



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° S 22-12.201	
Décision attaquée : 19 février 2021 de la cour d'appel de Toulouse	

Mme [O] [J] C/ La société Fram	
Yves Gambert, avocat général	AVIS complémentaire de l'avocat général

Audience de formation mixte du 19 juin 2025

Les développements du présent avis complémentaire remplacent l'exposé figurant au rapport initial concernant le premier moyen.

Concernant le second moyen, l'avis initial (RNSM) est maintenu.

Faits et procédure

Le groupe Fram exerce une activité de voyageur, dite encore de « Tour Operator ».

Le 25 novembre 2015, dans le cadre d'une procédure collective, le tribunal de commerce a ordonné la cession des sociétés du groupe Fram (Voyages Fram, Fram Agences, Plein Vent et Fram Nature) à la société VOYAGES INVEST.

La société VOYAGES INVEST, constituée pour les besoins du rachat et dont le capital social était détenu par le fonds professionnel de capital investissement (FPCI) White Knight VIII, est alors devenue la société holding du nouvel ensemble.

Par la suite la société FRAM SAS s'est substituée à VOYAGES INVEST.

Avant de procéder à cette nouvelle acquisition, le fonds professionnel de capital investissement (FPCI) White Knight VIII avait déjà effectué des investissements dans

d'autres sociétés appartenant au même secteur d'activité, dont le groupe Karavel Promovacances pour la totalité du capital social.

Le FPCI White Knight VIII était géré par une société de gestion de portefeuille : la société LBO France.

Madame [J] a été engagée par la société Voyages FRAM en qualité d'employée du service administratif le 30 octobre 2002. En dernier lieu, elle y exerçait en qualité de responsable service relation clients, groupe F, statut cadre.

Au cours de l'année 2016, en raison des difficultés économiques persistantes l'employeur a procédé à une réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Il a restructuré l'activité du service relation clientèle (SRC) qui était sous la responsabilité de Mme [J] ce qui entraînait corrélativement la suppression de ce poste.

Le 2 décembre 2016, Madame [J] a été convoquée à un entretien préalable à son licenciement pour motif économique, elle a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle le 31 décembre 2016.

Le 21 mars 2017, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes et a contesté le fondement économique du licenciement.

Par jugement du 12 juillet 2018, le conseil de prud'hommes de Toulouse a débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 19 février 2021, la cour d'appel a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

Pourvoi

Le demandeur au pourvoi souligne que : - le FPCI White Knight VIII, détenteur de 100% du capital de la société holding FRAM SAS, détient également le capital de la société Charles, holding de la société Karavelle ;

- que ce fonds est géré par la société de gestion de portefeuille LBO France qui détient les droits de vote attachés aux capitaux placés dans le FPCI en sa qualité de mandataire.

Il en déduit, au visa de l'article L. 233-3-I 3° du code de commerce , que la disposition de 100 % des droits de vote dans l'ensemble de ces sociétés par la société de gestion suffit à caractériser entre elles l'existence d'un groupe.

Question

La question posée par le premier moyen du pourvoi porte sur la définition du périmètre du groupe à retenir pour apprécier l'existence de difficultés économiques.

Si la question du périmètre du groupe et la détermination de l'entreprise dominante est ici posée à propos de l'appréciation du motif économique d'un licenciement individuel, elle est susceptible de se poser également quant à l'appréciation du périmètre de reclassement en matière de licenciement pour motif économique et de licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Discussion

La réorganisation d'une entreprise pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut constituer une cause économique de licenciement.

Dans cette hypothèse, l'appréciation des difficultés économiques de l'entreprise nécessite de déterminer le périmètre dans lequel s'inscrit la décision de restructuration et les licenciements économiques consécutifs.

La loi et la jurisprudence distinguent deux cas de figure :

1- l'entreprise ne fait pas partie d'un groupe , alors les difficultés économiques s'apprécient au niveau de l'entreprise dans son ensemble et non pas au niveau de l'établissement dont la fermeture est décidée (Soc. 26/02/2013, n° 11-22.265) ;

2- l'entreprise appartient à un groupe, alors les difficultés économiques s'apprécient au niveau du groupe, notion dont il faut fixer les limites.

Avant les ordonnances de 2017, le législateur ne décrivait pas la notion de groupe servant de cadre à l'appréciation du motif économique de licenciement.

Dans une série d'arrêts rendus le 16 novembre 2016 (n° 15-15.287), la chambre sociale a précisé que : « *la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient . Le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est 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* ».

Au cas présent, c'est à la lumière de cette jurisprudence qu'il convient de trancher le litige.

Pour mémoire, nous rappelons que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, a consacré cette jurisprudence tout en restreignant le périmètre, en matière de licenciement économique, aux entreprises implantées sur le territoire national.

Dans la rédaction issue de cette ordonnance actuellement en vigueur, l'article L. 1233-3 alinéa 4 dispose que : « *Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante 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.* » .

Cette formulation reprend la définition du groupe qui figure au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, disposition relative au comité de groupe .

La configuration d'un groupe suppose donc la réunion :

- d'une entreprise dominante

et

- des entreprises qu'elle contrôle sur lesquelles elle exerce une influence dominante.

En l'espèce, pour déterminer si nous sommes en présence d'un groupe et en délimiter le périmètre, il faut au préalable examiner les caractéristiques juridiques du fonds

professionnel de capital investissement (FPCI) White Knight VIII et de la société de gestion de portefeuille LBO France.

- I - Etude préalable

I-A La forme juridique des Fonds Professionnel de Capital Investissement (FPCI)

Le fonds White Knight VIII est un fonds professionnel de capital investissement (FPCI) régi par les articles L. 214-159 et suivants du code monétaire et financier (CMF) .

Les FPCI (Fonds Professionnel de Capital Investissement) sont des solutions de placements en private equity, réservées aux investisseurs avertis ou professionnels, en mesure d'investir au moins 100 000 €.

Ils constituent des placements collectifs de la catégorie des fonds d'investissement alternatifs (FIA) et permettent d'investir dans les entreprises non cotées, en France et à l'étranger.

Les FPCI bénéficient d'une grande souplesse de création et de gestion qui leur permet de maximiser leur rendement, mais en fait également un investissement à risque.

Les textes applicables se déclinent de la façon suivante :

I-A.1 L'article L. 214-24 du code monétaire et financier indique :

« I. – Les fonds d'investissement relevant de la directive 2011/61/ UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011, dits " FIA " :

1 ° Lèvent des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, dans l'intérêt de ces investisseurs, conformément à une politique d'investissement que ces FIA ou leurs sociétés de gestion définissent ;

2 ° Ne sont pas des OPCVM.

Lorsque le FIA ne délègue pas globalement la gestion des capitaux levés, et sous réserve des dispositions du dernier alinéa du II et des dispositions des 2 °, 3 ° et du dernier alinéa du III du présent article, du second alinéa du III de l'article L. 532-9 et du I de l'article L. 214-167, il doit remplir les conditions applicables aux sociétés de gestion de portefeuille et respecter les dispositions applicables à ces sociétés.

II. – Sont régis par la présente section :

1 ° Les FIA ouverts à des investisseurs non professionnels régis par la sous-section 2 ;

2 ° Les FIA ouverts à des investisseurs professionnels régis par la sous-section 3 ;

(NB : la sous section 3 concerne les fonds professionnels de capital investissement)

3 ° Les fonds d'épargne salariale régis par la sous-section 4 ;

4 ° Les organismes de titrisation ou de financement régis par la sous-section 5.

Lorsqu'une société de gestion de portefeuille gère un ou plusieurs FIA relevant des 1 ° à 4 ° du présent II dont la valeur totale des actifs, combinée avec les autres actifs qu'elle gère et calculée conformément à l'article 2 du règlement délégué (UE) n ° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012 est inférieure aux seuils mentionnés au IV de l'article L. 532-9, ces FIA n'appliquent pas les dispositions des paragraphes 1,3,4 et 5 de la sous-section 1 et leur société de gestion est soumise aux obligations d'information prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Leur société de gestion de portefeuille peut choisir de soumettre ces FIA aux dispositions des paragraphes 1 à 5 de la sous-section 1.

III. – Les FIA qui ne sont pas mentionnés au II sont appelés : " Autres FIA ". (.....) »

I-A.2 L'article L. 214-159 du code monétaire et financier (sous section 3) précise :

« I. – Sauf dispositions contraires, les fonds professionnels de capital investissement sont des fonds de capital investissement régis par les articles L. 214-27 à L. 214-32-1.

II. – Les fonds professionnels de capital investissement prennent la forme soit de fonds communs de placement, soit de sociétés d'investissement à capital variable dénommées " sociétés de capital investissement ".

Les articles L. 214-24-29 à L. 214-24-33, à l'exception du troisième alinéa de l'article L. 214-24-29 et des 1 ° et 9 ° de l'article L. 214-24-31, sont applicables à la société de capital investissement.

*Les dispositions applicables au règlement et aux parts du fonds professionnel de capital investissement sont applicables aux statuts et aux actions de la société de capital investissement .
».*

Au cas présent , le FPCI White Knight VIII a pris la forme d'un fond commun de placement.

I-A.3 Au sujet des fonds communs de placement, l'article L. 214-24-34 du code monétaire et financier (dans sa version applicable au litige) énonce :

« Sous réserve de l'article L. 214-24-41 , 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.

Les parts peuvent être admises aux négociations sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation dans des conditions fixées par décret. »

I-A.4 l'article L. 214-24-35 du code monétaire et financier (dans sa version applicable au litige) ajoute :

« Le fonds commun de placement est constitué à l'initiative d'une société de gestion, qui en assure la gestion. Cette société établit le règlement du fonds.

La souscription ou l'acquisition de parts d'un fonds commun de placement emporte acceptation de son règlement. »

I-A.5 Conclusion

Alors que la société d'investissement à capital variable (SICAV) est constituée sous forme de société, il résulte des textes précités que le fond commun de placement (FCP) 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

Pour la doctrine (Storck BJS 2022 n° 12 p. 6) , l e FCP est une copropriété sui generis dans laquelle les porteurs de parts sont désignés comme les « copropriétaires » desdits actifs (art. L. 214-24-37 du code monétaire et financier).

« Du côté des copropriétaires souscripteurs de parts, c'est une copropriété sans pouvoirs : un souscripteur n'a aucun droit sur les instruments financiers détenus en portefeuille et n'est pas considéré comme ayant les attributs reconnus à un copropriétaire de valeurs mobilières. Les souscripteurs n'ont pas la qualité d'actionnaires à raison des actions détenues par le FCP, ils n'ont aucun droit à l'égard des sociétés dans lesquelles des participations sont prises par le FCP. Il n'existe pas de rapport juridique direct entre les porteurs de parts d'un fonds commun de placement et les sociétés émettrices dont les titres composent l'actif du fonds.

Chaque porteur de parts n'est pas propriétaire d'un certain nombre d'instruments financiers qui figurent à l'actif du FCP, il est copropriétaire de cet actif à hauteur de sa participation dans le fonds. Par voie de conséquence, ce n'est pas l'un ou l'autre des porteurs de parts, mais bien leur collectivité, qui est actionnaire de la société, cible d'investissement (. ..)

Le FCP n'a pas un patrimoine, il est un patrimoine (...)

En outre, les porteurs de parts n'ont pas leur mot à dire dans le fonctionnement du FCP : ils ne sont pas titulaires des droits politiques des associés . »

- B - Les sociétés de gestion de portefeuille (la société LBO France)

B-1 Les textes

L'article L. 321-1 du code monétaire et financier classe la gestion de portefeuille pour le compte de tiers parmi les services d'investissement portant sur les instruments financiers que sont les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

Aux termes de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier (dans sa version applicable au litige) :

« I. – Les sociétés de gestion de portefeuille sont les entreprises d'investissement qui fournissent, à titre principal, le service d'investissement mentionné au 4 de l'article L. 321-1 ou qui gèrent un ou plusieurs :

1 ° OPCVM ;

2 ° FIA ;

3 ° OPCVM de droit étranger agréés conformément à la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 ;

4 ° FIA de droit étranger relevant de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 ;

5° " *Autres placements collectifs* ".

[.....]

II. – Les sociétés de gestion de portefeuille sont agréées par l'Autorité des marchés financiers.

[.....] ».

Les annotations figurant sous l'article L. 321-1 du code monétaire et financier (édition Dalloz) sur la gestion de portefeuille, précisent que l'activité du prestataire consiste à administrer et à disposer des instruments qui composent un portefeuille, pour le compte de tiers avec toute latitude, mais dans le respect de l'objectif assigné.

Le commentaire ajoute que la loi reconnaît deux types de gestionnaire : - d'une part, la gestion individuelle (dite aussi gestion sous mandat ou gestion discrétionnaire), qui est le fait pour un professionnel de gérer le portefeuille de chacun de ses clients de manière autonome,

- d'autre part, la gestion collective qui se fait par l'intermédiaire des organismes de placement collectif (OPC) ou des fonds d'investissement alternatifs (FIA).

Si on se réfère à l'article D. 321-1, 4° du code monétaire et financier on remarque que cet article n'envisage que la gestion individuelle de portefeuille et n'envisage pas la gestion collective. La gestion collective fait l'objet d'une réglementation qui lui est propre et ne relève pas de la directive MIF 2.

La réglementation des sociétés de gestion de portefeuille de FIA figure aux articles 316-1 à 320-24 et suivants du règlement général de l'AMF.

L'article L. 533-22 du code monétaire et financier, issu de l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013, énonce que « *les sociétés de gestion exercent les droits attachés aux titres détenus par les [fonds] qu'elles gèrent dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts de ces [fonds] 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.* »

B-2 Conclusion

- La gestion des FPCI relève donc de la gestion collective.

- Le FPCI White Knight VIII a pris la forme d'un fond commun de placement, il n'a donc pas la personnalité morale.

- Il est représenté par la société de gestion.

Cette représentation d'origine légale est fondée sur un mandat conçu en termes généraux et complété par un mandat conférant à la société de gestion d'un FCP le pouvoir d'agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts.

- La société de gestion ne possède aucune part du capital de la société comprise dans le portefeuille du FPCI, elle n'est pas personnellement actionnaire des sociétés dans

lesquelles l'actif du fonds est investi ([Com. 11/10/2023, n° 21-24.776](#)).

- La société de gestion exerce les droits attachés aux titres détenus par ces fonds dans l'intérêt des porteurs de parts.

- II - Le périmètre du groupe : la détermination de l'entreprise dominante et la notion de contrôle

Pour apprécier la cause économique du licenciement, puisque le périmètre du groupe à prendre en considération est « *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 que selon l'article L. 2331-1 du code du travail l'existence d'un groupe est subordonnée à la présence d'une entreprise dominante qui contrôle les autres entreprises qui le composent, il faut définir la notion d'entreprise dominante et celle de contrôle.

- II - A L'entreprise dominante

Les dispositions de l'article L. 2331-1 du code du travail, relatives au comité de groupe, sont inchangées depuis 2008.

Ce texte, qui subordonne l'existence d'un groupe à la présence d'une entreprise dominante, doit être lu à la lumière des articles qui le suivent en particulier de l'article L. 2331-4 du code du travail qui exclut de la notion d'entité dominante certaines entreprises en fonction de leur forme sociale : « *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.* »

Les entreprises mentionnées aux points a et c de l'article 3, auxquels renvoie l'article L. 2331-4 du code du travail pour leur dénier la qualification d'entreprise dominante sont ainsi désignées :

« 5. Une concentration n'est pas réputée réalisée :

a) lorsque des **établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances** , dont l'activité normale inclut la transaction et la

négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote

attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition ; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements

ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti ;

(...)

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 (1), **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 directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 est désormais abrogé, mais il a été repris à droit constant par l'article 2, paragraphe 15, de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du juin 2013 qui dispose que les entreprises de participation financière se définissent comme : « **les entreprises 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 entreprises s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des droits que les entreprises de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires** ; ».

En conclusion , il découle de ce texte que les sociétés de gestion de portefeuille, qui ne peuvent pas être qualifiées d'établissements de crédits, d'établissements financiers ou de sociétés d'assurance, sont en revanche des entreprises de participation financière et qu'elles sont, à ce titre, expressément exclues de la catégorie des entreprises dominantes désignées par l'article L. 2331-1 du code du travail sauf à démontrer qu'elles s'immiscent dans la gestion des entreprises dont elles gèrent les actifs .

En d'autres termes, l'entreprise de participation financière échappe à la qualification d'entreprise dominante sauf si elle intervient dans la gestion des entreprises dont le capital est détenu par un fond commun de placement qu'elle gère.

Faisant application de ces dispositions, dans un cas où était discutée la détermination de l'entreprise dominante en vue de la mise en place d'un comité de groupe, la chambre sociale reprend les termes de l'article 2, paragraphe 15, de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du juin 2013 ([Soc. 14/11/2019, n° 18-21.723](#)).

Renvoyant à cet arrêt, il est indiqué au JurisClasseur Sociétés Traité (Fasc. 34-30 : Comité de groupe) que « *Le but de la règle est d'exclure de la notion d'entreprise dominante la holding qui n'a pas d'autre but que de prendre des participations dans des entreprises. Celle dont le comportement dépasse ce seul objectif en intervenant dans la gestion des filiales ne se comporte pas, à strictement parler, comme une société holding mais comme une société mère. Elle doit alors est considérée comme l'entité à partir de laquelle sont définies les frontières du groupe.* »

Appliquant le même raisonnement, dans un cas où une personne physique détentrice des parts sociales de 14 sociétés, était recherchée comme « entreprise dominante » pour mettre en place un comité de groupe, la chambre sociale par un arrêt du 22 novembre 2023 a précisé que : « *si le contrôle sur les entreprises du groupe, exercé dans les conditions définies notamment aux I et II de l'article L. 233-3 du code de commerce, peut émaner d'une personne physique, cette personne physique peut être qualifiée d'entreprise dominante au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail, à la condition que les droits*

de vote attachés aux participations ne soient pas exercés, notamment par la voie de la nomination des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises dans lesquelles sont détenues les participations, que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et que la personne physique, détentrice de tout ou partie du capital, s'immisce directement ou indirectement dans la gestion des entreprises du groupe. » ([Soc.22/11/2023, n°22-19.282](#)).

Autrement dit, la personne juridique détentrice du capital social qui n'exerce les droits de vote attachés à ses participations que pour sauvegarder la pleine valeur de ses investissements, sans s'immiscer dans la gestion des entreprises dont elle détient les parts sociales, ne peut pas être qualifiée d'entreprise dominante.

En sus de la notion d'entreprise dominante, la détermination du périmètre du groupe à retenir pour apprécier l'existence de difficultés économiques conduit à s'interroger également sur la notion de contrôle des entreprises du groupe sous l'angle de l'immixtion dans la gestion directe ou indirecte des entreprises du groupe.

- II - B Le périmètre du groupe et la notion de contrôle par une entreprise dominante

1 - Les textes

Pour la définition du groupe, outre l'existence d'une entreprise dominante, l'article L. 2331-1. I du code du travail y associe le contrôle des entreprises du groupe par l'entreprise dominante dans les conditions définies par trois articles du code de commerce qui figurent dans un titre consacré aux dispositions communes aux diverses sociétés commerciales, sous le chapitre III intitulé « *Des filiales, des participations et des sociétés contrôlées* » :

- l'article L. 233-1 qui fait référence au critère de détention de la majorité du capital pour la définition de la filiale ;

- l'article L. 233-3 (I et II) qui définit le contrôle d'une société sur une autre par la détention de droits de vote dans les assemblées générales d'une société et prévoit :

« I.- Toute personne, physique ou morale, 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. 233-16 qui fait obligation pour les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises d'établir et de publier chaque année des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe.

2 - La doctrine

Sur le plan doctrinal, Mme Monsérié-Bon dans le JurisClasseur « Groupes de sociétés Traité – Fasc. 165-10 Filiales, participations et sociétés contrôlées. – Régime juridique » rappelle d'abord qu'en droit français le groupe de sociétés n'a pas la personnalité morale.

Sur la notion de contrôle, le même auteur précise :

« 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. 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. Or, différents textes régissant les sociétés visent ensuite l'une ou l'autre de ces définitions du contrôle pour appréhender le groupe de sociétés (J. Ph. Dom, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 : Rev. sociétés 2002, p. 1).

Ainsi, l'article L. 233-3 du Code de commerce sert de référence pour l'application par exemple, des dispositions sur les conventions réglementées dans les sociétés par actions et l'article L. 233-16 est lui utilisé comme référence notamment pour l'application des règles de cumuls des mandats ou pour le contrôle des rémunérations des dirigeants de sociétés. »

Dans les développements qui suivent, elle souligne que l'article L. 233-3 du Code de commerce distingue trois hypothèses de contrôle :

- le contrôle de droit prévu par les paragraphes 1° et 2° ;
- le contrôle de fait prévu par le paragraphe 3° ;
- le contrôle conjoint par le paragraphe 4°.

A propos de la situation de contrôle de fait qui est seule évoquée par le pourvoi dans le premier moyen, elle écrit :

« § 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. »

Toujours sur la notion de contrôle, M. Lecourt, dans la rubrique « Groupes de sociétés » du Répertoire Dalloz droit des sociétés, observe :

« Cette définition légale de l'article L. 233-3 du code de commerce ne constitue pas toutefois la clé de compréhension parfaite des groupes de sociétés. Sa portée est limitée puisqu'elle ne vaut, en réalité, que pour l'application des dispositions relatives aux notifications et informations sur les participations significatives (ce que l'on nomme les franchissements de seuils.) et pour l'examen des situations d'autocontrôle. C'est en ce sens que l'avait conçu la loi du 12 juillet 1985.

En effet, à l'origine, la notion de contrôle avait été mise au point non pas tant pour discerner l'existence d'un groupe de sociétés ou d'une cession de contrôle, mais plutôt dans le dessein de permettre la constatation des participations d'autocontrôle. Car, par ailleurs, ce sont des critères différents de ceux énoncés à l'article L. 233-3 du code de commerce qui prévalent en matière d'examen des comptes consolidés (C. com., art. L. 233-16). »

3- La jurisprudence européenne

Il n'existe pas de directive européenne concernant le licenciement économique individuel, cependant la CJUE s'est prononcée sur la notion « d'entreprise qui contrôle cet employeur » lors de l'examen d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs .

Par un arrêt du 08 août 2018 (aff. C-61/17, C-62/17 et C-72/17, Bichat), elle a dit pour droit que :

« L'article 2, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, doit être interprété en ce sens que la notion d'« entreprise qui contrôle cet employeur » vise toute entreprise liée à cet employeur par des liens de participation au capital social de ce dernier ou par d'autres liens juridiques lui permettant

d'exercer une influence déterminante dans les organes décisionnels de l'employeur et de le contraindre à envisager ou à procéder à des licenciements collectifs. »

Si la directive interprétée ne trouve pas application dans notre cas d'espèce qui concerne un licenciement économique individuel, l'arrêt fourni des indications sur la notion de contrôle par une entreprise. Pour motiver sa décision, la Cour indique en effet :

« 40 Dans ces conditions, il découle d'une interprétation de la genèse ainsi que de l'objectif de l'article 2, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 98/59, d'une part, que la notion d'«entreprise qui contrôle cet employeur » vise toute entreprise qui, en vertu de l'appartenance au même groupe ou d'une participation dans le capital social lui conférant la majorité des votes dans l'assemblée et/ou les organes décisionnels existant au sein de l'employeur, peut contraindre celui-ci à adopter une décision envisageant ou procédant à des licenciements collectifs.

41 En outre, il y a lieu de considérer comme rentrant dans cette notion également des situations dans lesquelles une entreprise, tout en n'atteignant pas la majorité des votes rappelée au point précédent, peut exercer une influence déterminante, au sens du point 31 du présent arrêt, laquelle s'exprime dans les résultats des votes dans les organes sociétaires, et cela en raison, notamment, d'un capital social dispersé de l'employeur, d'un degré de participation relativement bas des associés aux assemblées ou de l'existence de pactes entre associés au sein de l'employeur.

42 D'autre part, afin d'assurer la protection du principe de sécurité juridique, des critères purement factuels, tels que celui de l'existence d'un intérêt patrimonial commun entre l'employeur et l'autre entreprise ou celui de l'« intérêt propre bien compris de l'entreprise à satisfaire aux obligations d'information, de consultation et de notification prévues par la directive 98/59 », avancé par la Commission européenne dans ses observations écrites et orales, ne sauraient fonder l'existence d'une situation dans laquelle une entreprise contrôle l'employeur, au sens de l'article 2, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 98/59.

43 Par ailleurs, l'utilisation éventuelle de tels critères serait susceptible de contraindre une juridiction nationale de procéder à des recherches lourdes et au résultat aléatoire, telles que celles portant sur l'appréciation de la nature et de l'intensité des différents intérêts communs aux entreprises concernées, ce qui pourrait porter atteinte audit principe de sécurité juridique.

44 En outre, il est constant qu'une simple relation contractuelle, dans la mesure où une telle relation ne permet pas à une entreprise d'exercer une influence déterminante sur les décisions de licenciement prises par l'employeur, ne saurait être jugée suffisante pour établir une relation de contrôle, au sens de l'article 2, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 98/59.

Il ressort de ces développements, que la CJUE relie droit de vote et participation au capital social, elle admet bien sur que le contrôle ne nécessite pas de détenir la majorité du capital mais ne semble pas avoir envisagé la possibilité de disposer du droit de vote sans posséder aucune part sociale.

4 - La jurisprudence interne

Sur la notion de contrôle par une société de gestion d'un fonds de placement à risque , la chambre sociale par arrêt du 20 mars 2019 ([Soc. 20/03/2019, n° 17-19.595](#)) rappelle

qu'une société de gestion d'un fonds commun de placement à risque qui ne détient pas directement ou indirectement une fraction du capital d'une société ne la contrôle pas : « *Selon l'article L. 233-3, I, 1 °, du code de commerce, auquel renvoie l'article L. 2331-1 du code du travail, 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.*

Une cour d'appel qui constate qu'il n'est pas établi qu'une société de gestion d'un fonds commun de placement à risque détient directement ou indirectement une fraction du capital d'une société holding, en déduit exactement que la société de gestion ne peut être considérée comme contrôlant, par application des dispositions combinées des articles L. 233-3, I, 1 °, et L. 233-4 du code de commerce, la filiale de la société holding ».

Certes, dans cet arrêt, la chambre sociale s'est prononcée au regard de l'article L. 233-3, I, §1 ° du code de commerce et non pas au visa du § 3 ° qui est invoqué par le présent pourvoi . Mais il faut observer que le moyen visait l'article L. 233-3, I et II , et qu'il soutenait que le contrôle par la société de gestion découlait de la conjugaison de la gestion du FCP et de l'exercice des droits de vote attachés aux parts de FCP En répondant comme elle l'a fait on peut déduire de l'arrêt de la chambre sociale que le contrôle suppose la détention du capital qui confère les droits de vote, que le seul exercice du droit de vote déconnecté de la détention du capital ne suffit pas à établir le contrôle de la société holding par la société de gestion au sens de l'article L. 233-3, I et II du code de commerce.

Commentant cet arrêt dans un article intitulé « Domination et soumission au sein du groupe de sociétés » (Droit Social 2019), Gilles AUZERO écrit :

« la société de gestion ne détient pas, en tant que telle, que ce soit directement ou indirectement, une fraction du capital d'une société lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales. Il n'en demeure pas moins vrai que c'est cette même société de gestion qui, à s'en tenir aux prescriptions légales, exerce les droits attachés aux titres détenus par un OPCVM (16). Or, dès lors que, comme en l'espèce, l'OPCVM détient 85 % des titres d'une société, on pressent intuitivement que l'exercice des droits de vote qui y sont attachés donne, au sein des assemblées générales, un pouvoir certain à la société de gestion.

Peut-on pour autant y discerner un contrôle d'une société sur une autre, au sens du code de commerce ? Cela est exclu dans les situations visées au 2 et 4 de l'article L. 233-3, ainsi que dans celle évoquée II de ce même article. Ainsi qu'il a été justement relevé, ces situations supposent « un lien en capital, aussi minime soit-il, entre la société contrôlante et la société contrôlée » (17).

Reste alors le 3 ° de l'article L. 233-3 du code de commerce, qui dispose qu'une personne morale 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 ». Ce texte, dont il faut relever qu'il n'était pas invoqué dans le litige soumis à la Cour de cassation, aurait-il pu fonder le contrôle de la société de gestion du fonds commun de placement sur la société Intergestion ? On remarquera qu'il n'est plus ici question d'une quelconque « détention » d'une fraction du capital de la société contrôlée. Il y a toutefois lieu de penser que le législateur a eu en vue la situation dans laquelle, sans détenir une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales d'une société, une personne morale peut déterminer les décisions de ces assemblées en raison, par exemple, de l'éparpillement des droits de vote .

On en revient dès lors encore et toujours à la détention d'une partie du capital ou, pour le dire autrement, au fait d'avoir la qualité d'associé .

En outre, et ainsi que l'ont relevé certains auteurs, il ressort 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 (.) » (18). Et ces mêmes auteurs d'ajouter que « 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» (19).

On remarquera toutefois qu'évoquer la « détention » de droits de vote n'a guère de sens. Ce qui est détenu, ce sont des titres sociaux auxquels sont attachés des droits de vote qui sont exercés en assemblée générale. Partant, il n'est pas incongru de considérer qu'une personne peut tout à fait « disposer » de droits de vote sans «

détenir » une fraction de capital.

Au total, seules les dispositions du 3° de l'article L. 233-3 du code de commerce peuvent être sollicitées afin d'admettre un contrôle déconnecté de toute participation au capital de la société contrôlée. Il reste désormais à savoir si la jurisprudence acceptera qu'il en soit ainsi avec, à la clef et nous y revenons, le risque que cette interprétation ne fasse pas l'unanimité parmi les juridictions concernées. »

Conclusion

La sécurité juridique suppose la clarté du droit, elle doit conduire à adopter une seule définition de la notion de groupe en droit social.

La notion d'entreprise dominante conditionne l'existence d'un groupe.

En application de l'article L. 2331-1 du code du travail et de l'article L. 233-3 du code de commerce, l'entreprise dominante doit être dotée de la personnalité juridique. Le fonds commun de placement n'a pas la personnalité morale (L. 214-24-34 du CMF), il est exclu qu'il puisse être qualifié d'entreprise dominante.

En application des textes du code du travail consacrés au comité de groupe, les sociétés de gestion sont, elles aussi, expressément exclues de la catégorie des entreprises dominantes. Il s'agit là d'un principe qui reflète la vocation essentiellement financière de la société de gestion. La logique d'une entreprise de participation financière n'est pas industrielle ou commerciale.

Dans une perspective financière et par intérêt patrimonial, une société de gestion peut souhaiter investir, à travers un fonds commun de placement dont elle assure la gestion, dans des entreprises aux activités concurrentes ou complémentaires. Pour autant, en exerçant les droits de vote attachés aux titres possédés, la société de gestion n'a pas vocation à déterminer les orientations industrielles ou commerciales, à intervenir dans la gestion économique et sociale, à diriger les entreprises dont le capital est détenu par le fonds commun de placement. Elle n'exerce pas un pouvoir effectif dans le fonctionnement de l'entreprise.

Par ailleurs, la société de gestion n'a pas la qualité d'actionnaire. Elle ne détient pas les droits de vote, elle les exerce en vertu d'un mandat dans l'intérêt exclusif des porteurs de parts selon les termes de l'article L. 533-22 du code monétaire et financier.

S'il existe des actions sans droit de vote, en revanche le droit de vote n'existe pas par lui-même, il est attaché aux titres sociaux et permet aux associés d'exprimer leur volonté à proportion de leur participation dans le capital social. En cas de démembrement des droits sociaux il appartient au nu propriétaire sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier .

Le contrôle d'une société sur une autre par la détention de droits de vote dans les assemblées générales ne peut pas être déconnecté de la détention du capital. La situation de contrôle de fait prévue par l'article L. 233-3.I§3° du code de commerce envisage le cas des actionnaires minoritaires qui parviennent à exercer une influence déterminante en raison de la dispersion du capital social ou de la faible participation d'une partie des actionnaires aux assemblées générales.

En vertu de la seule disposition du droit de vote dans les assemblées générales, on ne peut parler de contrôle que si la société de gestion s'est immiscée dans la direction de l'entreprise au point d'exercer une influence déterminante susceptible par exemple de contraindre l'employeur à prendre des mesures de licenciement pour motif économique.

Ce n'est donc que par voie d'exception, s'il est démontré que par un usage abusif des droits de vote la société de gestion s'est immiscée dans la conduite de l'entreprise dont les titres sont détenus par les fonds qu'elle gère, que l'on pourrait admettre que la société de gestion puisse être qualifiée d'entreprise dominante exerçant un contrôle sur les entreprises dont les titres sont détenus par les fonds qu'elle gère.

Au cas présent

Le fonds White Knight VII, dépourvu de personnalité morale, ne peut pas être qualifié d'entreprise dominante.

La société de gestion LBO France ne détient aucune part du capital de [M] SAS, elle n'est pas associée et n'est donc pas titulaire des droits attachés aux actions, elle ne fait qu'exercer les droits de vote qui y sont attachés et il n'est pas soutenu qu'elle s'est immiscée dans la direction de l'entreprise FRAM. En conséquence, elle n'a pas la qualité d'entreprise dominante exerçant un contrôle sur la société FRAM SAS dans laquelle elle a investi les fonds confiés par ses clients.

Je conclus au rejet du pourvoi.

Avis de rejet