

Affaire CGT Transports Mory Ducros

1) TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE CERGY-PONTOISE (9^e Ch.) 11 juillet 2014

Considérant qu'il ressort du dossier que, par un jugement du 26 novembre 2013, le Tribunal de commerce de Pontoise a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Mory Ducros, issue de la fusion, le 31 décembre 2012, des sociétés Ducros Express et Mory SAS, exerçant des activités de transports, entreposage de marchandises, commissionnaire de transports et location de véhicules ; que cette procédure a été convertie en liquidation judiciaire par un jugement du même tribunal de commerce du 6 février 2014, par lequel un plan de cession de la société Mory Ducros a été arrêté au profit de la société Arcole Industries, substituée par la société Newco MD ; qu'en l'absence d'accord majoritaire avec les organisations syndicales représentatives portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) relatif au projet de licenciement collectif de salariés de la société, M^e Bleriot et M^e Bauland, administrateurs judiciaires de la société Mory Ducros, ont saisi, le 28 février 2014, la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) d'Île-de-France à fin d'homologation d'un document unilatéral, élaboré sur le fondement des dispositions de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail, portant sur un projet de licenciement collectif de plus de dix salariés de la société dans une même période de trente jours et fixant le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre de ce projet ; que, par la décision attaquée du 3 mars 2014, le directeur régional adjoint de l'unité territoriale du Val-d'Oise de la Direccte d'Île-de-France a procédé à l'homologation dudit document ; que par la présente requête, le syndicat CGT des transports Mory Ducros et M. Jean-Claude H. demandent au Tribunal l'annulation de cette décision ;

(...)

Au fond et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant, d'une part, qu'en vertu de l'article L. 1233-3 du Code du travail, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié ; et qu'aux termes du I de l'article L. 1233-58 du Code du travail : « *En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques, met en œuvre un plan de licenciement dans les conditions prévues aux articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-4 (...)* » ;

Considérant, d'autre part, 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 : / 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ; / 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements*

*mentionnés à l'article L. 1233-5 ; / 3° Le calendrier des licenciements ; / 4° Le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ; / 5° Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. » ; qu'aux termes de l'article L. 1233-24-4 du même code : « *À 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* » ;*

Considérant, enfin, qu'aux termes de l'article L. 1233-5 du Code du travail : « *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* » ;

Considérant que si le syndicat requérant et M. Hacquard font valoir que le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements méconnaît l'article L. 1233-5 du Code du travail, dès lors que sa détermination à un niveau inférieur à l'entreprise n'est envisageable que dans le cadre d'un accord collectif, il ressort toutefois des termes mêmes des dispositions précitées des articles L. 1233-24-2 et L. 1233-24-4 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qu'il incombe à l'employeur de préciser dans le document unilatéral constituant le plan de sauvegarde de l'emploi le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements ; que si la loi nouvelle a pour esprit d'éviter les licenciements économiques ou 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 les dispositions précitées de l'article L. 1233-3 du Code du travail, non inhérent à leur personne ; 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, comme le soutiennent les requérants, a méconnu le principe d'objectivité

que sous-tend nécessairement l'application des critères d'ordre ; qu'au surplus, si le document unilatéral constituant le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, conformément aux dispositions précitées de l'article L. 1233-5 du Code du travail, les critères d'ordre de licenciement, cette mention devient de pure forme s'agissant des agences de la SAS Mory Ducros dans lesquelles tous les emplois sont supprimés ; que tant l'importance des licenciements envisagés dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire que la nécessité d'une reprise rapide de l'activité par le nouvel exploitant ne justifiaient pas que soit retenu un tel périmètre ; que, par suite, l'administration du travail, en homologuant le

document unilatéral constituant le plan de sauvegarde de l'emploi, a commis une erreur d'appréciation ; que, pour ce motif, les requérants sont fondés à demander l'annulation de la décision attaquée ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La société Caravelle est mise hors de cause.

Article 2 : L'intervention du syndicat CFE-CGC SNATT est admise.

Article 3 : La décision du 3 mars 2014 est annulée.

(M. Lointier, rapp. – M. Charier, rapp. pub. – M^{es} Krivine Benisti, Bregou, Jourde, David, Av.)

2) COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE VERSAILLES

21 octobre 2014

Au fond :

Considérant que, par un jugement du 26 novembre 2013, le Tribunal de commerce de Pontoise a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Mory Ducros, dont l'activité est consacrée principalement à la messagerie et à l'affrètement, et qui comprenait, au 31 décembre 2013, 4 886 salariés en contrat à durée indéterminée répartis en 91 sites, dont 85 agences ; que le même tribunal a prononcé la liquidation judiciaire de cette société par un jugement du 6 février 2014, arrétant un plan de cession au profit de la société Newco MD en cours de constitution et dont l'actionnaire principal est la société Arcole Industries et a également autorisé le licenciement, dans un délai d'un mois, de 2 882 salariés occupant des postes non repris, ainsi que celui des 252 salariés repris sur un nouveau site en cas de refus de leur part du transfert proposé ; qu'en l'absence d'accord majoritaire avec les organisations syndicales représentatives portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi relatif au projet de licenciement collectif de salariés de la société, M^e Blieriot et M^e Bauland, administrateurs judiciaires de la société Mory Ducros, ont saisi, le 28 février 2014, la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) d'Île-de-France pour obtenir l'homologation d'un document unilatéral élaboré sur le fondement des dispositions de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail portant sur un projet de licenciement collectif de plus de 10 salariés de la société dans une même période de trente jours, et fixant le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre de ce projet ; que, par la décision attaquée du 3 mars 2014, le directeur régional adjoint de l'unité territoriale du Val-d'Oise de la Direccte d'Île-de-France a procédé à l'homologation de ce document ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1233-58 du Code du travail : « I. En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques, met en œuvre un plan de licenciement dans les conditions prévues aux articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-4 (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 1233-24-2 du même code : « 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 : 1° Les modalités d'information

et de consultation du comité d'entreprise ; 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5 ; 3° Le calendrier des licenciements ; 4° Le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ; 5° Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. » ; qu'aux termes de l'article L. 1233-24-4 du même code : « À 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 l'article L. 1233-57-1 du Code du travail prévoit que :

« L'accord collectif majoritaire mentionné à l'article L. 1233-24-1 ou le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4 sont transmis à l'autorité administrative pour validation de l'accord ou homologation du document. » ; et qu'enfin l'article L. 1233-57-3 du même code dispose que : « En l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, après avoir vérifié la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1, le respect, le cas échéant, des obligations prévues aux articles L. 1233-57-9 à L. 1233-57-16, L. 1233-57-19 et L. 1233-57-20 et le respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 en fonction des critères suivants : 1° Les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ; 2° Les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement ; 3° Les efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles L. 1233-4 et L. 6321-1. (...) » ;

Considérant que le document unilatéral, qui a été homologué par la décision du 3 mars 2014 de la Direccte

d'Île-de-France, prévoit de procéder, pour l'application des critères de l'ordre de licenciement, au niveau de chaque agence appartenant à la société Mory Ducros sur le territoire national ; que, toutefois, la définition d'un tel périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise n'est envisageable que dans le cadre d'un accord collectif, les dispositions précitées des articles L. 1233-24-2 et L. 1233-24-4 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, éclairées par les travaux préparatoires, n'ayant pas entendu remettre en cause un tel principe ; que, par suite, l'administration du travail, en homologuant ce document unilatéral, dont un des éléments mentionnés au 2° de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail n'est pas conforme à une disposition législative, a méconnu les dispositions de l'article L. 1233-57-3 du même code ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Mory Ducros n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par les jugements attaqués, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé la décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation du travail et de l'emploi d'Île-de-France en date du 3 mars 2014 homologuant le document unilatéral portant sur le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi de cette société ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions du syndicat CFE-CGC SNATT et de M. A. et autres sont admises.

Article 2 : Le jugement susvisé n° 1404270 en date du 11 juillet 2014 du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise est réformé en tant qu'il a rejeté comme irrecevable la demande présentée par le syndicat des transports CFDT Auvergne.

Article 3 : La requête n° 14VE02408 et le surplus de la requête n° 14VE02409 de la société Mory-Ducros et autres sont rejetés.

(M. Brumeaux, rapp. – M^{me} Rollet-Perraud, rapp. pub – M^{es} David, Goldmann, Krivine, Benisti, Rilov, av.)

Note.

Le président de la SAS Mory a déclaré la société en cessation de paiements. Le Tribunal de commerce de Pontoise a donc ouvert une procédure de redressement judiciaire. Et, par jugement du 6 février 2014, il a arrêté le plan de cession de la SAS Mory Ducros au profit de la Société NewCo MD en cours de constitution dont l'actionnaire majoritaire est le groupe Arcole Industries.

Sur le volet social, le tribunal a notamment autorisé le licenciement dans le délai d'un mois de 2 882 salariés occupant des postes non repris dans le cadre de la cession, ainsi que le licenciement des 252 salariés « repris sur un nouveau site » au cas où ces salariés refuseraient le transfert proposé.

A la suite de ce jugement, les administrateurs judiciaires de la SAS Mory Ducros ont soumis à l'avis

du CE un document unilatéral qui, entre autres, fixait le périmètre d'ordre des licenciements au niveau des agences. Dans leur avis, les élus ont exprimé leur regret quant à ce choix, considérant qu'il aurait été plus opportun de fixer le périmètre, par exemple, au niveau des bassins d'emploi.

La Direccte ayant homologué le document unilatéral, des syndicats et des salariés ont saisi le Tribunal administratif de Cergy Pontoise pour demander l'annulation de cette décision (a) ; l'affaire a ensuite été portée devant la Cour administrative d'appel de Versailles (b).

a. L'annulation pour non-respect du principe d'objectivité dans l'application des critères d'ordre des licenciements, en première instance

Le Tribunal n'a pas répondu à l'ensemble des moyens soulevés par les requérants mais s'est appuyé sur un argument qui lui paraissait justifier l'annulation de l'homologation.

Il a suivi l'argumentaire de l'administrateur et de la Direccte tendant à considérer que les nouvelles dispositions légales permettaient à l'employeur de fixer unilatéralement le périmètre d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise, même sans accord collectif le prévoyant. Mais il a considéré que le choix de fixer ce périmètre au niveau des agences, en l'espèce, ne permettait pas d'assurer une application objective de ces critères, du fait que certaines agences étaient fermées (si bien que les salariés de ces agences là étaient, en quelque sorte, désignés d'office pour être licenciés).

Après avoir rappelé que : « *le périmètre retenu ne saurait toutefois aboutir, à travers sa fixation, à désigner, a priori, les salariés qui seront licenciés* », le Tribunal précise que : « *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, comme le soutiennent les requérants, a méconnu le principe d'objectivité que sous-tend nécessairement l'application des critères d'ordre* ». Il ajoute encore : « *au surplus, si le document unilatéral constituant le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, conformément aux dispositions précitées de l'article L. 1233-5 du Code du travail, les critères d'ordre de licenciement, cette mention devient de pure forme s'agissant des agences de la SAS Mory Ducros dans lesquelles tous les emplois sont supprimés ; que tant l'importance des licenciements envisagés dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire que la nécessité d'une reprise rapide de l'activité par le nouvel exploitant ne justifiaient pas que soit retenu un tel périmètre ; que, par suite, l'administration du travail, en homologuant le document unilatéral constituant le plan de sauvegarde*

de l'emploi, a commis une erreur d'appréciation ; que pour ce motif, les requérants sont fondés à demander l'annulation de la décision attaquée » (ci-dessus).

Ainsi, sans donner raison sur le principe aux demandeurs, le tribunal a tout de même limité le droit de l'employeur à fixer unilatéralement le périmètre d'application des critères d'ordre en attribuant à la Direccte le rôle de contrôler la manière dont l'employeur fixe ce périmètre (1).

La référence générale au principe d'objectivité permet d'espérer que, dans des dossiers où la question ne porterait pas sur la détermination du périmètre d'application des critères d'ordre, mais sur la définition, ou la pondération, ou les modalités d'application de ces critères, la Direccte vérifiera que l'employeur prévoit bien dans son document unilatéral des règles assurant que les critères pourront être appliqués de manière objective.

b. La confirmation de l'annulation pour fixation illégale du périmètre d'ordre à un niveau autre que l'entreprise sans accord collectif, en appel

Comme dans l'affaire *Heinz* (2), La Cour a confirmé l'annulation de l'homologation, mais par substitution de motifs (ci-dessus).

L'argumentation des syndicats et des salariés était la suivante. Il résulte des articles L. 1233-24-4 (3) et L. 1233-24-2 (4) que le document unilatéral doit préciser le périmètre d'application des critères d'ordre conformément aux dispositions légales et conventionnelles applicables. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, « *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). Dès lors, sauf accord collectif prévoyant un périmètre différent, le document unilatéral ne peut pas prévoir de périmètre autre que l'entreprise pour l'application des critères d'ordre.

Or, en l'espèce, aucun accord collectif en vigueur ne prévoyait un périmètre différent de celui de l'entreprise. C'est le document unilatéral qui, enfreignant les dispositions de l'article L. 1233-24-4 susvisé, prévoyait

une application des critères d'ordre au niveau des agences. Cette situation était d'autant plus grave que certaines agences étant fermées et d'autres étant cédées avec licenciement d'une partie des salariés, cela conduisait non seulement à ne pas comparer les salariés d'une même catégorie professionnelle appartenant aux différentes agences cédées, mais aussi à désigner de manière automatique tout ceux travaillant dans des agences fermées.

La Direccte et la SAS Mory Ducros avaient fait valoir, quant à elles, différents arguments pour tenter d'écarter cette interprétation.

La Direccte a d'abord tenté de s'appuyer sur la rédaction nouvelle de l'article L. 1233-5 du Code du travail. Or, d'une part, la seule modification apportée par la loi de sécurisation à l'article L. 1233-5 du Code du travail figure au dernier alinéa et elle ne concerne pas du tout le périmètre géographique de l'application des critères d'ordre : « *L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article* ». La partie de l'article citée par la Direccte n'a pas été modifiée par la nouvelle loi : « *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* » et cette disposition n'autorise pas l'employeur à fixer un périmètre distinct de l'entreprise. La loi n'ayant pas été modifiée concernant le périmètre d'application des critères d'ordre, les requérants étaient parfaitement légitimes à invoquer la jurisprudence antérieure à la loi de sécurisation de l'emploi selon laquelle « *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* » (6).

Ensuite, la Direccte et la SAS Mory Ducros invoquaient la combinaison des articles L. 1233-24-4-2° et L. 1233-24-2 du Code du travail. Selon elles, le renvoi du premier de ces articles au second autoriserait l'employeur à fixer unilatéralement le périmètre

(1) Sur cette question, v. également *supra* l'article de M.-F. Bied-Charretton, « Périmètre de l'ordre des licenciements et loyauté de l'employeur ».

(2) V. nos obs. sous CAA Versailles 16 sept. 2014, Dr. Ouv. 2015, p. 44.

(3) « À 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 ».

(4) « 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 : 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ; 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5 ; 3° Le calendrier des licenciements ; 4° Le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ; 5° Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 ».

(5) Cass. Soc. 15 mai 2013, n°11-27.458 (n°877 FS-PB), *Sté Sony France c/ C.*, reproduit *supra* p.169 en annexe à l'art. préc. de M.-F. Bied-Charretton.

(6) Cass. Soc. 15 mai 2013, préc.

géographique de son choix dans le cadre du document unilatéral.

Or, c'est exactement l'inverse :

- d'une part, si l'on admet que l'expression « *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* » signifie que l'employeur peut fixer ces éléments de manière unilatérale, cela impliquerait, par exemple, qu'il peut unilatéralement définir « *les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise* » L. 1233-24-2-1°, ce qui est incontestablement inenvisageable ;
- d'autre part, cela prive de tout sens l'esprit des négociateurs de l'ANI signé le 11 janvier 2013 et du législateur ayant transcrit cet accord dans la loi du 14 juin 2013, dont l'objectif déclaré est de favoriser le dialogue social : à quoi bon, pour l'employeur, tenter d'obtenir un accord des organisations syndicales s'il peut fixer unilatéralement les mesures comme il l'entend à défaut d'accord ?

Monsieur Pierre Bailly a très justement commenté la décision du tribunal administratif en rappelant que, selon la Cour de cassation (7), « *l'article L. 1233-5 du Code du travail oblige à établir un ordre des licenciements pour l'ensemble de l'entreprise, sans que son application soit limitée aux seuls salariés des établissements supprimés, sauf si un accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé le permet* », ce qu'il explique par l'idée que « *ce qu'un plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel peut faire, en vertu de l'autorisation de la loi et en raison de la majorité requise pour sa conclusion, un employeur ne peut se le permettre de sa seule initiative* » et dès lors en indiquant : « ***on peut en revanche douter que, hors PSE conventionnel, la jurisprudence sociale qui imposait, sauf accord collectif contraire, d'établir et appliquer cet ordre au niveau de l'entreprise soit devenue caduque, ainsi que l'exposait la Société Mory Ducros. Ce serait alors conférer à l'employeur le pouvoir de se soustraire, de sa seule initiative, aux effets de l'article L. 1233-5 du Code du travail*** » (8).

Peu importe, à cet égard, que des syndicats non majoritaires aient signé un projet d'accord validant la position de l'employeur, comme invoqué par la Société Mory Ducros : la question n'est pas de savoir si la détermination unilatérale du périmètre est légitime ou non, mais bien de savoir si elle est légale ou non. Or, à défaut d'accord collectif valable au sens de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail fixant un autre périmètre que celui de l'entreprise, force est de constater qu'en l'espèce, la réponse est négative.

Par ailleurs, la SAS Mory Ducros affirmait que l'application des critères d'ordre au seul périmètre de l'entreprise aurait abouti à devoir licencier plus de salariés que de postes supprimés.

Or, certaines entreprises à établissements multiples font le choix d'appliquer les critères d'ordre sur l'ensemble de l'entreprise sans que cela ne conduise à licencier plus de salariés que prévu. Il suffit pour cela de proposer une modification de contrats à tous les salariés concernés, sous condition des résultats de l'application des critères d'ordre. L'employeur peut très bien formuler une proposition du type : « *Nous vous informons que votre poste est supprimé. Si, en application des critères d'ordre, l'un de vos collègues de la même catégorie travaillant sur un autre site était désigné alors que son poste n'est pas supprimé, accepteriez-vous une mobilité géographique pour reprendre son poste après son licenciement ? Nous vous précisons qu'en cas de réponse positive, votre contrat se poursuivrait sur tel ou tel site (et l'employeur peut prévoir un coupon de réponse avec des choix à cocher en fonction du site) et vous pourriez bénéficier des aides à la mobilité prévues par le PSE. À l'inverse, en cas de refus, le salarié désigné sera maintenu à son poste et vous serez licencié* ».

Enfin, la Direccte et la SAS Mory Ducros affirmaient que la définition du périmètre d'application des critères d'ordre par agence aurait été décidée par le Tribunal de commerce et qu'interdire à l'employeur de fixer unilatéralement ce périmètre par voie de document unilatéral serait contraire aux principes de la séparation des pouvoirs et d'autorité de la chose jugée.

Là encore, il convient de se référer aux explications très claires du Doyen Pierre Bailly : « *Mais, d'une part, ce serait confondre deux choses qui doivent demeurer distinctes : les conditions de la cession fixées par le jugement qui arrête la plan de cession, qui doivent se limiter à prévoir le nombre des emplois supprimés et les activités et catégories d'emplois concernées, sans désigner les salariés à licencier (Cass. Soc. 19 janv. 2008, Bull. civ. V, n° 26) et le choix ensuite des salariés licenciés, qui fait intervenir l'ordre des licenciements. D'autre part, il ne semble pas que le Tribunal de commerce ait le pouvoir d'autoriser le licenciement des seuls salariés des établissements fermés, alors même qu'ils ne seraient pas désignés par la mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements. Les conditions de la cession autorisée par le Tribunal de commerce sont, en effet, sans influence sur l'ordre des licenciements* » (9).

Le rapporteur public a manifestement fourni un important travail sur le dossier, allant jusqu'à

(7) Cass. Soc. 15 mai 2013 préc.

(8) Semaine Sociale Lamy, 1^{er} septembre 2014, n° 1641, p. 12.

(9) Semaine Sociale Lamy, préc.

rechercher les travaux parlementaires pour que la Cour soit en mesure d'apprécier la volonté du législateur sur cette question du périmètre des critères d'ordre. Il a ainsi rappelé qu'une proposition d'amendement de la sénatrice Françoise Laborde, visant à retranscrire dans la loi la jurisprudence unanime selon laquelle « *les critères doivent être appliqués dans le cadre de l'entreprise* », avait été écartée au motif que, précisément, la jurisprudence déjà existante « *apporte toutes les garanties* » (10).

La Cour a donc constaté qu'en homologuant un document unilatéral fixant un périmètre géographique différent de l'entreprise, sans qu'il existe au sein de l'entreprise de disposition conventionnelle valable le prévoyant, la Direccte avait commis une erreur de droit et d'appréciation. Elle confirme ainsi la jurisprudence judiciaire en ces termes : « *la définition d'un tel périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise n'est envisageable que dans le cadre d'un accord collectif, les dispositions précitées des articles L. 1233-24-2 et L. 1233-24-4 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, éclairées par les travaux préparatoires, n'ayant pas entendu remettre en cause un tel principe* » (ci-dessus).

c. La réaction du Gouvernement

Il faut enfin noter que, chose remarquable, le Gouvernement n'a pas attendu que la décision soit devenue définitive pour montrer son mécontentement face à cette décision (jugée sans doute insuffisamment favorable aux entreprises) et a proposé, à l'occasion du projet de loi *Macron*, d'y remédier dans l'hypothèse où le Conseil d'État maintiendrait la position exprimée par la Cour administrative d'appel. Ainsi, le projet de loi a intégré un article prévoyant : « *L'article L. 1233-5 du Code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé : « 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 du Code du travail ou par le document unilatéral mentionné à l'article L. 1233-24-4 à un niveau inférieur à celui de l'entreprise. »*

Nous avons posé la question de savoir comment l'employeur pourrait déroger à la loi (telle qu'interprétée par la jurisprudence) sans accord collectif. Le Gouvernement a trouvé la solution : changer la loi... ! Est-ce cela que signifiait la formule « *le changement, c'est maintenant* » ?

En réalité, il semble que la motivation du gouvernement répond aux difficultés engendrées par la

combinaison entre cette solution et d'autres règles, en particulier les délais de prise en charge des salaires par les AGS. Notons que le gouvernement a déjà su réduire à 15 jours, par ordonnance (12 mars 2014 relative aux procédures collectives), le délai de refus en cas de la modification du contrat de travail (article L.1233-60-1 du Code du travail). Ces derniers temps, le gouvernement semble souvent vouloir orienter le dialogue social (ANI du 11 janvier 2013, négociations sur le dialogue social...). Pourquoi, plutôt que modifier la loi et donner encore plus de pouvoir à l'employeur, n'interviendrait-il pas alors auprès des « partenaires » sociaux pour les inciter à modifier le délai de prises en charge des salaires par les AGS en cas de projet de « grands » licenciements collectifs ? L'allongement de ce délai aurait en outre l'avantage de permettre aux représentants du personnel, assistés de leurs experts, de disposer d'un temps plus raisonnable pour analyser le projet, en discuter, négocier, exprimer un avis éclairé, bref jouer leur rôle convenablement, sachant qu'ils en sont déjà souvent privés en pratique dans le cadre des procédures menées devant le Tribunal de commerce.

D'autres mesures du projet de loi *Macron* ont également clairement pour objet de contrer les décisions rendues par les juridictions administratives dans un sens favorable aux salariés. Outre le sujet de l'annulation des homologations pour défaut de motivation, citons, par exemple, celle limitant le contrôle des mesures du PSE aux moyens de l'entreprise et non aux moyens du groupe en cas de procédure collective (redressement judiciaire ou liquidation) !

Cette démarche est choquante en ce qu'elle vise clairement à influencer les juridictions administratives pour les affaires dont elles sont actuellement saisies en application de la loi de sécurisation de l'emploi. Elle est d'autant plus choquante que l'article L.1 du Code du travail (chapitre préliminaire) prévoit que « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* » et que, sauf erreur de notre part, les modifications que le Gouvernement souhaite apporter aux règles applicables en matière de PSE n'ont pas été soumises au préalable aux « partenaires » sociaux.

Judith Krivine,
Avocate au Barreau de Paris

(10) SSL n° 1653 du 24 novembre 2014, p. 14.