

L'incidence sur l'emploi de l'organisation et de la réorganisation des groupes

par *Tiennot GRUMBACH*, Avocat au Barreau de Versailles

PLAN

I. Lever le malentendu né des arrêts de la chambre mixte du 19 novembre 2010

II. Réfléchir à la singularité de la subordination fonctionnelle au sein des groupes

Les bouleversements qui ont accompagné le redéploiement des forces productives, par les délocalisations, scissions, fusions, restructurations des entreprises et par une nouvelle organisation financière et juridique des groupes et sociétés, devraient nous conduire à distinguer l'entreprise de la société. La société, c'est le mode d'organisation juridique de l'exercice et du partage du pouvoir de direction sur l'entreprise par la répartition des titres de propriété et l'exercice des droits de vote au sein des organes sociaux qui permettent d'en assurer la direction (1).

Cette distinction essentielle à la compréhension des stratégies des groupes et entreprises à structures complexes n'est pas à l'œuvre dans le Code du travail, où sont utilisées indistinctement des termes comme *employeur*, *entreprise* ou *société* sans qu'en soient précisés les contours ou sans appréhender des segments plus larges ou plus étroits de la vie économique et sociale tel que groupe, GIE, « joint-venture », secteur d'activité, unité économique et sociale, établissement, site...

Le Code de commerce organise le droit des acteurs économiques et financiers, porteurs de titres de propriété, qui interviennent dans la direction des sociétés. Ces derniers ne s'intéressent pas à l'entreprise, sauf quand elle est en difficulté et qu'il convient de la redresser ou de la liquider.

Ni le Code du travail ni le Code de commerce ne livrent une définition précise de l'entreprise. Dans le vocabulaire commun et quotidien des journalistes et responsables politiques, du législateur, les termes semblent synonymes. Les avocats qui exercent dans le domaine du conseil aux dirigeants des firmes parlent plus volontiers sans le dire, du droit des sociétés. Ils en importent les concepts dans les contentieux du travail pour faciliter les actes juridiques qui favorisent la concurrence, la liberté d'entreprendre. Dès lors, le praticien qui confond la portée des termes *entreprise* et *société*, ou ne sait pas distinguer le mandataire social du préposé d'un groupe, risque de ne pas remplir son obligation de conseil auprès de ses clients. Pour les « travailistes », l'entreprise c'est « l'aire » de la rencontre entre un réel pouvoir de direction et l'exercice des droits de la représentation du personnel. Ce n'est que depuis peu que les avocats et magistrats du travail prennent en compte la portée des injonctions des détenteurs de titres qui contrôlent les grands groupes et font des mandataires sociaux des sociétés filiales que leurs holdings de tête contrôlent de simples préposés. C'est pourquoi nous n'entendons pas en rester aux conséquences des arrêts prononcés par la Chambre mixte le 19 novembre 2010 sur la délégation de pouvoir dans les sociétés (I) et choisissons de nous inscrire dans le mouvement de résistance jurisprudentielle qui a surgi depuis quelques mois avant et après l'arrêt *Viveo* du 12 mai 2011 (II).

(1) Jean-Philippe Robé « L'entreprise et le droit », coll. *Que sais-je ?* n° 3442 PUF 1999 (épuisé), téléchargeable sur le site de M^e Jean-Philippe Robé : www.globalization-blog.info « Responsabilité limitée des actionnaires, responsabilité sociale de l'entreprise »

Entreprises et histoire, n° 57, 2009, p. 165 à 183. Charley Hannoun : « L'émergence de l'entreprise marchandise », RDT n° 1, janvier 2010, p. 22.

I. Lever le malentendu né des arrêts de la Chambre mixte du 19 novembre 2010 (2)

L'exercice du pouvoir de direction et la délégation de pouvoir impliquent un regard critique sur l'évolution de l'organisation juridique des sociétés et groupes de sociétés en France, depuis les trente dernières années.

Au cours des dernières années, la Chambre sociale a rendu des arrêts témoignant de sa plus grande vigilance quant aux effets de l'exercice du pouvoir de direction au sein des groupes, notamment à l'occasion des réorganisations, restructurations, concentrations et délocalisations impactant l'emploi dans les filiales (3).

A titre d'exemples, on rappelle que :

- l'incidence de la décision managériale du groupe sur la marche générale des sociétés de France implique qu'une information fiable et lisible soit transmise à l'expert dans un champ territorial transnational qui dépasse l'aire des deux personnes morales distinctes regroupées dans l'UES (4) ; la Cour de cassation l'a confirmé : « *Les éléments produits par l'employeur, limités aux entreprises situées sur le territoire français, ne permettaient pas de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe dont relevait la société BOSNI. La Cour d'appel a pu en déduire que la réalité des difficultés économiques invoquées n'était pas établie* » (5) ;

- la Cour de cassation déduit de l'existence entre deux sociétés d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, la qualité de co-employeur de l'une à l'égard du personnel de l'autre (6).

On peut penser que cette grille d'analyse a fait défaut à la Chambre mixte de la Cour de cassation quand elle a eu à examiner le contentieux de la délégation de pouvoir au sein des SAS et SASU. Son analyse purement quantitative et positiviste n'a pas pris la mesure des effets de l'ingénierie du droit des affaires dans la flexibilisation des formes de l'exercice du pouvoir au sein des sociétés commerciales face à la pérennité de l'entreprise. Dans ses deux arrêts de principe du 19 novembre 2010, la Chambre mixte de la Cour de cassation a tranché comme si la structuration juridique des filiales des groupes n'avait aucune incidence sur l'organisation du pouvoir de

direction et la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise (7).

Espérons que la position prise n'est que provisoire tant la question de la délégation du pouvoir de direction au sein des SAS et SASU conditionne, dans de multiples situations, le droit à l'emploi au sein de la communauté de travail. Il est vrai que la délégation de pouvoir faisait débat depuis les deux dernières années devant les premiers juges prud'homaux et les Cours d'appel. Fallait-il subordonner le « *social / droit du travail* » au « *droit des sociétés / exercice du pouvoir des actionnaires* » ? Certaines Cours annulaient des licenciements en raison de l'absence de délégation de pouvoir expressément mentionnée dans les statuts de ces sociétés. D'autres passaient outre en validant des délégations accordées soit de façon explicite, soit même implicite, à des préposés situés à divers niveaux de la hiérarchie fonctionnelle.

C'est cette seconde école qui estimait que la délégation de pouvoir était une formalité subsidiaire, qui pouvait s'inscrire au fil de l'eau dans l'expression du pouvoir de direction des employeurs, qui l'a emporté dans les deux arrêts du 19 novembre 2010. Or, il suffit de se reporter aux données de l'Unedic et de l'INSEE pour constater que la répartition des sociétés par nombre de salariés, en établissements distincts ou en entreprises distinctes, a varié de façon considérable, ce qui conduit, contrairement aux idées reçues, à ce qu'un plus grand nombre de salariés travaillent dans des groupes et non dans des entités autonomes.

Pour prendre la mesure de l'ampleur du malentendu entre certains des travaillistes, praticiens et universitaires et la Chambre mixte soutenue par les commentateurs et praticiens plus proches du droit des affaires, il faut tout à la fois observer l'importance des mouvements de concentration en cours en reprenant les documents issus de l'INSEE. On aurait alors pu procéder à une analyse comparative en s'interrogeant sur l'interface entre droit des sociétés et ordre public social : depuis quand, pourquoi et comment les SAS et SASU sont devenues la forme

(2) Cour de cass., ch. mixte, deux esp. p. n° 10-10095 et 10-30215 (P+B+R+I) sur lesquels Fl. Maury « La recherche de l'employeur : l'exemple de la délégation de pouvoir dans les SAS », Dr. Ouv. 2011, p. 455, annexes p. 463.

(3) T. Grumbach « L'état des actions judiciaires contre les licenciements économiques », Dr. Ouv. 2010 p.199.

(4) Cass. Soc. 26 octobre 2010, n° 09-65565 P, *Organon Biosciences*, cet arrêt peut être consulté *in extenso* sur notre site www.loysel.fr

(5) Cass. soc. 4 mars 2009, n° 07-42381, *PBM*, Dr. Ouv. 2009, p. 395, note F. Dumoulin.

(6) Cass. soc. 18 janvier 2011 n° 09-69199, *MIC - Jungheinrich France - Jungheinrich AG*, Dr. Ouv. 2011 p. 273, note P. Darves-Bornoz.

(7) Comme on le sait, la notion d'intérêt de l'entreprise a fait l'objet de multiples polémiques autour des travaux du professeur Paul Durand dans les années d'après la Seconde Guerre mondiale. Au motif que cette notion a été assimilée à l'association du capital et du travail, préconisée par le mouvement gaulliste de l'époque, elle n'a plus été revisitée au regard des bouleversements de l'organisation juridique du capital. Quand le capital industriel détenait le pouvoir de direction sans partage, la confrontation de classes entre pouvoir de direction et travailleurs se développait dans l'évidence des actions revendicatives. Dans la période actuelle, il me semble qu'il faudrait revisiter la notion d'intérêt de l'entreprise dès lors que le capital financier ne tient plus aucun compte de son insertion dans les territoires et de ses obligations de faire vis-à-vis de l'ensemble des salariés qu'il assujettit.

juridique dominante de l'organisation du pouvoir des actionnaires au sein des sociétés et groupes de sociétés ? Aujourd'hui les salariés du secteur privé sont, en effet, pour la plus grande partie d'entre eux, soumis à la politique industrielle, commerciale et financière des groupes. On peut regretter que l'INSEE ait abandonné l'enregistrement statistique du nombre de sociétés par groupes et en particulier le nombre moyen d'entreprises selon la classe de taille, comme cela avait été fait en 1980 et 1995.

Nadine Levratto, chercheuse au CNRS, l'indique dans une note : « *Le décret n° 2008-154 du 18 décembre 2008 définit l'entreprise comme « la plus petite combinaison d'unité légale qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes ».* Son but était de permettre une meilleure appréciation des groupes, puisqu'on est passé d'une unité fondée sur l'unité légale (les comptes sociaux) à une approche fondée sur l'unité économique. Dans la plupart des publications de l'INSEE et de la Banque de France, un groupe de sociétés est considéré comme une seule « entreprise » quelle que soit sa taille » (8). On constate alors que l'INSEE franchit les frontières artificielles de l'autonomie des personnes morales au sein des groupes en agrégeant la réalité économique qui dépasse l'objet juridique défini par les statuts d'une société inscrite au registre du commerce. L'INSEE apprécie la vérité de l'unité économique sans tenir compte de sa décomposition en établissements ou en filiales distinctes.

C'est pourquoi il semble utile de recomposer avec les données à notre disposition, les études de démographie économique sur le poids des groupes en nombre de salariés. Les informations issues de la revue INSEE Première (9) permettent en effet d'affiner l'étude :

- une entreprise sur vingt située en France fait partie d'un groupe, que ce groupe soit français ou étranger, en tenant compte du fait qu'environ 20 % des groupes recensés sont rattachés à un groupe d'origine étrangère ;

- plus de la moitié des salariés des entreprises y travaillent ; en 2002, cela représentait 6,3 millions de personnes, en 2008, 8,226 millions ;

- l'essor des microgroupes (groupes employant moins de 500 salariés) est impressionnant. En 2008, ils regroupent 2 255 000 salariés ;

- les 94 groupes comptant plus de 10 000 salariés au 1^{er} janvier 2007 occupaient 3 213 000 salariés, rassemblaient 39 % des effectifs totaux des groupes.

L'ampleur de cette mutation ne peut être appréciée que si elle est mise en interface avec la même ampleur que le

bouleversement de l'exercice du pouvoir des actionnaires au sein des sociétés commerciales. Notre hypothèse de travail, qui correspond à l'expérience de terrain de nombreux avocats de syndicats et d'institutions représentatives du personnel et d'experts comptables de comités d'entreprise, est que la concentration du capital financier a été accompagnée par l'émergence de la SAS comme forme juridique dominante de l'habillage des sociétés commerciales, et que cette forme juridique n'est pas neutre tant elle favorise l'opacité financière et « l'optimisation fiscale ».

La SAS est une forme récente dans l'histoire de l'organisation du droit des sociétés de capitaux. Le législateur a voulu privilégier la liberté contractuelle. La seule garantie pour les tiers est la transparence des statuts qui peuvent être consultés. L'interface entre le droit du travail et le droit des sociétés est mince. Les statuts doivent cependant préciser l'organe social auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent les droits définis par le Code du travail, et notamment la participation au conseil d'administration ou de surveillance de ces sociétés (article L. 2323-66 du Code du travail) ; la doctrine a attiré notre attention sur l'obligation de désigner un organe collégial comme interlocuteur (10).

Dans les arrêts de la Chambre mixte, à la lecture tant du rapport de Jean-Claude André que des écritures de l'avocat général Dominique Allix, on prend la mesure de la surdétermination du droit du travail par le droit des sociétés au travers du « laisser faire » ultralibéral qu'autorise la concentration du pouvoir de direction au sein des groupes (de microgroupes à grands groupes) quand elle est accompagnée de l'adoption de la forme juridique SAS. En concluant à la cassation, l'avocat général a voulu affirmer que la jurisprudence des Cours d'appel, qui avaient annulé des licenciements prononcés par des délégataires non statutaires au sein des SAS, constituait une « entrave à l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction dans les conditions prévues par le Code du travail... ». Ici aucune interrogation sur la confusion d'intérêt, d'activité et de direction, qui pouvait exister dans les groupes organisés en SAS et SASU et sur l'immixtion des dirigeants des sociétés têtes de réseau dans la gestion du personnel de leurs filiales (11). La question était ainsi réduite à l'expression d'une contrainte s'exerçant sur le pouvoir de direction au sein des sociétés, sans analyse du mouvement de concentration des groupes et des sociétés et la forme juridique qui avait accompagné ce jeu de pouvoirs opaques.

Les SASU sont encore plus efficaces dans le transfert des injonctions des sociétés dominantes à leurs préposés

(8) Nadine Levratto, note tapuscrite en date du 18 octobre 2011.

(9) Anne Skalitz « Au-delà des entreprises : les groupes », INSEE Première n° 836, mars 2012.

(10) On se reportera utilement à S. Vernac « Les statuts de la SAS en droit du travail », Dr. Ouv. 2010 p. 181.

(11) Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-12278 et 471 autres dossiers c/ AGS, Unedic, Recylex et Metaleurop SA.

au sein de leurs filiales, et si les détenteurs de titres (de capitaux) exercent leur contrôle sur les organes sociaux de leurs filiales, au travers d'une SAS, en particulier sous forme unipersonnelle, face aux autres formes sociales, plus contraignantes, que le Code de commerce autorise, ce n'est pas le fait du hasard.

Pourtant, toutes les questions ont été posées par de nombreux arrêts des juges du fond à l'occasion du débat qui a précédé et suivi les arrêts du 19 novembre. Pour ma part, je suis convaincu qu'elles seront à nouveau posées. Les faits sont d'autant plus têtus que, dans certaines espèces, la Chambre sociale a appliqué avec discipline l'égarément de la Chambre mixte. Elle a été jusqu'à reconnaître qu'un salarié titulaire d'un contrat de travail temporaire, embauché comme assistant et conseil du DRH, pouvait être considéré comme n'étant pas « une

personne étrangère à l'entreprise au sein de laquelle il effectue sa mission » (12).

En même temps, la Chambre sociale pose de nouvelles questions pour le moins paradoxales. Ainsi, depuis le 19 novembre 2010, elle semble montrer ses réticences sans pour autant franchir le pas de la résistance. Dans plusieurs arrêts successifs, elle a confirmé des décisions de Cours d'appel qui avaient refusé que des préposés de la direction d'associations de la loi de 1901 puissent procéder à des licenciements alors que cette délégation de pouvoirs n'était pas inscrite dans leurs statuts (13). Deux marchés du travail ? Dans l'application des règles statutaires, suivant que l'on est dans une SAS ou que l'on est dans une association, y aurait-il deux poids, deux mesures ? Alors que le Code du travail ne fait aucune distinction entre les salariés des sociétés commerciales et des associations sans but lucratif.

II. Réfléchir à la singularité de la subordination fonctionnelle au sein des groupes

Récemment la Cour d'appel de Paris a mis en évidence cette architecture de délégation de pouvoirs au sein des sociétés, qui ne correspond pas à l'exercice du pouvoir de direction au sein des entreprises quand le dirigeant social de la filiale est le préposé de la maison-mère : « La Cour estime la singularité, – tirée de la relation salariée existant entre le représentant légal et le directeur financier de la société DFS et la société DA – incontestablement révélatrice d'un lien de subordination fonctionnel effectif entre la société DFS et la société DA, au-delà des liens capitalistiques et des relations qu'induit le droit des sociétés entre société-mère et filiales ; ...que ces relations salariées ne peuvent que traduire l'institution – au demeurant, non exceptionnelle à l'intérieur d'un groupe – d'une soumission de la société DFS filiale, au pouvoir directionnel de la société-mère DA, par la mise à sa tête d'un dirigeant, lui-même juridiquement subordonné aux directives de la société DA, dans le cadre d'un contrat de travail qui constitue aussi celui de l'exercice, par les gérant ou directeur financier de la société DFS, de leur mandat social respectif au sein de cette dernière » (14). La Cour d'appel recourt à une qualification juridique adaptée aux situations concrètes que le juge a à connaître.

Dans cet arrêt, comme dans l'arrêt *Viveo* (15), les magistrats du fond se sont appliqués à suivre étroitement toute une série de « considérants » que la chambre sociale a fait siens. « On ne peut pas demander au juge de valider une procédure si, au point de départ, elle est viciée par l'absence de motif économique (...). Or toute la procédure du licenciement pour motif économique doit quand même reposer sur un motif économique. Et cette absence de motif doit permettre au juge d'annuler l'ensemble de la procédure » (16). L'explosion/implosion des frontières des entreprises présentées, par l'artifice du droit des sociétés, comme celles de l'autonomie des personnes morales distinctes au sein des groupes, exigent de nouvelles réponses.

Après *Viveo*, d'autres juges du fond, en première instance ou en appel, sur d'autres moyens de droit, interpellent la Cour de cassation sur ces opérations où, sous l'apparence du respect du droit des sociétés, se niche la négation de l'ordre public social (17).

Les faits sociaux et les fraudes à la loi qui se donnent à voir dans la diversité des solutions contentieuses ont conduit des juges du fond à annuler des licenciements en l'absence de motif économique dans des cas de fermetures de sites, des décrutements massifs organisés

(12) Cass. soc. 2 mars 2011 n° 09-67237 P.

(13) Cass. soc. 30 septembre 2010 n° 09-40114 P ; Cass. soc. 2 mars 2011 n° 09-67237 P ; Cass. Soc. 8 juin 2011 n° 09-69853 D.

(14) CA Paris, pôle 6 Ch. 2, 28 avril 2011, n° 10/02638, CE *Falco Service et CGT c/ SDA et a.*, dossier de reconnaissance d'une UES.

(15) CA Paris pôle 6, Ch. 2, 12 mai 2011, n° 11/01547, Dr. Ouv. 2011 p. 537 avec le comm. de A. Lyon-Caen « La nullité d'une

procédure de licenciement collectif pour défaut de motif économique » ; add. P. Lokiec et A. Lyon-Caen « Contre la violation efficace du droit », Sem. Soc. Lamy n° 1532, 2 avril 2012, p. 6. NDLR : l'arrêt d'appel a été censuré par Soc. 3 mai 2012, p. n° 11-20.741, PBRI.

(16) Interview de Mme C. Taillandier, L'Humanité du 5 mars 2012.

(17) CA Metz 6 février 2012, n° 09/03826, X c/ *Welle France*.

pour la soi-disant « *sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise* ». Quand la cause économique n'est qu'un artifice de gestion, n'est-il pas temps de bousculer une jurisprudence passéiste, qui ne correspond plus aux objectifs fixés par la directive communautaire sur les licenciements collectifs pour motif économique et par l'article L. 321-4-1 ancien, devenu L. 1233-61, qui énonce que « *le plan de sauvegarde de l'emploi (doit être mis en œuvre) pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité...* » ? Ce changement est attendu. Une telle invitation de la Chambre sociale ne frapperait pas les PME-PMI, mais elle indiquerait une volonté de contrôle des licenciements économiques au sein des groupes qui tentent d'instrumentaliser l'autonomie des personnes morales au détriment du droit à l'emploi ou du droit à un autre emploi et au reclassement (18). La Cour de cassation ferait savoir aux mécaniciens du droit des affaires et des décrets massifs qu'existerait un véritable contrôle judiciaire des causes justificatives des licenciements.

Il y a quelques années, la Chambre sociale avait tenté, de façon prétorienne, de relativiser la balkanisation des sociétés en multiples petites filiales (19). Elle dit depuis que, si les groupes ou des « sous holdings » du groupe contrôlent leurs filiales, les motifs économiques doivent s'apprécier au niveau du « *secteur d'activité du groupe auquel la filiale appartient* ». Cette tentative de limitation des abus a rencontré un obstacle majeur : le cantonnement de la nullité des licenciements économiques à l'irrégularité formelle de la procédure d'information en vue de la consultation des institutions représentatives du personnel. Des officines spécialisées ont mis en place des check-lists, dupliquées en logiciels, permettant par la modélisation de plans de sauvegarde de l'emploi de présenter aux élus des CE une consultation formellement rigoureuse, mais substantiellement trompeuse.

Peu importe la faiblesse de l'argumentaire ou l'inexistence de la cause économique des licenciements projetés si tous les arrêts connus de la Cour de cassation sur les irrégularités de procédure peuvent être contournés. Cela permet des licenciements collectifs peu onéreux, les fraudes à la loi que sont les plans de départ volontaire, les

ruptures conventionnelles pour cause économique déguisée et le détournement d'objet social des indemnités de chômage. C'est pourquoi les dirigeants sociaux de groupes préfèrent prendre le risque d'un contentieux sur les licenciements individuels prononcés que d'affronter l'imprévisibilité de la durée et du coût d'une procédure ayant comme finalité l'examen de l'orientation stratégique du groupe et des effets de sa politique sur l'emploi et l'organisation du travail. Quand les dirigeants l'ont décidé, ils estiment que la contractualisation du mode de rupture avec chèque-valise vaut mieux que le risque d'annulation du PSE. Il vaut mieux payer des sommes significatives déjà provisionnées et que la faiblesse de l'argumentation sur la cause des ruptures soit désormais derrière soi. L'affaire *Samaritaine* résonne encore (20).

Sans la reconnaissance de la substantialisation de la procédure d'information/négociation/consultation des Institutions représentatives du personnel, le droit à l'emploi n'est qu'une déclaration de principe qui cède sans résistance aux impératifs de la « liberté d'entreprendre ». L'arrêt *Viveo* met en avant des principes processuels qui retiennent qu'une absence manifeste de cause économique vicie en amont l'ensemble de la procédure. L'irrégularité de la procédure est alors substantielle. Elle absorbe le fond du litige. C'est ce que nous appelons la « substantialisation » des règles de procédure (21). C'est ce qu'a intégré l'arrêt du 12 mai 2011 (22).

Il y a bien, dans les arrêts *Falcon* et *Viveo*, un retour aux sources des règles qui entendent examiner l'existence de la cause économique des licenciements projetés quand la procédure préalable n'est manifestement qu'un leurre et que les mesures d'accompagnement se réduisent de plus en plus souvent en l'attribution d'un chèque-valise sans reclassement dans le groupe.

Sans un travail approfondi sur les rapports entre droit du travail et droit des sociétés, nous manquons d'une vision d'ensemble qui permette d'élaborer une véritable cohérence et une stratégie de défense de l'emploi dans les litiges et les conflits qui surviennent au sein des entreprises / sociétés. Il s'agit de prévention et non de soins *a posteriori* vécus douloureusement par les salariés.

Tiennot Grumbach

(18) « Arrêt *Vivéo* : la position de la CGT », Dr. Ouv. 2012 p. 278.

(19) Les fraudes à la loi dans le domaine de l'UES vont devenir plus difficiles à manager par les DRH et les conseils en recrutement depuis que la Chambre sociale a finalisé sa doctrine ouvrant la voie de l'appel au contentieux de la mise en place ou de la modification du périmètre de l'unité économique et sociale. Tiennot Grumbach : « La généralisation de l'ouverture de l'UES : un effet collatéral de la loi du 20 août 2008 », chronique sous Cass. soc. 31 janvier 2012 n° 11-20232 et 11-20233 et Cass. soc. 8 février 2012 n° 10-24269, RDT mars 2012, p. 168.

(20) Tiennot Grumbach et Antoine Lyon-Caen : « Marché du travail : la flexibilité a ses raisons que la raison... », Le Monde

diplomatique mars 1997 ; Tiennot Grumbach : « Encore une fois sur les arrêts *La Samaritaine* », Droit social n° 4, avril 1997.

(21) Évelyne Serverin et Tiennot Grumbach : « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », RDT n° 2, février 2011, p. 126.

(22) Ibid. *a contrario* de la position développée par Antoine Lyon-Caen et Pascal Lokiec voir notamment Claire Fougéa, avocate : « Nullité de la consultation du CE en raison du défaut de cause économique » JCP Social, 1389, 6 septembre 2001, n° 36 ; Gérard Couturier : « Les audaces de la Cour d'appel de Paris », *SSL*, 17 octobre 2011, n° 1509, p.10.