



**RAPPORT DE Mme LAPLUME,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

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 au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.

Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.

Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

Le présent rapport comporte des propositions de rejet non spécialement motivé des moyens du pourvoi principal et de la première branche du moyen unique du pourvoi incident.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [L] a été engagé le 10 juin 2010 par la société [O]. Il occupait en dernier lieu le poste d'assistant commercial et marketing.

Il a par ailleurs été engagé en qualité de responsable marketing le 10 février 2016 par la société In Visio, par contrat à temps partiel, à hauteur de 4 heures par semaine.

Le 11 août 2020, le salarié a été licencié par la société [O] pour motif économique.

Le 15 avril 2021, le contrat de travail entre le salarié et la société In Visio a fait l'objet d'une rupture conventionnelle.

Le 2 juin 2022, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes relatives à l'exécution et la rupture de son contrat de travail avec la société [O] et a appelé la société In Visio dans la cause.

Par jugement du 22 septembre 2022, le conseil de prud'hommes d'Annemasse a débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné aux dépens.

Par arrêt du 13 juin 2024, la cour d'appel de Chambéry a infirmé le jugement sauf en ce qu'il a dit le licenciement pour motif économique fondé. Statuant à nouveau sur les chefs d'infirmerie, elle a condamné la société In Visio à payer une certaine somme au salarié au titre du travail dissimulé, la société [O] à lui payer une autre somme au titre de dommages-intérêts pour irrégularité de procédure, et les deux sociétés in solidum à lui payer un certain montant à titre de rappel de salaires et congés payés afférents.

Pourvoi

Déclaration de pourvoi des sociétés In Visio et [O] : 12 août 2024

Mémoire ampliatif : 9 décembre 2024 (*article 700 du CPC* : 3 500 euros)

Mémoire en défense **portant pourvoi incident** : 10 février 2025 (*article 700 du CPC* : 3 500 euros)

2 - Proposition de rejet non spécialement motivé

2.1 - Pourvoi principal

La société In Visio fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié une certaine somme au titre du travail dissimulé, alors :

« 1°/ que constitue un prêt de main d'œuvre illicite toute opération ayant pour objet exclusif un prêt de main-d'œuvre à but lucratif ; qu'en l'espèce, il était constant que M. [L] était salarié à temps complet de la société [O] depuis le 10 juin 2010 et salarié à temps partiel de la société In Visio à raison de 4 heures par semaine depuis le 10 février 2016 ; que pour retenir un prêt de main d'œuvre illicite par mise à disposition du salarié auprès de la société In Visio, au-delà de son temps partiel, la cour d'appel s'est bornée à relever que l'activité de la société [O] avait commencé à péricliter dès 2016, qu'à compter de cette date, elle avait facturé à d'autres sociétés des missions commerciales et administratives réalisées par son personnel, que deux de ses salariés, MM. [A] et [B], attestaient avoir travaillé pour le compte de la société In Visio, et que les bilans 2017, 2018 et 2019 de la société [O] mentionnaient une mise à disposition de personnel lorsque MM. [L] et [B] étaient alors ses seuls salariés ; qu'en statuant ainsi, par des constatations impropres à caractériser que M. [L] 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, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8241-1 du code du travail ;

2°/ que la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ; qu'en affirmant qu'il ressortait des bilans, d'une part que M. [L] était le seul salarié de la société [O] entre 2017 et 2019, et d'autre part que dans la même période, M. [B] disposait de contrats de travail à temps équivalent dans la société [O] et la société In Visio, la cour d'appel s'est contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que constitue un prêt de main d'œuvre illicite toute opération ayant pour objet exclusif un prêt de main-d'œuvre à but lucratif ; que ne caractérise pas un prêt de main d'œuvre illicite la fourniture par une entreprise d'une prestation de service, assurée au moyen de son propre matériel et de son propre personnel placé sous sa direction, qui répond à un besoin de l'entreprise bénéficiaire, laquelle lui verse en contrepartie une rémunération forfaitaire ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats que la société [O] avait pour activité le négoce d'articles de sport, tandis que la société In Visio était spécialisée dans le design et la conception d'articles de sport, de sorte que si leurs activités étaient complémentaires, elles faisaient chacune appel à des compétences propres ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt qu'à compter de 2016, la société [O] avait facturé à d'autres sociétés des missions commerciales et administratives réalisées par son personnel ; qu'en retenant l'existence d'un prêt de main d'œuvre illicite, sans cependant caractériser que les prestations fournies à la société In Visio par la société [O] consistaient

exclusivement en la fourniture de son personnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8241-1 du code du travail ;

4°/ qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur, soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10 du Code du travail, relatif à la déclaration préalable à l'embauche, soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2 du même code, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre I de la troisième partie du Code du travail, soit encore de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales ; qu'un prêt de main d'œuvre illicite ne peut caractériser un travail dissimulé de la part de l'entreprise utilisatrice qu'à la condition que les salariés mis à disposition soient placés dans un lien de subordination à l'égard de l'entreprise utilisatrice et que cette dernière se soit intentionnellement abstenue de déclarer ces salariés ; qu'en l'espèce, pour condamner la société In Visio au paiement à M. [L] d'une indemnité pour travail dissimulé, la cour d'appel s'est bornée à affirmer que M. [L] avait été mis à disposition de la société In Visio par la société [O] en plus de son contrat de travail de quatre heures, de façon illicite ; qu'en statuant ainsi, 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 cette dernière de dissimuler la totalité des heures effectuées par M. [L], lesquelles étaient par ailleurs rémunérées et déclarées par la société [O], la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 8221-5 et L 8223-1 du code du travail. »

Réponse :

L'article L. 8241-1 du code du travail prévoit :

« Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite.

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :

1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;

2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;

3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1.

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. »

Les critères permettant habituellement de distinguer les opérations licites des opérations illicites de prêt de main d'œuvre sont le maintien ou non du lien de subordination avec l'entreprise d'origine du salarié (Soc., 25 septembre 1990, n° 88-19.856, Bull. n° 382 ; Soc., 17 juin 2005, n° 03-13.707, Bull. n° 205), le fait que la mise à disposition du salarié soit ou non à prix coûtant ou encore qu'elle soit forfaitaire ou au temps passé par le salarié mis à disposition (Soc., 25 septembre 1990, précité ; Soc., 17 juin 2005, précité ; Soc., 8 avril 2009, n° 07-45.200), le fait que le salarié mis à disposition exerce ou non une activité spécifique distincte de celle de l'entreprise bénéficiaire de son travail (Soc., 6 février 2008, n° 06-45.385 et al.) et qu'il lui apporte ou non un savoir-faire particulier (Soc., 9 juin 1993, n° 91-40.222, Bull. n° 164 ; Soc., 19 juin 2002, n° 00-41.156.)

L'étude de la jurisprudence de notre chambre révèle que lorsque plusieurs critères sont réunis, ils sont tous mentionnés, mais que les critères d'absence de transfert du lien de subordination et, en particulier, du pouvoir de direction sur le salarié mis à disposition, et d'apport d'un savoir-faire particulier ont un poids supérieur à celui des conditions financières pour que soit écarté le caractère illicite d'une mise à disposition et que, lorsque notre chambre n'en conserve qu'un, c'est celui de l'absence de transfert du lien de subordination qui l'emporte sur tous les autres, y compris celui d'apport d'un savoir-faire particulier (Soc., 17 février 2016, n° 15-12.262 ; ; Soc., 20 septembre 2017, n° 16-20.633 ; Soc., 22 novembre 2017, n° 16-21.440 ; Soc., 18 décembre 2019, n° 18-16.462 ; Soc., 4 mars 2020, n° 18-10.636, publié ; Soc., 24 mars 2021, n° 19-20.116 ; Soc., 16 novembre 2022, n° 21-19.494).

Le lien de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les éventuels manquements de son subordonné (Soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. n° 386 ; Soc., 12 juillet 2005, n° 03-45.394, Bull. n° 244 ; Soc., 28 avril 2011, n° 10-15.573, Bull. n° 100).

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail,
« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

Il incombe aux juges du fond de caractériser l'intention de dissimulation (Soc., 4 mars 2003, n° 00-46.906, Bull. n° 80 ; Soc., 29 octobre 2003, n° 01-44.940, Bull. n° 268 ; Soc., 19 janvier 2005, n° 02-40.085, Bull. n° 13 ; Soc., 28 février 2024, n° 21-24.894, 21-20.963), y compris en présence d'un prêt illicite de main d'œuvre (Soc., 14 avril 2010, n° 08-43.445 ; Soc., 16 juin 2021, n° 19-20.582).

L'appréciation du caractère intentionnel de la dissimulation relève du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 19 janvier 2005, n° 02-40.085, Bull., n° 13 ; Soc., 28 février 2024, n° 21-24.894, 21-20.963, précité), la chambre sociale contrôlant le caractère opérant des motifs retenus par les juges du fond pour caractériser le caractère intentionnel de l'abstention de l'employeur (Soc., 5 juin 2019, n° 17-23.228, publié ; Soc., 5 janvier 2022, n° 20-14.927).

En l'espèce, tout d'abord, contrairement à ce que soutient la première branche, en relevant d'une part que l'expert-comptable de la société In Visio attestait que « le personnel restant avait alors réalisé des missions commerciales et administratives pour d'autres sociétés » et qu'il apparaissait des exercices 2017, 2018 et 2019, une mise à disposition de personnel à la société In Visio, la cour d'appel a fait ressortir que l'ensemble des salariés de la société [O] avait été mis à disposition exclusivement à cette dernière et que l'intéressé travaillait en conséquence à plein temps pour celle-ci. La critique formulée par la deuxième branche, tirée d'une contradiction de motifs, porte donc sur des motifs surabondants.

Par ailleurs la cour d'appel, ayant par ailleurs constaté que les salariés mis à disposition étaient des commerciaux, que l'activité de la société [O] avait commencé à péricliter à compter de 2016, que les deux sociétés avaient le même dirigeant qui, à compter de cette même date, avait opéré une confusion entre le personnel des deux sociétés, que la société In Visio avait un objet social permettant d'opérer dans le même secteur d'activité que la société [O], que l'intégralité de la facturation client était faite sous l'entité In Visio/sports Visio, que le personnel utilisait la base de données clients In Visio pour la saisie administrative et que l'essentiel des

communications clients était faite sous l'identité [Email 1], a fait ressortir d'une part que la société [O] ne mettait à la disposition de la société In Visio aucune autre prestation que celle de ses salariés, ce qui d'ailleurs n'était pas contesté par la société [O] devant les premiers juges (3^{ème} branche) et d'autre part que ces salariés n'apportaient pas à de savoir-faire particulier à la société utilisatrice.

Ensuite, la cour d'appel ayant constaté également que la mise à disposition du salarié était à but lucratif, puisque le montant des sommes reversées en 2019 au titre des salaires était inférieur à celui facturé pour la mise à disposition du personnel et faisant ressortir enfin le transfert du lien de subordination entre les deux sociétés en raison du transfert par la société [O] au profit de la société In Visio de l'ensemble de son activité, a caractérisé une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif la fourniture de main d'œuvre (1^{ère} et 3^{ème} branches). Et ayant constaté de surcroît qu'aucune convention de mise à disposition entre les sociétés ni avenant au contrat de travail n'avaient été signés, la cour d'appel a également caractérisé l'intention de dissimulation de l'emploi du salarié (4^{ème} branche).

2-1.2 Deuxième moyen

La société [O] fait grief à l'arrêt de la condamner à verser au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour irrégularité de procédure alors « que l'octroi d'une indemnisation suppose l'existence d'un préjudice qu'il appartient aux juges de caractériser ; qu'en l'espèce, en affirmant que le non-respect du délai de cinq jours ouvrables entre la présentation au salarié de sa convocation à l'entretien préalable et la date de l'entretien constitue une irrégularité enracinant nécessairement un préjudice pour le salarié, pour accorder à M. [L] une indemnité représentant un mois de salaire, sans nullement caractériser le préjudice qu'il aurait subi du fait d'un délai de 4 jours ouvrables ayant séparé la réception de sa convocation le 27 juillet 2020 et la tenue de l'entretien le 31 juillet 2020, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1235-2 alinéa 5 du code du travail et 1147 devenu 1231-1 du code civil. »

Réponse :

Le moyen n'est pas fondé.

Les juges du fond justifient l'existence du préjudice par l'évaluation qu'ils en font (Soc., 28 février 2024, n° 22-11.494).

En l'espèce, la cour d'appel a relevé que le salarié se prévalait d'un préjudice consistant en l'impossibilité de se faire assister par un conseiller pendant l'entretien et dans les difficultés d'organisation familiale pour se rendre à la convocation au regard de la période de vacances scolaires et de crise sanitaire.

Ayant constaté le manquement de l'employeur tenant au défaut de respect du délai de 5 jours entre la première présentation de la lettre de convocation à l'entretien

préalable et la date effective de ce dernier, elle a retenu qu'il convenait de condamner l'employeur à lui verser la somme de 2 045,41 € à titre de dommages-intérêts, justifiant ainsi l'existence du préjudice par l'évaluation qu'elle en a faite.

2-1.2 Troisième moyen

Les sociétés [O] et In Visio font grief à l'arrêt de les condamner in solidum à payer au salarié une certaine somme à titre de rappel de salaires de mars à juillet 2020 outre congés payés afférents alors « que tout jugement doit comporter les motifs propres à le justifier ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que la société [O] versait chaque mois à M. [L] une somme de 300 euros à titre de remboursement de frais, ainsi qu'elle figurait sur ses bulletins de paie (production n°6) ; que la société [O] faisait valoir qu'elle avait cessé de verser cette somme à compter de mars 2020, M. [L] étant placé en chômage partiel en raison de la pandémie de Covid 19, de sorte qu'il n'exposait plus aucun frais (conclusions d'appel de l'exposante p 14) ; que néanmoins, pour faire droit à la demande de M. [L] tendant à voir condamner les sociétés [O] et In Visio au paiement d'un rappel de salaire de 1500 euros pour la période de mars à juillet 2020, la cour d'appel a affirmé péremptoirement que ces remboursements de frais étaient « indus » et « constituaient en réalité un complément de salaire » ; qu'en statuant ainsi par voie d'affirmation péremptoire, sans nullement préciser les éléments qui lui permettaient de requalifier ainsi ces versements, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Réponse :

Le moyen n'est pas fondé.

Pour qu'une indemnité puisse être qualifiée de frais professionnels, elle doit couvrir une dépense inhérente à l'emploi, c'est-à-dire découlant des conditions d'exécution du travail et imposant au salarié une charge supérieure à celles liées à la vie courante, et effectivement exposée par le salarié. À défaut, elle constitue un élément de salaire quelle que soit sa dénomination et même si elle n'a pas supporté les cotisations de sécurité sociale (Soc., 20 mai 1976, n° 75-40.615, Bull. n° 302).

L'article 1 de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale indique :

« Les frais professionnels s'entendent des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions. Les sommes à déduire de l'assiette des cotisations de sécurité sociale au titre des frais professionnels, tels que prévus à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, sont celles qui sont versées aux travailleurs salariés ou assimilés, à l'exception des allocations forfaitaires prévues au 2o de l'article 2 ci-dessous perçues par les personnes visées aux 11, 12 et 23 de l'article L. 311-3 dudit code pour l'exercice de leur fonction de dirigeant. »

L'article 2 prévoit que l'indemnisation des frais professionnels s'effectue :

1°/ Soit sous la forme du remboursement des dépenses réellement engagées par le travailleur salarié ou assimilé ; l'employeur est tenu de produire les justificatifs y afférents. Ces remboursements peuvent notamment porter sur les frais prévus aux articles 6, 7 et 8 (3, 4 et 5) ;

2°/ Soit sur la base d'allocations forfaitaires ; l'employeur est autorisé à déduire leurs montants dans les limites fixées par le présent arrêté, sous réserve de l'utilisation effective de ces allocations forfaitaires conformément à leur objet. Cette condition est réputée remplie lorsque les allocations sont inférieures ou égales aux montants fixés par le présent arrêté aux articles 3, 4, 5, 8 et 9.

La cour d'appel qui, après avoir relevé que les frais de déplacement remboursés par l'employeur à hauteur de 300 euros par mois jusqu'en février 2020 étaient indus, faisant ainsi ressortir que cette somme ne correspondait pas au remboursement de frais de déplacements réellement effectués par le salarié, pour en déduire qu'il s'agissait en réalité d'un complément de salaire, a motivé sa décision.

2.2 - Moyen unique, pris en sa première branche, du pourvoi incident

Le salarié fait grief à l'arrêt de dire son licenciement pour motif économique fondé, alors « que seule une cessation complète et définitive de l'ensemble des activités de l'employeur peut constituer en elle-même une cause économique de licenciement, quand elle n'est pas due à une faute ou à une légèreté blâmable de ce dernier ; qu'il appartient aux juges du fond de rechercher, au besoin d'office, en respectant le principe de la contradiction, si la lettre de licenciement énonce le ou les motifs du licenciement ; que la lettre de licenciement, comme celle accompagnant la proposition du contrat de sécurisation professionnelle, doit préciser les raisons économiques du licenciement ; qu'à défaut, la rupture du contrat de travail est sans cause réelle et sérieuse ; qu'en déboutant M. [L] de sa demande au titre d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, cependant que la lettre de licenciement (pièce n° 5 en cause d'appel ; production n° 2) mentionnait : « à la suite de notre entretien qui s'est tenu le 31 juillet 2020, nous vous informons de notre décision de vous licencier pour les motifs économiques suivants dans les conditions posées à l'article L. 1233-3 du code du travail : - la société n'a plus d'activité et n'a pas de perspective de reprise à court terme ; - nous avons donc dû supprimer votre poste qui est le seul emploi de la société », ce dont il résultait qu'en l'absence de mention que la cessation d'activité de l'entreprise était définitive, la lettre de licenciement ne visait pas l'un des motifs économiques prévus par l'article L. 1233-3 du code du travail et ne répondait pas aux exigences de motivation de l'article L. 1233-16 du code du travail, la cour d'appel a violé ces textes en leurs rédactions issues de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, ainsi que les articles L. 1233-66 et L. 1233-67 du code du travail en leur rédaction issue de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. »

Réponse :

Le moyen est mal fondé.

En matière de licenciement économique, l'article L. 1233-16 du même code, dans sa version issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, prévoit que « *la lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur.* »

Les motifs économiques de licenciement sont ainsi définis par l'article L. 1233-3 du même code :

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;*
- b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;*
- c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;*
- d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;*

2° A des mutations technologiques ;

3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise. »

La lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, doit énoncer, lorsqu'un motif économique est invoqué, à la fois la raison économique qui fonde la décision et sa conséquence précise sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié (Soc. 5 juin 2001, n° 99-42.302, Bull. n° 210).

Il en résulte qu'en général, l'exigence de motivation est double : la lettre de licenciement doit comporter non seulement l'énonciation des difficultés

économiques, mutations technologiques ou de la réorganisation de l'entreprise, mais également l'énonciation des incidences sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié licencié.

S'agissant de la motivation de la lettre de licenciement prononcée pour cessation d'activité, la Cour de cassation décide que la seule mention de la cessation de l'activité est suffisante dès lors que la suppression de tout emploi se déduit nécessairement de la cessation de toute activité (Soc., 10 mai 2005, n° 03-40.234).

En l'espèce, le moyen manque en droit dès lors que la lettre de licenciement qui indique que « *la société n'a plus d'activité et n'a pas de perspective de reprise à court terme* » et que « *nous avons donc dû supprimer votre poste qui est le seul emploi de la société* » énonce le motif économique visé à l'article 1233-3 du code du travail relatif à la suppression de l'emploi du salarié consécutif à la cessation d'activité de l'entreprise.

3 - Analyse succincte du moyen unique, pris en sa seconde branche du pourvoi incident

Le salarié fait grief à l'arrêt de dire son licenciement pour motif économique fondé, alors « que le périmètre du groupe à prendre en considération au titre de la recherche de reclassement est l'ensemble des entreprises, situées sur le territoire national, appartenant à un 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 dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel ; que, pour dire le licenciement pour motif économique fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que « la SARL [O] et la SAS In Visio ne formaient pas un groupe » ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'elle constatait que « M. [K] [O] (...) détient 70 % du capital de la SAS In Visio et la majorité du capital de la SARL [O] », ce dont il résultait que ces deux sociétés, qui étaient toutes deux détenues par une personne physique (M. [K] [O]) disposant d'une fraction de leur capital lui conférant la majorité des droits de vote dans leurs assemblées générales, constituaient un groupe de sociétés, la cour d'appel a violé l'article L. 1233-4 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017. »

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

Définition du groupe de reclassement

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

L'article L. 1233-4 alinéa 1 du code du travail prévoit :

« 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. »

S'agissant de la définition du groupe de reclassement visé par l'alinéa 1 de cet article, l'alinéa 2, dans sa version en vigueur issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, renvoyait à l'article L. 2331, I du code du travail.

Ce texte portant sur la constitution d'un comité de groupe définit le groupe comme étant formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies aux articles L. 233-1, L. 233-3, I et II et L. 233-16 du code de commerce.

Dans sa version issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, l'article L. 1233-4 al. 2 du code du travail renvoie désormais directement à ces mêmes textes du code de commerce en précisant que 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. »*

L'article L. 233-3, I du code de commerce indique que :

« toute personne, physique ou morale, est considérée [...] comme 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. »

Il est précisé que la version précédente de ce texte ne mentionnait que le contrôle d'une société sur une autre. C'est à la faveur de l'ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015¹ qu'au I de l'article, les termes « *toute personne physique ou morale* » ont remplacé celui de « *une société* ».

Le Conseil d'Etat a néanmoins retenu (CE, 14 juin 2021, n° [417940](#), publié au Recueil Lebon), statuant sur la légalité d'une décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement économique d'un salarié protégé, que même sous l'empire de la rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015, une personne physique remplissant les conditions de l'article L. 233-3 du code de commerce devait être considérée comme en contrôlant une autre :

6. [...] *Pour apprécier la réalité des motifs économiques allégués à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé présentée par une société qui fait partie d'un groupe, l'autorité administrative est tenue de faire porter son examen sur la situation économique de l'ensemble des sociétés du groupe intervenant dans le même secteur d'activité que la société en cause.*

7. *A ce titre, le groupe s'entend, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, de l'ensemble constitué par les entreprises placées sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce. A cet égard, une personne physique doit, au même titre qu'une personne morale, être considérée comme en contrôlant une autre dès lors qu'elle remplit les conditions visées à l'article L. 233-3 du code de commerce.*

Commentant l'ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015, un auteur indique :
« A cet égard, le législateur a pris le soin de réécrire l'article L. 233-3 du code de commerce. L'idée étant de pouvoir remonter jusqu'au véritable décideur et bénéficiaire de l'acquisition des titres, les auteurs de l'ordonnance ont également modifié la rédaction de l'article L. 233-3 du C. com., berceau de la principale définition du contrôle : son I n'indique plus simplement " une société " mais se réfère désormais à "toute personne physique ou morale" ».

J. Chacornac, " Nouvel acte de transposition de la directive Transparence révisée : Ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015 portant transposition de la directive 2013/50/UE ", Banque & Droit avril 2016, n° 166, p. 39, spé. p. 48.

Un autre auteur précise que :

« *L'inspiration semble être venue de la version initiale de la directive n° 2004/109/CE du 15 décembre 2004, laquelle disposait déjà sous son article 2 qu'un détenteur*

¹ Ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015 portant transposition de la directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé

d'action se définissait comme " toute personne physique ou morale, régie par le droit privé ou public, qui détient, directement ou indirectement [...] des actions de l'émetteur, en son propre nom et pour son propre compte.

Dans ces conditions, l'inspiration semble être venue de la version initiale de la directive n° 2004/109/CE du 15 décembre 2004, laquelle disposait déjà sous son article 2 qu'un détenteur d'action se définissait comme " toute personne physique ou morale, régie par le droit privé ou public, qui détient, directement ou indirectement (...) des actions de l'émetteur, en son propre nom et pour son propre compte ".

Le droit communautaire ne précisant cependant pas ce qu'il fallait entendre par "indirectement", les juristes de l'AMF se sont probablement tournés vers l'approche traditionnelle française de cet adverbe qui repose sur l'existence d'un contrôle sur la société interposée, c'est pourquoi ils ont souhaité clarifier la possibilité qu'une personne physique puisse elle aussi disposer d'un tel contrôle.

C'est en tout cas l'objectif qui semble se dessiner derrière l'adoption de la formule " toute personne, physique ou morale " qui remplace désormais " une société " au début de l'article L. 233-3 du Code de commerce, afin d'annoncer les conditions dans lesquelles celle-ci " est considérée comme en contrôlant une autre. »

F. Martin Laprade, « Ordonnance de transposition de la directive Transparence : peut-on être tenu de déclarer un franchissement de seuil sans être actionnaire ? », Bull. Joly bourse février 2016, n° 2, p. 52

La chambre sociale a également jugé que les conditions de contrôle prévues à l'article L. 2331-1 du code du travail pouvaient être remplies par une personne physique :

Soc., 21 septembre 2017, n° 16-23.273 et autres, Bull. n° 149 : s'agissant de l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont dispose le groupe (sommaire)

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.

Soc., 22 novembre 2023, n° 22-19.282, publié : en matière de constitution de comité de groupe (sommaire)

Il résulte [de ce texte] et de l'article L. 233-3, I, du code de commerce, combinés à l'article L. 2331-4 du code du travail, 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.

Un auteur (F. Mélin, « Comité de groupe : l'entreprise dominante peut être une personne physique », Dalloz Actualité 14 décembre 2023) commentant cet arrêt présente trois arguments justifiant la solution : d'une part, le caractère très large de la notion d'entreprise ; d'autre part, l'absence de référence expresse par l'article L. 2331-1 du code du travail à la notion de personne morale ; enfin l'opportunité pratique d'extension du champ d'application de ce texte.

S'agissant de l'extension de la notion d'entreprise dominante à une personne physique en dépit de la référence de l'article L. 2331-1 du code du travail à la notion de siège social, un autre auteur (A. Lucchini, « L'entreprise dominante au sens du comité de groupe : une personne physique ? », Bull. Joly travail 2024, n°1, p. 35) souligne deux éléments.

D'une part, que les dispositions du code du travail renvoient à l'article L. 233-3, I du code de commerce en vertu duquel une personne physique peut être considérée comme contrôlant une ou plusieurs sociétés au sein d'un groupe de sociétés et que le droit des sociétés n'a jamais exclu qu'un groupe puisse être constitué entre des entreprises contrôlées et détenues par une même personne physique.

D'autre part, que le siège social de « l'entreprise dominante » ne peut être confondu avec celui d'une personne morale, la notion d'entreprise renvoyant en droit du travail à la situation où un ou plusieurs contrats de travail sont conclus avec un même employeur². Dès lors, le siège de l'entreprise serait en réalité le domicile de l'employeur, lequel peut être tant une personne physique que morale.

Un autre auteur (H. Revillon, « Comité de groupe : une personne physique peut être qualifiée d'entreprise dominante », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 04, 25 janvier 2024, 1028) note, s'agissant du même arrêt, outre la cohérence jurisprudentielle de la solution (sur ce point, voire aussi, J.-Y. Kerbourc'h, « Constitution d'un comité de groupe : une personne physique peut être une entreprise dominante ou une société de participation financière », La Semaine Juridique Social n° 1, 9 janvier 2024, 1006), que :

² L'auteur renvoie à A. Supiot, « Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise », RTD com., 1985, p. 85.

« La solution de la Cour de cassation est en parfait accord avec la finalité de la mise en place d'un comité de groupe : permettre aux représentants des salariés d'appréhender concrètement la politique économique et sociale du groupe (G. Auzero, *Lexbase hebdo éd. Sociale* 2019, n° 804, préc.). Le droit du travail frappe par son « réalisme juridique » (G. Gury, *L'accord collectif de groupe. Contribution à l'étude du droit des groupes* : LexisNexis, 2016, n° 70). Le périmètre du comité de groupe est en effet légalement déterminé par le prisme de la réalité économique du groupe, le droit faisant fi de l'autonomie juridique des différentes entités (D. Plantamp, *L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail* : D. 1991, chron. P. 69 et s.). Il a vocation à retranscrire l'organisation hiérarchique qui caractérise le groupe d'entreprises (E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail* : LGDJ, 2008, n° 229). En cela, il importe peu que la source de la domination soit économique soit incarnée par une personne physique ou prenne la forme d'une personne morale. Seule compte l'identification d'une personne juridique, autrement dit de l'acteur juridique de cette domination. La mise en place effective du comité de groupe nécessite l'alignement du lieu de la représentation du personnel avec le lieu avéré de la prise des décisions économiques. Une solution contraire aurait conduit à un appauvrissement du rôle du comité de groupe. À ce titre, la décision de la Cour de cassation rappelle le caractère fonctionnel de la notion de groupe en droit du travail : le droit module le périmètre du groupe en fonction de la finalité de l'institution juridique envisagée (sur ce point V. not. P.-H. Antonmattei, *Le concept de groupe en droit du travail*, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, B. Teyssié (dir.) : éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 12 et s. - C. Freyria, *La conception sociale du groupe d'entreprises*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier* : PUF, 1992, . p. 201 et s. - M. Gadrat, *Le groupe de sociétés : quelle(s) définition(s) ?* : *Dr. ouvrier* 2018, p. 556 et s.). »

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que les sociétés In Visio et [O] avaient le même dirigeant, qui détenait 70% du capital de la première et la majorité du capital de la seconde, mais que la société [O] n'était pas partie au capital de la société In Visio ce dont elle a déduit que ces sociétés ne formaient pas un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail.

Le mémoire en défense portant pourvoi incident soutient que dès lors qu'elle constatait qu'une même personne physique disposait d'une fraction du capital des deux sociétés lui conférant la majorité des droits de vote dans leurs assemblées générales, la cour d'appel aurait dû en déduire l'existence d'un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail.