

La rupture du contrat de travail

La rupture pour motif économique

par Laurence FIN-LANGER, Professeur agrégé, Université Caen-Normandie,
Institut Demolombe et Stéphanie LELONG, Avocate au Barreau d'Alençon

PLAN

Première partie : Le contentieux de la cause réelle et sérieuse

- I. Une cause réelle et sérieuse contestable
- II. Une cause réelle et sérieuse incontestable

Deuxième partie : Le contentieux du co-emploi

- I. La notion de co-emploi
- II. Conséquences du co-emploi

Troisième partie : Le contentieux des PSE

- I. Le contrôle du PSE par la Direccte depuis la loi du 14 juin 2013
- II. Illustration du contentieux du PSE devant les juges administratifs

Depuis la loi du 14 juin 2013, une partie du contentieux du licenciement pour motif économique relatif aux PSE et à la consultation du comité d'entreprise a été transférée aux juridictions administratives. Cependant, le Conseil des prud'hommes reste compétent pour le contentieux individuel, c'est-à-dire pour apprécier la cause réelle et sérieuse, pour l'application des mesures du PSE, pour les critères d'ordre, pour l'indemnisation des salariés ou leur éventuelle réintégration suite à l'annulation par le tribunal administratif de leur licenciement (1). Nous allons aborder trois contentieux importants : celui de la cause réelle et sérieuse, celui de la responsabilité de la société-mère et celui des PSE.

Première partie :

Le contentieux de la cause réelle et sérieuse (2)

Le juge contrôle la réalité du motif économique invoqué, mais aussi le caractère réel et sérieux. Les faits invoqués doivent donc exister, être réels, exacts et suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail. Comme pour le licenciement pour motif personnel, le salarié peut demander des dommages-intérêts correspondant au minimum à 6 mois de salaire si le salarié a 2 ans d'ancienneté et dans une entreprise de plus de 11 salariés (3). Un décret du 25 novembre 2016 (4) fixe, par ailleurs, un barème indicatif pour les juges en fonction de l'ancienneté, majoré d'un mois pour les salariés de plus de 50 ans ou étant dans une situation particulière.

La volonté du législateur est clairement de sécuriser le licenciement. Ainsi, cette cause réelle et sérieuse a été précisée par la loi « Travail », mais elle reste contestable. Dans d'autres hypothèses, le législateur a été plus loin en rendant incontestable cette cause réelle et sérieuse.

I. Une cause réelle et sérieuse contestable

L'article 67 de la loi *Travail*, entré en vigueur au 1^{er} décembre 2016, modifie non seulement le motif économique, mais précise aussi la cause réelle et sérieuse, dans le but d'éviter un contentieux en posant des critères objectifs (5). Mais il n'est pas certain que cet objectif soit atteint.

Le nouvel article L.1233-3 du Code du travail consacre une partie de la jurisprudence antérieure, qui avait admis que les raisons expliquant la suppression ou la modification des emplois n'étaient pas limitatives, ce qui sera toujours le cas puisque le mot « *notamment* » est maintenu. Il reprend

(1) Franck Petit, Le juge prud'homal face aux motifs économiques du licenciement, Dr. Ouv. 2017, p. 400.

(2) Laurence Fin-Langer.

(3) C. trav., art. L. 1235-2, L. 1235-3 et L. 1235-5.

(4) N° 2016-1581.

(5) A. Barège et J.-Ph. Tricoit, Sécuriser le licenciement économique, Dr. Ouv. 2017, p. 80 ; R. Dalmaso, La redéfinition du licenciement économique : une « sécurisation » cosmétique aux enjeux théoriques hasardeux, Dr. Ouv. 2017, p. 1.

ainsi, dans les 3 et 4° du nouveau texte, les autres causes dégagées par la jurisprudence, à savoir la fermeture de l'entreprise (6), mais non celle de l'établissement (7), ou la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (8). En revanche, il ne fait pas mention de la nuance importante posée par la Cour de cassation : le licenciement est sans cause réelle et sérieuse lorsque la fermeture est due à une légèreté blâmable ou à une faute de l'employeur (9), notamment dans le groupe de sociétés lorsque la fermeture est décidée au niveau du groupe pour améliorer la rentabilité de ce dernier (10). Les salariés pourront-ils encore utiliser cette argumentation, certes difficile à prouver, pour contester la cause réelle et sérieuse de la fermeture d'une entreprise ?

Ces causes sont-elles alternatives ? *A priori*, elles le sont toujours et la jurisprudence *Société Pages Jaunes* (11), qui avait admis que le licenciement pouvait être valable à défaut de difficultés économiques actuelles en cas de restructuration pour la sauvegarde de la compétitivité, devrait être maintenue. En revanche, la Cour de cassation a exigé un cumul de causes lorsque la société fait partie d'un groupe de sociétés et que la société-mère est co-employeur dans son arrêt *Jungheinrich* (12). Dans ce contexte, la fermeture de l'entreprise ne suffit donc plus : elle doit être justifiée par un autre motif. Cette solution est-elle encore d'actualité ? Il faut, en effet, regretter l'absence, dans le nouveau texte, du groupe et des solutions à apporter dans ce contexte particulier.

La loi *Travail* précise également le degré des difficultés économiques pour qu'elles constituent une cause réelle et sérieuse par un certain nombre de critères objectifs en fonction de leur durée et de la taille de l'entreprise. La Cour de cassation avait auparavant soutenu que ces difficultés devaient être suffisamment graves pour contraindre finalement l'employeur à licencier. La Cour de cassation a ainsi

jugé que la perte de l'unique client de l'entreprise pouvait justifier le licenciement (13), contrairement à la recherche d'une économie (14) ou le ralentissement des ventes ou la perte d'un marché (15). Désormais, elles sont caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique, tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Plusieurs questions apparaissent à la lecture de ce texte, qui risque de ne pas diminuer le contentieux. En effet, tout d'abord, le texte ne précise pas toujours « *l'évolution significative* » : aucun seuil n'est donné pour les pertes d'exploitation ou la dégradation de trésorerie (actif disponible ? Faut-il être au bord de l'état de cessation des paiements ?) ou la dégradation de l'excédent brut d'exploitation. Le caractère significatif n'est précisé que pour les commandes et le chiffre d'affaires en fonction de la durée et des effectifs de l'entreprise. Pour autant, quel est son volume, le pourcentage de baisse ? À quel moment faut-il se placer ? *A priori* au jour de la notification des licenciements, mais alors la procédure pourrait commencer avant, l'employeur anticipant le résultat. Le juge sera-t-il tenu par ces critères ? Certains le pensent (16). Pourra-t-il, par exemple, dire que la baisse a effectivement duré au moins un mois dans l'entreprise de moins de 11 salariés, mais qu'elle n'a pas atteint un niveau suffisant ? Que faire lorsque l'entreprise connaît une légère reprise et qu'elle ne peut pas invoquer 3 trimestres consécutifs ?

Ensuite, cette liste d'indicateurs, en soi pertinents, n'est pas limitative, puisqu'il est indiqué également « *par tout autre élément de nature à justifier ces difficultés* ». Il pourrait s'agir, par exemple, de la perte d'un ou plusieurs clients importants ou d'une baisse de production. Mais ne sont-ils pas inclus dans les critères légaux ?

(6) Cass. Soc. 8 juil. 2009, Dr. Ouv. 2010, p. 51 n. Ph. Lejard ; Cass. Soc. 16 janv. 2001, n°98-44.647, DS 2001, p. 413. Voir un arrêt du 23 mars 2017, n°15-21.183 : la cessation partielle ne justifie pas, à elle seule, le licenciement, même si la décision émane d'un tiers. Elle doit alors être justifiée par des difficultés ou un autre élément de l'article L. 1233-3.

(7) Le critère est alors celui de la réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité ou l'existence de difficultés économiques : Cass. Soc. 10 oct. 2006, n°04-43.453, JCP S 2007, 1139.

(8) Cass. Soc. 5 avr. 1995, *Thomson Tubes*, n°93-42.690, Bull. civ. V, n°123, DS 1995, p. 482, Dr. Ouv. 1995 p. 284 ; Cass. Soc. 16 déc. 2008, n°07-41.953, RDT fév. 2009, 103 ; Cass. Soc. 27 mai 2009, n°08-42.019, JCP S 2009, 1404.

(9) Faute reconnue, lorsque l'employeur crée de nouveaux emplois sans en assurer leur financement : Cass. Soc. 14 déc. 2005, n°03-44.380, JCP S 2006, 1474. Faute non reconnue : Cass. Soc. 10 mai 2005, n°03-40.620. Cette notion suppose de contrôler la gestion

de l'employeur et porte atteinte à la théorie de l'employeur, seul juge de sa gestion (v. aussi : Cass. Soc. 22 sept. 2011, n°10-16.172 et Cass. Soc., 23 nov. 2011, n°10-26.167, RDT 2012, p. 37).

(10) Cass. Soc. 1^{er} fév. 2011, n°10-30.045, *Goodyear*, JCP S 2011, 1095, Dr. Ouv. 2011, 584.

(11) Cass. Soc. 11 janv. 2006, n°05-40.977, *Société Pages Jaunes*, DS 2006, p. 138 ; Actualité des procédures collectives (APC) 6/3/2006, n°34 ; Dr. Ouv. 2006, 369.

(12) Cass. Soc. 18 janv. 2011, n°09-69.199, JCP S 2011, 1065, Dr. Ouv. 2011, 273.

(13) Cass. Soc. 19 juil. 2000, n°98-42.506, RJS 2000, 1064.

(14) Cass. Soc. 6 juil. 1999, n°97-41.036, RJS 1999, 767 ; CPH Libourne 8 sept. 2008, n°07/00.090, JCP S 2008, act. 470.

(15) Cass. Soc. 10 oct. 2006, n°04-43.453, DS 2007, p. 112.

(16) E. Jeansen, Les difficultés économiques justifiant un licenciement, JCP S 2017, 1055, n°2.

Par ailleurs, certains indices sont imprécis : que faut-il entendre par baisse des commandes ? Est-ce en nombre ou en valeur ? *Quid* si l'employeur refuse volontairement certains clients, et donc certaines commandes ? La baisse de commandes ne signifie pas toujours difficultés économiques.

Enfin, le périmètre d'appréciation de ces difficultés n'est pas précisé. Pour la Cour de cassation, ces difficultés sont appréciées au niveau de l'entreprise et non à un niveau inférieur (17) et, lorsqu'elle fait partie d'un groupe, elles le sont au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient au regard de l'activité principale de l'entreprise (18). La Cour de cassation retient la définition du groupe adoptée par l'article L.2331-1 sur le comité de groupe, c'est-à-dire l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante (19). Ce rapport de domination peut donc être caractérisé par des critères de droit des sociétés exclusivement ou complété par un aspect économique. Elle apporte

cependant une différence importante, puisqu'elle ne se limite pas au territoire national. Dans la loi *Travail*, la seule précision concerne l'appréciation de la suppression des postes au niveau de l'entreprise, et non du groupe. Mais rien ne permet de dire que la jurisprudence de la Cour de cassation soit abandonnée lorsqu'il s'agira d'apprécier ces difficultés. Mais comment alors calculer les effectifs servant de critère à la durée de la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes ? Ne faudrait-il pas retenir le même périmètre (20) ?

La presse a présenté la loi *Travail* comme étant un moyen de faciliter les licenciements pour motif économique, mais une lecture plus approfondie témoigne, en réalité, d'un contentieux qui risque de se maintenir. D'autres réformes plus innovantes sont, en revanche, passées inaperçues, mais soulèvent de nouvelles difficultés : la cause réelle et sérieuse est devenue, dans certains cas, incontestable.

II. Une cause réelle et sérieuse incontestable

Il en est ainsi dans plusieurs hypothèses plus ou moins fréquentes et pour des raisons différentes.

A. Dans le cadre de certains accords collectifs

Deux types d'accords d'entreprise sont concernés : les accords de maintien de l'emploi, instaurés par la loi du 14 juin 2013, et ceux de préservation de l'emploi, créés par la loi *Travail* du 8 août 2016 (21). Les articles L.5125-2 et L.2254-2 du Code du travail prévoient que le salarié qui refuse les modifications résultant de ces accords est licencié pour un motif économique ou spécifique et que ce licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse. Cette dernière est donc présumée exister. Il s'agit de donner une sécurité juridique aux licenciements qui en découleraient et d'éviter aux entreprises de devoir indemniser les salariés en cas de contentieux. Pour autant, s'agit-il d'une présomption irréfragable ? Cela ne remet-il pas en cause la jurisprudence constante selon laquelle le juge doit conserver son pouvoir d'appréciation de la cause réelle et sérieuse ? Ces textes sont-ils conformes à l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT qui exige un motif valable ? Cette interrogation est d'autant

plus pertinente pour les accords de préservation de l'emploi qui sont valables indépendamment de l'existence de graves difficultés conjoncturelles, condition de validité réservée aux accords de maintien de l'emploi (22). Il n'est pas certain que cette volonté du législateur d'écarter tout contentieux soit respectée.

Le contentieux de la cause réelle et sérieuse disparaît également en matière de procédure collective, mais la justification est différente, puisqu'un juge intervient.

B. Dans le cadre des procédures collectives

Le simple fait d'ouvrir une procédure collective ne suffit pas pour justifier ces licenciements, alors même que les difficultés rencontrées caractérisent un état de cessation des paiements. En effet, les licenciements pour motif économique sont soumis à une autorisation judiciaire : ainsi, pendant la période d'observation qui suit un jugement de redressement ou le maintien provisoire de l'activité après un jugement de liquidation, le juge-commissaire autorise les licenciements qui présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable (23). Il en est de même lorsque

(17) Cass. Soc. 26 juin 2012, n° 11-13.736, JCP S 2012, 344.

(18) Cass. Soc. 17 juin 1992, n° 89-42769, DS 1992, 710 ; Cass. Soc. 23 juin 2009, n° 07-45.668, Bull. civ. V, n° 161, JCP S 2009, 1505.

(19) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063, APC 2017, n° 9, JCP S 2017, 1030, Cah. Soc. 1/1/2017, p. 26.

(20) E. Jeansen, Les difficultés économiques justifiant un licenciement, *prec.*

(21) F. Dumont et L. Poinso, Les accords de préservation ou de développement de l'emploi, Dr. Ouv. 2017, p. 88.

(22) C. trav., art. L5125-1 et s. ; D. Jacotot et L. Fin-Langer, La loi *Macron* et le droit social, Revue des procédures collectives (RPC) 2015, étude 17, n° 2 et 3.

(23) C. com., art. L.631-17, applicable au maintien provisoire de l'activité en liquidation par renvoi de l'article L.641-10. D. Jacotot, Les licenciements dans l'entreprise en difficulté, Cah. Soc. 1^{er} sept. 2015, n° 277, p. 473.

le tribunal adopte le plan de redressement, les licenciements ne sont valables que s'ils sont nécessaires à la réussite du plan de redressement (24). Enfin, le plan de cession autorise aussi les licenciements pour faciliter la reprise par le repreneur d'une entreprise en difficulté, dérogeant ainsi aux règles du transfert d'entreprise (25). L'administrateur chargé de notifier les licenciements doit alors viser expressément cette décision dans les notifications. À défaut, le licenciement est considéré comme étant sans cause réelle et sérieuse (26). Le contentieux de la cause réelle et sérieuse disparaît, car cette mention lie le Conseil des

prud'hommes qui ne peut plus statuer sur la réalité de cette cause (27), sauf en cas de fraude. Le Conseil d'État adopte désormais la même solution pour les salariés protégés (28). La cause réelle et sérieuse est donc autonome et n'est regardée que pour la société faisant l'objet de la procédure collective, l'appartenance à un groupe n'ayant aucune incidence. L'impossibilité de contester cette cause réelle et sérieuse est ici moins dangereuse pour les salariés dans la mesure où une décision judiciaire a été rendue, garantissant les droits des salariés, notamment en raison de l'audition des représentants du personnel lors de l'audience.

Deuxième partie : Le contentieux du co-emploi (29)

I. La notion de co-emploi

Cette notion va être développée par la jurisprudence de la Cour de cassation dans un but pratique : élargir le nombre de débiteurs potentiels lorsqu'une société filiale, débitrice d'obligations sociales à l'égard d'un ou de plusieurs salariés, n'est pas en mesure de les honorer, ce qui est généralement le cas dans le cadre d'une procédure collective.

Les critères caractérisant une situation de co-emploi vont au fur et à mesure évoluer.

Les juges se sont tout d'abord fondés sur l'existence d'un lien de subordination entre l'employé et « l'employeur conjoint », puis, très rapidement, s'attacheront à un nouveau critère qui deviendra finalement prépondérant, celui de la triple confusion (intérêts, activité, direction).

Le développement de cette jurisprudence posera néanmoins problème en doctrine, notamment au regard de l'insécurité juridique à laquelle s'exposeraient les sociétés holding qui, en raison d'une possible interprétation large de la triple confusion, pourraient devenir des débiteurs de choix systématiquement ciblés.

Ainsi, de nombreuses contestations vont s'élever et considérer qu'il est « nécessaire de revenir à une définition restrictive du co-emploi, ce qui implique de remettre au cœur de cette notion l'existence

d'un lien de subordination entre le salarié et ses deux co-employeurs » (30). La rédaction de l'arrêt *Molex* du 2 juillet 2014 reflète parfaitement cet état d'esprit : « Attendu, cependant, que, hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ; Attendu, cependant, que, hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » (31).

Il s'agit ainsi pour la Cour de cassation d'ériger des barrières à ce qu'elle considère comme une

(24) TC Versailles, 17 nov. 1986, RPC 1987, n° 3, p. 33.

(25) C. com., art. L. 642-5.

(26) Cass. Ass. plén. 24 janv. 2003, n° 00-41.741, Bull. n° 1.

(27) Cass. Soc. 9 juil. 1996, n° 93-41.877, D. 1997, p. 60 pour l'ordonnance du juge-commissaire ; Cass. soc. 18 nov. 1998, n° 86-40.648, Bull. civ. V, n° 500 ; voir cependant en cas de fraude : Cass. Soc. 8 déc. 2004, n° 02-44.045, RJS 2005, n° 145 : pour le plan de cession.

(28) CE, 4^e et 5^e ss-sect. réunies, 3 juil. 2013, n° 361.066, APC 2013, n°s 290 et 291.

(29) Stéphanie Lelong.

(30) extrait article Grégoire Loiseau.

(31) Cass. Soc. 2 juillet 2014, n° 13-15.208, Bull. civ. V, n° 159, Dr. Ouv. 2014 p. 653 n. M. Castel.

atteinte au principe de séparation des personnalités juridiques entre une société de holding et sa (ses) filiale(s). L'application de cette notion en jurisprudence demeure donc bien incertaine. Dans un arrêt du 7 mars 2017, la Cour se prononce une nouvelle fois sur les éléments permettant de caractériser ou non une situation de co-emploi entre une société-mère et une de ses filiales et confirme son appréciation restrictive de la notion : « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que le fait que les dirigeants de la filiale proviennent*

du groupe et soient en étroite collaboration avec la société dominante, que celle-ci ait apporté à sa filiale un important soutien financier et que, pour le fonctionnement de la filiale, aient été signées avec la société dominante une convention de trésorerie ainsi qu'une convention générale d'assistance moyennant rémunération, ne pouvaient suffire à caractériser une situation de co-emploi, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (32).

II. Conséquences du co-emploi

L'effet principal recherché est la solidarité.

En cas de co-emploi, la société-mère ainsi que sa filiale sont tenues solidairement responsables et débitrices des sommes dues aux salariés de ladite filiale. Ce devoir d'indemnisation existe même si la qualité de co-employeur n'est reconnue qu'après le licenciement. À titre d'exemple, la Cour de Cassation a considéré que chaque co-employeur était tenu de l'obligation de reclassement des salariés (33).

De même, en cas de co-emploi, le salarié est réputé n'avoir conclu qu'un seul et unique contrat de travail. En conséquence, il a été jugé que le licenciement prononcé par l'un des co-employeurs est réputé prononcé par tous.

En outre, les holdings basées dans l'un des pays de l'UE peuvent également se voir reconnaître la

qualité de co-employeur avec les mêmes conséquences : « *Mais attendu qu'il résulte de l'article 19 du règlement n°44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 que l'employeur ayant son domicile dans le territoire d'un État membre peut être attiré dans un autre État membre, notamment devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ; que, selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui est transposable pour l'application de l'article 19 du règlement n°44/2001/CE, l'employeur est défini comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération » (34).*

Troisième partie : Le contentieux des PSE (35)

I. Le contrôle du PSE par la Direccte depuis la loi du 14 juin 2013

A. Un contrôle différent selon la forme du PSE

Depuis la loi du 14 juin 2013, la Direccte doit contrôler ce PSE. Elle a 15 jours pour le faire s'il s'agit d'un accord collectif et elle se borne alors à le valider en contrôlant sa légalité, comme la consultation du CE, voire du CHSCT (36), et la qualité des signataires (37). Elle a 21 jours pour homologuer le PSE établi unilatéralement par l'employeur et, dans ce cas, elle apprécie également le contenu des mesures

proposées, notamment au regard des moyens de l'entreprise. Le silence à l'expiration du délai vaut homologation ou validation implicite.

Lorsqu'il s'agit d'une homologation, l'administration doit vérifier si les mesures sont concrètes et précises, et si elles peuvent satisfaire les objectifs de reclassement en fonction des moyens de l'entreprise ou du groupe, caractérisés par le chiffre d'affaires du groupe (38), ou de l'UES et des efforts de formation et d'adaptation déjà réalisés par l'employeur (39),

(32) Cass. Soc. 7 mars 2017, n° 15-16.865, n° 15-16.866 et n° 15-16867.

(33) Cass. Soc. 15 févr. 2012, n° 10-13.897.

(34) Cass. Soc. 30 nov. 2011, n°s 10-22.964 et suivants.

(35) Laurence Fin-Langer.

(36) CE 7 sept. 2016, n° 394.243.

(37) CE, *Pages Jaunes*, n° 385.668, 22 juil. 2015.

(38) V. Devos, Les moyens du groupe à l'aune du pouvoir d'homologation des PSE par la Direccte, JCP S 2016, 450.

(39) CE 22 juil. 2015, *Claire Chimie*, n° 383.481.

repreant ainsi la position de la Cour de cassation (40). Il faut cependant préciser que, depuis la loi *Macron*, la Direccte homologue les PSE établis unilatéralement dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation au regard des seuls moyens de cette entreprise, sans prendre en compte ceux du groupe. En revanche, cette exception ne vaut pas pour la sauvegarde et les organes de la procédure ne semblent pas déchargés de cette obligation de rechercher les moyens du groupe (41).

Mais de quel groupe s'agit-il ? Dans un autre arrêt rendu le 16 novembre 2016 (42), la Cour de cassation reprend la même définition que celle retenue pour l'appréciation des difficultés économiques : ensemble des entreprises unies par un contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante. Ce n'est donc pas le même périmètre que pour le reclassement préalable. Cette dernière obligation a pour périmètre l'ensemble des entreprises dont les activités ou l'organisation ou le lieu leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (43). Aucune référence n'est faite au contrôle ou l'existence d'une entreprise dominante. Ce groupe de reclassement est apprécié largement. Certaines décisions semblaient même admettre que le fait d'exploiter sous la même enseigne avec une activité similaire constituait nécessairement un tel groupe et donc présumer ce périmètre (44). Les arrêts du 16 novembre 2016 viennent cependant nuancer cette position : la Cour de cassation estime que la cour d'appel a pu retenir, au vu des éléments et sans intervertir la charge de la preuve, qu'il n'était pas démontré que l'organisation du réseau de distribution auquel appartenait l'entreprise permettait, entre les sociétés adhérentes, la permutation de tout ou partie de leur personnel et donc que ces sociétés faisaient partie d'un groupe de reclassement. L'existence d'un réseau de distribution ne semble donc plus suffire pour reconnaître ce groupe de reclassement et le juge forme sa conviction au regard des éléments apportés par chaque partie (45). Le Conseil d'État aura-t-il la même position ?

Un arrêt du 15 mars 2017 du Conseil d'État (46) vient apporter une précision importante sur la portée de l'argument relatif à la suffisance du plan lorsqu'est également avancée l'irrégularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise. Le juge de l'excès de pouvoir doit d'abord regarder le moyen tiré de l'absence ou de l'insuffisance du plan, même si un autre moyen permet d'annuler la décision administrative. La raison réside dans la différence de sanction. En effet, selon l'article L.1235-10, l'insuffisance ou l'absence de PSE est sanctionnée par la nullité du licenciement et la possible réintégration du salarié et, à défaut de réintégration, d'une indemnisation qui ne peut être inférieure aux 12 derniers mois. Pour les autres motifs, l'indemnisation est limitée à 6 mois et la réintégration suppose l'accord des 2 parties (47). Si, effectivement, le PSE est insuffisant ou inexistant, cela suffit pour annuler la décision juridictionnelle attaquée, alors même qu'elle serait fondée sur les autres motifs. Priorité est donc donnée à cet argument lorsque l'entreprise est *in bonis*. Le raisonnement est différent lorsque l'entreprise fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, car l'annulation du licenciement est écartée (48). Elle l'était déjà sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013. Cette différence de traitement, critiquée par certains (49), a été jugée conforme à la constitution (50) et a été maintenue en 2013. Ainsi, aucune irrégularité ne peut entraîner la nullité du licenciement : en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation, le juge octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois (51). Par conséquent, pour le Conseil d'État, le juge administratif n'est pas tenu d'étudier la question de l'insuffisance des moyens du PSE, si d'autres irrégularités suffisent à justifier l'annulation de la décision d'homologation. Mais au nom de l'autorité de la chose jugée, le juge de cassation doit malgré tout vérifier cet argument s'il a été évoqué devant les juges du fond avant de rejeter le pourvoi. Le raisonnement vient du fait que, de toute façon, la sanction sera la même : aucune irrégularité ne prime sur les autres et une seule suffit donc.

(40) Cass. soc. 9 mai 2000, n°98-20.588, Bull. civ. V, n°172.

(41) D. Jacotot et L. Fin-Langer, La loi *Macron* et le droit social, RPC 2015, étude 17, n°s 17 et s.

(42) Cass. soc. 16 nov. 2016, n°15-15190, APC 2017, n°9.

(43) Cass. Soc. 25 juin 1992, n°90-41.244, DS 1992, pp. 710 et 826. Confirmation : Cass. soc. 7 mars 2017, n°15-23.038 : il n'y a pas groupe de reclassement entre une union syndicale CGT locale et une union départementale.

(44) Cass. Soc. 27 nov. 2013, n°12-18.470.

(45) Cass. Soc. 1^{er} fév. 2017, n°1-25.405, Dr. Ouv. 2017, p.433.

(46) CE 15 mars 2017, n°387.728, RDT 2017, p.242, APC 2017, n°139.

(47) C. trav., art. L. 1235-16.

(48) Cass. Soc. 2 fév. 2006, n°04-40.773, APC 2006, n°49.

(49) Cl. Jottreau, op. cit., n°s 370 et 371.

(50) C. const. 28 mars 2013, n°2013-299, QPC, D. 2013, 1148 ; Dr. Ouv. 2013, p.685 n. P.-Y. Gahdoun. V. Cass. soc. 9 janv. 2013, n°12-40.085, APC 2013, 34.

(51) C. trav., art. L. 1233-58, 7^{ème} alinéa.

B. Le transfert du contentieux aux juridictions administratives

1. Pourquoi ?

L'existence et le contenu du PSE ont suscité un contentieux important en raison de la nullité encourue en cas d'absence (52) ou d'insuffisance du PSE depuis l'arrêt *Samaritaine* (53). Cette décision a également tiré les conséquences de cette nullité de la procédure, à savoir celle de tous les actes subséquents, et donc des licenciements. Les salariés pouvaient donc demander leur réintégration (54). La loi du 14 juin 2013 remet en cause ce contentieux, dans la mesure où la nullité du licenciement n'est désormais encourue que si le licenciement est notifié à défaut de décision de la Direccte validant le PSE, ou lorsque cette décision de validation est annulée par le tribunal administratif pour défaut ou insuffisance de PSE. De plus, le contentieux de l'annulation de cette décision de la Direccte relève du tribunal administratif. Ce bloc de compétence concerne à la fois le PSE, mais aussi la procédure de consultation du comité d'entreprise (55). Sont donc exclus les recours gracieux et hiérarchiques, ainsi que le recours devant le TGI. Le Conseil des prud'hommes reste cependant compétent pour le contentieux individuel de l'indemnisation ou de la réintégration des salariés.

2. Comment ?

Quel est le délai ? Le délai de prescription pour saisir le tribunal administratif est de 2 mois à compter de la notification de la décision de la Direccte à l'employeur ou à compter de son affichage dans l'entreprise.

Quel est celui pour saisir le CPH ? L'article L. 1235-7 vise un délai de 12 mois pour la régularité ou la validité du licenciement, si ce délai est mentionné dans la notification du licenciement. La jurisprudence avait limité son champ d'application aux seules causes d'annulation du licenciement, soit, avant 2013, à l'insuffisance de PSE. Quel est désormais le champ d'application de ce texte ? Le CPH de Nanterre a estimé que cela visait désormais tout le contentieux, dont celui pour défaut de cause réelle et sérieuse (56).

Qui peut agir ? Le texte cite les organisations syndicales et les salariés, mais il ne s'agit pas de limiter les personnes ayant qualité à agir. Il a ainsi été admis la possibilité pour le comité d'entreprise de contester un licenciement (57), ou une union syndicale extérieure à l'entreprise et non signataire de l'accord au nom de la défense des intérêts collectifs de la profession (58). En revanche, le CHSCT n'est pas recevable à agir, car le Code du travail n'a pas prévu qu'il soit destinataire de l'information de la décision de la Direccte (59).

II. Illustration du contentieux du PSE devant les juges administratifs

De manière générale, le contentieux par les juges administratifs ont apporté plus de sécurité et de pragmatisme, car il repose sur l'adage : pas de nullité sans grief. En effet, si l'irrégularité constatée ne porte pas atteinte aux droits de l'une des parties ou si elle n'a aucune influence sur la décision, la nullité n'est pas encourue. Par ailleurs, le Conseil d'État fait une appréciation globale de la procédure, une irrégularité parfois ne suffisant pas pour annuler le PSE si, au final, globalement, la procédure de consultation a été respectée (60).

A. Illustration d'annulation de PSE

Ont été annulées des décisions d'homologation de PSE lorsque le comité d'entreprise n'a pu être consulté régulièrement, les irrégularités ayant empêché le comité de rendre un avis en toute connaissance de cause (61), ou quand un des délégués syndicaux ayant signé l'accord de PSE n'avait plus un mandat valable et que, par conséquent, l'accord n'avait plus la majorité requise de 50 % (62). Doit également être annulé un PSE unilatéral qui a été soumis pour consultation au CHSCT, mais ce dernier avait une composition irrégulière en raison de l'expiration des mandats, ce que la Direccte aurait dû vérifier (63). De

(52) Anciens art. L. 1235-10 et L. 1235-11.

(53) Cass. Soc. 13 fév. 1997, n°96-41.874 et n°96-41.875, Bull. civ., V, n°64, DS 1997, 249, D. 1997, p. 171, Dr. Ouv. 1997 p. 94.

(54) V. par ex. Paris, 16 avr. 2008, JCP S 2008, act. 439.

(55) C. trav., art. L. 1235-7-1.

(56) CPH Nanterre, 8 oct. 2015, n° 14/02.536, JCP S 2015, 1460.

(57) TA Cergy-Pontoise, 22 avr. 2014, n° 14-00.714, JCP S 2014, 1322.

(58) CE 22 juil. 2015, n°383.481, RTD 2015, 514.

(59) CE 21 oct. 2015, n°386.123, JCP S 2015, 414, Dr. Ouv. 2016, 147.

(60) CE 7 déc. 2015, *Call Expert Languedoc Roussillon*, n° 381.307.

(61) TA Montreuil, 20 déc. 2013, n° 13-09.825, JCP S 2014, 34, Dr. Ouv. 2014 p. 315 ; v. aussi CAA Marseille, 15 avr. 2014, n° 14MA00471, JCP S 2014, 1360 et 1364.

(62) CAA Versailles 30 sept. 2014, n° 14VE02163, RDT 2015, p. 55 ; CE 22 juil. 2015, n° 385.668, JCP S 2015, 286.

(63) CAA Marseille, 26 août 2015, n° 15MA021615, JCP S 2015, 1372.

même peuvent être annulés des PSE établis unilatéralement qui reposent sur des erreurs d'appréciation des catégories professionnelles permettant la fixation des critères d'ordre (64).

Certaines causes d'annulation sont particulières, notamment l'insuffisance de la motivation de la Direccte, qu'il s'agisse d'une homologation ou d'un refus. Cette motivation doit permettre de vérifier les points de contrôle pour les destinataires (65). Pour mettre un terme à ce contentieux, la loi *Macron* a prévu, désormais, qu'en cas d'annulation pour insuffisance de motivation, l'administration doit prendre une nouvelle décision qui sera suffisamment motivée, sans que cela n'ait d'incidence sur la validité des licenciements prononcés (66). Il faut également rappeler que la décision d'homologation doit rappeler l'ensemble des éléments de fait et de droit qui constituent le fondement de l'homologation du PSE (67).

B. Illustration de PSE validés

Sont au contraire validés des PSE qui, malgré certaines régularités, ont été adoptés en toute connaissance de cause. A ainsi été validé un PSE qui

a fait l'objet d'une consultation après expertise dont les frais n'ont pas été payés. Pour le Conseil d'État, le PSE est valide si, au final, le comité d'entreprise a pu, malgré cette irrégularité, rendre un avis éclairé, grâce à l'expertise financée par les élus eux-mêmes (68). De même, des PSE qui vont au-delà de la loi dans leur contenu ou dans la procédure d'élaboration sont validés. Ainsi, un PSE établi par accord collectif majoritaire est validé si l'accord portant sur les critères d'ordre, le calendrier ou le nombre d'emplois a été soumis de manière consultative au comité d'entreprise pour avis, alors que la loi ne l'impose pas. Il l'est aussi alors que la loi prévoit cette faculté pour l'accord collectif de se prononcer sur le nombre de suppressions d'emplois, dès lors qu'il comporte les mesures de reclassement, seules mesures obligatoires (69).

Le contentieux des juridictions administratives s'avère donc plus pragmatique que celui opéré par les juges judiciaire. Pour autant, cette réforme a-t-elle diminué le contentieux ? S'il semble que le nombre d'annulations se réduise, le nombre de recours n'a sans doute pas diminué.

Laurence Fin-Langer et Stéphanie Lelong

(64) CAA Versailles, 22 fév. 2017, n°16VE03480 ; CE 30 mai 2016, n°387.798, *FNAC*.

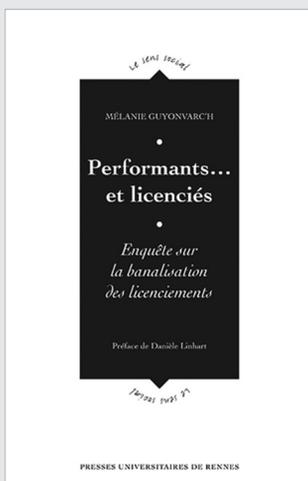
(65) CAA Marseille, 24 oct. 2014, req. 14MA03521, JCP S 2015, 1006 ; TA Cergy-Pontoise, 22 avr. 2014, n°14-00.714, JCP S 2014, 1322.

(66) Nouvel art. L. 1235-16.

(67) CE 1^{er} fév. 2017, n°391.744.

(68) CE 21 oct. 2015, n°382.633, JCP S 2015, 413, RDT 2016, p.113. V. pour d'autres exemples : CE 23 mars 2016, n°389.158 ; CAA Versailles, 22 fév. 2017, n°16VE0398.

(69) CE 7 déc. 2015, *Darty*, n°383.856, JCP S 2016, 1406. V. aussi dans une affaire d'hôtel de luxe : TA Paris, 23 mai 2014, n°1402928/3-2, JCP S 2014, 1365 ; CAA Paris, 2 oct. 2014, n°14PA02909, DS 2015, p.221 ; Voir la chronique de jurisprudence du Conseil d'État sur le PSE, F. Géa, RDT 2016, p.484.



PERFORMANTS... ET LICENCIÉS ENQUÊTE SUR LA BANALISATION DES LICENCIEMENTS

Mélanie Guyonvarc'h

Les restructurations d'entreprises sont diffuses, en temps de crise comme de prospérité. Il est attendu des salariés qu'ils s'adaptent à cette nouvelle donne. Le mouvement social débuté en février 2016 contre la loi Travail s'est nourri de la contestation d'une opinion répandue : la réglementation du licenciement est un frein à l'embauche et un facteur de chômage. À rebours de cette idée reçue, l'ouvrage renoue avec l'analyse des causes économiques et financières, essentielles dans cette banalisation du licenciement. Cette dernière - loin d'être du ressort des individus - engage la responsabilité collective d'une société.

Presses universitaires de Rennes - 2017 - 264 pages
ISBN : 978-2-7535-5385-9 - 22,00 euros