

EXERCICE PROFESSIONNEL

Délai de prévenance et règles de protection de la collaboratrice enceinte — p. 436

GESTION DU CABINET

Comment les associés des cabinets d'affaires français abordent la performance dans le management de leurs structures ?
Ressources humaines et processus organisationnel — p. 455

DÉVELOPPEMENT DU CABINET

Société pluri-professionnelle d'exercice : de l'ombre à la lumière ? — p. 463

Dalloz Avocats

Exercer et entreprendre

n° 8-9 – Août-Septembre 2019

CODE
DU
TRAVAIL

Art. L. 2512-2, L. 3142-59
Art. L. 8221-5
Art. R. 2412-10

Dossier

L'avocat face à l'évolution du droit du travail (I)

Nouvelles pratiques, nouvelles opportunités, nouveaux risques



DALLOZ

Version numérique incluse*



Dossier

L'avocat face à l'évolution

CODE DU DROIT DU TRAVAIL (I) DU TRAVAIL

Nouvelles pratiques, nouvelles opportunités, nouveaux risques

Art. L. 2512-2
Art. L. 3142-59
Art. L. 8221-5
Art. L. 2412-1
Art. R. 4721-3

Le droit du travail ne cesse d'évoluer comme l'illustre les dernières réformes de 2015, 2016, les ordonnances de septembre 2017 ou encore la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. Les réformes s'enchaînent et d'autres sont à venir. Ces changements, parfois de paradigmes, ne sont pas sans conséquence sur la place et le rôle de l'avocat. Aussi nous a-t-il paru opportun de nous interroger sur la signification et l'impact de ces évolutions sur la pratique professionnelle de l'avocat, ainsi que les opportunités et les risques pour la profession qui l'accompagnent. Revue de détails.

L'évolution du métier d'avocat travailliste - Regards croisés <i>Emmanuelle Barbara et Rachid Brihi</i>	408
Évolutions du droit du travail et nouvelles pratiques de l'avocat - Regards croisés entre droit social et droit pénal <i>Jean-François Tréton et Emmanuel Gouesse</i>	414
Quel rôle pour l'avocat face aux nouveaux dispositifs d'alerte professionnelle ? <i>Emmanuel Daoud et Solène Sfoggia</i>	418
De l'importance de la prise en compte du droit des sociétés et du droit commercial par l'avocat en droit du travail <i>Krys Pagani et Mélody Pellissier</i>	421
L'avocat en droit social et sa nécessaire maîtrise des droits international, constitutionnel et public <i>Olivier Dutheillet de Lamothe</i>	427
L'influence de l'avocat sur le droit du travail - L'exemple du barème Macron <i>Carine Cohen</i>	432

Enfin, cela suppose aussi et surtout que l'employeur soit capable de réagir aux alertes, c'est-à-dire d'accepter de traiter sérieusement les alertes qui lui seraient remontées, même celles qui le dérangent : qu'elle gêne ou non, l'alerte d'aujourd'hui peut être le contentieux de demain.

Dans ce contexte, les avocats sont les partenaires incontournables des entreprises et acteurs publics, de leurs dirigeants et *managers* responsables pour « mettre en musique » cette culture

de la conformité et développer singulièrement l'efficacité ainsi que l'acceptabilité des dispositifs d'alerte. Les avocats ont en effet la capacité – du fait de leur secret professionnel, de leur indépendance, du respect du conflit d'intérêts et de leur expertise du risque – de faire travailler en confiance les divers experts de l'entreprise, sans négliger les compétences des un.e.s et des autres, avec l'objectif commun de diminuer les risques pour l'entreprise, ses dirigeant.e.s ainsi que ses collaboratrices et collaborateurs.

De l'importance de la prise en compte du droit des sociétés et du droit commercial par l'avocat en droit du travail



La pratique du droit social oblige de plus en plus à la prise en compte d'autres branches du droit, au premier rang desquelles figurent le droit des sociétés et, plus largement, le droit commercial. Les interactions entre ces matières présentent de forts enjeux pratiques que les professionnels du droit social peuvent difficilement ignorer.

« Le droit du travail n'est pas une île mais constitue une pièce du droit de l'entreprise et, au-delà, du droit des affaires, où il manifeste sa présence et dont il subit l'influence. »¹

Bernard Teyssié

A l'instar du professeur Teyssié, chaque année, l'ensemble – ou presque – du corps professoral des masters spécialisés en droit social alerte ses étudiants sur le fait que le droit social n'est pas une matière isolée, fonctionnant en autarcie, mais qu'elle entretient un lien consubstantiel avec les autres branches du droit. Mais si la raison peut inspirer le discours, c'est l'habitude qui gouverne trop souvent les actions. Et l'on constate, trop fréquemment pour ne pas s'en inquiéter, que ces étudiants, parfail-

tement au fait des règles les plus complexes du droit social, ignorent le droit commercial, à l'exception peut-être du droit des procédures collectives, lorsqu'ils arrivent en stage ou en collaboration. Cette situation, qui participe du phénomène de tribu, a deux causes principales. La première, la plus souvent relevée, est liée au mouvement de spécialisation qui enferme trop tôt les étudiants dans leur spécialité et ne les ouvre pas assez aux autres branches du droit. Les rappels de l'unité du système juridique sont alors sans effet s'ils ne se traduisent pas concrètement par des



Par

Krys Pagani
Avocat associé,
Alkyne Avocats,
Docteur en droit,
Vice-président du
Cercle K2

Mélody Pellissier
Juriste, Alkyne
Avocats, Chargée
d'enseignement à
l'Université Paris 2
Panthéon-Assas

¹ B. Teyssié, De la loi à l'accord, variations sur la refondation du code du travail, JCP 5 2017. 1179. Pour des études sur les relations entre le droit du travail et le droit des sociétés v. not. la thèse de S. Vernac, Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés, Nanterre 2012 et, plus récemment, la thèse de S. Ranc, Organisations sociétaires et droit du travail, Bordeaux 2018.

enseignements dispensés notamment en droit commercial lors de l'année de master 2. La seconde est davantage propre au droit social et à la conviction que celui-ci obéit à des règles autonomes très éloignées tant du droit commun des contrats que du droit commercial². Cette situation, qui pourrait faire craindre un isolement du droit social, n'est cependant pas une fatalité et la méconnaissance par ses praticiens des autres branches du droit, en particulier du droit commercial, n'est pas un horizon indépassable. Certains cabinets d'affaires, notamment anglo-saxons, proposent à leurs collaborateurs juniors de passer plusieurs mois au sein d'une autre équipe du cabinet. Il est vrai que la culture anglo-saxonne, dans l'enseignement du droit au sein des universités privilégie davantage que la nôtre la formation généraliste. Il n'est d'ailleurs pas rare, aux États-Unis ou au Royaume-Uni, qu'un avocat ne se spécialise qu'après trois à cinq ans d'exercice.

Durant de nombreuses années, les mondes du droit du travail et du droit commercial ont entretenu des relations distantes pouvant avoir, ici et là, d'importantes conséquences pratiques, allant de la perte d'un contentieux à la suspension d'une opération. Certains conseils, qui envisageaient de manière très accessoire l'apport du droit social dans ces opérations, l'ont compris à leurs dépens. De multiples exemples d'opérations de fusion-absorption suspendues jusqu'à la réalisation parfaite des opérations d'information-consultation des institutions représentatives du personnel pourraient être cités, en particulier celui emblématique de la fusion GDF-Suez³ suspendue pendant deux ans, alors qu'elle avait été actée juridiquement par le département *corporate*, en raison de l'absence ou de l'insuffisance de la consultation du comité d'entreprise européen. Peuvent encore être citées les opérations de vente d'un fonds de commerce ou d'une participation majoritaire dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et sociétés par actions de moins de 250 salariés, qui sont subordonnées, depuis la loi Hamon⁴, au respect d'une obligation d'information des salariés, dont le non-respect est sanctionné par des pénalités.

La pratique, qui se doit d'épouser le réel pour être efficace, a su évoluer. Depuis quelques années, un mouvement de rapprochement des praticiens du droit commercial et du droit social est perceptible. Une grande majorité des cabinets d'affaires se sont ainsi dotés d'un département de droit social et ne sous-traitent

plus les questions sociales à des cabinets spécialisés⁵. Cette intégration résulte de la compréhension par les professionnels que la plupart des opérations économiques, juridiques ou financières et ne peuvent se dérouler convenablement sans la prise en compte, dès les premiers échanges, d'un conseil spécialisé en droit social. Outre qu'elle permet la coordination entre les différents spécialistes intervenant sur une même opération, la constitution d'un cabinet pluridisciplinaire permet aux uns et aux autres de se familiariser plus facilement avec les langages et usages des différentes branches du droit des affaires.

MAÎTRISER LE LANGAGE

Comprendre les termes du droit commercial

La prise en compte du droit des sociétés et, plus largement, du droit commercial par les praticiens du droit social suppose de ces derniers qu'ils en maîtrisent le langage afin de travailler en collaboration avec le département *corporate* ou M&A⁶ dans les meilleures conditions ou d'éviter de passer à côté d'un élément essentiel du dossier lorsqu'ils travaillent dans un cabinet de niche. À défaut d'un tel effort, le risque pour l'avocat en droit social est de ne pas être en capacité de fournir un conseil prenant en compte tous les aspects de la situation de son client et de s'isoler davantage, alors que la contraction du marché de cette spécialité, après une période d'âge d'or, doit être considérée avec sérieux. Il doit être d'autant plus vigilant que le droit social et le droit commercial recourent souvent à des termes différents. Le droit social est ainsi peu familier de la notion de « société », préférant renvoyer à l'« employeur » ou à l'« entreprise », voire à l'« établissement ». Or c'est la société, personne morale, qui constitue l'employeur et donc le cocontractant du salarié. Il est parfois difficile de l'identifier, notamment en présence d'un groupe de sociétés, afin de contrôler le pouvoir du signataire des échanges adressés aux salariés et, tout particulièrement, de la lettre de notification du licenciement. Le signataire de ladite lettre de notification doit, en effet, avoir la qualité de représentant légal de la société, c'est-à-dire être désigné comme mandataire social et mentionné sur l'extrait Kbis, ou détenir une délégation de pouvoirs, le cas échéant par cascade, dudit représentant et ne pas être étranger à l'entreprise. À défaut,

² V. néanmoins sur l'évolution de cette séparation : G. Auzero, La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés, *Dr. soc.* 2019, 485, et L. Pécaut-Rivolier, Vers une complémentarité entre droit du travail et droit commercial ?, *Dr. soc.* 2019, 487.

³ M. Cohen, Quand l'inobservation des droits des représentants du personnel perturbe la fusion GDF-Suez, *Dr. ouvrier mars 2007*, p. 105.

⁴ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JO 18 mars).

⁵ Sur cette évolution : B. Teyssié, Droit du travail, droit des affaires, *vie des affaires*, *Dr. soc.* 2015, 193.

⁶ *Mergers and acquisitions, ou fusions et acquisitions.*

la signature par une personne n'étant pas habilitée ne constitue pas une simple irrégularité de procédure, mais rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse⁷. Or une telle identification n'est pas aisée en présence d'une société employeur dépendant d'un groupe de sociétés, d'autant moins lorsque ledit groupe est fortement intégré et comprend en son sein des sociétés de *management* regroupant les salariés auxquels sont dévolues les fonctions de direction s'étendant aux différentes filiales du groupe, ce qui arrive de plus en plus souvent en pratique. Apportant une certaine souplesse, la Cour de cassation considère que les salariés de la société mère ne sont pas des personnes étrangères à l'entreprise et peuvent être récipiendaires d'une délégation du pouvoir de licencier⁸. De même, lors de la rédaction de la requête aux fins de saisine du Conseil de prud'hommes, ne doivent pas être confondues la société employeur et l'enseigne sous laquelle celle-ci exerce son activité. Si cette erreur dans la désignation du défendeur ne constitue qu'une irrégularité de forme n'entraînant la nullité de la requête que s'il en résulte un grief⁹, elle peut néanmoins ralentir la procédure.

Il est également nécessaire pour les praticiens du droit du travail de se familiariser avec le langage utilisé par le droit des sociétés pour désigner les opérations portant sur le capital, la structure ou les actifs d'une société : fusion, scission, absorption, transfert de titres ou d'un fonds de commerce. Le droit du travail a longtemps éludé cette difficulté de vocabulaire par des notions « englobantes », comme celle de « transfert d'entreprise », qui permet la poursuite des contrats individuels de travail¹⁰, ou encore de « modification de l'organisation économique ou juridique » de l'entreprise, qui suppose l'information et la consultation des représentants du personnel¹¹. L'avocat consulté sur l'application des dispositions du code du travail à une opération sociétaire doit d'abord traduire cette opération dans le langage du droit du travail avant de déterminer la règle applicable. Pour certaines de ces opérations, ce travail de traduction et de qualification est facilité. Par exemple, l'article L. 1224-1 du code du travail précise que la notion de « transfert d'entreprise » renvoie notamment à la « vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise ». Cependant, cette énumération n'est non seulement pas exhaustive, mais en outre elle ne permet pas aux praticiens du droit social confrontés à cette question de faire l'économie d'une compréhension des opérations visées, de telle sorte

que ceux-ci ne sont qu'imparfaitement soulagés dans leurs difficultés. Ils doivent notamment déterminer si une cession de parts ou de titres, une scission ou encore un apport partiel d'actif peuvent être qualifiés de transfert d'entreprise, ce qui les oblige à comprendre le mécanisme de ces opérations, mesurer leur portée juridique et maîtriser leurs modalités techniques. Et, pour les opérations visées par le texte, par exemple la notion « de mise en société », il doit pouvoir les appréhender avec netteté.

Face aux imprécisions du code du travail, l'avocat en droit social ne peut que s'en remettre à l'interprétation – quand elle existe – de la Cour de cassation et s'ouvrir à la doctrine en droit commercial. La Cour de cassation a ainsi pu décider que la seule prise de participation ou de contrôle dans une société n'opérait aucun transfert d'entité économique¹², et ce même lorsque la cession a pour effet un changement de majorité dans le capital social¹³. S'agissant de la notion de « mise en société », elle peut être traduite en droit commercial par l'apport en société d'un fonds de commerce mais également par l'apport partiel d'actifs qui porte sur une branche autonome d'activité¹⁴.

Utiliser les termes du droit commercial

Longtemps, le « groupe de sociétés » a été cité comme l'exemple-type des différences d'approche entre le droit du travail et le droit des sociétés. Cette expression faisait partie des notions « pièges » pour les praticiens, car la définition qui en était retenue par le code du travail et la jurisprudence sociale n'était pas identique à celle du droit commercial. Or la notion de groupe de sociétés est tout aussi largement utilisée par le droit social : mise en place d'instances de représentation du personnel (comité de groupe¹⁵, comité d'entreprise européen¹⁶), appréciation du motif économique et de l'obligation de reclassement¹⁷, négociation de conventions et accords collectifs¹⁸, dépassement de seuils¹⁹, etc. Il est d'autant plus impératif d'appréhender la notion de groupe de sociétés au sens du droit du

Une grande majorité des cabinets d'affaires se sont [...] dotés d'un département de droit social et ne soustraient plus les questions sociales à des cabinets spécialisés.

⁷ Soc. 29 sept. 2010, n° 09-42.296, *Comité d'établissement des cheminots de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ Aiglin*, D. 2010. 2371, obs. B. Inès ; Soc. 30 sept. 2010, n° 09-40.114, *Mme Rohr c/ Ligue contre le cancer*, D. 2010. 2371 ; JA 2011, n° 432, p. 13, obs. L. T. .
⁸ Soc. 19 janv. 2005, n° 02-45.675 P. 5^e *Railtech International c/ Maurer*, D. 2005. 313 ; Dr. soc. 2005. 475, obs. J. Savatier ; RTD com. 2005. 553, obs. P. Le Cannu.
⁹ Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-15.266, 5^e *de Bruyn c/ Helbp*, D. 2008. 1419.
¹⁰ C. trav., art. L. 1224-1.
¹¹ C. trav., art. L. 2312-8.
¹² Soc. 1^{er} juin 2004, n° 03-89/2004, n° 880, 1^{er} esp.
¹³ Soc. 17 oct. 1995, n° 94-40.200, TP5 1995, n° 497.
¹⁴ Soc. 17 oct. 1995, préc.
¹⁵ C. trav., art. L. 2331-1.
¹⁶ C. trav., art. L. 2342-1 s.
¹⁷ C. trav., art. L. 1233-3 et L. 1233-4 s.
¹⁸ C. trav., art. L. 2232-30 s.
¹⁹ Nous citerons uniquement à titre d'illustration l'obligation de proposer un congé de reclassement aux salariés licenciés pour motif économique dans les entreprises ou les groupes d'au moins 1 000 salariés (C. trav., art. L. 1233-71-1).

Il est essentiel pour tout juriste en droit social d'avoir conscience que la spécialisation est utile mais qu'elle ne doit pas se faire au détriment d'une compréhension du droit commercial et plus largement [...] des systèmes juridiques français et européen qui entrent désormais constamment en interaction.

travail qu'une erreur dans la délimitation de celui-ci peut entraîner d'importantes conséquences financières. Ainsi, en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), les mesures de reclassement doivent être mises en place au regard des moyens dont dispose le groupe. Dans la situation où, à cette échelle, il apparaîtrait que les mesures de reclassement prévues sont insuffisantes, la décision de validation ou d'homologation du PSE risquerait alors d'être annulée et les licenciements prononcés pour motif économique en application de celui-ci frappés de nullité²⁰.

Aujourd'hui, la notion de groupe de sociétés au sens droit du travail est alignée, pour une large part, sur celle qui prévaut en droit commercial, le code du travail renvoyant aux articles L. 233-1, L. 233-3 et L. 233-16 du code de commerce. Les difficultés ne sont toutefois pas entièrement levées pour l'avocat en droit social, puisqu'il doit désormais se familiariser avec le critère du contrôle qui permet de reconnaître un groupe en droit commercial et qui est lui-même caractérisé par des éléments tenant à la détention du capital social, à la détention des droits de vote ou encore à la nomination des membres du conseil d'administration ou de surveillance de la société contrôlée. Pour vérifier ces différents éléments, l'avocat travailliste devra prendre connaissance des statuts de la société, ainsi que, parfois, des pactes d'actionnaires ou autres conventions entre actionnaires, autant de documents dont il n'est pas familier (ce qui est d'autant plus dommage lorsque l'on sait que les pactes d'actionnaires peuvent contenir des engagements au profit des salariés)²¹ et où il découvrira la difficulté de dénouer des liens que ses confrères commercialistes ont pris tant de soin à tisser.

S'il s'agit d'un exemple-type, la notion de groupe de sociétés n'est pas le seul exemple.

On peut également citer les opérations de concentration et les offres publiques d'acquisition, auxquelles renvoie le code du travail en imposant une information-consultation du comité social et économique (CSE) sur ces opérations²². Au-delà du droit des sociétés, ce sont l'ensemble des branches du droit commercial qui peuvent ou doivent être mobilisées par le conseil en droit social, qu'il s'agisse du droit des procédures collectives (représentation des salariés, garantie des salaires AGS), du droit de la distribution (gérants de succursale) ou du droit des marchés financiers (gestion de l'épargne salariale), mais également des notions issues de la comptabilité. La tendance d'un renvoi à ces notions s'accroît. Elles sont ainsi nécessaires pour calculer la réserve spéciale de participation, qui suppose de déterminer le bénéfice net, les capitaux propres ou encore la valeur ajoutée²³, ou pour apprécier le caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique, celles-ci pouvant être caractérisées par une baisse de commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation²⁴. Or, si plusieurs masters spécialisés en droit social intègrent quelques enseignements de droit commercial (principalement du droit des procédures collectives), les notions de comptabilité ne sont pas enseignées, ou trop peu.

L'enjeu de la maîtrise du langage du droit commercial est d'autant plus important pour les praticiens du droit social que les intérêts de leurs clients peuvent les conduire à devoir mettre en œuvre des techniques du droit des sociétés, ce que de plus en plus d'avocats travaillistes ont parfaitement compris.

MAÎTRISER LES TECHNIQUES

Relations individuelles

Le contentieux social est, depuis quelques années, placé sous le signe d'une plus grande dureté pour les salariés : plafonnement des indemnités prud'homales, prescription abrégée des actions, revirement de jurisprudence, etc. On perçoit une volonté des juges d'assurer la protection des salariés, mais aussi, et de plus en plus, de prendre en compte la nécessité de protéger l'entreprise en tant qu'acteur économique. Pour protéger au mieux les intérêts de

²⁰ C. trav., art. L. 1235-10, al. 2.

²¹ « Lorsqu'une convention de cession d'actions à laquelle intervient l'employeur prévoit que le cédant deviendra salarié de la société dont les titres sont cédés et que son licenciement, avant sa notification, devra être soumis à un vote de consultation du comité éditorial, le salarié est en droit de se prévaloir de cette clause dont le non-respect rend son licenciement sans cause réelle et sérieuse » (Soc. 1^{er} déc. 2011, n^o 10-26.064, RTD com. 2012, 345, obs. A. Constantin ; Bull. Joly 2012, 352, note B. Saintourens ; Gaz. Pal. 2012, 31, note B. Dondero).

²² C. trav., art. L. 2312-37 et L. 2312-41.

²³ C. trav., art. L. 3324-1.

²⁴ C. trav., art. L. 1233-3.

ses clients (employeurs ou salariés), l'avocat est amené à envisager d'autres options que les options traditionnelles, notamment lors de la rupture (négociée ou subie) de la relation de travail. Afin d'indemniser le départ d'un salarié cadre, les négociations se portent ainsi de plus en plus sur les droits dont il bénéficie au titre de l'actionnariat salarié.

Répondant à différentes finalités tant du droit social que du droit commercial, les dispositifs d'actionnariat salarié permettent d'associer les salariés au capital de l'entreprise et constituent aujourd'hui un mode alternatif de rémunération variable, parfois très favorable. Les principaux dispositifs²⁵ sont les options d'achat ou de souscription d'actions (*stock-options*),²⁶ les attributions gratuites d'actions (AGA) et les bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE)²⁷. Or ces dispositifs s'inscrivent dans la durée. Les *stock-options* et les BSPCE offrent, en effet, au salarié la possibilité d'acheter des actions pendant une période d'option déterminée à un prix préférentiel (du fait de l'alignement de son prix d'exercice sur la valeur historique de l'action), tandis que les AGA ne permettent au salarié d'acquérir définitivement les actions accordées qu'à l'issue d'une période d'acquisition²⁸. Lorsque le départ du salarié intervient avant la période d'option ou avant la fin de la période d'acquisition, il perd la possibilité de devenir définitivement actionnaire de la société employeur. Dans ce contexte, une demande sous forme de dommages-intérêts réparant la perte de chance liée à la perte des *stock-options*, des BSPCE ou à l'absence d'acquisition définitive des AGA, pourrait être envisagée, soit au cours d'un départ négocié, soit dans le cadre d'une action contentieuse, charge à l'avocat saisi d'apporter des éléments au soutien d'une telle demande²⁹.

Dans la situation où son client serait devenu définitivement propriétaire de ses actions lors de la rupture de son contrat de travail, l'avocat en droit social devra alors veiller à vérifier les clauses dites de *good* ou de *bad leaver*, qui permettent une modulation du prix de cession des actions en fonction, notamment, du motif de la rupture ou du calendrier des événements³⁰.

Les techniques de l'actionnariat salarié sont par ailleurs un moyen pour l'employeur de fidéliser, ou tout simplement de rémunérer, ses salariés les plus méritants. Les dispositifs de l'actionnariat salarié bénéficient en effet, d'un régime fiscal et social généralement avantageux. Conseiller ses clients sur les meilleurs modes de rémunération, incluant les mécanismes de

participation au capital, peut donc constituer une vraie plus-value pour le conseil en droit social.

Sur un autre plan, le droit commercial peut servir à contester le motif de la rupture du contrat de travail³¹ lorsque celle-ci repose sur un motif économique. Si l'échec fait partie de la vie des affaires, en droit social, il est parfois synonyme de perte d'emploi. La fermeture d'une entreprise est d'autant plus mal perçue lorsque les salariés ont l'impression que le groupe auquel ils appartiennent continue d'enregistrer des bénéfices. Ils tentent alors d'engager la responsabilité de la société mère. Suivant des décisions de la Cour de cassation, un certain nombre d'avocats en droit social ont cherché à engager la responsabilité contractuelle de celle-ci. Il s'agissait de lui reconnaître la qualité de co-employeur des salariés licenciés sans recourir au critère de la subordination juridique, mais en identifiant entre les deux sociétés une confusion d'intérêts, d'activité et de direction se traduisant par une immixtion de la société mère – ou d'une société sœur ? – dans la gestion économique et sociale de la filiale³². Ces différents critères supposaient l'examen des relations commerciales des deux sociétés. Toutefois, dans l'arrêt *Molex* du 2 juillet 2014, la Cour de cassation a mis un frein à cette stratégie contentieuse en adoptant une approche plus restrictive de la confusion d'intérêts, d'activité et de direction³³. La chambre sociale de la Cour de cassation a en revanche admis, dans l'arrêt *Sofarec* du 8 juillet 2014, que les salariés de la société filiale puissent engager la responsabilité délictuelle de la société mère³⁴, associé majoritaire de la filiale. Or, en droit des sociétés, la responsabilité d'un associé ne peut être engagée qu'en présence d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé³⁵. Cette définition n'a pas (encore) été reprise par la chambre sociale de la Cour de cassation mais les faits ayant donné lieu à l'arrêt du 8 juillet 2014 auraient pu constituer une telle faute³⁶. En tout état de cause, le contentieux relatif à la responsabilité délictuelle de la société mère relevant en principe de la compétence du tribunal de grande instance³⁷, il est probable que celui-ci applique les solutions du droit des sociétés obligeant ainsi les praticiens du droit du travail à engager la responsabilité délictuelle de la société mère en cohérence avec les règles du droit des sociétés.

Relations collectives

Lorsque l'accompagnement juridique d'une opération est confié par un client au département

²⁵ Pour une étude complète sur l'actionnariat salarié, V. J.-Ph. Lieutier, *Le modèle de l'actionnariat salarié*, PUAM, 2012.

²⁶ C. com., art. L. 225-177.

²⁷ C. com., art. L. 225-197-1, 1° : l'assemblée générale extraordinaire « peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre ».

²⁸ C. com., art. L. 225-197-1, I, al. 7 et 8.

²⁹ G. Bélier et A. Cormier, *Stock-options et droit du travail*, Dr. soc. 2000. 838 ; G. Auzero, Attribution individuelle de *stock-options* et licenciement injustifié du bénéficiaire : le recours salutaire au droit des obligations, Bull. Joly 2005. 177.

³⁰ La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu la validité et l'opposabilité de la stipulation d'une décote de la valeur des titres en considération des circonstances de la rupture du contrat de travail : Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978, D. 2016. 2042, note D. Baugard et N. Borgia ; *ibid.* 2365, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. Mekki ; AJCA 2016. 391, obs. C. Coupet ; Rev. sociétés 2017. 85, note Y. Marjault ; RTD civ. 2016. 614, obs. H. Barbier ; JCP S 2017, p. 24, n° 17, note F. Duquesne ; Rev. sociétés 2017. 85, note Y. Marjault ; Bull. Joly 2017, n° 1, p. 23, note E. Schlumberger ; JCP S 2016, p. 39, n° 21, note Y. Pagnierre ; JCP E 2016, p. 17, n° 39, note S. Schiller ; Gaz. Pal. 2016. 60, n° 30, note J.-M. Moulin.

³¹ J. Krivine, Le droit commercial peut-il venir au secours des salariés ? Dr. soc. 2019. 489.

³² Soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199 P. 5^e *Jungheinrich finances holding c/ Delimoges*, D. 2011. 382 ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Rev. sociétés 2011. 154, note A. Couret ; Dr. soc. 2011. 372, note G. Couturier ; *ibid.* 2012. 995, étude B. Gauriau ; RTD 2011. 168, étude F. Géa ; *ibid.* 285, controverse L. Drai et C. Pares ; Soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964 P. 5^e *Jungheinrich AG c/ Menard*, D. 2011. 3004 ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Dr. soc. 2012. 140, note A. Devers.

³³ Soc. 2 juill. 2014, n° 13-14.662, Dr. soc. 2014. 864, obs. P.-H. Antonmattei ; *ibid.* 1070, obs. F. Pettit ; RTD 2014. 701, obs. G. Borenfreund ; D. 2014. 1503 ; *ibid.* p. 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Sem. soc. Lamy 2014, n° 1638, p. 13.

³⁴ Soc. 8 juill. 2014, n° 13-15.573 P. *Serrano c/ M^{me} Andrivot*, D. 2014. 1552 ; *ibid.* 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2014. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; RTD 2014. 672, étude A. Fabre ; Bull. Joly 2014. 398, note E. Mouial-Bassilana ; JCP 2014. 1311, note G. Loiseau.

corporate, commence souvent un va-et-vient avec le département social afin d'intercaler dans les étapes de sa mise en œuvre l'information-consultation des représentants du personnel. Le CSE a, en effet, vocation à intervenir afin de délivrer un avis sur les projets déterminés par la société, notamment en matière de prise de participation dans une autre société, cession ou acquisition de filiale, cession de contrôle, lancement d'une offre publique d'acquisition, fusion, scission, mise en location-gérance, fermeture de l'entreprise, etc. Il faut alors déterminer la bonne temporalité en tenant compte d'exigences extra-juridiques, comme la nécessité de préserver la confidentialité de l'opération et des informations transmises dans le cadre de la consultation. Or le code du travail pose une obligation de discrétion et de secret professionnel à l'égard des membres du CSE sur laquelle l'avocat en droit social peut apporter son expertise³⁵. Cette obligation pourra parfois, sur demande de l'entreprise, être confirmée dans un accord de non-divulgateion.

La grande difficulté pour les conseils en droit social sera, en revanche, de déterminer le moment auquel doit intervenir la consultation des représentants du personnel. Une information anticipée pourrait mettre en danger l'opération, mais une information tardive pourrait constituer une violation des dispositions du code du travail en la matière. Lorsque le projet concerne une cession, la difficulté est d'autant plus importante que celle-ci est souvent précédée d'une lettre d'intention par laquelle les parties s'engagent à acheter et à vendre sous réserve de conditions suspensives. Il conviendra de déterminer si la consultation du CSE doit intervenir antérieurement ou postérieurement à la signature de la lettre d'intention (ou « *letter of intent* » [LOI]). En principe, cette consultation doit intervenir sur « un projet, même formulé en termes généraux [...] lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté » (Soc. 12 nov. 1997, n° 96-12.314 P). Appliquée à la lettre d'intention, la jurisprudence de la Cour de cassation imposerait de distinguer

la LOI se limitant à organiser les discussions entre le cédant et le cessionnaire et celle renfermant un engagement défini des parties. Le rôle du conseil en droit social est d'intercaler le calendrier de consultation à celui de l'opération ainsi que de veiller à ce que le CSE dispose dès le début de la procédure d'une information lui permettant de rendre un avis éclairé afin d'éviter des demandes complémentaires d'informations qui retarderaient le processus.

Les représentants du personnel ont également un intérêt à connaître les règles du droit des sociétés afin de pouvoir exercer pleinement leurs attributions. Ils disposent, en effet, de prérogatives empruntées au droit des sociétés. Ils assistent aux séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance avec une voix consultative, disposent de la même information que celle des commissaires aux comptes, soumettent des vœux au conseil d'administration ou de surveillance qui doit y répondre, peuvent demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence ou encore requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées³⁶. La plupart des manuels de droit des sociétés intègrent aujourd'hui un chapitre consacré au rôle du CSE au sein des sociétés anonymes³⁷. Or ces prérogatives sont parfois sous-exploitées des juristes en droit social appelés à conseiller des organisations syndicales ou des représentants du personnel.

☆☆☆

Il est essentiel pour tout juriste en droit social d'avoir conscience que la spécialisation est utile mais qu'elle ne doit pas se faire au détriment d'une compréhension du droit commercial et plus largement d'une compréhension globale des systèmes juridiques français et européen qui entrent désormais constamment en interaction. À défaut de réaliser cet effort, nous pouvons craindre que la prédiction de ceux qui annoncent que l'intelligence artificielle supplantera le juriste ne se réalise. Mais le pire n'est pas toujours certain...

³⁵ V. B. Fages, Consécration de la faute séparable de l'associé, Bull. Joly 2014, 382.

³⁶ Y. Pagnerre, La faute de la société mère : des divergences à surmonter, JCP S 2014, act. 436, libres propos.

³⁷ La chambre sociale de la Cour de cassation a en tout état de cause exclu la compétence des conseils de prud'homme : Soc. 13 juin 2018, n° 16-25.873, D. 2018, 1308 ; Rev. sociétés 2018, 740, note A. Courret.

³⁸ C. trav., art. L. 2315-3, al. 2 : « Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur ».

³⁹ C. trav., art. L. 2312-72 s.

⁴⁰ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 31^e éd., LexisNexis, 2018, 478 s. ; P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2018, p. 382 s. ; Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, Sociétés commerciales 2018-2019*, 22^e éd., coll. « Précis », Dalloz, 2018, p. 682 et 683 : CSE traité comme l'un des « organes de contrôle » de la société anonyme.