



## ACTUALITÉ SOCIALE



### *De la nécessité de maîtriser les subtilités du droit des sociétés pour mettre en place un PSE par décision unilatérale*

Dans le cadre d'un licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours et lorsque l'entreprise a un effectif de cinquante salariés au moins, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui devra être mis en place ainsi que les modalités de consultation des instances représentatives du personnel et de mise en œuvre des licenciements. En l'absence d'accord ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points impératifs que doit traiter cet accord, l'employeur peut élaborer unilatéralement un document qui sera alors soumis à une procédure d'homologation par le DIRECCTE en application des dispositions de l'article L.1233-57-3 du Code du travail.

Dans le cadre de cette procédure d'homologation, le DIRECCTE vérifie notamment si les mesures contenues dans le plan sont proportionnées au regard des moyens dont dispose l'entreprise et, le cas échéant, l'unité économique et sociale (UES) **ou le groupe**.

Malheureusement et comme trop souvent, le Code du travail fait référence à des notions dont il ne définit pas les contours. En effet, que signifie la notion de « groupe » et que recouvre-t-elle ?

- S'agit-il du « groupe » tel qu'il est entendu en matière de recherches de postes de reclassement, le « groupe » étant alors défini par son contenant, à savoir les entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent avec elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ?
- Doit-on appréhender la notion de « groupe » sous l'angle du droit des sociétés et de la définition qui en est donnée par le Code de commerce ?
- S'agit-il d'une référence au « groupe » de l'article L. 2333-1 du Code du travail relatif à la mise en place du comité de groupe ?

Un arrêt du Conseil d'état du 7 février 2018 a plus ou moins tranché cette question et a précisé expressément que pour l'application des dispositions de l'article L. 1233-57-3 du Code du travail, les moyens du groupe s'entendent des moyens, notamment financiers, **dont disposent l'ensemble des entreprises placées**, ainsi qu'il est dit au I de l'article **L. 2331-1 du Code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante** dans les conditions définies à l'article L. 233-1 du **Code de commerce**, aux I et II de l'article L. 233-3 du Code de commerce et à l'article L. 233-16 du Code de commerce, **ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises** (CE, 7 févr. 2018, n° 397900).



Laurent Guardelli  
Associé / Partner

[guardelli@coblence-avocats.com](mailto:guardelli@coblence-avocats.com)



Ludvine Pons  
Collaboratrice / Associate

[pons@coblence-avocats.com](mailto:pons@coblence-avocats.com)

Bien entendu, la définition de ce qu'est une entreprise dominante est protéiforme dans le Code de commerce, achevant de complexifier un sujet déjà bien retors. Il semble ainsi que l'entreprise dominante soit celle qui en contrôle une autre notamment - mais sans que cela ne soit exhaustif car ce serait alors trop simple – par le biais des droits de vote dont elle dispose dans les entreprises contrôlées, soit lorsqu'elle détermine en fait, les décisions dans les assemblées générales de ces sociétés, soit lorsqu'elle dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de ces mêmes sociétés, soit...etc.

C'est dans ce contexte d'imbroglie juridique, que l'homologation par le DIRECCTE d'une décision unilatérale d'une société mère d'une UES a été remise en cause en raison du périmètre retenu pour apprécier les moyens déployés dans le cadre du plan, en l'espèce, l'UES. Certains salariés ont, en effet, estimé que ce n'est pas au niveau de l'UES que ces moyens auraient dû être appréciés mais au niveau du groupe auquel appartient l'UES.

Pour caractériser l'existence du groupe, les salariés soutenaient que la holding du groupe considéré, qui détenait à 100% la société mère de l'UES, devait être considérée comme l'entreprise dominante du groupe. Pour sa part, les sociétés composant l'UES soutenaient que la holding ne pouvait pas être considérée comme l'entreprise dominante, car elle avait **pour seul objet la prise de participation dans d'autres entreprises, à l'exclusion de toute immixtion dans leur gestion**. La Cour d'Appel Administrative de Douai, se rangeant à cette analyse, a rejeté la demande d'annulation de la décision d'homologation.

Le Conseil d'Etat censure l'arrêt et précise que la holding du groupe aurait dû être considérée comme l'entreprise dominante du groupe auquel appartient l'UES compte tenu de sa possession de **100% des parts** de la société mère de l'UES et du fait que la holding et la société-mère étaient **dirigées par la même personne**. Dès lors, les moyens financiers dont disposaient la holding auraient dû être également pris en compte pour apprécier « *la suffisance des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi* ».

Le Conseil d'Etat censure l'arrêt dans une décision du 24 octobre ([Conseil d'Etat, 24 octobre 2018, 4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> Chambre réunies, n°406905](#)) et précise que la holding du groupe aurait dû être considérée comme l'entreprise dominante du groupe auquel appartient l'UES compte tenu de sa possession de **100% des parts** de la société mère de l'UES et du fait que la holding et la société-mère étaient **dirigées par la même personne**. Dès lors, les moyens financiers dont disposaient la holding auraient dû être également pris en compte pour apprécier « *la suffisance des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi* ».

Pour parachever un mal de tête certainement déjà présent, le Conseil d'Etat, qui faisait référence dans sa décision de février 2018 aux dispositions du Code du travail relatives au Comité de groupe, précise cette fois-ci que toutes les dispositions du Comité de groupe ne sont pas pour autant applicables, en particulier celles relatives à l'exclusion de certaines sociétés de la définition d'«entreprise dominante»...

A vos Codes de commerce !

# L'actualité Législative

- [A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, la notification du licenciement pourra être effectuée par lettre recommandée électronique \(Décret n°2018-347 du 9 mai 2018\)](#)

La Direction générale du travail (DGT), selon une réponse rapportée par *Liaisons Sociales*, a confirmé que le mode d'envoi par lettre recommandée électronique était applicable à la rupture du contrat de travail, sous réserve de respecter la réglementation applicable.

L'article L.100 du Code des postes et des communications électroniques dispose, depuis le décret du 9 mai 2018, que « *l'envoi recommandé électronique est équivalent à l'envoi par lettre recommandée* ».

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, une convocation pour un entretien préalable ou une notification de licenciement, par exemple, pourront être adressées par voie électronique. La DGT a cependant rappelé que ce mode de transmission était soumis au consentement préalable du salarié. Ce consentement devra être recueilli dans un écrit distinct du contrat de travail, car le salarié doit être en mesure de revenir librement et à tout moment sur son accord de principe sans dépendre de l'accord de l'employeur.

- [Le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 \(n°1297\) a été déposé devant l'Assemblée nationale le 10 octobre 2018](#)

Le projet de loi est actuellement en cours de discussion.

Parmi les principales mesures présentées figurent une exonération de cotisations de sécurité sociale salariales à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2019 sur les heures supplémentaires et complémentaires, la dématérialisation des mises en demeure adressées par l'URSSAF et la MSA, ainsi qu'une possibilité de réduction des majorations de redressement pour travail dissimulé en cas de paiement rapide des sommes dues (inversement, une augmentation des majorations serait prévue en cas de répétition des faits).

- [Décret n° 2018-928 du 29 octobre 2018 relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale \(Journal Officiel du 30 octobre 2018\)](#)

Pris en application de la Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle et celle de leur accès aux corps des services judiciaires ou aux corps communs du ministère de la justice (Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016), ce décret supprime les tribunaux des affaires de la sécurité sociale (TASS), les tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) et de l'aide sociale et transfère leurs compétences dans l'ordre judiciaire aux tribunaux de grande instance et cours d'appel dédiés. Dans l'ordre administratif, le contentieux sera dévolu aux tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

Le Décret du 29 octobre 2018 définit la procédure de contestation des décisions des organismes de sécurité sociale et modifie le code de l'organisation judiciaire ainsi que le Code de l'action sociale et de familles. En effet, le décret fixe les dispositions procédurales applicables aux contestations des décisions des organismes de sécurité sociale, des maisons départementales des personnes handicapées (MDPH) et des autorités administratives intervenant dans le domaine de l'aide sociale. Le décret apporte, qui plus est, des précisions relatives au fonctionnement des formations échevinées des TGI compétents. Les contentieux de la tarification et les contentieux hors tarification subissent plusieurs modifications procédurales en termes de formalisme et de délais procéduraux. Le code de justice administrative est également modifié pour tenir compte de la suppression de la commission centrale d'aide sociale.

➤ [De nouvelles précisions par décret au sujet du transfert du budget de fonctionnement du Comité Social et Economique \(Décret n°2018-920 du 26 octobre 2018\)](#)

En application de ce décret, le transfert du budget de fonctionnement du comité social et économique (CSE) au budget des activités sociales et culturelles (ASC) fait l'objet d'un plafond fixé à 10 % de l'excédent annuel du budget de fonctionnement. Les sommes transférées et leurs modalités d'utilisation devront être inscrites dans les comptes annuels du CSE. Les informations relatives au transfert devront également être consignées dans le rapport du CSE sur ses activités et sa gestion financière.

Ces dispositions seront transposées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019 dans l'article R.2315-31-1 du Code du travail.

## ➤ Rupture du contrat

- [Pouvoirs du juge judiciaire relatifs à l'inaptitude du salarié protégé \(Cour de cassation, Chambre sociale, 17 octobre 2018, n°17-17.985\)](#)

Un salarié bénéficiant d'un statut protecteur en vertu des mandats qu'il exerce saisit initialement le Conseil de Prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire en avril 2014. Au cours de l'année 2015, alors que la procédure prud'homale est en cours, il fait l'objet d'un avis d'inaptitude. L'autorité administrative est saisie et autorise le licenciement. Le Conseil de Prud'hommes demeure saisi, par le salarié, de la demande de résiliation judiciaire ainsi que de demandes indemnitaires au titre de la rupture abusive du contrat de travail et d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Le litige portait notamment sur la faculté, pour la juridiction prud'homale, de se prononcer sur les demandes pendantes au regard du principe de la séparation des pouvoirs. En effet, l'autorisation de licenciement du salarié protégé fait en principe obstacle à l'appréciation, par le juge judiciaire, du caractère réel et sérieux de la mesure de rupture du contrat de travail.

La Cour de cassation, saisie de l'affaire, précise que le Conseil de Prud'hommes ne pouvait se prononcer sur la demande de résiliation judiciaire, quand bien même cette demande avait été antérieure à l'autorisation de procéder au licenciement du salarié.

Sur les demandes indemnitaires, cependant, la Cour préserve les droits du salarié protégé et précise que « *l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations* ». Elle ajoute que le juge judiciaire doit « *examiner la demande de dommages-intérêts pour rupture abusive fondée sur les manquements de l'employeur à son obligation de sécurité à l'origine de l'inaptitude et d'indemnité compensatrice de préavis* ».

- [Pas de réintégration possible lorsque le salarié protégé sollicite la résiliation judiciaire de son contrat de travail \(Cour de cassation, Chambre sociale, 3 octobre 2018, n°16-19.836\)](#)

Un salarié, délégué du personnel, sollicite la résiliation judiciaire de son contrat de travail au titre d'une violation de son statut protecteur. Il fait l'objet, quelque mois plus tard, d'une mesure de licenciement pour faute grave.

La Cour de cassation confirme l'arrêt rendu par la Cour d'Appel (Versailles, 4 mai 2016) en ce qu'il a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail. Elle précise cependant que cette résiliation judiciaire, même si elle revêt les conséquences d'un licenciement nul en raison de la violation du statut protecteur du salarié, ne peut donner lieu à la réintégration du salarié.

La Cour, faisant preuve de pragmatisme, fait ainsi obstacle au caractère antinomique que représenterait le retour d'un salarié dans l'entreprise alors qu'il appelait de ses vœux la rupture de son contrat de travail devant le Conseil de Prud'hommes.

- [Lorsque l'employeur diligente une procédure de licenciement pour motif économique, son manquement aux obligations en matière d'organisation des élections professionnelles cause nécessairement un préjudice au salarié \(Cour de cassation, Chambre sociale, 17 octobre 2018, n°17-14.392\)](#)

En l'espèce, l'employeur avait procédé à une mesure de licenciement collectif pour motif économique. Son entreprise était tenue de mettre en place des représentants du personnel mais n'avait accompli aucune action en ce sens. Aucun procès-verbal de carence n'avait, par ailleurs, été établi. Le salarié contestait la mesure de licenciement et sollicitait au surplus une indemnisation au titre du préjudice causé par l'inobservation par l'employeur de ses obligations en matière de représentation du personnel.

Depuis 2016, la Cour de cassation a abandonné la jurisprudence selon laquelle certains manquements de l'employeur à ses obligations causaient nécessairement un préjudice au salarié. Dans cet arrêt très récent, elle revient sur cet abandon en considérant que par son inaction, l'employeur a commis « *une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts* ». Le seul constat de cette faute cause donc nécessairement un préjudice au salarié, qui n'a pas à démontrer son existence et peut bénéficier de l'indemnité minimale d'un (1) mois de salaires (*Article L.1235-15 du Code du travail*).

- [Précisions de la Cour de cassation sur la preuve de l'utilisation litigieuse de la connexion internet à l'origine d'une mesure de licenciement \(Cour de cassation, Chambre Sociale, 3 octobre 2018, n°16-23.968\)](#)

Un salarié est licencié pour faute grave, son employeur lui reprochant notamment d'avoir utilisé, pendant ses heures de travail, son ordinateur et la connexion internet de l'entreprise pour consulter des sites pornographiques (près de 7 heures de connexion entre le 2 et le 14 février 2012).

Le salarié conteste la mesure devant la juridiction prud'homale, niant être l'auteur des connexions. L'employeur, pour démontrer la réalité des faits, se fonde sur la géolocalisation du véhicule du salarié, destinée à démontrer qu'il était physiquement présent dans les locaux au moment de la connexion litigieuse.

La Cour de cassation rappelle, en premier lieu, que les codes d'accès de chacun des ordinateurs de la société consistaient dans les simples initiales de leurs utilisateurs respectifs et que les doubles des clefs de l'ensemble des bureaux étaient également accessibles, « *de sorte qu'il était possible à n'importe lequel des salariés d'avoir accès au poste informatique du salarié* ».

Elle relève ensuite que le procédé de géolocalisation n'avait fait l'objet ni d'une déclaration à la CNIL, ni d'une consultation préalable des représentants du personnel, ni d'une information individuelle des salariés. Il s'agissait donc d'un mode de preuve illicite.

Enfin, la Cour confirme l'arrêt de la Cour d'Appel, qui a prononcé l'absence de cause réelle et sérieuse de la mesure de licenciement, en ce que « *l'employeur ne produisait aucun autre élément permettant de s'assurer que le salarié était réellement l'auteur des connexions litigieuses* ».

## ➤ **Transfert d'entreprise**

- [Le règlement intérieur n'est pas transféré avec les salariés \(Cour de cassation, Chambre Sociale, 17 octobre 2018, n°17-16.465\)](#)

- Une société X, nouvellement créée, absorbe une société Y. La société X engage ensuite une procédure disciplinaire à l'encontre de l'un des anciens salariés de la société transférée. Elle se prévaut alors des dispositions du règlement intérieur de la société Y dans le cadre du déroulement de la procédure disciplinaire.



La suspension de l'application de ce règlement intérieur est sollicitée devant le juge des référés par des salariés ainsi que par une organisation syndicale.

La Cour de Cassation rappelle que le règlement intérieur, s'il s'impose effectivement aux salariés avant le transfert de plein droit de leurs contrats de travail vers une société nouvellement créée n'est pas transféré avec ces contrats, dès lors qu'il constitue un acte réglementaire de droit privé dont les conditions sont encadrées par la loi et que l'entreprise nouvelle doit élaborer son règlement intérieur dans les 3 mois de son ouverture.

En conséquence, l'application par la nouvelle société de ce règlement intérieur en matière disciplinaire constituait un trouble manifestement illicite et elle devait être suspendue.

### ➤ Représentants du personnel

- [Application du principe de l'exercice personnel du droit de vote au scrutin électronique \(Cour de cassation, Chambre Sociale, 3 octobre 2018, n°17-29.022\)](#)

Des élections professionnelles sont mises en place au sein d'une entreprise, le protocole d'accord préélectoral prévoyant le recours à un système de vote dématérialisé.

L'une des candidates aux élections, lors du scrutin, vote en lieu et place de deux de ses collègues et l'employeur, ceci constaté, sollicite l'annulation des élections.

Le tribunal d'instance saisi du litige déboute l'employeur de cette demande au motif que les deux salariées avaient donné leurs accès personnels au système de vote à leur collègue et candidate en pleine connaissance de cause : selon l'analyse du premier juge, en l'absence de fraude, le procédé pouvait être considéré comme parfaitement régulier.

La Cour de cassation casse le jugement en rappelant que « *le recours au vote électronique pour les élections professionnelles, subordonné à la conclusion d'un accord collectif garantissant le secret du vote, ne permet pas de déroger aux principes généraux du droit électoral et que l'exercice personnel du droit de vote constitue un principe général du droit électoral auquel seul le législateur peut déroger* ».

- [Annulation de la désignation d'un Représentant de la Section Syndicale \(RSS\) – précisions de la Cour de cassation sur le critère de la transparence syndicale \(Cour de cassation, Chambre Sociale, 17 octobre 2018, n°17-19.732 et n°18-60.030\)](#)

Le Code du travail dispose qu'un syndicat non représentatif doit satisfaire à différents critères tels que le respect des valeurs républicaines et d'indépendance, être légalement constitué depuis au moins 2 ans et avoir un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise concernée (Articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du Code du travail).

La Cour de cassation a ajouté à ces critères légaux l'obligation de satisfaire au critère de transparence financière exigé pour les syndicats représentatifs (*Cass. soc. 22 février 2017, n° 16-60.123*).

Sur la publicité nécessaire à la satisfaction de ce critère de la transparence financière, la Cour de cassation précise que la publication des comptes sur la page Facebook du syndicat ne permet pas de satisfaire au critère de transparence financière. La publication des comptes doit être faite sur le site internet du syndicat ou par toute autre mesure de publicité équivalente (18-60.030).

Elle précise, sur le contenu de l'information contribuant à garantir le critère de la transparence financière, que les documents comptables, dont la loi impose l'établissement et la publication, ne constituent que des

éléments de preuve de la transparence financière et que leur défaut doit dès lors être suppléé par d'autres documents produits par le syndicat et que le juge doit examiner et statuer sur leur pertinence.

Ainsi, la désignation du RSS en janvier 2017 sera validée même si les comptes publiés (2013 et 2014) étaient obsolètes et qu'il aurait fallu que ceux de 2015 soient publiés avant janvier 2017 (en l'espèce ils avaient été publiés en mars 2017, c'est-à-dire après la désignation).

- [Le Conseil d'Etat rejette une QPC relative aux délais de réalisation des expertises \(Conseil d'Etat, 4<sup>ème</sup> chambre, 3 octobre 2018, n°418604\)](#)

Le Conseil d'Etat a été saisi d'une QPC relative à l'article L.2315-85 du Code du travail, lequel fixe le principe de délais maximaux d'exécution des expertises sollicitées par les instances représentatives du personnel lorsqu'elles sont consultées. Les auteurs du recours soutenaient que la fixation de délais se heurtait au principe de participation des travailleurs et du droit à la protection de la santé.

Le Conseil d'Etat rejette la QPC en ce qu'elle ne présentait pas un caractère suffisamment sérieux pour justifier sa transmission au Conseil constitutionnel, au motif que : « *contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le principe d'introduction d'un délai pour l'exécution d'une expertise ne saurait, par lui-même, avoir pour effet de priver les salariés et leurs représentants des informations nécessaires pour que soit assurée leur libre participation à la détermination collective de leurs conditions de travail ; qu'il n'a pas davantage, par lui-même, pour effet de porter atteinte au droit des salariés à la protection de leur santé* ».



# L'actualité du département social



Jeudi 6 décembre 2018

Petit Déjeuner

## **Actualité jurisprudentielle sociale 2018**

Inscriptions par e-mail auprès de  
[evenement@coblence-avocats.com](mailto:evenement@coblence-avocats.com)



- [Can employees be disciplined for their Facebook comments? – Laurent Guardelli et Léa Fonseca – ILO / 31.10.2018](#)
- [Discrimination : où en sommes-nous ? Martine Riou répond à Gestion sociale / 24.10.2018](#)



## **Découvrez notre nouvelle offre d'ateliers pratiques en inter (4 à 8 participants max.) :**

- Recruter sans discriminer
- L'accompagnement du service RH dans la mise en œuvre du RGPD
- Mettre en place son CSE
- Harcèlement : le prévenir, le guérir
- Règlement intérieur : l'élaborer, le réviser

Pour plus d'informations ou recevoir notre catalogue, contacter vos interlocuteurs au sein du cabinet ou [deleage@coblence-avocats.com](mailto:deleage@coblence-avocats.com)



## **A noter ! Nos nouvelles adresses e-mails**

Catherine Davico-Horau : [hoarau@coblence-avocats.com](mailto:hoarau@coblence-avocats.com)  
Chantal Giraud-van Gaver : [van-gaver@coblence-avocats.com](mailto:van-gaver@coblence-avocats.com)  
Laurent Guardelli : [guardelli@coblence-avocats.com](mailto:guardelli@coblence-avocats.com)  
Elisabeth Laherre : [laherre@coblence-avocats.com](mailto:laherre@coblence-avocats.com)  
Martine Riou : [riou@coblence-avocats.com](mailto:riou@coblence-avocats.com)

