

N° A1719595

Décision attaquée : 07 avril 2017 de la cour d'appel de Nancy

Mme X... Y... et 14 autres salariés

C/

la société Finadvance ; CGEA-AGS de Nancy Nord-Est;

Mme Z... et M. A..., pris en leur qualité de mandataire

liquidateur de la société Intergestion

rapporteur : Anne Leprieur

RAPPORT

**commun aux pourvois A1719595, B1719596, C1719597, K1719604,
N1719606, R1719609, T1719611, U1719612, Y1719616, Z1719617,
A1719618, D1719621, E1719622, F1719623 et H1719624**

**et comportant un avis sur le fondement de l'article 1014 du code de
procédure civile**

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Intergestion exerçait une activité de distribution en matière de quincaillerie d'ameublement et de bâtiment, aménagement intérieur, rayonnement mural et agencement de magasins, sur 3 sites situés à Ludres (54), Vaudricourt (80) et Ernée (53).

La société Intergeres, holding de reprise créée à cet effet, a racheté la totalité des parts de la société de développement commercial et industriel, société mère de la société Intergestion. 85% du capital de la société Intergeres a été acquis le 20 juillet 2006 par le fonds commun de placement à risque (FCPR) Finadvance Capital III, créé et géré par la société Finadvance, société de gestion spécialisée dans le capital investissement.

Par jugement du 30 mars 2010, le tribunal de commerce de Nancy a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société Intergestion. Par jugement du 9 août 2010, ce même tribunal a adopté un plan de cession. Les salariés dont les contrats de travail n'ont pas été transférés ont été licenciés pour motif économique (93 sur le site de Ludres, 9 sur le site d'Ernée et 39 sur le site de Vaudricourt). Les salariés demandeurs au pourvoi ont été licenciés le 30 août 2010.

Par jugement du 28 septembre 2010, le tribunal de commerce a placé la société Intergestion en liquidation judiciaire, Mme Z... et M. A... étant désignés en qualité de mandataire liquidateur.

Des salariés ont contesté leur licenciement, faisant valoir notamment que les sociétés Finadvance et Intergestion étaient co-employeurs et qu'en conséquence, leur licenciement était nul du fait de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, ou à tout le moins sans cause réelle et sérieuse du fait de cette même insuffisance mais également de l'inexistence d'un motif économique concernant la société Finadvance et du manquement à l'obligation de reclassement individuel. Ils ont sollicité en outre le paiement de dommages-intérêts au titre du droit individuel à la formation.

Par jugements du 22 mars 2013 ¹, le conseil de prud'hommes de Nancy a jugé que la société Finadvance était co-employeur des salariés de la société Intergestion, que le plan de sauvegarde de l'emploi était nul et les licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse. Il a par conséquent condamné la société Finadvance au paiement d'indemnités à ce titre et fixé au passif de la société Intergestion les mêmes sommes. Il a en outre condamné la société Finadvance à rembourser au CGEA-AGS les sommes versées aux salariés dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Par arrêts du 7 avril 2017, la cour d'appel de Nancy a :

- constaté que les salariés s'étaient désistés de leur demande, dirigée contre la société Finadvance, en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1240 du code civil ;
- infirmé les jugements en toutes leurs dispositions ;
- jugé que la société Finadvance n'était pas co-employeur des salariés de la société Intergestion ;
- débouté l'AGS-CGEA de sa demande de remboursement des sommes versées aux salariés au titre de sa garantie ;
- jugé que le plan de sauvegarde de l'emploi était régulier et que la société Intergestion avait satisfait à son obligation de reclassement, ce dont il résultait que les licenciements étaient fondés sur une cause réelle et sérieuse ;
- débouté les salariés de toutes leurs demandes.

Les salariés se sont pourvus en cassation. Il a été ordonné la jonction des pourvois par ordonnance du Président de la chambre en date du 26 septembre 2017.

Se sont constitués en défense la société Finadvance et M. A..., en sa qualité de mandataire judiciaire de la société Intergestion. La société Finadvance a demandé sa mise hors de cause.

¹Les jugements dans cette série ont été rendus à une autre date que ceux de la série connexe dont le dossier pilote est D1719598 et tant leurs motifs que leurs dispositifs sont différents.

La procédure, régulière, n'appelle pas d'autre observation.

2 - Analyse succincte des moyens

Les salariés présentent trois moyens de cassation.

Le premier moyen fait grief aux arrêts attaqués de débouter les salariés de leur demande en condamnation et en fixation d'une créance de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse du fait de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre de la procédure collective de la société Intergestion, alors selon le moyen :

1°) que, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe, la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens financiers de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L.2331-1 du code du travail et par renvoi aux articles L.233-1, L.233-3, I et II, et L.233-16 du code de commerce ; que, selon l'article L.233-3, I, 1° dudit code, une société est considérée comme en contrôlant une autre « 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 », et qu'aux termes de l'article L.233-4 du code de commerce, « toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société » ; qu'une société de gestion d'un fonds de commun de placement, lequel est dépourvu de personnalité morale, exerce elle-même le contrôle de la société dont elle a fait acquérir une fraction du capital avec la dotation de ce fonds lorsqu'elle y détient pour le compte de ce dernier la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; qu'en refusant de déduire de la détention de 85% du capital de la société Interges par le fonds commun de placement FCPR Finadvance Capital III géré par la société Finadvance et de l'exercice par cette société de gestion des droits de vote attachés à ces parts un contrôle de cette société sur la société Interges en question, et par voie de conséquence sur la société Intergestion placée sous le contrôle de cette dernière, au motif inopérant que l'identité des détenteurs du portefeuille de valeurs gérés collectivement au sein du fonds n'était pas connue, la cour d'appel a méconnu les textes et principes susvisés, ensemble l'article 1134, devenu 1103, du code civil, l'article L.1235-10 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur, et les articles L.1233-61 et L.1233-62 du même code ;

2°) en tout état de cause, que, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe, la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens financiers de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L.2331-1 du code du travail et par renvoi aux articles L.233-1, L.233-3 I et II et L.233-16 du code de commerce ; que, selon ce dernier texte, le contrôle exclusif par une société résulte notamment « du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet », et qu'en vertu de l'article

L.233-4 du code de commerce, « toute participation au capital même inférieure à 10% détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société » ; qu'il résulte des propres constatations des arrêts (arrêts attaqués, p. 8 pénultième §) qu'en application du pacte d'associés qui organisait les liens entre la société Interges et ses associés, « les liens entre les sociétés Finadvance et Interges (...) étaient des liens de contrôle et de surveillance » et que la société Interges contrôlait la société Intergestion ; qu'en retenant, que la société Finadvance n'exerçait pas de contrôle sur la société Intergestion et qu'elle ne faisait donc pas partie du groupe de sociétés dont les moyens financiers devaient être mobilisés pour l'élaboration et la mise en oeuvre du plan de sauvegarde de l'emploi de cette société, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a méconnu les textes et principes susvisés, ensemble l'article L.1235-10 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur, et les articles L.1233-61 et L.1233-62 du même code ;

3°) que, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe, la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens financiers de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L.2331-1 du code du travail et par renvoi aux articles L.233-1, L.233-3 I et II et L.233-16 du code de commerce ; que, selon l'article L.2331-1, II, du code du travail, l'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, « lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise », et selon l'article L.233-16, II, 2°, du code de commerce, « le contrôle exclusif par une société résulte (...) de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise » ; qu'aux termes de l'article L.233-4 du code de commerce, « toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société » ; qu'en retenant, pour débouter les salariés de leur demande d'indemnité, que la société Finadvance ne faisait pas partie du groupe de sociétés dont les moyens financiers devaient être mobilisés pour l'élaboration et la mise en oeuvre du plan de sauvegarde de l'emploi de la société Intergestion, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions d'appel des salariés, p. 10), s'il ne revenait pas à la société Finadvance, directement ou indirectement, en application de l'article 9.1 du pacte d'associés de la société Interges en date du 20 juillet 2006, de nommer la totalité des membres du conseil d'administration de cette société, de telle sorte que, sous ce rapport encore, la société Finadvance exerçant une influence dominante présumée, voire un contrôle exclusif sur la société Interges, elle devait être regardée comme détenant indirectement la totalité du capital de la société Intergestion que détenait celle-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés, ensemble l'article L.1235-10 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur, et les articles L.1233-61 et L.1233-62 du même code ;

4°) que, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les possibilités de reclassement collectif des salariés menacés de licenciement doivent être recherchées à l'intérieur de ce 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; qu'en déboutant les salariés de leur demande d'indemnité, sans rechercher, comme il était soutenu (conclusions d'appel des salariés, pp. 45 et 46), si les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation des trois filiales de la société Intergestion situées respectivement au Luxembourg, en Espagne et en Pologne, et des sociétés du groupe Finadvance contrôlées directement ou indirectement par la société Finadvance ne permettaient pas d'effectuer la permutation de tout ou partie des salariés licenciés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L.1235-10 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur, et des articles L.1233-61 et L.1233-62 du même code.

Le deuxième moyen fait grief aux arrêts de débouter les salariés de leur demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse du fait du manquement de la société Intergestion à son obligation de reclassement individuel, alors selon le moyen que, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les possibilités de reclassement des salariés menacés de licenciement doivent être recherchées à l'intérieur de ce groupe, parmi les sociétés dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel; qu'en retenant, pour débouter les salariés de leur demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, que les organes de la procédure collective de la société Intergestion avaient satisfait à leur obligation de reclassement individuel des salariés licenciés, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions d'appel des salariés, pp. 45 et 46), si les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation des trois filiales de la société Intergestion situées respectivement au Luxembourg, en Espagne et en Pologne, et des sociétés du groupe Finadvance contrôlées directement ou indirectement par la société Finadvance ne permettaient pas d'effectuer la permutation de tout ou partie des salariés licenciés de la société Intergestion, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L.1233-4 du code du travail.

Le troisième moyen fait grief aux arrêts de débouter les salariés de leur demande en paiement de dommages-intérêts pour défaut d'information sur la portabilité du droit individuel à la formation, alors selon le moyen que le défaut de mention dans la lettre de licenciement de la portabilité du droit individuel à la formation entraîne nécessairement un préjudice pour le salarié qui doit être réparé par le juge ; que, pour débouter les salariés de leur demande en paiement de dommages-intérêts pour défaut d'information sur la portabilité du droit individuel à la formation, les arrêts attaqués retiennent qu'ils n'apportent pas la preuve du préjudice qu'ils auraient subi de ce fait; qu'en statuant ainsi, cependant que les salariés n'avaient pas à prouver l'existence d'un préjudice qui découlait nécessairement de la violation par l'employeur des dispositions relatives au droit individuel à la formation, la cour d'appel a violé les

articles L.6323-19 et L.6323-21 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

La première branche du premier moyen pose la question de savoir si une société de gestion d'un fonds commun de placement peut être considérée comme exerçant le contrôle de la société dont elle fait acquérir une fraction du capital avec la dotation de ce fonds, sur le fondement des dispositions combinées des articles L.233-3, I, 1° et L. 233-4 du code de commerce, c'est à dire en raison de ce qu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de la société ainsi acquise ?

La quatrième branche du même moyen est relative à la définition du périmètre du groupe de reclassement : s'agissant de salariés licenciés par une société dont le capital est détenu majoritairement par un fonds commun de placement, le groupe de reclassement peut-il inclure, non seulement la société de gestion gérant le fonds de placement (ce point n'étant pas en litige dans la présente espèce), mais également les autres sociétés dans lesquelles les fonds communs de placement gérés par cette société de gestion détiennent des participations ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

- I - Sur le premier moyen relatif au périmètre du groupe pour l'appréciation de la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi :

- A - Les principes, légaux et jurisprudentiels, régissant l'appréciation de la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi :

Cette affaire concerne des licenciements antérieurs à la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

A titre préliminaire, on rappellera les grands principes, légaux et jurisprudentiels, régissant l'appréciation de la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

1°) Principes généraux :

Selon l'article L. 1233-61 du code du travail dans sa rédaction alors applicable :

Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre.

Ce plan intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou

présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile.

L'article L. 1233-62, dans sa rédaction applicable au litige, disposait quant à lui :

Le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit des mesures telles que :

1° Des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ;

2° Des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ;

3° Des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ;

4° Des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;

5° Des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ;

6° Des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires réalisées de manière régulière lorsque ce volume montre que l'organisation du travail de l'entreprise est établie sur la base d'une durée collective manifestement supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires ou 1 600 heures par an et que sa réduction pourrait préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée.

Le plan de sauvegarde de l'emploi doit contenir des mesures concrètes et précises de reclassement interne et dans le groupe, propres à éviter des licenciements ou à en réduire le nombre, ainsi que des dispositions destinées à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne peut être évité (Soc., 17 mai 1995, pourvoi n° 94-10.535, Bull. 1995, V, n° 159 ; Soc., 10 juin 1997, pourvoi n° 95-19.818, Bull. 1997, V, n° 216 ; Soc., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-15.159 ; Soc., 29 septembre 2015, pourvoi n° 14-12.752).

L'article L. 1235-10 du code du travail frappe de nullité la procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas été établi par l'employeur, bien que celui-ci soit obligatoire.

La chambre sociale a également déclaré nulle la procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque le plan mis en place par l'employeur est insuffisant dans son contenu (Soc., 23 janvier 2002, pourvoi n° 00-14.521, Bull. 2002, V, n° 29). Elle a précisé que « la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie

par application de l'article L. 321-4-1 [...], sont eux-mêmes nuls. » (Soc., 13 février 1997, pourvois n° 96-41.874 et n° 96-41.875, Bull. 1997, V, n° 64).

Une telle nullité est cependant exclue en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, comme dans notre espèce, eu égard aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 1235-10 du code du travail. Dans ce cas, l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi prive de cause réelle et sérieuse les licenciements économiques ensuite prononcés par le mandataire liquidateur (Soc., 2 février 2006, pourvoi n° 05-40.040 et s., Bull. 2006, V, n° 58).

La nullité d'une procédure de licenciement pour motif économique ne peut être prononcée qu'en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur est tenu d'établir (Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-20.741, Bull. 2012, V, n° 129). Le manquement à l'obligation individuelle de reclassement rend le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'entreprise ou le groupe. Cette exigence, instaurée par la chambre sociale (Soc., 9 mai 2000, pourvoi n° 98-20.588, Bull. 2000, V, n° 172 : « La pertinence d'un plan social doit être appréciée en fonction des moyens dont dispose [ent] l'entreprise et le groupe auquel elle est éventuellement intégrée »), a été reprise par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et énoncée à l'article L. 1235-10, alinéa 2, du code du travail, dans sa version applicable à la présente espèce.

[La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a abrogé la disposition de l'article L. 1235-10, alinéa 2, du code du travail faisant référence aux moyens du groupe.]

Cette « obligation de contribution au plan de sauvegarde de l'emploi » du groupe est de nature particulière . Au regard des dispositions de l'article L. 1235-10, alinéa 2, dans sa version antérieure à la loi du 14 juin 2013 précitée, l'employeur est tenu de solliciter le concours de son groupe pour qu'il affecte au plan les moyens nécessaires. Toutefois, comme pour l'obligation de reclassement, cet article n'est pas source d'obligation légale pesant sur une personne autre que l'employeur : 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. Il en résulte 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 (Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 08-15.776, Bull. 2010, V, n° 5).

2°) Les arrêts du 16 novembre 2016 :

Dans un arrêt auquel a été donnée une large publication (Soc., 16 novembre 2016, pourvois n° 15-15.287, et s.), la chambre a pour la première fois défini la notion de groupe dont les moyens financiers doivent être mobilisés pour le plan de sauvegarde de l'emploi.

Elle a d'abord rappelé que la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens dont disposent l'entreprise et le groupe dont elle fait partie pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement et que, s'agissant des possibilités de reclassement au sein du groupe, cette pertinence doit s'apprécier parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel.

A ce sujet, on peut noter qu'un arrêt plus récent, rendu en matière d'inaptitude mais dont la solution peut apparaître transposable au reclassement dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, a précisé que la recherche de reclassement doit être effectuée au sein de l'entreprise et des entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.092).

Dans l'arrêt précité du 16 novembre 2016, la chambre a ajouté : En revanche, s'agissant des moyens financiers du groupe, la pertinence doit s'apprécier compte tenu des moyens de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national (Soc., 16 novembre 2016, pourvois n° 15-15.287, et s.).

[Cette même définition du groupe a été énoncée dans un autre arrêt du même jour pour l'appréciation du motif économique du licenciement (Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 14-30.063, Bull. 2016, V, n° 216).]

Ainsi, en l'absence de liens capitalistiques entre les sociétés ou de rapport de domination d'une entreprise sur les autres, un réseau de distribution ne constitue pas un groupe : (...) ayant constaté que, si l'entreprise appartenait à un réseau de distribution qui constituait un groupement de commerçants indépendants, se structurant autour d'une association des centres distributeurs Leclerc décidant de l'attribution de l'enseigne à ses adhérents et définissant les orientations globales du réseau, d'un groupement d'achat commun aux centres Leclerc et de coopératives régionales qui assurent des fonctions logistiques au bénéfice des commerçants adhérents, il n'existait pas de liens capitalistiques entre les sociétés ni de rapport de domination d'une entreprise sur les autres, la cour d'appel a pu en déduire que l'entreprise n'appartenait pas à un groupe, en sorte que la cause économique du licenciement devait être appréciée au niveau de l'entreprise (Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 14-30.063, Bull. 2016, V, n° 216, précité).

Quelques arrêts postérieurs ont précisé ces notions.

Ainsi, doit être cassé l'arrêt qui pour débouter les salariés de leurs demandes d'indemnité du fait de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi d'une société, retient que le seul fait qu'une personne physique était actionnaire majoritaire de cette société et des autres sociétés liées avec elle par des intérêts communs, ne suffit pas à considérer qu'elles appartenaient à un même groupe au sens de l'article L. 1235-10, alors que la cour d'appel avait relevé que le dirigeant de la société était directement ou indirectement actionnaire majoritaire de dix autres sociétés, en sorte que les conditions du contrôle effectif prévues par l'article L. 2331-1 du code du travail étaient remplies entre ces sociétés, peu important que ce contrôle soit assuré par une personne physique en qualité de dirigeant (Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-23.273 et s.).

De même, la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi d'une société doit s'apprécier au regard des moyens financiers de l'ensemble des sociétés majoritairement détenues directement ou indirectement par une personne physique (Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-26.238 et s.)

[On peut noter, pour mémoire, que l'autorité administrative est désormais seule compétente pour apprécier le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (article L. 1235-7-1 du code du travail, issu de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013).

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 définit le groupe conformément au I de l'article L. 2331-1 du code du travail relatif au comité de groupe lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français (C. trav. art. L. 1233-3, al. 13).

Le Conseil d'Etat, dans une décision CE 7-2-2018 n° 397900, Sté Tel and Com, a retenu que les moyens du groupe s'entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises. La définition du groupe ainsi retenue par le Conseil d'Etat pour l'appréciation des moyens du groupe se rapproche de celle dernièrement retenue par la Cour de cassation mais n'est pas totalement identique. En effet, la Cour de cassation se réfère aux entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions prévues par l'article L. 2331-1, I et II du code du travail, alors que le Conseil d'Etat retient celles placées sous le contrôle d'une entreprise dominante (C. trav. art. L. 2331-1, I) et non sous son influence (C. trav. art. L. 2331-1, II). La définition du Conseil d'Etat est celle retenue par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017, modifiée par l'ordonnance 2017-1718 du 20 décembre 2017, pour la définition du motif économique (C. trav. art. 1233-3, al. 13)].

- B - Le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante définis à l'article L.2331-1 du code du travail :

Il convient de rappeler que l'article L. 2331-1 du code du travail, relatif au comité de groupe, dispose :

I. - Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.

II. - Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant 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 de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;

- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;

- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

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, sans préjudice de la preuve qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante.

L'article L. 233-1 du code de commerce, dans sa rédaction en vigueur antérieurement au 1er janvier 2016, prévoit :

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.

Les I et II de l'article L. 233-3 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, en vigueur antérieurement au 5 décembre 2015, sont ainsi libellés :

I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, 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.

II. - 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.

L'article L. 233-4 du code de commerce dispose :

Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société.

L'article L. 233-16 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n°2003-706 du 1 août 2003, en vigueur antérieurement au 1er janvier 2016, prévoit :

I. - *Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies.*

II. - *Le contrôle exclusif par une société résulte :*

1° *Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;*

2° *Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;*

3° *Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.*

III. - *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.*

IV. - *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.*

C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve que les juges du fond estiment qu'une société n'exerce pas une influence dominante au sens de l'article L. 439-1 du code du travail sur le comité de groupe, alors applicable (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-31.051).

Le JurisClasseur Sociétés Traité (Fasc. 165-10 : Groupes de sociétés. – Filiales, participations et sociétés contrôlées. – Régime juridique, par Marie-Hélène Monsérié-Bon) enseigne :

1. – Réglementation – Le Code de commerce consacre, dans un titre de son Livre II relatif aux dispositions communes aux diverses sociétés commerciales, un chapitre III aux filiales, participations et sociétés contrôlées qui traite, dans les articles L. 233-1 et suivants, de ces différentes notions du droit des sociétés. Elles permettent alors d'aborder le groupe de sociétés que le législateur français répugne à régir dans son ensemble en tant que tel et qui n'a pas en droit français la personnalité morale (M. Pariente, Les groupes de sociétés et la loi de 1966 : Rev. sociétés 1996, p. 465). Il se contente donc d'en décrire les manifestations et de préciser le régime juridique réduit qui lui est applicable, essentiellement en édictant des obligations d'information à la charge des sociétés. Toutefois, la législation et la jurisprudence dans des domaines divers ont, récemment, marqué des avancées dans la prise en compte du phénomène de groupe de sociétés dont l'importance ne cesse de croître. (...)

C. - Contrôle

41. – Notion – La notion de contrôle en droit des sociétés signifie dans une première approche, qu'une ou plusieurs sociétés exercent une influence déterminante sur la gestion d'une autre structure (J. Mestre et D. Velardocchio, op. cit.). Ainsi, le contrôle sera établi lorsqu'une personne physique ou une personne morale est investie d'un pouvoir souverain de direction, de commandement au sein d'une société qui demeure juridiquement autonome (M. Storck, Définition légale du contrôle d'une société en droit français : Rev. sociétés 1986, p. 385). On trouve dans le contrôle une "idée d'un gouvernement de la société contrôlée" (P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 1505). Le Code de commerce livre deux approches du contrôle des sociétés qui est défini dans l'article L. 233-3 et dans l'article L. 233-16 qui concerne les comptes consolidés, ces deux définitions n'étant pas équivalentes. (...)

42. – Établissement du contrôle – Le contrôle devra être établi pour que les règles légales soient applicables et pour faciliter cette opération, l'article L. 233-5 du Code de commerce a prévu que le ministère public ou l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour les sociétés faisant offre de titres au public sont habilités à agir en justice pour faire constater l'existence d'un contrôle sur une ou plusieurs sociétés.

43. – Retouches légales – L'article L. 233-3 du Code de commerce, qui sera uniquement analysé, a fait l'objet, depuis son intégration dans la loi du 24 juillet 1966 par la loi du 12 juillet 1985, de diverses retouches ayant pour finalité de préciser la notion de contrôle et d'englober les pratiques qui s'étaient développées et qui attestent que le contrôle n'est pas exclusivement caractérisé par la participation dans le capital. La rédaction actuelle fait apparaître diverses modalités de ce contrôle qui peut être de droit, de fait, indirect, présumé, le résultat d'une action de concert ou de la nomination des dirigeants, la loi apportant dans ces diverses situations des précisions qui suscitent l'attention.

1° Contrôle de droit

44. – Dualité – Dans l'article L. 233-3 du Code de commerce, deux hypothèses de contrôle de droit peuvent être identifiées et elles mettent en exergue la conception traditionnelle du contrôle des sociétés.

a) Détention de la majorité des droits de vote

45. – Filiales – Le premierment de l'article L. 233-3 indique qu'une société en contrôle une autre "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". Cette formule ne soulève guère de difficultés d'interprétation et conduit à retrouver la relation mère/filiale précédemment envisagée. Dans cette situation, la société assume en toute transparence son contrôle d'une autre structure sociétaire dans laquelle elle est titulaire de la majorité des droits de vote. Il s'agit de la situation de contrôle la plus sécurisée.

46. – Modalités de détention – La lecture de la formule légale fait apparaître d'une part que la détention du capital peut être directe ou indirecte, ce qui permet d'englober les chaînes de participations et d'autre part, que le texte vise les droits de vote et non la fraction du capital social. Cette référence est justifiée par le fait que le contrôle se caractérise par le pouvoir dans les assemblées générales et qu'il convient donc de se fonder sur les droits de vote et d'appréhender les techniques de dissociation du capital social et du pouvoir dans les sociétés qui s'expriment avec la création des actions de préférence. De même, en cas de démembrement de propriété, il faudra déterminer qui, de l'usufruitier ou du nu-propiétaire, exerce le droit de vote conféré par les droits sociaux. En effet, la jurisprudence dans son dernier état considère que le nu-propiétaire peut être privé, statutairement, du droit de vote qui sera confié en totalité à l'usufruitier (Cass. 2e civ., 13 juill. 2005, n° 02-15.904, Roquelaure c/ Rebsomen : JurisData n° 2005-029464 ; RJDA 2005, n° 1224 ; RJ com. 2006, p. 37, obs. Grosclaude ; Bull. Joly 2006, p. 217, note P. Le Cannu).

b) Détention de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord

47. – Conventions de vote – Dans le 2° de l'article L. 233-3 du Code de commerce, le contrôle de droit est reconnu "lorsque [la société] dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres sociétés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société". Il s'agit dans cette disposition de prendre en considération les conventions de vote qui peuvent lier les sociétés et qui vont permettre de mettre en place un contrôle au profit de l'un des actionnaires. Pour que ce texte s'applique, il faut que la convention conclue prévoit juridiquement un transfert du droit de vote d'un actionnaire au profit d'un autre (M. Germain, Le transfert du droit de vote : RJ com. 1991, suppl., p. 135). Ainsi, une convention en vertu de laquelle les partenaires conviennent de mettre en place une concertation avant toute assemblée générale mais qui conserve à chacun sa liberté de vote ne peut permettre d'établir un contrôle au sens de l'article L. 233-3, 2°, du Code de commerce. Le pacte relatif à la convention de vote liera d'une part, une société actionnaire et d'autre part des sociétés ou des personnes physiques également actionnaires.

48. – Intérêt social – L'article L. 233-3 du Code de commerce mentionne, conformément à la jurisprudence constante, que cet accord doit être conforme à

l'intérêt de la société qui fixe la limite à la validité des conventions de vote (CA Paris, 5e ch., 30 juin 1995, Sté Metaleurop c/ Sté FDEC. : JurisData n° 1995-021894 ; JCP E 1996, II, 795, note J.-J. Daigre. – M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés : Litec 2011, n° 699. – M. Jeantin, Les conventions de vote : RJ com. 1990, p. 24). Ainsi, une convention de vote consentie au profit d'un actionnaire qui tendrait à faire obstacle à la libre révocabilité des dirigeants de la société contrôlée est nulle car elle porte atteinte à un principe d'ordre public (Cass. com., 19 déc. 1983, n° 82-12.179, Verchere c/ Barnoin : JurisData n° 1983-702674 ; Bull. civ. 1983, IV, n° 353).

49. – Conventions de portage – Les conventions de vote pourront se rencontrer notamment en cas de portage d'actions, mécanisme qui permet au donneur d'ordre d'assurer la détention temporaire, pour son compte, de titres par le porteur. Si ce dernier a légalement la qualité d'actionnaire, en fait, le donneur d'ordre voudra le plus souvent garder la maîtrise de la politique de la société. Ainsi, pour l'appréciation du contrôle de la société et en raison de l'existence de la convention de vote, le donneur d'ordre sera considéré comme disposant seul de la majorité des droits de vote de la société ainsi réputée contrôlée (B. Treille, Les conventions de portage : Rev. sociétés 1997, p. 721).

2° Contrôle de fait

50. – Double forme – L'énumération des situations de contrôle qui se trouve dans l'article L. 233-3 du Code de commerce démontre la volonté du législateur de débusquer l'influence dominante d'une société sur une autre, quelles que soient les modalités de ce contrôle. Pour appréhender la réalité des montages, ce texte intègre le contrôle de fait qui se manifeste sous deux formes.

a) Contrôle de fait simple

51. – Situations de contrôle de fait – La première forme du contrôle de fait, s'exprime clairement dans le troisièmement de l'article L. 233-3 du Code de commerce qui indique qu'une société est considérée comme en contrôlant une autre "lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société". En l'espèce, la société n'est pas titulaire de la majorité des droits de vote, mais ceux qu'elle possède suffisent à lui conférer la maîtrise des assemblées générales et donc à influencer la gestion de cette société. Le texte ne précise pas les circonstances de ce contrôle de fait et toutes les hypothèses peuvent donc entrer dans les prévisions légales. Toutefois, certaines figures s'imposent. Ainsi, le contrôle de fait pourra être reconnu en cas de dispersion des titres de la société, ce qui peut conférer le contrôle à un actionnaire qui ne détiendrait pas la majorité des droits de vote mais dont l'influence se révélerait néanmoins déterminante. Il en irait de même pour une société dans laquelle, une partie des actionnaires ne participerait pas aux assemblées générales. Les juridictions devront donc analyser concrètement le comportement de la prétendue société contrôlante pour établir son pouvoir effectif lors de la prise de décision. C'est notamment, ainsi qu'a pratiqué la cour d'appel de Paris qui pour l'application de ce texte a relevé les voix dont disposait une société lors des assemblées générales ordinaires et extraordinaires d'une autre société ainsi que les oppositions et les

abstentions des autres actionnaires pour établir que les décisions adoptées l'auraient été même si la société supposée contrôler l'autre s'y était opposée. Dès lors, elle n'exerçait pas, en fait, une influence déterminante dans la prise de décision (CA Paris, 1^{re} ch., 20 févr. 1998, Assoc. Adam c/ CGE et SA Havas : Dr. sociétés 1998, comm. 81, obs. H. Hovasse ; JurisData n° 1998-110068 ; JCP G 1998, II, 10096, note J.-J. Daigre ; JCP E 1998, p. 705, note A. Viandier ; Banque et droit, mars-avr. 1998, p. 26, obs. H. de Vauplane ; Rev. sociétés, 1998, p. 346, note Bucher ; Bull. Joly, 1998, p. 622, § 210, note P. Le Cannu ; Bull. Joly bourse, 1998, p. 233, § 62, note Robineau).

52. – Formes du contrôle – Il faut souligner que le législateur, contrairement à d'autres points de l'article L. 233-3 du Code de commerce utilise le pluriel lorsqu'il mentionne les assemblées générales. Il convient d'en déduire que cette forme de contrôle ne peut résulter d'une seule décision des actionnaires et qu'il faut une certaine répétition, une certaine habitude. En effet, il semble anormalement contraignant de soumettre la société aux notifications et informations alors qu'en raison d'une situation particulière, indépendante de sa volonté, elle a obtenu fortuitement lors d'une assemblée générale des droits de vote lui permettant de déterminer les décisions adoptées (A. Viandier, note préc. – plus nuancé, P. Le Cannu, note préc.).

(...) 4) Présomption de contrôle

66. – Principe – L'article L. 233-3 du Code de commerce pose dans son II, 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". Ce texte permet, à défaut de renversement de la présomption, de faire peser sur une société les obligations légales liées au contrôle (V. infra n° 71 à 74). Il faut remarquer que pour déterminer, si un autre associé ou actionnaire, qui peut être une personne morale ou une personne physique, n'a pas une fraction de droit de vote supérieure à 40 %, il faudra tenir comptes des détentions directes et indirectes de ces actionnaires ou associés.

67. – Présomption simple – La présomption légale posée dans l'article L. 233-3 du Code de commerce doit être analysée comme une présomption simple (J. Mestre et D. Velardocchio, op. cit., n° 2087). Elle pourra être renversée par la société supposée exercer le contrôle dans le cas où serait établi soit un contrôle conjoint entre les autres actionnaires ou certains d'entre eux conformément à l'article L. 233-3, III, leur assurant la maîtrise du pouvoir dans l'assemblée générale soit une convention de vote qui permettrait à l'un des actionnaires de disposer de la majorité des droits de vote selon la disposition de l'article L. 233-3, 2° du Code de commerce.

5) Contrôle indirect

68. – Généralité de la référence – Le contrôle indirect est visé à différents titres dans la réglementation sur les sociétés contrôlées. D'une part, diverses mentions sont faites dans l'article L. 233-3 du Code de commerce de la détention indirecte des droits de vote (I, 1° et II), d'autre part, l'article L. 233-4 de ce même code dispose que "toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société".

69. – Application du contrôle indirect – La notion de contrôle indirect assure une appréhension réaliste de l'influence déterminante d'une société sur une autre. Il ne suffit pas d'accumuler les détentions, même minoritaires, pour se soustraire aux obligations légales liées au contrôle. Ainsi, la société mère par le biais de ses filiales pourra être considérée comme contrôlant les sous-filiales, la chaîne des participations, même inférieures à 10 % ne conduit pas à exclure le contrôle au sens de l'article L. 233-4 du Code de commerce. Il faut donc, dans un premier temps, que l'une des hypothèses de contrôle de l'article L. 233-3 du Code de commerce soit vérifiée, ensuite toutes les participations détenues seront comptabilisées chez la société qui contrôle les détentrices des participations. Dès lors, par un contrôle de diverses sociétés qui aurait des participations minoritaires dans une autre société, la première pourra être déclarée comme contrôlant également la troisième. Si la société A contrôle, du fait de la réalisation des diverses situations de contrôle énoncées par l'article L. 233-3, cinq sociétés qui détiennent chacune 10 % du capital de la société B, la société A est considérée comme ayant le contrôle de la société B au sens de l'article L. 233-3, I, 1°, du Code de commerce. Dans cet exemple, la société A ne détient aucune participation directe dans la société B, mais elle contrôle des sociétés qui détiennent des participations, le contrôle est indirect (J. Mestre et D. Velardocchio, op. cit., n° 2088).

Sur la notion de contrôle indirect de l'article L. 233-4 du code de commerce, on peut se référer aussi au Répertoire Dalloz de droit des sociétés (Groupe de sociétés – Arnaud Lecourt – mars 2015) :

Mais, que le contrôle soit de droit ou de fait, arithmétique ou pragmatique, le texte ne fait pas de différence ; il peut être direct ou indirect. L'AMF tire un certain nombre de prescriptions de ce constat. D'une part, pour l'application des droits de vote dont dispose une société dans les assemblées d'une autre société, il convient de comptabiliser l'ensemble des droits de vote attachés aux titres détenus par toutes les sociétés dominées par la même société et ceux qu'elle détient elle-même. C'est le sens de l'article L. 233-4 du code de commerce qui dispose que toute participation, même inférieure à 10 %, détenue par une société contrôlée doit être considérée comme détenue indirectement par la société qui la contrôle. D'autre part, une société en contrôle une autre, même si elle ne détient par elle-même aucune participation directe dans cette structure, dès lors que des sociétés qu'elle contrôle disposent ensemble dans cette structure de participations dont la somme est suffisante pour caractériser le contrôle.

- C - Le cas de la société de gestion d'un fonds commun de placement à risque, au regard des moyens financiers du plan de sauvegarde de l'emploi et de son plan de reclassement :

D'abord, on peut rappeler qu'il résulte de l'article L. 214-8 du code monétaire et financier qu'un fonds commun de placement est une copropriété de valeurs mobilières

dépourvue de personnalité juridique. Cet article, dans sa version issue de l'ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011, disposait en effet :

Sous réserve des dispositions de l'article L. 214-8-7, le fonds commun de placement, qui n'a pas la personnalité morale, est une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dont les parts sont émises et rachetées à la demande, selon le cas, des souscripteurs ou des porteurs et à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions. Ne s'appliquent pas au fonds commun de placement les dispositions du code civil relatives à l'indivision ni celles des articles 1871 à 1873 du même code relatives aux sociétés en participation.

L'article L. 533-22 du même code, créé par ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007, est ainsi libellé :

Les sociétés de gestion de portefeuille exercent les droits attachés aux titres détenus par les organismes de placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts de ces organismes de placement collectif en valeurs mobilières et rendent compte de leurs pratiques en matière d'exercice des droits de vote dans des conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. En particulier, lorsqu'elles n'exercent pas ces droits de vote, elles expliquent leurs motifs aux porteurs de parts ou actionnaires des organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

A la connaissance du rapporteur, la chambre sociale n'a pas eu à connaître de la question de savoir si une société gérant un fonds commun de placement pouvait être considérée comme une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail.

Traditionnellement, la chambre sociale considérait que la seule existence de participations financières ne suffit pas à caractériser l'existence d'un groupe au niveau duquel s'apprécie le motif économique et dans le cadre duquel doit être recherché un reclassement :

Sur le moyen unique commun aux pourvois qui sont tous recevables :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Aix-en-Provence, 29 mai 2007), qu'à la suite de son rachat par la société Panzani et de la rétrocession de certaines de ses activités, la société Rivoire et Carret Lustucru a procédé à une réorganisation, en fermant le siège de Marseille ; qu'après avoir engagé une procédure de licenciement collectif et établi un plan de sauvegarde de l'emploi, elle a notifié aux salariés concernés leur licenciement pour motif économique ; que plusieurs d'entre eux ont saisi la juridiction prud'homale pour qu'il soit jugé que le plan de sauvegarde de l'emploi était insuffisant et les licenciements nuls ou, à titre subsidiaire, sans cause réelle et sérieuse et obtenir l'indemnisation en résultant;

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de les avoir déboutés de leurs demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que la réorganisation de l'entreprise ne peut justifier un licenciement que si elle est liée à des difficultés économiques, une mutation technologique ou à la

nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, appréciées, si l'entreprise appartient à un groupe, au niveau du secteur d'activité concerné du groupe ; que le seul fait qu'une partie du capital de la société Panzani ait été détenue par la société BNP Paribas, par l'intermédiaire d'un fonds d'investissement, ne pouvait écarter l'existence d'un groupe, au niveau du secteur d'activité duquel devait être appréciée la réalité du motif économique de licenciement ; qu'en statuant par un tel motif inopérant la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 321-1 du code du travail ;

2°/ que pour décider que le licenciement était justifié par une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a estimé que l'employeur n'avait pas l'obligation de rechercher un reclassement dans le cadre des autres sociétés dont la société BNP Paribas détenait tout ou partie du capital, sans rechercher, indépendamment des modalités de la prise de participation de la société BNP Paribas dans la société Panzani, si ces sociétés, en raison de leur organisation, de leur activité et de leur lieu d'exploitation ne permettaient pas d'effectuer une permutation des personnels ; que la cour d'appel a ainsi de plus fort privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 321-1 du code du travail ;

(...)

Mais attendu, d'abord, que l'arrêt retient que la détention indirecte par le groupe BNP Paribas d'une participation dans le capital de la société Panzani, au moment du rachat de la société Rivoire et Carret Lustucru, ne suffisait pas à créer un groupe au niveau duquel devait être apprécié le motif économique de licenciement ; que la cour d'appel a pu en déduire que la réalité et le sérieux de ce motif devait être examiné au regard du seul groupe Panzani et non du groupe BNP Paribas ;

Attendu, ensuite, que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur d'un groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel ; que procédant à la recherche prétendument omise, les juges du fond ont relevé que tel n'était pas le cas entre les sociétés financières gérant des fonds de placement et les sociétés dans lesquels ces fonds étaient investis (Soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.705 et s.).

De même, s'agissant des possibilités de reclassement, on peut citer :

* Soc., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-40.626, 96-40.627, 96-40.628, 96-40.629, Bulletin civil 1998, V, n° 459 : Les possibilités de reclassement d'un salarié doivent être recherchées à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel. Dès lors la seule détention d'une partie de 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 de leur personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer ;

* Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44.390 : La seule détention du capital de la société Comipar par d'autres sociétés n'impliquait pas la possibilité d'effectuer entre elles la

permutation de tout ou partie du personnel et ne caractérisait pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer ;

* Soc., 28 février 2018, pourvoi n° 16-27.807 : Mais attendu qu'ayant relevé, en l'état des éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, que la seule détention d'une partie du capital de la société Novacare par un fonds de placement, ou par un établissement bancaire n'impliquait pas en soi la possibilité d'effectuer entre ces entités la permutation de tout ou partie de leur personnel, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a pu retenir que ces sociétés ne faisaient pas partie d'un même groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer.

La doctrine s'est interrogée sur ces questions.

Ainsi, Alain Couret et Bruno Dondero (in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 42, 21 Octobre 2010, 1915: Le reclassement des salariés, le groupe de sociétés, et le FCPR (affaires Unichips, Sublistatic et SGD)) écrivaient-ils, à propos de décisions rendues par les cours d'appel de Versailles et de Douai :

"Une jurisprudence naissante issue de juridictions du fond soulève d'intéressantes questions liées, d'une part, à l'extension au groupe de sociétés de l'obligation de proposer un reclassement aux salariés d'une société membre du groupe et, d'autre part, à la possibilité de considérer comme actionnaire contrôlant le groupe de sociétés la société de gestion qui anime le FCPR « détenant » les actions de la société dont les salariés sont concernés par le reclassement. La notion de contrôle est, en particulier, au centre des interrogations soulevées par cette jurisprudence. (...)

Ainsi, le second acte de l'importante évolution que connaît actuellement le statut du groupe et de l'actionnaire au regard de l'obligation de reclassement des salariés consiste à essayer de faire attribuer à la société de gestion animant le FCPR « détenant » les actions de la société, la qualité d'actionnaire contrôlant le groupe de sociétés. (...)

1° L'intégration d'un FCPR dans un groupe

31. - Un premier type de raisonnement consiste à battre en brèche l'idée que la société de gestion d'un FCPR ne pourrait s'intégrer dans une construction de groupe. Aux termes de l'article L. 214-20 du Code monétaire et financier, le fonds commun de placement est une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dépourvue de la personnalité morale ; il est distinct de la société de gestion qui a pour mission la gestion de ce fonds et exerce le droit de vote. La société de gestion est un professionnel qui peut gérer des fonds très différents. Les fonds communs de placement ne sont pas consolidés dans le groupe. On est assez loin des schémas classiques d'un groupe.

32. - Pour autant, cette logique peut se voir opposer le texte de l'article L. 233-3, I, selon lequel « Une société est considérée comme en contrôlant une autre (...) 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ». La qualité d'associé n'est pas ici requise, qualité d'associé que la société de gestion ne possède pas, mais qui devrait être reconnue au FCPR, avec quelques nuances. La société de gestion du FCPR

«dispose » bien des droits de vote détenus « par » le fonds, même si les véritables actionnaires devraient être, en réalité, les porteurs de parts du fonds, que la société de gestion ne fait que représenter, devant d'ailleurs agir dans leur intérêt exclusif. La cour d'appel de Versailles consacre à sa manière cette thèse, puisqu'elle considère que «l'existence d'un ou plusieurs fonds communs de placement [n'est pas] de nature à rompre la chaîne de contrôle caractérisant l'existence d'un groupe de sociétés ». Il semble cependant que les magistrats versaillais ne se fondent pas sur l'article L.233-3 du Code de commerce, mais sur l'article L. 233-16 II.

2° Le rôle des sociétés de gestion des FCPR

33. - Le second raisonnement peut être synthétisé comme suit. À supposer que, en dépit de l'existence de fonds communs de placement dans la chaîne de contrôle caractérisant l'exercice d'un groupe de sociétés, cette chaîne ne soit pas rompue, les participations gérées par les diverses sociétés de gestion feraient surgir autant de sociétés sœurs ou cousines, ce qui peut multiplier très largement les opportunités de reclassement pour les salariés, quelle que soit l'hétérogénéité des participations détenues.

34. - Dans l'affaire SGD, le juge des référés avait ordonné à la société SGD et aux sociétés de gestion des fonds détenant les actions de cette société «de procéder à une recherche effective et sérieuse de toutes offres de reclassement au sein de leurs groupes ». Et le juge parlait ensuite du groupe (au singulier) ainsi défini. Ce mode de raisonnement, repris par la cour d'appel de Versailles, est de nature à susciter la discussion. La cour semble considérer que les fonds communs opéreraient par l'intermédiaire de la société de gestion, les deux constituant un ensemble indissociable (« les fonds communs de placement représentés par les sociétés Sagard et Cognetas »). Or, la relation entre les deux est peut-être plus complexe : si mandat il y a, il s'agit d'un mandat de gestion. Ce mandat par ailleurs n'est pas exclusif, une société de gestion pouvant gérer divers fonds. Enfin, une société de gestion peut avoir des actionnaires très différents des porteurs de titres du FCPR. Dans ces conditions, l'insertion du couple FCPR/société de gestion dans une logique de groupe appelle sans doute un argumentaire plus affiné que celui retenu par la cour de Versailles.

35. - Peut-être au demeurant convient-il en la matière d'apprécier les situations au cas par cas. On appréciera l'attendu de la cour de Versailles considérant «qu'il importe de repérer, au-delà de la gestion des titres possédés en portefeuille, les rapports capitalistes et de domination effective qui existent entre les structures d'un groupe». Dans l'hypothèse où une société de gestion se comporterait de fait comme une véritable holding animatrice, il ne serait pas aberrant d'en tirer des conséquences. Mais, pour pouvoir étendre le champ du reclassement aux participations gérées par cette société de gestion, encore faudrait-il qu'elle soit également une holding animatrice à l'égard de chacune de ces participations, ce qui supposerait une démonstration au cas par cas. On ne peut s'en tenir ici à des présomptions sans fondement démontré.

36. - Par ailleurs, le reclassement peut-il s'abstraire totalement d'une certaine homogénéité du secteur d'activité ? L'obligation de reclassement joue parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer

la permutation de tout ou partie du personnel. Or, les participations gérées par une même société de gestion peuvent être très disparates.

37. - La chambre sociale de la Cour de cassation a eu à se prononcer dans le passé sur cette question. Il s'agissait de la réorganisation des activités de la société Rivoire et Carret Lustucru. Une partie du capital de Panzani était détenue par la société Paribas par l'intermédiaire d'un fonds d'investissement, il était plaidé que l'on ne pouvait écarter l'existence d'un groupe. L'arrêt de la chambre sociale, bien que non publié au Bulletin des arrêts, est d'une lecture intéressante. (...) La diversité des activités des sociétés contrôlées par des fonds d'investissement pourrait donc constituer un frein à l'application de l'obligation de reclassement au groupe ayant pour « société mère » la société de gestion des fonds concernés.

3. Conclusion

38. - On aura pu voir au travers de cette étude que l'on se trouve aujourd'hui en présence d'un débat d'idées dont les perspectives sont passablement incertaines. Si les juges du fond paraissent parfois enclins à envisager une reconfiguration des obligations des associés dans le cadre d'un groupe de sociétés, il n'est pas évident que la Cour de cassation soit disposée à s'engager dans de tels processus. Une très grande prudence doit donc s'imposer dans la lecture d'une évolution sans doute médiatisée mais qui demeure pour l'instant difficilement lisible."

Une fiche pratique parue à la Semaine Juridique Social (Licenciement pour motif économique - Société de gestion, notion de groupe et obligation de reclassement - Fiche pratique par Régine Goury et Xavier Jaspar et Emily Pennec ; La Semaine Juridique Social n° 25, 22 Juin 2010, 1255) indiquait :

"Or, s'il est certain qu'une société de gestion n'est pas actionnaire des sociétés du portefeuille du FCPR qu'elle gère, il est en revanche peu contestable qu'elle y exerce le plus souvent, une influence déterminante. Peut-on dès lors en déduire que la société de gestion contrôle un groupe de sociétés composé de l'ensemble des participations des FCPR qu'elle gère ?

A. - Les sociétés de gestion et la notion du contrôle par les droits de vote (C. com., art. L. 233-3)

1° L'exercice effectif du pouvoir, critère déterminant du contrôle

À la lecture de l'énumération des situations de contrôle visées ci-dessus, on constate que le législateur a cherché à appréhender la notion de contrôle, quelles qu'en soient les modalités, en s'attachant principalement au pouvoir qu'une société détient et peut exercer sur une autre. Or, dans les sociétés commerciales, le pouvoir est conféré par les droits de vote. Du fait du développement des techniques de dissociation du capital social et du pouvoir, ce n'est plus la détention d'une majorité du capital social mais celle des droits de vote qui permet, par la maîtrise des assemblées générales d'une société, d'y exercer une influence dominante. Ainsi, le contrôle, tel que défini par l'article L. 233-3 du Code de commerce, se caractérise par les droits de vote dont dispose le contrôlant dans la société concernée : c'est le pouvoir effectif dans les assemblées générales qui est au cœur de cette notion de contrôle.

La société de gestion n'est-elle pas précisément celle qui maîtrise les assemblées générales des sociétés du portefeuille des FCPR qu'elle gère ? Et ne doit-on pas alors en conclure que la société de gestion contrôle de fait l'ensemble de ces sociétés qui constituent ensemble un groupe dont elle serait la société mère ? Un bref rappel des règles de fonctionnement des sociétés de gestion et des FCPR s'impose. Observons à cet égard que les demandes tendant à faire reconnaître l'existence d'un groupe contrôlé par une société de gestion révèlent le plus souvent une totale méconnaissance de ces règles, assimilant la société de gestion aux fonds communs de placement qu'elle gère. On rappellera donc que, conformément aux dispositions du Code monétaire et financier, le fonds commun de placement est une « copropriété d'instruments financiers et de dépôts », dépourvue de la personnalité morale (C. monét. fin., art. L. 214-20). Le fonds commun de placement est en conséquence représenté à l'égard des tiers par la société chargée de sa gestion (C. monét. fin., art. L. 214-25). La société de gestion agit donc, au nom et pour le compte des fonds qu'elle gère, au titre d'un mandat général et légal, qui est par ailleurs contenu dans le règlement du fonds.

C'est en cette qualité de mandataire que la société de gestion exerce les droits de vote attachés aux actifs des fonds communs de placement dans l'intérêt exclusif des porteurs de parts de ces fonds. Ainsi, la société de gestion est celle qui vote effectivement aux assemblées générales des sociétés du portefeuille du fonds, approuvant ou rejetant telle ou telle résolution, et ce en toute autonomie, sans instruction ou concertation préalable des porteurs de parts du fonds, auxquelles elle rend compte globalement de leur investissement et de l'évolution de leurs actifs, notamment dans son rapport annuel.

C'est le plus souvent sur cet argument que s'appuient les demandeurs pour faire reconnaître l'existence du groupe : la société de gestion contrôlerait les sociétés du portefeuille du fonds par les droits de vote qu'elle y exerce.

Une précision importante nous semble devoir être apportée : si la société de gestion y exerce les droits de vote et peut, le cas échéant, effectivement en maîtriser les assemblées générales, pour autant les actifs du fonds ne lui sont aucunement transférés. Ainsi, le véritable actionnaire reste bien le FCPR et la société de gestion n'a aucun lien en capital, direct ou indirect, avec la société dans laquelle elle exerce les droits de vote.

2° L'exercice effectif du pouvoir, critère suffisant du contrôle ?

La notion de contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce dépasse la simple détention du capital social. Peut-elle pour autant s'en affranchir ? En d'autres termes, le contrôle d'une société sur une autre peut-il être reconnu en l'absence de tout lien de capital ? Il ne fait pas de doute que la notion de contrôle, dans les situations visées aux 1°, 2° et 4° de l'article L. 233-3, I du Code de commerce, ainsi que dans celle visée à l'article L. 233-3, II du Code de commerce, suppose bien un lien en capital, aussi minime soit-il, entre la société contrôlante et la société contrôlée. Qu'en est-il en revanche, de la situation visée au 3° de l'article L. 233-3 du Code de commerce, aux termes de laquelle « une société est considérée en contrôler une autre lorsqu'elle détermine en fait par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans

les assemblées générales de cette société » ? Le terme « disposer » doit-il s'entendre du simple exercice des droits de vote, la qualité d'actionnaire de celui qui les met en œuvre étant finalement indifférente ? Dans l'affirmative, le contrôle des sociétés du portefeuille du FCPR par la société de gestion devrait être admise.

On relèvera dans un premier temps que l'article L. 233-3 du Code de commerce utilise successivement, s'agissant des droits de vote, la notion de détention (aux 1° et 4°) puis celle de disposition (aux 2° et 3°) de sorte que l'on pourrait effectivement en déduire que le législateur a entendu faire une distinction entre ces deux notions. Il ressort toutefois des travaux parlementaires que par « les droits de vote dont la société dispose pour déterminer les décisions dans ses assemblées, il faut comprendre ceux que cette société détient directement, indirectement ou par l'intermédiaire d'autres sociétés qu'elle contrôle (...) ». Le terme « disposer » utilisé à l'article L. 233-3 3° du Code de commerce doit en fait s'entendre de la « détention », qu'elle soit directe ou indirecte. Cette notion de détention exclut à notre avis l'existence d'un contrôle par le seul exercice des droits de vote, en dehors de lien capitalistique. Or, la société de gestion exerce les droits de vote mais ne les détient pas de sorte qu'elle ne peut, selon nous, être considérée comme une société contrôlante.

En définitive, si le contrôle, tel que défini à l'article L. 233-3 du Code de commerce, est bien caractérisé par le pouvoir effectif qu'exerce une société sur une autre, il reste néanmoins construit à partir du concept de détention du capital. Ainsi, un groupe de sociétés ne saurait exister au travers du seul mandat conféré à la société de gestion, quel que soit le pouvoir effectif exercé par celle-ci dans les sociétés du portefeuille du fonds.

B. - La société de gestion et la notion de contrôle par l'influence dominante (C. com., art. L. 233-16)

Une autre définition du contrôle est fournie par l'article L. 233-16, II du Code de commerce

(...) Comme en témoigne l'utilisation du terme « entreprise » plutôt que « société », on constatera ensuite que la notion de contrôle, telle que définie par l'article L. 233-16 du Code de commerce retient une approche plus large et plus économique du contrôle que celle donnée par l'article L. 233-3 du Code de commerce.

Ainsi, le contrôle exclusif est-il caractérisé, non seulement par le pouvoir qu'exerce une société sur une autre au moyen de ses droits de vote, mais aussi par l'influence dominante qu'elle peut exercer en désignant la majorité des organes de direction ou de surveillance d'une société (contrôle de fait), ou encore en vertu d'accords contractuels ou statutaires (contrôle contractuel).

La société de gestion ne détient pas, pour compte propre, de droits de vote et ne peut être concernée par la situation visée à l'article L. 233-16, II, 1° du Code de commerce. En revanche, la société de gestion veille le plus souvent, pour les investissements majoritaires des FCPR, à désigner la majorité des membres des organes de surveillance de la société. Une telle désignation place-t-elle nécessairement la participation en portefeuille sous le contrôle exclusif de la société de gestion ?

Il est vrai que le pouvoir de nomination ou de révocation des organes dirigeants peut conférer à celui qui le détient une influence déterminante dans la société, cette influence étant assurée plus indirectement lorsque le pouvoir porte sur la nomination des membres des organes de surveillance. Il est en effet supposé qu'un tel pouvoir accorde à son détenteur une ascendance sur les organes de direction, et de fait une influence certaine sur la gestion de la société.

Pourtant les sociétés de gestion n'interfèrent pas, en principe, dans la gestion quotidienne des participations en portefeuille mais se limitent généralement à opérer, dans l'intérêt et pour le compte du fonds, un contrôle des seules décisions stratégiques prises par le management de la société en ce qu'elles pourraient affecter la valeur ou la pérennité de l'investissement du fonds concerné.

La société de gestion ne peut, a priori, être écartée des situations de contrôle exclusif visées par l'article L. 233-16, II du Code de commerce dès lors que l'approche du contrôle figurant à cet article n'est pas subordonnée à la détention de capital, contrairement à la définition du contrôle de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Il reviendra toutefois aux demandeurs d'apporter la preuve d'un tel contrôle exclusif.

C. - La société de gestion et la notion de contrôle par l'influence déterminante (C. com., art. L. 430-1)

Une troisième approche de la notion de contrôle est donnée par l'article L. 430-1, III du Code de commerce aux termes duquel le 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, et notamment:

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

Cette définition est donnée en vue de définir les opérations de concentration qui nécessiteront, le cas échéant, une notification préalable à l'Autorité de la concurrence.

Le droit des concentrations retient une approche économique de la notion de contrôle, caractérisée par l'influence déterminante qu'une société peut exercer sur une entreprise. L'Autorité de la concurrence a abordé, dans l'annexe G de ses lignes directrices, les questions spécifiques aux fonds d'investissement, considérant que le contrôle des sociétés du portefeuille d'un fonds est bien exercé par la société de gestion : « Le droit commun des concentrations est pleinement applicable aux opérations impliquant des fonds d'investissement (...). Les fonds acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille, le contrôle étant, en règle générale, exercée par la société de gestion qui a créé le fonds ».

L'Autorité de la concurrence précise ensuite qu'il convient de considérer « pour déterminer le chiffre d'affaire d'un fonds acquéreur, (...) que l'entreprise concernée est la société de gestion de portefeuille gérant le fonds acquéreur (...) » et que « dans le cas de prise de contrôle par une société de gestion de portefeuille suffisamment autonome, l'entité fusionnée sur laquelle porte l'analyse concurrentielle est constituée de la société de gestion et de l'ensemble des entreprises sur lesquelles elle dispose d'une influence déterminante via ses fonds gérés (...) ».

La société de gestion est ainsi considérée, au regard du droit des concentrations, comme contrôlant les sociétés du portefeuille des FCPR qu'elle gère ; il lui appartient à ce titre de procéder à la notification des projets d'investissement des fonds en prenant en compte l'ensemble de ces sociétés.

Certains demandeurs s'appuient ainsi sur les notifications qui ont été déposées auprès de l'Autorité de la concurrence par la société de gestion dans le cadre du contrôle des concentrations pour faire reconnaître l'existence d'un groupe contrôlé par celle-ci. Comment la société de gestion pourrait-elle en contester l'existence puisqu'elle communique elle-même un chiffre d'affaires global réalisé par l'ensemble des sociétés du portefeuille des fonds qu'elle gère ? La notion de contrôle définie à l'article L. 430-1, II du Code de commerce est toutefois, comme l'Autorité de la concurrence le souligne elle-même dans ses lignes directrices, spécifique au droit des concentrations et ne doit pas, à notre avis, être étendue pour déduire l'existence d'un groupe de sociétés.

En définitive, et comme l'ont relevé les deux cours d'appel précitées, la structure des FCPR et des sociétés de gestion ne permet pas de conclure à l'existence d'un groupe au sens du Code de commerce entre celles-ci et les sociétés détenues en portefeuille par le FCPR.

2. Les sociétés détenues par des FCPR et les sociétés de gestion constituent-elles un groupe au sens de la jurisprudence sociale pour l'obligation de reclassement ?

Lorsque l'on compare les critères posés par la jurisprudence pour la définition d'un groupe de reclassement avec l'organisation spécifique formée par une société de gestion, des FCPR et les sociétés en portefeuille du FCPR, il apparaît rapidement que ces divers éléments ne forment pas un ensemble cohérent que l'on pourrait qualifier de groupe de reclassement.

Les critères fournis par la Cour de cassation pour la définition du groupe de reclassement – « entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » – rappellent la notion d'unité économique et sociale par la permutableté des salariés et la volonté sous-jacente de dépasser les barrières parfois artificielles du droit des sociétés et de faire prévaloir les relations réelles existant entre les diverses sociétés. Toutefois, les similitudes s'arrêtent là, et la Cour de cassation a une compréhension beaucoup plus extensive du groupe de reclassement que de l'UES. (...)

B. - La notion de groupe de reclassement appliquée aux fonds d'investissement

L'objet des FCPR est de prendre des participations au capital de sociétés dans un but de placement financier. Il est dès lors aisé de comprendre que les sociétés dans lesquelles un FCPR investit ont généralement peu de choses en commun. À l'inverse d'un groupe qui détient souvent plusieurs sociétés dans un même secteur d'activité et qui met en œuvre une stratégie commune dans la recherche d'un intérêt commun à l'ensemble des sociétés, les participations détenues par les FCPR gérés par une même société de gestion n'obéissent généralement à aucune stratégie industrielle commune et appartiennent le plus souvent aux secteurs d'activité les plus divers.

Les dirigeants des diverses sociétés détenues par les FCPR sont distincts, les sociétés n'entretiennent aucune relation de partenariat entre elles, et ne se présentent pas comme faisant partie d'un même groupe. En résumé, chaque participation d'un FCPR est totalement autonome par rapport aux autres participations de ce même FCPR et a fortiori des différents FCPR gérés par la même société de gestion."

Dans un article intitulé "La notion de « participation indirecte » en droit des sociétés" (Bull. Joly Sociétés 2016, p. 176.), H. Le Nabasque indiquait :

" (...) il est discutable d'en déduire que c'est le FCP qui "détient" les actions, puisqu'il n'est pas doté de la personnalité juridique. (...) Si, en effet, la détention d'une participation ne peut guère s'apprécier au niveau du fonds lui-même, puisqu'il n'est ni une "personne physique" ni "une personne morale", deux autres solutions apparaissent concevables : apprécier cette détention au niveau de la société de gestion du fonds, d'abord, ou à celui des souscripteurs, ensuite.

(i) La première solution paraît clairement exclue.

La participation, lorsqu'elle doit s'exprimer en termes de "capital", ne saurait être regardée comme détenue par la société de gestion. Celle-ci exerce les droits attachés aux actions, dont elle n'est pas propriétaire ; elle représente le FCP dans ses rapports avec les tiers (C.mon.fin.,art. L . 214-25), mais elle ne détient pas les titres auxquels ces droits sont attachés et n'a donc ni la qualité d'associé, ni celle d'actionnaire des sociétés dans lesquelles le fonds a investi. Au titre de "l'exercice" des droits attachés aux actions ou aux parts, les sociétés de gestion sont certes appelées à exercer les droits de vote dans leurs assemblées générales, mais le franchissement de ces seuils en "droits de vote" n'est pas celui que la loi requiert lorsqu'elle exprime l'idée que la participation doit être (ou ne pas être) détenue en "capital".(...)

(ii) La seconde solution est donc la seule concevable.

En conséquence, l'appréciation de la détention d'une participation "en capital", qu'elle soit directe ou indirecte, ne paraît pouvoir s'apprécier, en présence d'une entreprise constituée sous la forme d'un fonds, qu'au niveau des souscripteurs, donc des membres du fonds. Au vrai, le problème est le même pour les copropriétés de valeurs mobilières que pour les indivisions. Cette dernière question a été plus débattue que la première, mais l'on admet aujourd'hui que l'indivision, étant privée de toute personnalité juridique, n'a pas la qualité d'associé et ne détient donc pas des parts ou des actions en "capital" : les parts ou les actions sont en indivision, ce qui est différent. Les indivisaires ont donc, seuls, la qualité d'associés, ainsi que la Cour de cassation le reconnaît aujourd'hui. Juridiquement, il ne peut en aller que de même pour les copropriétaires membres d'un fonds : eux aussi sont seuls "associés" ou actionnaires et "détenteurs" (en copropriété) des parts ou des actions : chacun a droit à une "quote-part" de ces parts ou actions, qui est fonction des droits reconnus à chacun dans la copropriété. A proportion de ces droits, chacun, par conséquent, doit être regardé comme détenant "indirectement" ou, mieux, "directement" la participation inscrite au nom du FCP."

Le mémoire en défense du mandataire liquidateur soutient par ailleurs que le moyen manque en droit au regard des dispositions de l'article L. 2331-4 du code du travail.

L'article L. 2331-4 du code du travail prévoit :

Ne sont pas considérées comme entreprises dominantes, les entreprises mentionnées aux points a et c du paragraphe 5 de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 sur les concentrations.

Le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises prévoit en son article 3 :

Article 3

Définition de la concentration

1. Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte :

a) de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou
b) 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 de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

(...)

5. Une concentration n'est pas réputée réalisée :

c) lorsque les opérations visées au paragraphe 1, point b), sont réalisées par des sociétés de participation financière visées à l'article 5, paragraphe 3, de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, sous la restriction toutefois que les droits de vote attachés aux participations détenues ne soient exercés, notamment par la voie de la nomination des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises dont elles détiennent des participations, que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer directement ou indirectement le comportement concurrentiel de ces entreprises.

L'article 5 de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, est ainsi libellé :

Article 5

(...)

3. Par sociétés de participation financière au sens de la présente directive, on entend exclusivement les sociétés dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires ou d'associés. Le respect des limites imposées aux activités de ces sociétés doit pouvoir être contrôlé par une autorité judiciaire ou administrative.

[La directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 a été abrogée par la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013.]

Se déduit-il de ces textes qu'une société de gestion d'un fonds commun de placement ne saurait être qualifiée d'entreprise dominante d'un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail?

Le Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO C 95 du 16.4.2008) précise :

"Prise de contrôle par des fonds communs de placement

(14) Des problèmes spécifiques peuvent se poser lorsque la prise de contrôle est réalisée par des fonds communs de placement. La Commission analysera au cas par cas les structures associées aux fonds communs de placement, mais l'expérience acquise par la Commission permet d'ores et déjà d'en dégager un certain nombre de caractéristiques générales.

(15) Les fonds communs de placement sont souvent constitués sous la forme de sociétés en commandite, auxquelles les investisseurs participent en tant que commandités et sur lesquelles ils n'exercent en principe aucun contrôle, ni à titre personnel ni à titre collectif. Les fonds communs de placement acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille. Selon les circonstances, le contrôle est en principe exercé par la société d'investissement qui a créé le fonds, celui-ci étant généralement un simple vecteur d'investissement ; dans des cas plus rares, le contrôle peut être exercé par le fonds lui-même. La société d'investissement exerce généralement ce contrôle par l'entremise de sa structure organisationnelle, par exemple en contrôlant le principal associé des fonds en commandite, ou en vertu de dispositions contractuelles, telles que des contrats de conseil, ou bien encore en combinant ces deux systèmes. Il pourra en être ainsi même si la société d'investissement ne détient pas elle-même la société agissant en tant que commanditée, mais que ses actions sont détenues par des personnes physiques (éventuellement liées à la société d'investissement) ou par un fonds fiduciaire. Les dispositions contractuelles avec la société d'investissement, en particulier les contrats de conseil, revêtiront encore plus d'importance si le commandité ne dispose pas de ressources propres et de personnel pour la gestion des sociétés qui font partie du portefeuille, mais qu'il ne constitue qu'une structure dont les activités sont exercées par des personnes liées à la société d'investissement. Dans ces circonstances, la société d'investissement acquiert d'ordinaire un contrôle indirect au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), et de l'article 3, paragraphe 3, point b), du règlement sur les concentrations. Elle détient alors le pouvoir d'exercer les droits qui sont directement détenus par le fonds commun de placement.

(...)

(110) L'article 3, paragraphe 5, définit trois cas particuliers dans lesquels l'acquisition d'une participation de contrôle ne constitue pas une concentration au sens du règlement sur les concentrations.(...)

(113) Troisièmement, l'opération par laquelle une société de participation financière au sens de l'article 5, paragraphe 3, la directive 78/660/CEE du Conseil (99) acquiert le contrôle d'une entreprise, ne constitue pas une concentration. La notion de "société de participation financière" est ainsi limitée aux sociétés dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises, sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des

droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires ou d'associés. Ces sociétés d'investissement doivent en outre être structurées de telle manière que le respect des limites imposées puisse être contrôlé par une autorité judiciaire ou administrative. Le règlement sur les concentrations prévoit une condition supplémentaire à l'application de cette exception, à savoir que ces sociétés ne peuvent exercer les droits de vote dans les autres sociétés que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer directement ou indirectement la stratégie commerciale de l'entreprise dont elles prennent le contrôle.

(...)

(115) Les exceptions ne sont pas applicables aux structures de fonds communs de placement classiques. Conformément à leurs objectifs, ces fonds ne se limitent pas, d'ordinaire, à exercer les droits de vote, mais ils adoptent des décisions liées à la désignation des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises, voire à la restructuration de ces entreprises. Cela serait incompatible avec l'exigence prévue à l'article 3, paragraphe 5, points a) et c), selon laquelle les sociétés acquéreuses n'exercent pas les droits de vote pour déterminer le comportement concurrentiel de l'autre entreprise."

* * *

Le bien-fondé de la **première branche** sera à apprécier au regard de ces éléments.

La **deuxième branche** sera à apprécier en outre en considération de la motivation de la cour d'appel dont se prévaut le moyen, relative au co-emploi. La cour d'appel a retenu :

2) sur la confusion de direction :

(...) attendu, d'autre part, que le pacte d'associés conclu le 20 juillet 2006 entre les associés de la société Interges, d'un côté, et la société Interges, de l'autre, prévoyait en son article 11 que les associés disposent d'un "droit de consultation spécifique et d'information (...) leur permettant de suivre l'évolution de leur investissement et de s'assurer du respect de leurs droits tels qu'il résultent du pacte..." ;

attendu que cet article précisait que pour préserver les droits des actionnaires, 'le dirigeant et la société s'engagent, se portant fort en tant que de besoin du respect de ces engagements par chacune des filiales, à ce qu'aucune décision concernant la société et/ou chacune de ses filiales' n'interviennent sans leur accord préalable pour les décisions susceptibles de porter atteinte même indirectement au projet d'entreprise et à l'obligation d'établir des comptes consolidés, à l'exercice par la société ou une de ses filiales d'une activité substantiellement différente de celle du groupe, de toute décision d'acquisition d'achat ou de cession de valeurs mobilières, de fonds de commerce ou d'entreprises, de prise d'intérêt dans une entreprise entraînant une responsabilité indéfinie, la cessation de toute branche d'activité, toute décision engageant la société ou ses filiales au-delà de 100 000 €, toute décision de

*recrutement d'un salarié avec un salaire élevé, tout octroi de sûretés réelles ou personnelles, tout engagement en bourse ;
attendu toutefois qu'il ne s'agissait que d'interventions ponctuelles portant sur des décisions stratégiques limitativement énoncées et non d'une participation permanente à la direction de l'entreprise ;
attendu en outre que si les associés de la société Interges disposaient d'un droit de veto concernant un certain nombre de décisions susceptibles d'être prises tant par la société que par ses filiales, dont la société Intergestion, ils ne pouvaient se substituer à ses dirigeants dans la prise desdites décisions, ce qui exclut toute immixtion dans la direction de la société et de ses filiales ;
attendu ainsi que ce pacte d'associé ne pouvait être considéré comme un indice d'une confusion de direction ; (...)
attendu qu'il y a lieu de rappeler qu'aux termes du pacte d'associé du 20 juillet 2006 qui organisait les liens entre la société Interges et ses associés, ces derniers ne disposaient pas de pouvoirs leur permettant de s'immiscer dans la direction de la société mais seulement d'en contrôler un certain nombre d'actes ;
attendu que les liens juridiques unissant les sociétés Finadvance et Interges, d'une part, et les sociétés Interges et Intergestion, d'autre part, n'avaient pas la même nature ;
attendu que les premiers étaient des liens de contrôle et de surveillance tandis que les autres étaient des liens pouvant conduire à une confusion de direction entre les sociétés ;*

Les constatations de la cour d'appel relatives au pacte d'associés caractérisent-elles le droit pour Finadvance d'exercer une influence dominante sur la société Interges en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce ?

S'agissant de la **troisième branche**, le mémoire en défense du mandataire liquidateur affirme que la recherche prétendument délaissée n'avait pas été sollicitée. Effectivement, dans leurs conclusions en page 10, relatives à la présentation des faits, les salariés visaient bien le pacte d'associés de la société Interges, mais pas spécifiquement son article 9.1, et ne soutenaient pas qu'il en résultait, eu égard aux dispositions combinées des articles L. 2331-1, II du code du travail ainsi que L.233-16,II,2° et L.233-4 du code de commerce, que la société Finadvance exerçait une influence dominante présumée, voire un contrôle exclusif, sur la société Interges et devait par conséquent être regardée comme détenant indirectement la totalité du capital de la société Intergestion.

Le pacte d'associés (production 6 du MA) du 20 juillet 2006 de la société Interges contient un article 9.1 intitulé Composition du conseil d'administration et ainsi libellé :
"Les Parties conviennent que le Conseil d'administration de la Société sera composé au départ de 3 membres au moins dans les conditions suivantes :
- deux postes du Conseil d'administration seront réservés aux Investisseurs A,

- un poste sera réservé au Dirigeant qui aura également les fonctions de Président du Conseil d'administration.

La composition du Conseil d'administration pourra évoluer avec l'arrivée ultérieure au sein du Conseil d'un administrateur indépendant désigné par les Investisseurs A et agréé par le Dirigeant et la désignation éventuelle d'administrateurs supplémentaires." Les investisseurs A désignent le FCPR Finadvance capital III, représenté par sa société de gestion Finadvance.

Sur la **quatrième branche**, s'agissant de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, les salariés invoquaient exclusivement (p. 37 et s. et non 45 et 46 visées par le moyen, ces dernières pages étant relatives au reclassement individuel) l'insuffisance dudit plan au regard des moyens financiers du groupe ainsi que de l'existence d'un groupe de reclassement caractérisé entre Intergestion et les "sociétés contrôlées par Finadvance", à l'intérieur duquel les emplois disponibles auraient dû être recherchés par le mandataire liquidateur pour figurer dans le plan de sauvegarde de l'emploi.

La cour d'appel a relevé en page 12 de ses arrêts : *attendu par ailleurs qu'il n'existait aucune opportunité de reclassement au sein de la société Finadvance qui est une société financière et non une entreprise industrielle comme l'était la société Intergestion;*

attendu que la nature radicalement différente de leurs activités respectives interdisait toute permutation de tout ou partie du personnel dont les tâches et les qualifications n'avaient rien en commun ;

- II - Sur le deuxième moyen relatif à l'obligation de reclassement individuel :

Le licenciement économique d'un salarié ne pouvant intervenir que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise ou dans le groupe dont elle relève n'est pas possible, 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, au sein du groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé, des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification des contrats, en assurant au besoin l'adaptation de ces salariés à une évolution de leur emploi (Soc., 14 janvier 2004, pourvoi n° 02-46.678, Bulletin civil 2004, V, n° 11).

Les salariés soutenaient (p.45 et 46 de leurs conclusions) que le mandataire liquidateur avait manqué à son obligation de reclassement individuel en ne sollicitant pas les 3 sociétés filiales implantées à l'étranger et en ne procédant pas à une recherche de reclassement au sein des "sociétés du groupe Finadvance", alors même que le portefeuille de la société Finadvance comptait des entreprises avec lesquelles la permutation de personnel était possible (activité de distribution de livres, de construction de piscine, de location de meubles commerciaux ...).

S'agissant des filiales étrangères, le mandataire liquidateur indiquait dans ses conclusions : « Quant aux sociétés filiales de la société Intergestion, sociétés à vocation uniquement de comptoir commercial basées à l'étranger (Cefec à Madrid et East Metal en Pologne), elles ont été régulièrement interrogées sur les postes disponibles dont elles disposaient par l'administrateur judiciaire ». Il précisait par ailleurs que la société Slad, basée au Luxembourg et filiale de la société Interges, était, au moment des licenciements des salariés de la société Intergestion, placée sous curateur selon le droit luxembourgeois et avait ainsi été déclarée en faillite (cf. productions 2, 3 et 4 du mémoire en défense de M. A...).

- III - Sur le troisième moyen relatif au défaut d'information sur la portabilité du droit individuel à la formation :

Le moyen est directement contraire à la jurisprudence récente de la chambre selon laquelle l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (cf. Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72). Il a été fait application de ce principe en ce qui concerne une demande en paiement de dommages-intérêts pour absence d'information sur le droit individuel à la formation dans un arrêt du 26 janvier 2017 (Soc., 26 janvier 2017, pourvoi n° 15-21.167) : Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond; que la cour d'appel, qui a constaté par motifs adoptés que le salarié n'établissait pas la preuve du préjudice allégué, a légalement justifié sa décision.

Ce moyen est susceptible de faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé.

5 - Orientation proposée - Nombre de projet(s) préparé(s)

Il est soumis à la formation ordinaire de la section 1 un projet.