

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

1- Le licenciement pour motif économique ne peut intervenir qu'après que l'employeur a cherché à reclasser le salarié « *dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ». Ce périmètre de l'obligation de reclassement, dégagé de façon prétorienne, figure aujourd'hui à l'article L. 1233-4 du code du travail. Mais comment faut-il comprendre cette notion de groupe, dont la doctrine s'accorde au moins sur le constat qu'elle ne renvoie à aucune définition certaine ? C'est ce que vous devrez vous demander à nouveau aujourd'hui.

« A nouveau », parce que vous avez déjà jugé le 10 mars 1997 par une décision *Société application techniques des plastiques* n° 164645, conforme aux conclusions du président Bachelier, que les relations étroites de deux sociétés entre elles ne suffisaient pas à ce qu'elle constitue un groupe dans lequel s'exerce l'obligation de reclassement. Le fichage aux Tables (p. 1109) est plus explicite. Il indique que le groupe de reclassement a les contours que lui donne la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Les dispositions pertinentes de celles-ci sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 233-1 et suivants du code de commerce dans une section qui se réfère à des critères de contrôle ou de participation pour fixer les obligations des sociétés en matière de notification et d'information sur cette situation ainsi que de consolidation des comptes.

La question est donc tranchée. Si elle mérite pourtant d'être réexaminée, c'est parce que les conclusions du président Bachelier montrent que vous aviez alors pu estimer retenir une définition en harmonie avec celle de la chambre sociale de la Cour de cassation. Or, la jurisprudence de la chambre sociale s'est nuancée depuis, et, si la vôtre s'est également affinée, il existe désormais une probable divergence entre vous. Cette divergence n'est pas considérable mais elle devient visible dans des contentieux qui mêlent licenciement de salariés protégés, sous le contrôle du juge administratif, et licenciement de salariés non protégés, sous le contrôle du juge judiciaire. Il est temps d'y remédier ou de la consacrer.

2- L'attendu de principe de la chambre sociale n'a en lui-même pas varié depuis 1995. Elle juge toujours que les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées « *à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* » (Soc. 5 avril 1995 *Thomson Tubes et Displays* venant aux droits de la société *Vidéocolor* n° 93-42.690 Bull. V n° 123). C'est la portée de cet attendu qui a évolué.

2.1- Il pouvait se lire à l'origine comme limitant le périmètre du reclassement par rapport au groupe, pour le cibler sur ce qui est utile au regard de l'objet de la recherche et ainsi tempérer l'élargissement au groupe, opéré de façon prétorienne, du champ de la recherche de reclassement. Cet élargissement de la focale n'avait de sens dans une recherche de reclassement que si une mutation du personnel était possible, et c'est donc ce critère qui devait guider l'étendue de l'élargissement au groupe du périmètre de reclassement.

Le même mouvement de « ciblage » s'est d'ailleurs opéré en parallèle s'agissant du périmètre d'appréciation du bien-fondé du motif économique de licenciement. Le Conseil d'Etat avait initié l'élargissement au groupe de l'appréciation du motif économique dès sa décision du 18 janvier 1980 *ministre du travail c/ fédération des cadres de la chimie CGC et autres* n° 10804 p. 27, de même qu'il a jugé dès 1982 que le reclassement devait être recherché « *dans des emplois équivalents au sein du groupe auquel appartient la société* » (23 avril 1982 *S.A « Maisons Florilège »* n° 33485 aux Tables p. 768). Mais la Cour de cassation a précisé par le même arrêt *Vidéocolor* le champ d'appréciation du motif économique en le limitant au secteur d'activité du groupe, qui était celui pertinent au regard de l'objet à examiner, à savoir une situation économique. Vous l'avez rejointe peu après (15 juin 1998 *C...* n° 172695 inédite au recueil pour la limitation à celles relevant du même secteur d'activité ; 8 juillet 2002 *M. K... et autres* n° 226471 p. 267 pour la prise en compte de celles dont le siège social n'est pas situé en France).

S'agissant du « ciblage » du champ du reclassement dans le groupe sur « *les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* », vous avez engagé le même mouvement que le juge judiciaire, en jugeant dans une affaire *O...* du 17 novembre 2000 n° 206976 au recueil que, s'agissant des possibilités de reclassement, l'examen n'avait à porter que sur « *les entreprises du groupe dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé la possibilité d'exercer des fonctions comparables* ». Votre volonté de se référer à la jurisprudence *Vidéocolor* est certaine au vu des conclusions du président Bachelier comme du fichage.

2.2- L'harmonie entre les deux ordres juridictionnels serait donc totale si l'attendu de principe n'avait été utilisé par le juge judiciaire que pour limiter le périmètre de la recherche de reclassement au sein du groupe. Or, il est apparu au fil de ses décisions que le critère de la permutabilité n'était pas qu'une sorte de « second temps » dans son raisonnement, permettant d'identifier au sein du groupe une sorte de « sous-groupe » qui serait le groupe de reclassement, de la même façon que le « secteur d'activité » est une sorte de « sous-groupe » au sein duquel s'apprécient les difficultés économiques. En réalité, la notion de permutabilité est aussi, et peut-être même surtout ou seulement, utilisée par le juge judiciaire pour caractériser le périmètre du groupe lui-même, en en faisant une notion autonome, indépendante de celle du code de commerce et donc indifférente à l'existence de liens capitalistiques ou de contrôle.

Cette indépendance fonctionne d'ailleurs dans les deux sens.

Elle peut conduire à nier qu'un groupe capitalistique constitue un groupe de reclassement. C'est ainsi que, par un arrêt *société Banque d'arbitrage et de crédit* du 27 octobre 1998 n° 96-40626 Bull. V n° 459, la chambre sociale a jugé que « *la seule détention d'une partie de capital de la société par trois autres sociétés n'implique pas en soi la possibilité d'effectuer*

entre elles la permutation de tout ou partie de leur personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devrait s'effectuer ».

Mais elle peut aussi, à l'inverse, conduire à identifier un groupe de reclassement en l'absence même de tout lien financier entre les sociétés, cette circonstance étant jugée inopérante par le juge judiciaire (Soc. 10 décembre 2002 *R... c/ R...* n° 00-46.518 inédite au bulletin). C'est ainsi que la chambre sociale a jugé qu'un groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées pouvait exister entre une gare routière et l'association d'entreprises de transport dont elle est adhérente (Soc. 23 mai 1995 *régie des services automobiles du Rhône* n° 93-46142 inédite au bulletin)

Ce qui importe, pour la chambre sociale, c'est que la possibilité d'affecter le salarié dans ces autres sociétés existe.

C'est le cas, par exemple, lorsque son contrat de travail prévoit cette obligation pour le salarié ou lorsque des mutations de personnel ont déjà été effectuées entre les sociétés ou lorsque leur gestion du personnel est organisée de façon centralisée, ce qui atteste alors que leur organisation permet la permutabilité du personnel – autant de situations qui se rencontrent dans un groupe capitalistique au sein duquel les liens ne sont pas que capitalistiques -, (Soc. 5 octobre 1999 *M. S...* n° 97-41838 Bull. V n° 368 ; Soc. 29 janvier 2003 *C...* n° 00-44842 Bull. V n° 27 ; soc.12 octobre 2011 *Institut Tamlyn* n° 10-15647 pour deux centres de soins esthétiques exploités respectivement par deux époux, mettant en commun des moyens, ayant un objet social identique et ayant déjà procédé à des permutations ; Soc. 14 novembre 2001 n° 99-43916 pour des sociétés ayant centralisé au sein de l'une d'elles les fonctions administratives et financières).

La possibilité peut également être déduite, mais au cas par cas, du degré d'étroitesse des liens entre les sociétés. La permutabilité a été admise pour des sociétés ayant le même dirigeant et une production commune (Soc.22 janvier 2008 *société Lilla Frères* n° 06-44915) ou pour des maisons de retraite gérées par un même employeur, situées dans la même région, regroupées sous un même sigle et faisant état dans leur documentation commune de la notion de groupe : Soc. 24 juin 2009 n° 07-45-656, encore entre des associations regroupées au sein d'une fédération et ayant des activités de même nature : 6 janvier 2010 *association Apajh 95* n° 08-44113 et 26 janvier 2012 *association Etablissement régional Léo Lagrange* n° 10-23324 ; ou pour des entreprises franchisées d'une même enseigne 25 mai 2011 *société Domaël distribution* n° 10-14897 ; ou pour les entreprises membres du groupe Intermarché qui assurent entre elles la permutabilité du personnel : Soc. 19 février 2014 n° 12-22709. La permutabilité a été écartée entre des hôtels bénéficiant de l'enseigne ACCOR dans le cadre d'un contrat de franchise : Soc. 20 février 2008 *Mme K...* n° 06-45335, ou entre la centrale d'achat et les centres de distributions Leclerc : Soc. 15 février 2011 *Mme G...* n° 09-67354, ou entre différentes mutualités adhérentes à la fédération nationale de la Mutualité française et en réalité plutôt concurrents entre elles Soc. 11 février 2015 *Mutualité française Champagne Ardenne SSAM* n° 13-23573 au Bulletin).

La doctrine s'est demandée si, dans ce schéma, la notion de permutabilité constituait toujours une sorte de deuxième étape faisant du groupe de reclassement un sous-ensemble du groupe, mais d'un groupe qui alors aurait un sens différent de celui du code de commerce. La réponse à cette question n'a guère d'importance dès lors qu'il est en tout état de cause clair que le

groupe de reclassement retenu par le juge judiciaire est une notion autonome de celui du code de commerce.

2.3- Or, à ce jour, ce n'est pas le cas de votre propre « groupe de reclassement ». Aucune de vos décisions fichées ne s'est à ce jour écartée de la décision du 10 mars 1997 *Société application techniques des plastiques* et, comme nous vous l'avons expliqué, votre décision O... pour sa part n'a fait de la condition d'une « *possibilité d'exercer des fonctions comparables* » qu'une façon de limiter le champ de la recherche au sein du groupe restant défini au sens du code de commerce.

Une décision *HGP GAT Filatures* du 5 décembre 2008 n° 299166 a certes été interprétée par certains – et non des moindres : Y. Struillou et H. Rose dans leur *Droit du licenciement des salariés protégés* (éd. Economica 5^{ème} édition p. 990) et le ministre du travail dans sa circulaire 07/2012 du 30 juillet 2012 sur le licenciement des salariés protégés p. 53 - comme ayant adopté la même approche que celle du juge judiciaire. Vous pouvez également voir, à l'AJDA n° 37 2015. 2093, une note de Claire Rollet-Perraud, premier conseiller à la Cour administrative d'appel de Versailles sur un arrêt de cette cour.

Il est cependant délicat de l'affirmer dès lors qu'il s'agit d'une décision de la 4^{ème} sous-section jugeant seule non fichée, isolée, et qui se contente de juger que, « *pour se prononcer sur l'existence d'un groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées en cas de licenciement d'un salarié protégé pour motif économique, la cour n'était pas tenue de se référer expressément aux dispositions de l'article L. 439-1 du code du travail relatives au comité de groupe* ». Certes, le comité de groupe étant constitué au sein du groupe que l'article L. 439-1 du code du travail (devenu L.2331-1) définit par renvoi aux articles L. 233-1, L. 233-3 et L. 233-16 du code de commerce, dispenser le juge administratif de s'y référer pouvait signifier le dispenser de se placer dans le cadre juridique que vous aviez défini en 1997. Mais la décision juge seulement que la cour n'avait pas à s'y référer expressément, ce qui ne donne pas l'impression de la dispenser de s'y référer tout court.

3- Il vous faut donc prendre parti aujourd'hui.

3.1- Sur le principe, les deux positions ont leurs mérites et leurs limites.

Celle que vous avez adoptée en 1997 a le mérite de la sécurité juridique qui accompagne une certaine clarté de la notion de groupe, mérite non négligeable pour une décision administrative prise en amont du licenciement, qui bloque le licenciement quand elle le refuse et qui crée un droit à réintégration quand l'autorisation est annulée par le juge.

Les contours que vous avez définis ne sont sans doute pas aussi nets car la notion de groupe au sens du code de commerce à laquelle vous vous référez est complexe. Au moins entre-t-elle dans un schéma qui a déjà son existence et qui est utilisé pour toutes les obligations que le code de commerce y attache. Elle ne paraît d'ailleurs pas avoir posé de difficulté d'application.

C'est aussi le même groupe que celui qui sert à contrôler le motif économique, même si là aussi cet avantage est en trompe-l'œil puisque dans les deux cas vous vous focalisez sur un sous-ensemble différent : le secteur d'activité pour les difficultés économiques, les entreprises permettant d'exercer des fonctions comparables pour le reclassement.

En revanche vous utilisez un critère sans rapport avec le champ réel des possibilités de reclassement. Votre décision *O...* y a en partie remédié en introduisant le critère de la possibilité d'exercer des fonctions comparables, mais seulement dans un second temps, pour constituer un sous-ensemble au sein du groupe.

La position adoptée par le juge judiciaire a le mérite du pragmatisme et surtout de mieux correspondre à l'objet de ce qui est recherché, à savoir l'exploitation de possibilités qui existent de trouver un autre emploi au salarié qu'on peut éviter de licencier. Il est rationnel, au vu de ce qui est recherché, que la recherche porte sur tout le périmètre dans lequel une telle possibilité est ouverte.

Le risque de ce pragmatisme, c'est qu'à trop faire du cas par cas, l'obligation de reclassement finit par s'exercer dans un cadre incertain, alors même que du respect de cette obligation dépend le bien-fondé du motif du licenciement. Définir un périmètre « sur mesure » est séduisant à condition que les critères en soient clairs, surtout dans une matière laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, comme le fait logiquement le juge judiciaire dès lors qu'il s'agit d'apprécier du fait. Se fonder sur les prévisions du contrat de travail ou les permutations effectivement constatées entre sociétés peut convaincre. S'aventurer dans une appréciation de l'étroitesse des liens entre sociétés au vu d'autres critères inquiète davantage.

Enfin, un tempérament existe dans vos deux approches. C'est qu'en tout état de cause l'obligation de reclassement ne pèse que sur l'employeur. Vos deux jurisprudences sont fermes sur ce point. Dans un cas comme dans l'autre, vous lui demandez néanmoins de chercher à reclasser le salarié dans des sociétés tierces sur lesquelles ne pèse aucune obligation. Il n'est pas certain que l'une ou l'autre des deux approches permette mieux que l'autre de surmonter cette difficulté, dont il faut s'accommoder sauf à revenir à un reclassement au sein de la seule entreprise. La conséquence en est qu'il incombe seulement à l'employeur de chercher sérieusement les possibilités de reclassement dans les entreprises tierces au sein desquelles il doit le faire. Il ne peut lui être reproché l'absence de coopération suffisante de ses interlocutrices.

3.2- Dans ce paysage, nous avons hésité à vous proposer de vous rapprocher de la Cour de cassation, les mérites de votre position nous apparaissant équivalents aux siens. Si nous vous y invitons néanmoins, c'est pour les trois raisons suivantes.

D'abord une raison de lisibilité. Nous avons été impressionnée, dans toutes nos lectures, de ne pas en trouver une seule qui nous paraisse avoir identifié l'état actuel de vos deux jurisprudences. Celle du juge judiciaire est rapportée dans tous ses détails et dans les subtilités auxquelles elle conduit par construction. La vôtre, quand elle est mentionnée, ne l'est que comme une référence historique, que vos décisions *O...* et *HGP GAT Filatures* auraient abandonnée pour rejoindre celle du juge judiciaire. Dans ces conditions, nous craignons que réaffirmer la jurisprudence de 1997 n'apparaisse pas comme le maintien d'une divergence mais comme sa résurrection et n'engendre du désordre au lieu de la continuité et de la sécurité juridique que vous pourriez avoir l'impression de servir.

Ensuite un souci d'égalité entre les salariés protégés et non protégés. Le périmètre qu'il s'agit de définir concerne des licenciements économiques qui sont souvent collectifs. Même si vous n'êtes saisis, en matière de licenciements individuels, que des contestations concernant les

licenciements des salariés protégés, il est fréquent que soient contestés en parallèle devant le juge judiciaire les licenciements des salariés non protégés. Même si aucun des deux ordres de juridiction ne saurait s'interdire d'adopter une solution différente de l'autre et doit alors admettre comme un mal nécessaire que les deux catégories de salariés peinent à comprendre cette différence, il est préférable de cantonner ces situations à des appréciations de fait différentes et de ne pas les instituer par l'utilisation de constructions juridiques différentes sur des points de contrôles identiques.

Enfin, à la croisée de ces deux raisons, votre volonté de 1997 n'était pas de diverger avec le juge judiciaire. Les conclusions du président Bachelier laissent penser le contraire, de même que votre décision *O...* lors de laquelle vous l'avez suivi pour faire évoluer votre jurisprudence dans un sens qui, seulement aujourd'hui, apparaît comme n'ayant pas suffi à le rejoindre complètement.

3.3- Trois remarques encore nous paraissent cependant devoir être faites.

La première est une sorte d'invitation à la prudence. Admettre une approche pragmatique du groupe de reclassement ne vous interdit pas et même rend nécessaire de vous en tenir à des critères solides quand il s'agit de déterminer le périmètre au sein duquel les possibilités de reclassement sont ouvertes. On peut déduire la possibilité d'une affectation au sein d'une entreprise tierce lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail ou par des documents internes, ou lorsque de tels mouvements sont effectifs. Des critères plus mouvants, tels qu'une enseigne ou un dirigeant commun sont en revanche à manier avec prudence si vous souhaitez préserver une sécurité juridique suffisante.

La deuxième est une remarque de rédaction qui découle de la première. Même si la formule de l'arrêt *Videocolor* a le mérite de la constance, mérite qui n'est pas faible puisqu'elle a plus de vingt ans et qu'elle est donc parfaitement connue, nous ne trouvons pas les critères de l'activité ou du lieu d'exploitation très convaincants pour définir le périmètre du groupe. Ils nous paraissent plutôt se rattacher à un second tamis, qui consiste à dire, un peu comme essayait de le faire la décision *O...*, que même une fois défini le champ de permutation potentiel, il faut encore que ce dernier comporte des postes de nature à permettre d'y reclasser le salarié. Nous ne serions pas hostile à ce que vous reteniez une formule s'attachant à rechercher la permutabilité dans les relations établies entre les entreprises et notamment dans leur organisation ou leur fonctionnement.

La troisième, enfin, est pour vous signaler une question que vous n'avez pas à trancher aujourd'hui. C'est celle de la définition que vous adopterez du périmètre du reclassement, non plus dans le contrôle des licenciements individuels de salariés protégés, mais dans votre contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi. Il y a un lien logique entre les deux : le plan de sauvegarde de l'emploi comporte un plan de reclassement qui est, en quelque sorte, la traduction groupée et anticipée, en amont, de l'obligation individuelle de reclassement de chacun des salariés dont le licenciement collectif est envisagé. Mais il n'y a pour autant pas de lien nécessaire, parce qu'au stade du plan de reclassement, les salariés à licencier ne sont pas encore identifiés de façon individuelle, et que ce qui figure dans le plan de reclassement collectif n'épuise pas le champ de ce qu'il peut incomber à l'employeur de rechercher pour le reclassement individuel en aval. Le périmètre que vous choisirez aujourd'hui de retenir pour le licenciement individuel n'est donc pas indifférent sur le choix que vous aurez à faire le

moment venu pour le plan de sauvegarde de l'emploi, mais il ne s'imposera pas à vous de façon nécessaire.

4- Il nous reste à dire un mot de l'affaire.

4.1- La société Etudes Techniques Ruiz a engagé en 2010 une procédure de petit licenciement économique collectif la conduisant à solliciter le licenciement de M. A... B... salarié protégé. Ce licenciement a été autorisé par l'inspecteur du travail et le recours hiérarchique de M. B... rejeté.

L'autorisation a toutefois été annulée par le tribunal administratif de Rouen et l'appel de la société rejeté. Le tribunal comme la cour ont jugé que l'administration avait inexactement apprécié le caractère suffisant des recherches de reclassement de M. B... en se fondant sur l'absence de lien de capital de la société avec deux autres sociétés pour se satisfaire d'une recherche dans le périmètre de l'entreprise.

La société se pourvoit régulièrement en cassation.

4.2- L'arrêt analyse suffisamment les conclusions et les mémoires des parties. L'absence d'analyse du mémoire présenté le 16 juin 2014 par la société avant la clôture de l'instruction n'entache pas l'arrêt d'irrégularité dès lors qu'il ressort des pièces du dossier que ces écritures n'apportaient aucun élément nouveau auquel il n'aurait pas été répondu dans les motifs (2 juin 2006, C..., n° 263423, T. p. 1002).

4.3- La requérante reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit en ayant recherché l'existence d'un groupe de reclassement entre elle-même et d'autres sociétés sans se fonder sur la notion de contrôle au sens des articles L. 233-1 et suivants du code du commerce mais en adoptant l'approche pragmatique de la Cour de cassation. En écartant le moyen, vous marquerez l'abandon de votre jurisprudence de 1997 *société ATP*.

4.4- Vous écarterez, *a fortiori*, l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en jugeant inopérante l'invocation des dispositions de l'article L. 2331-1 du code du travail relatives au comité de groupe, qui n'étaient de toute façon pas un détournement nécessaire sous l'empire de cette jurisprudence.

4.5- Le dernier moyen prête davantage à hésitation si vous nous suivez pour vous rapprocher de la Cour de cassation. La requérante soutient que, même si vous adoptiez à votre tour une approche pragmatique, la cour n'a pas relevé des liens suffisants avec les deux autres sociétés pour caractériser un groupe de reclassement.

L'arrêt a relevé la présence d'un logo « Groupe Ruiz » sur les convocations des institutions représentatives du personnel ainsi que sur le contrat de travail et la lettre de licenciement de M. B..., ainsi que l'existence de dirigeants identiques ou parents et le caractère comparable des activités de l'une de ces sociétés, pour en déduire que les trois sociétés constituaient entre elles un groupe. L'arrêt souffre de confusion sur ces points et ni la proximité des dirigeants ni la proximité des activités ne suffisent à établir la possibilité d'affecter M. B... dans ces deux autres sociétés. La cour relève plus loin, de façon plus pertinente, que l'intéressé fait valoir sans être contesté avoir déjà travaillé de façon ponctuelle pour la société Waves Ruiz, mais à un stade déjà ultérieur de l'arrêt et sans apporter d'autre précision sur ce point.

Une annulation de l'arrêt nous paraît nécessaire pour marquer que votre approche pragmatique exige la démonstration d'une véritable permutabilité. C'est ce qui incombera à la cour de faire lors de votre renvoi.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 3 juin 2014 et au renvoi de l'affaire
- au rejet des conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991.