

Du nouveau du côté de l'UES ?

(à propos de Cass. Soc. 16 novembre 2010)

par *Paul DARVES-BORNOZ*, Avocat au Barreau d'Annecy

1. L'entreprise Stephan Kelian développait son activité économique sous la forme d'une société anonyme qui passera, en 2003, sous le contrôle du Groupe Smalto Holding devenu depuis Kemos. A l'occasion de cette reprise, la SA Stephan Kelian, entreprise unique, sera morcelée par le groupe qui en prenait le contrôle en dix sociétés filiales juridiquement distinctes. L'activité économique ne coïncidait plus avec les structures juridiques la composant dorénavant. Pour autant, ce morcellement laissait subsister une seule et même entreprise sur le plan fonctionnel et opérationnel. Très logiquement une UES était mise en place, regroupant les dix nouvelles structures juridiquement distinctes recoupant l'ancien périmètre de la SA Stephan Kelian.

Après plusieurs difficultés économiques, le 13 novembre 2006, un PSE prévoyant la fermeture de toutes les sociétés juridiquement distinctes composant l'UES sera envisagé et présenté au comité d'entreprise commun de l'UES, puis abandonné sans explication. Ce premier PSE portait sur 91 salariés.

En juillet 2007, le groupe relançait un plan de huit licenciements sur une des sociétés de l'UES, la société L Commercial. Le 17 août 2007, sept licenciements de salariés non protégés étaient prononcés, parmi lesquels ceux des demandresses à la procédure, le licenciement du huitième salarié, protégé, étant refusé par l'inspecteur du travail constatant que la procédure de licenciement résultait de la "division artificielle" du nombre des licenciements dans des conditions visant à éluder les obligations spécifiques pesant sur l'employeur envisageant (ou ayant envisagé) au moins dix licenciements sur une même période de trente jours.

Enfin, le 9 novembre 2007, soit moins de trois mois plus tard, le CE de l'UES était consulté sur un projet de licenciements portant sur l'ensemble du personnel restant de la société L Commercial (douze salariés) sur la base d'une notice d'information économique identique à celle de juillet 2007. Les faits de l'espèce révèlent que les douze salariés composant le personnel restant de la société L Commercial avaient été, en outre, laissés sans travail depuis juillet 2007, leur licenciement étant manifestement programmé dès cette date... L'employeur avait envisagé, dès juillet 2007, la fermeture de la société L Commercial et le licenciement de ses vingt salariés, tout en scindant les procédures en deux plans distincts. En outre, en novembre 2007, l'UES ne comportait plus que quarante-six salariés alors qu'en juillet 2007 le seuil d'effectif de 50 salariés était atteint au moment de l'engagement du plan de 8 licenciements.

2. Aux termes d'un arrêt d'appel particulièrement motivé (reproduit ci-après), la Cour de Grenoble se

plaçait sur le terrain de la fraude en stigmatisant le comportement de l'employeur ayant éludé volontairement les règles applicables aux grands licenciements économiques à l'occasion de la fermeture de la société L Commercial.

La Cour d'appel de Grenoble soulignait encore que la fermeture de cette société était également envisagée dès le PSE de novembre 2006 abandonné sans explication par l'employeur et qui comportait, quant à lui, un plan concret de reclassement.

L'arrêt n'aborde pas la question de la détermination de l'employeur des salariés demandeurs à la procédure (dont l'employeur de droit était la société L Commercial), ni celle du niveau d'appréciation des conditions d'effectif et du nombre de licenciements, toutes questions apparemment absentes de l'argumentation développée par l'employeur devant la Cour d'appel de Grenoble. D'évidence, la Cour d'appel de Grenoble place son raisonnement au niveau de l'UES pour déterminer les obligations pesant sur l'employeur procédant à des licenciements pour motif économique.

3. Commentant l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2010 (ci-dessous, PBR ; solution réaffirmée : Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581), Mme Laurence Pecaut-Rivolier souligne avec justesse : *"Cet arrêt constitue, à l'évidence, une pierre solide à l'édifice de l'UES. Au moment même où la question se posait de savoir si l'unité économique et sociale avait un avenir, la Chambre sociale redonne sa pleine force à la notion, tout en en déterminant les contours de manière plus ferme. (...) En revanche, l'UES n'est pas l'employeur des salariés des entreprises qui la composent ; elle n'a pas la personnalité morale, ne peut agir en justice, et les salariés ne peuvent être transférés d'une entité à l'autre de l'UES comme s'il s'agissait d'une simple mutation. (...) Unité de représentation des droits collectifs, mais pas des droits individuels. Entre ces deux limites, plusieurs interrogations*

subsistaient" (1). Pour confirmer la portée de l'arrêt du 16 novembre 2010, on peut relever un second arrêt dans le même sens (1 bis).

Il a déjà été souligné dans ces colonnes (2) l'illogisme et les conséquences contradictoires de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation contingentant la notion d'UES au profit de celle de co-employeurs à l'occasion en particulier de l'arrêt du 28 janvier 2009 interdisant de prendre l'UES comme niveau de détermination des obligations pesant sur l'employeur en imposant que le niveau d'appréciation soit celui de "l'entreprise que l'employeur dirige". Nouvelle formule qui laisse perplexe dès lors que l'unité économique de l'UES nécessite en son sein une entité juridique exerçant le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale (3).

L'arrêt du 28 janvier 2009 imposait ainsi de vérifier les conditions d'effectif et de nombre des licenciements envisagés par l'employeur au niveau de chaque structure juridiquement distincte composant l'UES, sauf à démontrer que chacune d'elles (l'entreprise pilote de l'UES et les autres) avait la qualité de co-employeur du salarié.

4. Les moyens du pourvoi examinés par l'arrêt du 16 novembre 2010 (ci-dessous) mettent en lumière les effets pervers de cette jurisprudence consistant à opposer :

- les notions d'entreprise et d'employeur (l'employeur ne se confondant plus avec l'entreprise qu'il dirige) ;
- les notions d'UES / entreprise / employeur ;
- les notions d'UES et de personnalité morale ;
- les "droits collectifs" et les droits individuels des salariés à l'occasion des procédures de restructuration.

Les faits de l'espèce étaient particulièrement éclairants : le nouveau propriétaire de la SA Stephan Kelian avait opéré le démembrement d'une entreprise unique en dix "structures juridiquement distinctes" alors que l'entreprise conservait son organisation fonctionnelle et opérationnelle. Les salariés avaient donc été artificiellement répartis dans chacune de ces structures devenant ainsi "leur employeur de droit".

Dans cette conception, la notion d'entreprise est confondue avec des structures juridiquement distinctes qui acquièrent ainsi la qualité d'employeur alors qu'elles n'ont, en réalité, aucune consistance. De telles structures juridiques, simple démembrement d'une seule et même entreprise, n'ayant aucun pouvoir propre de direction, ni aucune autonomie de gestion, ne peuvent sérieusement être considérées comme des entreprises ou des employeurs.

D'où la mise en œuvre d'une UES qui apparaît, dans ces hypothèses, comme la seule structure de droit social permettant d'identifier, au-delà des découpages de circonstance, l'entreprise dont dépendent réellement les salariés et avec laquelle doit être caractérisé le lien de subordination. En effet, seule l'UES autorise un raisonnement d'ensemble et la constitution d'un comité d'entreprise commun conformément aux dispositions de l'article L 2322-4 du Code du travail. La notion de co-employeur n'est *a priori* d'aucun secours dans ces situations : elle conduit à la juxtaposition d'employeurs ou de co-employeurs pour un seul et unique contrat de travail.

Le pourvoi opposait ainsi la notion d'UES, retenue comme niveau d'appréciation des conditions d'effectif par la Cour d'appel de Grenoble, à celle d'employeur ou de co-employeur : *"Ainsi, d'autres entités relevant d'une même UES ne pourraient être comprises dans l'assiette de calcul des effectifs et des licenciements qu'à la condition d'avoir la qualité de co-employeurs. L'UES elle-même dépourvue de personnalité juridique n'a pas cette qualité (Cass. Soc. 16 décembre 2008 : pourvoi n° 07-43.875). (...) Or, si par ces motifs, la Cour d'appel a relevé, ce qui n'était d'ailleurs nullement contesté par l'exposant, les critères dégagés par la jurisprudence caractérisant une UES (à savoir une identité ou complémentarité des activités, une concentration des pouvoirs de direction, le centre de décision commun devant en outre se situer à l'intérieur du périmètre de l'unité économique et sociale et une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires), par contre, elle n'a nullement établi l'existence d'un lien de subordination entre les salariés et chacune des entités de l'UES"*. L'UES n'aurait donc pas la qualité d'employeur car les critères de sa reconnaissance seraient insuffisants pour caractériser l'existence d'un lien de subordination.

La lecture du moyen du pourvoi permet de constater qu'opposer UES et lien de subordination n'a pas lieu d'être : les critères de l'UES tels que le pourvoi les rappelle vont bien au-delà de ceux permettant de caractériser l'existence de co-employeurs qui se limitent en réalité à démontrer l'existence d'une triple confusion d'activité, d'intérêts et de direction entre les sociétés mises en cause, pour en déduire l'existence d'un lien de subordination qui n'a donc pas, *a priori*, à être caractérisé.

A maints égards, les critères de l'UES sont plus exigeants que ceux retenus par la jurisprudence pour définir les co-employeurs.

(1) Droit social n° 1 janvier 2011, p. 106.

(1 bis) Cassation Sociale 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11581.

(2) "Notion d'unité économique et sociale et de co-employeurs", Dr. Ouv. juillet 2009, p. 309 et s.

(3) Cassation Sociale 23 mai 2000, pourvoi n° 99-60.006.

Pourquoi, dans ces conditions, ne pas utiliser la même méthode déductive en déduisant de l'existence des critères de l'UES celle du lien de subordination ?

Cela est d'autant plus vrai que le faisceau d'indices permettant de caractériser la triple confusion d'activité, d'intérêts et de direction s'est élargi récemment :

- au pouvoir de contrôle et de direction sur les salariés (4),
- à l'existence d'une gestion sociale commune (5),
- tous éléments nécessaires pour caractériser la communauté de direction et la collectivité de travailleurs de l'unité sociale de l'UES.

La notion de co-employeurs est donc ici utilisée comme moyen de fraude pour éluder les seuils d'effectif au licenciement collectif pour motif économique. Elle est opposée à la notion d'UES alors que, paradoxalement, la raison d'être de cette dernière est précisément de combattre les attitudes frauduleuses telles que celle de la société Stephan Kelian en permettant d'identifier l'entreprise réelle au-delà des apparences et des structures juridiquement distinctes.

5. Les circonstances de l'espèce imposaient à la Chambre sociale de revoir ainsi la position exprimée dans son arrêt du 28 janvier 2009 : *"Soit la Chambre considère qu'une UES ne peut en aucun cas constituer l'entreprise de référence pour le calcul de l'effectif dont dépend l'obligation de mise en œuvre d'un PSE, dès lors qu'elle ne peut avoir la qualité d'employeur. Dans ce cas, la première branche développe un moyen de pur droit et l'arrêt doit être cassé. Soit la Chambre considère au contraire qu'une UES peut être (sous certaines conditions) l'entreprise de référence pour le calcul de cet effectif. Dans ce cas, le moyen étant mélangé de faits et de droit, il est irrecevable. Sensible aux arguments critiques développés par la doctrine, je suis favorable à la seconde option. Pour ne pas prendre le contrepied de la jurisprudence de la Chambre, il suffirait d'énoncer que l'impossibilité pour une UES d'être l'employeur de salariés (arrêt précité, 16 décembre 2008) n'interdit pas que soit appréciée dans son cadre la condition d'effectif de salariés prévue par l'article L 1233-61 du Code du travail"* (6).

La position de l'arrêt du 28 janvier 2009 est donc tempérée, mais aux termes d'une rédaction qui laisse subsister des interrogations. La Chambre sociale raisonne en *"niveau d'appréciation"*, sans se prononcer clairement sur la détermination de l'employeur. A titre d'exemple, on peut rappeler que si le motif économique doit s'apprécier

au niveau du groupe dont dépend l'entreprise, le groupe n'est pas pour autant l'employeur (7).

La formule de *"l'entreprise que dirige l'employeur"* est reprise. Or, peut-on raisonnablement concevoir que l'UES soit le niveau d'appréciation des conditions d'effectif et du nombre des licenciements économiques envisagés, mais ne soit pas considérée comme l'employeur, l'employeur *"de droit"* devant rester, semble-t-il, la filiale démembrée d'une entreprise unique ? L'UES serait ainsi une entreprise que ne dirigerait pas l'employeur...

Selon l'article L. 1233-61, l'effectif conditionnant la mise en place du PSE s'apprécie au niveau de l'entreprise dont les obligations sont *"physiquement"* mises en œuvre par l'employeur. Si l'effectif s'apprécie au niveau de l'UES, c'est que l'UES est nécessairement l'entreprise au sens de ces dispositions. L'entreprise / UES étant nécessairement dirigée par un employeur, il est raisonnable d'en conclure que l'UES est l'employeur et qu'il devient inutile de continuer d'opposer ces deux notions comme le fait l'arrêt du 16 décembre 2008 (8).

Comme il est erroné d'opposer, à l'occasion des plans de restructuration, les *"droits collectifs"* (dont l'UES serait seulement la représentation) et les *"droits individuels"* des salariés.

Textuellement, seule l'UES permet la mise en place d'un comité d'entreprise commun, conformément aux dispositions de l'article L. 2322-4 du Code du travail. La mise en place d'un comité d'entreprise commun entre deux co-employeurs dont la qualité est d'une manière générale constatée *a posteriori*, et à l'occasion de la critique des licenciements d'ores et déjà intervenus, paraît plus problématique. Or, sans comité d'entreprise, les fraudes des articles L. 1233-26 et 27 du Code du travail ne peuvent être envisagées car ces hypothèses ne concernent que les *"entreprises assujetties à la législation des comités d'entreprises"*. L'UES y est assujettie légalement, pas les co-employeurs. Et ces deux textes préservent indiscutablement tant les droits individuels que les droits collectifs des salariés à l'occasion des procédures de restructuration.

L'effectif de l'UES permettant la mise en place d'un PSE, ce sont également les droits individuels des salariés qui sont concernés et qui sont dès lors indissociables des *"droits collectifs"*, leur non-respect étant très concrètement sanctionné individuellement par les dispositions des articles L. 1235-10 et 11 du Code du travail. Sans UES, les salariés de Stephan Kelian n'auraient pas eu gain de cause dans leur action prud'homale individuelle.

6. Il persiste d'autres points de blocage. L'UES caractérise un état de fait préexistant et elle n'est constatée

(4) Cassation sociale 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.243, Bulletin Joly Sociétés décembre 2010, obs. Nicolas Morelli.

(5) Cassation sociale 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.310.

(6) Avis de l'Avocat général à l'occasion de l'arrêt du 16 novembre 2010.

(7) Cassation sociale 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-40.331.

(8) Cassation sociale 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.875, Dr. Ouv. 2009 p. 117, rapp. M.L. Morin, n. P. Rennes.

que lorsque ses conditions et critères sont d'ores et déjà réunis.

Or, si le salarié peut, après la rupture de son contrat de travail et une fois exclu de la collectivité de travail, faire constater l'existence préexistante de co-employeurs (9) devant la juridiction prud'homale, tel n'est toujours pas le cas pour l'UES. Un deuxième arrêt du 16 novembre 2010 (10) interdit au salarié licencié de former devant le juge prud'homal une demande visant à faire constater l'existence d'une UES au motif qu'une telle demande ne vise qu'à "assurer la représentation de la collectivité de travail à laquelle il n'appartient plus". Cette approche réductrice de la notion d'UES cantonnée à la seule "représentation du personnel" ou à la seule obligation théorique de mettre en place un comité d'entreprise commun sans réelle utilité (11) doit évoluer.

Le salarié doit pouvoir faire constater par la juridiction prud'homale la préexistence de l'UES à son licenciement dès lors que cette préexistence est de nature à lui assurer le respect de ses droits individuels dans le cadre des plans de restructuration. Les co-employeurs ne s'étaient jamais considérés comme tels avant l'engagement de la procédure prud'homale. Ils seront pourtant tenus aux mêmes obligations que l'employeur de droit (obligation préalable de reclassement, PSE...). Il pourrait en être de même pour l'UES, dont le constat de l'existence serait effectué par voie judiciaire à l'occasion de la contestation de la légitimité des licenciements pour motif économique.

7. L'apport de l'arrêt est indéniable en matière de fraude à l'occasion des procédures de restructuration. Il caractérise la volonté de l'employeur qui, pour se soustraire, en juillet 2007, à l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, avait artificiellement divisé le nombre des licenciements qu'il avait envisagés à cette date, mettant en œuvre un plan de huit licenciements sur un effectif qui en comportait vingt.

Moins de trois mois séparaient les deux procédures de licenciement collectif, mais à l'inverse du texte de l'article L. 1233-26 du Code du travail, c'étaient les salariés de la première vague qui recherchaient la responsabilité de l'employeur à travers l'obligation de mettre en place un PSE.

C'est l'occasion de rappeler que, contrairement à ce que soutenait l'employeur devant la Cour d'appel de Grenoble, les conditions d'effectif et de nombre des licenciements pour motif économique s'apprécient au moment où l'employeur envisage les licenciements et non pas à la date à laquelle il choisit de les mettre en œuvre. Il était établi qu'en novembre 2006, l'employeur avait envisagé de procéder au licenciement de la totalité du personnel de l'UES. Il était établi par simple comparaison des documents d'information/consultation de juillet et de novembre 2007 que l'employeur avait envisagé, dès juillet 2007, la fermeture de la société L Commercial et le licenciement de la totalité de son personnel, soit au moins dix salariés sur une même période de trente jours. Or, à cette date – la fraude est subtile – l'effectif de l'UES était encore d'au moins cinquante salariés, répondant aux exigences de l'article L. 1233-61 du Code du travail.

Les licenciements d'août et novembre 2007 procédant des mêmes causes économiques et donc du même plan de restructuration, la fraude avait consisté à les scinder en deux vagues permettant d'échapper à l'obligation de mettre en œuvre un PSE :

- pour la première vague, en limitant artificiellement le nombre de licenciements à huit,
- pour la seconde vague, en échappant à la condition d'effectif de l'article L. 1233-61 du Code du travail, celui-ci étant devenu inférieur à cinquante salariés par l'effet de la première vague de licenciements.

On sait que la fraude corrompt tout, mais c'est tellement mieux en le disant aussi nettement !

Paul Darves-Bornoz

(9) Cassation sociale 28 septembre 2010, prec.

(10) Pourvoi n° 09-40.555.

(11) Cf. obs. prec. au Dr. Ouv. juillet 2009.

Annexe

LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE – Licenciement collectif – Plan de sauvegarde de l'emploi – Mise en œuvre – Conditions – Appréciation – Cadre – Unité économique et sociale.

Affaire société L Commercial contre I. et a.

1) COUR D'APPEL DE GRENOBLE 1^{er} juillet 2009

MOTIFS DE LA DECISION :

Attendu que les activités de la société L Commercial dans le secteur de la chaussure de luxe au profit des structures du groupe Kemos étaient les suivantes : création de produits et de nouvelles collections, d'achat de produits jouant le rôle de centrale d'achat, de sélection des fournisseurs, de négociation

des prix, de la gestion des approvisionnements, de logistique des autres sociétés, d'informatique et de soutien comptable, administratif et financier, tel que précisé dans la note d'information qui a été remise le 9 juillet 2007 au comité de l'UES ;

Que déjà au mois de novembre 2004 a été mis en œuvre un PSE au niveau de l'UES Kemos dans son ensemble et donc de toutes les sociétés la composant qui a été définitivement arrêté le 3 janvier 2005 et a abouti à la suppression de 76 postes au sein des diverses sociétés de l'UES ;

Que la réalité de cette UES était telle que les représentants du personnel et l'employeur, conformément aux dispositions du PSE, ont choisi de faire une appréciation des critères d'ordre des licenciements au niveau de l'UES et non pas par société, alors en effet qu'à l'origine c'est l'activité de l'unique société Stephan Kelian pour laquelle travaillaient antérieurement tous les salariés qui a été poursuivie par la société Kemos SA dans le cadre de dix sociétés distinctes à compter du mois de juin 2003 mais restées étroitement liées, y compris géographiquement puisque la société Stéphane Kelian ne disposait que de deux sites mitoyens, les salariés travaillant en un même lieu ;

Attendu que la question qui se pose dans le cadre de la présente instance est de savoir si les licenciements en août 2007 de sept salariés de la société L Commercial appartenant à l'UES Kemos ont été prononcés en fraude de l'obligation pour l'employeur de mettre en œuvre un PSE alors que dès le mois de novembre suivant a été engagé une deuxième procédure de licenciement concernant le reste du personnel, soit douze salariés, et que donc le nombre total de licenciements décidés a été supérieur à dix ;

Attendu qu'il est constant qu'au mois de novembre 2006 a été engagée une procédure de consultation sur un projet de cessation d'activité de l'ensemble des sociétés composant l'UES Kelian prévoyant la suppression de la totalité des 91 postes de travail existants au sein de l'UES ;

Que ce PSE n'est pas resté à l'état de simple projet puisqu'il a été présenté à la consultation du comité de l'UES le 13 novembre 2006 et a donné lieu à une deuxième réunion le 26 décembre 2006 pour débattre du premier rapport de l'expert-comptable mandaté par le comité ;

Qu'il a été matérialisé dans deux documents d'information détaillés sur le projet de cessation d'activité et le projet de licenciement collectif pour motif économique contenant toutes les rubriques obligatoires notamment celle relative aux efforts de reclassement au sein du groupe auquel appartient l'UES ;

Attendu que dans ces documents sont exposés, chiffres à l'appui, les raisons de ces décisions qui, malgré de nombreuses mesures déjà prises et qui n'ont pas permis de redresser la situation, sont notamment les suivantes :

- la décision des banques de ne plus soutenir Stéphane Kelian au mois de mai 2006 ayant nécessité la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour négocier un échelonnement de la dette auprès des créanciers mais dont les résultats n'ont pas permis d'inverser la tendance,
- la baisse générale et constante du chiffre d'affaires et la dégradation critique des ventes avec un effet significatif sur la rentabilité du groupe,
- des difficultés comptables avec une incapacité de clôturer les comptes annuels de l'exercice 2005-2006,
- des difficultés financières avec des pertes très importantes et des charges près de deux fois supérieures aux ventes rendant tout espoir de rentabilité vain, ces difficultés rendant la situation "irréversible",
- l'obtention tardive de financement qui a entraîné des retards dans la confirmation des commandes en vue d'approvisionner les boutiques pour la saison d'hiver alors que dans le métier il est essentiel que les collections hiver soient livrées sur les lieux de vente fin août début septembre et que le retard a provoqué des retours importants et une désaffection des clients,
- l'impossibilité de passer les commandes pour la saison d'hiver suivante alors que toute la trésorerie encaissée ne sert qu'à rembourser les dettes existantes ;

Qu'en conclusion, il est indiqué que "*la direction n'a pas d'autre solution que d'envisager l'arrêt total de l'activité Stephan Kelian*" mais avec la volonté, dit le second document, de préserver au maximum l'emploi, 38 postes de reclassement dans le groupe étant en effet proposés au titre des mesures de reclassement ;

Attendu que la situation critique ainsi décrite est confirmée par l'expert-comptable mandaté par le comité d'entreprise qui a rendu compte de sa mission lors de la réunion du 26 décembre 2006 et qui fait quant à lui état d'un effondrement "titanesque" du chiffre d'affaires en trois ans tout en dénonçant les carences de la direction dans la communication des informations nécessaires à l'exécution de sa mission ;

Et attendu qu'alors que la prochaine réunion du comité d'entreprise avait été fixée au 9 janvier 2007, sans explication, la direction a abandonné son projet de PSE et donc son projet de reclassement élaboré en conséquence ;

Que ce n'est qu'à l'initiative de son secrétaire s'interrogeant sur l'avenir de l'UES que le 4 juin 2007 s'est tenue une réunion extraordinaire du comité d'entreprise au cours de laquelle celui-ci a appris, sans qu'il soit justifié de son information préalable, que des décisions importantes de cessions avaient été prises par la direction mais sans que des précisions suffisantes lui soient communiquées sur leur nature et leurs effets, le tout modifiant l'organigramme de l'UES ;

Que spécialement interrogée sur le sort réservé à la société L Commercial, la direction a répondu :

- qu'elle se trouvait "*dans une situation où il n'y a plus de société en amont*",
- que la marque Kelian avait été retirée par son propriétaire qui l'avait cédée à un tiers et que donc elle ne pouvait plus l'exploiter,
- qu'elle voulait proposer des plans de licenciements au personnel de Romans citant le chiffre de 17 ou 20,
- que les solutions recherchées pour la société L Commercial n'ont pas abouti,
- qu'il y a des salariés qui sont sans véritable activité, la société étant incapable de leur fournir un travail;

Qu'au cours de cette même réunion, un membre de la direction a confirmé que "*pour Kelian Commercial, on constate aujourd'hui que nous n'avons pas de solution*", un autre ajoutant "*qu'il n'y a plus de travail et d'économie*", le premier précisant alors qu'il y aurait des licenciements, laissant toutefois entendre qu'il n'y aurait pas forcément de plan social sans répondre aux questions pressantes faites à ce propos par les membres du personnel ;

Attendu qu'en présence de ces incohérences une nouvelle réunion du comité d'entreprise a été demandée par son secrétaire le 25 juin 2007, notamment pour le motif suivant : "*Vos explications quant à d'éventuels licenciements s'agissant de l'ensemble des salariés de la société L Commercial alors que ces derniers n'ont plus aucune activité depuis plusieurs mois nous inquiètent comme elles inquiètent tous les salariés de Romans qui seraient privés, semble-t-il, de l'ensemble des garanties contenues dans les dispositions légales et réglementaires*" ;

Que pour toute réponse a été établie par la direction une brève note d'information remise lors d'une réunion du comité d'entreprise de l'UES Kelian du 9 juillet 2007 en vue de sa consultation sur un projet de licenciement de huit salariés de la société L Commercial ;

Que malgré l'opposition du comité d'entreprise, sept des huit salariés concernés ont été licenciés pour motif économique par lettre du 17 août 2007, le licenciement du huitième, salarié protégé, n'ayant pas été autorisé par l'inspection du travail ;

Que ces licenciements ont été prononcés malgré l'opposition également de l'Inspection du travail qui, par lettre du 13 juillet

2007, rappelant des contacts récents pris par des membres de la direction avec ses services qui ont "fait savoir que *Stephan Kelian Commercial ne pouvait plus exercer sous l'enseigne Kelian et se trouvait dans l'impossibilité de créer de nouvelles collections et de passer de nouvelles commandes, ce qui devait conduire logiquement à une cessation pure et simple de son activité*", a considéré que le fait de diviser artificiellement le nombre de licenciements dans une société dont la cessation d'activité est inéluctable n'avait d'autre objet que de frauder la loi en éludant les obligations spécifiques relatives aux licenciements d'au moins dix salariés ;

Que par lettre en réponse du 26 juillet 2007, la société L Commercial a répondu à l'Inspection du travail qu'elle contestait cette analyse, que les douze salariés restants ne sont pas concernés par le projet de licenciement car leurs contrats de travail sont nécessaires à l'activité de l'entreprise dans le cadre de missions d'animation et de coordination du réseau de distribution de la marque, que l'activité des stylistes se poursuit dans le cadre d'un projet de développement de la maroquinerie et que les salariés administratifs continuent d'avoir une activité normale ;

Que dans cette même correspondance la société a précisé que dans ce contexte seuls huit emplois étaient menacés et "qu'il n'est pas envisagé d'autre suppression d'emploi dans les prochaines semaines ou les prochains mois" ;

Attendu pourtant que dès 9 novembre 2007, soit moins de trois mois après les licenciements prononcés le 17 août, une nouvelle réunion du comité de l'UES a été convoquée pour le 19 novembre 2007 pour consultation sur le projet de licenciement de l'ensemble du personnel restant de la société L Commercial ;

Que l'examen de la note d'information établie dans ce cadre permet de constater qu'elle comporte, à l'identique, les mêmes chiffres et explications que celle rédigée pour justifier les licenciements du mois d'août, à savoir notamment les difficultés de trésorerie, l'arrêt du soutien des banques en mai 2006, la désignation d'un mandataire *ad hoc*, la cession de magasins au cours de l'été 2006, l'impossibilité de passer les commandes pour approvisionner les entrepôts, l'incapacité du groupe de faire face à ses échéances, l'impossibilité d'honorer les échéances fournisseurs et donc de passer commande des nouvelles collections, des cessions de sociétés en mai 2007, l'impossibilité de faire de nouveaux investissements susceptibles de garantir la viabilité des services ou encore la dénonciation du contrat de licence de la marque Kelian interdisant à la société d'exercer sous cette marque ;

Qu'en conclusion, cette note de novembre 2007, comme celle de juillet 2007, indique que ces difficultés ont eu des conséquences sur le travail des salariés, que la collection été n'a pu voir le jour et que la collection hiver 2007 n'a pu être préparée et que les stylistes ont été confrontés à une chute de leur activité ;

Que si la première note indique que les commerciaux n'ont plus de produits à vendre et ont cessé leurs tournées, la seconde ajoute que "la chute de l'activité et l'impossibilité de créer de nouvelles collections et de passer de nouvelles commandes ont généré une absence de tâches à fournir aux services administratifs et comptables" ;

Qu'il en résulte que ce sont les mêmes raisons, toutes déjà connues en juillet 2007, qui ont motivé la première série de licenciements puis la seconde à trois mois d'intervalle en contradiction avec les affirmations de la société L Commercial dans sa lettre précitée du 26 juillet 2007 dans laquelle elle expliquait que l'activité des stylistes et des administratifs se poursuivait sans risque de licenciement dans les mois à venir ;

Que l'on apprend à la lecture du compte rendu de la réunion du comité de l'UES du 23 novembre 2007 consulté sur le projet de licenciement des douze salariés restants de la société L Commercial qui, si cette dernière n'a pas mis en œuvre à cette

occasion un PSE, c'est parce qu'elle en était dispensée, l'effectif total de l'UES n'étant alors plus que de trente-six personnes, soit en dessous du seuil de cinquante au-delà duquel un PSE est obligatoire, à supposer que le chiffre avancé soit exact ;

Attendu que les affirmations de la société L Commercial selon lesquelles ses salariés des services comptables et administratifs continuaient à avoir un niveau d'activité faisant que leur poste n'était pas menacé en juillet 2007 et que pour les autres emplois maintenus elle cherchait une solution alternative consistant en la reprise de l'activité maroquinerie ne sont étayées par aucun commencement de preuve ;

Qu'elles sont au demeurant contraires à la note d'information de novembre 2007, qui non seulement ne fait pas état d'une quelconque recherche d'une solution alternative qui n'aurait pas abouti, mais justifie la deuxième série de licenciements par les mêmes motifs que ceux qui ont été invoqués à l'appui de la première ;

Que la société L Commercial ne justifie pas plus du maintien en activité suffisant e des douze salariés restants entre août et novembre 2007 alors que dès la lettre déjà citée du 25 juin 2007 était dénoncée par la secrétaire du comité d'entreprise l'absence d'activité des salariés et que la direction elle-même, lors de la réunion du 4 juin 2007, déplorait aussi cette situation ;

Qu'il résulte ainsi de l'ensemble de ces éléments, qu'en procédant à deux vagues de licenciements successives, la société L Commercial s'est soustraite à l'obligation qui était la sienne en juillet 2007 de mettre en œuvre un plan social alors que la cessation de son activité et la suppression de tous ses postes de travail en résultant étaient inéluctables comme cela était déjà affirmé dans le projet de PSE abandonné sans explication en décembre 2006 mais qui comportait un plan concret de reclassement ;

Que donc les licenciements de Mmes F., P. et I., intervenus alors que la procédure mise en œuvre par l'employeur est nulle et de nul effet en raison de l'absence de PSE, sont eux-mêmes nuls ;

Attendu encore que la société L Commercial, qu'elle ait ou non mis en œuvre un PSE, se devait de rechercher sérieusement un reclassement avant de procéder aux licenciements ;

Que l'on sait par le projet de PSE établi en novembre 2006 puis abandonné en janvier 2007 que dans le cadre de cette obligation l'UES a fait état de trente-huit postes de reclassement possibles au sein des autres sociétés du groupe auquel elle appartient ;

Que pourtant, en juin 2007, quand la direction a annoncé qu'il y aurait des licenciements au sein de la société L Commercial puis au début du mois de juillet 2007 quand elle a lancé la procédure par la remise de la note d'information sur laquelle le comité d'entreprise a été consulté le 9 juillet 2007, ces trente-huit postes de reclassement n'ont plus été évoqués ;

Qu'alors qu'elle prétend qu'aucune possibilité de reclassement n'existait au sein du groupe pour les sept salariés licenciés, elle ne s'explique pas sur les trente-huit postes de reclassement qui existaient six mois auparavant, sauf à justifier qu'entre-temps ils seraient tous devenus indisponibles ;

Qu'alors en outre que depuis le mois de juin 2007 des licenciements ont été annoncés au sein de la société L Commercial, ce n'est qu'au moyen d'une lettre circulaire adressée le 17 juillet 2007 à cinq sociétés que la direction prétend avoir recherché des solutions de reclassement au sein du groupe ;

Que cependant, dès le lendemain 18 juillet 2007, les salariés ont été convoqués à l'entretien préalable à leur licenciement ;

Que même si la société L Commercial explique que c'est dès le 17 juillet que les sociétés du groupe ont été destinataires par fax de sa demande, celle-ci se borne à faire état de la qualification des salariés concernés sans donner de précision sur leur profil professionnel et leur possibilité d'adaptation ;

Que les réponses apportées le 30 juillet en des termes identiques sont tout aussi imprécises en ce qu'elles indiquent qu'aucun poste vacant correspondant aux profils des salariés n'est disponible alors que la recherche de reclassement doit aussi se faire sur des postes de qualification inférieur ;

Qu'enfin la société L Commercial ne justifie pas du périmètre de reclassement du groupe auquel elle appartient et se borne à affirmer dans ses écritures que l'UES appartient à un groupe dénommé Alliance Designers qui ne serait composé que de cinq autres sociétés de petite taille ayant des effectifs réduits ;

Qu'elle ne communique cependant aucune pièce pour en justifier et en tout cas pas les registres du personnel cités dans ses conclusions mais dont il n'a pas été trouvé trace dans son dossier et alors en outre que ces documents ne suffiraient pas à déterminer la réalité du périmètre en question alors que les salariées produisent aux débats un organigramme du groupe Alliance Designers comportant plus d'une trentaine d'unités sur lesquelles elle ne s'explique pas ;

Qu'il sera rappelé qu'en décembre 2006, l'UES indiquait qu'il existait au sein du groupe trente-huit possibilités de reclassement et que déjà lors de la réunion du comité d'entreprise du 26 décembre 2006 les salariés ont dénoncé le peu d'informations communiquées sur la connaissance de ce groupe et ses composants et qu'il ne leur a été donné aucune réponse précise malgré leurs demandes réitérées ;

Que la note d'information du 9 juillet 2007, si elle contient une rubrique reclassement, est muette sur le périmètre du groupe puisqu'elle se borne à indiquer qu'au cours de la réunion sera évoqué l'état des recherches de reclassement entreprises et à entreprendre dans le groupe sans autre précision et que l'on sait que cette recherche a été entreprise le 17 juillet 2007, la veille de l'envoi des lettres de convocation aux entretiens préalables ;

Qu'il résulte de ces éléments que la société L Commercial n'a pas fait une recherche sérieuse de reclassement au sein du groupe auquel elle appartient ;

Attendu que les licenciements étant intervenus alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, les salariées

peuvent prétendre à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ;

Attendu que l'ancienneté de Mme F. remonte au 10 août 1981, qu'elle percevait en dernier lieu un salaire mensuel de 2 106 euros, qu'elle a été au chômage après son licenciement comme elle en justifie et a eu des problèmes de santé et n'a pas retrouvé d'emploi malgré une formation suivie en 2008 ; que le Conseil de prud'hommes a ainsi fait une juste appréciation de son préjudice en lui allouant à titre de dommages-intérêts la somme de 50 000 euros ;

Que Mme P. a une ancienneté depuis le 27 février 1984, qu'elle percevait en dernier lieu un salaire mensuel 3 270 euros et a retrouvé un autre emploi après son licenciement mais pour un salaire inférieur ; que l'indemnité de 40 000 euros qui lui a été allouée par le Conseil de prud'hommes est donc justifiée ;

Que Mme I. a été embauchée par la société Stéphane Kelian le 6 octobre 2000, qu'elle percevait en dernier lieu un salaire mensuel de 1 960 euros et n'a pas retrouvé un emploi équivalent ; que le Conseil de prud'hommes a donc fait une juste appréciation de son préjudice en lui allouant à titre de dommages-intérêts la somme de 25 000 euros ;

Attendu qu'il sera alloué à chacune des salariées la somme de 600 euros par application en cause d'appel de l'article 700 du Code de procédure civile ; que la somme de 500 euros qui leur a été allouée à chacune en première instance est confirmée ;

PAR CES MOTIFS :

Confirme en toutes ses dispositions le jugement déféré,

Et y ajoutant, condamne la société L Commercial à payer à Mmes F., P. et I., à chacune, la somme de 600 euros par application en cause d'appel de l'article 700 du Code de procédure civile.

(M. Gallice, prés. - Mes Pavon-Sudres, Kadri, av.)

2) COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 16 novembre 2010 (pourvoi n° 09-69.485)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Grenoble, 1er juillet 2009), que Mmes I. et six autres personnes étaient salariées de la société Stephan Kellian, placée en redressement judiciaire le 23 novembre 2002, dont l'activité a été reprise le 1er janvier 2003, dans le cadre d'un plan de cession, par la société Smalto Holding, à laquelle s'est substituée la société Kemos ; que cette activité s'est alors poursuivie dans le cadre d'une unité économique et sociale (l'UES) composée de dix sociétés filiales, le contrat de travail des intéressés étant transféré à la société Stephan Kellian commercial, devenue L Commercial ; que le comité d'entreprise de l'UES a été consulté en novembre 2006 sur un premier projet de licenciement collectif concernant la suppression de l'ensemble des quatre-vingt-onze emplois répartis dans les différentes entités de l'UES, la procédure étant ensuite abandonnée ; qu'une nouvelle consultation du comité est intervenue le 9 juillet 2007 sur un nouveau projet de licenciement concernant huit salariés de la société L Commercial dont Mmes I., F. et P., licenciées pour motif économique le 17 août 2007 ; qu'enfin, en novembre 2007, un troisième projet de licenciement a été soumis au comité d'entreprise de l'UES

concernant les douze salariés restants de la société L Commercial, lesquels ont été licenciés en février 2008 ; que des salariés ainsi licenciés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes en nullité de leur licenciement pour absence de plan de sauvegarde de l'emploi et en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur le moyen unique commun aux pourvois, pris en ses première et deuxième branches :

Attendu que la société L Commercial fait griefs aux arrêts attaqués de dire nuls les licenciements de Mmes I., F. et P., ainsi que MM. M. et Mé. et Mmes Ma. et Bruno et de la condamner au paiement de sommes à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors, selon le moyen :

1°/ que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doit être vérifiée la satisfaction aux critères d'effectif et de nombre de licenciements qui conditionne l'existence et la mise en œuvre de ladite obligation ; que l'unité économique et sociale, dépourvue de la personnalité morale,

n'ayant pas la qualité d'employeur, c'est par conséquent au niveau de la société L. Commercial que devaient être vérifiées les conditions requises pour l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que la société L. Commercial, unique employeur de Mme P., employait habituellement moins de cinquante salariés, son effectif total étant de dix-neuf salariés ; qu'en jugeant cependant que le licenciement de Mme P. était nul en raison de la méconnaissance par l'employeur de sa prétendue obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 1233-61 et L. 1235-11 ;

2°/ que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est non pas au niveau de l'unité économique et sociale mais à celui de l'entreprise concernée par les mesures de licenciements économiques envisagées, au moment où la procédure de licenciement collectif est engagée, que s'apprécie les conditions déterminant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; que, dès lors, les entités relevant d'une même unité économique et sociale ne peuvent être comprises dans l'assiette de calcul des effectifs et des licenciements qu'à la condition d'avoir la qualité de coemployeur ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si les personnes morales composant ladite unité avaient la qualité de co-employeur des salariées, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-61 du Code du travail ;

3°/ qu'enfin, la recherche de postes disponibles au sein des sociétés du groupe aux fins de reclasser un salarié licencié pour motif économique n'est subordonnée à aucune condition de forme ; que satisfait à son obligation de reclassement l'employeur qui, pour rechercher les possibilités de reclassement existantes à l'intérieur du groupe, parmi les

entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel, envoi à ces dernières une lettre leur faisant part de sa recherche de postes de reclassement et décrivant à cette fin les fonctions exercées par les salariés dont le licenciement est envisagé ainsi que leurs qualifications ; qu'en jugeant que l'envoi d'une telle lettre était insuffisant faute de précision de « leur profil professionnel et de leur possibilité d'adaptation », la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1233-1, L. 1233-2, L. 1233-3 et L. 1233-4 du Code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que si les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur, il en va autrement lorsque, dans le cadre d'une unité économique et sociale, la décision de licencier a été prise au niveau de cette UES ; que la Cour d'appel, qui a constaté que les projets de licenciements économiques soumis au comité d'entreprise de l'UES, avaient été décidés au niveau « de la direction commune » aux sociétés composant l'unité économique et sociale, en a exactement déduit que les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi devaient être vérifiées dans l'ensemble de l'UES ;

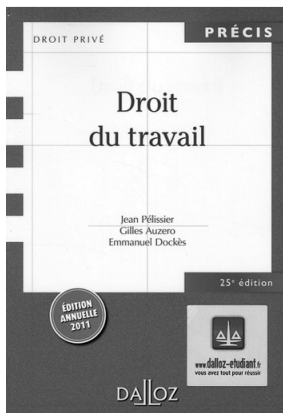
Attendu, ensuite, que la Cour d'appel a retenu que pour se soustraire à l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, la direction de l'UES avait commis une fraude en divisant artificiellement le nombre de licenciements envisagés en juillet 2007 ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette les pourvois.

(Mme Collomp, prés. - Mme Morin, rapp. - M. Lalande, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)



Droit du travail

Jean Pélissier, Gilles Auzero et Emmanuel Dockès

Cette nouvelle édition a pour auteurs Jean Pélissier, Gilles Auzero et Emmanuel Dockès. Les changements dans l'équipe des rédacteurs ont naturellement entraîné d'assez profondes modifications dans la présentation de l'ouvrage. Certains développements théoriques ont été allégés et formulés dans un langage dépouillé ; l'introduction a été écourtée ; les innovations législatives et jurisprudentielles ont été mises en valeur tout en les replaçant dans l'évolution de la discipline. La présentation des importantes réformes, intervenues en 2008 et en 2009, a été approfondie en tenant compte des textes d'application et des premières interprétations données par les juges ; les lecteurs auront ainsi une connaissance actualisée du nouveau droit de la représentation syndicale, de la négociation et des conventions collectives, de l'usage des modes originaux de rupture du contrat de travail comme la rupture conventionnelle et la prise d'acte. Les questions

relatives à l'emploi qu'il s'agisse de la pratique des plans de départs volontaires, des règles récentes concernant la formation professionnelle ou l'assurance chômage sont présentées avec clarté et perspicacité.

Dalloz coll. Précis - 48 € - 1457 pages - 2010 - ISBN : 978 2 247 10263 1

Sommaire

- | | | |
|---|--|--|
| <p>I. Le cadre institutionnel.
Les sources des règles.
Les institutions administratives et juridictionnelles.
L'organisation du marché de l'emploi.</p> | <p>II. Le rapport d'emploi.
L'accès à l'emploi.
Le maintien dans l'emploi.
La perte de l'emploi.</p> | <p>III. Le rapport de travail.
La prestation de travail.
La rémunération du travail.</p> <p>IV. Les relations collectives.
La représentation collective.
Négociations et conventions collectives
Les conflits du travail</p> |
|---|--|--|