

**PARQUET
DE LA COUR D'APPEL
DE PARIS**

DIVISION CIVILE

**18^{ème} chambre sociale Section C
RG : 05/20666
Plaidoiries : 8 mars 2007**

OBSERVATIONS DU MINISTERE PUBLIC

Dans la procédure opposant :

- 1) Les sociétés Assurance France Generali et autres
- 2) L'unité économique et sociale « AFG »

APPELANTES

- A :
- 1) La fédération CGT-FO des employés et cadres
 - 2) Le syndicat CGT et UGICT des salariés du groupe Generali

INTIMES

I. Sur la recevabilité de l'appel régularisé au nom de l'Unité économique et sociale « AFG »

La contestation porte sur la capacité d'ester en justice de l'UES, les intimés lui contestant le bénéfice de la personnalité morale.

L'issue de cette contestation dépendant exclusivement du sort que la Cour réservera à la demande examinée au point III ci-dessous, il conviendra de se reporter aux développements qui lui seront consacrés.

II. Sur la demande d'annulation de l'accord du 13 octobre 2004 par application de son article 6 dernier alinéa :

Cette demande pose la question de la portée du jugement rendu le 18 novembre 2004 par le tribunal d'instance du 9^{ème} arrondissement de Paris quant au périmètre de l'unité économique et sociale dont il a reconnu l'existence ;

Plus précisément, il s'agit de savoir si ce jugement a eu pour effet de modifier le périmètre qui avait été antérieurement défini par l'accord du 13 octobre, une réponse affirmative conduisant mécaniquement à une annulation de cet accord par application des dispositions de son article 6, dernier alinéa ;

Sont en cause deux « entités opérationnelles spécifiques » (GENERALI Collectives et GENERALI Gestion Santé – « GGS »), expressément visées par l'accord collectif comme étant incluses, en sus de différentes sociétés, dans le périmètre de l'UES, mais non visées, en revanche, par le jugement du 18 novembre, ce silence laissant planer un doute quant à l'identité des périmètres ainsi successivement définis ;

Les appelantes sollicitent, sur ce point, la confirmation de la décision des premiers juges, en ce qu'ils ont retenu que ces entités opérationnelles ne constituent par des entités juridiquement distinctes mais de simples établissements, exploités par des sociétés qui, elles, sont bien incluses dans le périmètre de l'UES et ce, tant par l'accord collectif que par le jugement qui lui a fait suite ;

Elles soulignent à cet égard, d'une part, qu'en omettant de viser ces deux entités opérationnelles le juge d'instance n'a fait que se conformer au principe selon lequel une UES ne peut regrouper que des personnes juridiquement distinctes et non de simples établissements et, d'autre part, que si les rédacteurs de l'accord du 13 octobre 2004 les ont néanmoins visées c'est à des fins seulement pédagogiques, « pour éviter que les salariés susceptibles d'y être affectés ne se sentent pas exclus de l'UES » ;

Les intimés rétorquent que les sociétés du groupe GENERALI « ont trompé le Tribunal » en prétendant que l'une des deux entités opérationnelles (« GGS ») ne serait qu'un établissement exploité par différentes sociétés du groupe mais dépourvu de personnalité morale alors qu'il s'agit en réalité d'un GIE, au sein duquel divers salariés ont été transférés ;

En réplique, les appelantes admettent finalement que l'entité « GGS » est bien constituée en GIE mais soutiennent que les membres de ce GIE sont tous des sociétés incluses dans le périmètre de l'UES et que l'activité d'un GIE n'étant pas dissociable de celle de ses membres, « les salariés affectés à GGS ne sont en aucun cas devenus des salariés du GIE » ;

Le débat étant ainsi circonscrit, on relèvera tout d'abord qu'un GIE est incontestablement doté de la personnalité morale et qu'à ce titre, la Cour de cassation a admis depuis longtemps qu'il pouvait en tant que tel entrer dans le périmètre d'une UES ;

A s'en tenir à cette seule constatation, il pourrait être tentant de considérer que le jugement n'ayant pas inclus le GIE « GGS » dans le périmètre de l'UES et ce, alors même qu'il avait vocation à l'être par nature, une modification de ce périmètre, par retranchement, a bien été opérée par le tribunal ;

Ce raisonnement un peu sommaire semble toutefois être adapté selon les différentes hypothèses susceptibles de se présenter ;

Il faut tout d'abord se garder d'ignorer l'objection selon laquelle les différentes sociétés composant le GIE étant elles-mêmes incluses dans le périmètre de l'UES, l'omission du GIE

en tant que tel dans la liste des composantes de cette UES serait sans effet aucun sur ce périmètre ;

Selon une jurisprudence constante, en effet, la création d'un GIE n'entraîne pas, à elle seule, le transfert d'une entité économique ni celui des contrats de travail liant ses membres à leur personnel respectif, le GIE n'ayant pour objet, par principe, que de faciliter l'activité propre de chacun de ses membres ;

De ce point de vue il peut donc être admis que l'omission du GIE dans la liste des entités comprises dans l'UES reste sans incidence dès lors que ses composantes y figurent bien ;

La jurisprudence a pu ménager, toutefois, l'hypothèse dans laquelle l'une des entreprises adhérentes d'un GIE transfère son activité principale au groupement, les salariés concernés passant alors de plein droit au service du GIE par application de l'article L 122-12 ;

Dans une telle hypothèse, il faudrait alors considérer, sans doute, que même si l'entreprise ainsi dépossédée d'une partie de son activité et du personnel y affecté reste incluse dans le périmètre de l'UES, le GIE bénéficiaire de ce transfert pourrait néanmoins ne pas y être inclus à défaut de disposition expresse en ce sens dans l'accord ou dans le jugement qui en définit le périmètre ;

Certes on pourrait objecter qu'un tel transfert d'activité au bénéfice d'un GIE apparaîtrait quelque peu antinomique du concept même de GIE et aboutirait en quelque sorte à une dénaturation de l'entité bénéficiaire, dont l'objet ne se limiterait plus, alors, à favoriser l'activité de ses membres mais inclurait au contraire, également, la poursuite d'une activité propre ;

L'objection semble toutefois devoir rester inopérante dans la mesure où les dispositions de l'article L 251-1 du code de commerce n'interdisent pas, en réalité, au GIE d'avoir une activité propre mais seulement « de réaliser des bénéfices pour lui-même », étant précisé que cette activité, pour propre qu'elle soit, ne peut néanmoins avoir qu'un caractère « auxiliaire » par rapport à celle de ses membres ;

Un tel transfert d'activité et de personnel au bénéfice d'un GIE ne se heurtant ainsi à aucune impossibilité juridique ni même conceptuelle, son incidence sur le périmètre d'une UES dont ce GIE serait lui-même exclu, ne peut, par conséquent, être négligée ;

Or force est de constater qu'en l'état des explications des parties, il reste difficile de déterminer si le GIE « GGS » n'a bénéficié d'aucun transfert d'activité et de personnel comme le soutiennent les appelantes, de sorte que la légère incertitude affectant cet élément de fait interdit toute conclusion catégorique, en l'état, quant à l'identité des périmètres définis par l'accord du 13 octobre 2004 d'une part et par le jugement du 18 novembre d'autre part ;

On relèvera seulement que selon les appelantes elles-mêmes, « le document d'information remis au CCE le 20 janvier 2005 et relatif aux conséquences pratiques de l'UES employeur » précise que pour les salariés affectés à l'activité GGS, « il apparaîtrait sur le bulletin de salaire la double mention : « UES Assurance France GENERALI – GENERALI Gestion-Santé », de sorte que, indépendamment de l'existence de l'UES, le lien existant entre ces salariés et leur employeur semble bien les rattacher à GGS et non à telle ou telle société adhérente du GIE ...;

Et on ajoutera qu'à supposer même qu'aucun transfert d'activité et de personnel n'ait eu lieu entre telle ou telle société du groupe et le GIE « GGS », il n'est nullement exclu, pour autant, que ce GIE emploie par ailleurs du personnel pour réaliser son objet, fut-il limité, aux buts premiers d'un GIE consistant à favoriser l'activité de ses membres ;

Dans cette hypothèse, nullement théorique, où le GIE GGS emploierait du personnel propre, il resterait alors à s'interroger sur la question de savoir si ce personnel pourrait être comptabilisé dans l'effectif de l'UES alors même que le GIE qui l'emploie n'y serait pas expressément inclus en tant que tel : la circonstance que les sociétés adhérentes du GIE sont incluses dans le périmètre de l'UES apparaîtrait alors, en effet, insuffisante pour en déduire une identité absolue de périmètre, sinon quant aux activités du moins quant aux salariés concernés ...

III. Sur la demande d'annulation de l'article 1-2 de l'accord du 13 octobre 2004 ;

Sans méconnaître qu'une UES n'est pas dotée de la personnalité morale, les appelantes invitent la Cour à valider les dispositions de l'article 1-2 de l'accord du 13 octobre 2004 qui confèrent à l'UES « Assurance France GENERALI » la qualité d'employeur des salariés des différentes sociétés incluses dans son périmètre, considérant que « un nouveau pas mérite d'être fait en direction de la protection du contrat individuel de travail » et que la consécration de la notion d'UES dans le cadre des relations individuelles de travail, quoi que novatrice, s'inscrirait dans la continuité de l'évolution qui l'a déjà fait consacrer dans le cadre des relations collectives.

Pour intéressants que soient, au plan théorique, les développements qu'elles consacrent à cette proposition, ils ne peuvent toutefois emporter l'adhésion mais se heurtent au contraire à des objections qui paraissent déterminantes ;

Au soutien de cette thèse, les appelantes font en effet valoir :

- 1) Que le législateur, la jurisprudence et l'administration ont déjà recours à la notion d'UES en dehors du seul cadre de la désignation des institutions représentatives du personnel et que « des obligations sont ainsi établies à l'endroit des UES » de sorte que ces dernières « étant des entreprises, sont des sujets de droit sur lesquelles pèsent des obligations sociales » ;

On remarquera toutefois que dans l'ensemble des textes, décisions ou circulaires cités, l'UES n'est nullement désignée comme l'entité sur laquelle pèse directement telle ou telle obligation mais seulement comme le cadre de référence pour la mise en oeuvre de diverses obligations, légales ou conventionnelles, ou pour la détermination des modalités d'exécution de telles obligations, incombant à l'employeur ;

Quant au raisonnement qui, par une sorte de glissement conceptuel, consiste à soutenir que « l'UES étant une entreprise elle est un sujet de droit », il suscite d'importantes réserves dans la première branche de son énoncé et se heurte à un obstacle insurmontable dans sa deuxième branche : un sujet de droit n'est rien d'autre, en effet, qu'une personne physique ou morale, c'est-à-dire une entité dotée de la personnalité juridique, ce que ne sont précisément ni l'entreprise ni, a fortiori, l'UES ;

- 2) Que les caractéristiques de l'UES « AFG », qui se confondent finalement avec celles d'une véritable entreprise, démontrent qu'elle dispose « des attributions normalement dévolues à l'employeur », attributions qui se déduisent, selon les appelantes, de l'existence d'une direction unique, d'une politique économique globale, d'une unité financière et, enfin, de l'organisation et du contrôle d'un ensemble de salariés dédiés aux objectifs et aux moyens économiques communs ...) :

On observera sur ce point que si presque tous les éléments avancés pour caractériser, au-delà de l'existence de l'UES, les prérogatives d'un véritable employeur, font l'objet de développements appropriés dans le corps des conclusions des appelantes, aucune démonstration ni aucun commentaire n'accompagne en revanche l'affirmation, pourtant seule déterminante quant à l'identification de l'employeur, selon laquelle les salariés des différentes entités composant l'UES exécuteraient leurs missions sous l'autorité d'un seul et même employeur, lequel exercerait seul, également, le contrôle (et, le cas échéant le pouvoir de sanction qui en est le corollaire) de cet ensemble de salariés ;

A cet égard, l'existence d'un « comité de direction générale qui dirige l'UES en tant qu'il fixe les objectifs et examine les résultats » ne saurait suffire à caractériser l'exercice, au niveau de l'UES et à l'égard des salariés, des prérogatives de l'employeur, ce comité paraissant plutôt consacré à la définition et au suivi de la politique commerciale ou financière du groupe, ce qui ne saurait se confondre avec l'exercice des prérogatives spécifiques d'autorité, de contrôle et de sanction à l'égard des personnels ;

Autrement dit, la démonstration semble bien manquer en fait quant à l'existence d'un véritable transfert du lien de subordination au profit de l'UES ;

Au demeurant la démonstration se heurte également à un obstacle de principe plus général, lequel découle de ce que le « comité de direction générale », qui est sensé incarner la concentration des prérogatives de l'employeur, ne constituant pas lui-même l'organe de direction d'une entité juridique dotée de la personnalité morale, il ne serait pas en mesure, en tout état de cause, d'exercer, précisément, les prérogatives caractérisant le lien de subordination ;

- 3) Que « l'attribution de la qualité d'employeur à l'UES répond au réalisme économique face au subjectivisme juridique » et que « la jurisprudence considère qu'il est nécessaire de transcender la construction juridique pour identifier le réel employeur » ;

On observera sur ce point que les décisions citées et commentées par les appelantes n'emportent pas la conviction que le Cour de cassation, en dépit du réalisme dont elle fait incontestablement preuve sur la question de l'identification de l'employeur, ait pour autant entendu ne serait-ce qu'annoncer les prémices d'une possible reconnaissance de la qualité d'employeur à une UES ;

Ainsi, par exemple, pour ne s'en tenir qu'aux arrêts qui semblent les plus topiques quant à l'argumentation des appelantes :

- l'arrêt du 22 septembre 1993, loin de valider le raisonnement fondé sur l'existence d'une UES, constate au contraire que le juge du fond, sans se borner à retenir cette existence comme cela lui était reproché par le pourvoi, a surtout relevé que la décision de licenciement avait été prise par le responsable du personnel de la