

## LE LICENCIEMENT ECONOMIQUE A L'AUNE DU GROUPE

<b>Editorial</b> .....	1
<b>Jurisprudence</b> .....	2
• Relations individuelles du travail .....	2
• Relations collectives de travail .....	4

### éditorial

Alain Coeuret  
*Of Counsel*

Au titre du bilan jurisprudentiel de l'année écoulée, ce qui retiendra sans aucun doute l'attention des observateurs, ce sont les arrêts rendus le 16 novembre 2016 par la chambre sociale de la Cour de cassation qui prennent position sur la conception du groupe d'entreprises dans les différentes hypothèses où la loi sociale oblige l'employeur qui licencie pour motif économique à prendre en compte cette notion. A dire vrai, on serait tenté d'ajouter à la phrase précédente le mot "enfin" si on se rappelle que le choix du groupe comme périmètre d'appréciation des difficultés économiques ainsi que des possibilités de reclassement des salariés concernés, remonte à l'arrêt Vidéocolor du 5 avril 1995 (n° 93-42690) soit à plus de 20 ans ! Cependant, soyons juste à l'égard de la chambre sociale, car pour fixer les contours de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur (laquelle en 1995 ne figurait pas encore dans le Code du travail) les Hauts magistrats s'étaient montrés relativement audacieux. Ils étaient allés jusqu'à énoncer que : "le périmètre du reclassement interne est le groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu du travail ou d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel" (arrêt précité).

Nanties de ce viatique, les juridictions du fond s'étaient efforcées de donner à l'obligation de reclassement un maximum de portée en tenant compte de la présence d'un groupe d'entreprises parmi lesquelles se trouve celle qui licencie, la permutation entre elles pouvant revêtir une dimension internationale. S'agissant du reclassement, les arrêts du 16 novembre 2016 ne reviennent pas sur cette définition prétorienne pas plus qu'ils ne sont porteurs d'une actualisation de tel ou tel de ses aspects. Leur intérêt est autre, il se situe au plan probatoire. La charge de la preuve du périmètre du reclassement en présence d'un groupe par la mise au jour des possibilités de permutation entre les entreprises concernées paraît s'être déplacée, au moins partiellement, de l'employeur, débiteur de l'obligation, vers le juge auquel désormais il incombe de trancher le litige en formant sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui ont été fournis par les parties. Il ne sera dorénavant plus suffisant, pour déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse, que le salarié ait fait valoir qu'il existe des possibilités de permutation sans apporter aucun élément au soutien de sa prétention (comme cela avait pourtant été admis par différentes décisions de la Cour de cassation elle-même - voir not. Cass. Soc. 2009 n° 07-42381).

Selon le nouvel équilibre probatoire consacré par les arrêts commentés, le juge du fond ne commet donc aucune erreur de droit susceptible de déclencher la censure de sa décision en repoussant cette pure allégation, parce qu'elle est désormais considérée comme impuissante à établir l'existence d'une possibilité de permutation. Les arrêts du 16 novembre 2016 traitent aussi d'un autre aspect de cette recherche des périmètres du licenciement économique qui requiert la définition du groupe servant à apprécier la réalité et le sérieux de la cause du licenciement fondé sur un tel motif. C'est d'ailleurs sans doute plutôt à raison de cet apport notionnel qu'ils resteront dans les mémoires, ce d'autant que la Cour de cassation travaille ici pour l'avenir puisque, depuis le nouveau partage des compétences juridictionnelles issue de la loi du 14 juin 2013, c'est sur le contrôle de la cause légitime du licenciement que s'est reconstruite la compétence du juge judiciaire, le juge administratif contrôlant désormais, comme l'on sait, la question des PSE et l'appréciation de leur validité. Aussi bien, convient-il de scruter avec attention cette définition du groupe d'entreprise, tant attendue, applicable lorsque le débat judiciaire porte sur la justification du licenciement, sa légitimité.

"... la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise, ou si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient ; que le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L 2331-1 du Code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national". La formule, d'une forte densité, marque la victoire du droit des relations collectives de travail dans la mesure où emprunt est très largement fait à la définition du groupe qui sert à la mise en place du comité du même nom, même si cet emprunt n'est pas total (la loi sur le comité de groupe est une loi de police qui ne peut s'appliquer aux entreprises installées sur un territoire autre que la France). Quoiqu'il en soit, ressort de cette nouvelle approche jurisprudentielle une définition très resserrée du groupe limitée aux seules entreprises contrôlées et à celles sous influence dominante (en cela, la chambre sociale s'éloigne de l'article L 233-1 du Code de commerce). C'est donc dans un cadre notionnel plus intelligible que vont s'appliquer les règles d'appréciation des difficultés économiques introduites par la loi El Khomri, la référence maintenue au "secteur d'activité" qui remonte à la jurisprudence de 1995, constituant sans doute le pivot de l'appréciation judiciaire mais restant aussi, il faut le dire, la principale source d'inquiétude pour les entreprises confrontée à un critère intrinsèquement flou dont la compréhension n'a pas beaucoup progressée depuis 20 ans. On le voit, le droit français des licenciements économiques, lorsque ceux-ci interviennent dans le périmètre d'un regroupement d'entreprises, connaît des difficultés multiples et récurrentes auxquelles les arrêts commentés n'ont que partiellement répondu.

## JURISPRUDENCE

### Relations Individuelles du Travail

#### La question du harcèlement au travail (cass. Soc. 14 décembre 2016 n° 14-21325)

Parmi les nombreuses décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation sur ce thème, dont certaines consacrent un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure (voir notamment cass. Soc. 1er juin 2016 n° 14-19702 qui admet l'exonération de responsabilité de l'employeur en présence d'un harcèlement moral réalisé par l'un de ses salariés) l'arrêt du 14 décembre 2016 ici commenté souligne l'importance de l'enjeu indemnitaire qui s'attache à l'annulation du licenciement d'une salariée qui a dénoncé de bonne foi (mais sans fondement) de prétendus agissements de harcèlement moral dont elle aurait été victime. Or, seule la démonstration de la mauvaise foi des salariés peut permettre à l'employeur d'échapper à la sanction de la nullité prévue par la loi (Art. L 1152-3 du Code du travail). Si elle demande cette nullité, la salariée concernée doit donc être réintégrée et doit, en outre bénéficier d'une indemnisation correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration dans la limite du montant

des salaires dont elle a été privée. Cette indemnisation peut être très lourde pour l'employeur, de l'ordre de plusieurs années de salaires en fonction de la durée de la procédure judiciaire. Faut-il aller plus loin et, comme le prétendait la salariée en l'espèce, ne pas déduire de cette indemnité les revenus de remplacement perçus avant la réintégration ? La Cour de cassation l'admet dans certaines hypothèses d'atteinte à une liberté ou à un droit garanti par la Constitution (voir par exemple Cass. Soc. 2 juin 2010 n° 08-43277 pour le licenciement fondé sur une discrimination syndicale ou encore sur l'exercice normal du droit de grève, Cass. Soc. 2 février 2006 n° 03-47481).

Dans le présent arrêt, la Haute juridiction prend le contrepied de cette analyse en affirmant que, dans l'hypothèse jugée, l'indemnisation de la salariée n'est pas forfaitaire et qu'il y a donc lieu de tenir compte du revenu de remplacement servi à celle-ci pendant la période écoulée entre le licenciement et la réintégration. Le licenciement nul pour dénonciation d'un harcèlement va rejoindre ainsi l'hypothèse qu'on peut qualifier de "droit commun" posée par un arrêt de principe de la chambre sociale du 3 juillet 2003 (n° 14-4717) et non démentie à ce jour, selon lequel : "le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la signature de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé".

#### **La rédaction de la transaction, toujours un débat ? (cass. Soc. 11 janvier 2016 n° 15-20040)**

En 1997, le sujet avait été évoqué au plus haut niveau judiciaire puisque par un arrêt d'Assemblée plénière, la Cour de cassation avait adopté une interprétation large de l'objet de la transaction en décidant que lorsqu'un salarié et un employeur ont conclu une transaction aux termes de laquelle le premier renonce à toute réclamation relative tant à l'exécution qu'à la rupture du contrat de travail, la renonciation a une portée générale et vise toutes les conséquences de la rupture du contrat de travail (Ass. Plén. 4-7-1997 n° 93-43375).

Cependant, comme souvent, chaque chambre tient à sa propre jurisprudence et la chambre sociale a marqué ensuite une certaine réticence à admettre qu'une transaction ainsi rédigée puisse produire des effets aussi étendus que ceux admis par l'Assemblée plénière (voir par exemple cass. Soc. 1er mars 2000 n° 97-43471 par la mise à l'écart d'une clause de non concurrence considérée comme non comprise dans ce type de transaction). Avec l'arrêt commenté, la rébellion semble avoir pris fin puisque la demande de réparation du préjudice d'anxiété en lien avec son exposition à l'amiante, laquelle n'était par ailleurs pas contestée, est rejetée par la Cour de cassation qui censure à cette occasion les juges du fond lesquels avaient cru pouvoir exclure de l'objet de la transaction conclue en l'espèce, en des termes très amples, la réparation d'un préjudice dont la reconnaissance de principe est issue d'une jurisprudence postérieure de plusieurs années à la signature de la transaction (le préjudice d'anxiété lié à l'amiante n'ayant été acquis que par un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 2010 n° 09-49241 et la transaction avait été conclue le 30 novembre 2001).

Cet argument n'a pas ébranlé les juges de cassation dont la position est ainsi plus conforme à la doctrine de l'assemblée plénière et qui apportent par la même occasion une précision fort intéressante pour la compréhension du régime juridique de la transaction à savoir qu'une évolution ou un changement de jurisprudence ne peuvent modifier l'objet d'une transaction conclue antérieurement.

#### **Distinction entre faute grave et faute lourde (cass. Soc. 25 janvier 2017 n° 14-26071)**

En matière disciplinaire, l'employeur a la possibilité de graduer la sanction en rapport avec le degré de gravité de la faute qu'il reproche à son salarié dans l'exécution de sa prestation contractuelle de travail. Au-dessus de la faute sérieuse qui, en principe, suffit à justifier le licenciement se situent la faute grave puis la faute lourde auxquelles s'attachent non seulement l'effet justificateur précédent mais encore des conséquences spécifiques. En particulier,

s'agissant de la faute lourde, elle engage selon une jurisprudence constante la responsabilité contractuelle du salarié et permet de lui réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a causé à l'entreprise. Il n'est donc pas possible d'attacher une telle conséquence indemnitaire à un comportement qui est étranger à la commission d'une faute lourde au sens où les tribunaux entendent aujourd'hui cette notion qui a pour particularité de révéler de la part de son auteur une intention de nuire à l'employeur (cass. Soc. 2 décembre 1998 n° 96-42382 ; cass. Soc. 29 avril 2009 n° 07-42284), le droit du travail français a sur ce point opté pour une solution rebelle aux enseignements de l'Ancien droit qui connaissait l'adage "culpa lata dolo equiparatur" (la faute grave est assimilable au dol, c'est-à-dire à la faute intentionnelle).

En l'espèce, la Cour d'appel dont l'arrêt est censuré, avait peut-être en revanche suivi cette inspiration à propos du licenciement pour faute grave d'un chauffeur routier qui avait roulé sans permis valable faute de visite d'aptitude et qu'elle avait condamné à indemniser l'employeur du préjudice susceptible de résulter de manière certaine de la conduite d'un tel véhicule dans ces conditions. C'était confondre les deux niveaux de faute qualifiée alors que l'engagement de la responsabilité pécuniaire du salarié implique, comme on l'a dit, la présence d'un élément intentionnel étranger à la faute grave. Sans remettre en cause la qualification avancée pour l'employeur, les juges du fond sont parfois tentés d'attacher à la faute grave du salarié un effet indemnitaire en considération de l'importance des dommages causés ou susceptibles d'être causés à l'entreprise. Cette démarche est donc juridiquement erronée et conduit inéluctablement à la cassation car le préjudice est impropre en lui-même à révéler la psychologie de son auteur.

#### **Durée du travail et délai de prévenance (cass. Soc. 9 novembre 2016 n° 15-19401)**

En la matière, les textes applicables se sont succédés à un rythme intense, la loi du 8 août 2016 ayant adopté une solution différente de celle en vigueur antérieurement sur la question du délai de prévenance à respecter avant la modification de la répartition de la durée du travail du salarié embauché à temps partiel. Par l'arrêt commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que ce délai de 7 jours (C. trav. Art. L 3133-21) ne s'applique pas à la signature d'avenants successifs modifiant la durée du travail. Une grande portée est ainsi donnée aux modifications de la répartition du temps de travail intervenues sur accord exprès du salarié, pour lesquelles le non-respect du délai ne peut déboucher sur la requalification du contrat de travail en contrat à temps plein, une telle conséquence ne pouvant être envisagée que si la modification susvisée procède d'une décision unilatérale de l'employeur.

## **Relations Collectives de Travail**

#### **La preuve dans l'entreprise (cass. Soc. 9 novembre 2016 n° 15-10203)**

Dans les relations entre l'employeur et les représentants du personnel, la maîtrise de l'information est devenue un enjeu capital, surtout si cette information se mue en preuve utilisée en justice par les seconds contre le premier. Pour la première fois à notre connaissance, la chambre sociale a admis qu'il n'y a pas de cloisonnement absolu et qu'un syndicat peut, dans une instance où il est partie, produire en justice la copie de documents appartenant à l'entreprise mais sur lesquels les délégués du personnel ont exercé leur droit à consultation en vertu du Code du travail. Plus particulièrement, en l'espèce, il s'agissait de la règle figurant à l'article L 3171-2 dudit Code qui reconnaît à cette catégorie d'élus le droit de consulter les documents établis par l'employeur pour le décompte de la durée du travail. Dans l'affaire analysée, le syndicat présent dans l'entreprise avait demandé au juge des référés d'interdire à la société d'employer ses salariés le dimanche faute d'avoir obtenu les autorisations administratives nécessaires.

L'interdiction qui avait été obtenue était assortie d'une astreinte dont le syndicat demandait la liquidation au motif que la société n'avait pas respecté cette interdiction dans certains de ses établissements. A titre de preuve de ce non-respect, l'organisation demanderesse produisait

des photographies de documents internes à l'entreprise (décomptes, plannings, contrats à temps partiel, lettres de volontariat émanant de certains salariés, bulletins de paye...) qui lui avaient été transmis par un délégué du personnel compétent pour en connaître au titre de l'article L 3171-2 précité. Censurant la Cour d'appel, qui avait estimé qu'une telle façon de procéder ne pouvait permettre de disposer de moyens de preuve légalement admissibles car les documents en question contenaient des données personnelles sur les salariés sans qu'il soit justifié de l'accord des intéressés, la chambre sociale a au contraire considéré que le syndicat était dans son bon droit pour la raison (explicitée par le communiqué officiel accompagnant l'arrêt) "qu'il faut permettre au syndicat qui a pour mission de défendre les intérêts des salariés, d'exercer ses droits de façon effective". Si l'on voit bien que les droits en question se rapportent à la défense des intérêts collectifs de la profession, prérogative traditionnelle des syndicats qui leur ouvre le prétoire aussi bien civil que pénal, la solution ainsi consacrée interpelle quelque peu car, ainsi qu'on l'a dit, certains documents concernent la vie personnelle des salariés de l'entreprise lesquels n'ont pas forcément envie que des données les concernant soient évoquées dans le débat judiciaire, lequel est a priori public. La Cour de cassation l'a bien vu qui répond au pourvoi sur ce point capital en affirmant que : "le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié, à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi". Cette motivation concède qu'il y a bien eu en l'espèce atteinte à la vie personnelle des salariés ou de certains d'entre eux mais que cette atteinte n'était pas disproportionnée par rapport à la prérogative mise en œuvre par le syndicat dont "le droit à la preuve" sort ainsi fortement renforcé du débat. Il l'est d'autant mieux que tout dépend en la matière du contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire d'un contrôle judiciaire, qui s'effectue a posteriori, une fois que l'atteinte au droit de la personne est avérée.

Si l'on considère que ce qui vient d'être décidé par la chambre sociale à propos de documents sur la durée du travail peut parfaitement s'étendre à d'autres éléments présentant le même intérêt pour les syndicats, on prendra la mesure de l'importance de l'avancée ainsi consacrée dans la définition de leurs prérogatives lesquelles "collectif oblige" risque de primer souvent sur la protection de salariés individuels. Décidément la "vie personnelle du salarié" grand concept novateur de la jurisprudence sociale des années 1990, ne vaut pas la "vie privée" du Code civil pas si mal protégée, bien qu'antique, par le juge de droit commun !

### **Les accords d'établissement confrontés au principe d'égalité de traitement (cass. Soc. 3 novembre 2016 n° 15-18844)**

La décision est d'importance. Elle parachève l'évolution amorcée en 2015 sur la justification des différences de traitement instituées par les partenaires sociaux. Le 27 janvier 2015 (n° 13-14773) la chambre sociale avait en effet reviré par rapport à sa jurisprudence antérieure en introduisant une présomption de justification des différences de traitement, opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, entre les salariés relevant des catégories professionnelles distinctes. Ainsi était tracée une frontière nette selon la source de la différence de traitement. Celle résultant d'un simple engagement unilatéral de l'employeur devant être justifié par des raisons objectives dont le juge contrôlait la réalité et la pertinence (cass. Soc. 27 janvier 2015 n° 13-17627).

Il restait néanmoins à préciser le sort des différences issues d'une négociation décentralisée pour laquelle la Haute juridiction avait estimé qu'il ne peut y avoir de différence de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (cass. Soc. 21 janvier 2009 n° 07-43452). Une telle solution pénalisait à l'évidence la négociation d'établissement puisqu'elle ne la traitait pas différemment, sous ce rapport, que l'engagement unilatéral de l'employeur porteur d'avantages spécifiques pour certains salariés d'une même catégorie professionnelle.

En l'espèce, un accord collectif conclu au niveau d'un établissement d'une entreprise avait fixé un barème de rémunération spécifique aux salariés de cette unité de travail ce qui n'était pas du goût d'un syndicat implanté dans un autre établissement de la même entreprise, qui demandait à ce que ce barème conventionnel plus favorable soit étendu aux salariés qu'il représentait. Par une décision qui traduit un profond changement du regard porté par les juges de cassation sur ce niveau décentralisé de la négociation d'entreprise, la Cour tourne le dos à cette logique et par un attendu de principe, elle énonce que : "les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements... sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle".

Sous cette réserve, les avantages salariaux d'établissement rejoignent ainsi les avantages issus de niveaux de négociations supérieurs sans constituer a priori une atteinte au principe d'égalité, raison pour laquelle la présomption de justification s'étend à eux ce qui, concrètement, va concerner nombre d'accords collectifs conclus à ce niveau, notamment les accords portant sur un PSE.

---

## CONTACTS

BAUDOIN DE MOUCHERON  
moucheron@gide.com

AURELIEN BOULANGER  
boulanger@gide.com

DAVID JONIN  
jonin@gide.com

FOULQUES DE ROSTOLAN  
rostolan@gide.com

FRANÇOIS VERGNE  
f.vergne@gide.com

GUILLAUME NAVARRO  
navarro@gide.com

ALAIN COEURET  
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : [gide.com](http://gide.com)

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).