

# Périmètre de l'ordre des licenciements et loyauté de l'employeur

par Marie-France BIED-CHARRETON, Avocate au Barreau de Paris

## PLAN

- I. Comment la Cour de cassation facilite la dénonciation de la fraude de l'employeur au périmètre de l'entreprise
- II. Comment la jurisprudence fournit à l'avance des armes aux salariés à l'encontre de la loi *Macron*
- III. Comment la loi *Macron* se révèle contraire aux intérêts des salariés et inutile à ceux de l'employeur
- IV. Comment les périmètres d'ordre des licenciements inférieurs à l'entreprise sont incompatibles avec le principe même de l'ordre des licenciements

L'arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 2014 (1) ici commenté concerne le périmètre d'un ordre de licenciements qui, fixé au niveau de l'entreprise, a été défini par l'employeur de manière à restreindre les possibilités de choix des salariés licenciables en ne tenant pas compte, dans ce périmètre, des salariés d'une société qu'il avait acquise un an auparavant.

Cette analyse, relative à l'obligation de loyauté qui pèse sur l'employeur lorsqu'il détermine le périmètre d'ordre des licenciements, donne également l'occasion d'ébaucher une réflexion sur les conséquences de la future loi *Macron*, dite « pour la croissance et l'activité », en ce qu'elle supprime, en son article 98, l'obligation pour l'employeur de fixer unilatéralement ce périmètre au niveau minimum de l'entreprise.

Au moment où cet article est écrit, la loi *Macron* n'est pas encore adoptée. Il reste que l'utilité d'une telle réflexion demeure, afin d'examiner les difficultés suscitées pour les salariés par cette loi.

Pour l'heure, l'article 98, ajouté au projet de loi en dernière minute, n'a pour ainsi dire fait l'objet d'aucune réflexion sérieuse, sinon par un projet d'amendement du rapporteur de la loi selon lequel l'employeur ne pourra fixer le périmètre à un niveau inférieur à celui d'un ou de plusieurs établissements, niveau devant correspondre à une zone d'emploi au sens de l'INSEE, telle que concernée par les suppressions d'emploi.

## I. Comment la Cour de cassation facilite la dénonciation de la fraude de l'employeur au périmètre de l'entreprise

L'arrêt rapporté décide qu'un employeur a manqué à son obligation de loyauté dans la fixation du périmètre de l'ordre des licenciements (l'entreprise) dès lors qu'il n'a pas inclus dans ce périmètre les salariés travaillant sur un site qui appartenait à une autre société, mais qui avait été acquise au premier trimestre 2008 par l'employeur, soit une année avant l'achèvement de la procédure de consultation du comité d'entreprise du 18 mars 2009. Selon l'arrêt, pour exclure ces salariés du périmètre de l'ordre des licenciements, l'employeur ne pouvait, sans manquer à son obligation de loyauté, tirer argument de ce que la société nouvellement acquise n'avait été immatriculée au Registre du commerce que postérieurement à la procédure collective de licenciement, le 7 avril 2009. Cet argument de pure forme ne pouvait en effet permettre à l'employeur d'écarter de l'ordre des licenciements des salariés qui, dans la réalité, travaillaient déjà sur ce nouveau site depuis un an pour le compte de cet employeur. Le lien de subordination avec lui

était certain. Les salariés des autres sites étaient dès lors en droit de se plaindre de ce que le périmètre de l'ordre des licenciements n'avait pas été étendu à ce nouveau site comme faisant partie de l'entreprise.

La décision rapportée est ainsi particulièrement intéressante en ce qu'elle utilise la notion de loyauté dans le cadre d'une appréciation de la mise en œuvre de l'ordre des licenciements, de surcroît en ce qui concerne la détermination de son périmètre, alors qu'habituellement, c'est plutôt dans le cadre de son obligation de reclassement que l'employeur est sanctionné pour n'avoir pas satisfait à son obligation de loyauté dans une procédure de licenciement économique.

Cette décision est d'ailleurs à rapprocher, *a contrario*, d'un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2010 par lequel la Cour de cassation n'avait pas aperçu qu'un argument juridique de pure forme (telle l'immatriculation de la société acquise dans l'arrêt rapporté) était de nature à masquer une fraude de l'employeur (2). Dans cette

(1) P+B, première espèce reproduite ci-après p. 169.

(2) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juin 2010, Bull. n° 121, commenté par A. M. *in* Droit ouvrier 2010, pp. 546 et s.

espèce, alors que celui-ci n'avait pas interrogé, sur les possibilités de reclassement avant un licenciement économique, le groupe qu'il devait intégrer « à brève échéance », ce dont la Cour d'appel avait déduit qu'il avait manqué à son obligation de reclassement, la Cour de cassation avait censuré l'arrêt en affirmant sèchement que « *sauf fraude, les possibilités de reclassement s'apprécient au plus tard à la date du licen-*

*ciement* ». Cette position, critiquée dans les pages de cette revue (3), ne pouvait que compromettre la faculté de démontrer une fraude, voire la favoriser.

L'analyse de la Cour de cassation a manifestement évolué quant à sa manière d'appréhender la loyauté de l'employeur, ainsi que le montre de façon heureuse l'arrêt rapporté.

## II. Comment la jurisprudence fournit à l'avance des armes aux salariés à l'encontre de la loi *Macron*

L'arrêt rapporté pourrait, en outre, et par voie de conséquence, être particulièrement utile, dans le cadre de la future loi *Macron*, pour les salariés licenciés qui seraient amenés à se plaindre d'un périmètre d'ordre des licenciements révélant un manquement de l'employeur à son obligation de loyauté, que ce soit devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire, ainsi d'ailleurs que pour les organisations syndicales et les représentants du personnel devant le juge administratif.

C'est qu'en effet, le projet de loi prévoit, en son article 98, un ajout à l'article L.1233-5 du Code du travail, selon lequel « *Pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, 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 à un niveau inférieur à celui de l'entreprise* » (4). Jusqu'ici, ce document unilatéral devait, selon l'article L.1233-24-4, être conforme aux dispositions légales en vigueur, c'est-à-dire à la règle selon laquelle le périmètre de l'ordre des licenciements est celui de l'entreprise ou celui correspondant à un niveau supérieur (5). Si l'employeur voulait se libérer de cette règle, il devait conclure un accord collectif d'entreprise ou d'un niveau supérieur, comme le lui imposent les articles L.1233-24-2, L.1233-24-4 et L.1233-24-5 (6). Cette solution garantissait aux salariés licenciés que le choix de l'employeur s'effectue sur l'ensemble du champ de l'entreprise, et qu'ainsi puissent jouer à plein les principes d'égalité et de non-discrimination

des salariés les plus vulnérables, qui sous-tendent les critères d'ordre prévus par l'article L.1233-5 du Code du travail.

De cette manière, l'employeur ne pouvait affecter les salariés dont il voulait se débarrasser pour des motifs personnels dans l'entité choisie par lui comme périmètre de l'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise (7), ni, de façon générale, éviter de faire bénéficier les salariés licenciés d'un ordre de licenciement jouant légalement à plein au niveau de l'entreprise en choisissant, là encore, un périmètre plus petit que celle-ci.

Le périmètre de l'entreprise est, faut-il le souligner, le seul qui soit adéquat pour garantir, au moment des licenciements collectifs, non seulement l'égalité entre les salariés, mais aussi, plus précisément, la protection des salariés les plus vulnérables, ainsi que l'impose la nature même des critères d'ordre légaux (8). La fonction de l'ordre des licenciements est, comme l'on sait, de garantir une certaine justice dans le choix des salariés licenciés en imposant des critères à caractère objectif, *a minima* ceux prévus par la loi, et en interdisant, de la sorte, les motifs de licenciement personnels discriminatoires masqués (9).

Avec l'adoption de la loi *Macron*, l'employeur pourra fixer comme il l'entend le périmètre de l'ordre des licenciements, soit au niveau de l'entreprise, soit à un niveau inférieur, tel un établissement, une agence, un magasin, voire même un atelier, ou en tout cas au niveau d'une zone d'emploi inférieure à l'entreprise (9 bis). Cette faculté lui permettra de détourner la fonction légale de l'ordre des licenciements.

(3) Note 2.

(4) <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2447.asp> : projet de loi remis à l'Assemblée nationale le 11 décembre 2014.

(5) Ce principe provient de l'article L.1233-5, qui prévoit que c'est le comité d'entreprise qui doit être consulté par l'employeur avant qu'il ne définit l'ordre des licenciements ; jurisprudence constante depuis Cass. Soc. 24 mars 1993 Bull. n°97 ; plus récemment : Cass. Soc. 15 mai 2013, *Sony*, Bull. n°121, commenté par A. Fabre in RDT 2013, 458 et reproduit en deuxième espèce ci-après p. 169 ; CAA Versailles, 21 octobre 2014, n°14VE02408, *Mory-Ducros*, reproduit ci-après p. 202 avec les obs. de J. Krivine ; concl. de C. Rollet-Perraud, rapporteur public à cette Cour, in Semaine sociale Lamy, 24 novembre 2013, pp.13 et 14 ; dans le même

sens : TA Montreuil 3 novembre 2014, n°1407340, *Nextiraone* ; TA Versailles 30 septembre 2014, n°1404705, *Mark IV Automotive*.

(6) Cass. Soc. 15 mai 2013, *Sony*, préc.

(7) Cf. Cass. Soc. 1<sup>er</sup> décembre 1998, n°96-43980 : atelier ; Cass. Soc. 5 mars 1997, n°95-11109 : ligne de chemin de fer ; Cass. Soc. 9 mai 2006, n°04-45880 et 10 février 2010, n°08-41109 : établissement.

(8) Cass. Soc. 15 mai 2013, *Sony*, préc.

(9) Sur ce point, voir les développements particulièrement éclairants de A. Fabre in RDT 2013, 458 préc., au sujet de l'arrêt *Sony* du 15 mai 2013.

(9 bis) Cf. l'amendement préc.

Les salariés licenciés devront ainsi, pour contester l'ordre des licenciements, élaborer devant le juge divers arguments, la charge de la preuve du caractère irrégulier du périmètre choisi leur incombant désormais, même lorsque le périmètre sera inférieur à l'entreprise. C'est dans ce contexte qu'ils pourront invoquer en particulier un manquement de l'employeur à son obligation de loyauté lorsque celui-ci aura déterminé le périmètre en fonction de ses desideratas personnels, et non en fonction de l'objet légal de ce périmètre. Ils devront alors accorder une importance particulière à la chronologie des faits, comme le montre l'arrêt commenté.

Dans le même ordre d'idée, les salariés licenciés pourront également invoquer l'existence d'un détournement de pouvoir, d'autant que, selon un arrêt récent de la Cour de cassation du 24 septembre 2014, le juge doit maintenant rechercher d'office, lorsque l'ordre des licenciements est contesté, si celui-ci n'est pas entaché d'une erreur d'appréciation ou d'un détournement de pouvoir (10).

Il est cependant à noter que cette référence récente de la jurisprudence au détournement de pouvoir pourrait en réalité révéler une incohérence par rapport à ce que la Cour de cassation exige actuellement des juges du fond en la matière, c'est-à-dire non plus un contrôle restreint de l'ordre des licenciements à la question du détournement de pouvoir sur le fondement de la théorie de l'employeur seul juge (11), mais un contrôle « plein » au regard de l'obligation d'objectivité pesant sur l'employeur, compte tenu de l'abandon de cette théorie.

La jurisprudence actuelle impose en effet au juge de se faire communiquer les éléments « objectifs » permettant à l'employeur de justifier sa décision, de sorte que c'est à partir de ces éléments objectifs, tels que répercutés par l'arrêt attaqué, que la Cour de cassation contrôle si les juges du fond ont correctement apprécié la légalité de la mise en œuvre de l'ordre des licenciements (12), sans qu'il soit nécessaire, par conséquent, que les juges recherchent le détournement de pouvoir, ou même la déloyauté de l'employeur.

En ce qui concerne le caractère objectif d'un périmètre d'ordre des licenciements, peut d'ailleurs

à ce titre être particulièrement utile pour les parties remettant en cause ce périmètre la motivation du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 11 juillet 2014 (13).

Celui-ci avait en effet considéré que, si l'ordre des licenciements pouvait être apprécié à un niveau inférieur à l'entreprise (ce qui, à l'époque, était irrégulier), ce périmètre devait reposer sur des éléments objectifs. Le Tribunal administratif avait relevé avec pertinence que, « *si la loi nouvelle (de sécurisation professionnelle) a pour esprit d'éviter les licenciements économiques et d'en limiter le nombre, le périmètre retenu ne saurait toutefois aboutir, à travers sa fixation, à désigner, a priori, les salariés qui seront licenciés, le licenciement pour motif économique étant, suivant (...) l'article L.1233-3 du Code du travail, non inhérent à leur personne* », pour en déduire « *qu'en l'espèce, en retenant les 85 agences de l'entreprise prises isolément pour périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, alors que leurs effectifs varient de 9 à 362 salariés, cette définition (...) a méconnu le principe d'objectivité que sous-tend nécessairement l'application des critères d'ordre* » (14). Dans cette espèce, le périmètre choisi correspondait au site supprimé. Autrement selon ce jugement, si un employeur peut légalement choisir une agence comme périmètre d'ordre des licenciements, c'est à la condition que ce choix corresponde au critère objectif de non-discrimination entre les salariés et de protection des plus vulnérables, **ce qui n'est pas le cas lorsque le périmètre coïncide avec celui des suppressions d'emploi, aucun ordre des licenciements n'étant alors à mettre en œuvre.** Selon le Tribunal administratif, la mention de l'ordre des licenciements est en effet devenue « *de pure forme* ».

Il reste toutefois que, tout en fournissant au juge des éléments objectifs, l'employeur peut encore déguiser ses véritables desseins et commettre ainsi un manquement à son obligation de loyauté, voire un détournement de pouvoir, de sorte que ces derniers critères demeurent utiles même dans le cadre d'un contrôle plein de la mise en œuvre de l'ordre des licenciements (15).

(10) P+B, troisième espèce reproduite ci-après p. 170. Par cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que l'employeur avait commis un détournement de pouvoir en appréciant faussement les qualités professionnelles d'une salariée de par sa volonté d'éviter le licenciement d'un salarié moins ancien « *en raison du coût de ce licenciement pour l'entreprise* ».

(11) Sur ce contrôle restreint dans la jurisprudence antérieure : Cass. Soc. 17 novembre 1966, Bull. n° 861 ; Cass. Soc. 26 octobre 1977, Bull. n° 563 ; Cass. Soc. 4 décembre 1991, Bull. n° 552 ; Cass. Soc. 16 décembre 1992, Bull. n° 598.

(12) Cass. Soc. 3 février 1993, n° 88-44756 : « *il appartient au juge judiciaire de vérifier si les critères applicables dans l'entreprise à l'ordre des licenciements ont été respectés, sans que les salariés*

*licenciés aient à démontrer la mauvaise foi, la partialité ou l'incompétence de l'employeur* » ; dans le même sens : Cass. Soc. 20 octobre 1999, n° 97-43668.

(13) TA Cergy-Pontoise 11 juillet 2014, n° 1404370, *Mory-Ducros*, reproduit ci-après p. 202, confirmé avec substitution de motifs par la CAA de Versailles dans son arrêt précité et commenté par P. Bailly in SSL n° 1641 pp. 12 et 13.

(14) préc.

(15) Sur le contrôle restreint et le contrôle plein du juge en matière d'ordre des licenciements, voir les observations de Bertrand Ines relatives à l'arrêt du 24 septembre 2014, in Dalloz actualité, 14 octobre 2014, *Ordre des licenciements : élargissement de l'office du juge*.

### III. Comment la loi *Macron* se révèle contraire aux intérêts des salariés et inutile à ceux de l'employeur

Quoi qu'il en soit, dans le cadre de la nouvelle loi, il sera d'autant plus loisible aux salariés, comme aux autres demandeurs, d'invoquer les arguments précédemment exposés à l'encontre d'un périmètre découpé en-dessous du niveau de l'entreprise – ou de la zone d'emploi – que le dossier de presse remis au mois de décembre 2014 par le Gouvernement, qui contient le projet de loi *Macron*, indique, de façon pour le moins intéressante, dans le préambule de cette loi :

- que celle-ci vise à « relancer l'emploi » ;

- qu'il s'agit d'une loi « visant à améliorer concrètement et rapidement la vie des Français », et ce, de façon « rapidement perceptible », d'une loi « pour ceux qui ne font pas partie du système, ceux qui n'ont aujourd'hui pas les mêmes chances économiques que les plus favorisés pour qui tout est toujours plus facile », « en renforçant un certain nombre de droits réels », tels que « celui d'exercer la profession pour laquelle on est formé », « une loi pour donner une deuxième ou une troisième chance à tous ceux qui n'ont pas su ou pas pu saisir la première » ;

- et qu'il s'agit, en définitive, d'« une loi pour les exclus du système et des avantages qu'il procure. C'est tout simplement une vraie loi de gauche » (16).

L'alinéa ajouté par l'article 98 à l'article L. 1233-5 du Code du travail devrait, même amendé, être interprété à l'aune de cette intention avouée et explicite du législateur, laquelle doit être prise au pied de la lettre, et ce, même si, curieusement, le préambule du projet de loi déposé à l'Assemblée nationale, lui, ne reprend pas ces éléments, se cantonnant à des considérations liées à « la croissance » et à « l'activité » (17) : un tel double langage ne saurait être admis.

En conséquence du préambule précité, le périmètre de l'ordre des licenciements, quel que soit son niveau, ne devrait permettre à l'employeur de prononcer aucun licenciement personnel déguisé, sous peine d'utiliser la nouvelle loi à l'encontre de son objet de par une fixation déloyale, ou en tout cas non objective, du périmètre d'ordre des licenciements. Autrement dit encore une fois, si l'on s'inspire du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, dès lors que le périmètre d'ordre est identique à celui des suppressions d'emploi, ce périmètre d'ordre devrait être considéré comme méconnaissant les dispositions légales relatives à l'ordre des licenciements en l'absence de critères objectifs : les critères légaux d'ordre sont, dans un tel périmètre, dénués de tout

effet et, par conséquent, les dispositions légales imposant un ordre des licenciements sont méconnues.

Le fardeau de la preuve, qui incombera de la sorte aux salariés comme aux autres demandeurs – là où, antérieurement, il suffisait que le périmètre ait été déterminé à un niveau inférieur à l'entreprise pour que la méconnaissance de l'ordre des licenciements soit, *ipso facto*, reconnue par le juge – amène à faire observer que, de toute façon, la loi *Macron* n'est en rien « une loi pour donner une deuxième ou une troisième chance à tous ceux qui n'ont pas su ou pas pu saisir la première », ni même une loi « visant à relancer l'emploi ». Car, en effet, qui pourra démontrer de façon aisée l'absence d'éléments objectifs dans le choix du périmètre d'une agence ou d'un établissement – en-dehors, espérons-le, de la coïncidence précitée entre périmètres – voire la déloyauté de l'employeur en l'état d'une telle présomption légale de régularité ?

Sur le fond, la loi nouvelle créera en réalité, là encore à l'encontre du préambule de la loi *Macron* présenté à la presse, un véritable risque « légal » pour les salariés licenciés de se voir, en quelque sorte, embarquer dans une charrette de licenciements économiques à la faveur d'un périmètre d'ordre dit « légal », permettant de fait l'organisation à grande échelle de licenciements personnels déguisés.

Il est, au demeurant, erroné d'affirmer à cet égard – comme l'ont fait le Medef, qui a sollicité l'article 98, ainsi que des employeurs tels que les sociétés Sony (18) et Ducros-Mory (19) – que le recours à un périmètre inférieur à celui de l'entreprise serait le seul pertinent lorsque les sites concernés sont séparés par une grande distance géographique, cette distance rendant, soi-disant, impossible l'acceptation par les salariés d'une mutation.

**Tout d'abord**, les partenaires sociaux sont à même d'apprécier, sur le terrain, s'ils doivent ou non conclure un accord collectif dérogeant au périmètre de l'entreprise. Par conséquent, si aucun accord collectif n'a été conclu, il est à supposer que les organisations syndicales s'y sont refusées en raison de la dénaturaison de l'ordre des licenciements qu'un tel accord impliquerait. La loi *Macron* permet d'ailleurs, à ce titre, une véritable entrave aux fonctions négociatrices des organisations syndicales.

**Ensuite et en toute hypothèse**, les salariés eux-mêmes peuvent avoir intérêt à une mobilité, y compris pour un site éloigné géographiquement. En

(16) [http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/DP\\_loi\\_activite\\_091214.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/DP_loi_activite_091214.pdf).

(17) <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2447.asp>.

(18) Cass. Soc. 15 mai 2011, préc.

(19) TA Cergy 11 juillet 2004 et CAA Versailles 21 octobre 2014, préc.

effet, les salariés d'un site fermé peuvent se trouver dans une région déserte au niveau des emplois, ce qui est le cas lorsque l'établissement est situé à la campagne ou, en tout cas, lorsque la région est frappée par le chômage, de sorte qu'ils peuvent souhaiter « refaire leur existence » ailleurs, et ce, dans une région renouvelant entièrement leur cadre de vie. Ces salariés peuvent de la sorte permuter, par exemple, avec des salariés qui, plus âgés, sont intéressés par un départ en retraite anticipé, ou encore avec des jeunes qui sont intéressés à faire rebondir leur carrière dans un autre établissement de l'entreprise.

Le périmètre de l'entreprise s'articule en réalité de façon harmonieuse avec l'obligation de reclassement qui pèse sur les employeurs, et, partant, avec la nécessité de sauvegarder les emplois, ce qui n'est pas le cas du périmètre de l'établissement ou de tout autre périmètre inférieur.

Ce périmètre de l'entreprise, qui est aussi le seul à être cohérent avec un droit du travail garantissant

l'emploi tel que le préconise le préambule précité de la loi *Macron* (20), n'est, au demeurant, en rien incompatible avec l'intérêt général de l'entreprise que les employeurs ont à charge de protéger dans le cadre de leur pouvoir de direction. Ce périmètre est d'ailleurs en parfaite cohérence avec le discours que ces derniers aiment à prôner quant aux vertus de la mobilité professionnelle.

Il est **enfin** à souligner que, si des salariés ne peuvent accepter une mutation en raison de l'éloignement du site proposé, et que leur refus entraîne leur licenciement pour motif économique, la même rupture interviendra de toute façon lorsque le périmètre sera fixé en-dessous du niveau de l'entreprise, cette fois par l'effet de l'ordre des licenciements. De la sorte, le périmètre de l'entreprise ne produit pour eux que des effets à caractère neutre.

L'argument des employeurs tiré des refus de mutation des salariés et de leur licenciement subséquent se révèle être faussement « pro-salarié ».

## IV. Comment les périmètres d'ordre des licenciements inférieurs à l'entreprise sont incompatibles avec le principe même de l'ordre des licenciements

Les auteurs de l'article 98 de la loi *Macron* paraissent en définitive avoir obéré la fonction de l'ordre des licenciements tel qu'il a été institué en 1945 lors de l'introduction du dispositif relatif aux licenciements économiques collectifs. Il s'agissait, à l'époque, d'introduire dans ce dispositif une dimension de justice individuelle en instituant deux étapes, la première imposant à l'employeur de définir les emplois supprimés devant le comité d'entreprise, et ce, par conséquent, sans état d'âme à l'égard de la personne des salariés, et la seconde instituant une dissociation entre les emplois supprimés et les salariés qui y sont affectés par la mise en œuvre d'un ordre des licenciements entre chaque salarié pris individuellement.

Le présupposé de cette dissociation réside, en effet, dans le fait que les salariés n'étant pas « propriétaires » de leur emploi, n'ont pas à subir personnellement les conséquences de leur suppression, telle une « malédiction » individuelle qui procéderait d'une décision prise au niveau de l'entreprise, voire à un niveau supérieur. Si de tels niveaux ont été choisis légalement comme périmètre d'application des critères d'ordre, fût-ce implicitement de par la référence légale au comité d'entreprise comme organisme consultatif, c'est précisément parce que ces périmètres permettent, seuls, une dissociation

maximale entre l'emploi et la personne du salarié et, par conséquent, une objectivité maximale de l'ordre des licenciements mis en œuvre, et donc aussi une effectivité protectrice maximale de ces critères. Au contraire, plus le périmètre s'éloigne de celui de l'entreprise dans le sens d'une restriction, plus se réduit la dissociation entre emploi et personne et, partant, l'effectivité protectrice des critères d'ordre, ainsi que l'objectivité qu'elle implique (21).

Dès lors, l'article 98, qui, même amendé, paraît n'avoir d'autre fonction que de permettre aux employeurs de restreindre arbitrairement le périmètre d'ordre en-deçà de l'entreprise, et de prononcer ainsi dans ce nouveau cadre des licenciements personnels déguisés, est contraire à la nature même de l'ordre des licenciements.

**En conclusion**, l'arrêt rapporté – comme du reste l'ensemble de la jurisprudence précédemment rappelée – en constitue, de manière anticipée, la dénonciation appropriée, de même qu'il fournit à l'avance les armes pertinentes qui permettent de faire face aux écueils que suscitera la future loi, tant en terme d'objectivité du périmètre choisi qu'en terme de loyauté de l'employeur et de détournement de pouvoir.

**Marie-France Bied-Charreton**

(20) Dossier de presse, préc.

(21) Cf. le commentaire précité d'A. Fabre in RDT 2013, 458 précité, au sujet de l'arrêt *Sony* du 15 mai 2013.

**LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE**    Licenciement collectif – Ordre des licenciements – Mise en œuvre – Manquement à l’obligation de loyauté – Acquisition d’une société destinée à être fusionnée – Prise en compte – Nécessité.

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 8 octobre 2014  
Henkel technologies France contre B. et a. (p. n°13-14.973)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Reims, 30 janvier 2013), que M. B. et neuf autres salariés protégés de la société Henkel technologies France (HTF) ont fait l’objet d’un licenciement pour motif économique ; qu’ils ont saisi la juridiction prud’homale pour demander la condamnation de leur ancien employeur à leur payer des dommages-intérêts en raison de la violation, par celui-ci, des critères d’ordre des licenciements ;

Attendu que l’employeur fait grief aux arrêts de dire qu’il avait violé les critères d’ordre de licenciement et de le condamner à payer des dommages-intérêts aux salariés alors, selon le moyen :

1°/ que le juge doit apprécier le respect de l’ordre des licenciements en se plaçant à la date de l’engagement de la procédure de licenciement économique ; qu’en retenant que la société Henkel technologies France avait manqué à son obligation de loyauté, lors de l’établissement de l’ordre des licenciements, pour ne pas avoir pris en considération les salariés de la société National Starch & Chemical travaillant sur le site de Villefranche-sur-Saône, sans constater qu’il était possible à la société HTF, le 18 mars 2009, à l’issue de la procédure d’information-consultation, d’appliquer aux salariés de ce site les critères présidant à la détermination de l’ordre des licenciements et de déterminer les catégories professionnelles auxquelles ils appartenaient, la cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard de l’article L.1233-5 du code du travail ;

2°/ qu’un groupe de sociétés n’est pas doté de la personnalité morale et chaque société constitue une personne morale juridiquement indépendante ; que la cour d’appel a relevé que le groupe Henkel avait procédé à l’acquisition de la société National Starch & Chemical (NSC) au cours de l’année 2008 et que la fusion

avec la société Henkel Technologies France n’avait été effective qu’au 1<sup>er</sup> avril 2009 ; qu’en considérant que la société Henkel technologies France avait manqué à son obligation de loyauté pour ne pas avoir intégré les salariés de Villefranche-sur-Saône de la société Starch & Chemical qui avait été rachetée par le groupe Henkel au premier trimestre 2008 sans même prendre en considération que les sociétés National Starch & Chemical et Henkel technologies France étaient deux sociétés distinctes entre la date d’acquisition et la date de la fusion, de sorte que les catégories professionnelles des salariés du site de Villefranche-sur-Saône exploité par NSC ne pouvaient être prises en considération avant la date de fusion, soit le 1<sup>er</sup> avril 2009, la cour d’appel a violé l’article L.1233-5 du code du travail ;

Mais attendu qu’après avoir constaté que lors de la mise en œuvre des critères d’ordre des licenciements économiques après achèvement, le 18 mars 2009, de la phase de consultation du comité d’entreprise, la société Starch & Chemical destinée à être fusionnée avec la société HTF avait été acquise par cette dernière depuis une année, la cour d’appel a pu décider que l’employeur avait manqué à son obligation de loyauté en ne prenant pas en compte les salariés issus de cette opération peu important que l’immatriculation de l’entité acquise en tant qu’établissement secondaire de la société HTF ne soit intervenue que le 7 avril 2009 ; que le moyen n’est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois ;

(M. Frouin, prés. - M. Maron, rapp. - M. Weissmann, av. gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)

**LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE**    Licenciement collectif – Ordre des licenciements – Fixation – Critères – 1° Mise en œuvre – Cadre – 2° Inobservation – Sanction.

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 mai 2013  
Sony France contre C. (p. n°11-27.458 s.)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Pau, 3 octobre 2011), que la société Sony France qui exerçait ses activités dans les établissements de Paris, Ribeauvillé et Pontonx-sur-l’Adour, a décidé la fermeture de ce dernier établissement dont tous les salariés ont été licenciés pour motif économique ; que des salariés ont saisi la juridiction prud’homale ;

Attendu que la société fait grief aux arrêts de la condamner à payer à chaque salarié une somme à titre de dommages-intérêts pour non respect des critères d’ordre des licenciements, alors, selon le moyen,

1°) qu’en cas de fermeture d’un site constitutif d’un établissement distinct d’une entreprise à structure complexe qui en comporte plusieurs, le cadre d’application des critères d’ordre de licenciement est l’établissement

concerné par le projet de licenciement collectif pour motif économique et non l’entreprise dans sa globalité ; qu’il s’ensuit que l’ordre des licenciements ne s’applique pas lorsque tous les emplois d’un établissement sont supprimés en raison de sa fermeture ; qu’en reprochant à la société Sony France qui comprenait trois établissements autonomes de ne pas avoir appliqué les critères d’ordre de licenciement à l’ensemble du personnel de l’entreprise Sony quand il est constant que seul l’établissement de Pontonx-sur-l’Adour était affecté par la fermeture du site et la suppression corrélative de tous les postes de travail, la cour d’appel a violé l’article L.1233-5 du code du travail ;

2°) qu’en écartant l’application des critères d’ordre de licenciement au niveau du seul établissement de Pontonx-

sur-l'Adour qui fait l'objet d'une fermeture de site au motif que « l'employeur a fait ainsi supporter aux seuls salariés de l'établissement concerné les conséquences de son choix d'une spécialisation de cet établissement sur un produit devenu obsolète du fait d'une évolution technique », la cour d'appel, qui n'avait pas à s'immiscer dans les choix économiques opérés par la société Sony, a excédé ses pouvoirs et a statué par un motif inopérant, violant l'article 12 du code de procédure civile, ensemble l'article L. 1233-5 du code du travail ;

3°) que le salarié ne peut prétendre à la réparation du préjudice résultant de la perte injustifiée de son emploi que s'il démontre que la mise en oeuvre des critères d'ordre des licenciements lui aurait évité un licenciement ; qu'en l'espèce la société Sony a fait valoir que la fermeture de l'établissement de Pontonx-sur-l'Adour avait entraîné la suppression de tous les postes de travail et qu'en raison même de l'éloignement des deux autres établissements situés l'un à Paris et l'autre à Ribeauvillé en Alsace, aucun salarié de l'établissement de Pontonx-sur-l'Adour n'aurait accepté d'être muté pour remplacer un salarié dont le poste aurait été supprimé par application des critères de licenciement au niveau de l'entreprise ; qu'en

allouant à chaque salarié protégé une somme de plus de six mois de salaire sans que ce dernier ait démontré que la détermination de critères d'ordre de licenciement au niveau de l'entreprise lui aurait permis de conserver son emploi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-5 du code du travail ;

Mais attendu 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 oeuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise ;

Et attendu qu'après avoir constaté que la société Sony n'avait pas appliqué de critères d'ordre de licenciement dans la mesure où tous les postes de l'établissement de Pontonx-sur-l'Adour étaient supprimés, la cour d'appel a en exactement déduit que la violation de cette règle entraînait pour les salariés un préjudice qu'elle a souverainement apprécié ; que le moyen n'est pas fondé ;

Rejette les pourvois ;

(M. Lacabarats, prés. - M. Chauvet, rapp. - M. Weissmann, av. gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)

## LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE    Licenciement collectif – Ordre des licenciements – Critères – Qualités professionnelles – Contrôle.

Troisième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 24 septembre 2014

société Appli'plast contre V. (p. n°12-16.991)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 10 février 2012), que Mme V., épouse L., engagée en 2007 par la société Appli'plast en qualité d'opératrice peintre, a été licenciée pour motif économique le 28 mai 2009 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts pour perte injustifiée d'emploi ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour perte injustifiée d'emploi, alors, selon le moyen :

1°) que les juges du fond ont l'interdiction de méconnaître l'objet du litige ; qu'en cause d'appel, la discussion portait uniquement sur le point de savoir si M. S., embauché dans le cadre d'un contrat aidé, aurait ou non dû figurer parmi les salariés évalués, et si sa présence dans ces conditions n'entraînait pas une méconnaissance des critères d'ordre de licenciement ; qu'à aucun moment, Mme V. ne contestait la manière dont elle avait été notée ; que, dès lors, en jugeant que la notation de la salariée n'avait pas été faite objectivement, la cour d'appel a méconnu l'objet du litige et a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°) qu'en tout état de cause, le juge doit, en toutes circonstances, observer et faire observer le principe de la contradiction ; qu'il résulte de l'arrêt que les parties avaient repris et développé oralement à l'audience leurs écritures qui ne prétendaient pas que la notation de Mme V. n'aurait pas été réalisée objectivement dans le seul but d'avantager M. S. et éviter le licenciement de ce dernier ; qu'en relevant d'office ce moyen, sans avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations sur ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

3°) que s'il appartient au juge de contrôler le respect par l'employeur des prescriptions légales relatives à l'ordre des licenciements, celui-ci ne peut substituer son analyse à celle de l'employeur dans l'appréciation de ces critères et en particulier de la valeur professionnelle du salarié ; qu'en retenant que la notation de Mme V. sur sa polyvalence, ses capacités d'adaptation, ses compétences techniques ou son autonomie ne serait pas révélatrice de sa réelle valeur professionnelle, la cour d'appel a substitué son appréciation à celle de l'employeur, violant ainsi l'article L. 1233-5 du code du travail ;

Mais attendu que, si le juge ne peut, pour la mise en oeuvre de l'ordre des licenciements, substituer son appréciation des qualités professionnelles du salarié à celle de l'employeur, il lui appartient, en cas de contestation, de vérifier que l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles du salarié ne procède pas d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ;

Et attendu que l'arrêt qui, sans modifier les termes du litige, ni manquer à la contradiction, constate que l'appréciation par l'employeur des qualités professionnelles de la salariée avait été faussée par sa volonté d'éviter le licenciement d'un salarié moins ancien, en raison du coût de ce licenciement pour l'entreprise, a ainsi caractérisé un détournement de pouvoir ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Lacabarats, prés. - Mme Goasguen, rapp. - M. Finielz, av. gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Meier-Bourdeau, M<sup>e</sup> Lécuyer, av.)