

L'état des actions judiciaires contre les licenciements économiques ⁽¹⁾

par *Tiennot GRUMBACH*, Avocat au Barreau de Versailles

PLAN

I. L'état du droit positif... du passé ne faisons pas table rase

II. Les tensions : le Code de commerce contre le Code du travail

III. Les innovations : nouvelles cibles, nouveaux moyens, nouvelles demandes

Ce propos n'est pas un exercice à vocation universitaire ou théorique, mais une présentation autour des faits du droit et d'un regard sur les actions judiciaires de terrain. Il comporte trois séquences. La première porte sur l'état du droit positif à partir d'acquis, parfois anciens, et présente un tableau contrasté du conflit de logique qui oppose la Chambre commerciale et la Chambre sociale sur des questions qui intéressent l'appréciation des responsabilités de décideurs dont les actes juridiques, initiés de l'étranger ou en France, impactent des pertes d'emplois (I). La seconde explore les différences d'appréciation de la Chambre commerciale et de la Chambre sociale en s'interrogeant sur les causes et sur les effets de ces différences (II). La troisième séquence est centrée sur quelques décisions innovatrices et sur les pistes qu'elles ouvrent pour des actions judiciaires de défense de l'emploi (III).

I. L'état du droit positif... du passé ne faisons pas table rase

Retour sur le passé

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt *Herriau* (2), nous a rappelé qu'« il incombait à la Cour d'appel de rechercher si [la décision] n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi... réalisée par la combinaison d'actes juridiques dont chacun pouvait paraître isolément admissible ». Cet arrêt constitue un levier puissant pour faire échec aux délocalisations et aux initiatives des dirigeants de groupes et des entreprises à structures complexes quand ils mettent en cause de façon délibérée tels secteurs ou telles filiales, sans se soucier de l'intérêt de l'entreprise et de l'emploi de l'ensemble des salariés qui ont contribué à son développement. Or prendre en compte d'autres paramètres que ceux des performances financières veut dire que l'intérêt de l'entreprise ne se réduit pas à l'intérêt des actionnaires. Le droit positif n'emploie que rarement le concept juridique d'intérêt de l'entreprise, même si la Haute juridiction y a fait référence dans son arrêt *Rozemblum/Serimo* (3).

La laisser-faire de la Chambre commerciale doit trouver ses limites dans l'énoncé des fraudes à la loi et à l'ordre public social

Ces sources ont été progressivement mises sous le boisseau. Un mouvement idéologique ultra-libéral a emporté les fondements du droit du travail au profit de la liberté d'entreprendre (4). La domination de la finance et son ingénierie juridique a favorisé le « laisser-faire » de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, au nom de l'autonomie des personnes morales. La Chambre sociale s'est laissée prendre au jeu. On l'a vu notamment à l'occasion des arrêts qui autorisent la vente par appartements de différentes sociétés regroupées dans une UES (5).

Mais la crise aidant, la Chambre sociale exerce à nouveau un contrôle plus attentif sur les licenciements économiques. Elle rappelle que la qualification unilatérale de licenciement économique par l'employeur ne vaut pas justification devant les juges qui restent seuls maîtres de la requalification éventuelle de la décision de

(1) Dans ce texte chaque fois que des décisions judiciaires seront suivies de l'identifiant • elles peuvent être lues et téléchargées sur le site www.loysel.fr

(2) Crim. 23 avr. 1970, n° 68-91333 • ; *Les grands arrêts de Droit du travail*, Dalloz, n° 131, p. 603 et s.

(3) Crim., 4 fév. 1985, n° 84-91581 •

(4) Sur la contribution des normes comptables mondialisées à l'opacité de la valeur de l'entreprise – voir ci-dessous et lire :

Samuel Jubé : « La normativité comptable : un angle mort du droit social », RDT n° 4 avr. 2009, p. 211 ; Samuel Jubé : « Les normes comptables intègrent-elles les évolutions du droit du travail en matière de formation professionnelle ? », Droit Social n° 12 déc. 2009, p. 1246.

(5) T. Grumbach : « La compétence du Tribunal d'instance en matière d'UES au cœur du conflit de logique », Cass. avis n° 06-60198, P. 12 sept. 2007, RDT n° 12, 2007, p. 743.

l'employeur. Désormais, les licenciements collectifs mis en place pour améliorer les résultats financiers du groupe ou du secteur d'activité ou qui ne sont pas causés par des difficultés économiques, dans un terme raisonnablement rapproché et réellement prévisible, sont plus sévèrement évalués, notamment quand l'employeur allègue qu'ils sont prononcés pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

Entre 1995 et le début 2006, la Cour de cassation pouvait encore avoir des illusions sur l'autonomie managériale des secteurs d'activité au sein des groupes (6). Il est grand temps que les praticiens du droit du travail, avocats et défenseurs syndicaux et magistrats des juridictions du fond dépassent le cadre de ces arrêts. Aujourd'hui, la Haute juridiction semble vouloir en contourner les effets nocifs. Cela se constate également dans la jurisprudence de la CJCE, marquée essentiellement jusqu'à présent par la domination de la libre circulation des personnes et des marchandises et le droit de la concurrence. Les arrêts *AEK c/ Fujitsu* et *Akzo Nobel* en sont des exemples (7). Le premier de ces deux arrêts renforce nos argumentations juridiques et judiciaires quant au droit à la consultation des représentants du personnel dans les groupes transnationaux qui licencient dans leurs filiales.

Des sources lointaines portant sur l'insuffisance d'informations transmises aux institutions représentatives (8)

Une référence utile : les énonciations de l'arrêt *Sietam* (9) de la Chambre criminelle. On se souvient que cette entreprise a vu ses pratiques largement commentées par la presse spécialisée à l'occasion des arrêts de la Chambre sociale qui affirmaient le maintien de la notion « d'employeur seul juge » des choix de gestion, même quand existaient des alternatives plus crédibles, en terme d'emploi, qui permettaient la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Curieusement, les commentateurs sont restés plumes au bec quand a été

publié cet arrêt, qui a pourtant condamné le même employeur pour entrave au fonctionnement du CE pour défaut d'information à l'occasion de cette restructuration/scission qui a entraîné la fermeture d'un site au sein du groupe. L'employeur disposait d'un rapport d'audit qui présentait la fermeture du site comme acquise entre le cédant et le cessionnaire avant même l'ouverture de la procédure de consultation des IRP. Seule demeurait incertaine la date de cette fermeture. C'est au visa de l'article L. 431-5 ancien (devenu L. 2323-2 et L. 2323-4 CT) que la Haute juridiction a retenu l'entrave pour ne pas avoir communiqué ce document au comité, comme les comptes prévisionnels semestriels.

Intérêt social ou intérêt de l'entreprise, une nouvelle manifestation du conflit des logiques ?

L'arrêt *Rozemblum* (cité ci-dessus) renvoie à la notion d'intérêt de l'entreprise (10). Les avocats et les défenseurs syndicaux se devraient de demander aux juges du fond de choisir entre la logique de « l'intérêt social de l'entreprise » (l'intérêt des actionnaires/logique commerciale) et l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise, c'est un équilibre instable qui ne peut se dire au jour le jour tant il est mouvant. Les rapports de droit qui régissent les sociétés commerciales et leur mode d'organisation ne tiennent pas compte des valeurs immatérielles, du capital cognitif (11), autrement dit de la valeur non comptable des savoir-faire individuels et collectifs qui font « l'ambiance de boîte » et éventuellement la singularité de ses performances (12). Charley Hannoun précisait que ces rapports s'organisent pour un temps dans une « convergence des intérêts » au sein de chaque société/groupe. Cette convergence des intérêts est précaire et provisoire. Elle change en fonction de l'évolution des intérêts contradictoires et de la permanence de ce conflit d'intérêt entre les actionnaires de l'entreprise face aux intérêts des salariés (13). Je retrouve dans ces propos une illustration féconde de la méthode du conflit des logiques (14).

(6) Soc. 5 avr. 1995, *TRW-REPA*, p. n° 93-43866 • et *Thompson TBES Displays*, Dr. Ouv. 1995 p. 284 n. A. Lyon-Caen ; Soc. 12 janv. 1999, *Vidéo Color*, n° 97-12962 • ; Ass. plén., 8 déc. 2000, *SAT*, n° 97-44219 • ; Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito ; Soc. 11 janv. 2006, *Pages Jaunes*, n° 04-46201 et 05-40977 • ; Dr. Ouv. 2006 p. 384 n. M-F. Bied-Charreton et P. Darves-Bornoz.

(7) CJCE, 10 sept. 2009, *AEK contre Fujitsu Siemens Computers Oy*, C-4408, Dr. Ouv. 2010 p. 159 n. M. Bonnechère ; CJCE, 10 sept. 2009, *Akzo Nobel NV*, C97/08P •

(8) Sur la thématique de l'information, v. *supra* l'intervention de I. Teraud.

(9) Crim. 18 nov. 1997, n° 96-80002, Dr. Ouv. 1998, p. 423.

(10) Marie-Cécile Escande-Varniol « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* n° 4-2000, p. 260 et s. ; Bernard Teyssié « L'intérêt de l'entreprise », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1680 ; Tatiana Sachs, *La raison économique en droit du travail*, thèse de doctorat de droit privé soutenue le 23 oct. 2009, p. 436 et s.

(11) Yann Moulier Boutang, *Le capitalisme cognitif, la grande transformation*, Collection Multitudes/Idées, édition

Amsterdam ; Nicolas Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, oct. 2007.

(12) Référence au livre de Lucien Karpik, *L'économie des singularités*, Gallimard.

(13) Il s'agit de la contraction d'une intervention du professeur Charley Hannoun à l'occasion d'un colloque organisé à Strasbourg, le 20 nov. 2009 sur le thème : « L'entreprise et sa crise sous le regard des juges ». La formulation n'est pas de l'intervenant, elle n'est ici rapportée que sous la responsabilité du signataire.

(14) Sur le conflit des logiques : Frédéric Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, Paris 2009. Malgré les critiques de cet auteur (p. 190 et s. du tome I, Volume 1), je persiste à défendre la méthode du conflit des logiques dans le choix des actions juridiques au service des intérêts des salariés. Elle a permis à nombre de praticiens du droit du travail, dont moi-même, de sortir par le haut de l'impasse de la théorie marxiste sur le rôle du droit dans l'action de transformation sociale sans se renier.

Les avocats et défenseurs syndicaux face à la contre-réforme

Face à la défense des droits des salariés, les groupes et entreprises multiplient les incidents processuels et font que chaque contentieux se déroule dans des délais déraisonnables et coûteux. Ces méthodes découragent la majorité des salariés qui se rabattent alors sur le « un tien vaut mieux que deux tu l'auras ! » et signent des transactions irrégulières (15), négocient des ruptures conventionnelles contraintes, acceptent des plans de départs volontaires dans des PSE frauduleux (16).

Plus critiquable encore sur le plan des garanties collectives, l'ingénierie du droit des affaires appliquée à la gestion des relations de travail au sein des groupes permet, au bout du compte, de faire supporter les charges, le coût des licenciements, à leurs seules filiales (16 bis). Les ruptures contraintes améliorent les résultats financiers du groupe et accroissent les déficits de notre système assurantiel collectif contre le chômage, la maladie et les retraites.

L'office du juge dans les licenciements économiques

La Chambre sociale trace clairement l'office du juge actif qui ne peut accepter les systèmes d'organisation qui ne tiennent aucun compte des garanties que la loi accorde aux salariés. Comme l'énonçait un arrêt ancien, les systèmes de gestion « sont constitutifs de fraude à la loi, et partant d'abus de droit, tous les avantages du système étant pour l'employeur et les inconvénients pour les salariés (et leurs représentants) qui n'ont pas été mis au courant de leur situation véritable et qui n'ont pu évaluer exactement les risques qu'ils portaient » (17). La Haute juridiction exige bien désormais du juge du fond qu'il aille au-delà de l'apparence et qu'il recherche le véritable motif de la rupture, soit l'énonciation des qualifications qui figurent dans la lettre de licenciement (18).

Si un arrêt récent retient la licéité, dans le cadre d'un PSE, d'un plan de départ volontaire, ce n'est qu'après que l'employeur ait consulté les institutions dans les mêmes conditions que celles qui sont exigées pour un licenciement économique collectif (19). La régularité de la procédure suivie ne permet pas pour autant d'en induire l'existence d'une cause réelle et sérieuse ; c'est pourquoi certains demandeurs sollicitent du juge que l'employeur produise à la procédure des pièces qu'il détient et qui sont nécessaires à la solution du litige (20). C'est le plus souvent le cas quand les demandeurs excipent de fraudes à la loi.

Le juge actif a alors l'obligation de rechercher si l'apparence donnée par les motifs de la rupture du contrat de travail de chaque personne concernée ne cache pas un licenciement pour faux motif. La Cour d'appel de Toulouse a tranché dans ce sens dans son arrêt *Carrefour* (21), conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire *Valéo* (22), notamment quant il n'existe pas au sein du groupe de difficultés économiques. Dans le cas d'une fermeture d'établissement ou de site, la jurisprudence n'est pas constante. Ainsi, dans l'affaire *Valéo*, la fermeture du site n'a pas fait obstacle à la reconnaissance des droits des salariés. *A contrario* dans d'autres espèces, plus nombreuses, la Chambre sociale considère que la cessation d'activité sur un site justifie les licenciements économiques (23).

Si, en l'absence de difficultés économiques, l'employeur peut rechercher, par des projets négociés et par un plan d'adaptation des emplois du personnel, des mesures qui anticipent des difficultés prévisibles, les élus constatent souvent que ce type de projets camoufle des plans de décrets sur le moyen et long terme. C'est pourquoi si des moyens significatifs ne sont pas dégagés pour permettre de véritables formations qualifiantes ou diplômantes, ces plans ne sont que poudre aux yeux. Sauvegarder les droits à l'emploi – en interne (ou à un

(15) v. sur ces questions A. Chirez "Ruptures déviantes" Dr. Ouv. 2004 p. 201, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier> ; du même auteur "La restitution de l'indemnité transactionnelle (en cas de nullité de l'acte - Des progrès possibles " Dr. Ouv. 2010 p. 125.

(16) Le Syndicat des avocats de France et le Syndicat de la Magistrature ont publié de concert leur appréciation sur le dispositif de la rupture conventionnelle. La critique du SAF sur ce dispositif a été votée au conseil syndical après débats. Les éléments de fait et de droit qui ont conduit les syndicalistes, avocats et magistrats engagés dans la vie judiciaire se sont révélés fondés. La statistique des contentieux révèle bien que l'objectif du système conduit à l'évitement du juge. On recense actuellement moins de vingt contentieux sur environ 170 000 ruptures conventionnelles enregistrées par les services extérieurs du ministère du Travail. Autrement dit, on n'a jamais connu dans l'histoire des relations sociales un système aussi efficace pour éviter les contentieux devant la justice prud'homale. Croire qu'il n'y aurait qu'1 salarié sur plus de 8 000 qui n'aurait pas été contraint à une rupture conventionnelle à l'initiative de son employeur ne saurait

convaincre quiconque. Il s'agit d'un système de sécurisation des droits pour les entrepreneurs et de contournement des droits des salariés. Ici les chiffres parlent bien plus que de longs discours.

(16 bis) V. le volet civil de l'affaire *Samsonite* : TGI Béthune 24 juin 2008, Dr. Ouv. 2009 p. 276 n. J.P. Bougnoux.

(17) CA Paris, 23 nov. 1972, *UTA dame Richard*, • Gaz Pal 23 oct. 1973, n° 294/296 p. 745

(18) Soc. 22 oct. 2008, *JDA Software France*, n° 07-42892 • ; Soc. 13 févr. 2008, *Holiday Inn de Marseille*, n° 06-43849.

(19) CA Versailles, 1^{er} avr. 2009, *Renault*, n° 09/01005 ; I. Meyrat, « Le régime du licenciement économique à l'épreuve des départs volontaires », Dr. Ouv. 2009, p. 543.

(20) sur le sujet v. l'intervention de C. Parès *supra*.

(21) CA Toulouse, 30 janv. 2009, n° 08/05784.

(22) Soc. 8 juill. 2008, n° 06-43802 •

(23) Soc. 8 juill. 2009, *Papeterie de l'atlantique*, n° 08-41644 •, Dr. Ouv. janv. 2010, p. 51 n. Ph. Lejard.

autre emploi – en externe) ne doit se réaliser que dans le cadre d'un même groupe. Ainsi le prévoyait l'ancien article L. 320-2 devenu L. 2242-15. Si ce plan est loyal, il s'agit d'un projet de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Les élus seront en capacité, notamment dans le cadre d'un observatoire paritaire de suivi, d'en évaluer la mise en œuvre.

Le contrôle de la Cour de cassation sur les motifs énoncés par l'employeur dans le domaine des ruptures du contrat de travail pour motif économique ne peut donc se satisfaire d'un simple renvoi au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. On le sent bien à la lecture de l'arrêt *Bosni PBM*. Dans cette affaire, il semble bien que la Haute juridiction ait voulu rappeler que les licenciements pour motifs économiques, tels qu'ils sont encadrés par l'article L. 321-4-1 ancien devenu L. 1233-61, restent *l'ultima ratio* que la direction de l'entreprise ou du groupe ait à prendre. Cette affaire révélait pourtant la plasticité des formes juridiques inventées par l'ingénierie du droit des affaires. Le groupe Wolseley multipliait le nombre des sociétés filiales

comme autant d'écrans à la lisibilité de leurs activités et à la prévisibilité de leurs décisions. Cependant, ces informations figurent nécessairement dans le business plan de la *holding*, tête de réseau. Le groupe avait cru devoir séparer l'activité de ses filiales réparties dans différents pays en deux secteurs différents. Ainsi, alors que le secteur de négoce se développait avec des résultats financiers en progression, la filiale française, la société Bosni, rencontrait des difficultés. En limitant ses offres d'emploi ouvertes au reclassement sans permettre au juge "de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe dont relevait la société Bosni" (24), l'entreprise a fait obstacle à la détermination de la réalité des difficultés économiques invoquées qui, ainsi, n'était pas établie.

La riposte des avocats des salariés, des défenseurs syndicaux et des juges actifs se doit d'affirmer que les fraudes à la loi dans l'utilisation du droit des sociétés ne peuvent faire obstacle aux droits que tiennent du Code du travail les salariés et les institutions représentatives du personnel.

II. Les tensions : le Code de commerce contre le Code du travail

L'arrêt Metaleurop de la Chambre commerciale : la logique de « l'intérêt social » contre l'intérêt des travailleurs et des citoyens victimes des pollutions de l'environnement

Les obstacles que rencontrent les avocats, défenseurs syndicaux et juges actifs sont apparus encore plus difficiles à surmonter après la publication de l'arrêt *Metaleurop*, rendu par la Chambre commerciale (25) qui a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Douai. Les magistrats du fond, par des motifs pertinents à mes yeux, avaient critiqué les pratiques d'évitement de la responsabilité des groupes qui décident d'abandonner brutalement les concours financiers qu'ils apportent à leurs filiales (26). Ces méthodes de gestion, après siphonage de la clientèle, des brevets, des savoir-faire, permettent d'abandonner les entreprises qui ont été conduites délibérément à la déconfiture et à la cessation de paiement. Le droit du travail est alors largement subordonné au droit des procédures collectives, le Code du travail au Code de commerce, le juge prud'homal au juge consulaire du Tribunal de commerce.

L'affaire *Metaleurop* a conduit les avocats des salariés à agir avec la plus grande prudence à l'encontre des

mandataires sociaux de *holdings* de tête. Ils se limitent, le plus souvent, à mettre en cause la société qui a procédé aux licenciements collectifs et à ne faire valoir que l'absence ou l'insuffisance de l'obligation de reclassement pour faire suspendre la procédure de consultation du comité d'entreprise et permettre l'amélioration du PSE et obtenir une compensation indemnitaire correspondant à l'importance du préjudice subi.

Un signe subtil de la différence d'appréciation des faits dans les motifs des arrêts de la Chambre commerciale et ceux de la Chambre sociale

La Chambre sociale a été saisie de l'affaire *Metaleurop* et a rejeté les moyens du liquidateur qui prétendait qu'il n'y avait pas de possibilités de reclassement au sein du groupe en raison de l'attitude d'opposition manifestée au travers des divers contentieux qui avaient opposé les salariés et le groupe : « *Les liquidateurs ne rapportaient pas la preuve, comme il leur appartenait de le faire, des démarches qu'ils prétendaient avoir entreprises auprès de la société-mère pour recenser les postes disponibles au sein du groupe, la Cour d'appel qui*

(24) Soc. 4 mars 2009, *PBM*, n° 07-42381, Dr. Ouv. 2009, p. 395, n. F. Dumoulin.

(25) Com., 19 avr. 2005, *Metaleurop Nord*, n° 05-10094 •

(26) Citons toutefois la conclusion du communiqué de presse de la Cour de cassation (disp. sur www.courdecassation.fr) qui ouvre explicitement un fondement alternatif à celui examiné, à savoir les fautes de gestion de la société-mère (art. L. 624-3 C. com. devenu L. 652-1) plutôt que la confusion de

patrimoine : "En revanche, sans prendre parti sur l'application concrète qu'il convient d'en faire, la Cour de cassation a observé, par référence à l'article L. 624-3 du Code de commerce, que certains comportements ci-dessus décrits de la société-mère à l'égard de sa filiale pouvaient être de nature à constituer, en fait, des fautes de gestion, propres à créer une insuffisance d'actif chez la filiale, c'est-à-dire un accroissement du passif assorti éventuellement d'une diminution de son actif".

n'avait pas à tenir compte du conflit existant avec la société-mère, ni de la volonté présumée de celle-ci de refuser de concourir à tout reclassement, a pu décider qu'ils n'avaient pas satisfait à leurs obligations et que dès lors les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse » (27).

La Chambre sociale semble vouloir aller encore plus loin dans une affaire environnementale, *Libiol*, postérieure à l'arrêt *Metaleurop* alors que les faits étaient similaires. Elle adopte une argumentation toute différente de celle qui a été suivie par la Chambre commerciale dans l'affaire *Metaleurop* : elle énonce que « *la fermeture de l'usine n'avait pas mis fin aux activités du groupe, qui avait transféré la production sur d'autres lieux de production et a retenu que cette réorganisation qui avait été décidée pour mettre fin aux nuisances causées à l'environnement et non pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe qui n'était pas menacée, ce dont il résulte que le licenciement n'avait pas de cause économique » (28)...*

La Chambre sociale ne se contente pas d'allégations des employeurs pour la justification des causes économiques

La société Forte Pharma se contentait d'invoquer, pour justifier de sa réorganisation et des licenciements qu'elle provoquait, une régression en terme de parts de marchés qui accompagnait une baisse du chiffre d'affaires. La Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que ces motifs étaient insuffisants pour justifier de licenciements économiques dès lors que la perte de marchés invoquée n'était pas établie et que « *la réorganisation n'était pas nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » (29)*. Cette orientation était perceptible dans l'arrêt *Auxitrol* (30) où la Chambre sociale a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui « *a constaté que la compétitivité du secteur d'activité n'était pas menacée »* et que, dès lors, les licenciements devaient être considérés comme sans cause réelle et sérieuse.

Les groupes se doivent de produire au débat judiciaire contradictoire l'ensemble (31) des documents économiques et financiers relatifs tant au groupe qu'au secteur d'activité et à l'entreprise qui licencie. La société Agfa Healthcare, en licenciant en France dans le cadre d'une réorganisation, n'a pas fait état de certains bons résultats du secteur d'activité du groupe auquel

appartenait la filiale. La Cour de cassation tire de l'absence de production spontanée toutes les conséquences de droit en énonçant : « *L'employeur doit produire tous les éléments permettant d'établir que les mesures de réorganisation sont nécessaires à la sauvegarde de sa compétitivité ; [en ne produisant pas l'intégralité des renseignements nécessaires] cette carence ne permettait pas de connaître la situation économique réelle du groupe [et que dès lors la Cour d'appel] en a exactement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse » (32)*. La Chambre sociale semble bien affirmer là un mouvement d'extension de son contrôle sur la cause des licenciements économiques qui s'adosse à une prétendue sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité auquel l'entreprise appartient.

L'ingénierie juridique du droit des affaires et les licenciements économiques

L'utilisation par les dirigeants des groupes de la plasticité des formes juridiques que permet le Code de commerce montre que la forme juridique choisie n'est plus que l'habillage du pouvoir de direction et de décision. Ces formes sont aussi diversifiées que le permet l'imagination, alliant la multiplicité des personnes morales ayant des liens contractuels ou capitalistiques entre elles à une segmentation et une répartition fluctuantes des activités entre ces mêmes personnes morales (33).

Cette ingénierie juridique permet de cacher les décideurs réels. C'est particulièrement le cas dans les LBO (34). La Cour d'appel de Douai (35) a mis en évidence que la SAS de tête était une société de gestion de portefeuilles qui exerçait pour le compte de tiers : un groupe d'actionnaires regroupés dans un fonds commun de placement à risque (FCPR). La société de gestion avait constitué une société filiale exerçant un contrôle managérial sur des filiales dont le fonds de placement était l'actionnaire. Le montage s'était fait dans le cadre d'un LBO. Bref une situation qui élève tant d'écrans juridiques que la Cour d'appel de Douai a réformé le jugement initial rendu par le Conseil des prud'hommes de Lens qui, pour sa part, avait retenu la responsabilité de la SAS tête de réseau dans les licenciements économiques. La cour ne retient que le licenciement sans cause réelle et sérieuse du salarié licencié. Elle écarte la confusion d'activités, de direction et d'intérêt,

(27) Soc. 7 juill. 2009, n° 07-45584 •

(28) Soc. 13 fév. 2008, n° 06-44368 •

(29) Soc. 3 mars 2009, n° 07-43240 •

(30) Soc. 22 mars 2007, n° 05-45442 •

(31) Marie-Emma Boursier, « Un nouveau principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 37, p. 2570.

(32) Soc. 14 janv. 2009, n° 07-42708 •

(33) Sur la distinction entre les opérations sur le capital, les cessions et la survie de la personnalité morale, v. not. obs. de A. de Senga au Dr. Ouv. juil. 2006 p. 348 disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier/>

(34) Quentin Urban « Étendue du droit à l'information du comité central d'entreprise à l'occasion d'une opération de LBO » RDT déc. 2008, p. 755.

(35) Ch. Soc., 27 nov. 2009, *SAS Acland Capital Investissement*, n° 08/03825 •

entre la SAS tête de réseau et la filiale finale dont il était demandé qu'elle soit considérée comme co-employeur avec la société cible Sublistatic qui avait été contrainte de déposer son bilan. Dommage ! D'autant plus dommage que, dans un certain nombre de dossiers contemporains, la Cour de cassation, comme les juges du fond, semble avoir pris la mesure de la plasticité de ces formes juridiques.

Il ne suffit pas de dire que l'organisation des comités de direction où s'exerce le pouvoir réel des groupes est différente de l'apparence juridique des sociétés pour en convaincre le juge. Si le pouvoir de direction s'exerce

« ailleurs », il faut rechercher des documents à soumettre au juge qui établissent que les dirigeants de fait se sont ingérés dans la gestion de la filiale, dans la marche générale de l'entreprise. La direction managériale effective appartient au « centre ». Les dirigeants des filiales ne disposent pas d'une autonomie d'entrepreneurs. Ils sont très bien rémunérés et gratifiés par des contrats d'objectifs qui leur accordent un pourcentage sur les résultats financiers ou des stock-options, mais ne sont que de simples préposés du pouvoir financier.

III. Les innovations : nouvelles cibles, nouveaux moyens, nouvelles demandes

La recherche de la responsabilité des véritables décideurs

La responsabilité des dirigeants sociaux comme des dirigeants de fait ou des dirigeants apparents vis-à-vis des institutions représentatives du personnel n'est pas nouvelle. On peut se référer utilement à l'arrêt *Vivendi* qui oppose le principal dirigeant social de ce groupe à des actionnaires lésés dans un contentieux aux États-Unis. Dans cet arrêt, la Chambre criminelle a énoncé qu'il est possible d'entrer en voie de condamnation d'un dirigeant pour entrave au motif que « *même lorsqu'il confie à un représentant le soin de présider le comité d'entreprise, le chef d'entreprise doit, lorsqu'il prend une mesure entrant dans les prévisions de l'article L. 432-1 du Code du travail (devenu L. 2323-6, L. 2323-15, L. 2323-19), s'assurer de la consultation du comité sans pouvoir opposer l'argument d'une délégation de pouvoirs* » (36).

La Chambre sociale, de son côté, a ouvert les portes de la responsabilité délictuelle lorsqu'elle énonce que : « *La cour d'appel qui a déclaré irrecevable l'action individuelle des salariés alors qu'ils invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leurs droits à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier distinct de celui éprouvé par*

l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société cessionnaire, a violé les textes susvisés » (37).

Cette possibilité semble toutefois considérablement obérée par un arrêt récent dont on espère qu'il ne constituera qu'une parenthèse malheureuse (38).

La fraude à la loi dans l'utilisation de l'article L. 1224-1 pour éviter les contraintes d'un PSE véritable

L'ancien article L. 122-12, depuis l'origine, a été conçu pour assurer le droit au maintien dans l'emploi des salariés lorsqu'une société cédait tout ou partie de son activité à une autre société (39). Aujourd'hui, il est devenu l'un des plus efficaces outils juridiques de la flexicurité, des restructurations, des réorganisations et délocalisations qui impactent l'emploi.

Pour autant, l'étude de la jurisprudence permet de maintenir une action juridique et judiciaire à l'encontre de l'utilisation abusive du dispositif légal de transfert d'entreprise. Ainsi, le licenciement concomitant à un transfert au titre de l'article L. 1224-1 du nouveau Code est illicite (39 bis). Dans certaines espèces la jurisprudence retient soit la nullité du licenciement, soit la condamnation à des indemnités pour licenciements non causés et indique par ailleurs que la fraude doit être recherchée dans la concomitance entre le transfert et les ruptures des contrats de travail, même présentées sous forme de ruptures amiables. Dès 1992 (40), la Chambre

(36) Crim. 20 mai 2003, n° 02-84307 •

(37) Soc. 14 nov. 2007, *Araudeau et a. c/ Bull SA*, n° 08/01707 • Dr. Ouv. 2008, p. 106, rapport de M.L. Morin, n. J.-P. Bougnoux. La Cour d'appel de renvoi, dans un arrêt du 10 sept. 2009, a rejeté les demandes des salariés et confirmé la décision du TGI d'Angers du 4 mai 2004 par une décision très motivée. Les salariés ont à nouveau saisi la Cour de cassation d'un pourvoi.

(38) Soc. 13 janv. 2010, p. n° 08-15776, reproduit ci-après p. 214 n. G. Loiseau.

(39) sur les ambiguïtés de l'art. L 122-12 v. toutefois M. Henry "Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière ?" Dr. Ouv. 1992 p. 389, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier/>

(39 bis) Soc. 13 mai 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 402 ; CPH Paris 15 déc. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 438.

(40) Soc. 14 mai 1992, *Vaulx Distribution*, n° 88-45316 P • ; indépendamment de tout licenciement le salarié est en droit de se prévaloir du statut antérieur : Soc. 9 oct. 2001, Dr. Ouv. 2002 p. 450.

sociale indique que sont illicites les licenciements motivés par le refus du salarié de se voir appliquer immédiatement le nouveau statut collectif *tant que* n'a pas été mise en œuvre la procédure de l'article L.132-8, alinéa 7. La Chambre sociale a confirmé cette analyse à de nombreuses reprises (41). Elle énonce par ailleurs que la modification du contrat de travail concomitante au transfert chez le cessionnaire entraîne l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement quand la rupture est précipitée et qu'elle prive le salarié de la notification du délai d'un mois dont il doit bénéficier absolument en cas de modification de son contrat de travail : « *Le délai de réflexion prévu par l'article L. 1222-6 étant accordé au salarié pour lui permettre de prendre parti sur la modification de son contrat de travail, en mesurant les conséquences de sa décision, un licenciement économique prononcé avant que ce délai soit expiré est dépourvu de cause réelle et sérieuse* » (42). De même, dans un arrêt du 12 mars 2008 (43) rendu après cassation, la Cour d'appel de Toulouse indique qu'il « *appartenait à la société cédante de s'assurer que le repreneur de son activité s'assure que le transfert des contrats de travail s'inscrirait bien dans le cadre de l'article L. 122-12 du Code du travail, ce qui lui imposait de s'assurer que la société cessionnaire ne modifierait ni la durée du travail ni la rémunération des salariés repris* » (44).

La Cour d'appel de Versailles a retenu récemment qu'un transfert dans le cadre de l'article L. 122-12 incluant un plan de départs volontaires pouvait être illicite en énonçant au visa de l'article L. 1233-61 du Code du travail, anciennement L. 321-4-1, que « *les suppressions de poste envisagées ne doivent pas aboutir à une réduction équivalente des effectifs du personnel ; que les possibilités de reclassement interne ouvertes par la libération volontaire de postes viennent non pas en réduction du nombre de suppressions d'emplois qui restera le même, mais en réduction du nombre des licenciements qui ainsi peuvent être évités* » (45).

Enfin la Chambre sociale, dans divers arrêts récents, a mis en évidence qu'une réorganisation de l'activité conduisant à un transfert ne pouvait être qualifiée de licenciement économique quand elle ne consiste qu'à un transfert de l'une de ses branches d'activité (46).

La collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire

Il convient donc dans les situations de cession d'activité au titre de l'article L. 1224-1 d'aller au-delà de l'apparence pour s'interroger sur l'existence éventuelle de mécanismes de fraude.

Ces pistes sont parfois retenues par le droit positif. Dans une affaire récente, la Cour d'appel de Bordeaux a retenu la notion d'employeur conjoint dans une procédure de licenciement économique entre un groupe étranger et sa filiale française en énonçant les motifs suivants sur la recevabilité : « *que les salariés sont recevables à contester les mesures individuelles prises à leur égard par exemple pour ce qui est de l'obligation de reclassement* » (47). C'est aussi cette démarche qui a été suivie par la Haute juridiction dans son arrêt *Toscana* (48) où elle retient la collusion frauduleuse entre deux sociétés qui ont organisé le contournement des obligations de la loi dans le domaine du transfert d'entreprise (48 bis). Elle énonce que « *La Cour d'appel qui a retenu la collusion frauduleuse du cédant et du cessionnaire étant destinée à éluder tous les effets du transfert d'entreprise, en a exactement déduit que le cessionnaire devait supporter la charge des créances du salarié antérieures à la cession comme il aurait été tenu de le faire si le licenciement n'était intervenu frauduleusement* ».

De la production forcée de pièces pour révéler la fraude à la loi dont les effets génèrent un licenciement économique non causé (48 ter)

Désormais, l'argumentation qui nous a été opposée, pendant des années, sur le secret des affaires doit pouvoir être écartée. En effet, cette production forcée de pièces est admise sans difficulté dans nombre d'affaires

(41) Soc. 26 nov. 1996, P, en cas de licenciement d'économie ; Soc. 24 sept. 2008, *Lucent Technologie*, n° 07-40709, quand la dénonciation de l'accord initial n'a pas pu produire d'effet dans le délai de prévenance de trois mois.

(42) Soc. 28 oct. 2008, n° 07-42718 •. Cette énonciation est d'ailleurs reprise dans un arrêt plus récent, Soc. 3 mars 2009, *Zolplan*, n° 07-42850 •.

(43) CA Toulouse, 12 mars 2008, *Total Gaz*, n° 07-01749 •.

(44) Les licenciements négociés sont tout autant critiqués par la Cour d'appel de Toulouse (16 sept. 2005) sur la fiabilité des transferts au niveau des emplois que par d'autres Cours d'appel. Il en est ainsi de différents arrêts récents : Bordeaux (6 mai 2008), Grenoble (5 mai 2008) qui, sans retenir la collusion frauduleuse, indiquent la réduction artificielle de la masse salariale d'une entreprise, en constituant un élément essentiel et retiennent l'absence de cause réelle et sérieuse de

la rupture ; Lyon (4 fév. 2008) qui va insister sur le fait que les raisons d'économie de structure entraînant une restructuration du groupe (ici un GIE) ne saurait valoir motif de licenciement causé.

(45) CA Versailles, 14^e Ch., 10 avr. 2009, n° 09/00183, *SA PPG AC France* •, Dr. Ouv. 2009 p. 562 n. P. Cao.

(46) Soc. 18 mars 2009, *Société Terrot*, n° 07-43599 •.

(47) CA Bordeaux, 1^{er} juil. 2008, *SA Steelcase*, n° 06/05137 •, sur appel de CPH Bordeaux 11 sept. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 331 n. A. de Senga.

(48) Soc. 10 avril 2008, n° 07-41101 •.

(48 bis) V. également CA Bordeaux, 9 août 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 157 n. D. Joseph ; Soc. 16 janv. 2001, Dr. Ouv. 2001 p. 363 n. M. Henry.

(48 ter) Sur cette question v. les obs. de C. Parès et S. Bernard.

opposant des sociétés entre elles, qui sont traitées par les magistrats de la Chambre commerciale. Les juges du fond comme les juges des référés écartent désormais l'invocation du secret des affaires. Le défendeur qui l'invoque doit établir les risques réels qu'il encourt et non l'éventualité d'un risque dont il ne rapporte pas la preuve. Une décision du Conseil des prud'hommes de Grenoble (49) place la production forcée de pièces dans son cadre juridique : les mesures d'instruction. Ces premiers juges ont annulé le licenciement prononcé par un mandataire-liquidateur en fraude à la loi aux dispositions de l'article L. 1224-1. Le bureau de jugement a estimé que les explications de l'ancien employeur, pourtant assisté du liquidateur, étaient insuffisantes. Il a alors décidé d'une mesure d'information. Elle a été effectuée en l'étude de ce mandataire de justice. Les éléments qu'ils ont tirés de cette mission d'information les ont conduits à estimer que le montage de la liquidation était frauduleux. Il l'était d'autant plus que les bâtiments et le matériel informatique étaient passés d'une société à l'autre avant liquidation et qu'ils appartenaient à une troisième société, une SCI, dont les parts sociales étaient détenues par la famille des dirigeants sociaux des deux autres sociétés.

Contrôler l'accord des salariés dans les plans de départ « volontaire » (PDV) (l'exemple de SFR Téléperformance)

Le fait que, pour certains salariés, l'indemnisation prévue par le plan de départs volontaires puisse être considéré comme une bouée de sauvetage, voire un effet d'aubaine, ne doit pas faire obstacle à une réflexion critique sur les effets collectifs de ces transferts de charges. Le dispositif du chapitre III du Titre III de la première partie du Code du travail (ancien article L. 122-12 devenu L. 1224-1) a pour finalité de protéger le droit à l'emploi. L'instrumentalisation du dispositif de l'ancien article L. 122-12 accroît les distorsions de concurrence entre celles des sociétés qui respectent la loi et celles qui la transgressent.

Les Cours d'appel de Poitiers et de Toulouse ont déjà été saisies, comme vient de l'être le Conseil des prud'hommes de Lyon, par des demandeurs qui plaident à la fois l'importante question de la communication des

pièces (50) et la fraude à la loi sur le maintien de l'emploi.

La question de la responsabilité délictuelle du cédant et du cessionnaire dans une opération de cession d'entreprise est posée. La condamnation conjointe et solidaire des groupes ayant coopéré à la transgression de l'ordre public social est réclamée.

Les irrégularités dans le fonctionnement statutaire des sociétés commerciales et plus particulièrement des SAS

Il a été observé que de nombreuses filiales de groupe qui licenciaient étaient organisées dans le cadre juridique des sociétés par actions simplifiée. La plasticité de la SAS permet de très grandes audaces dans la gestion, elle ne permet pas tout (51).

Plusieurs arrêts récents ont jugé que seuls les dirigeants sociaux pouvaient régulariser les actes judiciaires nécessaires au prononcé des licenciements, si les organes de la société n'avaient pas procédé à la désignation formelle d'autres dirigeants sociaux ou si ces dirigeants sociaux n'avaient pas statutairement effectué des délégations de pouvoir. C'est notamment le cas d'arrêts de la Cour d'appel de Versailles (52). La Cour d'appel de Paris a su faire la liaison entre l'irrégularité des procédures statutaires et du mandat des dirigeants sociaux et le fond du litige en annulant le licenciement d'un salarié protégé au motif que le préposé qui a procédé à la rupture n'avait pas de mandat régulier pour le faire. Elle observe que : « *la délégation initiale... ne confère nulle part le pouvoir de licencier et que ce pouvoir ne peut être confondu avec celui de recruter, s'agissant en l'espèce de la part de l'employeur d'actes radicalement différents... considérant qu'il s'ensuit que le licenciement est nul et de nul effet et que la demande de réintégration doit être accueillie sans excéder les pouvoirs du juge des référés...* » (53).

Comme je n'ai cessé de le soutenir, « *la jurisprudence est comme les plantes, elle pousse par les racines* ». Ainsi le juge des référés de Nanterre, dans une ordonnance récente, élargit encore la cible (54). Dans ce dossier, il s'agissait d'une SAS dont le groupe n'avait pas mis en place une politique de reclassements à la hauteur

(49) CPH Grenoble (Sect. Ind.), 27 nov. 2009, Euro industrie et a., n° 09/00246 •

(50) CA Poitiers, 23 juin 2009, SFR, n° 09-01224 • ; CA Toulouse, 27 mars 2009, n° 08-06700 • ; ces deux arrêts sont reproduits au Dr. Ouv. 2009, p. 469, en annexe de T. Grumbach, E. Serverin « L'audience initiale devant les CPH : de sa phase de conciliation à sa phase juridictionnelle ».

(51) Ce point étant traité par Stéphane Vernac « Les statuts de la SAS en droit du travail » *supra* p. 181, il ne sera pas développé dans ces colonnes. Sur les SAS : Pierre Louis Perrin, *SAS la société par action simplifiée*, 3^e édition 2008, éd. Joly ;

également Maurice Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et de groupes*, 9^e édition 2009, p. 504 et s. ; Paul Le Cannu et Bruno Dondero : *Droit des sociétés*, Montchrestien.

(52) 24 juin 2007, *Perfect Circle Europe*, n° 06-03812 ; 26 juin 2008, *ATAC*, n° 07/02686 • ; 12 mai 2009, *GE Healthcare Clinical Systems*, n° 08/02952. Voir sur ce sujet Alain Cœuret « Le juge compétent pour connaître de l'UES », *SSL* 16 avr. 2007, n° 1303, p. 6.

(53) 3 déc. 2009, *Pôle 6*, Ch. 2, *ED c/ Pellerin et Sud*, n° 09/05422 •

(54) TGI Nanterre, 20 nov. 2009, *Saint-Gobain c/ CCE de SGD*, n° 09/02615 •

de ses capacités. Le juge des référés écarte les argumentations des sociétés défenderesses du groupe Saint-Gobain. Il va au-delà de l'apparence de l'autonomie des sociétés telle qu'elle ressort du montage en LBO. Il assure par la mesure provisoire qu'il prend que le débat au fond ne sera pas tranché trop tardivement, après le licenciement des salariés et, de ce fait, n'auraient plus la capacité juridique d'exposer une demande de droit au maintien dans l'emploi serait inexistante.

Dans tous les cas, on doit remercier les défenseurs syndicaux et avocats qui ont osé explorer la voie de la nullité des actes judiciaires non conformes aux statuts d'une société commerciale. Un champ de riposte est ouvert dans le droit des sociétés, que les spécialistes du droit du travail ont trop longtemps laissé instrumentaliser par les spécialistes du droit des affaires au détriment des droits des travailleurs (55).

* **

Nous entendons approfondir le travail de réflexion et d'action judiciaire autour de la responsabilité délictuelle. On peut espérer que certains dossiers récents (56) marquent une étape nouvelle dans les actions judiciaires conduites à l'encontre des décideurs de licenciements pour motif économique, où que soit situé le siège social de la maison-mère, en France, dans le périmètre de l'Union, dans le monde. C'est le lieu du dommage qui

justifie la compétence des institutions judiciaires de notre pays. Les délocalisations sans cause, les restructurations pour motif d'économie, les déclarations de cessation de paiement frauduleuses qui impactent l'emploi de dizaines de milliers de salariés doivent trouver les limites certes de l'abus de droit et de la fraude à la loi, mais également de la responsabilité délictuelle.

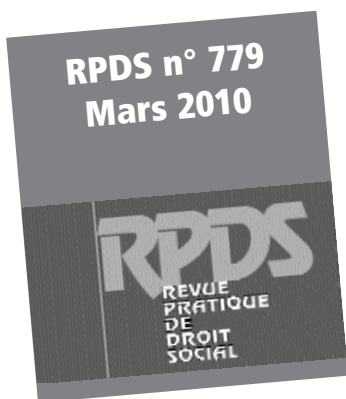
Il y a encore beaucoup de chemin à parcourir pour que l'ordre public social soit respecté. Il est probable que les méthodes de l'ingénierie du droit des affaires, qui permettent l'irresponsabilité des *holdings* de tête dont les décideurs sont les bénéficiaires, vont perdurer. On le voit dans le droit du travail, dans le droit de l'environnement, dans le droit à la santé, dans le droit au toit, dans le droit de la consommation. Mais les décisions comme celles rendues par la CJCE le 10 septembre 2009 (57) sont peut-être les signes avant-coureurs d'instruments nouveaux dans la défense des droits des salariés. Ils peuvent permettre d'interroger la Chambre sociale sur cette nouvelle réflexion. Cet ensemble de décisions met en évidence l'existence d'une nouvelle menace crédible pour inciter les groupes à prendre des mesures préventives pour éviter les licenciements collectifs, comme il révèle un moyen de réparation efficace à la charge de ceux qui se savaient impliqués, mais s'estimaient irresponsables.

Tiennot Grumbach

(55) E. Serverin, T. Grumbach, RDT n° 12 déc. 2009, « L'action délictuelle, nouvelle étape dans la saga judiciaire du dossier Unichips Flodor », TGI Péronne, RG n° 07/856, 18 août 2009.

(56) v. les interventions de A. Ottan, C. Parès et S. Vernac.

(57) CJCE 10 sept. 2009, *Akzo Nobel NV*, n° C97/08P ; CJCE, 10 sept. 2009, *AEK contre Fujitsu Siemens Computers Oy*, n° C-4408, Dr. Ouv. 2010 p. 159 n. M. Bonnechère.



RPDS n° 779 - Mars 2010

Au sommaire :

La désignation des délégués syndicaux

Chômage et activités réduites

Le droit et les juges : Plan de sauvegarde de l'emploi : quelles mesures ? (TGI de Nîmes, 18 janvier 2010, Comité d'établissement des salins du midi)

L'actualité juridique : sommaires de jurisprudence et de législation

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, il peut être commandé à : **NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches-en-Ouche**

Prix du numéro : **6,80 € (+ forfait de 3 € par envoi).**

Abonnement : **71 € par an à NSA La Vie Ouvrière, BP n° 50119, 92244 Malakoff cedex.**

Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet **www.librairie-nvo.com** ou **www.lecodedutravail.fr**