



RAPPORT DE Mme PRIEUR, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 259 du 12 mars 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-22.756

Décision attaquée : 29 septembre 2023 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

M. [R] [D]

C/

la société Laboratoires Arkopharma

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Laboratoires Arkopharma (la société) est une filiale du groupe Arkopharma exerçant dans le domaine de la vente de compléments alimentaires et de produits phytosanitaires. Elle dispose de plusieurs filiales tant en France qu'en Europe. L'activité exercée est soumise à la convention collective de l'industrie pharmaceutique.

Suite au rachat de la société par le fonds d'investissement Montagu, différents projets d'optimisation ont été lancés à compter de septembre 2014 avec pour objectifs la sauvegarde de la compétitivité de la société sur un marché devenu très concurrentiel et garantir une croissance pérenne de ses activités.

La société, estimant qu'elle devait rationaliser son organisation commerciale en modifiant la répartition géographique des attachés commerciaux et leur

rémunération, leur a proposé en février 2016 une modification de leur contrat de travail.

Après refus de 37 salariés sur 78 attachés commerciaux concernés et désaccord des instances représentatives sur un accord collectif d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) par procès-verbal de constat de désaccord du 29 juillet 2016, la société a soumis à la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi Provence-Alpes-Côte d'Azur (Direccte Paca), le 31 août 2016, un document unilatéral portant sur le projet de licenciement économique collectif, lequel a été homologué par décision du 19 septembre 2016 devenue définitive par jugement du 24 janvier 2017 du tribunal administratif de Nice rejetant la requête en annulation du PSE.

MM. [D], [H] et 21 autres salariés ont été licenciés pour motif économique, le 18 novembre 2016.

Invoquant notamment l'absence de cause réelle et sérieuse de leur licenciement pour motif économique, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à obtenir l'indemnisation des divers préjudices en résultant.

Par jugements sur départage du 4 juin 2021 (8 mars 2021 pour Mme Salomon-Hottin pourvoi n°N23-22.758), le conseil de prud'hommes de Grasse a notamment condamné la société à payer aux salariés une certaine somme à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Statuant sur appel de la société par arrêts du 29 septembre 2023, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé les jugements entrepris et statuant à nouveau, débouté les salariés de leurs demandes formées au titre de la contestation de leur licenciement économique, rejeté les demandes formulées au titre de l'article 700 du code de procédure civile et condamné les salariés aux dépens.

Statuant à nouveau pour huit salariés (M. [H] et sept autres salariés concernés par les deux moyens du mémoire ampliatif commun des salariés), elle les a déboutés de leurs demandes formées au titre de la privation de leur véhicule de fonction durant le congé de reclassement.

Y ajoutant pour sept salariés (M. [D] et six autres salariés concernés par les pourvois incidents de l'employeur), elle a débouté la société de sa demande reconventionnelle indemnitaire formée pour rétention abusive du véhicule de fonction.

Les salariés ont formé des pourvois le 23 novembre 2023. Procédure devant la Cour:

- 21/02/2024: requête aux fins de jonction de 24 pourvois;
- 26/02/2024 : ordonnance de jonction de 24 pourvois (pourvoi pilote n°J 23-22.755 M. [D]);
- 22/03/2024 : dépôt du MA commun à 23 salariés, demande de condamnation de la société à verser à chacun d'eux 1 500 € au titre de l'art. 700 du CPC ;
- 16/05/2024 : ordonnance de déchéance du pourvoi n°E 23-22.774 (Mme Daoud);

- 22/05/2024 : dépôt du MD de l'employeur et des pourvois incidents à l'encontre de 7 salariés avec mémoire commun, demande de condamner chacun à lui payer 150 € au titre de l'art. 700 du CPC ;
 - 24/06/2024: dépôt du mémoire en réponse aux pourvois incidents ;
 - 02/10/2024 : dépôt du mémoire complémentaire en défense.
- Les pourvois principaux et incidents paraissent recevables et la procédure régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

2-1- Pourvois principaux des salariés

Dans le premier moyen du mémoire ampliatif commun aux 23 pourvois, les salariés font grief aux arrêts d'infirmier les jugements déferés et de les débouter de leurs demandes fondées sur la contestation de leur licenciement économique, alors :

« 1°/ que la cause économique d'un licenciement s'apprécie à la date du licenciement ; qu'en l'espèce la cour d'appel, pour juger établie l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité des compléments alimentaires et produits phytosanitaires du groupe Arkopharma, produits à hauteur de 49 % par la société Laboratoires Arkopharma, a retenu que « la société justifie de cette dégradation par la production d'un extrait d'une étude de données IMS-Health-Panel Pharmatrend parue en décembre 2014 laquelle démontre que les parts de marché d'Arkopharma sont passées de 28,1% en 2002 à 13,3% en 2014 », que « certains [concurrents] comme Pileje, Nutergia, Omega Pharma ou Cooper enregistrant sur la période 2010-2014 une croissance de leurs ventes à deux chiffres contrairement à Arkopharma [...] » ou encore que la société démontrait « une sous-performance d'activité sur ses marchés phares en 2014 » ; qu'elle en a déduit que « ces éléments notamment étayés par des données IMS-Health non contredites démontrent que les causes de la perte de compétitivité de la société étaient réelles et constatées sur plusieurs années, peu important dès lors que le secteur d'activité en lui-même ait été alors en croissance globale de l'ordre de 3 à 5% par an, que le groupe ait gardé sa position de leader sur le secteur, que son chiffre d'affaires ait été en augmentation de près de 2 % en 2015, sa rentabilité brute d'exploitation (taux d'EBE) en hausse de 4,2 points au cours du même exercice, sa rentabilité d'exploitation en augmentation de 8,3 % à 12,9 % ou encore que sa santé financière lui ait permis post réalisation du PSE de refinancer la dette de son LBO, ces indicateurs positifs étant le résultat pour une grande part d'un seul effet "volume" lié à la croissance globale du secteur » ; qu'en se fondant sur ces motifs insusceptibles de justifier qu'une menace pesait sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient au jour des licenciements, intervenus le 18 novembre 2016, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L.1233-3 du code du travail dans sa rédaction, applicable au litige, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

2°/ que la cause économique d'un licenciement s'apprécie à la date du licenciement ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, comme l'y invitait les salariés à partir d'éléments étayés non seulement par les déclarations du président de la société Arkopharma, mais également par les résultats de l'expertise diligentée par le Cabinet Explicite, expert désigné par le comité d'entreprise en juillet 2016 et par le comportement de la société employeur, qui avait refusé de produire ses bilans 2016 et 2017, si toute menace sur la compétitivité n'était pas écartée à la date du licenciement, du fait des « excellents

résultats » d'Arkopharma qui, en 2015, avait affiché une croissance supérieure de 10% à celle du marché, un gain de parts de marchés en pharmacie en volume et en valeur par rapport à 2014, une rentabilité d'exploitation et une capacité d'autofinancement également en augmentation par rapport à 2014, tous éléments dont résultait une amélioration de la compétitivité d'Arkopharma au moment du licenciement par rapport à l'année 2014, qui lui avait permis de se développer en Europe et à l'international par l'acquisition, en 2016, d'un distributeur portugais, la société Distrifa et par la conclusion en 2017 d'un partenariat avec un réseau de e-commerce en Chine, **la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-3 du code du travail dans sa rédaction, applicable au litige, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;**

3°/ que si le juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique, ne peut se substituer à l'employeur quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation, **il lui appartient cependant de vérifier l'adéquation entre la situation économique et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur** ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu, pour débouter de leur demande les salariés licenciés après avoir refusé une modification de leur contrat de travail, que « s'il appartient au juge d'apprécier le bien-fondé des éléments mentionnés par l'employeur au soutien du motif économique allégué, il ne peut se substituer à ce dernier quant au choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation de l'entreprise. Il ne lui appartient pas davantage d'arbitrer entre les différentes possibilités de réorganisation. Par suite, le moyen selon lequel les propositions de modifications de leurs contrats de travail faites aux attachés commerciaux ne seraient pas de nature à restaurer la compétitivité de la société est inopérant » ; qu'en statuant de la sorte quand il lui appartenait de vérifier l'adéquation entre la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise liée, en l'absence de toute dégradation de sa situation économique interne, « à un affaiblissement de positionnement sur son marché principal », et une réorganisation par modification de la rémunération variable de ses attachés commerciaux, **la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-3 du code du travail dans sa rédaction, applicable au litige, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016. »**

Dans le second moyen du mémoire ampliatif, commun aux seuls pourvois n° K.23-22 756, A.23-22 770, N.23-22 758, B.23-22 771, C.23-22 772, D.23-22 773, D.23-23 049 et E.23-23 050, les salariés font grief aux arrêts d'infirmier les jugements déferés et de les débouter de leur demande de réparation du préjudice résultant de la suppression par la société de leur véhicule de fonction pendant la durée du congé de reclassement , alors «**que la fourniture, par l'employeur, d'un véhicule de fonction dont le salarié conserve l'usage à titre personnel constitue un avantage en nature inclus dans sa rémunération, laquelle ne doit subir aucune diminution pendant la durée du préavis ; que par ailleurs, lorsque la durée du congé de reclassement excède celle du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu' à la fin du congé de reclassement ; qu'en conséquence, la suppression du véhicule de fonction avant le terme du congé de reclassement constitue une modification unilatérale de la rémunération du salarié, laquelle lui cause un préjudice au moins égal à la valeur de l'avantage correspondant, dont l'employeur doit réparation sans que le salarié ait à en prouver l'existence** ; qu'en l'espèce la cour d'appel, pour débouter les salariés de leur demande de dommages et intérêts réparant le préjudice résultant du retrait illégitime, par la société Arkopharma, de leur véhicule de fonction pendant la durée du congé de reclassement excédant celle du préavis, a énoncé que : « Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement. Le salarié ayant restitué le véhicule à la demande de l'employeur à

*l'issue du préavis sans émettre d'objection ni de réserve, doit néanmoins démontrer au soutien de sa demande indemnitaire l'étendue de son préjudice, et ne pas s'en tenir à une demande forfaitaire. Or le salarié, se bornant à conclure à la confirmation de la décision entreprise alors que le premier juge avait constaté que le montant du préjudice invoqué n'était pas explicité, cependant qu'il y faisait droit, la cour constate l'absence de démonstration du préjudice personnel allégué en cause d'appel, en sorte que le jugement ayant fait droit à la demande est infirmé et [que] la demande est rejetée » ; qu'en refusant, au **motif inopérant** de l'insuffisance des preuves, de réparer le préjudice causé au salarié par la suppression d'un élément de rémunération qu'il lui appartenait d'évaluer, la cour d'appel a violé les articles L.3221-3 et L.1233-72 du code du travail. »*

2-2- Pourvois incidents de l'employeur, mémoire commun aux seuls pourvois n°J 23-22.755, P 23-22.759, S 23-22.762, W 23-22.766, X 23-22.767, Y 23-22.768 et D 23-22.980

Dans un moyen unique à une branche, la société fait grief aux arrêts de la débouter de sa demande indemnitaire pour rétention abusive du véhicule de fonction, alors « *que selon l'article L. 1233-72 du code du travail, pendant la durée du congé de reclassement qui excède la durée du préavis, le salarié perçoit une rémunération mensuelle égale à 65 % de sa rémunération mensuelle brute moyenne perçue au cours des douze derniers mois précédant la notification du licenciement ; que ce texte ne prévoit pas le maintien, pendant la durée du congé de reclassement qui excède le préavis, des avantages en nature dont bénéficiait le salarié ; que si ces avantages en nature doivent être pris en compte pour calculer le montant de l'allocation de congé de reclassement, le salarié n'a en revanche aucun droit à en conserver le bénéfice pendant la durée du congé excédant le préavis ; qu'en l'espèce, la société Laboratoires Arkopharma soulignait que, pendant la durée du congé de reclassement excédant le préavis, l'allocation versée au salarié représentant 70 % de sa rémunération mensuelle brute ; qu'en affirmant néanmoins que le refus du salarié de restituer son véhicule de fonction avant le terme du congé de reclassement est dépourvu de caractère fautif, au motif inopérant que le terme du préavis est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement et que la rupture du contrat n'intervient qu'à cette date, la cour d'appel a violé les articles L. 1233-72 et R. 1233-32 du code du travail. »*

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- appréciation du motif du licenciement pour motif économique collectif résultant d'une modification, refusée par les salariés, d'un élément essentiel de leur contrat de travail, consécutive à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (premier moyen du mémoire ampliatif des salariés) ;
- question nouvelle : le retrait fautif du véhicule de fonction pendant le congé de reclassement cause-t-il nécessairement au salarié un préjudice au moins égal à la valeur de cet avantage en nature ? (second moyen du mémoire ampliatif des salariés concernant seulement 8 des pourvois)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1- L'appréciation du motif du licenciement pour motif économique collectif (premier moyen du mémoire ampliatif des salariés)

Nous sommes dans le cadre d'un licenciement pour motif économique résultant d'une modification, refusée par les salariés, d'un élément essentiel de leur contrat de travail, consécutive à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

Aux termes de l'article L.1233-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, applicable au litige compte tenu de la date des licenciements intervenus le 18 novembre 2016 (jugement p.2 et conclusions société Laboratoires Arkopharma p.24 ; lettre de licenciement de M. [D], prod. MA n°4):

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa.»

La nouvelle définition du motif économique issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ajoute aux deux motifs qui figuraient à cet article, deux motifs reconnus par la Cour de cassation depuis plus d'une dizaine d'années, à savoir :

« 3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise ».

Cette nouvelle définition légale ne s'applique qu'après l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} décembre 2016, aux licenciements engagés après cette date (Soc., 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-15.494)

La chambre sociale a admis dès 1995 (Soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, Bull V n° 123 ;

Soc. 16 décembre 2008, Bull. V n° 252), qu'une réorganisation d'une entreprise puisse constituer une causé économique de licenciement si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, comme motif autonome de licenciement.

Notre chambre a ensuite précisé dans les arrêts dits "Pages jaunes " ce qu'il fallait entendre par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, sans pour autant remettre en cause les principes dégagés précédemment par la jurisprudence :

Soc., 11 janvier 2006, pourvoi n° 04-46.223, Bull. 2006, V, n° 10 , Soc., 11 janvier 2006, pourvoi n°05-40.976 et au rapport annuel :

Sommaire : **La réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ; répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement.**

*Justifie sa décision la cour d'appel qui retient qu'ont une cause économique réelle et sérieuse les licenciements consécutifs aux refus des salariés de la modification de leur contrat de travail fondée sur la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité, après avoir retenu **qu'il ne peut être reproché à l'employeur d'avoir anticipé des difficultés économiques prévisibles et mis à profit une situation financière saine pour adapter ses structures dans les meilleures conditions à l'évolution technologique de ses produits et de son environnement concurrentiel** (arrêt n 1).*

Doit, par contre, être cassé l'arrêt qui retient, dans la même situation, que la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise n'est pas établie dès lors que sa survie n'est pas menacée et que sa situation est largement bénéficiaire (arrêt n 2).

Il en ressort que répond au critère de sauvegarde de la compétitivité, la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement.

La réorganisation de l'entreprise constitue ainsi un motif économique autonome de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, sans avoir à justifier de difficultés économiques ou de mutations technologiques (Soc., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-14.223, Bull. 2012, V, n° 108 ; Soc., 3 mai 2016, pourvoi n° 15-11.046, Bull. 2016, V, n° 83).

Il appartient à l'employeur de démontrer la réalité du risque pesant sur la compétitivité et la nécessité de procéder à une réorganisation de l'entreprise au moment où il licencie.

La réalité de la cause économique doit être appréciée à la date de la rupture du contrat de travail (Soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 12-23.707 ; (Soc. 15 mai 2019, pourvoi n°18-10.954) ou à la période contemporaine de la notification de la rupture du contrat de travail (Soc., 1er juin 2022, pourvoi n°20-19.957, publié). Cet arrêt est commenté à la Lettre de la chambre sociale n°15, mai, juin et juillet 2022 :

*« (...)Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que la durée de cette baisse doit s'apprécier en comparant le niveau des commandes ou du chiffre d'affaires au cours de **la période contemporaine de la notification de la rupture du contrat de travail** par rapport à celui de l'année précédente à la même période.*

*Elle rappelle ainsi sa jurisprudence constante selon laquelle **le juge doit se placer à la date du licenciement pour apprécier le motif de celui-ci** et non à celle du déclenchement de la procédure de licenciement collectif (Soc., 21 novembre 1990, pourvoi n° 87-44.940, Bull. 1990, V, n° 574 ; Soc., 26 février 1992, pourvoi n° 90-41.247, Bull. 1992, V, n° 130). »*

L'arrêt est également commenté dans le podcast " La Sociale, le Mag' " n° 8, juin 2022, Actualités.

Jusqu'à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain d'appréciation sur la réalité du motif économique quant à l'existence ou non d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise (Soc., 26 mai 2015, pourvoi n° 14-13.523), la Cour de cassation n'exerçant en principe qu'un contrôle de motivation de la décision portant sur les conséquences légales qu'ils tiraient de leurs constatations souveraine.

Il ressort cependant des arrêts de 2006 (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-47.376, Bull. 2006, V, n° 200 ; Soc., 11 janvier 2006, pourvoi n°05-40.976 « Pages jaunes ») que la Cour de cassation opère un contrôle dit léger sur la qualification juridique que les juges du fond donnent aux faits qui leur sont soumis, selon la méthode du faisceau d'indices, pour apprécier s'il existe une menace sérieuse et précise pesant sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité et par suite si les licenciements pour motif économique sont justifiés.

Le communiqué de la Cour de cassation joint aux arrêts du 11 janvier 2006, pourvoi n° 04-46.223, Bull. 2006, V, n° 10 et pourvoi n°05-40.976 indique :

En relevant que les difficultés économiques à venir étaient liées à des mutations technologiques, la Cour de cassation indique que la source des difficultés futures doit être démontrée et appelle des mesures d'anticipation.

A cet effet, le juge ne peut se borner à énoncer « des motifs d'ordre général » impropres à caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont l'entreprise relève (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-47.376, Bull. 2006, V, n° 200; Soc 14 décembre 2011, Bull V, n 295, 10-11042 ; Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n 11-13.493).

En conséquence, la " bonne santé " financière de l'entreprise ou du secteur d'activité ou l'absence de difficultés économiques ne permet pas d'exclure la menace sur la compétitivité. Il ressort de notre jurisprudence que pour apprécier la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, les juges du fond peuvent notamment retenir l'évolution du marché notamment sa diminution, la diminution du chiffre d'affaires, l'accroissement de la concurrence ou la nécessité de l'affronter, la nécessité de préserver l'équilibre financier de l'entreprise ou encore d'adapter ses effectifs en vue d'anticiper sur des difficultés économiques prévisibles.

Soc. 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.656 , Bull. civ. V n° 349 :

Sommaire : Une cour d'appel qui constate que **l'évolution du marché** sur lequel intervient l'entreprise la place dans l'impossibilité de réaliser les investissements nécessaires pour affronter la concurrence et lui impose de se réorganiser à cette fin, **fait ainsi ressortir que cette nouvelle organisation, qui procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi, était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe dont elle relevait.**

Soc. 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.131 :

Mais attendu que la lettre de licenciement qui allègue une réorganisation énonce un motif économique et qu'il appartient au juge de rechercher si cette réorganisation est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ;

Et attendu que la cour d'appel qui **a constaté que le secteur d'activité de maintenance traditionnelle, sur lequel intervenait l'entreprise, n'était plus adapté à l'évolution du marché, que cette situation avait entraîné des pertes d'exploitation ainsi qu'une dégradation des performances financières du secteur, et que la perte de compétitivité qui en résultait** imposait la mise en place d'une nouvelle organisation favorisant l'amélioration du savoir-faire et une croissance externe, afin de retrouver de nouveaux clients compensant des pertes de clientèle, **a pu en déduire que la réorganisation de l'entreprise était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du groupe, en faisant ressortir qu'elle était destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi ;**

Que le moyen n'est pas fondé ;

Soc. 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.321 :

Mais attendu que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a fait ressortir que le marché du pneumatique poids lourds constituait un secteur d'activité au sein du groupe Michelin et **a constaté, sans limiter son examen à la situation existante sur le territoire national, que la compétitivité de ce secteur était menacée par la concurrence de sociétés étrangères** dont les prix de vente étaient inférieurs et la productivité supérieure ; qu'en l'état de ces constatations, **elle a pu décider que les difficultés économiques prévisibles à venir dans ce secteur d'activité rendaient nécessaire sa réorganisation pour en sauvegarder la compétitivité ;** que le moyen n'est pas fondé ;

- Soc. 2 février 2011, pourvoi n° 09-69.520 :

Mais attendu qu'appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a relevé que **la principale menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise était l'apparition de nouveaux acteurs sur le marché du rachat des crédits et de la restructuration financière**, en la personne des banques elles-mêmes, que la situation intermédiaire au 30 juin 2007 montrait qu'en dépit d'une perte de chiffre d'affaires, il y avait eu une augmentation des investissements internes et publicitaires, ce qui établissait que la

société n'avait pas mis en œuvre les mesures de réorganisation de la force de vente et la modification des intéressements annuels dans le but d'augmenter ses marges ou ses profits, et qu'enfin ***l'évolution ultérieure du chiffre d'affaires et des résultats montrait que les menaces sur la compétitivité dont se prévalait l'entreprise étaient bien réelles ; qu'en l'état de ces constatations, elle a pu décider que les difficultés économiques prévisibles à venir dans ce secteur d'activité rendaient nécessaire sa réorganisation pour en sauvegarder la compétitivité ; que le moyen n'est pas fondé ;***

Soc., 19 janvier 2022, pourvois n°20-19.202 et suivants :

Vu l'article L. 1233-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

6. Il résulte de ce texte qu'une réorganisation de l'entreprise constitue un motif de licenciement si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe dont elle relève, en prévenant des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi.

7. Pour dire les licenciements sans cause réelle et sérieuse, les arrêts retiennent d'abord que l'employeur se fonde principalement sur une baisse de 12 % du volume des ventes de cigarettes de 2009 à 2013, dont une baisse de 7 % de 2012 à 2013, ayant généré une situation de surcapacité de production massive et durable en Europe. Ils ajoutent ensuite que la société invoque également le déclin structurel des marchés du tabac européens, les prévisions de production en résultant ne laissant aucun espoir de pouvoir résorber cette situation autrement que par une adaptation et une rationalisation de l'outil de production, étant précisé que le groupe a connu une perte de 1,5 points de part de marché sur la période 2009-2013.

8. Ils poursuivent en indiquant, d'une part, que le rapport du cabinet Progexa fait état d'une amélioration des bénéfices du groupe en dépit d'une érosion des volumes de vente de 7 % en 2013 et que si la baisse du marché des cigarettes en France et son accentuation en 2013 en lien avec les politiques publiques et le développement rapide de la cigarette électronique se confirme, l'activité de l'usine de Nantes demeure profitable avec un bénéfice d'exploitation en forte hausse sur l'année 2013 (+ 61 %) après de moins bons résultats en 2011-2012, et d'autre part, que le rapport du cabinet Alter confirme le déclin des marchés matures incluant le marché français, ce déclin des volumes étant de 7 % par an mais indique que celui-ci a ralenti en 2014/2015 à 3 % et que l'activité de la SEITA, préservant un fort taux de marge, demeure profitable pour le groupe. Ce rapport évoque les "excellentes performances du groupe" avec notamment un résultat net positif de 699 M€ en 2012, 929 M€ en 2013, 1 451 M€ en 2014.

9. Ils soulignent que si la société admet que le rachat récent d'entités américaines (ITG Brands) a généré une augmentation du chiffre d'affaires net, tout en faisant état d'une baisse du chiffre d'affaires à périmètre constant, le rapport intermédiaire du groupe daté de mars 2015 n'en évoque pas moins une « bonne performance » du groupe sur la première partie de l'exercice comptable et mentionne non seulement une augmentation annuelle de 2 % du revenu net mais aussi de 10 % des dividendes versés aux actionnaires et en conclut que la société ne démontre pas que la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient était menacée.

10. En se déterminant ainsi, par **des motifs inopérants**, alors qu'elle avait constaté que la production et la consommation de tabac avaient fortement diminué en volume entre 2002 et 2013, sur le marché européen qui constituait la part essentielle du chiffre d'affaires du secteur tabac du groupe Imperial Tobacco et qu'entre 2009 et 2013 le groupe avait connu une **perte de 1,5 points de part de marché, sans rechercher, comme il lui était demandé, si ces tendances structurelles, caractérisées par une forte et régulière rétraction du marché européen du tabac et par la réduction constante de la consommation de tabac sur ce marché et notamment sur le marché français, sur lesquels ce secteur d'activité réalisait l'essentiel de son chiffre d'affaires, ne justifiaient pas une réorganisation de l'entreprise afin d'anticiper des difficultés économiques prévisibles et d'adapter ses structures à l'évolution du marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.**

Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-13.452 :

7. **Il résulte de l'article L. 1233-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, qu'une réorganisation de l'entreprise constitue un motif de licenciement si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe dont elle relève, en prévenant des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi.**

8. La cour d'appel a retenu qu'au vu des pièces produites, les **mutations technologiques liées à la dématérialisation** des activités bancaires et financières avaient contraint tous les acteurs du secteur à se moderniser sur ce plan et que la **compétitivité de l'entreprise se trouvait menacée** par ce mouvement d'ensemble dans lequel elle avait été contrainte de s'engager à son tour en se réorganisant afin d'anticiper des difficultés économiques prévisibles, sans que puissent lui être opposés les bons résultats financiers du groupe bancaire et financier ni même ses propres résultats.

9. **La nécessité de sauvegarder la compétitivité n'étant pas subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement, elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision.**

10. Le moyen n'est donc pas fondé.

Dans le même sens (Soc. 2 février 2022, n° 20-14 636 ; Soc. 12 juillet 2022, n° 21-12 984 ; Soc. 17 mai 2023, pourvoi n° 21-19.440). La jurisprudence du Conseil d'Etat est concordante (CE, 15 novembre 2011, n° 449.317, Milleis Patrimoine, aux Tables ; CE, 9 octobre 2020, n°428.431 et s., société Seita).

En revanche, la nécessité d'assurer la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité ne peut résulter de la seule réduction des frais fixes sur un site de travail (Soc 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41.571 Bull. V n° 214), ou de privilégier l'amélioration des marges (Soc., 13 septembre 2006, pourvoi n° 05-41.665) ou des profits (Soc., 30 septembre 1997, pourvoi n° 94-43.733, Bulletin 1997, V, n° 291), de faire l'économie de certains salaires (Soc. 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-42.945), de procéder à une rationalisation des coûts de gestion (Soc. 23 juin 1999, pourvoi n° 97-42.224), de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au

détriment de la stabilité de l'emploi (Soc. 1^{er} décembre 1999, pourvoi n° 98-42.746, Bulletin civil 1999, V, n° 466) :

Sommaire : La réorganisation qui répond moins à une nécessité économique qu'à une volonté de l'employeur de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi, décidée, non pour sauvegarder la rentabilité de l'entreprise, mais dans l'unique but de supprimer les emplois permanents, ne constitue pas un motif économique justifiant le licenciement.

ou bien encore d'améliorer de la rentabilité de l'entreprise (Soc., 5 mars 2014, pourvois n° 12-25.035, 12-25.059) :

Mais attendu que la cour d'appel a retenu, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis et sans être tenue de s'expliquer sur ceux qu'elle décidait d'écarter, qu'il n'était justifié ni de difficultés économiques, ni d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe et que le licenciement répondait seulement à un souci de rentabilité ; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Par ailleurs, s'il incombe aux juges du fond de vérifier, dès lors qu'ils en sont saisis, l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, ils ne peuvent se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de cette réorganisation quand ils ne sont pas dus à une faute (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.046, Bull. 2009, V, n° 173) :

Sommaire : S'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail décidées par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation .

Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-22.154 :

6. Il résulte de l'article L. 1233-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, qu'une réorganisation de l'entreprise, lorsqu'elle n'est pas justifiée par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques, constitue un motif de licenciement si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe dont elle relève, en prévenant des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi.

7. Après avoir constaté, d'une part, que les commandes d'un architecte, client important et régulier de l'entreprise, avaient baissé de 51 %, en 2016 par rapport à 2015, soit un pourcentage par rapport au chiffre d'affaires global de l'entreprise de 45 % en 2015 et de 28 % en 2016, d'autre part, qu'à la date du licenciement en juin 2016, le chiffre d'affaires du premier trimestre comptable était inférieur à celui de l'année précédente et que les bilans comptables pour les périodes de mars 2015 à mars 2016 et d'avril 2016 à mars 2017 confirmaient une baisse du chiffre d'affaires et du résultat d'exploitation, la cour d'appel a d'abord relevé que le pourcentage de

baisse du chiffre d'affaires global de la société était inférieur à celui du volume des commandes de ce client, ce qui induisait une compensation avec d'autres marchés. Elle a ensuite retenu qu'à la date du licenciement la société, qui avait racheté le fonds de commerce depuis un peu plus d'un an, détenait une qualification pour l'installation des pompes à chaleur et était engagée dans une démarche qualité, atout pour accéder au marché porteur des travaux d'amélioration des performances énergétiques qui constituait donc un potentiel de développement.

8. Elle a enfin souligné que la société avait choisi de privilégier le niveau de rentabilité et de faire des économies par suppression de poste, mais que le poids de la masse salariale était en mars 2016 de 41 % et en mars 2017 de 46,2 %, la société ayant engagé de façon successive à compter du mois d'octobre 2016 une assistante de gestion en contrat à durée déterminée à temps partiel puis par mise à disposition.

9. De ces constatations et appréciations, **la cour d'appel, qui ne s'est pas substituée à l'employeur et qui n'avait pas à procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu déduire que la société ne caractérisait pas la menace pesant sur sa compétitivité rendant nécessaire sa réorganisation par suppression du poste de la salariée.**

10. Le moyen n'est donc pas fondé.

De même Soc. 19 avril 2023, pourvoi n° 21-19.814

Soc. 22 novembre 2023, pourvoi n° 22-19.589 :

Vu l'article L. 1233-3, 1°, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

5. Aux termes de ce texte, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1° À des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;

b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;

c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;

d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;

2° À des mutations technologiques ;

3° À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° À la cessation d'activité de l'entreprise.

6. Il en résulte que **s'il incombe au juge, tenu d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne lui appartient pas de contrôler les choix de gestion de ce dernier et leurs conséquences sur l'entreprise quand ils ne sont pas dus à une faute.**

7. Pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le bilan comptable de l'année 2016 établit que la baisse du résultat d'exploitation et du résultat net est principalement due à la charge que constitue la dotation aux amortissements sur immobilisation qui est passée de 95 498, 90 euros en 2015 à 596 943,22 euros en 2016, provenant de la fusion-absorption avec la société Immonel, société sur qui était structurellement déficitaire.

8. Il ajoute qu'aucune autre explication que l'intégration de la dotation aux amortissements sur immobilisation de la société Immonel, lors de cette fusion-absorption, ne justifie la différence entre les résultats d'exploitation de 2015 et de 2016.

9. Il relève également que le bilan comptable de l'année 2017 démontre que la dotation aux amortissements sur immobilisation est passée de 596 943,22 euros en 2016 à 827 688,01 euros en 2017 et mentionne également une augmentation des impôts, taxes et versements assimilés de 62 454,58 euros en 2017 ainsi qu'une augmentation des intérêts et charges assimilés de 15 000,39 euros, ces montants correspondant à environ 70/75 % de la baisse des résultats nets d'exploitation entre 2016 et 2017.

10. Il en déduit que les résultats négatifs de la société en 2016, évoqués dans la lettre de licenciement et ceux pressentis pour l'année 2017 résultent d'opérations comptables et fiscales et non d'une baisse d'activité de la société liée à un accroissement de la concurrence, de sorte que les difficultés économiques invoquées sont en réalité factices.

11. En statuant ainsi, **alors qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix de gestion et de réorganisation effectué par l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé.**

Cette limitation du contrôle judiciaire est justifiée par le respect dû à la liberté d'entreprendre reconnue de valeur constitutionnelle (Cons. Constit., décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2012, considérant n° 49 et 50).

Au cas présent, ayant rappelé les termes de la lettre de licenciement (arrêt p.3 §6 des motifs; prod. MA n°4) dont elle a relevé qu'elle précisait « que la rupture du contrat de travail intervient pour le motif économique exposé en préambule de l'acte », à savoir que « La société Laboratoires Arkopharma et le Groupe Arkopharma auquel elle appartient (ci-après désignés Arkopharma) doivent faire face à l'impérieuse **nécessité de sauvegarder leur compétitivité dans un marché de plus en plus concurrentiel** (...) Il ressort des éléments ci-dessus qu'Arkopharma doit impérativement **sauvegarder sa compétitivité sur son secteur d'activité et prévenir des difficultés économiques qui résulteraient à terme d'une possible stagnation puis d'une baisse de ses ventes.** », la cour d'appel a énoncé sur le motif économique tenant à la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité (arrêt p.4 §8 à p.5) :

« Il ressort des pièces du dossier que la société Apharma Topco SAS, société holding, détenait à la date de la décision en litige, via deux filiales, 100 % du capital de la société Laboratoires Arkopharma. Cette dernière société possédait elle-même, selon les cas, la totalité ou plus de la moitié du capital de dix sociétés, deux étant situées en France et huit hors du territoire français. Ces entreprises étaient ainsi placées sous le contrôle de la même entreprise dominante. La société Laboratoires Arkopharma et ses filiales doivent ainsi être regardées comme constitutives d'un même groupe.

Il ressort par ailleurs de ces mêmes pièces, qu'outre la société Laboratoires Arkopharma, au moins cinq de ses filiales implantées en Espagne, en Italie, aux Pays-Bas, en Belgique et en Suisse, avaient en 2015 et 2016 une activité significative dans la commercialisation des compléments alimentaires et produits phytosanitaires, secteur d'activité en cause dans le présent litige de sorte que l'appréciation de la réalité du motif économique allégué à l'appui du projet de licenciement en cause s'effectue sur le périmètre du groupe auquel appartient la société soit l'ensemble des sociétés placées sous le contrôle de la société Apharma Topco SAS exerçant dans le secteur d'activité susvisé.

Pour justifier le motif économique à l'origine des propositions de modification des contrats de travail de ses attachés commerciaux situés en France, la société excipe d'une menace pesant sur sa compétitivité liée à titre principal, à une baisse significative de ses parts de marché en France métropolitaine s'agissant de la vente de compléments alimentaires et de produits phytosanitaires dans le circuit officinal sur la période courant 2002 à 2016.

La société justifie de cette dégradation par la production d'un extrait d'une étude de données IMS-Health-PanellPharmatrend parue en décembre 2014 laquelle démontre que les parts de marché d'Arkopharma sont passées de 28,1% en 2002 à 13,3% en 2014, données non contestées.

Or, elle justifie par ailleurs de l'importance significative du chiffre d'affaires généré par les ventes au sein du circuit officinal français, lequel selon l'analyse réalisée par le cabinet Explicite mandaté par le comité d'entreprise, représentait en 2016, 49,1% du chiffre d'affaires du Groupe, cette proportion étant en augmentation depuis 2011.

Sur la même période, la société précise et démontre que cette dégradation de son positionnement sur le marché français n'a pu être compensée au niveau du groupe par ses autres filiales européennes, lesquelles ont enregistré une diminution de leur activité passant de 100,4 millions d'euros de chiffres d'affaires en 2011 à 89,2 millions d'euros en 2016, ce constat corroborant l'analyse selon laquelle une perte de compétitivité de la société Laboratoires Arkopharma était alors susceptible de générer une menace économique pour l'ensemble du groupe.

Selon la société demanderesse, les causes à l'origine de cette perte de compétitivité sont notamment :

- une intensification de la concurrence sur le secteur d'activité visé illustrée par le fait qu'en 2002, les quatre principaux concurrents représentaient 50% du marché, passant à huit en 2015; concurrence marquée par la présence de nouveaux acteurs aux stratégies commerciales plus agressives et adaptées aux nouvelles dynamiques du réseau officinal français, certains d'entre eux comme Pileje, Nutergia, Omega Pharma ou Cooper enregistrant sur la période 2010-2014 une croissance de leurs ventes à deux chiffres contrairement à Arkopharma ; un résultat opérationnel courant moyen de 2011 à 2016 demeurait inférieur de moitié environ à celui de ses principaux concurrents, limitant de fait ses capacités d'investissement et d'innovation ;

-une sous-performance d'activité sur ses marchés phares en 2014 dont notamment le segment 'stress et sédatifs' pour lequel elle a enregistré une croissance de 1% lorsque celle du marché est de 31%, ce segment étant ciblé par le syndicat professionnel de référence du secteur, le Synadiet comme l'un des segments porteurs de croissance ;

-une absence de lancement de produits apparaissant dans le top 10 annuel des nouveaux produits du marché et ce depuis plusieurs années ;

- un manque d'adaptation aux évolutions du marché de la pharmacie en France, notamment en termes de stratégie commerciale.

Ces éléments notamment étayés par des données IMS-Health non contredites démontrent que les causes de la perte de compétitivité de la société étaient réelles et constatées sur plusieurs années, peu important dès lors que le secteur d'activité en lui-même ait été alors en croissance globale de l'ordre de 3 à 5% par an, que le groupe ait gardé sa position de leader sur le secteur, que son chiffre d'affaires ait été en augmentation de près de 2 % en 2015, sa rentabilité brute d'exploitation (taux d'EBE) en hausse de 4, 2 points au cours du même exercice, sa rentabilité d'exploitation en augmentation de 8,3 % à 12,9 % ou encore que sa santé financière lui ait permis post réalisation du PSE de refinancer la dette de son LBO, ces indicateurs positifs étant le résultat pour une grande part d'un seul effet 'volume' lié à la croissance globale du secteur.

Il s'évince de ces constats que la société demanderesse démontre par des éléments concrets et objectifs l'existence au moment des faits objets du litige, d'une menace pesant sur la compétitivité du groupe Arkopharma liée à un affaiblissement de positionnement sur son marché principal sans qu'il soit nécessaire d'effectuer le constat concomitamment d'une dégradation de sa performance économique interne par l'analyse de ses indicateurs comptables et financiers, de sorte que le moyen tiré de ce que la motivation réelle du PSE était la recherche d'une plus grande rentabilité est rejeté.

S'il appartient au juge d'apprécier le bien-fondé des éléments mentionnés par l'employeur au soutien du motif économique allégué, il ne peut se substituer à ce dernier quant au choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation de l'entreprise. Il ne lui appartient pas davantage d'arbitrer entre les différentes possibilités de réorganisation.

Par suite, le moyen selon lequel les propositions de modifications de leurs contrats de travail faites aux attachés commerciaux ne seraient pas de nature à restaurer la compétitivité de la société est inopérant.

Le motif économique est dès lors fondé. »

Le MD indique que les trois salariés protégés qui, parmi les attachés commerciaux concernés, ont refusé la modification de leur secteur géographique et de leur mode de rémunération variable, ont formé des recours contre les décisions de la ministre du travail du 29 septembre 2017 ayant autorisé leur licenciement. Ces recours ont été successivement rejetés par le tribunal administratif de Nice, le 28 janvier 2020, puis par arrêts définitifs de la cour administrative de Marseille, le 18 décembre 2020 (voir prod. MD n°2, arrêts de la cour administrative d'appel ; prod. MD n°3, arrêts de non-admission du Conseil d'Etat du 12 juillet et 14 décembre 2021).

Il sera rappelé que le juge judiciaire est compétent pour contrôler le caractère réel et sérieux du motif de licenciements économiques de salariés non protégés. En revanche, il n'est pas compétent pour apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciements économiques de salariés protégés, sans lien avec leur mandat, ni pour contrôler le respect par l'employeur des mesures de reclassement interne et externe prévues par le PSE, en l'état d'une autorisation administrative de licenciement devenue définitive (Soc., 11 septembre 2024, pourvoi n°23-14.526, F-D):

La cour d'appel a constaté que l'autorité administrative avait, par décisions administratives devenues définitives, autorisé le licenciement pour motif économique des salariés, après avoir examiné la réalité du motif économique, le respect des obligations légales et conventionnelles de reclassement interne et externe, y compris la saisine de la commission régionale de l'emploi, et après avoir constaté que l'employeur avait respecté son obligation de reclassement et que le licenciement des salariés protégés était sans lien avec leur mandat.

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen commun aux pourvois des vingt-trois salariés.

4-2- Le retrait fautif du véhicule de fonction pendant le congé de reclassement et préjudice nécessaire (second moyen du mémoire ampliatif des salariés, concernant 8 pourvois)

Selon le MA, le second moyen pose la question nouvelle de savoir si le retrait fautif du véhicule de fonction pendant le congé de reclassement cause nécessairement au salarié un préjudice au moins égal à la valeur de cet avantage en nature.

4-2-1- Textes applicables

Le congé de reclassement, institué par la loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002, est prévu par les articles L. 1233-71 et suivants du code du travail.

Il consiste, dans le cadre d'un PSE dans les entreprises de 1 000 salariés et plus, à proposer à chaque salarié dont le licenciement économique est envisagé de bénéficier d'une période pendant laquelle il suivra une formation et un accompagnement individualisés nécessaires à son reclassement. Pendant la durée de ce congé, qui ne peut excéder 12 mois (ou 24 mois depuis la loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 en cas de formation de reconversion professionnelle), le salarié est dispensé de toute activité au service de l'employeur pour se consacrer aux formations dont il bénéficie et/ou à ses démarches de recherche d'emploi.

Aux termes de l'article L. 1233-72 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2020-1576 du 14 décembre 2020 applicable au litige :

« Le congé de reclassement est pris pendant le préavis, que le salarié est dispensé d'exécuter.

Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement. Le montant de la rémunération qui excède la durée du préavis est égal au montant de l'allocation de conversion mentionnée au 3° de l'article L.5123-2. Les dispositions des articles L. 5123-4 et L. 5123-5 sont applicables à cette rémunération. »

Selon l'article R. 1233-32 :

« Pendant la période du congé de reclassement excédant la durée du préavis, le salarié bénéficie d'une rémunération mensuelle à la charge de l'employeur. Le montant de cette rémunération est au moins égal à 65 % de sa rémunération mensuelle brute moyenne soumise aux contributions mentionnées à l'article L. 5422-9 au titre des douze derniers mois précédant la notification du licenciement. Lorsqu'au cours de ces douze mois le salarié a exercé son emploi à temps partiel dans le cadre d'un congé parental d'éducation, d'un congé de proche aidant, d'un congé de présence parentale ou d'un congé de solidarité familiale, il est tenu compte, pour le calcul de la rémunération brute moyenne, du salaire qui aurait été le sien s'il avait exercé son activité à temps plein sur l'ensemble de la période. Le montant de cette rémunération ne peut être inférieur à un salaire mensuel égal à 85 % du produit du salaire minimum de croissance prévu à l'article L. 3231-2 par le nombre d'heures correspondant à la durée collective de travail fixée dans l'entreprise. Il ne peut non plus être inférieur à 85 % du montant de la garantie de rémunération versée par l'employeur en application des dispositions de l'article 32 de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail? Chaque mois, l'employeur remet au salarié un bulletin précisant le montant et les modalités de calcul de cette rémunération. »

Pendant cette période, le salarié perçoit une rémunération égale à sa rémunération antérieure pendant la durée du délai de préavis qu'il est dispensé d'exécuter et, si le congé est plus long que le délai de préavis, une rémunération égale au montant de l'allocation de conversion mentionnée au 3° de l'article L.5123-2 du code du travail (c'est à dire environ 65% de sa rémunération antérieure), que l'employeur est tenu de lui verser en lieu et place de sa rémunération. Pendant le congé, l'employeur remet des fiches de paie au salarié. A l'issue du congé de reclassement, le contrat est rompu. Ainsi, le contrat de travail du salarié en congé de reclassement subsiste, le bénéficiaire de ce congé étant toujours considéré comme salarié de l'entreprise, mais il n'y travaille plus et n'a plus vocation à y travailler.

S'agissant de la période de préavis, aux termes de l'article L. 1234-5, al 1 et 2, du code du travail :

«Lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice. L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.»

Mises à part la fourniture et l'exécution du travail, il en résulte le maintien des autres obligations contractuelles de l'employeur et du salarié pendant la durée du préavis.

Enfin aux termes de l'article L. 3221-3 du code du travail :

« Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier. »

4-2-2- Eléments de jurisprudence et de doctrine sur la rémunération du salarié pendant la durée du congé de reclassement excédant celle du préavis

Selon la jurisprudence ancienne et constante de la chambre sociale, la dispense de préavis par l'employeur n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçu s'il avait accompli son travail (Soc., 4 mars 1998, pourvoi n° 95-42.858, Bulletin 1998, V, n° 117; Soc., 8 avril 2009, n° 07-44.068, Bull. V, n° 114; Soc., 14 octobre 2020, pourvoi n°19-20.399). Le salarié a donc droit à l'ensemble des éléments de salaire qui auraient été dus en cas d'exécution du préavis liés au maintien de son contrat jusqu'à l'expiration de la date théorique du préavis (Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-11.042), à l'exclusion des indemnités compensatrices de frais professionnels.

La Cour de cassation a rappelé, au visa de l'article L. 1233-72 du code du travail, que lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement (Soc., 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-18.653, publié) :

*Selon l'article L. 1233-45 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2014-699 du 26 juin 2014, le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. Ce délai court à compter de la date à laquelle prend fin le préavis, qu'il soit exécuté ou non. Par ailleurs, **selon l'article L.1233-72 du même code, lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement.***

*Viola dès lors les articles précités une cour d'appel qui, pour prononcer une condamnation au paiement de dommages et intérêts pour non-respect de la priorité de réembauche, se fonde sur des éléments antérieurs **au terme du congé de reclassement.***

En revanche, la chambre sociale a jugé que le congé de reclassement ne constituant pas du travail effectif, son indemnisation n'ouvrait pas droit à congés payés (Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 16-12.369). S'agissant du calcul du montant des droits, elle a jugé qu'il n'était pas justifié d'une disposition conventionnelle assimilant le congé de reclassement à du temps de travail effectif, ce dont il résultait que le texte excluait de la base de calcul de l'intéressement les allocations de congé de reclassement (Soc., 1 juin 2022, pourvoi n° 20-16.404, publié).

Dans son avis rendu dans cette affaire, l'avocate générale Mme Anne-Marie Grivel précise sur la condition de salaire :

*«Certes, **l'allocation de congé de reclassement**, lorsque celui-ci excède la durée du préavis, est qualifiée de « rémunération » par les articles L.1233-72 alinéa 3 et R.1233-32 du code du travail. Mais elle n'est **la contrepartie d'aucun travail effectif et, constituant un revenu de remplacement, elle ne constitue pas un salaire** soumis à la taxe sur les salaires prévue par l'article 231 du code général des impôts, en vertu de l'article L.5123-5 du code du travail auquel renvoie l'article L.1233-72 in fine. Il en résulte donc que **le texte exclut de la base de calcul de l'intéressement les allocations de congé de reclassement.**»*

Dans son commentaire de cet arrêt à Dalloz actualité ¹, Clément Couëdel souligne :

*«dans le cas où **la répartition est fonction du temps de présence du salarié dans l'entreprise, l'absence de ce dernier est susceptible d'affecter l'intéressement, à l'exception du congé de maternité ou d'adoption, des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ou encore (depuis la loi du 11 mai 2020) à une mise en quarantaine (C. trav., art. L. 3314-5). Dans le cas soumis à l'étude, il était spécifié que les absences liées, d'une façon générale, aux périodes légalement ou conventionnelles assimilées à du travail effectif (CP, RTT, heures de délégation, etc.) n'emportaient aucune incidence sur le droit à répartition. À cet égard, la Cour retient toutefois que « la période du congé de reclassement n'est pas légalement assimilée à une période de temps de travail effectif ».** À défaut de disposition conventionnelle en ce sens, l'employeur n'était pas tenu de neutraliser les périodes de congé de reclassement pour évaluer le temps de présence du salarié dans l'entreprise. Par voie de conséquence, **il était admis à écarter les périodes couvertes par le congé de reclassement en vue du calcul de la répartition de l'intéressement.**»*

La Cour de cassation a également jugé que, d'une part, si le salarié en congé de reclassement demeure salarié de l'entreprise jusqu'à l'issue de ce congé, la période de congé de reclassement n'est pas légalement assimilée à du temps de travail effectif et, d'autre part, le salarié en congé de reclassement a droit au paiement de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat pour la période correspondant à celle du préavis, même si la décision unilatérale de l'employeur proratise le bénéfice de cette prime au temps de présence effective dans l'entreprise, en revanche la prime doit être proratisée pour la période du congé de reclassement excédant celle du préavis (Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-23.092, publié).

La Cour de cassation n'assimile donc pas la période de congé de reclassement à celle de préavis s'agissant des droits à congés et à rémunération.

¹ Dalloz actualité 17 juin 2022, Clément Couëdel, «Salariés en congé de reclassement et bénéfice de l'intéressement: quelles modalités de calcul et de répartition? »

4-2-3- L'avantage en nature pendant la durée du préavis

La notion d'avantage en nature s'entend d'un avantage destiné à couvrir une dépense personnelle, privée ou professionnelle, du salarié et assimilé donc à un complément de rémunération qui, en application des dispositions de l'article R 3243-1 du code du travail, doivent figurer sur le bulletin de paie, qu'il s'agisse d'un logement ou d'un véhicule de fonction (Soc. 13 février 1980, n° 78-40.639, Bull. V n° 132) :

Le logement de fonction d'un salarié constitue en principe un élément de rémunération et doit être indiqué sur le bulletin de paie qui lui est remis, peu important que la valeur de l'hébergement soit négligeable et que l'administration fiscale l'admette.

Il est constant que la mise à disposition du salarié d'un véhicule de fonction, attribué individuellement pour ses déplacements professionnels dont le salarié conserve l'usage de façon permanente pour son usage personnel en dehors des heures de travail - constitue, pour la part correspondant à l'usage privé, un avantage en nature devant entrer comme tel dans la rémunération du salarié (Soc. 12 décembre 2000 Bull V n° 416 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.388, Bull. 2012, V, n° 47)².

La circulaire DSS/SDFSS/5 B n°2003-07 du 7 janvier 2003 relative à la mise en œuvre de l'arrêté du 10 décembre 2002 relatif à l'évaluation des avantages en nature en vue du calcul des cotisations de sécurité sociale et de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale précise concernant le véhicule :

«l'utilisation privée d'un véhicule mis à disposition du salarié de façon permanente constitue un avantage en nature qu'il s'agisse d'un véhicule dont l'employeur est propriétaire ou locataire, ou d'un véhicule dont l'employeur acquiert la propriété dans le cadre de location avec option d'achat.

Il y a mise à disposition à titre permanent du véhicule chaque fois que les circonstances de fait permettent au salarié d'utiliser à titre privé - et donc en dehors du temps de travail - un véhicule professionnel. On considère donc qu'il y a mise à disposition permanente lorsque le salarié n'est pas tenu à restituer le véhicule en dehors de ses périodes de travail, notamment en fin de semaine (samedi et dimanche) ou pendant ses périodes de congés.»

La chambre sociale a jugé que, constituant un avantage en nature, le véhicule de fonction ne peut être retiré pendant une période de suspension du contrat de travail pour maladie et le salarié est en droit de recevoir une indemnité représentative de l'avantage en nature (Soc., 24 mars 2010, n°08-43.996, Bull V n°71; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 13-10.569), ou pendant la durée du préavis qu'il est dispensé d'exécuter (Soc., 8 mars 2000, pourvoi n°99-43.091, Bull., n°92):

² Gérard Vachet, professeur émérite à l'université Jean Moulin, [« Véhicule mis à la disposition d'un salarié : avantage en nature ou non ? »](#) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°6, 11 février 2021, 1085

Sommaire : **La dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé, que celui-ci fasse suite à une démission ou un licenciement, ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ; il s'ensuit qu'un salarié dispensé de l'exécution de son préavis n'était pas tenu de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel, qui correspondait à l'application normale de son contrat de travail.**

Dans le même sens (Soc., 11 juillet 2012, n° 11-15.649, Bull. 2012, V, n° 219) :

Sommaire : **Il résulte de l'application combinée des articles L. 1234-5 et L. 1231-4 du code du travail que le salarié dispensé de l'exécution de son préavis ne peut être tenu, même en application d'un engagement pris dans le contrat de travail, de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel.**

Un commentaire de doctrine³ souligne :

« Consolidation de jurisprudence L'article L.1234-5 du Code du travail pose une règle claire : l'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise. À l'occasion de diverses affaires, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer le sens de cette loi, jugeant ainsi, à propos déjà d'un salarié qui avait utilisé le véhicule de fonction pendant le préavis dont il avait été dispensé d'exécution, que **« le salarié dispensé de l'exécution de son préavis n'était pas tenu de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel, qui correspondait à l'application normale de son contrat de travail »** (Cass. soc., 8 mars 2000, no 99-43.091).

L'intérêt de l'arrêt commenté résulte de l'insertion d'une **« clause de restitution »** dans le contrat de travail, clause précisément destinée à contrecarrer les effets de l'article L. 1234-5 du Code du travail et de la jurisprudence s'y rapportant. Est-il possible aux parties de déroger à la loi alors qu'est en jeu le régime du préavis ? **La Cour de cassation répond par la négative, confortant le caractère d'ordre public de l'article L. 1234-5. Pour ce faire, la Haute Juridiction disposait d'un sérieux atout, cité dans le visa : l'article L. 1231-4 du Code du travail prévoit que « L'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre (rupture du contrat de travail à durée indéterminée) ».**

On peut ajouter que, **dès lors que l'inexécution du préavis de licenciement n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin (C. trav., art. L. 1234-4), retirer l'avantage en nature avant le terme du contrat correspondrait à une modification du contrat de travail que le salarié ne peut pas accepter par avance.**

? Portée de la décision Le principe selon lequel l'inexécution du préavis, en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, à la **portée la plus large**. Il s'applique même si la dispense par l'employeur est consécutive à une démission (Cass. soc., 8 mars 2000, no 99-43.091), ou encore lorsque la rupture est prononcée à tort pour faute lourde (Cass. soc., 2 juill. 2003, no 01-41.728). De même, si le salarié retrouve un emploi pendant le préavis,

*l'employeur reste tenu de maintenir l'avantage. L'employeur ne peut pas non plus exiger la restitution du véhicule moyennant le versement d'une indemnité compensatrice (Cass. soc., 8 mars 2000, no 99-43.091). **Dans l'hypothèse où le salarié serait toutefois contraint de restituer le véhicule, il peut prétendre à une indemnité visant à réparer le préjudice subi par suite de la privation de l'avantage** (Cass. soc., 4 mars 1998, no 95-42.858). Il peut saisir la formation des référés pour obtenir paiement d'une provision (Cass. soc., 8 mars 2000, no 99-43.091). »*

Le salarié est donc non seulement en droit de revendiquer l'usage du véhicule de fonction pouvant être utilisé pour ses besoins personnels, mais également le versement d'une indemnité pour compenser la privation de cet avantage en nature, pendant la durée du préavis qu'il est dispensé d'exécuter.

Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-24.151 :

Vu l'article 1134 du code civil ;

*Attendu que **la suppression unilatérale par l'employeur d'un avantage en nature, qui constitue un élément de rémunération, caractérise un manquement contractuel justifiant l'allocation de dommages-intérêts ;***

*Attendu que **pour débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour privation d'un véhicule de fonction , l'arrêt retient qu'un tel véhicule de fonction avait été initialement attribué à l'intéressé pour des motifs fonctionnels, liés à son expatriation et qu'affecté à son retour en France au siège social, un véhicule de service avait été mis à sa disposition ;***

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ;

Soc., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-18.930

Vu l'article L. 1234-5 du code du travail :

13. Selon ce texte, l'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.

14. Pour débouter le salarié de sa demande d'indemnisation de la privation de son véhicule de fonction pendant son préavis, l'arrêt retient que l'avenant au contrat de travail du 18 juin 2015 prévoyait la mise à disposition d'un véhicule en location longue durée « dans le cadre régulier de ses nouvelles fonctions », avec en contrepartie le versement d'une redevance de 120 euros par mois par le salarié, que celui-ci ayant été dispensé de l'exécution de son préavis, il n'avait plus à effectuer les déplacements liés à ses fonctions, qu'il ne peut donc prétendre à une indemnité pour avoir été privé de l'utilisation de ce véhicule.

15. En statuant ainsi, alors que l'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution de l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un

usage professionnel et personnel, conféré par l'avenant à son contrat de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Selon des auteurs⁴, cette solution vaut pour toutes les causes de suspension du contrat de travail :

« La Cour de cassation », s'en expliquent-ils, « dessine un régime particulier, distinct de celui du salaire, applicable aux avantages en nature dont l'utilisation est autorisée en dehors de la vie professionnelle. Une telle solution jurisprudentielle peut s'expliquer par le fait que ces avantages ont un caractère accessoire au contrat de travail, seulement suspendu et non rompu [...] ». »

A la connaissance du rapporteur, la Cour ne s'est jamais prononcée sur le sort d'un avantage en nature pendant la durée du congé de reclassement excédant celle du préavis.

4-2-4- Le préjudice nécessaire

Depuis un arrêt du 13 avril 2016 (Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72), la chambre sociale, revenant sur sa jurisprudence sur le préjudice nécessaire, décide que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, suivant en cela la jurisprudence de la chambre mixte (Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-14.397, publié, Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, publié).

Dans un arrêt antérieur à ce revirement, elle avait jugé que la privation d'un avantage en nature constituait une sanction pécuniaire prohibée causant nécessairement un préjudice au salarié (Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 08-40.455) :

Vu l'article L. 1331-2 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

Attendu que, pour débouter le salarié de sa demande en dommages-intérêts au titre de la suppression, par son employeur, de la place de parking dont il disposait, l'arrêt se borne à énoncer qu'il ne justifie d'aucun préjudice financier ;

*Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la place de parking n'avait été attribuée qu'au seul salarié et mise à sa disposition de manière permanente, ce dont il résultait **qu'il s'agissait d'un avantage en nature dont la suppression par l'employeur était constitutive d'une sanction pécuniaire prohibée causant nécessairement un préjudice au salarié**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

Depuis 2016, quelques exceptions ont cependant été maintenues en raison de règles spécifiques:

⁴ Cité par le mémoire en réponse au PI, Répertoire Dalloz de droit du travail, V° « Maternité » par S. Maillard, n° 172

- La chambre sociale a décidé en formation plénière (Soc. 13 sept. 2017, n°16-13.578, Bull. V, n° 136) qu'il résulte de l'article L.1235-5 du code du travail (licenciement d'un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté et licenciement dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés) que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue.

- L'atteinte à la vie privée du salarié : selon l'article 9 du code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation (Soc., 7 novembre 2018, n° 17-16.799 ; Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.583), conformément à la jurisprudence des chambres civiles (Civ. 1ère, 25 février 1997, n° 95-13.545, Bull., I, n° 73 ; Civ. 2ème, 24 mars 2016, n° 14-29.519).

- Le seul constat du non-respect de règles relative à la santé et la sécurité au travail portant sur les durées maximales de travail, les repos et temps de pause (Soc. 11 mai 2023 n° 21-22.281, Bull. : non-respect de la durée quotidienne maximale de travail ; Soc. 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, publié, non-respect de la durée hebdomadaire maximale de travail ; Soc. 7 février 2024, n° 21-22.809, Bull. : non-respect du repos journalier minimal ; Soc. 4 septembre 2024, n° 23-15.944, Bull. : non-respect du temps de pause quotidien) en matière de repos hebdomadaire). Dans un arrêt du 14 octobre 2010, C-243/09, la CJUE avait jugé que les conditions d'application des règles relatives aux durées maximales de travail n'étaient pas subordonnées à l'existence d'un préjudice et que leur violation devait entraîner une compensation en repos ou pécuniaire.

- Le préjudice subi par le salarié du fait de l'absence d'institutions représentatives du personnel sans procès-verbal de carence. Ce préjudice a été qualifié de préjudice nécessaire. La Cour a jugé (Soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852, Bull., V, n° 108 ; Soc. 17 octobre 2018, n° 17-14.392, publié), qu'il résulte de l'application combinée de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du code du travail, 1382 du code civil et de l'article 8 § 1 de la Directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

Il se dégage de cette jurisprudence plusieurs critères des hypothèses entraînant nécessairement un préjudice :

- le critère de la violation d'une disposition européenne d'effet direct du droit de l'Union européenne, qui permet d'en assurer l'effectivité (pourvois connexes n° C 21-12.281 et P 21-22.912, FR4 du 30 novembre 2022) ;
- le critère de la violation d'une disposition d'effet direct d'une convention internationale, devant nécessairement conduire à une sanction, par exemple l'article 10 de la convention n° 158, que la Cour avait considéré implicitement d'effet direct avant même que l'Assemblée plénière le reconnaisse dans ses avis de 2019 relatifs

au barème d'indemnisation de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement;

- la spécificité des dispositions en matière de discrimination, dont la notion comprend un élément moral qui ne permet pas de dispenser le juge de se prononcer sur son existence même (Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n° 21-12.073), solution étendue au harcèlement moral;
- les dispositions spécifiques de droit interne, qui imposent de façon plus ou moins explicite l'indemnisation de la violation de la norme qu'ils visent.

Parmi les textes de droit interne, peuvent être cités l'article L. 2141-8 du code du travail en matière de discrimination syndicale, le barème en matière de licenciement institué à l'article L. 1235-3 du code du travail, la sanction en matière de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité social et économique n'a pas été mis en place prévue par l'article L.1235-15 du code du travail, celle prévue en matière de travail dissimulé par l'article L. 8223-1 du code du travail à hauteur d'une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. Sont également fondés sur la disposition spécifique de l'article 9 du code civil les arrêts rendus récemment par la chambre reconnaissant l'existence d'un préjudice nécessaire en matière d'atteinte à la vie privée (Voir précités Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583 et Soc., 7 novembre 2018, n°17-16.799) ou de non-respect du droit à l'image (Soc., 19 janvier 2022, n°20-12.420), dont la seule constatation de l'atteinte ouvre droit à réparation.

S'agissant du non-respect de règles relative à la santé et la sécurité au travail , la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne relative au travail de nuit, pour savoir si la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 est d'effet direct et en conséquence si « L'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive 2003/88/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des législations ou à des pratiques nationales en vertu desquelles, en cas de manquement aux dispositions adoptées pour mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'évaluation gratuite de la santé du travailleur, le droit à réparation de ce dernier est subordonné à la preuve du préjudice qui aurait résulté de ce manquement ? » (Soc., 7 juin 2023, pourvoi n° 21-23.557, publié).

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt M. [H], p. 5 dernier § à p.6 §2):

« Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement.

Le salarié ayant restitué le véhicule à la demande de l'employeur à l'issue du préavis sans émettre d'objection ni de réserve, doit néanmoins démontrer au soutien de sa demande indemnitaire l'étendue de son préjudice, et ne pas s'en tenir à une demande forfaitaire.

Or le salarié, se bornant à conclure à la confirmation de la décision entreprise alors que le premier juge avait constaté que le montant du préjudice invoqué n'était pas explicité, cependant qu'il y faisait droit, la cour constate l'absence de démonstration du préjudice personnel allégué en cause d'appel, en sorte que le jugement ayant fait droit à la demande est infirmé et [que] la demande est rejetée. »

Le MA soutient que la rupture du contrat de travail intervenant à la fin du congé de reclassement, la privation fautive d'un élément de rémunération cause «

nécessairement » ou, plus précisément, « automatiquement » au salarié un préjudice, à tout le moins dans les limites de la valeur de cet avantage, de sorte que le salarié illégalement privé de cet élément de rémunération n'a donc pas à prouver l'existence de ce préjudice, ni son étendue, du moins dans les limites de l'évaluation des parties. Il ne doit prouver cette étendue que s'il sollicite une indemnisation supérieure à cette évaluation.

Le mémoire complémentaire en défense réplique que le moyen, d'une part, se heurte à l'appréciation souveraine, par les juges du fond, de l'existence et de l'étendue d'un préjudice, en application des règles classiques du droit de la responsabilité depuis l'arrêt Soc. 13 avril 2016, n° 14-28.293, Bull. n°72. Le salarié qui prétend avoir été injustement privé d'un avantage en nature doit donc justifier le préjudice que cette privation lui a réellement et personnellement causé, sans pouvoir se référer à l'évaluation de cet avantage pour les besoins de la détermination de l'assiette des cotisations sociales telle qu'elle figure sur les bulletins de paie.

Il soutient, d'autre part, par un motif de pur droit éventuellement substitué à ceux des arrêts attaqués, que l'employeur n'a commis aucune faute en demandant aux salariés de restituer leur véhicule de fonction à l'issue de l'expiration de leur préavis, les salariés ne pouvaient ainsi réclamer l'indemnisation d'aucun préjudice à ce titre. Il fait valoir que pendant la durée du congé de reclassement qui excède le préavis, le salarié n'étant plus tenu de fournir aucune prestation de travail, l'employeur n'est pas tenu de lui verser sa rémunération. Il ajoute que dès lors que la loi (art. L. 1233-72 et R. 1233-32 du code du travail) impose le versement d'une allocation qui se substitue à la rémunération habituelle du salarié, celui-ci ne peut prétendre au paiement de sa rémunération habituelle, ni au paiement de l'un quelconque des éléments constituant cette rémunération. Il en conclut qu'il ne peut exiger de conserver la voiture de fonction qui a été mise à sa disposition, peu important que la rupture de son contrat de travail soit reportée à la fin du congé de reclassement, au motif que ce report est sans portée à l'égard du droit au versement des éléments de salaire.

L'employeur se fonde sur un arrêt la cour d'appel de Versailles du 16 septembre 2014, R.G. n°13/02686 , devenu définitif, qui a énoncé :

« L'article L.1234-5 alinéa 2 du code du travail rappelle que l'inexécution du préavis en cas de dispense par l'employeur n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration de celui-ci. L'article L.1233-72 prévoit que le congé de reclassement est pris pendant le préavis que le salarié est dispensé

d'exécuter. Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement. Et l'article R.1233-32 précise que pendant la période du congé de reclassement excédant la durée du préavis le salarié bénéficie d'une rémunération mensuelle à la charge de l'employeur.

De la combinaison de ces deux derniers articles, il n'est pas prévu que durant la période du congé de reclassement excédant le préavis le salarié peut prétendre au maintien des avantages en nature. En effet, durant cette période le préavis est suspendu et il est seulement prévu que le salarié perçoit à la charge de l'employeur une rémunération. Le maintien de l'avantage en nature n'est donc possible que pendant la période correspondant au préavis y

compris lorsque le salarié a été dispensé de son exécution. Monsieur [C] ne pouvait donc pas conserver le véhicule de fonction au cours de la durée du congé de reclassement qui en l'espèce a excédé la durée du préavis ».

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation, sans être toutefois critiqué sur le chef de dispositif déboutant le salarié de sa demande reconventionnelle au titre de la conservation du véhicule de fonction au cours de la durée du congé de reclassement excédant celle du préavis (Soc., 8 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.256, Bull. 2016, V, n° 159).

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen, sur la question de savoir si le retrait du véhicule de fonction, pendant la durée du congé de reclassement excédant celle du préavis, est constitutif d'une faute de l'employeur et, dans l'affirmative, si elle cause nécessairement un préjudice aux salariés par exception au revirement de jurisprudence sur le préjudice nécessaire institué par notre arrêt Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72.

4-3- La demande indemnitaire pour rétention abusive du véhicule de fonction (moyen du mémoire commun des 7 pourvois incidents de l'employeur)

Il est expressément renvoyé aux textes applicables cités au § 4-2-1, ainsi qu'aux développements des § 4-2-2 et 4-2-3.

L'employeur soutient à l'appui de son pourvoi incident que pendant la durée du congé de reclassement qui excède le préavis, le salarié n'étant plus tenu de fournir aucune prestation de travail, l'employeur n'est pas tenu de lui verser sa rémunération.

Il ajoute que dès lors que les articles L. 1233-72, al 3, et R. 1233-32 du code du travail imposent le versement d'une allocation d'un montant minimal de 65 % de la rémunération habituelle, qui se substitue à l'ensemble des éléments de la rémunération contractuelle du salarié, dont les avantages en nature, celui-ci ne peut prétendre au paiement de sa rémunération habituelle, ni au paiement de l'un quelconque des éléments constituant cette rémunération.

Il en conclut qu'il ne peut exiger de conserver la voiture de fonction qui a été mise à sa disposition, peu important que la rupture de son contrat de travail soit reportée à la fin du congé de reclassement, au motif que ce report est sans portée à l'égard du droit au versement des éléments de salaire.

L'employeur se fonde sur l'arrêt définitif de la cour d'appel de Versailles du 16 septembre 2014, R.G. n°13/02686 , cité supra.

Les salariés répliquent dans leur mémoire en réponse au PI que le maintien de l'avantage en nature vaut pour toutes les causes de suspension du contrat de travail, indépendamment du sort de la rémunération. Ils soutiennent en effet que l'avantage en nature n'est pas un élément de la rémunération : il est un accessoire du contrat de travail qui s'ajoute à la rémunération. Ils concluent que cet avantage doit, sauf disposition légale ou contractuelle contraire, être maintenu pendant les périodes de

suspension du contrat de travail, même si le salarié percevait une rémunération réduite au « montant de l'allocation de conversion ».

Ils ajoutent qu'en égard aux incertitudes résultant des textes, et de l'absence de toute jurisprudence excluant le maintien des avantages en nature pendant l'exécution du congé de reclassement, les salariés pouvaient légitimement se croire en droit de conserver leur véhicule de fonction et que cette simple erreur sur l'étendue de leurs droits, exempte de tout abus, ne pouvait en aucun cas justifier que fussent mis à leur charge les dommages-intérêts « pour rétention abusive » de ce véhicule.

Au cas présent, M. [D] et six autres salariés avaient refusé de restituer leur véhicule de fonctions à la fin de leur préavis, comme la société le leur avait demandé, ces salariés estimant pouvoir conserver ce véhicule jusqu'au terme du congé de reclassement.

La cour d'appel a énoncé (arrêt pilote M. [D], p. 5 dernier § à p.6§2) :

« Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement. La rupture du contrat de travail intervient alors à la fin du congé de reclassement.

En conséquence le refus de restituer le véhicule avant le terme du congé reclassement est dépourvu de caractère fautif.

L'employeur sera dès lors débouté de sa demande indemnitaire. »

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen.