

N° A1719595

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

Mme X... Y...

C/

la société Finadvance

---

Nicole Trassoudaine-Verger, avocate générale

**AVIS**  
**de l'avocat général**

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

Ces pourvois sont à rapprocher des n° E 17-19.599, F 17-19.600, G 17-19.602, J 17-19.603, P 17-19.607, S 17-19.610, X 17-19.615, C 17-19.620 examinés à la même audience.

Des salariés ont contesté leur licenciement pour motif économique, en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi<sup>1</sup> (PSE), au motif que la société de gestion du fonds commun de placement à risque (FCPR) qui détenait une partie du capital de la société employeur devait être considérée comme leur co-employeur. Ils ont aussi invoqué un manquement à l'obligation individuelle de reclassement.

Le conseil de prud'hommes a fait droit à leurs demandes mais ils ont été déboutés par la cour d'appel.

### **Le pourvoi**

**Le 1<sup>er</sup> moyen** a trait à la définition du périmètre du groupe pour l'appréciation de la validité d'un PSE (3 premières branches) et à la définition du périmètre du groupe de reclassement (4<sup>ème</sup> branche).

Une société de gestion d'un FCPR doit-elle être considérée comme faisant partie du groupe de la société dans laquelle sont investis les fonds, au sein duquel doit être appréciée la pertinence d'un PSE ?

---

<sup>1</sup> Les licenciements sont antérieurs à la loi n°2013-504 du 14 juin 2014 relative à la sécurisation de l'emploi.

Plus précisément, une société de gestion d'un FCPR peut-elle être considérée comme exerçant le contrôle de la société dont elle a fait acquérir une fraction du capital via le FCPR au regard des articles L.2331-1 du code du travail et les textes auxquels il renvoie et 234-4 du code de commerce, au motif qu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de votes dans les assemblées générales de la société acquise ?

**La 1<sup>ère</sup> branche** soutient qu'une société de gestion d'un FCPR, lequel est dépourvu de personnalité morale, exerce elle-même le contrôle de la société dont elle a fait acquérir une fraction de 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.

Un fonds commun de placement (FCP), dont le FCPR est l'un des types, est un véhicule d'investissement spécialisé dépourvu de la personnalité morale et, de ce fait, géré par une société de gestion agissant à son nom et pour son compte <sup>2</sup>.

En l'espèce, les capitaux rassemblés au sein du FCPR géré par la société de gestion Finadvance ont été investis sous forme de participation financière dans la société Intergestion. Les parts de celle-ci ont été rachetées par une holding de reprise créée pour la circonstance, la société Interges, à hauteur de 85%. A la suite de difficultés économiques de la société Intergestion, une procédure collective a été ouverte et le plan social critiqué mis en oeuvre.

Selon votre jurisprudence<sup>3</sup> consacrée par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, la validité du PSE doit être appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe auquel elle appartient<sup>4</sup>.

Dans un arrêt du 16 novembre 2016 (n° 15-15.287) largement publié, vous avez précisé que les moyens financiers consacrés aux mesures du PSE doivent être

---

<sup>2</sup> Selon l'article L.214-8 du code monétaire et financier (CMF), 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.

<sup>3</sup> Soc, 18 novembre 1998, Bull n°501.

<sup>4</sup> Article L.321-4-1 du code du travail devenu L.1235-10.

appréciés en fonction des moyens de l'ensemble des entreprises qui constituent un groupe au sens de l'article L.2331-1 du code du travail : 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.

Vous renvoyez expressément la définition légale du groupe applicable au comité de groupe posée à l'article L.2331-1 du code du travail.

L'article L.2331-1 renvoie lui-même à trois articles du code de commerce :

- l'article L.233-1, I et II qui fait référence au critère de détention de la majorité du capital pour la définition de la filiale,
- l'article L.233-3 qui définit le contrôle d'une société sur une autre par la détention de droits de vote dans les assemblées générales d'une société,
- l'article L.233-16 II qui fait référence à l'influence dominante d'une entreprise sur une autre résultant soit de la majorité des droits de vote, soit de la désignation de la majorité des membres des organes d'administration, soit d'un contrat ou de clauses statutaires.

Deux critères sont donc à prendre en considération pour rechercher l'existence d'une entreprise dominante : la part de capital détenue et l'exercice d'un pouvoir de décision résultant des droits de vote attachés à la détention d'une partie du capital ou de dispositions contractuelles ou statutaires.

Qu'en est-il d'une société de gestion d'un FCP ?

S'agissant du premier critère, purement capitalistique, l'article L.214-8-1 du code monétaire et financier (CMF) dispose que *le fonds commun de placement est constitué à l'initiative d'une société de gestion, chargée de sa gestion, laquelle choisit un dépositaire des actifs du fonds. Cette société établit le règlement du fonds.*

Le rôle de la société de gestion, selon l'article L.533-22 du CMF<sup>5</sup> est de gérer ces investissements, pour le compte du FCP et dans l'intérêt des porteurs de part du fonds. A ce titre, elle décide des orientations stratégiques du fonds, prend sur cette base les décisions d'achat et de vente des actifs sans contrôle direct des porteurs de

---

<sup>5</sup> 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.

*parts... elle représente le fonds à l'égard des tiers (Cf. Précis Dalloz Droit financier, 2<sup>ème</sup> édition, n°797).*

Il en résulte que la société de gestion ne détient ni directement, ni indirectement de participation dans le capital des sociétés dans lesquelles les fonds du FCP sont investis. Les investisseurs restent propriétaires de leur part de capital dans le FCP. Il n'y a donc pas de lien capitalistique direct entre la société de gestion et la société dans laquelle les fonds sont investis, de sorte que la société de gestion ne peut être considérée comme faisant partie du groupe au sens de l'article L.233-1, I et II du code de commerce.

Le second critère ayant trait aux droits de vote n'est pas davantage pertinent puisque la société de gestion les exerce dans l'intérêt des porteurs de parts du fonds. Agissant pour le compte de tiers, elle ne peut être considérée comme titulaire du droit d'exercer une influence dominante ou un contrôle exclusif sur une société.

Comme le souligne la "Fiche pratique" parue à la semaine juridique Social (n°25, 22 juin 2010) citée par Madame le Conseiller rapporteur, "*si la société de gestion y exerce les droits de vote et peut, le cas échéant, effectivement maîtriser les assemblées générales, pour autant, les actifs de 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.*"

Faute d'être détentrice de capital, la société de gestion ne peut être considérée comme exerçant effectivement un contrôle par les droits de vote au sens de l'article L.233-3 du code de commerce.

Sans avoir jamais, à ma connaissance statué dans l'hypothèse qui vous est soumise, vous avez déjà jugé, en matière de périmètre d'appréciation du motif de licenciement, dans un arrêt société Rivoire et Carré Lustucru (3 décembre 2008, n°07-43.705 non publié, RJS février 2009, n°153) 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 Carré 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 ;*

Et vous ajoutez dans ce même arrêt, "*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.***

Cette solution peut être transposée à la définition du périmètre du groupe pour l'appréciation de la validité d'un PSE.

Enfin, au regard de l'article L.233-16 II du code de commerce qui consacre une approche économique du contrôle, non subordonnée à la détention du capital, la société de gestion qui ne détient pas pour son compte propre de droits de vote ne peut être considérée comme détenant la majorité des droits de vote dans l'entreprise et donc comme exerçant une influence dominante dans l'entreprise.

Dès lors, au sens de votre jurisprudence fondée sur les dispositions de l'article L.2331-1 du code du travail, la société de gestion d'un FCPR ne peut être considérée comme faisant partie du groupe auquel appartient la société Intergestion.

**La 2<sup>ème</sup> branche du moyen** invoque les motifs de la cour d'appel relatifs au co-emploi où celle-ci relève l'existence de liens de contrôle et de surveillance entre les sociétés Finadvance et Interges résultant du pacte d'associés liant la société Interges et ses associés.

Toutefois, cette seule constatation est insuffisante à établir l'exercice par la société Finadvance d'une influence dominante sur la société Intergestion au sens de l'article L.233-16 II du code de commerce.

Tout dépend de la nature et de la consistance de ces liens de contrôle. Comme le relève le mémoire en défense, pour caractériser une influence dominante, le lien de contrôle doit être corroboré par une appréciation portant sur les droits de vote ou la fraction du capital détenu ou le pouvoir de nommer ou révoquer les organes d'administration. Le contrôle et la surveillance exercés par la société de gestion d'un FCPR sur la société dans laquelle elle investit relèvent du rôle qu'elle tient des dispositions du CMF, mais ce rôle n'induit pas pour autant automatiquement une influence dominante sur les sociétés du groupe. Le grief n'est donc pas encouru.

**La 3<sup>ème</sup> branche** doit être rejetée, dans la mesure où la recherche prétendument omise, relative aux dispositions de l'article 9.1 du pacte d'associés de la société Interges et des conséquences qui auraient pu en découler sur l'influence exercée par la société Finadvance sur la société Intergestion n'a pas été demandée en appel.

**La 4<sup>ème</sup> branche** concerne la définition du périmètre du groupe de reclassement.

Selon votre jurisprudence constante, **les possibilités de reclassement 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 d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel** (Soc. 27 octobre 1998, Bull 459, n°96-40.626 à 96-40.629). Dans cette affaire, vous ajoutez : 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 du personnel et ne caractérise pas d'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devrait s'effectuer.**

Le périmètre de reclassement ne se détermine donc pas par rapport aux liens capitalistiques entre les sociétés, ni dans la mesure de la participation d'une société dans le capital d'une autre mais dans la permutation possible des salariés en raison de la similarité d'activités, de lieux ou de conditions de travail.

Très récemment, dans un arrêt du 28 février 2018, n°16-27.807, vous avez jugé que *la seule détention 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.*

Dans l'affaire qui vous est soumise, la cour d'appel a relevé *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 ... 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.*

La 3<sup>ème</sup> branche doit être rejetée.

**Le 2<sup>ème</sup> moyen** est relatif à l'obligation de reclassement individuel :

Comme l'a rappelé la cour d'appel, l'obligation pour l'employeur d'élaborer et de mettre en oeuvre un plan social de reclassement n'épuise pas son obligation de reclassement.

Selon votre jurisprudence, l'employeur doit satisfaire à son obligation individuelle de reclassement en recherchant toutes les possibilités de reclassement existant au sein de l'entreprise et le cas échéant au sein du groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel.

La société Intergestion faisant partie d'un groupe, les salariés prétendaient qu'un reclassement devait être recherché au sein des trois filiales étrangères du groupe (Luxembourg, Pologne et Espagne) ainsi que dans les sociétés du groupe Finadvance.

Le mémoire en défense relève à juste titre que le périmètre de la recherche dans les filiales du groupe n'était pas dans le débat puisque le PSE prévoyait la consultation de ces filiales, ce qui avait été fait par l'administrateur judiciaire.

La cour d'appel relève qu'il n'existait aucune possibilité de reclassement au sein de la société Finadvance qui est une société financière et non une entreprise industrielle comme l'était la société Intergestion et 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. Quant à la recherche au sein des sociétés dans lesquelles Finadvance détenait des participations, la cour d'appel n'avait pas à y procéder car la société n'appartenait pas au groupe de l'employeur, seul débiteur de l'obligation de reclassement.

**Sur le 3<sup>ème</sup> moyen :** Je partage l'approche de Madame le conseiller rapporteur qui propose de le rejeter par une décision non spécialement motivée (article 1014 du CPC).

### **Avis de rejet du pourvoi**