ne pas avoir joué normalement son rôle d'actionnaire quasi unique mais pour avoir au contraire privilégié exclusivement son propre intérêt (T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010-11170, L'essentiel Droit des entreprises en difficulté, 2012, n° 7, obs. Lucas F.-X.).

Outre l'innovation juridique quant à la recevabilité des salariés à l'action sur le terrain délictuel et non pas social, cette décision, certes de première instance, comme celles d'ailleurs précitées de la chambre sociale, trouvent une résonnance particulière dans le débat politique et de société relatif au rôle et à la responsabilité de l'actionnaire. Il est souhaitable pour la vie des affaires que l'actionnaire soit responsabilisé et même sanctionné lorsqu'il privilégie son intérêt propre, exclusivement, au détriment de la filiale et de ses salariés.

Et ce d'autant qu'à la lecture des différentes et nombreuses espèces précitées, il est clair que leur aspect caricatural en termes d'immixtion et d'absence d'autonomie de la filiale ne peuvent que conduire à approuver les décisions prises. Mais cette question de l'immixtion ou de la non immixtion fautive met également en lumière la problématique d'une contradiction évidente entre jurisprudence de la chambre sociale et celle de la chambre commerciale. Or, il n'est pas souhaitable, nonobstant l'aspect caricatural des espèces étudié par les décisions concernées, que cette contradiction demeure.

On peut certes expliquer cette contradiction par la différence des intérêts en jeu : dans un cas – celui d'une demande d'extension de procédure vue *supra* –, l'intérêt des créanciers en général, de tous les créanciers, est en jeu, alors que dans un autre cas – celui du co-emploi –, c'est l'intérêt particulier des salariés créanciers bénéficiant d'une protection privilégiée en application de l'ordre public social qui est en jeu.

Il n'en demeure pas moins que l'on peut considérer ici que la Cour de cassation est allée trop loin dans la construction jurisprudentielle de deux cheminements opposés et pourtant applicables à une situation de fait strictement identique, à savoir l'autonomie de la filiale par rapport à la société mère dans le cadre de la déconfiture de la première. Cela est regrettable notamment au regard de l'inégalité qu'une telle situation crée entre les créanciers d'une filiale en difficulté. Pour les besoins de la réflexion, on pourrait ainsi comparer la situation du fournisseur ou sous-traitant de la filiale lui-même placé en difficulté extrême, avec ses salariés, du fait du dépôt de bilan de la filiale partenaire ou donneuse d'ordre et celle des salariés des filiales. Le premier éprouvera les plus grandes difficultés procédurales (titulaires de l'action, critères) à étendre la procédure collective à la maison-mère afin d'obtenir le cas échéant une issue favorable à la procédure susceptible à terme de rejaillir positivement sur sa situation. Les seconds bénéficient au contraire d'une faculté plus aisée d'engager des actions indemnitaires significatives.

Il faut en outre, en l'état de ce droit positif, se demander si les critères dégagés ainsi par les jurisprudences de la Cour de cassation sont suffisamment précis pour permettre aux dirigeants d'apprécier raisonnablement les enjeux et risques juridiques de la relation société mère-filiale en cas de difficulté de cette dernière. Ce n'est pas certain tant, encore une fois, les chambres commerciale et sociale ont creusé des sillons opposés, brouillant incontestablement le message à l'adresse du dirigeant justiciable.

*

On ne peut certes pas encore parler d'une présomption de responsabilité de la société mère en cas de déconfiture de la filiale, mais il est indéniable qu'à travers le droit social de la procédure collective, les conditions de recherche de cette responsabilité sont de plus en plus ouvertes dans un contexte jurisprudentiel difficile à déchiffrer. En attendant une harmonisation de la jurisprudence, voire une intervention du législateur, il serait en tout état de cause fautif pour le dirigeant de groupe de sociétés de ne pas en être aujourd'hui conscient. ◆