



RAPPORT DE M. PIETTON, CONSEILLER

Arrêt n° 2084 du 22 novembre 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvois n° 20-23.640 et 21-13.945

Décision attaquée : 29 octobre 2020 de la cour d'appel de Versailles

M. [T] [Y]

C/

la société MMJ, liquidateur judiciaire de la SAS Orfi, et l'AGS

**Le présent rapport contient des propositions de rejet non spécialement motivé.
Une cassation sans renvoi sur le pourvoi de l'AGS et de l'UNEDIC CGEA est
suggérée par les demandeurs.**

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [Y] a été engagé à compter du 1er septembre 2008 en qualité de chef de fabrication par la société Orfi (la société), exploitant un fonds de commerce d'études et conseils, conception, réalisation de stands. En 2014, les actions composant le capital de la société ont été cédées à la société Révolution 9.

Par jugement du 18 mars 2016, le tribunal de commerce a ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la société Orfi en fixant provisoirement la date de cessation des paiements au 16 octobre 2015. Sur appel de la société Orfi, ce jugement a été annulé par la cour d'appel par arrêt du 29 septembre 2016 qui, après avoir fixé

provisoirement l'état de cessation des paiements à la date de l'arrêt et constaté l'impossibilité de redressement de la société Orfi, a de nouveau ordonné l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. La SELARL MMJ, prise en la personne de M. [N], a été désignée en qualité de liquidateur.

Le salarié a été licencié pour motif économique le 31 mars 2016 et a accepté le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle le 10 avril 2016.

Contestant le bien-fondé de son licenciement, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour voir fixer au passif de la liquidation judiciaire de la société Orfi des indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour non-respect de l'usage du paiement des salaires en fin de mois, pour atteinte à son droit de participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de ses représentants, pour la perte de la possibilité d'utiliser son véhicule de fonction à des fins personnelles du 17 février 2016 au 30 juin 2016 et pour perte des commissions pour la période d'octobre 2015 au 10 avril 2016, outre les congés payés afférents.

Par jugement du 8 septembre 2017, le conseil de prud'hommes statuant en formation de départage, a fixé les créances du salarié aux sommes de 500 euros à titre d'indemnité pour paiement tardif des salaires et de 1 334,52 euros à titre de dommages-intérêts pour la suppression de l'avantage en nature et a débouté le salarié du surplus de ses demandes.

Par arrêt du 29 octobre 2020, la cour d'appel a déclaré recevable l'intervention volontaire de l'Unedic, délégation AGS CGEA d'Ile-de-France Est et mis hors de cause l'Unedic, délégation AGS CGEA d'Ile-de-France Ouest.

Il a confirmé le jugement sauf en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de dommages-intérêts au titre de l'atteinte à son droit de participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de ses représentants, et statuant à nouveau, a fixé au passif de la société la somme de 10 000 euros de dommages-intérêts au titre du préjudice personnel subi par le salarié pour absence de fonctionnement normal des institutions représentatives du personnel de la société Orfi .

Il a dit sa décision opposable à l'AGS-CGEA d'Ile-de-France Est dans les seules limites de la garantie légale et des plafonds applicables selon les dispositions des articles L. 3253-6 et L. 3253-8 et suivants du code du travail et des articles D. 3253-5 et suivants du code du travail lesquelles n'incluent pas la condamnation au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, sur présentation d'un relevé par le mandataire liquidateur et justification par celui-ci de l'absence de fonds disponibles entre ses mains pour procéder à leur paiement ;

Le salarié a formé un pourvoi, enregistré sous le numéro 20-23.640, composé de deux moyens.

L'AGS et l'UNEDIC-CGEA Ile-de-France Est ont formé un pourvoi, enregistré sous le numéro 21-13.945, composé d'un moyen unique.

2 - Analyse succincte des moyens

Sur le pourvoi n° 20-23.640 du salarié :

Dans un premier moyen, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts en réparation du manque à gagner au titre de la perte de chance de percevoir des commissions, lié au non-respect par la société Orfi de ses obligations sociales, pour la période d'octobre 2015 au 10 avril 2016, alors :

1°/ que le seul fait de ne pouvoir concourir à un appel d'offres ou de démarcher de potentiels clients en vue de l'obtention de nouveaux marchés, dont dépend la rémunération variable du salarié, implique pour ce dernier la disparition actuelle et certaine de l'éventualité d'obtenir une rémunération supérieure au seul salaire de base, et donc la perte certaine d'une chance de bénéficier d'un résultat favorable ; que pour débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts en réparation du manque à gagner au titre de la perte de chance de percevoir des commissions, lié au non-respect par la société Orfi de ses obligations sociales pour la période d'octobre 2015 au 10 avril 2016, la cour d'appel a retenu, par motifs propres, que, « si ses bulletins de paie révèlent en effet que le salarié a perçu jusqu'en septembre 2015 des commissions ou avances sur commissions, il ne ressort pas des éléments qu'il verse aux débats l'existence, entre octobre 2015 et mars 2016, date de son licenciement, de marchés sur lesquels il aurait pu postuler si la société avait été à jour du règlement de ses cotisations sociales » et que « la perte de chance n'est ainsi pas démontrée » ; qu'en statuant ainsi, cependant que le simple fait pour le salarié de ne pouvoir concourir à des appels d'offres ou démarcher des clients en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de leur fournir une attestation de régularité sociale, faute pour l'employeur de remplir ses obligations sociales, et ainsi, de percevoir un complément de rémunération variable, caractérisait une perte certaine de chance d'obtenir une rémunération variable, qui constituait un préjudice réparable directement causé par la faute de l'employeur, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations de fait, violant l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans vérifier si l'employeur justifiait être à jour du paiement de ses cotisations sociales, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants tirés de l'absence de preuve de l'existence de marchés sur lesquels M. [Y] aurait pu postuler, privant sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3°/ que, pour débouter M. [Y] de sa demande, la cour d'appel a encore retenu, par motifs adoptés des premiers juges, que « le demandeur ne [peut] se prévaloir d'un préjudice né du défaut de règlement des cotisations sociales dues par l'employeur, et n'invoqu[e] en outre qu'une perte de chance hypothétique qui ne peut être indemnisée » et qu'« à supposer même que le salarié n'ait pu postuler à des appels d'offres pour le compte de la société en raison des manquements de cette dernière à ses obligations sociales, rien ne permet de garantir que ces marchés auraient été effectivement remportés par la société et que des primes auraient été ainsi dues au salarié » ; qu'en statuant ainsi, par des motifs erronés tirés du caractère prétendument hypothétique du préjudice subi par le salarié et de l'absence de garantie que les marchés sur lesquels il se serait positionné auraient été remportés, cependant que le préjudice de perte de

chance est précisément caractérisé par la perte d'une probabilité favorable, la cour d'appel a derechef violé l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

4°) qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à exclure la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable pour le salarié, privant sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Dans un second moyen, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes tendant à ce qu'il soit dit et jugé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et inscrit au passif de la liquidation judiciaire de la société Orfi diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés y afférents, de reliquat d'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de le débouter de sa demande tendant à ce que soit ordonnée la remise des documents sociaux propres à la rupture du contrat de travail et notamment un certificat de travail mentionnant la date d'expiration du préavis de trois mois comme date de rupture du contrat de travail, une attestation destinée à Pôle emploi mentionnant comme motif de rupture la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur et un bulletin de salaire reprenant les sommes dues au salarié, alors :

1°/ que selon l'article L. 641-10, alinéa 5, du code de commerce, lorsque le nombre des salariés ou le chiffre d'affaires est supérieur ou égal à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat ou, en cas de nécessité, le tribunal est tenu de désigner un administrateur judiciaire pour administrer l'entreprise, lequel a seul pouvoir pour prononcer, dans les conditions prévues à l'article L. 631-17 du code de commerce, les licenciements pour motif économique des salariés de l'entreprise ; qu'ainsi, lorsque les conditions prévues par l'article L. 641-10, alinéa 5, du code de commerce sont remplies, le liquidateur judiciaire ne dispose pas du pouvoir de notifier aux salariés la rupture de leur contrat de travail qui est dévolu à l'administrateur judiciaire, et ce, quand bien même le tribunal aurait omis de désigner un tel administrateur dans le jugement prononçant la liquidation ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté que « le chiffre d'affaires réalisé par la société était déjà très important en 2014 (plus de 6 millions d'euros) » ; qu'en jugeant dès lors que le mandataire liquidateur avait pu valablement conduire la procédure de licenciement et proposer à M. [Y] un contrat de sécurisation professionnelle ayant abouti à la rupture du contrat de travail, cependant qu'il résultait de ses propres constatations que le chiffre d'affaires réalisé par la société imposait la désignation d'un administrateur judiciaire qui seul pouvait mener la procédure de licenciement et proposer le contrat de sécurisation professionnelle au salarié, de sorte que le liquidateur judiciaire n'avait pas pouvoir pour cela et que, par voie de conséquence, la rupture du contrat de travail devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé l'article L. 641-10, alinéa 5, du code de commerce, ensemble les articles L. 1233-2 et L. 1235-1 du code du travail ;

2°/subsidiatement, que l'annulation du jugement de liquidation judiciaire de l'employeur prive de fondement et d'effet les licenciements pour motif économique prononcés en vertu de cette décision par le liquidateur judiciaire, qui sont ainsi dépourvus de cause réelle et sérieuse ; qu'il n'en va autrement que lorsque la cour d'appel annulant ce jugement ouvre par la même décision une liquidation judiciaire et que la date de

cessation des paiements de la société est fixée à une date antérieure à celle de la rupture du contrat de travail ; qu'en l'espèce, la cour d'appel de Versailles a, par un arrêt du 29 septembre 2016, annulé le jugement du tribunal de commerce de Pontoise en date du 18 mars 2016 prononçant l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société Orfi, fixant provisoirement la date de cessation des paiements au 16 octobre 2015 et désignant Me [N] en qualité de liquidateur judiciaire et, statuant à nouveau, a constaté l'état de cessation des paiements, fixé la date de celle-ci au jour de sa décision et, estimant le redressement de la société Orfi manifestement impossible, a ouvert une procédure de liquidation judiciaire son profit ; qu'en jugeant dès lors que le mandataire liquidateur avait pu valablement proposer à M. [Y] un contrat de sécurisation professionnelle ayant abouti à la rupture du contrat de travail, cependant qu'elle constatait que la date de cessation des paiements était fixée au 29 septembre 2016, soit à une date postérieure à la rupture du contrat de travail, intervenue en suite de son adhésion au contrat de sécurisation professionnelle le 10 avril 2016, la cour d'appel a violé les articles L. 640-1 et L. 641-4 du code de commerce, ensemble les articles L. 1233-2 et L. 1235-1 du code du travail ;

3°/ subsidiairement que le fait que la cessation d'activité de l'entreprise résulte de sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié de la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse ; que constitue une telle faute, qui peut prendre la forme d'une légèreté blâmable, l'employeur qui s'est laissé dépouiller par pure complaisance d'une partie importante de son patrimoine et a ainsi contribué à la création de la mauvaise situation financière apparue à l'époque du licenciement ; qu'en l'espèce, M. [Y] invoquait une pratique excessive, fautive voire frauduleuse du « cash pooling » au niveau du groupe Révolution 9 avec l'assentiment des dirigeants de la société Orfi, ce dont témoignait la dégradation rapide de la situation économique et financière et en particulier de la trésorerie de la société, faisant écho à une pratique de développement du groupe Révolution 9 identifiée par les milieux d'affaires et la presse économique comme contestable et prédatrice ; qu'en se bornant à affirmer péremptoirement qu'aucun élément sérieux n'était apporté pour établir la gestion fautive alléguée au motif inopérant que les éléments produits ne faisaient pas apparaître de sanctions contre les dirigeants de la société Orfi pour des fautes de gestion, tandis qu'il lui appartenait d'apprécier elle-même si la cessation d'activité résultait d'une faute de gestion ou d'une légèreté blâmable de l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail ;

4°/ subsidiairement que le fait que la cessation d'activité de l'entreprise résulte de sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié de la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse ; que constitue une telle faute, qui peut prendre la forme d'une légèreté blâmable, l'employeur qui s'est laissé dépouiller par pure complaisance d'une partie importante de son patrimoine et a ainsi contribué à la création de la mauvaise situation financière apparue à l'époque du licenciement ; qu'à supposer que la cour d'appel ait entendu adopter les motifs des premiers juges selon lesquels à partir du moment où le motif économique du licenciement s'avère matériellement vérifiable, les mauvais choix stratégiques des dirigeants de la société ORFI dénoncés par le salarié et ayant pu aboutir à cette situation n'a pas d'incidence sur ce constat, la cour d'appel a violé l'article L. 1233-3 du code du travail ;

5°/ très subsidiairement, que l'employeur, ou le mandataire liquidateur, au titre de l'obligation de reclassement, doit rechercher l'existence de postes disponibles au sein du groupe de reclassement, c'est-à-dire de toutes les entreprises dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel ; que dès lors, il manque à son obligation de reclassement préalable, lorsqu'il n'a pas recherché l'existence de postes disponibles dans une des entreprises du groupe de reclassement ; qu'en l'espèce, pour dire que le liquidateur avait satisfait à son obligation de reclassement, la cour d'appel s'est bornée à retenir que « Me [N], ès qualités, justifie avoir interrogé des sociétés appartenant au groupe Révolution 9 et des sociétés extérieures au groupe et exerçant dans le même secteur d'activité que la société Orfi en leur transmettant par courriers du 21 mars 2016 les profils de poste correspondant aux salariés à reclasser, parmi lesquels M. [Y] » ; qu'en statuant ainsi, sans faire ressortir le périmètre du groupe de reclassement retenu, ni que le liquidateur avait recherché les postes disponibles dans toutes les entités répondant à la définition du groupe de reclassement, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 1233-4 du code du travail ;

6°/ plus-subsidiairement, qu'en statuant comme elle l'a fait sur le fondement de la seule exécution de démarches auprès de sociétés du groupe et de sociétés extérieures à celui-ci, sans caractériser l'absence de tout poste disponible dans le groupe auquel appartient la société Orfi, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à établir l'impossibilité de reclasser M. [Y] au sein du groupe, privant derechef sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 1233-4 du code du travail.

Sur le pourvoi n° S 21-13.945 de l'AGS et de l'UNEDIC -CGEA IDF Est :

Le moyen unique de L'AGS et l'UNEDIC - CGEA IDF Est qui fait grief à l'arrêt attaqué de fixer au passif de la société Orfi la somme de 10 000 euros de dommages-intérêts au titre du préjudice personnel subi par le salarié pour absence de fonctionnement normal des institutions représentatives du personnel de la société Orfi, de dire la décision opposable à l'AGS-CGEA d'Ile-de-France Est dans les limites de la garantie légale et des plafonds applicables selon les dispositions des articles L.3253-6 et L.3253-8 et suivants du code du travail et des articles D.3253-5 et suivants du code du travail, est en trois branches :

La première branche soutient que la méconnaissance par l'employeur de ses obligations en matière d'organisation de la totalité des réunions des institutions représentatives du personnel présentes dans l'entreprise ne constitue pas un préjudice dont un salarié peut réclamer l'indemnisation, en ce qu'elle ne peut conduire à le priver d'une possibilité de représentation et de défense de ses intérêts, mais relève d'un manquement à l'égard des institutions mises en place permettant seulement à ces dernières de poursuivre l'employeur au titre d'un délit d'entrave ; qu'en décidant que le salarié pouvait être indemnisé au titre du défaut de fonctionnement normal des institutions représentatives du personnel, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240 du code civil, ensemble l'article 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

La deuxième branche soutient, subsidiairement, que s'il fallait admettre que le salarié peut être indemnisé au titre du manquement de son employeur consistant à ne pas avoir organisé l'ensemble des réunions des institutions représentatives du personnel,

une telle indemnisation supposerait que soit établie l'existence d'un préjudice personnel, direct et certain ; qu'en faisant droit à la demande du salarié après avoir constaté que trois réunions s'étaient tenues entre le mois de septembre 2015 et le mois de février 2016, sans caractériser autrement le préjudice prétendument subi que par l'affirmation d'une privation d'une possibilité de représentation et de défense des intérêts du salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240 du code civil, ensemble l'article 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

La troisième branche fait valoir qu'en toute hypothèse, l'AGS ne peut garantir la créance résultant d'un manquement de l'employeur qui ne relève ni de l'exécution ni de la rupture du contrat de travail ; que la créance au titre du manquement de l'employeur qui n'a pas organisé l'ensemble des réunions des institutions représentatives du personnel ne résulte pas du contrat de travail et ne peut être garantie par l'AGS dans le cadre de la procédure collective ayant conduit à la liquidation judiciaire de la société employeur ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L.3253-6 et L.3253-8 du code du travail.

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

Conséquence d'une annulation du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire du débiteur sur le sort des licenciements régulièrement prononcés avant cette annulation par le liquidateur, dès lors que la cour d'appel ayant annulé le jugement a ouvert elle-même la liquidation judiciaire du débiteur.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

SUR LE POURVOI DU SALARIÉ

Sur le premier moyen :

Il est proposé de rejeter le moyen en ses quatre branches par une décision non spécialement motivée.

La cour d'appel a rappelé les circonstances amenant le salarié à invoquer une perte de chance :

« M. [Y] expose qu'à la fin du 1er trimestre de l'année 2015, la société Orfi a cessé de régler ses cotisations sociales et qu'en tant que directeur de la clientèle agencement, qui étaient ses fonctions réelles, il ne lui a alors plus été possible de répondre aux appels d'offres, pour lesquels l'entreprise devait préalablement constituer un dossier administratif comprenant notamment une attestation délivrée par l'Urssaf du règlement par l'entreprise de ses cotisations sociales et une garantie financière ou une caution bancaire. Ses activités ont été réduites de ce fait au seul suivi des marchés précédemment obtenus, sans possibilité de prospecter de nouveaux marchés.

Invoquant ainsi une perte de chance de remporter de nouveaux marchés et de percevoir les primes correspondantes, et ce alors qu'il avait jusque-là perçu chaque année des primes conséquentes (13 170 euros en 2012, 8 288,14 euros en 2013, 20 593,48 euros en 2014, 7 714,95 euros sur les trois premiers trimestres de 2015), il sollicite le versement de dommages-intérêts à hauteur de 7 004,16 euros en réparation du manque à gagner pour la période d'octobre 2015 au 10 avril 2016, outre la somme de 700,42 euros au titre des congés payés afférents. »

La perte de chance se définit comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable (1^{re} Civ., 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-18.192, Bull. 1997, I, n° 361 ; 1^{ère} Civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 98-13.432, Bulletin I, n° 277 ; 1^{ère} Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.674, Bull. I, n° 498 ; 1^{ère} Civ., 6 septembre 2017, pourvoi n° 16-18.917).

La perte de chance implique donc une incertitude sur l'orientation future d'une alternative ouverte dont la disparition actuelle présente le caractère d'un préjudice certain à la mesure de la probabilité du choix ou de l'événement souhaitable ou souhaité (1^{ère} Civ., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-14.711; 1^{ère} Civ., 26 janvier 2012, pourvoi n° 10-21.529 ; 1^{ère} Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.712)

Il appartient au demandeur d'apporter la preuve de l'existence de son préjudice qui doit, pour être indemnisé, résulter de manière directe et certaine de la perte de chance alléguée.

1^{ère} Civ., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-21.492

Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que, pour être indemnisée, une perte de chance doit présenter un caractère réel et certain, la cour d'appel, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a estimé que M. [X] ne démontrait pas qu'il aurait pu obtenir un nouvel avis d'un expert judiciaire contraire à celui du premier expert judiciaire désigné, ni une indemnisation de son préjudice plus importante consécutive à ce nouvel avis, faisant ainsi ressortir l'absence de préjudice causé par la perte de chance alléguée ; qu'elle en a justement déduit que la responsabilité contractuelle de l'avocat ne pouvait être engagée ; que le moyen n'est pas fondé ;

La perte d'une chance, même minime, est indemnisable : le juge ne peut rejeter la demande en réparation d'une perte de chance sans caractériser l'absence de toute probabilité de l'événement concerné (1^{ère} Civ., 8 juillet 1997 Bull n° 234).

Civ. 1^{ère} , 16 janvier 2013, pourvoi no 12-14.439, Bull. n° 2 :
“La perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable.

Lorsque par sa faute un avocat a fait perdre à son client le bénéfice d'un recours, l'indemnisation ne peut être refusée au titre de la perte de chance que si l'absence de toute probabilité de succès de la voie de droit manquée est démontrée”.

Enfin, les juges du fond apprécient souverainement l'existence et l'étendue du préjudice (1^{ère} Civ., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-27.820).

Sur les première, deuxième et quatrième branches :

En l'espèce, la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve que le salarié lui avait soumis, a écarté toute probabilité d'obtention de marchés sur la période litigieuse, c'est à dire toute incertitude relative à l'existence du préjudice invoqué, estimant que la perspective de survenance d'un événement favorable était inexistante.

Ainsi, ayant relevé qu'il ne ressortait pas des éléments versés aux débats par le salarié l'existence, entre octobre 2015 et mars 2016, date de son licenciement, de marchés sur lesquels il aurait pu postuler si la société avait été à jour du règlement de ses cotisations sociales, la cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, a pu estimer que la perte de chance n'était pas démontrée et a, par ces motifs, légalement justifié sa décision.

Sur la troisième branche : le moyen qui critique des motifs adoptés surabondants, est inopérant.

Sur le second moyen :

Sur la première branche :

L'article L. 641-10 du code de commerce, dont l'alinéa 5 est invoqué par le moyen, est relatif au maintien de l'activité de l'entreprise en cas de liquidation judiciaire .

Son alinéa 1^{er} dispose : *Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'Etat. Elle peut être prolongée à la demande du ministère public pour une durée fixée par la même voie. Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, ce délai est fixé par le tribunal en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions concernées.*

L'alinéa 3 précise que « dans les conditions de l'article L. 631-17, il [le liquidateur] peut procéder aux licenciements.

L'alinéa 5, de l'article L. 641-10 du code de commerce, dans sa rédaction issue l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, prévoit : « *Toutefois, lorsque le nombre des salariés ou le chiffre d'affaires est supérieur ou égal à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat ou, en cas de nécessité, le tribunal désigne un administrateur judiciaire pour administrer l'entreprise. Dans ce cas, l'administrateur exerce les prérogatives conférées au liquidateur par les articles L. 641-11-1 et L. 641-12. Il prépare le plan de cession, passe les actes nécessaires à sa réalisation et, dans les conditions prévues à l'article L. 631-17, peut procéder aux licenciements. Le ministère public peut proposer le nom d'un administrateur judiciaire à la désignation du tribunal qui ne peut le rejeter que par décision spécialement motivée.*

Depuis la réforme de 2005, le principe est devenu l'administration par le liquidateur pendant la période de maintien de l'activité.

Ainsi, l'article L. 641-4, alinéa 5, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, attribue compétence au liquidateur pour procéder aux licenciements : « *Les licenciements auxquels procède le liquidateur en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation, le cas échéant au*

terme du maintien provisoire de l'activité autorisé par le tribunal, sont soumis aux dispositions de l'article L. 1233-58 du code du travail. Les licenciements auxquels procède le liquidateur en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation, le cas échéant au terme du maintien provisoire de l'activité autorisé par le tribunal, sont soumis aux dispositions de l'article L. 1233-58 du code du travail. »

Ce n'est donc, par dérogation, que lorsque le nombre des salariés ou le chiffre d'affaires est supérieur ou égal à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat ou, en cas de nécessité, que le tribunal désigne un administrateur judiciaire pour administrer l'entreprise. Comme l'avance Mme Pérochon¹, « Il n'est pas douteux que c'est le maintien de l'activité qui justifie la désignation de l'administrateur, spécialiste de la gestion de l'entreprise en difficulté et de l'élaboration d'un plan de maintien de l'activité, ce plan serait-il de cession. La condition de maintien de l'activité s'ajoute ainsi à celle relative aux seuils ou à la nécessité. »

MM. Le Cannu et Robine² font la même analyse en rattachant la nomination d'un administrateur à l'administration de l'entreprise pendant le maintien provisoire de l'activité.

Or, en l'espèce, il n'est à aucun moment fait état d'une poursuite provisoire de l'activité de l'entreprise : un tel maintien de l'activité ne ressort ni de l'arrêt ni des productions. D'ailleurs, dans ses conclusions (p. 17), le salarié indique que selon la lettre de licenciement, le jugement prononçant la liquidation judiciaire de la société n'a pas autorisé la poursuite de l'activité de l'entreprise.

En l'absence de maintien de l'activité, il n'y avait pas lieu de désigner un administrateur judiciaire qui aurait été compétent pour notifier les licenciements, quand bien même l'un des seuils du nombre de salariés ou du chiffre d'affaires aurait été atteint.

Le moyen est nouveau dès lors qu'il ne résulte pas des conclusions du salarié que celui-ci ait invoqué l'absence de pouvoir du liquidateur pour procéder au licenciement. Il est en outre mélangé de fait et de droit dès lors que l'élément factuel que constitue le maintien de l'activité n'avait pas été débattu.

De toute façon, le moyen, qui manque par le fait qui lui sert de base, en ce qu'il ne ressort pas des constatations de l'arrêt que le tribunal de commerce avait autorisé le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise, condition à la désignation d'un administrateur judiciaire, n'est donc pas fondé.

Un rejet non spécialement motivé est proposé.

Sur la deuxième branche :

La branche critique des motifs adoptés du jugement qui a retenu :

« ... en réponse à une question soulevée lors des débats, il y a lieu de préciser à titre liminaire que l'annulation par la Cour d'appel de Versailles du jugement de liquidation judiciaire rendu le 18 mars 2016 par le tribunal de commerce de Pontoise, sur la base

¹ *Manuel Entreprises en difficulté – LGDJ, 11^{ème} édition § 2076*

² *Précis Droit des entreprises en difficultés Dalloz, 8^{ème} éd. § 1113*

duquel le licenciement économique litigieux a été prononcé par le liquidateur, n'a pas eu pour effet de remettre en cause la validité de ce licenciement ; qu'en effet, si la Cour de cassation a indiqué à cet égard que « l'annulation du jugement de liquidation judiciaire de l'employeur prive de fondement et d'effet les licenciements pour motif économique prononcés en vertu de cette décision par le liquidateur judiciaire, qui sont ainsi dépourvus de cause réelle et sérieuse », elle a dans le même temps précisé « qu'il n'en va autrement que lorsque la cour d'appel annulant ce jugement ouvre par la même décision une liquidation judiciaire » (Cour cass., ch. Sociale, arrêt du 16 décembre 2008, numéro de pourvoi 07-43285 et suivants) ; qu'or, tel est exactement le cas en l'espèce, puisque l'arrêt de la Cour d'appel rendu le 29 septembre 2016, constatant le redressement de la société ORFI manifestement impossible a, à son tour, ouvert une procédure de liquidation judiciaire à son encontre. »

Quand le jugement est infirmé en appel, il est mis à néant, et les parties se trouvent replacées dans l'état antérieur. L'infirmité entraîne de plein droit l'annulation des décisions qui n'en sont que la suite ou la conséquence, par exemple un jugement arrêtant le plan de cession de la société, en cas d'annulation du jugement d'ouverture (Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-11.852; Soc., 9 mars 1994, pourvoi n° 92-41.661, Com. 13 mars 2007, pourvoi n° 05-12.504) .

Soc., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-41.972, *Bull. V* n° 139 :

L'infirmité d'un jugement ouvrant une procédure de redressement judiciaire entraîne l'annulation de la décision d'autorisation de licencier prise par le juge-commissaire dans le cadre de cette procédure ; il en résulte que les licenciements prononcés sont dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Soinne (*Traité des procédures collectives*, 2^{ème} éd. §649) observait qu'il était cependant difficile d'appliquer cette règle générale dans toutes ses conséquences : « *la réalité économique et sociale de l'entreprise s'accommode mal d'une annulation rétroactive. Cette solution peut d'ailleurs être contraire à l'exécution provisoire qui s'attachait à la décision de première instance. (...) Les actes conservatoires accomplis doivent être confirmés. Il doit en être de même des décisions relatives à l'exploitation, du moins celles qui ne pouvaient attendre* ».

Rappelons que l'article R. 661-1 du Code de commerce dispose : « les jugements et ordonnances rendus en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement, et de liquidation judiciaires sont exécutoires de plein droit à titre provisoire ». La solution concerne les licenciements prononcés par les organes de la procédure en vertu d'un jugement statuant sur la liquidation ou arrêtant le plan de redressement ou de cession. En effet, la chambre sociale a affirmé que « *seule une ordonnance du premier président arrêtant l'exécution provisoire du jugement qui adopte le plan de redressement peut avoir pour effet de prolonger la durée de la période d'observation et, par là, de différer la notification des licenciements prévus dans le jugement* » (Soc. 21 septembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 267), effet transposable à l'hypothèse d'un jugement prononçant la liquidation judiciaire de l'entreprise.

Les particularités de la procédure commerciale justifient que l'annulation du jugement de liquidation n'entraîne pas nécessairement l'annulation des décisions qui en sont la suite ou la conséquence.³

M. Vallens⁴ souligne que :

«40. l'exécution provisoire de plein droit du jugement d'ouverture n'est pas une faculté, donnée par la loi à la partie gagnante, de poursuivre l'exécution immédiate. Contrairement au droit commun, où le créancier peut renoncer à l'exécution forcée du jugement, le jugement de redressement judiciaire s'impose, par l'effet de la loi, au débiteur, à ses créanciers et aux mandataires de justice nommés pour l'exécuter : plus qu'un « titre exécutoire » accordé à un créancier, le jugement est un mandat impératif donné à l'administrateur judiciaire, au représentant des créanciers, ou au liquidateur d'exercer les diligences prévues par la loi. Par là, le jugement « échappe » à la partie demanderesse, qu'il s'agisse du débiteur ou d'un de ses créanciers, ou du procureur de la République.

41 - b) Quant au fond, les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'exécution provisoire ne sont pas toujours applicables.

42 - La partie qui exécute le jugement d'ouverture ne le fait pas à ses risques et périls, comme en droit commun (58), mais en vertu des obligations légales et des effets qui lui sont attachés.

43 - Celui qui met le jugement d'ouverture à exécution n'est pas le créancier du débiteur failli, ni le débiteur lui-même : quel que soit l'auteur de la saisine du tribunal (le débiteur, un créancier, le ministère public ou le tribunal lui-même par la voie de la saisine d'office), la mise à exécution du jugement est assurée à la diligence des mandataires de justice, du juge-commissaire et du tribunal.

(...)

46 - D'autres restitutions sont aussi inopérantes, mais elles ne concernent pas seulement le débiteur : le jugement de redressement ou de liquidation judiciaires, exécutoire par provision de plein droit, donne également au juge-commissaire le pouvoir d'autoriser des licenciements en période d'observation, de manière restrictive, et au liquidateur de licencier les salariés de l'entreprise en cas de liquidation judiciaire immédiate. Les salariés, licenciés dans les quinze jours du jugement de liquidation judiciaire, sont indemnisés des montants qui leur sont dus par l'AGS, mais n'acquièrent pas un droit à réintégration dans l'entreprise en cas d'infirmité ou d'annulation du jugement, malgré la caducité des mesures qui en découlent. »

L'article R. 640-2 dispose que la cour d'appel qui annule un jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ou son prononcé peut, d'office, ouvrir la procédure de liquidation judiciaire ou la prononcer. En cas d'infirmité d'un jugement ouvrant la procédure de liquidation judiciaire, elle peut, d'office, ouvrir la procédure de redressement judiciaire.

³ Pour le redressement judiciaire, l'article R. 631-6 énonce que « la cour d'appel qui annule ou infirme un jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire peut, d'office, ouvrir la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. »

⁴ « *L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaires* » D. 1997 chr p. 111 spéc. § 40 à 46

Cette faculté permet d'éviter la rupture du déroulement d'une procédure collective nécessaire qui, si elle a été mal ouverte, doit malgré tout être ouverte rapidement.

Dans le cas où la cour d'appel fait usage de ce texte, l'annulation du jugement d'ouverture n'a pas pour conséquence l'annulation rétroactive des actes et décisions pris pour son application dès lors la décision d'anéantissement du jugement d'ouverture est suivie d'une ouverture de la procédure collective par la cour d'appel, en application de l'article R. 640-2 du code de commerce. Cette solution, s'explique par la finalité de l'article 11 du décret du 27 décembre 1985, devenu R. 640-2 du code de commerce, qui est d'assurer la continuité d'une procédure justifiée mais irrégulièrement ouverte.

La jurisprudence de la chambre commerciale offre plusieurs exemples d'application de cette solution :

Cette chambre décide qu'une déclaration de créance faite dans le cadre de la procédure initialement ouverte, puis annulée, conserve son efficacité dans la procédure ouverte par la cour d'appel :

Com. 25 mai 1993 n° 91-13.704 : *Bull. civ. IV n° 208* : une déclaration régulièrement faite dans les deux mois suivant la publication du jugement d'ouverture reste valable malgré l'annulation ultérieure de ce jugement ; elle n'a donc pas à être réitérée à la suite de l'arrêt ouvrant la procédure sur le fondement de l'article 11 du décret du 27 décembre 1985 (devenu R. 640-2 C. com.)

L'annulation par la cour d'appel du jugement d'ouverture du redressement judiciaire d'un débiteur ne s'étend pas aux déclarations de créances régulièrement effectuées avant cette annulation, dès lors que la cour d'appel ouvre elle-même le redressement judiciaire du débiteur.

Com. 19 mai 2004, pourvoi n° 02-15.672).

attendu qu'ayant retenu que la réformation du jugement du 5 janvier 1999, en ce qu'il avait ouvert à tort une procédure de liquidation judiciaire, n'avait pu avoir pour effet de remettre en cause le principe même de l'ouverture d'une procédure collective, ni de rendre inopérantes les déclarations de créances faites sur le fondement de ce jugement, et que, dès lors, les créanciers n'avaient pas à réitérer leurs déclarations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Com., 28 février 1989, pourvoi n° 87-14.722, *Bull. civ. IV, n° 71* maintien d'une cession à forfait sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 :

Lorsqu'un arrêt, qui annule un jugement ayant prononcé la conversion d'un règlement judiciaire en liquidation des biens et, sur le fondement de l'article 8 du décret du 22 décembre 1967, prononce d'office la liquidation des biens, vient à être cassé quant à la disposition fixant ses effets à une date antérieure à son prononcé, l'annulation ne s'étend pas à une cession à forfait opérée sur le fondement du jugement annulé.

Sur le sort d'un plan de cession adopté avant annulation du jugement d'ouverture :

Cass. com. 14 décembre 1993 n° 91-18.635 : *Bull. civ. IV n° 475* :

Lorsqu'une cour d'appel prononce le redressement judiciaire du débiteur en usant des pouvoirs qu'elle tient de l'article 11 du décret du 27 décembre 1985, l'annulation du jugement ayant prononcé le redressement judiciaire ne s'étend pas au plan de cession arrêté en suite de ce jugement. Par conséquent, la période d'observation ouverte par le prononcé de l'arrêt prend fin aussitôt, eu égard au jugement arrêtant le plan qui a mis fin à cette période.

Les solutions apportées par la chambre commerciale, inspirée par le souci de protection des créanciers peut, de la même manière, être étendue, dans un souci de

protection des salariés dont la créance n'est garantie par l'AGS que si le licenciement est prononcé dans les quinze jours du jugement de liquidation, aux licenciements valablement prononcés dans le cadre de la procédure initialement ouverte puis annulée.

En faisant application de l'article R 640-2 du code de commerce (ou R. 631-3), la cour d'appel, en ouvrant une procédure collective de même nature après anéantissement du jugement d'ouverture, va en quelque sorte valider les ruptures prononcées à la suite de la décision annulée.

Notre chambre n'a pas rendu d'arrêt approuvant une cour d'appel qui, annulant le jugement de liquidation judiciaire et faisant application de l'article R. 640-2 du code de commerce, a ouvert une procédure de liquidation judiciaire, validant ainsi les licenciements notifiés en exécution du jugement annulé.

Elle a cependant rendu l'arrêt Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.291 et s., *Bull.* 2008, V, n° 253 (commenté par L. Fin-Langer, *JCP S* n° 12 1125) qui en énonce la possibilité.

sommaire :

L'annulation en appel d'un jugement de liquidation judiciaire de l'employeur prive de fondement et d'effet les licenciements pour motif économique prononcés en vertu de cette décision par le liquidateur judiciaire, qui sont alors dépourvus de cause réelle et sérieuse, à moins que la cour d'appel annulant le jugement ouvre par la même décision une liquidation judiciaire.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, alors que la décision annulant le jugement de liquidation judiciaire a ouvert une procédure de redressement judiciaire, retient que les licenciements notifiés par le liquidateur judiciaire en vertu du jugement annulé ont une cause réelle et sérieuse.

Attendu, selon les arrêts attaqués, que la société Confection 2001, employant moins de cinquante salariés, a été placée le 23 janvier 2004 en liquidation judiciaire ; que le 3 février 2004, le liquidateur judiciaire a licencié tout le personnel de l'entreprise, pour motif économique ; que le 25 mai 2004, la cour d'appel a annulé le jugement de liquidation judiciaire et ouvert une procédure de redressement judiciaire, convertie le 22 juillet 2004 en liquidation judiciaire ; que, soutenant notamment que leurs licenciements étaient ainsi devenus sans cause réelle et sérieuse et que la procédure de licenciement était irrégulière, les salariés licenciés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes indemnitaires ;

.../...

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal des salariés qui est recevable :

Vu les articles L 622-5 du Code de commerce, dans sa rédaction alors en vigueur, et L 321-1, alinéa 1, devenu l'article L 1233-3 du Code du travail ;

Attendu que, pour débouter les salariés de leur demande indemnitaire pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu que le jugement ouvrant une procédure de liquidation judiciaire est exécutoire de plein droit à titre provisoire et que, si le jugement rendu le 23 janvier 2004 par le tribunal de commerce a été annulé, la lettre de licenciement répondait cependant à l'obligation légale de motivation puisqu'elle faisait état non seulement de ce jugement, alors exécutoire, mais également de la fermeture de l'entreprise entraînant une cessation totale d'activité qui impliquait nécessairement la suppression de tous les postes et le congédiement de l'ensemble du personnel ;

Attendu cependant que l'annulation du jugement de liquidation judiciaire de l'employeur prive de fondement et d'effet les licenciements pour motif économique prononcés en vertu de cette

décision par le liquidateur judiciaire, qui sont ainsi dépourvus de cause réelle et sérieuse ; qu'il n'en va autrement que lorsque la cour d'appel annulant ce jugement ouvre par la même décision une liquidation judiciaire ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que le jugement de liquidation judiciaire, auquel faisait référence la lettre de licenciement, avait été annulé en appel, sans que l'arrêt d'annulation ouvre une procédure de liquidation judiciaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Commentaire à la RJS 2009 n° 159 :

« Il a déjà été jugé que l'infirmité en appel du jugement qui ouvre la procédure collective prive de cause réelle et sérieuse les licenciements économiques prononcés dans le cadre de cette procédure. Cela tient au fait que l'annulation du jugement d'ouverture produit un effet rétroactif. Ainsi, l'autorisation de licencier donnée par le juge-commissaire pendant la période d'observation étant annulée, les licenciements prononcés sur son fondement n'ont plus de cause légitime (voir Cass. soc. 19 novembre 2008, ci-dessus n° 158).

Il en va de même des licenciements économiques prononcés à la suite d'un jugement de liquidation judiciaire annulé en appel. Cette annulation des actes effectués en vertu du jugement annulé est admise par la chambre commerciale (Cass. com. 29 février 2000 n° 97-11.852 : Bull. civ. IV n° 43 ; Cass. com. 1er octobre 2002 n° 98-21.681 ; Cass. com. 7 février 2006 n° 05-13.467 : Bull. civ. IV n° 28).

Cette solution se justifie par le fait que l'annulation du jugement d'ouverture impose de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement.

Cependant, l'article 11 du décret du 27 décembre 1985 (remplacé par l'article 174 du décret du 28 décembre 2005) permet à la cour d'appel qui annule le jugement d'ouverture d'ouvrir d'office une nouvelle procédure collective. La chambre commerciale en a déduit que lorsque les juges d'appel font usage de ce pouvoir, les actes accomplis dans le cadre de la procédure annulée ne sont pas nécessairement anéantis (Cass. com. 25 mai 1993 n° 91-13.704 : Bull. civ. IV n° 208, pour les déclarations de créances ; Cass. com. 14 décembre 1993 n° 91-18.635 : Bull. civ. IV n° 475, pour un plan de cession).

Ces décisions concernent toutefois des cas où la procédure collective ouverte en appel était de même nature que celle résultant de la décision annulée, de sorte que ce qui avait été accompli dans la procédure annulée se trouvait en quelque sorte validé par l'ouverture d'une nouvelle procédure. Il n'en va pas de même pour des licenciements économiques consécutifs à la liquidation judiciaire de l'employeur.

Les procédures de redressement et de liquidation judiciaire ne sont pas de même nature ; par ailleurs, le régime des licenciements économiques est différent. Alors que la liquidation judiciaire permet au mandataire de justice de licencier le personnel, sans autre autorisation et par simple référence au jugement d'ouverture, des licenciements économiques ne peuvent être notifiés pendant la période d'observation que s'ils ont été spécialement autorisés par le juge-commissaire, lequel doit alors s'assurer qu'ils sont urgents, inévitables et

indispensables (article L 621-37 du Code du commerce devenu l'article L 631-17). Par ailleurs, s'il était admis que l'ouverture d'un redressement judiciaire en appel valide les licenciements économiques prononcés par le liquidateur judiciaire, l'objectif assigné à la procédure de redressement judiciaire ne pourrait plus être atteint. La finalité de cette procédure est en effet de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise et le maintien des emplois (article L 620-1 du Code du commerce devenu l'article L 631-1). Ce but ne pourrait être respecté si le licenciement de tout le personnel produisait encore ses effets.

Ainsi la chambre sociale a-t-elle retenu, en l'espèce, que l'annulation du jugement de liquidation judiciaire prive de fondement et d'effet (et par là de cause réelle et sérieuse) les licenciements économiques prononcés par le liquidateur, dès lors que la cour d'appel ne prononce pas une liquidation judiciaire dans sa décision d'annulation. Seule par conséquent l'ouverture en appel d'une procédure collective de même nature peut permettre de maintenir les effets des licenciements économiques notifiés en vertu de la décision annulée. »

L'anéantissement du jugement de liquidation judiciaire ne fait pas disparaître rétroactivement les effets du dessaisissement du débiteur :

Com 2 juillet 2013 n° 12-20.730 :

qu'en application de l'article 152 de la loi du 25 janvier 1985, la décision annulant la décision d'ouverture de la liquidation judiciaire d'un débiteur ne fait pas disparaître rétroactivement les effets du dessaisissement de ce dernier pendant qu'il était en état de liquidation judiciaire ; que l'arrêt retient que, même si aucune liquidation judiciaire n'a existé à l'égard de la SCI en application de l'arrêt du 5 septembre 2001, il n'en demeure pas moins que Mme [Y], qui a été régulièrement désignée liquidateur de la SCI par jugement du 15 juin 1993, a exercé ses fonctions dans le cadre de l'exécution provisoire de plein droit assortie à ce jugement ; que, par ces motifs, la cour d'appel, qui a retenu qu'il était légitime que Mme [Y] puisse procéder à la reddition de ses comptes pour les frais exposés durant l'exécution de sa mission selon les règles de droit commun du mandat, en a exactement déduit qu'elle avait qualité pour obtenir son remplacement en exécution de l'arrêt du 5 septembre 2001 au profit d'un mandataire ad hoc désigné par le tribunal.

Les licenciements effectués par le liquidateur alors en fonction restent efficaces , malgré la réformation ultérieure du jugement de liquidation judiciaire . Il en résulte que les créances résultant de ces licenciements restent opposables à l'employeur :

Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-43.286

Attendu MM. [W] et [H], engagés en 1997 et 1999, en qualité de bûcherons, par M. [M] ont été licenciés le 21 décembre 2001 par la société Jim A..., désignée le 3 décembre 2001 en qualité de liquidateur judiciaire de cet employeur, à la suite de l'ouverture à cette date d'une procédure de liquidation judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Nevers ; qu'ils ont saisi en février 2002 le juge prud'homal, pour être reconnus créanciers de primes et d'indemnités de congés payés et de rupture ; que, par un jugement du 20 mars 2002, le tribunal de commerce de Nevers a annulé le jugement qu'il avait rendu le 3 décembre 2001, au motif qu'une procédure de liquidation judiciaire en cours avait déjà été ouverte par le tribunal de commerce de Riom, à l'égard de M. [M], le 14 juin 1994 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le liquidateur judiciaire fait grief aux arrêts attaqués (Bourges, 19 mars 2004) d'avoir fixé les créances des salariés à son égard, ès qualités, pour un motif qui est pris de la violation de l'article L. 620-2 du code de commerce ;

Mais attendu que dès lors qu'à la date des licenciements, le liquidateur judiciaire qui les a prononcés était en fonction, les créances résultant de ces ruptures des contrats de travail étaient opposables à l'employeur, peu important que la juridiction commerciale ait décidé par la suite d'annuler le jugement d'ouverture dont le mandataire de justice tenait ses pouvoirs ;

Le mandataire judiciaire, désigné par le jugement d'ouverture de la procédure collective, ultérieurement annulé en appel, n'engage pas sa responsabilité personnelle en procédant à des licenciements en application de cette décision exécutoire de plein droit :

Com 30 octobre 2012, pourvoi n° 07-10.648 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 2 novembre 2006), que, le 24 mars 1998, la société Côte d'Azur transport a été mise en liquidation judiciaire, tandis que, le 17 décembre 2001, le tribunal a étendu cette liquidation à la société Cap transports, M. [J] étant désigné liquidateur ; que, par ordonnance du 11 janvier 2002, M. [V], gérant de la société Cap transports a été désigné mandataire ad hoc de celle-ci ; que, par ordonnance du 14 février 2002, le premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté la demande de la société Cap transports de suspension de l'exécution provisoire du jugement du 17 décembre 2001 ; que, le 6 juin 2005, le tribunal a débouté la société Cap transports de son action en responsabilité personnelle intentée contre M. [J] pour faute professionnelle ;

Attendu que la société Cap transports fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de ses demandes de dommages-intérêts présentées à l'encontre de M. [J] et de l'avoir condamnée à payer à ce dernier 2 500 euros à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive, alors, selon le moyen :

1°/ que l'exécution d'une décision de justice exécutoire à titre provisoire n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit, à charge par lui, si le titre est ultérieurement modifié, d'en réparer les conséquences dommageables ; qu'en subordonnant le droit à réparation de la société Cap transports en raison de l'exécution par M. [J] du jugement de liquidation judiciaire rendu le 17 décembre 2001 par le tribunal de commerce de Grasse infirmé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 30 octobre 2002, à la démonstration d'une faute par le liquidateur dans l'exécution de la décision frappée d'appel, la cour d'appel a violé l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991, ensemble l'article 1382 du code civil ;

2°/ que le mandataire désigné en qualité de liquidateur judiciaire par un jugement frappé d'appel commet une faute de nature à engager sa responsabilité lorsqu'il réalise les actifs de l'entreprise concernée ou procède au licenciement de ses salariés avant que ces actes ne deviennent absolument indispensables à la conservation des droits des créanciers ; qu'a fortiori en va-t-il ainsi lorsque le liquidateur tient ses pouvoirs d'un jugement étendant à une entreprise jusqu'alors in bonis la liquidation judiciaire touchant une autre entreprise ; qu'en écartant toute faute de M. [J] dans l'exécution de son mandat de liquidateur judiciaire, sans rechercher, comme elle y était expressément invitée, si les besoins de la liquidation de la société Cap transports dont l'activité était florissante justifiaient des mesures aussi drastiques que la vente immédiate des actifs nécessaires à son activité et le licenciement de son personnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

.../...

Mais attendu, en premier lieu, qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des conclusions d'appel, que la société Cap transports aurait soutenu qu'en subordonnant son droit à réparation lié à l'exécution par M. [J] du jugement de liquidation judiciaire du 17 décembre 2001, infirmé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 30 octobre 2002, à la démonstration d'une faute par le liquidateur dans l'exécution de la décision frappée d'appel la cour d'appel a violé l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991 ; que le moyen est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que le jugement du 17 décembre 2001, à l'issue d'une procédure dont la régularité n'est pas contestée, a prononcé l'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'égard de la société Cap transports et désigné M. [J] en qualité de liquidateur étant exécutoire de plein droit en application des dispositions de l'article 155 du décret du 27 décembre 1985, tandis que, par ordonnance du 14 février 2002, la demande de suspension de l'exécution provisoire attachée à ce jugement a été rejetée par le délégataire du premier président, l'arrêt retient qu'il ne saurait être sérieusement reproché à l'intimé, mandataire judiciaire, d'avoir rempli les obligations découlant pour lui de ce mandat judiciaire et mis à sa charge par les articles L. 622-4 et L. 622-5 du code de commerce, s'agissant notamment du licenciement des salariés et de la réalisation des actifs de la société appelante ; que, par ces seuls motifs, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la troisième branche, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa première branche, n'est pas fondé

En l'espèce, la cour d'appel de Versailles, en ouvrant à nouveau la procédure de liquidation judiciaire de la société, a fixé une nouvelle date de cessation des paiements au jour de sa décision. En application de l'article L. 631-8 du code de commerce, la date de cessation des paiements peut être reportée une ou plusieurs fois sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure.

Dès lors que l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 29 septembre 2016 a, après avoir annulé le jugement du tribunal de commerce ouvrant la procédure de liquidation judiciaire, ouvert une procédure de même nature, en application de l'article R. 640-2 du code de commerce, l'annulation de ce jugement ne s'étend pas à la rupture du contrat de travail du salarié, résultant de l'adhésion par celui-ci du contrat de sécurisation professionnelle qui lui avait été proposé par le liquidateur judiciaire agissant sur le fondement du jugement d'ouverture exécutoire de plein droit par provision, ni n'a pas pour effet de la rendre sans cause réelle et sérieuse, peu important la modification de la date de cessation des paiements décidée par la seconde décision d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

Un rejet non spécialement motivé est proposé.

Sur les troisième et quatrième branches : faute de l'employeur à l'origine d'une cessation d'activité

Dans le cadre du contentieux du licenciement économique pour cessation d'activité, la chambre sociale juge que le fait que la cessation d'activité de l'entreprise résulte de sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié de la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse : Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-26.140, publié.

Pour un salarié protégé, la chambre sociale énonce, depuis un arrêt du 25 novembre 2020 (pourvoi n° 18-13.771, publié), que « *La décision d'autorisation de licenciement prise par l'inspecteur du travail, à qui il n'appartient pas de rechercher si la cessation d'activité est due à la faute de l'employeur, ne fait pas obstacle à ce que le salarié, s'il s'y estime fondé, mette en cause devant les juridictions judiciaires compétentes la responsabilité de l'employeur en demandant réparation des préjudices que lui aurait causés une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, y compris le préjudice résultant de la perte de son emploi. Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour débouter le salarié protégé de sa demande de*

dommages-intérêts au titre de la faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, retient que le préjudice découlant de la perte de son emploi ne saurait être apprécié par les juridictions judiciaires » :

Dans son arrêt *Keyria, Soc.*, 17 mars 2021, pourvoi n° 19-12.025, la chambre a précisé les conditions dans lesquelles un licenciement économique peut être considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur a commis une faute à l'origine du motif économique invoqué :

12. Il ressort en outre de la jurisprudence de la Cour de cassation, que si les juges du fond doivent contrôler le caractère réel et sérieux du motif économique de licenciement au regard des critères posés par l'article L. 1233-3 du code du travail pour autant ils ne peuvent pas se substituer à l'employeur quant aux choix qu'il effectue pour faire face à la situation économique de l'entreprise. La Cour de cassation veille ainsi à ce que dans le cadre de ce contrôle de la réalité et du sérieux du motif économique, les juges du fond ne procèdent pas à une appréciation des choix de gestion de l'employeur (Ass. plén. 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44.219, Bull civ Ass plén n° 11 ; Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.046, Bull V, n° 173).

13. Il ressort de cette jurisprudence que dès lors que l'employeur justifie de difficultés économiques réelles et sérieuses, de mutations technologiques, d'une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou d'une cessation d'activité totale et définitive, il ne peut pas être sanctionné pour ses choix de gestion, même lorsqu'ils résultent d'une erreur d'appréciation (Soc., 14 décembre 2005, pourvoi n° 03-44.380, Bull. V, n° 365). Seuls certains comportements fautifs de l'employeur, ne constituant pas une simple erreur dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion, peuvent priver de cause réelle et sérieuse un licenciement de nature économique (Soc., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.647, Bull. V, n° 10 ; Soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 18-23.029, publication en cours).

14. Les difficultés économiques ne sauraient être ainsi issues d'une situation volontaire dans laquelle l'employeur « s'était laissé dépouiller par pure complaisance d'une partie importante de son patrimoine et avait ainsi contribué en connaissance de cause à la création de la mauvaise situation financière apparue à l'époque du licenciement » (Soc., 9 octobre 1991, pourvoi n° 89-41.705, Bull. V, n° 402), ou d'une fraude lorsque les difficultés ont été « intentionnellement et artificiellement créées » (Soc., 12 janvier 1994, pourvoi n° 92-43.191).

*15. Dans l'arrêt rendu le 10 septembre 2019 (Soc., 10 septembre 2019, pourvois n° 19-12.025, 19-12.026, 19-12.027) refusant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société *Keyria*, la Cour de cassation a en outre rappelé qu'il n'existait pas de jurisprudence constante selon laquelle un licenciement pour motif économique pourrait être privé de cause réelle et sérieuse en présence d'une quelconque faute de gestion, alors même que celle-ci serait dépourvue de lien de causalité direct et certain avec les difficultés économiques.*

16. Il en résulte que la jurisprudence critiquée de la Cour de cassation qui admet, dans le cadre d'un contrôle « a posteriori », qu'un licenciement économique puisse être dénué de cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur a commis une faute à l'origine du motif économique invoqué, repose sur des critères suffisamment précis. Elle n'est pas de nature à faire obstacle au droit de l'employeur de licencier et partant à l'effet utile de la directive 98/59.

En l'espèce, ayant retenu, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que le salarié n'apportait aucun élément sérieux pour établir la gestion fautive qu'il alléguait, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Un rejet non spécialement motivé du moyen pris en ces deux branches est proposé.

Sur la cinquième branche : obligation de reclassement

L'employeur est tenu avant tout licenciement économique, d'une part, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettant d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, d'autre part, de proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure (Soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, *Bull.* V n° 123; Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-42.381, *Bull.* 2009, V, n° 57; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n°15-17.522).

Il incombe à l'employeur d'établir qu'il a satisfait à cette obligation de reclassement (Soc. 24 avril 2013 pourvoi n°12-14.111). Seuls les postes disponibles doivent être proposés aux salariés par l'employeur (Soc. 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-41359).

Les constatations relatives à la preuve des faits attestant des efforts ou recherches faits par l'employeur pour remplir son obligation de reclassement, ou à l'existence de postes disponibles relèvent du pouvoir souverain des juges du fond.

Soc. 27 février 2013, n°12-15.741:

Mais attendu qu'appréciant souverainement la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu que l'employeur justifiait, d'une part, avoir entrepris des recherches de reclassement auprès des sociétés du groupe, qui ayant connu les mêmes difficultés et ayant elle-mêmes été contraintes de procéder à des licenciements, n'avaient pu satisfaire à sa demande et, d'autre part, par la production du registre du personnel, qu'aucun poste n'était disponible au sein de l'entreprise ; que par ces seuls motifs elle a légalement justifié sa décision ;

La chambre sociale limite son contrôle à la déduction légale qui est faite quant à l'impossibilité de reclassement (Soc. 10 mai 2012, pourvoi n°10-27.263).

En ce qui concerne la charge de la preuve du périmètre de reclassement, la chambre sociale a jugé que les juges du fond apprécient les éléments fournis par chacune des parties :

Soc., 31 mars 2021, pourvoi no 19-17.303, publié - sommaire :

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.

En conséquence, 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 suffisamment établi que le périmètre de reclassement devait être limité à seulement trente-cinq sociétés du groupe, comme retenu par l'employeur, et en a déduit que celui-ci ne justifiait pas du respect de son obligation de reclassement.

L'obligation de reclassement ne s'impose à l'employeur qu'autant qu'il dispose de postes disponibles susceptibles d'être proposés au salarié, à l'époque du licenciement (Soc. 21 septembre 2011, n°10-19836 ; Soc. 25 octobre 2011, n°09-43.306 ; Soc. 29 mars 2012, n° 10-27.881 ; Soc. 4 juillet 2012, n°11-17.079.)

Soc., 16 novembre 2017, pourvoi n° 16-22.816 :

Attendu que pour dire le licenciement de ces salariés dépourvu de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel retient que, pour justifier de ses recherches de reclassement en interne, l'employeur ne verse aux débats que le projet de plan de sauvegarde pour l'emploi du 7 janvier 2012 mais non le plan de sauvegarde de l'emploi lui-même ; qu'il ne justifie donc pas d'offres de reclassement précises et individualisées faites aux salariés et, de ce fait, ne justifie pas avoir rempli son obligation de recherche individuelle de reclassement, ce qui prive les licenciements de cause réelle et sérieuse ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que l'employeur est libéré de l'obligation de faire des offres de reclassement au salarié dont il envisage le licenciement pour motif économique lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient, ne comporte aucun poste disponible en rapport avec ses compétences, au besoin en le faisant bénéficier d'une formation d'adaptation, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si l'employeur ne justifiait pas de l'impossibilité de reclasser les salariés, a privé sa décision de base légale ;

Pour une recherche de postes par un liquidateur judiciaire : Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 11-25.711 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [H] et quinze autres salariés de la société ELLAT Métallurgie, qui était une filiale à 100 % de la société de droit autrichien EM Flurfoerdergeraete ont été licenciés, le 23 juin 2009, par le mandataire-liquidateur de la société ELLAT Métallurgie en raison de la liquidation judiciaire et de la cessation d'activité de cette entreprise ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale pour faire juger que la société Flurfoerdergeraete était co-employeur, qu'elle les avait licenciés sans cause réelle et sérieuse et obtenir sa condamnation à leur payer diverses indemnités et subsidiairement que le liquidateur de la société ELLAT Métallurgie n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement et que leur licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse et voir en conséquence fixer leur créance;

Sur le premier moyen :

Attendu que les demandeurs font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande tendant à voir fixer leur créance au passif de la société ELLAT Métallurgie pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors, selon le moyen:

1°/ que le licenciement d'un salarié pour motif économique n'a de cause réelle et sérieuse que si l'employeur a recherché les possibilités de reclassement et s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié concerné ; qu'en affirmant « qu'il résulte des documents produits que le mandataire-liquidateur a recherché auprès de toutes les sociétés du groupe s'il existait des emplois disponibles », la cour d'appel qui n'a pas précisé les éléments lui permettant de parvenir à une telle conclusion a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que la recherche de reclassement doit être individualisée ; qu'en se bornant à retenir que « le mandataire-liquidateur a recherché auprès de toutes les sociétés du groupe s'il existait des emplois disponibles pour les salariés licenciés » sans s'assurer que cette recherche était individualisée, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L.1233-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le mandataire-liquidateur avait adressé des lettres aux différentes sociétés de groupe pour rechercher le reclassement des salariés et avait reçu des réponses négatives, la cour d'appel a pu en déduire qu'il avait satisfait à ses obligations ; que le moyen n'est pas fondé ;

En l'espèce, le salarié faisait valoir dans ses conclusions (p. 21) que « si la recherche de reclassement doit avoir lieu par priorité au sein de l'entreprise, lorsque cette dernière

fait partie, comme en l'espèce, d'un groupe, il appartient à l'employeur d'étendre la recherche de reclassement aux entreprises du groupe qui travaillent dans le même secteur d'activité.

Or le liquidateur n'a pas interrogé l'intégralité des sociétés du groupe mais s'est borné à s'adresser à la seule société Révolution 9 et à la société Acte 2

.../...

A cette date, comme le prouvent les témoignages de différentes sociétés appartenant au groupe lorsqu'il s'est agi de répondre à l'article de Stratégies, ou encore l'origine des paiements des salaires des salariés, il existait d'autres filiales.

Pour mémoire, en 5 ans, avant d'être placée en redressement judiciaire, la société Révolution 9 a racheté plus de 80 autres sociétés.

Dans le cadre de son redressement judiciaire opéré par la suite, au moins 9 des filiales ont fait l'objet de proposition de reprise, dont la société Acte 2 et toutes ces sociétés dans le même secteur, le modèle du groupe consistant à vouloir agréger toutes les sociétés indépendantes pour en construire une énorme en mutualisant les services, en récupérant les clients et en réduisant à marche forcée la masse salariale. »

Force est de constater que, se référant au secteur d'activité, le salarié n'avancé aucun élément de fait et de preuve sur le périmètre d'un groupe de reclassement regroupant les entreprises dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation permettaient la permutation de tout ou partie du personnel de la société. Quant au liquidateur, il limitait le périmètre de reclassement à deux autres sociétés du groupe.

La cour d'appel a rappelé que le liquidateur faisait valoir que les tentatives de reclassement au sein de la société Révolution 9, de sa filiale, la société Acte 2, mais aussi au sein des sociétés du même secteur d'activité avaient été vaines.

En l'état des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié sur le périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel a pu retenir que le liquidateur avait respecté son obligation de reclassement en interrogeant les sociétés Révolution 9 et Acte 2.

Un rejet non spécialement motivé est proposé

Sur la sixième branche : absence de caractérisation de tout poste disponible

Par motifs adoptés, la cour d'appel qui, a constaté que le liquidateur n'avait reçu aucune réponse écrite à ses courriers de recherche de poste, a ainsi fait ressortir l'absence de poste disponible.

Un rejet non spécialement motivé est proposé.

SUR LE POURVOI DE L'AGS ET DE L'UNEDIC CGEA IDF Est

Devant les juges du fond, le salarié a formé une demande de dommages-intérêts pour atteinte à son droit de participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de ses représentants.

Cette demande se fonde sur les dispositions de l'article L. 2315-8 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 :
« Les délégués du personnel sont reçus collectivement par l'employeur au moins une fois par mois. En cas d'urgence, ils sont reçus sur leur demande.

L'employeur peut se faire assister par des collaborateurs. Ensemble, ils ne peuvent être en nombre supérieur à celui des représentants du personnel titulaires.

Les délégués du personnel sont également reçus par l'employeur, sur leur demande, soit individuellement, soit par catégorie, soit par atelier, service ou spécialité professionnelle selon les questions qu'ils ont à traiter. »

Le salarié faisait valoir que la société Orfi n'avait pas permis le fonctionnement normal des institutions représentatives du personnel, en l'espèce les délégués du personnel, en ne mettant pas en place l'intégralité des réunions mensuelles (trois réunions sur les 12 prévues en 2015, aucune en 2016).

Il soutenait qu'il avait subi un dommage direct causé par l'infraction constitué par l'entrave au fonctionnement de la démocratie sociale dès lors qu'il n'avait pas été répondu à ses inquiétudes et aux réclamations qu'il avait, par leur biais, formulées, relatives aux opérations de trésorerie, à la politique de l'entreprise vis à vis de ses salariés et aux conditions d'un déménagement de l'entreprise.

En l'espèce, la demande de réparation du salarié ne porte pas sur une absence d'information et de consultation spécifique des institutions représentatives du personnel lors d'un projet de licenciement collectif (art. L. 2312-40 du code du travail) ayant pour origine la carence de l'employeur dans la mise en place de celles-ci.

Dans ce dernier cas, le salarié est recevable et fondé à demander réparation du préjudice causé par le non-respect de la procédure de consultation lors de la procédure de licenciement : cf. Articles L. 1235-12 et L. 1235-15; Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, publication en cours, qui a retenu l'existence d'un préjudice nécessaire :

Sommaire :

Il résulte de l'application combinée de l'article L. 1235-15 du code du travail, 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, de l'article 1382, devenu 1240, du code civil et de l'article 8, § 1, de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil 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 met en oeuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique, retient que la société reconnaît ne pas avoir rempli ses obligations au titre de l'article L. 1235-15 du code du travail mais que le salarié ne démontre pas la réalité d'un préjudice.

En l'espèce, à l'appui de sa demande en réparation du préjudice causé par l'absence d'information et de consultation des délégués du personnel dans la période ayant précédé l'ouverture d'une procédure collective, le salarié se réfère à un arrêt du 17 mai 2011 (Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, *Bull.* 2011, V, n° 108), par lequel la chambre a décidé, dans une espèce où le salarié avait formé une demande en paiement de dommages-intérêts du fait de l'absence d'institutions représentatives du personnel, *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 no 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.*

Elle censurait ainsi des motifs ayant retenu que l'intéressé, en tant que simple salarié, ne pouvait introduire des demandes relatives à la mise en place des institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise.

Le mémoire en défense du salarié relève que cette solution a été récemment réaffirmée :

Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-20.591 :

Vu l'article L. 2313-1 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, ensemble l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 1382, devenu 1240, du code civil et l'article 8, § 1, de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ;

Attendu qu'il résulte de l'application combinée de ces textes que l'employeur qui n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, 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 un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts en raison de l'absence d'organisation des élections des délégués du personnel au sein de l'unité économique et sociale dont faisait partie la société qui l'employait, la cour d'appel énonce que le salarié n'a interpellé l'employeur sur l'organisation des élections des délégués du personnel qu'au terme d'une collaboration de dix-huit ans et pendant son délai de préavis préalable à son départ à la retraite, et qu'il n'invoque ni ne rapporte la preuve d'aucun préjudice ;

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

Cf. aussi Soc 4 novembre 2020, n° 19-12.775, publié : pour un cas de carence d'organisation d'élections partielles :

Sommaire :

*La Cour a jugé (Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, *Bull.* 2011, V, n° 108 (cassation partielle) ; Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, V, n° 1466 (cassation partielle)), 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 Conseil 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.

En revanche, il appartient au salarié de démontrer l'existence d'un préjudice lorsque, l'institution représentative du personnel ayant été mise en place, des élections partielles doivent être organisées du fait de la réduction du nombre des membres élus de l'institution représentative du personnel, les salariés n'étant pas dans cette situation privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

Extrait : rejet de la demande du salarié :

Il résulte de l'arrêt de la cour d'appel et des productions, d'une part, qu'à la suite des élections des délégués du personnel ayant eu lieu en avril 2013, les deux élus délégués du personnel titulaires ont quitté l'entreprise respectivement en novembre 2013 et avril 2014 et l'un des deux suppléants a également quitté l'entreprise en avril 2014, ce dont il résultait qu'un délégué du personnel était toujours présent et d'autre part que dès que le salarié avait demandé l'organisation d'élections partielles, l'employeur y avait procédé.

Ces précédents jurisprudentiels sont relatifs à une carence de l'employeur dans la mise en place des institutions représentatives du personnel.

Or, dans le cas présent, le dommage consiste en un défaut de fonctionnement normal de ces institutions dont la présence dans l'entreprise est effective, en raison de réunions non tenues.

Si l'on examine les actions engagées par les institutions représentatives elles-mêmes, il n'est pas douteux qu'une organisation syndicale peut agir en justice en raison d'une absence ou d'une irrégularité dans l'information/consultation du comité d'entreprise.

En effet, la Cour de cassation a considéré que le défaut de réunion, d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, lorsqu'elles sont légalement obligatoires, porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession que représente une organisation syndicale : Soc. 24 juin 2008, n° 07-11.411 : un syndicat est considéré comme fondé à engager devant le juge des référés du tribunal de grande instance une action tendant à la suspension des mesures prises par l'employeur sans avoir au préalable consulté le comité d'entreprise.

La chambre sociale a considéré que le défaut de consultation du comité d'entreprise sur les problèmes généraux concernant les conditions de travail (C. trav., art. L. 2323-27) pouvait causer un préjudice au comité d'entreprise justifiant la condamnation de l'employeur à lui verser des dommages-intérêts (Soc. 26 mars 2002, n° 99-14.144).

Si l'on considère, non plus le préjudice subi par l'institution représentative du personnel mais par l'un de ses membres, les réponses sont plus nuancées :

Si, en cas d'atteinte à son statut ou à ses prérogatives propres, la jurisprudence de la chambre criminelle considère que le salarié investi d'un mandat représentatif subit

personnellement et directement un dommage lui permettant de se constituer partie civile devant le juge pénal (Crim. 30 oct. 2006, n° 05-86.380 : non convocation d'un délégué syndical, mis à pied à titre conservatoire, à une réunion de concertation en le privant de la possibilité de circuler dans l'entreprise et d'exercer ses fonctions de représentation) , en revanche, le salarié protégé ne justifie pas d'un tel intérêt lorsque l'entrave reprochée au prévenu concerne le fonctionnement d'une institution à laquelle il appartient :

Crim. 28 novembre 1984, n° 83-93.094 , *Bull. crim.* n° 375 :

Le fait d'apporter entrave au fonctionnement d'un comité d'entreprise est, en lui-même, générateur d'un préjudice subi par la profession à laquelle appartient le personnel de l'entreprise et dont les syndicats, qui, à différents niveaux, représentent cette profession, ont qualité pour demander réparation en application de l'article L 411-11 du Code du travail.

Il ne saurait en être de même en ce qui concerne les délégués syndicaux agissant à titre personnel, l'atteinte portée aux droits et attributions du comité d'entreprise n'étant pas de nature à entraîner pour eux un préjudice direct et personnel.

A fortiori, lorsqu'il n'y n'appartient pas (Crim. 6 mars 1975, n° 74-90.322 , *Bull. crim.* n° 74).

Le manquement de l'employeur à l'obligation de convoquer les membres du CHSCT en vue de la réunion organisée à la demande de deux de ses membres n'engendre pas, en soi, pour l'auteur de la demande, le secrétaire de cet organisme, un préjudice personnel et direct :

Soc., 25 Novembre 2015, pourvoi n° 14-16.067

Vu les articles 1382 du code civil et L. 4614-10 du code du travail ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer à M. X... une somme à titre de provision sur dommages-intérêts, l'arrêt retient que le refus par la société Altran Cis d'organiser une convocation régulière du CHSCT a nécessairement causé un préjudice à l'auteur de la demande motivée de sa tenue exceptionnelle ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le manquement de l'employeur à l'obligation de convoquer individuellement les membres du CHSCT en vue de la réunion organisée à la demande motivée de deux de ses membres, n'engendre pas, en soi, pour les auteurs de cette demande, un préjudice personnel et direct, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Un commentateur, M. Icard (*JCP S* n° 3 du 26 janvier 2016 1028) approuvait la cassation en ces termes :

*La solution est juridiquement fondée. L'action du CHSCT est distincte de celle de ses membres. Le CHSCT peut ester en justice en vue de « poursuivre contre l'employeur la réparation d'un dommage que lui cause l'atteinte portée par ce dernier à ses prérogatives » (Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-26.258 : *JurisData* : 2015-004021 ; *JCP S* 2015, 1149, note J.-B. Cottin ; *Cah. soc.*, avr. 2015, p. 212, obs. F. Canut), la personnalité juridique du CHSCT lui conférant, outre le droit d'agir en justice, l'existence d'un patrimoine, même en l'absence de ressources financières propres. Parallèlement, les membres du CHSCT peuvent agir en cette qualité pour obtenir la réparation d'un préjudice, si ce dernier ne se confond pas avec celui subi par le groupement auquel ils appartiennent. Dans notre espèce, le préjudice dont le secrétaire du CHSCT avait obtenu réparation consistait en un préjudice moral consécutif à l'absence de convocation régulière*

de l'institution. Le préjudice atteint indéniablement le CHSCT. Il est certainement ressenti par son secrétaire qui avait demandé la convocation de l'institution représentative. Cependant, ce préjudice n'est ni personnel, ni direct. Le secrétaire du CHSCT demandait la réparation d'un préjudice dont la victime immédiate était le CHSCT lui-même. Le membre du groupement exigeait d'être indemnisé pour un préjudice inhérent au groupement. Il aurait sans doute pu obtenir un préjudice s'il avait démontré qu'à sa demande de convocation de l'institution, il lui avait été répondu avec mépris, brutalité ou insulte, ce dont le membre du CHSCT aurait pu inférer un préjudice personnel et direct, donc distinct de celui du CHSCT.

*La chambre sociale se montre ici conforme aux positions jurisprudentielles traditionnellement strictes à l'égard de membres de groupements qui invoquent un préjudice proche du préjudice subi par le groupement, voire identique. Le contrôle du préjudice individuel est d'ailleurs plus strict lorsque l'intérêt lésé entre dans l'objet social de la personne morale, ce qui était le cas en l'espèce. La Cour s'assure que le membre de l'institution soit réellement lésé dans un intérêt qui lui est propre. Ce faisant, les juges cherchent également à vérifier que l'action individuelle « ne dépossède pas la personne morale de ses prérogatives statutaires » (G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* : LGDJ, 3e éd. 2006, n° 293).*

Quant aux salariés sans mandat, ils ne disposent pas, en cas d'entrave, du droit de se constituer partie civile, la chambre criminelle considérant que le délit d'entrave n'entraîne pas un préjudice direct et personnel aux salariés eux-mêmes :

Crim. 18 décembre 1990 p. n° 89-80.333 : non publié

Un salarié, devenu membre du comité d'entreprise au mois de mai 1985, est irrecevable à critiquer la relaxe intervenue en faveur du gérant et du directeur d'exploitation de la société, pour le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise leur étant reproché à raison du défaut d'information et de consultation de cet organisme quant à la modification des horaires de travail du personnel intervenue au cours de l'année 1984.

Le délit dénoncé, de nature à porter seulement atteinte aux droits et attributions du comité lui-même, n'était pas susceptible d'entraîner un préjudice personnel et direct pour le demandeur.

Crim. 3 décembre 1996, n° 95-84.647, *Bull. crim.* n° 441 : *Le défaut de réunion et de consultation du comité d'entreprise, prévu notamment par les articles L. 321-9 et L. 321-11 du Code du travail, de nature à porter atteinte aux seuls droits et attributions de cet organisme, n'est pas susceptible d'entraîner un préjudice direct pour les salariés de l'entreprise*

Crim. 22 nov. 1977, n° 76-93.162, *Bull. crim.* n° 362, concernant un délégué syndical de fait.

Est légalement justifié l'arrêt qui, pour retenir le délit d'entrave à la charge du chef d'entreprise, relève que celui-ci a manqué à l'obligation qui lui était personnellement imposée de convoquer une fois par mois le comité d'entreprise, alors même qu'il est allégué que l'espacement des réunions de ce comité aurait répondu à la volonté des membres de cet organisme, cette circonstance ayant pu être regardée, en l'espèce, comme une circonstance atténuante sans être une cause de justification.

Encourt la cassation l'arrêt qui déclare recevable l'action civile exercée par un salarié contre un chef d'entreprise au motif que ce salarié était "délégué syndical de facto, sinon de jure" sans rechercher si, en droit, le salarié en question possédait une qualité emportant des prérogatives auxquelles aurait été portée une atteinte génératrice d'un préjudice personnel direct.

Cette jurisprudence qui pouvait apparaître ancienne, a été maintenue récemment :
Crim. 17 octobre 2017, n° 16-84.541 : irrecevabilité de l'action civile d'un salarié victime d'un accident du travail pour manquement de l'employeur à ses obligations de réunion du CHSCT .

En l'espèce, la cour d'appel a retenu :

Sur l'atteinte à la participation des salariés à la gestion de l'entreprise

La cour est ici saisie de l'indemnisation du préjudice personnel opposé par M. [Y] en raison de l'absence de fonctionnement normal des institutions représentatives du personnel de la société Orfi. Il sollicite à ce titre le versement de dommages-intérêts à hauteur de 16 000 euros pour la période courant jusqu'à février 2016 inclus.

M. [Y] fait valoir que la société Orfi a manqué à ses obligations d'employeur en ne mettant pas en place, à compter de 2015, l'intégralité des réunions mensuelles des délégués du personnel et en ne fournissant aucune réponse à certaines des questions importantes posées par ces derniers, qu'il n'a pu être ainsi répondu à ses inquiétudes et aux réclamations qu'il a, par leur biais, formulées, que comme les autres salariés, il a été laissé dans l'incertitude totale quant à son devenir au sein de la nouvelle structure, aux opérations de trésorerie, à la politique de l'entreprise vis-à-vis de ses salariés et aux conditions dans lesquelles le déménagement serait réalisé.

Il ajoute qu'il ne lui a pas davantage été possible d'être assisté par un délégué du personnel lorsque la société lui a, le 19 octobre 2015, sous prétexte de parler du déménagement, en réalité proposé une rupture conventionnelle qu'il a refusée.

Me [N], ès qualité de liquidateur de la société Orfi, réplique que la demande de M. [Y] repose en réalité sur la notion de délit d'entrave dont l'appréciation ne relève pas de la juridiction prud'homale.

L'AGS relève que le salarié n'était pas délégué du personnel, qu'il ne disposait donc d'aucun droit propre et direct à participer à la gestion de l'entreprise de sorte qu'il se trouve dénué de tout intérêt et qualité à agir à ce titre, qu'en outre il ne démontre pas avoir subi un préjudice personnel et direct.

L'AGS rappelle à titre subsidiaire que sa garantie ne s'applique pas à l'égard des créances découlant des relations collectives du travail, ce qui justifie sa mise hors de cause au titre de cette demande.

Selon l'article L. 2313-1 du code du travail, dans sa version applicable au litige, les délégués du personnel ont pour mission :

1° De présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ;

2° De saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle.

L'article L. 2315-8 ancien du même code prévoit que les délégués du personnel sont reçus collectivement par l'employeur au moins une fois par mois ; en cas d'urgence, ils sont reçus sur leur demande. Les délégués du personnel sont également reçus par l'employeur, sur leur demande, soit individuellement, soit par catégorie, soit par atelier, service ou spécialité professionnelle selon les questions qu'ils ont à traiter.

Il est en l'espèce établi que par courriel du 18 juin 2015, les délégués du personnel ont écrit au directeur général, M. [O] [T], pour déplorer l'absence de tenue des réunions mensuelles des délégués du personnel depuis le changement d'actionnaire, en septembre 2014, et pour solliciter l'organisation d'une réunion dans les meilleurs délais, compte tenu des inquiétudes exprimées par les salariés de l'entreprise notamment quant au non-paiement des fournisseurs et aux interrogations des clients.

A la suite de ce courriel, adressé en copie à l'inspection du travail, une réunion s'est tenue le 15 juillet 2015 en présence de l'un des dirigeants du groupe, M. [K] [Y], et de l'ensemble du personnel. Lors de cette réunion, M.[Y] a indiqué, selon le compte-rendu établi par les délégués du personnel, qu'il n'y avait aucune difficulté économique, juste une gestion différente de la trésorerie, que les salariés n'avaient pas à craindre de perdre leur emploi, qu'en toute hypothèse le groupe Révolution 9 se portait garant de la pérennité de la société Orfi. Il a également annoncé un projet de déménagement de l'entreprise, courant 2016, à [Localité 1].

Le 2 septembre 2015, les délégués du personnel ont été convoqués à une réunion qui s'est tenue le 25 septembre 2015 par visio-conférence mais aucune réponse écrite n'a été apportée par l'employeur aux questions posées, relatives notamment à la situation financière de l'entreprise, au projet de déménagement et au sort des salariés qui ne seraient pas en mesure de suivre. Cette absence de réponse a été signalée à l'inspecteur du travail, lequel a répondu le 9 octobre 2015 que l'employeur avait l'obligation de répondre aux questions des délégués du personnel dans le cahier prévu à cet effet.

Une réunion des délégués du personnel s'est tenue le 5 novembre 2015. Aucun compte-rendu n'en a été établi et le cahier des délégués du personnel n'a pas été renseigné.

Par courrier du 9 novembre 2015, les salariés de la société Orfi ont saisi le président du tribunal de commerce de Pontoise et le président du conseil de prud'hommes de Cergy-Pontoise des difficultés rencontrées concernant le paiement avec retard de leurs salaires, et ce depuis trois mois.

Par courriel du 13 novembre 2015, les délégués du personnel ont interpellé le responsable des ressources humaines, sur l'absence de réponse écrite aux questions évoquées lors des trois précédentes réunions et sur le paiement des salaires par chèques, antidatés, avec une semaine de retard, l'inspection du travail en étant dans le même temps avisée.

Les salaires du mois de novembre 2015 ont été payés par chèques remis le 10 décembre 2015, dont la moitié a été rejetée le 24 décembre pour absence de provision et, par courrier du 29 décembre, les délégués du personnel ont mis en demeure le directeur général de la société de régler la situation de toute urgence en procédant à

des virements sur les comptes des salariés non payés, de régler les salaires suivants par virement en fin de mois et de régulariser le règlement des soldes de tout compte, revenus également impayés, suite aux ruptures conventionnelles intervenues avec certains salariés. Copie de cette lettre a été transmise à l'inspection du travail.

Aucune autre réunion des délégués du personnel n'a eu lieu après le mois de novembre 2015.

Il a été par ailleurs procédé, début 2016, à des saisies par huissier de justice des matériels et des véhicules de fonction suite au non-paiement par la société Orfi de ses cotisations sociales et de TVA.

Le déménagement de l'entreprise a finalement eu lieu début février 2016, sans que les délégués du personnel n'en aient été informés et sans que les salariés aient obtenu de réponse sur les modalités liées à ce déménagement.

Il résulte ainsi de ces éléments que seules trois réunions des délégués du personnel se sont tenues entre septembre 2015 et février 2016, et ce alors que la situation de l'entreprise et les questions de l'ensemble du personnel sur son devenir justifiaient a minima la tenue chaque mois d'une réunion, telle que prévue par l'article L. 2315-8 susvisé ; que les interrogations du personnel sont restées pour partie sans réponse, et ce tandis que la société Orfi a été placée en liquidation judiciaire dès le mois de mars 2016 et que s'agissant de M. [Y], celui-ci a finalement été licencié pour motif économique le 31 mars 2016.

Le salarié produit ses relevés de compte de la Caisse d'Epargne ainsi que ses courriels des 4 septembre, 5 octobre et 11 décembre 2015 aux termes desquels il signale aux délégués du personnel soit qu'il n'a pas encore été payé de son salaire, soit qu'il vient juste de recevoir le chèque correspondant au paiement du salaire du mois passé. Il communique également son courriel adressé à la direction de l'entreprise le 29 décembre 2015 par lequel il accuse réception du virement effectué le même jour par une société T2bh, qu'il dit ne pas connaître, en paiement de son salaire du mois de novembre suite au rejet le 24 décembre d'un chèque par sa banque pour insuffisance de provision.

Il apparaît donc que M. [Y] a été privé d'une possibilité de représentation et de défense de ses intérêts et a subi, du fait du non-respect par son employeur de ses obligations à l'égard des institutions représentatives du personnel, un préjudice propre et direct qui justifie l'allocation de dommages-intérêts d'un montant de 10 000 euros.

La chambre devra apprécier si l'action individuelle du salarié en réparation du préjudice causé par l'absence de tenue de réunions avec les délégués du personnel est recevable.

Une cassation sans renvoi est suggérée sur le pourvoi de l'AGS et de l'UNEDIC CGEA Ile-de-France Est.