

LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE Contrôle du PSE – Homologation d'un document unilatéral – Critère d'ordre des licenciements – Mise en œuvre au niveau de l'entreprise – Dérogation réservée à un accord collectif.

CONSEIL D'ÉTAT (4^{ème}/5^{ème} ssr) 7 décembre 2015

société Mory-Ducros contre syndicat CGT des transports Mory-Ducros et a. (req. n°386.582, tables)

Le syndicat des transports CFDT Auvergne et M. J. H., d'une part, le syndicat CGT des transports Mory-Ducros et M. F. A., d'autre part, ont demandé au tribunal administratif de Cergy-Pontoise d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 3 mars 2014 par laquelle le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Île-de-France a homologué le document unilatéral, élaboré par les administrateurs judiciaires de la société Mory-Ducros, fixant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Par deux jugements n°1404270 et n°1404370 du 11 juillet 2014, le tribunal administratif a annulé cette décision.

Par deux arrêts n°14VE02408, 14VE02409 et n°14VE02759 du 22 octobre 2014, la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté les appels formés respectivement par la société Mory-Ducros et par le ministre du travail, de l'emploi et du dialogue social contre ces deux jugements.

(...)

Sur la recevabilité du pourvoi n°386582 de la société Mory-Ducros et autres :

2. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis aux juges du fond que le ministre chargé du travail, d'une part, et la société Mory-Ducros et autres, d'autre part, ont fait appel, devant la cour administrative d'appel de Versailles, des jugements du 11 juillet 2014 par lesquels le tribunal administratif de Versailles avait annulé la décision du 3 mars 2014 du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Île-de-France homologuant le document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi

établi par la société Mory-Ducros ; que la cour administrative d'appel, sans joindre les deux appel, les a rejetés par deux arrêts du 22 octobre 2014 ;

3. Considérant que la voie du recours en cassation n'est ouverte, en vertu des règles générales de procédure, qu'aux personnes qui ont eu la qualité de partie dans l'instance ayant donné lieu à la décision attaquée ; que si la société Mory-Ducros et autres ont été appelés par la cour administrative d'appel à présenter des observations sur l'appel du ministre dans l'instance ayant donné lieu au rejet de cet appel, ils n'auraient pas eu, s'ils n'avaient pas été appelés en cause, qualité pour former tierce-opposition contre cet arrêt qui ne préjudicie pas à leurs droits ; qu'il s'ensuit qu'ils n'étaient pas partie à cette instance et n'ont, par suite, pas qualité pour se pourvoir en cassation contre cet arrêt ; que leur pourvoi enregistré sous le n°386582 n'est, ainsi, pas recevable ;

Sur les autres pourvois :

4. Considérant qu'aux termes de l'article L.1233-5 du code du travail, dans sa version applicable à la date de la décision contestée devant les juges du fond : « Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. / Ces critères prennent notamment en compte : / 1° Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ; / 2° L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ; / 3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle

particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ; / 4° Les qualités professionnelles appréciées par catégorie. / L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article » ; que, sauf accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé, les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise ;

5. Considérant, il est vrai, qu'aux termes de l'article L.1233-24-2 du code du travail : « L'accord collectif mentionné à l'article L.1233-24-1 porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L.1233-61 à L.1233-63. / Il peut également porter sur (...) / 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L.1233-5 », et qu'aux termes de l'article L.1233-24-4 du même code : « A défaut d'accord mentionné à l'article L.1233-24-1, un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité d'entreprise fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les éléments prévus aux 1°) à 5°) de l'article L.1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur » ; que toutefois, ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative applicable à la date de la décision litigieuse ne permettait de déroger à la règle mentionnée au point 4 ci-dessus ; que, par suite, en l'absence d'accord collectif d'entreprise ou d'accord conclu à un niveau plus élevé, un document unilatéral portant plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par l'employeur ne pouvait, à cette date, prévoir la mise en œuvre des critères déterminant l'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en jugeant que la décision attaquée était illégale au motif que le document unilatéral dont elle prononçait l'homologation fixait un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise, la cour administrative d'appel de Versailles, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit ;

7. Considérant que, la cour ayant correctement interprété les dispositions de l'article L.1233-24-4 du code du travail, le moyen tiré de ce qu'elle se serait à tort référée à ses travaux préparatoires est inopérant ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi formé par la société Mory-Ducros sous le n° 386604 et le pourvoi du ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social doivent être rejetés y compris, par

voie de conséquence, les conclusions présentées par la société Mory-Ducros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Décide :

Article 1^{er} : Les pourvois de la société Mory-Ducros et du ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social sont rejetés.

(M. de Montgolfier, rapp. – Mme Dumortier, rapp. pub. – SCP Célice, Blancpain, Soltner, Texidor, SCP Sevaux, Mathonnet, SCP Lyon-Caen, Thiriez, SCP Masse-Dessen, Thouvenin, Coudray, av.)

Note.

La loi n°2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi a opéré une grande transformation du droit de licenciement collectif pour motif économique (1) car, souhaitant promouvoir le dialogue social au moment où l'entreprise connaît des difficultés économiques et où elle envisage une restructuration, le législateur a permis aux partenaires sociaux de définir, dans un accord collectif majoritaire, à la fois la procédure de consultation du comité d'entreprise, mais également ce qui relevait auparavant, le plus souvent, de la décision de l'employeur, à savoir le calendrier des licenciements, les catégories professionnelles concernées, ainsi que le périmètre d'application et les critères d'ordre des licenciements.

À défaut d'accord collectif majoritaire, le document unilatéral de l'employeur doit « après la dernière réunion du comité d'entreprise » fixer « le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et [préciser] les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L.1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur ». Or, le 2° de l'article L.1233-24-2 du Code du travail fait figurer, parmi ces éléments, notamment le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements.

C'est sur la question des pouvoirs de l'employeur par rapport au périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, et en tenant compte du cadre légal en vigueur à l'époque du plan homologué, que la décision commentée apporte d'utiles précisions.

L'affaire tranchée par le Conseil d'État le 7 décembre 2015 (2) constitue le prolongement contentieux de l'une des plus grandes faillites d'entreprises que la France ait connues ces dernières années, celle de la Société Mory-Ducros qui, avant de connaître d'importantes difficultés financières, employait, au

(1) M.-C. Sarrazin et A. Denis, « Plan de sauvegarde de l'emploi : le droit public s'invite à la table des négociations », Dr. Ouv. 2014, p.347 et 404.

(2) ci-dessus.

31 décembre 2013, plus de 4.800 salariés en contrats à durée indéterminée, répartis sur 91 sites, dont 85 agences.

En début d'année 2014, ce deuxième plus gros opérateur de messagerie et d'affrètement était contraint de procéder à une déclaration de cessation des paiements, ce qui a conduit le Tribunal de commerce à nommer un administrateur judiciaire. Le Tribunal de commerce ayant, au cours de la procédure, arrêté un plan de cession en faveur d'un repreneur, mais autorisé dans le même temps, le licenciement de plus de 2.800 salariés non repris, l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui doit, dans les entreprises de plus de 50 salariés, accompagner toute opération de restructuration se traduisant par au moins 10 licenciements sur une même période de 30 jours, étaient obligatoires.

La procédure de licenciement collectif pour motif économique a alors connu quelques vicissitudes, car un premier accord de méthode avait été conclu, mais les partenaires sociaux n'avaient pu encadrer l'ensemble des questions de fond et de procédure du licenciement collectif sous la forme d'un accord majoritaire. Les administrateurs judiciaires avaient donc décidé de soumettre au comité d'entreprise un document unilatéral. Or, c'est dans le document unilatéral qu'est fixé le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements. Une telle fixation n'est jamais anodine, car, ainsi que l'observe le Professeur Frédéric Géa, c'est « *à travers la modification d'un périmètre [que] les droits et/ou prérogatives [...] se reconfigurent* » (3). Dans l'affaire *Mory Ducros*, le Directeur régional des entreprises, de la concurrence et de la consommation, investi du contrôle de légalité des documents unilatéraux par son pouvoir d'homologation, avait, le 3 mars 2014 (4), homologué un document unilatéral dans lequel les administrateurs de la société avaient considéré qu'il était possible d'appliquer les critères d'ordre des licenciements en retenant les 85 agences de l'entreprise prises isolément.

La question fut donc soumise au Tribunal administratif de Cergy-Pontoise (5) et à la Cour administrative d'appel de Versailles (6) de savoir si le document unilatéral pouvait retenir un périmètre d'application des critères d'ordre inférieur à l'entreprise.

La réponse, négative, est confirmée par l'arrêt du Conseil d'État ici commenté : c'est l'entreprise qui devait être retenue comme niveau d'application des critères d'ordre des licenciements, et non les agences prises isolément, de sorte que la Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en ayant annulé la décision de la Direccte.

Le Conseil d'État confirme l'absence de liberté de l'employeur pour définir, seul, le niveau d'application des critères d'ordre des licenciements (I). Pour autant, le Conseil d'État admet qu'il peut être dérogé à cette « règle » par accord collectif, ce qui nous conduira à nous interroger sur la portée de l'arrêt (II).

I. L'absence de liberté de l'employeur pour définir unilatéralement le niveau d'application des critères d'ordre des licenciements

L'apport de l'arrêt ici commenté est de confirmer l'état du droit antérieur à la loi de sécurisation de l'emploi. Le Conseil d'État rappelle le cadre légal au regard duquel l'administration du travail doit contrôler le périmètre des critères d'ordre des licenciements retenu dans un document unilatéral (A), et l'interprétation qu'il convient de lui conférer (B).

A. Le cadre légal

Même si le cadre légal est bien connu des lecteurs de la revue, il est utile d'en rappeler les lignes directrices (7).

L'article L.1233-24-4 du Code du travail prévoit qu'en cas d'absence d'accord collectif majoritaire, le document unilatéral élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité d'entreprise fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et « *précise* » les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L.1233-24-2 du même code. Or, figure parmi ces éléments, notamment, le 2° de l'article L.1233-24-2, qui indique que le plan de sauvegarde de l'emploi doit préciser « *2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5* ».

Est-ce que le renvoi (malheureux) de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail « *aux éléments prévus aux 1 à 5 de l'article L. 1233-24-2* » permettait de considérer qu'à l'instar d'un accord collectif majoritaire,

(3) Frédéric Géa, « Le périmètre de l'ordre des licenciements à l'épreuve du projet de loi *Macron* », *Revue de Droit du Travail*, février 2015, p.115.

(4) La date de l'adoption de la décision attaquée importe car c'est elle qui, en contentieux de l'excès de pouvoir, détermine le droit applicable par l'administration, et donc par le juge (CE 22 juillet 1949, *Société des automobiles Berliet*, rec. p.264) ; elle importe ici d'autant plus qu'à la date à laquelle cet article paraît, l'état

du droit a été entretemps modifié par la loi n°2015-990 du 6 août 2015, dite loi *Macron*.

(5) 11 juillet 2014, Dr. Ouv. 2015 p.202, n. J. Krivine.

(6) 22 octobre 2014, *ibid.*, p. 203.

(7) J. Krivine, « Négociation collective et PSE : les tontons flingueurs », Dr. Ouv. 2015, p. 239 ; J.-Ph. Mazaud, « Le nouveau régime du PSE : l'approche du juge administratif », Dr. Ouv. 2015, p.246.

l'employeur pouvait librement définir le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, c'est-à-dire à un niveau inférieur à l'entreprise (8) ? La réponse est négative.

Comme le relève le Professeur A. Fabre, le droit du travail oblige l'employeur, depuis longtemps, à sélectionner les salariés potentiellement frappés par une mesure de licenciement en fonction de critères qui leur sont propres, « *permettant d'injecter une dose de justice dans un raisonnement jusque-là purement gestionnaire* » (9). Les critères d'ordre prennent notamment en compte, comme le prévoit l'article L.1233-5 du Code du travail, les charges de famille, telles que celles des parents isolés, l'ancienneté des services dans l'établissement, les qualités professionnelles et les difficultés particulières auxquelles peuvent être confrontées certaines personnes, notamment les personnes handicapées ou les salariés âgés.

Ce sont les critères d'ordre des licenciements qui permettent de passer de l'application, abstraite et comptable, du nombre de postes supprimés à la désignation des salariés qui seront malheureusement concernés par la mesure de licenciement, à défaut de pouvoir être reclassés, et dans la catégorie professionnelle à laquelle appartiennent les salariés dont l'emploi est supprimé.

Or, comme l'indique l'article L.1233-3 du Code du travail, le licenciement pour motif économique est, par nature, non inhérent à la personne du salarié. Dans ces conditions, pour parer à toute tentation patronale de faire coïncider le périmètre d'application des critères d'ordre de telle sorte que seuls les salariés jugés les moins rentables ou les plus contestataires soient en réalité visés par les mesures de licenciement, la Chambre sociale a instauré une règle permettant de garantir un traitement égalitaire et objectif à tous les salariés. Par un arrêt rendu le 15 mai 2013, on sait que la Chambre sociale avait considéré que « *Sauf accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé, les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise* » (10). C'est ce même « attendu » qui est repris par le considérant n°4 de l'arrêt du Conseil d'État *Société Mory Ducros*.

B. La réponse à la question posée par le pourvoi

Le Conseil d'État interprète les dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi comme n'ayant pas entendu modifier, sur la question du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, l'état du droit antérieur, tel qu'il était interprété par la Cour de cassation.

L'arrêt du 7 décembre 2015 vient confirmer que, lorsque l'employeur arrête un plan de sauvegarde de l'emploi par la voie unilatérale, il n'a pas la possibilité de choisir un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise. Et le Conseil d'État vient préciser que ni le renvoi opéré par l'article L.1233-24-4 aux dispositions relatives au contenu des accords majoritaires, « *ni aucune autre disposition législative applicable à la date de la décision litigieuse ne permettait de déroger à la règle mentionnée au point 4 ci-dessus* ». La confirmation de l'impossibilité, pour l'employeur, de fixer un périmètre d'application des critères d'ordre n'est, en réalité, pas très étonnante.

D'abord, les dispositions de l'article L.1233-5 du Code du travail, auxquelles renvoie l'article L.1233-24-2 à la fin du 2°, n'ont pas été modifiées par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi. Le Conseil d'État reste ici fidèle à l'architecture de l'édifice juridique qu'il a ébauché par ses trois arrêts rendus en formation d'Assemblée le 22 juillet 2015 (11), dans lesquels il a repris la jurisprudence judiciaire à propos des modalités d'appréciation de la légalité du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (12).

Ensuite, et surtout, l'interprétation voulue par la société Mory Ducros se heurtait à un écueil législatif de taille. Si le Conseil d'État avait, en effet, dû interpréter les dispositions combinées des articles L.1233-24-2 et L.1233-24-4 du Code du travail comme offrant à l'employeur, par un document unilatéral, la faculté de disposer des mêmes prérogatives que celles des partenaires sociaux à un accord collectif majoritaire, alors la volonté législative d'encourager l'adoption d'un plan de sauvegarde par la voie négociée aurait été compromise.

Cette voie, dans laquelle le Conseil d'État n'a pas voulu s'aventurer, permet de s'interroger sur la portée de l'arrêt, dans le contexte de l'évolution législative ultérieure.

(8) v. not. J. Durringer et M. Sweeney, « Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ? », Dr. Ouv. 2015 p.378, spec. p. 392.

(9) A. Fabre, RDT 2013, p. 559.

(10) Cass. Soc. 15 mai 2013, n°11-27.458, *Société Sony France*, Bull. civ. V, n° 121, Dr. Ouv. 2015, p. 169, n. M.-F. Bied-Charreton.

(11) CE Ass. 22 juillet 2015, *HJ Heinz France*, req. n° 358.816 ; *Société pages jaunes*, req. n° 385.668 et surtout *Syndicat CGT de l'Union locale de Calais et ses environs*, req. n° 383.481.

(12) Cf. aussi la chronique de MM. Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe, « Le contrôle du juge administratif sur les plans de sauvegarde de l'emploi », AJDA 2015, p. 1632.

II. Portée de la jurisprudence *Mory-Ducros*

L'intérêt « en creux » de la décision commentée ne provient-il pas de la réserve exprimée, qui découle de la transposition, en droit administratif, de la jurisprudence *Sony* de la Chambre sociale ?

« **Sauf accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé, les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise** ». Cette réserve interpelle. En effet, dès lors que le Conseil d'État renvoie à un accord collectif pouvant être conclu à un niveau plus élevé qu'au niveau de l'entreprise (pour, par exemple, permettre l'application de critères d'ordre des licenciements au niveau d'un secteur d'activité), le Conseil d'État ne semble pas limiter la réserve exprimée au seul cas de la conclusion d'un accord majoritaire. Ce dernier, qui doit totaliser plus de 50% des suffrages « *au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* » (article L.1233-24-1 du Code du travail), se conçoit au niveau de l'entreprise, ce que confirme l'expression figurant en tête de l'article : « *Dans les entreprises de 50 salariés et plus* ».

Est-ce que s'ouvre alors la faculté de permettre aux partenaires sociaux, sans forcément passer par la contrainte de la majorité renforcée, de déterminer des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur ou supérieur à l'entreprise par la voie d'un accord collectif simple, ce qui semble renvoyer aux accords visés par les articles L.2232-12 et L.2232-6 du Code du travail (accord à 30% au niveau des entreprises ou des branches) ? Il est permis d'être réservé sur cette possible interprétation de l'arrêt, dans l'état du droit issu de la loi de sécurisation de l'emploi. En effet, l'article L.1233-24-2 du Code du travail ne semble pas ouvrir la faculté de conclure un accord collectif indépendamment d'un plan arrêté par la voie négociée (et donc avec majorité renforcée). En tous cas, la question mériterait d'être tranchée par la jurisprudence. Dans l'affaire *Mory-Ducros*, un accord de méthode avait été conclu. Mais un tel accord, qui porte sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, était insuffisant. Car définir un périmètre constitue une opération qui affecte la substance même des droits à l'intérieur de l'entreprise. L'administrateur judiciaire avait donc soumis à la Direccte un document unilatéral comportant un plan de sauvegarde de l'emploi, mais dont les critères d'ordre étaient définis au niveau des 85 agences, prises isolément. Cela lui a été fatal, car l'annulation de la décision d'homologation d'un

document unilatéral interdit d'appliquer le plan de sauvegarde qu'il renferme.

L'objet même de l'arrêt est de trancher la seule question qui lui était posée par l'affaire dont il était saisi, celle de savoir si l'employeur pouvait, de sa propre initiative, c'est-à-dire unilatéralement, définir un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau moins élevé que celui de l'entreprise. La réponse était à l'évidence négative, surtout après l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, qui a eu pour but de favoriser le dialogue social.

Le Conseil d'État a d'ailleurs pris soin de préciser, dans le communiqué de presse qui figure en ligne sur son site Internet, que le droit applicable à l'affaire est celui qui était en vigueur à l'époque du plan de sauvegarde de l'emploi en question, c'est-à-dire en 2014. Or, ces dispositions ont été modifiées depuis lors par l'article 288 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015, qui a modifié l'article L.1233-5 du Code du travail. La loi nouvelle est venue ajouter à cet article, les alinéas suivants : « [...] *Pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L.1233-61 à L.1233-63, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par l'accord collectif mentionné à l'article L.1233-24-1 ou par le document unilatéral mentionné à l'article L.1233-24-4. Dans le cas d'un document unilatéral, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi* ».

On peut constater que le législateur a souhaité mettre une limite au choix de l'employeur, en lui imposant de rester fidèle aux zones d'emploi dans lesquelles sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise. Cette précaution devrait être de nature à limiter les excès au regard des exigences du principe d'objectivité. En revanche, cette nouvelle faculté n'incite pas au développement du dialogue social et on ne peut que le regretter.

Marie-Cécile Sarrazin,
Avocate au Barreau de Paris,
spécialiste en droit public