



**AVIS DE Mme GRIVEL,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 164 du 11 février 2026 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-18.886

Décision attaquée : 13 juin 2024 de la cour d'appel de Chambéry

Les sociétés [O] et In Visio

C/

M. [D] [L]

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.

Renvoyant au rapport pour un exposé plus complet des faits et de la procédure, rappelons simplement ici que le salarié, employé depuis 2010 par la société [O] en qualité d'assistant commercial et marketing, puis, à compter de 2016 par la société In Visio, ayant le même dirigeant, par contrat à temps partiel en qualité de responsable marketing, a été licencié en 2020 par la première société pour cessation d'activité et a signé une rupture conventionnelle avec la seconde en 2021. Soutenant avoir travaillé officiellement exclusivement pour la société In Visio à compter de 2016, il a saisi la juridiction prud'homale pour contester son licenciement et les conditions d'exercice de son contrat et a été débouté de l'ensemble de ses demandes en première instance.

Le pourvoi principal des employeurs fait grief à l'arrêt partiellement infirmatif de les avoir respectivement condamnés au titre, dans son premier moyen, d'une indemnité pour travail dissimulé, dans le deuxième moyen, de dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement, et dans le troisième, d'un rappel de salaire et de congés payés afférents. Mes observations se limiteront au premier moyen, les deuxième et troisième n'appelant pas d'autres remarques ni réponse que le rejet non spécialement motivé proposé au rapport.

Le moyen unique du pourvoi incident du salarié reproche quant à lui à l'arrêt attaqué d'avoir dit son licenciement pour motif économique fondé. Seule sa seconde branche fera l'objet d'observations, la première n'appelant pas d'autre réponse que le rejet non spécialement motivé proposé au rapport.

I. S'agissant du premier moyen du pourvoi principal en quatre branches

Il reproche à l'arrêt d'avoir condamné la société In Visio au paiement de l'indemnité pour travail dissimulé, en retenant l'existence d'un prêt de main-d'œuvre illicite :

- 1) par des constatations inopérantes à caractériser que le salarié avait été mis par la société [O] à la disposition de la société In Visio, pour y travailler exclusivement à compter de 2016 sous la subordination de cette dernière, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 8241-1 du code du travail (*1^{re} branche*) ;
- 2) par des motifs contradictoires en affirmant que l'intéressé était le seul salarié de la société [O] entre 2017 et 2019 tout en ajoutant que M. G. disposait dans la même période de contrats de travail à temps équivalent dans les deux sociétés, en violation de l'article 455 du code de procédure civile (*2^e branche*) ;
- 3) sans caractériser que les prestations fournies à la société In Visio par la société [O] consistaient exclusivement en la fourniture de son personnel, privant une nouvelle fois sa décision de base légale au regard de l'article L. 8241-1 (*3^e branche*)
- 4) sans caractériser ni que le salarié était placé pour la totalité de son temps de travail sous la subordination exclusive de la société In Visio, ni l'intention de celle-ci de dissimuler la totalité des heures effectuées par le salarié, lesquelles étaient par ailleurs rémunérées et déclarées par la société [O], privant enfin sa décision de base légale au regard des articles L. 8221-5 et L. 8223-1 du code du travail (*4^e branche*).

Une première observation s'impose : la cour d'appel, en concluant que le salarié avait « *été mis à disposition de la SAS In Visio par la SARL [O] de façon illicite en plus de son contrat de travail de 4 heures par semaine de manière intentionnelle, le travail dissimulé étant par conséquent constitué à l'encontre de la SAS In Visio* » (arrêt page 13, 6^e paragraphe), a déduit la caractérisation du travail dissimulé de la seule existence d'une situation de prêt de main d'œuvre illicite, alors que les textes, qu'elle a longuement rappelés, ne prévoient pas les mêmes conditions. Il faut donc en premier lieu voir comment les deux infractions, puisqu'il s'agit de délits, peuvent coexister, sans qu'on puisse parler de cumul puisqu'elles n'ont pas le même auteur, l'une étant le fait de la société prêteuse, l'autre de la société utilisatrice. On verra en second lieu si la cour d'appel a correctement caractérisé le travail dissimulé qu'elle retient comme fondement de la condamnation critiquée.

I. 1. L'article L. 8241-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, dispose que « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite* » et énumère les dérogations à ce principe, parmi lesquelles les opérations réalisées dans le cadre du travail temporaire. La loi du 28 juillet 2011 est venue ajouter dans un dernier alinéa qu'« *une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* », afin de s'opposer à la jurisprudence de la chambre qui retenait le caractère lucratif de l'opération pour l'entreprise prêteuse dès lors qu'elle se faisait rembourser les salaires et charges du salarié mis à disposition.

L'article L. 8241-2 ajoute, s'il en était besoin, que « *les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées.(...)* » et encadre ces opérations à but non lucratif en exigeant l'accord du salarié concerné, dans un avenant au contrat de travail, et une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice dont il précise le contenu, en organisant les conditions de la mise à disposition du salarié.

Le fait de procéder à une opération de fourniture illicite de main-d'œuvre en méconnaissance des dispositions de l'article L. 8241-1 du travail est constitutif du délit de prêt illicite de main d'œuvre visé à l'article L. 8243-1 du même code. En revanche, aucune sanction civile spécifique n'est prévue par ces textes, à l'inverse de ce qui existe pour le travail dissimulé.

Il ressort ainsi de l'article L. 8241-1 que pour que le prêt de main-d'œuvre soit considéré comme illicite, deux éléments cumulatifs doivent être constatés : le caractère lucratif du prêt de main-d'œuvre et l'exclusivité de son objet. L'opération a un but lucratif pour l'entreprise prêteuse lorsqu'elle facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, davantage que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés au salarié : c'est ce que précise, *a contrario*, le dernier alinéa du texte. Le prêt de main-d'œuvre a un

caractère exclusif dès lors que le seul objet du contrat conclu entre les deux entreprises est le prêt de personnel, souvent sous le couvert d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services. Il convient donc de rechercher la véritable nature de la convention existante entre les parties en fonction des circonstances de fait, d'examiner la finalité du prêt de main-d'œuvre. Ainsi, le caractère illicite du prêt du main-d'œuvre est établi si la convention a pour objet exclusif la fourniture de main-d'œuvre moyennant rémunération sans transmission d'un savoir-faire ou mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse (Soc. 9 juin 1993. Bull. n° 164 ; Soc. 8 avril 2009, n° 07-45.200 ; soc 3 mai 2012, n° 10-27.138 ; Soc., 22 novembre 2017, n°16-21.440), le salarié mis à disposition n'exerçant pas une activité spécifique distincte de celle de l'entreprise d'accueil (Crim., 8 juin 2010, Bull. n° 105).

C'est dans ce cadre que le critère du maintien ou non du lien de subordination avec l'entreprise d'origine du salarié est recherché depuis une jurisprudence très ancienne de la chambre criminelle, car l'entreprise prêteuse ne peut le transférer à l'entreprise cliente si la prestation du salarié relève de sa seule spécificité et non de l'activité de cette dernière : Crim., 7 février 1984, n°82-94.131, Bull. n°46 : « *Le prêt de main d'œuvre à but lucratif résulte de la mise à la disposition de l'utilisateur d'un certain nombre de salariés pour une durée déterminée, leur rémunération étant calculée en fonction de cette durée, du nombre et de la qualification des travailleurs détachés qui sont placés sous l'autorité de la seule entreprise utilisatrice. Le contrat d'entreprise a pour objet l'exécution d'une tâche objective, nettement définie, habituellement rémunérée de façon forfaitaire, le sous-entrepreneur conservant son autorité sur le personnel. Il appartient aux juges du fond, saisis de poursuites contre un employeur, du chef d'opération à but exclusivement lucratif de fourniture de main d'œuvre, en violation des dispositions du Code du travail, de rechercher, par l'analyse des éléments de la cause, la véritable nature de la convention intervenue entre les parties* » ; Crim., 23 juin 1987, n° 85-95.585, Bull. n° 263 : « *Le prêt de main-d'œuvre à but lucratif, que, seules, peuvent légalement pratiquer les entreprises de travail temporaire, est réalisé par la mise à la disposition de l'entreprise utilisatrice, pour une durée déterminée, de salariés dont la rémunération est calculée en fonction de cette durée, du nombre et de la qualification des travailleurs détachés, lesquels sont placés sous la seule autorité et sous la responsabilité de l'entreprise utilisatrice* ». Jurisprudence conforme à celle de notre chambre (soc 25 septembre 1990 D1990.IR.228 ; Soc., 17 juin 2005, n°03-13707, Bull n°205 ; Soc. 8 avril 2009 n° 07-45.200 ; Soc., 22 novembre 2017, n° 16-21.440 précité).

On comprend ainsi parfaitement le lien qui peut être fait entre le prêt de main-d'œuvre illicite et le travail dissimulé : car si le lien de subordination est transféré, de fait, à l'entreprise utilisatrice, celle-ci est donc tenue d'accomplir toutes les démarches incombant, de droit, à l'employeur, et notamment celles qui sont visées à l'article L. 8221-5 du code du travail, sous peine de se voir reprocher un travail dissimulé, ainsi que nous allons le voir.

D'où les trois premières branches du moyen qui, pour critiquer la condamnation sur le fondement d'un travail dissimulé, se fondent sur l'article L. 8241-1 relatif au prêt de main-d'œuvre illicite qu'elle a retenu dans son raisonnement.

S'agissant du travail dissimulé, et plus précisément du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié qui seul nous intéresse ici, rappelons que l'article L. 8221-5 du code du travail dispose notamment qu' « *est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur (...) 2° (...) de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli (...)* », l'article L.8223-1 accordant dans ce cas au salarié, en cas de rupture de la relation de travail, le droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. C'est donc tout l'enjeu du premier moyen.

Notons au passage que bien que l'adverbe *intentionnellement*, qui figure dans les trois paragraphes, n'ait pas été repris dans ce membre de phrase, -manifestement par inadvertance du législateur sur la construction de la phrase, tant la redondance du caractère intentionnel de la dissimulation (au demeurant déjà compris implicitement dans le terme même de dissimulation) est forte-, la chambre sociale ne fait pas de distinction avec les autres cas de travail dissimulé et exige toujours des juges du fond qu'ils caractérisent l'intention de dissimuler, qu'elle laisse certes à leur pouvoir souverain d'appréciation, comme pour toute intention, mais sans abandonner pour autant son contrôle de l'adéquation de leur motivation sur ce point, nous allons y revenir dans l'examen du moyen.

I.2. Les trois premières branches du moyen reprochent à la cour d'appel, on l'a vu, d'avoir insuffisamment caractérisé le prêt de main-d'œuvre illicite, la quatrième s'attachant et s'attaquant à la caractérisation du travail dissimulé. Le moyen vient ainsi critiquer dans chacune de ses branches les différentes conditions du prêt illicite de main-d'œuvre et du travail dissimulé : la première le transfert du lien de subordination, la deuxième, indirectement, le caractère lucratif du prêt (le différentiel des sommes n'étant pas le même selon que l'opération concernait un ou deux salariés), la troisième son caractère exclusif, et la dernière le caractère intentionnel de la dissimulation des heures effectuées par le salarié.

Mais **une seconde observation** s'impose à ce stade. Bien que soulevant un manque de base légale dans trois de ses branches, le moyen fait grief à l'arrêt de ne pas avoir caractérisé les différents éléments constitutifs du prêt illicite de main-d'œuvre : il devrait donc s'agir d'une violation de la loi. S'il se garde bien de lui reprocher de ne pas les avoir recherchés, c'est parce que les sociétés intimées ne contestaient nullement dans leurs conclusions d'appel le prêt illicite de main-d'œuvre, dont elles ne discutaient pas les éléments constitutifs. Comme le relève le mémoire en défense, en instaurant aujourd'hui une discussion sur l'existence de ceux-ci, le moyen est donc nouveau et mélangé de fait et de droit, partant irrecevable, puisqu'il ne peut être reproché à la cour d'appel de ne pas avoir procédé à une recherche qu'il ne lui était pas demandé de faire.

Reste donc uniquement la **quatrième branche**, les intimées s'étant contentées de dénier le caractère intentionnel de l'infraction de travail dissimulé, en l'absence de démonstration d'une intention coupable (conclusions d'appel p. 13).

A cet égard, il faut rappeler que la chambre sociale exige depuis 2002 la caractérisation d'un élément intentionnel à la dissimulation d'emploi salarié, laquelle constitue en effet une infraction pénale - même si la chambre criminelle peut sembler curieusement moins exigeante sur ce point, pour laquelle l'élément intentionnel de l'infraction peut se déduire de la seule constatation du non-accomplissement des obligations légales d'immatriculation et de déclaration aux organismes sociaux et fiscaux ou de mention de la totalité des heures effectuées (Crim.11 décembre 2001, n° 01-81.775 ; Crim.23 janvier 2007, n°06-82565 ; Crim., 28 mars 2017, n° 15-86.985).

Une lecture rapide de l'arrêt en question pouvait laisser penser que l'exigence de la chambre n'était pas différente de celle de la chambre criminelle : *“La dissimulation d'emploi salarié constituée, selon l'article L. 324-10, dernier alinéa, du code du travail, par la remise à un salarié d'un bulletin de salaire ne mentionnant pas toutes les heures de travail effectuées implique nécessairement le caractère intentionnel de cette dissimulation. C'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel rejette la demande en paiement de l'indemnité prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail, lorsque la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse de l'employeur n'est pas établie”* (Soc.21 mai 2002, bull n° 170).

La formule employée *“implique nécessairement”* était si ambiguë qu'on s'est alors demandé si elle signifiait que la caractérisation de l'intention frauduleuse était inutile puisqu'impliquée *“nécessairement”* par l'omission sur les bulletins de paie des heures de travail litigieuses. La chambre a donc réaffirmé le principe plus clairement dans son arrêt publié du 4 mars 2003 (*“La dissimulation d'emploi salarié prévue par le dernier alinéa de l'article L. 324-10 du code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué”*, n° 00-46906, bull n° 80) repris dans un arrêt du 29 octobre 2003, n°01-44940, n°268, qui retient qu'il n'y a pas d'intention lorsque l'omission résulte d'une erreur de rédaction.

Mais cette caractérisation par les juges du fond continuant à susciter un important contentieux, la chambre en a abandonné le contrôle par un arrêt du 19 janvier 2005, bull n°14, posant que *“La dissimulation d'emploi salarié prévue par le dernier alinéa de l'article L. 324-10 du code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué et les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une telle intention.”*

Il reste que ce pouvoir souverain d'appréciation laisse subsister un contrôle de l'adéquation de la motivation des juges du fond, ainsi que le principe de l'absence de *“matérialité”* des faits de travail dissimulé, ce qu'est venu rappeler un arrêt du 29 juin 2005, bull n° 222, selon lequel *“Le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les*

bulletins de paie. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui alloue à un salarié l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail au seul motif que des heures supplémentaires n'étaient pas mentionnées sur les bulletins de paie, un tel motif inopérant équivalant à une absence de motif."

C'est donc en ayant présent à l'esprit la subsistance de ce contrôle limité de motivation (cf. Soc.14 octobre 2009, n° 08-42310 ; Soc., 16 juin 2021, n°19-20.582) qu'il doit être répondu à la dernière branche.

Or, si l'arrêt est assez laconique sur l'élément intentionnel du travail dissimulé, il ressort néanmoins des constatations souveraines des juges du fond que le salarié a été mis à la disposition permanente de la société In Visio en plus des 4 heures prévues à son contrat de travail sans avenant à celui-ci, et ce, pendant près de quatre ans, si bien que la cour d'appel a ainsi fait ressortir que la dissimulation répétée des heures de travail réellement effectuées pour l'entreprise caractérisait bien l'intention de dissimulation. La dernière branche du premier moyen n'est donc pas fondée mais devra, à mon sens, faire l'objet d'un **rejet motivé**.

► **Le pourvoi principal sera ainsi rejeté dans sa totalité.**

II. S'agissant du moyen unique du pourvoi incident, pris en sa seconde branche

Si la première branche du moyen conteste vainement l'énonciation dans la lettre de licenciement de la cause économique du licenciement et n'appelle pas, à ce titre, d'autres observations que celles figurant au rapport, la seconde branche, elle, reproche à la cour d'appel d'avoir dit, pour l'appréciation du périmètre de l'obligation de reclassement, que les deux sociétés ne formaient pas un groupe, en violation de l'article L.1233-4 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 qui renvoie aux dispositions du code de commerce.

Au salarié qui invoquait expressément (pages 9 et suivantes des conclusions d'appel) les dispositions des articles L.1233-4 du code du travail et L. 233-3 du code de commerce auquel il renvoie, la cour d'appel a répondu (pages 7 et 9 de l'arrêt) par des motifs propres et adoptés (pages 5 *in fine* et 6 du jugement) qu'il n'existait aucun lien capitalistique ni d'influence dominante entre les deux sociétés malgré leur identité de dirigeant. Ce sont ces motifs qui sont attaqués par le moyen.

Rappelons que l'article **L. 1233-4 du code du travail**, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, dispose que « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont*

l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

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. »

Et l'article **L. 233-3 du code de commerce** dispose que :

« 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.

(....) »

On peut noter que le code de commerce ne définit pas la notion de groupe et se contente de cette description des cas de contrôle par une entreprise, à laquelle renvoient non seulement les articles relatifs au reclassement (article L.1233-4 qui nous occupe mais aussi L.1226-2 pour le salarié inapte) mais de nombreux autres textes du code du travail, notamment ceux relatifs à l'appréciation du motif économique du licenciement (L.1233-3) et de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi (ancien article L.1235-10 alinéa 2 avant sa modification par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 puis L.1233-57-3) ou à la constitution du comité de groupe (L. 2331-1) et au périmètre de la mission de l'expert-comptable saisi par le comité d'entreprise ou aujourd'hui le CSE pour l'exercice de son droit d'alerte économique (ancien article L. 2325-35, qui renvoie indirectement à L. 822-13 et L. 823-14 du code de commerce, lequel renvoie directement à L. 233-3).

Selon la doctrine¹, “ *En l'absence d'une définition légale générale, on peut dire que le groupe de sociétés est un ensemble de sociétés qui ont chacune leur existence juridique propre, mais qui se trouvent unies entre elles par des liens divers sur la*

¹ Lamy droit des sociétés n° 2104 et n° 2114.

base desquels l'une d'entre elles, habituellement qualifiée de société mère, exerce un contrôle sur l'ensemble, faisant ainsi prévaloir une unité de décision économique (cf. F. Lefebvre, MSC 2015, n° 79000 ; Jeantin, La notion de groupe de sociétés, Banque et droit hors-série, 1992, p. 6). Comme l'écrit ainsi le Pr Guyon, «il y a donc une nette opposition entre la situation de droit (indépendance des sociétés) et la situation de fait (convergence des objectifs et centralisation du pouvoir de décision).»

Ces idées essentielles de convergence d'intérêts et de contrôle au-delà d'une diversité de personnes juridiques transparaissent également dans la jurisprudence (cf. Cass. crim., 27 juin 1972, n° 72-91.608, JCP G 1973, II, n° 17335, observant qu'un groupe de sociétés à objet commercial et financier, connu sous un nom générique, est formé par une société dominante et par des sociétés qui dépendent étroitement d'elle, dans un intérêt commun, quelles que soient les formes juridiques extérieures de la société dominante et des sociétés dominées). »

« Le contrôle financier ne doit pas faire oublier les hommes ou les femmes qui occupent les postes clés. Comme l'écrit le Pr Chartier (Sociétés commerciales, p. 471), « le groupe se ramène parfois à une personne, un capitaliste qui, à travers un holding, dirige l'ensemble. » Par ailleurs, l'identité des dirigeants placés à la tête de certaines sociétés du groupe renforce naturellement l'exercice du contrôle.»

La chambre n'a pas eu à se prononcer encore sur la caractérisation d'un groupe de sociétés en tant que périmètre de l'exécution de l'obligation de reclassement, que ce soit d'un salarié déclaré inapte, depuis l'introduction du même renvoi aux dispositions commerciales dans l'article L.1226-2 du code du travail par l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, ou dans un licenciement pour motif économique.

En revanche, un arrêt de la chambre a fait application des dispositions de l'article L. 233-3 du code de commerce dans une hypothèse où le lien entre les sociétés du groupe était uniquement l'actionnaire, personne physique, qui contrôlait les deux entreprises, mais dans le domaine tout à fait différent du champ d'intervention de l'expert-comptable dont l'assistance a été décidée par le comité d'entreprise exerçant son droit d'alerte économique (Soc., 25 octobre 2017, n°16-10.278). La cassation prononcée au motif que le groupe était bien caractérisé dans cette hypothèse ne laisse pas de doute sur sa portée, et la solution est transposable à notre espèce.

D'autant que deux arrêts rendus précédemment (Soc., 21 septembre 2017, pourvois n°16-23.27 et autres, Bull n°149, et pourvois n°16-23224 et autres, avec le rapport) ont retenu la même définition du groupe contrôlé par une personne physique :

« Doit être cassé l'arrêt qui pour débouter les salariés de leurs demandes d'indemnité du fait de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi d'une société, retient que le seul fait qu'une personne physique était actionnaire majoritaire de cette société et des autres sociétés liées avec elle par des intérêts communs ne suffit pas à considérer qu'elles appartenaient à un même groupe au sens de l'article L. 1235-10 du code du travail, alors que la cour d'appel avait relevé que le dirigeant de la

société était directement ou indirectement actionnaire majoritaire de dix autres sociétés, en sorte que les conditions du contrôle effectif prévues par l'article L. 2331-1 du code du travail étaient remplies entre ces sociétés, peu important que ce contrôle soit assuré par une personne physique en qualité de dirigeant. »

La solution est d'autant plus intéressante que les dispositions de l'article L. 2331-1, si elles renvoient également à celles de l'article L. 233-3 du code de commerce, emploient le terme d'«entreprise », par opposition aux termes de « personne physique ou morale » de l'article L. 233-3, dont l'alternative, introduite par l'ordonnance n° 2015-76 du 5 décembre 2015 en remplacement du terme « société », a été soulignée par la doctrine, tout comme elle a salué le « réalisme juridique » de la jurisprudence (cf. le rapport sur ce point, pages 14 et 15). La question pouvait donc se poser de savoir si ce terme d'*entreprise* excluait les participations capitalistiques détenues par une personne physique. La solution identique adoptée à un mois d'intervalle avec celle précitée uniformise la notion de groupe, comme l'a fait également l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 juin 2021, n° 417940, cité au rapport, dans une espèce pareillement antérieure à la modification de l'article L. 233-3 auquel renvoie l'article L. 2331-1.

La cour d'appel ayant constaté que les sociétés [O] et In Visio avait le même dirigeant, qui détenait 70% du capital de la seconde et la majorité des droits de vote de la première (pages 4 et 5), la solution ne prête pas à discussion dans notre affaire par l'interprétation littérale qui doit être donnée à l'article L. 233-3 depuis sa nouvelle rédaction, dont la cour d'appel a fait fi.

► Je suis donc à la cassation sur la 2nde branche du moyen du pourvoi incident.