



RAPPORT DE Mme PECQUEUR, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 1107 du 6 novembre 2024 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-15.368

Décision attaquée : 16 mars 2023 de la cour d'appel de Caen

SAS Les Ateliers Aubert-Labansat

C/

M. [C] [P]

Avis 1014 : il est proposé un rejet non spécialement motivé des deux premières branches du moyen.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [P] a été engagé en qualité de charpentier menuisier le 5 juillet 1995 par la société Ateliers Aubert-Labansat. Le 12 septembre 2016, il a été victime d'un accident, reconnu, le 12 février 2018, comme un accident du travail par la Caisse primaire d'assurance maladie.

Déclaré inapte à son poste le 3 septembre 2018, il a été licencié le 16 octobre 2018 pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Le 7 octobre 2019, il a saisi le conseil de prud'hommes de Coutances pour demander, en dernier lieu, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour manquement de l'employeur à son obligation de bonne foi.

Par jugement du 7 décembre 2021, le conseil de prud'hommes a condamné l'employeur à verser au salarié des sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et dommages-intérêts pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail.

Par arrêt du 16 mars 2023, la cour d'appel de Caen a confirmé la condamnation au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et infirmant le jugement pour le surplus, dit la demande de dommages-intérêts pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail irrecevable en ce qu'elle porte sur un manquement à l'obligation de sécurité.

Le pourvoi :

Déclaration de pourvoi de l'employeur : 5 mai 2023

Mémoire ampliatif : 5 septembre 2023 signifié le 6 septembre 2023 (art. 700 : 4 000 euros)

Mémoire en défense : 6 novembre 2023 et mémoire complémentaire le 7 décembre 2023 (art. 700 : 3 000 euros)

La procédure paraît régulière.

2 - proposition de rejet non spécialement motivé des deux premières branches du moyen

L'employeur fait grief à l'arrêt de **dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse** et de le condamner au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi qu'aux frais de procédure par un **moyen unique**, articulé en **six branches**, dont les **deux premières** soutiennent :

1/ que méconnaît les termes du litige, tels que fixés par les conclusions respectives des parties, le juge qui déclare contesté un fait dont l'exactitude n'est pas discutée ou qui introduit dans le litige des moyens que les parties n'avaient pas invoqués ; que pour prétendre à l'existence d'un manquement à l'obligation de reclassement, M. [P] avait uniquement invoqué l'absence de recherches effectuées dans le groupe de sociétés auquel son employeur aurait appartenu ; qu'à aucun moment, il ne s'était prévalu de la rédaction de l'article L.1226-10 du code du travail résultant de l'ordonnance du 22 septembre 2017, en invoquant l'existence d'un groupe capitalistique et en arguant d'une relation d'entreprise dominante à des entreprises dominées ; qu'en retenant néanmoins que la société Ateliers Aubert-Labansat aurait formé avec la société Maisons d'histoire un groupe capitalistique, la cour d'appel a d'ores et déjà méconnu les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a relevé d'office un moyen qui n'était pas dans le débat sans provoquer la discussion préalable des parties et a violé l'article 16 du Code de procédure civile ;

Réponse de la Cour : le moyen n'est pas fondé.

D'une part, le salarié se prévalait de l'existence d'un groupe de sorte qu'en recherchant le périmètre dans lequel devait s'effectuer la recherche de reclassement, la cour d'appel n'a fait que vérifier les conditions d'application de la loi, sans modifier l'objet du litige.

D'autre part, l'employeur se prévalait expressément des dispositions relatives à la caractérisation du groupe issues des ordonnances de 2017 pour contester l'existence d'un groupe (ccl employeur p. 12 et 13) de sorte que la cour d'appel n'a pas relevé d'office le moyen tiré de la définition capitalistique du groupe.

3 - Analyse succincte des autres branches du moyen et identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

L'employeur fait à l'arrêt le même grief par un **moyen unique**, articulé en **six branches**, dont les **quatre dernières** soutiennent :

3°/ qu'aux termes de l'article L.1226-10 du code du travail résultant de l'ordonnance du 22 septembre 2017, lorsque le salarié est déclaré inapte à occuper son poste, l'employeur doit lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel il appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel ; que la notion de groupe désigne le groupement formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L.233-1, aux I et II de l'article L.233-3 et à l'article L.233-16 du code de commerce ; que dès lors qu'il existe une contestation sur l'existence d'un groupe de reclassement et/ou sur son périmètre, les juges du fond doivent former leur conviction au vu de l'ensemble des éléments qui leur sont soumis par les deux parties ; *qu'en retenant, pour conclure à l'existence d'un groupe de reclassement, que la société n'apportait aucun élément réfutant son existence, la cour d'appel a fait peser sur l'employeur seul la charge de la preuve de l'existence du groupe, de son périmètre et des relations capitalistiques liant les sociétés qui l'auraient composé et a violé en conséquence l'article susvisé ainsi que l'article L.2331-1 du code du travail ;*

4/ *que les juges du fond ne peuvent retenir l'existence d'un groupe capitalistique de reclassement sans avoir caractérisé l'existence d'une influence dominante d'une société sur une autre ; qu'en concluant à l'existence d'un tel groupe sans indiquer qui, de la société Ateliers Aubert-Labansat et de la société Maisons d'Histoire, aurait été la société dominante de ce groupe, ni comment se caractériserait cette domination au regard des critères de l'article L.2331-1 du code du travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1226-10 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 et de l'article L.2331-1 du code du travail ;*

5°/ *que si la permutabilité n'est plus une condition suffisante à la reconnaissance d'un groupe de reclassement, elle n'en est pas moins une condition nécessaire ; qu'en concluant de l'existence d'un groupe capitalistique l'existence d'un groupe de reclassement, sans rechercher si les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation des deux sociétés qui le composaient permettaient d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au*

regard de l'article L.1226-10 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ;

6/ que la charge de la preuve d'une possibilité de permutation du personnel entre les sociétés d'un groupe n'incombe à aucune des parties en particulier ; qu'en retenant, pour conclure à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, que la société Ateliers Aubert-Labansat n'aurait pas établi que le permutation du personnel était impossible quand M. [P] n'avait produit strictement aucun élément justifiant d'une telle possibilité entre son employeur, spécialisé dans les charpentes, menuiserie et ébénisterie, et la société de maçonnerie Maisons d'Histoire, la cour d'appel a violé l'article L.1226-10 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017.

Charge de la preuve de l'existence du groupe au sens de l'article L. 1226-10, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, modifié par l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

L'inaptitude ayant été constatée le 12 février 2018, les dispositions définissant le périmètre du groupe au sein du duquel applicables à la recherche de reclassement sont celles de l'article L. 1226-10 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-24.703, publié).

Elles définissent le groupe de reclassement comme « formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce, située sur le territoire nationale», et dont « l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.»

L'existence d'un groupe de reclassement est donc subordonné au respect de trois critères : l'existence d'un groupe au sens du code de commerce, la permutableté du personnel et l'implantation des entreprises sur le territoire national.

4-1 composition capitalistique du groupe

La définition du groupe de reclassement renvoie à la définition capitalistique du groupe telle qu'elle résulte du code de commerce, qui suppose que l'entreprise dominante exerce un contrôle exclusif ou conjoint ou une influence dominante sur les autres entreprises du groupe.

Le contrôle exclusif ou conjoint et l'influence dominante sont constitués lorsqu'une entreprise possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital social, détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales, dispose de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord avec d'autres associés ou actionnaires, détermine, en fait, grâce aux droits de vote qu'elle détient, les décisions dans les assemblées générales, désigne pendant deux exercices successifs la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une ou plusieurs autres

entreprises ou a le droit d'exercer une influence dominante en vertu d'un contrat ou d'une clause statutaire sur celles ci.

La chambre sociale contrôle la caractérisation par les juges du fond des éléments constitutifs de la qualification de groupe au sens du code du commerce (Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 22-10.158, publié).

Les troisième et quatrième branche questionnent la jurisprudence de la chambre quant à la charge de la preuve de l'existence du groupe au sens capitalistique du terme.

Avant l'entrée en vigueur des dispositions définissant le groupe par un renvoi aux textes du code du travail, la chambre sociale jugeait que la preuve de la consistance du groupe de reclassement pesait sur l'employeur.

Soc., 13 mai 2015, pourvoi n° 13-27677 :

Attendu qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de l'impossibilité où il se trouve de reclasser le salarié ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que cette salariée ne justifie pas de l'appartenance à un groupe de la société Lidl, ni du fait qu'une adaptation de poste ait pu être envisageable sans contrevenir aux prescriptions du médecin du travail ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés

Ce principe a ensuite été tempéré s'agissant de la détermination de la consistance du groupe :

- d'abord en matière de licenciement pour motif économique :

Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 14-30.063, Bull. 2016, V, n° 216 :

Ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas démontré que l'organisation du réseau de distribution auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel.

Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-19.927 à 15-19.939, Bull. 2016, V, n° 217 :

Ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il était démontré que le périmètre du groupe de reclassement était limité à une société holding et trois filiales.

- puis en matière de licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement :

- Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-13.122, publié :

Ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas établi que l'organisation du réseau auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel.

Il ne s'agit toutefois pas d'un partage de la charge de preuve, comme il peut en exister dans d'autres contentieux de la matière sociale, mais simplement d'éviter de faire peser sur l'employeur une preuve négative, dans les cas où sans élément tangible permettant une discussion utile, un salarié invoque l'appartenance de l'employeur à un groupe.

La chambre sociale a ainsi rappelé, dans un nouvel arrêt publié, que le principe selon laquelle la charge de la preuve incombait à l'employeur demeurait en valide.

Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-17.303 et suiv., publié :

5. La société fait grief aux arrêts de dire les licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse, de la condamner à verser aux salariés des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de lui ordonner d'office de rembourser les indemnités de chômage éventuellement versées aux salariés dans la limite de six mois, alors :

« 1°/ que la charge de la preuve du périmètre de reclassement n'incombe pas à l'employeur, de sorte que le doute profite à ce dernier ; qu'en retenant par motifs propres que les seuls éléments produits par la société ne permettaient pas de limiter le périmètre des recherches de reclassement à 35 entités du groupe CECAB et, par motifs adoptés, qu'elle ne produisait aux débats aucun organigramme précis des entreprises constituant le groupe se contentant de fournir une présentation incomplète de celui-ci effectuée dans le document d'information des instances représentatives au titre de l'article L. 1233-31 du code du travail, pour en déduire que le reclassement des salariés devait être recherché dans l'ensemble des sociétés du groupe CECAB, la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve du périmètre de reclassement sur l'employeur, et partant a violé les dispositions de l'article 1233-4 du code du travail, alors en vigueur ;

Réponse de la Cour : (...)

7. Si la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur, il appartient au juge, en cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement, de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties.

8. La cour d'appel, en l'état des éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas suffisamment établi que le périmètre de reclassement devait être limité à seulement trente-cinq sociétés du groupe, comme retenu par l'employeur, et a pu en déduire, sans méconnaître les règles relatives à la charge de la preuve, que l'employeur ne justifiait pas du respect de son obligation de reclassement.

Cet arrêt a fait l'objet du commentaire suivant à la RJS (2021, n° 308) :

« Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement des arrêts rendus le 16 novembre 2016, dont des commentateurs avaient estimé qu'ils instaurent un régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié pour la définition du périmètre du reclassement lorsque l'employeur fait partie d'un groupe, l'arrêt de rejet approuvant une cour d'appel d'avoir, pour déterminer les limites de ce périmètre, apprécié les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié.

Le présent arrêt, tout en rappelant l'étendue de ce périmètre, dépendant de la mise en œuvre du critère de la permutabilité de salariés, énonce ensuite que la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement pèse sur l'employeur et qu'en cas de contestation du périmètre qu'il invoque, le juge doit se prononcer au vu de l'ensemble des éléments fournis par les parties.

Il faut donc en déduire que c'est d'abord à l'employeur de communiquer des éléments permettant de dire que le périmètre de reclassement qu'il a retenu dans le groupe dont il relève est exact, au regard de ce critère de permutabilité des emplois, parce que c'est sur lui que pèse l'obligation de reclassement. Ce n'est que dans la mesure où une discussion s'instaure sur le périmètre retenu que le juge doit alors déterminer quel était le périmètre pertinent, en considération des éléments qui lui sont soumis.

Ainsi, en l'espèce, la cour d'appel avait retenu que les limites du groupe de reclassement invoquées par l'employeur n'étaient pas établies, pour en déduire qu'il avait manqué à son obligation. »

et dans la revue liaison sociale quotidien (n° 73/2021)

« Toutefois, comme le rappelle ce nouvel arrêt, en cas de litige portant sur l'étendue du périmètre de reclassement retenu par l'employeur, le juge forme sa conviction en fonction de l'ensemble des éléments qui lui sont apportés par les parties, c'est-à-dire tant par l'employeur que par le salarié(v. déjà : Cass. soc., 16 novembre 2016, n° 14-30.063, n° 15-19.927 PBRI). En conséquence, la charge de la preuve ne pèse pas spécifiquement sur l'employeur, même si en pratique ce dernier doit bien être en mesure de fournir des éléments suffisamment précis. En l'occurrence, un salarié reprochait à son employeur d'avoir limité le périmètre de ses recherches de reclassement à trente-cinq sociétés du groupe auquel il appartenait. Tenant compte des éléments apportés par le salarié, mais aussi de la circonstance que l'employeur ne produisait aux débats aucun organigramme précis des entreprises constituant le groupe et s'était contenté de fournir une présentation incomplète de celui-ci issue du document d'information des IRP transmis lors de leur consultation sur le projet de licenciement collectif, la cour d'appel, approuvée par la cassation, a estimé qu'il n'était pas suffisamment établi que le périmètre de reclassement devait être limité à trente-cinq entreprises seulement. En conséquence, l'obligation de reclassement a été jugée non remplie et le licenciement sans cause réelle et sérieuse. »

Ces arrêts statuent toutefois en vertu des dispositions antérieures à la définition du groupe de reclassement par les ordonnances de 2017 et la rapporteure n'a pas identifié de pourvoi statuant sur cette question au regard des dispositions issues desdites ordonnances.

On peut toutefois trouver un élément de comparaison dans les décisions relatives au périmètres d'appréciation de la cause économique du licenciement.

Par des arrêts de novembre 2016, la chambre sociale a jugé :

Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 14-30.063, Bull. 2016, V, n° 216 et Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-19.932, Bull. 2016, V n° 217

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. 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 définition est donc proche de celle qui résulte de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 pour le groupe de reclassement en cas d'incapacité du salarié.

S'agissant de la charge de la preuve, la chambre sociale a maintenu, après cet arrêt, que la charge de la preuve du périmètre d'appréciation de la cause économique incombe à l'employeur :

Par exemple :

Soc., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-19.950

7. Il incombe à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué.

Et qu'à défaut d'élément suffisant, il supporte le risque de la preuve :

Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.424

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement pour motif économique sans cause réelle et sérieuse et de le condamner à verser à la salariée une indemnité à cet effet, alors, selon le moyen : (...)

3°/ que lorsque l'appartenance d'une entreprise à un groupe est contestée, il n'appartient pas à l'employeur d'apporter la preuve négative de la non-appartenance de l'entreprise à un groupe ; qu'en reprochant à la société SESC de contester appartenir au groupe UBM, sans fournir de document permettant de s'en assurer, la cour d'appel a violé les articles L. 1233-3 du code du travail et 1315 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

(...)

Mais attendu qu'ayant fait ressortir que l'employeur n'apportait pas d'éléments suffisants pour déterminer le périmètre du groupe au niveau duquel devait être apprécié le motif économique, la cour d'appel a pu en déduire l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

En l'espèce, la troisième branche du moyen reproche à la cour d'appel d'avoir fait peser la charge de la preuve de l'existence du groupe sur le seul employeur, et la quatrième de ne pas avoir caractérisé l'existence d'un contrôle ou d'une influence dominante d'une société sur une autre au sens de l'article L. 1226-10 du code du travail.

La cour d'appel, après avoir examiné les moyens et pièces fournies par les parties, retient (arrêt p. 4) :

«La SAS Ateliers Aubert-Labansat a choisi de ne pas fournir ces informations essentielles, alors qu'elle était la seule à pouvoir le faire. Dès lors, elle n'apporte aucun élément réfutant l'existence d'un groupe comprenant la SAS Ateliers Aubert-Labansat et la SARL Maisons d'Histoire, sociétés domiciliées sur le même site et effectuant des chantiers en commun selon les dires non contredits de M. [P].

Au vu des éléments et explications données par les parties, il sera donc retenu l'existence d'un groupe comprenant, à tout le moins, ces deux sociétés.»

4-2 Permutation au sein du groupe

La deuxième condition posée pour la détermination du périmètre du groupe de reclassement par l'article L. 1226-10 est que les entreprises concernées aient une l'organisation, des activités ou un lieu d'exploitation qui «assurent la permutation de tout ou partie du personnel.» Elle est issue de la jurisprudence constante antérieure à l'entrée en vigueur des ordonnances de 2017, aux termes de laquelle le groupe était l'ensemble des « entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. »

La chambre sociale exerce un contrôle sur la caractérisation, par les juges du fond de la possibilité ou non d'effectuer une permutation du personnel.

Pour des exemples récents :

Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-24.392 (inaptitude)

Attendu que pour déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamner l'employeur à payer au salarié des sommes à titre de dommages et intérêts et d'indemnités compensatrices de préavis et de congés payés, l'arrêt retient que si la société a effectivement tenté, conformément à ses

obligations légales, un reclassement avec ses partenaires réunionnais, mahorais et néo-calédonien, elle ne justifie pas d'autres démarches, que l'affirmation d'une impossibilité de permutation ne résulte que d'une pétition de principe non corroborée, que ce postulat s'apparente à un aveu d'absence de recherches de reclassement, que la société ne rapportant pas la preuve qui lui incombe de l'impossibilité de permutation au sein du groupe de reclassement constitué de sociétés franchisées, elle ne justifie pas d'une recherche loyale des possibilités de reclassement du salarié ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation des sociétés franchisées au sein du groupe Ogilvy permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 22-10.158

14. Pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt, après avoir constaté que l'employeur était une filiale du groupe Vincent, retient d'abord que la société Mille Lieux fait partie du périmètre consolidé du groupe Vincent tel qu'il ressort de l'annexe aux comptes annuels de l'exercice clos du 31 décembre 2019 et que les comptes de la société Mille Lieux étant consolidés par mise en équivalence, cette société est sous le contrôle notable de la société Vincent et appartient au groupe qu'elle constitue avec les autres filiales.

15. Il retient ensuite que l'employeur a communiqué au comité social et économique une liste non exhaustive des sociétés du groupe dont il relève en omettant la mention de la société Mille Lieux.

16. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation de la société Mille Lieux et de l'employeur assuraient la permutation de tout ou partie du personnel, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

La jurisprudence est identique en matière de licenciement économique :

Soc., 5 janvier 2022, pourvoi n° 19-24.157 et suiv.

7. Pour dire les licenciements sans cause réelle et sérieuse, les arrêts retiennent que l'association GSM affirme sans réelle démonstration avoir recherché un « reclassement auprès de chacun de ses adhérents » pour constituer ainsi le périmètre pertinent des recherches alors que leur indépendance fonctionnelle, chacun vis-à-vis des autres n'excluent pas la possibilité d'effectuer entre eux la permutation de tout ou partie du personnel.

8. En se déterminant ainsi, alors que l'adhésion des associations d'aide et de soins à domicile au Groupement social de moyen n'entraîne pas en soi la constitution d'un groupe au sens de l'article L. 1233-4 du code du travail, la cour d'appel qui n'a pas recherché en quoi les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation de l'association GSM et de ses différents adhérents leur permettaient d'effectuer la permutation de toute ou partie du personnel, n'a pas donné de base légale à sa décision.

A noter que Gilles Auzero souligne, à propos de la reprise par la loi de l'exigence jurisprudentielle d'une permutation possible du personnel (cahiers du droit de l'entreprise n° 3 du 1^{er} mai 2022) que « là où la jurisprudence exigeait que l'organisation des entreprises du groupe « permettent » la permutation, le texte légal exige que cette même organisation « assure » la permutation ; ce qui paraît plus exigeant. »

La cinquième branche du moyen reproche à la cour d'appel de ne pas avoir rechercher si les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation des deux sociétés qui le composaient permettaient d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, la sixième d'avoir fait peser la charge de la preuve de la possibilité d'une permutation sur le seul employeur.

Le salarié soutenait (ccl p. 8) :

La société Aubert Labansat est détenue par une holding Gimathelo investissements, dont le siège social est à [Localité 11]. De plus, sur le site du Vaudome à [Localité 16], se trouve la société Maison d'histoire qui effectue les travaux de maçonnerie pour les chantiers réalisés par la société Aubert Labansat . Il apparaît donc que la recherche de poste ne devait pas se faire que pour la structure Aubert Labansat mais à l'échelle de toutes les sociétés détenues par la holding Gimathelo investissements.

L'employeur répondait (ccl p. 13) :

En l'espèce, il est produit le justificatif de ce que les sociétés Gimathelo investissements, Sarl maisons d'histoire et Les ateliers Aubert Labansat ne constituent pas un groupe au sens des dispositions des articles L233-1 et suivants du Code de commerce, en l'absence d'entreprise dominante, si bien que la recherche de reclassement n'avait pas à être effectuée au sein des sociétés Gimathelo ou encore maisons d'histoire comme le soutient à tort Monsieur [P] (Pièce n°23 Attestations d'In extenso cogex). En tant que de besoin, il est justifié qu'il n'existait par ailleurs aucun poste disponible en rapport avec la qualification de Monsieur [P] au sein de la société Le Vaudome, laquelle détient la société Les ateliers Aubert Labansat à 100 % et n'emploie aucun salarié (Pièce n°23 Attestations d'In extenso cogex).

La cour d'appel a jugé (arrêt p. 4) :

« Dès lors, elle n'apporte aucun élément réfutant l'existence d'un groupe comprenant la SAS Ateliers Aubert-Labansat et la SARL Maisons d'Histoire, sociétés domiciliées sur le même site et effectuant des chantiers en commun selon les dires non contredits de M. [P].

Au vu des éléments et explications données par les parties, il sera donc retenu l'existence d'un groupe comprenant, à tout le moins, ces deux sociétés. Il est constant que la SAS Ateliers Aubert-Labansat n'a pas recherché le reclassement de M. [P] dans cette société au sein de laquelle elle n'établit, ni ne soutient d'ailleurs que la permutation de personnel aurait été impossible. »