

# Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ?

par Josépha DIRRINGER, Maître de conférences à l'Université de Rennes I et  
Morgan SWEENEY, Maître de conférences à l'Université de Paris Dauphine

## PLAN

### I. La configuration du contentieux

- A. Un intérêt à agir largement ouvert
- B. L'Administration, caution de l'employeur

### II. Un « dialogue social » dévoyé

- A. Les acteurs du « dialogue social »
- B. L'utilité du « dialogue social »

### III. Des PSE diminués

- A. Des périmètres à la carte
- B. La sauvegarde de l'emploi bradée

La compétence reconnue au juge administratif résulte de l'intervention de l'autorité administrative (6). En effet, la procédure interne à l'entreprise n'est qu'une première étape dans l'élaboration du Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE), qui consiste soit en un processus exclusivement unilatéral, sous réserve de consulter les représentants élus des salariés, soit en un processus en partie

*Tu voudrais dialoguer sans renvoyer la balle,  
Impossible d'avancer sans ton gilet pare-balles.*

*Tu voudrais donner des yeux à la justice*

B. Bonvoisin / N. Krief, *Antisocial*, 1980, Interpr. Trust

**Deux ans après la loi de sécurisation de l'emploi (1), quel bilan peut-on dresser de l'interprétation par le juge administratif des nouvelles règles sur le licenciement pour motif économique (2) ?**

**Il y a lieu de voir si la protection apportée par le juge administratif est comparable à celle qu'apportait le juge judiciaire auparavant (3). Cette comparaison mérite d'autant plus d'être opérée qu'il existe une forme de mimétisme entre les deux ordres juridictionnels. Le Conseil d'État et la Cour de cassation œuvrent en effet, depuis plusieurs années, à harmoniser leurs jurisprudences lorsque celles-ci intéressent des questions communes (4). Tel est le cas, désormais, du droit du licenciement pour motif économique : le juge administratif est compétent relativement à la procédure de licenciement pour motif économique, tandis que le juge prud'homal continue, lui, de connaître du motif économique de licenciement (5).**

**négocié avec les syndicats représentatifs. Cette phase achevée, il revient à l'autorité administrative de contrôler la régularité de la procédure, soit en homologuant le document unilatéral élaboré par l'employeur, soit en validant l'accord contenant le PSE. Or, la légalité de cette décision peut être contestée devant le juge administratif, juge de la légalité des actes administratifs.**

(1) Pour une étude de la réforme, G. Couturier, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. Soc.* 2013, p. 814 ; M.-C. Sarrazin et A. Denis, « Plan de sauvegarde de l'emploi : le droit public s'invite à la table des négociations », *Dr. Ouv.* 2014, p. 347 et 404.

(2) Lire déjà : M.-C. Sarrazin, « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », *RDT* 2014, p. 614 ; F. Géa, « Le PSE sous l'empire de la loi relative à la sécurisation de l'emploi - à propos de quelques décisions récentes de juridictions administratives », *RDT* 2014, p. 549 ; « L'homologation du PSE : (premières) esquisses interprétatives », *RDT* 2014, p. 336 ; P. Morvan, note sous TA Paris, 23 mai 2014, *Hôtel Lutétia*, *JCP S* 2014.1365 ; Y. Tarasewicz, « L'insécurité juridique autour du PSE perdue », *SSL* 2014, p. 4 ; P. Bailly, « Les surprises du nouveau régime des licenciements économiques », *SSL* 2014, p. 12 ; « Le nouveau régime du PSE », *SSL* 23 février 2015, n° 1665 ; J. Krivine, « Négociation collective et PSE : les tontons flingueurs », *Dr. Ouv.* 2015, p. 239 ; J.-Ph. Mazaud, « Le nouveau régime du PSE : l'approche du juge administratif », *Dr. Ouv.* 2015, p. 246.

(3) Pour des études antérieures ayant la même ambition que la présente étude, cf. P. Morvan, « La jurisprudence administrative relative aux licenciements pour motif économique : première ébauche », *JCP S* 2014. 1108 et M.-C. Sarrazin, « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », *op. cit.* ; J.-P. Mazaud, « Le nouveau régime du PSE : l'approche du juge administratif », préc.

(4) Un tel rapprochement était d'ailleurs le sens du détachement d'un conseiller d'État, désormais Directeur général du travail, auprès de la Cour de cassation (sans compter, dans le champ doctrinal, la chronique tenue depuis plusieurs années dans *SSL* par celui-ci avec une conseillère de la Cour de cassation).

(5) Cf. CAA Lyon, 11 septembre 2009, *UES ND Vrac Pulve*, n° 14L01839 : « Il n'appartient ni à l'autorité administrative ni au juge administratif d'apprécier les choix économiques qui ont conduit un employeur à engager une procédure de licenciement pour motif économique ». Sur la contestation de l'exclusion d'une catégorie de salariés du PSE, cf. CAA Paris, 12 mars 2015, n° 14PA05025 ; Cass. Soc. 23 septembre 2014, n° 13-12.542. Cela étant, la compétence du juge judiciaire fait débat : peut-il être saisi *ex ante* ? En ce sens, R. Vatinet, « Sur le devenir des contentieux des PSE », *JCP S* 1210 ; F. Favennec-Héry, « Le contentieux administratif des PSE : rupture ou continuité », *SSL* 2015, n° 1665, spéc., p. 5 ; v. également sous un angle particulier E. Lafuma, « Prévention des risques et droit des réorganisation : dans les plis de la loi de sécurisation de l'emploi, la santé cherche son juge », *Dr. Ouv.* 2015 p. 340. Par ailleurs, la raison économique du licenciement est appréciée par l'autorité administrative et le juge administratif, ne serait-ce que pour déterminer le caractère suffisant des informations transmises au comité d'entreprise. Cf. CAA Versailles, 16 septembre 2014, *Heinz*, n° 14VE01826 et les propos d'A. Stocki in *SSL* n° 1665, 23 février 2015, p. 16.

(6) À propos de la résurgence de l'habilitation administrative, cf. Y. Struillou, « Retour vers le futur, l'intervention du juge administratif dans le contentieux du licenciement économique », *SSL* 2013, n° 1592, p. 85.

Le transfert du contentieux des procédures de licenciement pour motif économique au juge administratif n'est pas une mesure d'ordre purement technique ou processuel. On ne peut pas faire l'impasse sur la vision politique de la loi de sécurisation de l'emploi, selon laquelle la lutte contre le chômage passe nécessairement par un compromis entre les employeurs et les représentants des salariés. Le droit des restructurations et des licenciements pour motif économique n'est alors plus perçu comme un cadre imposé au pouvoir patronal et qui prend appui sur le système de représentation collective des salariés. Désormais, c'est directement le système de représentation des salariés, rebaptisé « dialogue social », qui est mis au service de l'intérêt de l'entreprise et de la défense de l'emploi (7). Dès lors, l'emploi est à la fois un point de cristallisation autour duquel se forge l'intérêt de l'entreprise et un objet des politiques sociales intéressant l'intérêt

général. Ce bien commun est donc sous bonne garde : il est à la fois garanti par un compromis entre salariés et employeurs et soumis à un contrôle de la part des autorités publiques (8). La configuration du contentieux et le pouvoir des juges ne peuvent en être qu'affectés.

La présente étude livre quelques éléments statistiques ainsi qu'un premier panorama de la configuration de ce contentieux naissant (I). Elle entend surtout apporter des clés de compréhension sur les premières décisions rendues par les juridictions administratives du fond. Il en ressort un dialogue social dévoyé qui n'est là que pour légitimer et réaliser les choix de gestion de l'employeur (II). Quant aux exigences imposées aux PSE sur lesquels il porte, celles-ci paraissent bien affaiblies (III). S'esquisse alors une stratégie de repli sur une logique purement gestionnaire qui a pour objet d'assurer la célérité et le maintien de la décision à tout prix.

## I. La configuration du contentieux

2013	2014	2015
	janv.-14	64
	févr.-14	70
	mars-14	51
	avr.-14	78
	mai-14	49
	juin-14	79
juil.-13	juil.-14	53
août-13	août-14	46
sept.-13	sept.-14	34
oct.-13	oct.-14	59
nov.-13	nov.-14	51
déc.-13	déc.-14	62
<b>Total</b>	<b>211</b>	<b>961</b>

La DARES opère un suivi statistique du nombre de PSE homologués ou validés, dont le nombre était, en janvier 2015, de 961 (9).

En 2013, l'organisme indique que 70 % des PSE résultaient de l'homologation intervenue à la suite d'un document unilatéral établi par l'employeur, 25 % de la validation d'un accord majoritaire et 5 % d'une procédure mixte (10). De son côté, la DGEFP a également dressé un bilan pour cette même période (11). Sur 416 dossiers déposés, 236 ont fait l'objet d'une décision, dont 23 refus. 35 % des cas, soit 145 dossiers, relèvent d'une procédure collective ; 79 % des entreprises soumises au droit commun du licenciement pour motif économique ont négocié (12), ce qui représente 214 cas (13).

(7) Cette évolution s'inscrit dans une transformation de la négociation collective, dont la dimension se veut plus organisationnelle et davantage « intégrative ». Cf. A. Lyon-Caen, « L'emploi comme objet de négociation collective », Dr. soc. 1998, p. 316 ; T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ 2007, spéc., pp. 133 et 187 : l'emploi est présenté comme « un motif commun aux différentes parties de la négociation collective, reconnu par elles comme étant déterminant » ; « d'une fonction classique orientée vers l'amélioration des conditions de travail des salariés, la négociation collective se voit assigner une fonction de gestion tournée vers les conditions de production et de compétitivité ».

(8) On rappellera, à cet égard, l'exposé des motifs de la loi de sécurisation de l'emploi : « le premier [constat partagé] est l'urgence d'une mobilisation de tous pour développer l'emploi et lutter contre le chômage ». Il s'inscrit dans le cap fixé par le Président de la République : « mobiliser les forces vives de notre pays vers des solutions nouvelles pour l'emploi ». Du côté de l'Administration, celle-ci indique que « la mission de la Direccte est celle d'un tiers de confiance, facilitateur du dialogue social au sein de l'entreprise, intervenant dans une posture de conseil auprès des partenaires sociaux » : Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, « Mise en place de la procédure de validation/homologation des PSE », décembre 2013, p. 6.

(9) <http://travail-emploi.gouv.fr/etudes-recherches-statistiques-de,76/statistiques,78/chomage,79/les-dispositifs-publics-d,2472/les-dispositifs-publics-d,13674.html>

(10) DARES, *Analyses*, janvier 2015, n° 4, p. 9. Pour plus de clarté dans l'expression, nous ne viserons, dans la suite de l'étude, que les hypothèses d'homologation ou de validation, ce qui n'implique pas un déni de la décision mixte : l'Administration doit, dans ce cas, opérer le contrôle propre au document unilatéral pour ce qu'il comporte, et le contrôle restreint sur les matières de l'accord collectif.

(11) DGEFP, *Rapport d'activité 2013 – Perspectives 2014*, publication du ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 2014, p. 22 [<https://www.emploi.gouv.fr/files/files/DGEFP-rapport-activite-2013.pdf>]. On notera que les chiffres cités par la DGEFP et ceux de la DARES connaissent un léger écart.

(12) C'est-à-dire en-dehors d'une procédure collective.

(13) L'écart entre les chiffres de la DARES et ceux du ministère peut s'expliquer par le fait que, parmi les entreprises qui ont ouvert des négociations, toutes ne sont pas parvenues à un accord.

Parmi les 236 décisions rendues par l'autorité administrative, plusieurs ont fait l'objet d'un recours devant les juges administratifs. Le Tribunal administratif dispose d'un délai de trois mois pour statuer (14), faute de quoi il est automatiquement dessaisi au profit de la Cour administrative d'appel qui, elle-même (15), peut se voir dessaisie dans les mêmes délais en faveur du Conseil d'État.

Le bilan de la DGEFP se félicite du taux de recours particulièrement bas qui serait, pour l'année 2013, de 6 % (14 recours) (16). Ce taux demeure encore

inconnu pour l'année 2014. Les décisions rendues sont en nombre relativement limité et comptent essentiellement des décisions rendues en première et deuxième instances (17). Ainsi, le panel étudié est-il composé de 17 jugements et 26 arrêts, 33 résultent d'une contestation d'une décision d'homologation, 9 d'une décision de validation, une seule d'une procédure mixte (18). Seules 12 ont conduit à l'annulation de la décision prise par l'autorité administrative (soit 28 % du total), dont 9 étaient des homologations (soit 21 % du total).

	Validation	Homologation	Mixte
Jugements (TA)	4	13	0
Arrêts (CAA)	5	20	1
Total	9	33	1
%	21 %	77 %	2 %
Annulation par les juges administratifs			
Jugements (TA)	0	3	0
Arrêts (CAA)	2	6	1
Total	2	9	1
Taux d'annulation par les juges (en %)	22 %	27,2 %	100 %

Un premier coup d'œil permet de relever qui sont les auteurs des actions menées devant les juges administratifs. Étant donné le faible taux de refus prononcé par les Direccte – d'environ 10 % – on ne sera pas étonné de remarquer que, sur l'ensemble des arrêts et jugements étudiés, un seul résulte du recours introduit par un employeur (19). Pour le reste, il s'agit d'actions menées par les salariés et leurs représentants. Une telle polarisation n'est pas nécessairement le signe de la partialité des autorités publiques. Bien que la décision s'adresse à l'employeur (20),

les salariés sont les premiers à vouloir agir contre la décision de l'autorité administrative, car ils sont les premiers affectés par les licenciements. Le privilège du préalable présent en droit du travail reste inchangé ; il revient aux salariés d'agir contre la décision qui leur cause du tort (21). Il reste que la configuration objective du contentieux renforce le sentiment d'une inclination bienveillante de l'Administration envers les choix de gestion pris par l'employeur, car, si l'intérêt à agir des salariés est largement ouvert (A), face à eux, celle-là n'en est pas moins la caution de celui-ci (B).

(14) CAA Versailles, 17 février 2014, *Systèmes Moteurs*, n° 14VE03261. Il ressort de cet arrêt que « le délai de trois mois commence à courir à compter de la date d'enregistrement de la demande contentieuse auprès du TA territorialement compétent ». Sur cette question, cf. S. Brotons, « Le point de départ du délai de trois mois pour statuer », SSL 2015, n° 1665, p. 23.

(15) Pour un exemple : CAA Bordeaux, 30 mars 2015, *SGBA*, n° 15BX00143.

(16) Le contentieux étudié ne renseigne donc que très imparfaitement sur la réalité du contrôle des Direccte. Les auteurs du rapport de la DGEFP attribuent les résultats constatés à l'élan du dialogue social. Évidemment, cette déduction est purement rhétorique, car les causes de ce faible taux de recours peuvent se trouver ailleurs : dans la brièveté des délais de recours, dans l'existence d'un contrôle préalable exercé par l'autorité administrative, dans le temps d'appropriation des nouvelles règles par les représentants des salariés et leurs conseils, etc. Dire sans plus de précision laquelle de ces causes est première et déterminante ne peut être qu'une affirmation péremptoire et infondée.

(17) Le Conseil d'État a rendu deux décisions. La première concernait la possibilité d'agir en référé, ce qui a été refusé jugeant que la condition d'urgence n'était pas, par principe, remplie : CE 21 février 2014, n° 374409, C. Mayeur Carpentier, « Le juge administratif de l'urgence et le PSE », RDT 2014, p. 353 ; la seconde portait sur la détermination de la juridiction territorialement

compétente : CE, 24 janvier 2014, n° 374163, cf. G. Dumortier, « Quel Tribunal administratif est compétent en matière de PSE ? », AJDA 2014, p. 863.

(18) Les statistiques présentées prennent en compte chaque décision juridictionnelle, même lorsqu'elle se rapporte à une même décision administrative – un PSE qui aurait été contesté en première instance et en appel. Sur le panel étudié, cela concerne 5 contentieux. Le panel résulte d'un recueil de décisions auxquelles les auteurs ont pu accéder, il n'est pas exhaustif. En cela, le panel étudié ne donne qu'un aperçu du contentieux en la matière.

(19) CAA Nantes 3 février 2015, *SICA Conserves*, n° 14NT02952. Cf. également, TA Orléans, 25 septembre 2014, *SICA Conserves*, n° 1402485.

(20) Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé qu'il ne s'agissait pas d'un acte réglementaire. Cf. CE, 24 janvier 2014, n° 374163.

(21) En droit du travail, le privilège du préalable implique, en effet, que ce soient les salariés qui agissent pour contester les décisions de l'employeur applicables directement et exécutoires en elles-mêmes. En réalité, ce principe trouve sa première énonciation dans la pensée d'Hauriou, qui y voit le moyen d'asseoir l'autorité des décisions prises par l'Administration.

## A. Un intérêt à agir largement ouvert

Le processus d'élaboration du PSE est complexe et confronte l'employeur à une pluralité d'interlocuteurs. Quelle que soit la procédure choisie, du document unilatéral ou de l'accord collectif « majoritaire » (22), il sera dans l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise et le CHSCT, qui pourront influencer, par leur avis et le recours à l'expertise, le contenu de la décision. Dans l'hypothèse où l'employeur a décidé de négocier, il devra convaincre des organisations syndicales représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives de signer l'accord pour qu'il puisse être soumis à validation de l'Administration. Outre les salariés individuellement, l'ensemble de ces acteurs peut avoir intérêt à contester l'élaboration ou le contenu du PSE auquel ils ont contribué.

Dans le droit fil de l'esprit de la loi de favoriser le dialogue social, les décisions des juges administratifs ont largement admis la recevabilité des actions menées par les salariés à titre individuel, par les syndicats, ou encore par les institutions de représentation élue (23). Ces décisions témoignent d'une conception large de ce que recouvre l'intérêt des

salariés. Non seulement les juges administratifs ne se sont pas arrêtés à la lettre, peut-être maladroitement, des dispositions législatives (24), mais encore, il est heureux qu'ils aient repris à leur compte la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle tout syndicat est recevable à agir en raison du préjudice causé à l'intérêt collectif (25). Certains juges n'ont pas hésité à reconnaître un intérêt à agir aux salariés de l'entreprise, coupant l'herbe sous le pied des parties adverses, dont la stratégie, quelque peu cynique, a été de vouloir contester l'action des salariés dont l'emploi était supprimé (26). La question reste de savoir s'il faut admettre la recevabilité de salariés qui n'ont finalement pas été licenciés, voire dont l'emploi n'a jamais été visé (27). Les salariés menacés de licenciement, mais qui, au final, ne l'ont pas été (28), doivent pouvoir agir contre la décision de l'employeur, dès lors que l'élaboration du PSE peut néanmoins les concerner. Peut-on aller plus loin et dire que la sauvegarde de l'emploi est un motif suffisant pour que l'on étende l'intérêt à agir à l'ensemble des salariés (29) ?

Quoi qu'il en soit, l'orientation ouvre sur une variété de combinaisons possibles. Ainsi sont-ce parfois des salariés seuls qui agissent (30), parfois rejoints par leurs représentants élus et par certains syndicats (31), parfois encore ce sont les syndicats seuls (32) ou les

(22) Le Code du travail vise l'expression « d'accord majoritaire ». La majorité n'est appréciée ni par rapport aux inscrits sur la liste électorale, ni par rapport aux bulletins valablement exprimés, mais au regard des votes valablement exprimés en faveur des seules organisations syndicales représentatives (cf. C. trav. L. 1233-24-1).

(23) TA Cergy-Pontoise, 7 février 2014, *HJ Heinz France SAS*, n° 1400713, obs. M. Grévy, Dr. Ouv. 2014, p. 131 ; obs. P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail - février 2013 - mars 2014 », D. 2014, p. 1115 ; R. Vandermeeren, « Contestation de la décision d'homologation d'un PSE », JCP S n° 30, 29 juillet 2014, 1322 et conclusions d'I. Servé, « L'étendue de la motivation de l'homologation du PSE par la Direccte », SSL 2014, n°1631. Une seule décision, cependant, a rejeté la recevabilité de l'action menée par un syndicat dont le secrétaire ne disposait pas du pouvoir nécessaire pour ester en justice. La Cour administrative d'appel de Lyon a refusé de recevoir la requête du syndicat, alors même que cette formalité avait été, par la suite, régularisée : CAA Lyon, 12 mars 2015, *Heppner-en-Forez*. Selon les juges, « la pièce ainsi produite pour la première fois en appel n'est pas de nature à régulariser la demande présentée par l'union syndicale requérante le 23 septembre 2014 devant ce Tribunal administratif ». Sans remettre en cause le bien-fondé de la solution, une telle intransigeance peut être regrettable si l'on a à l'esprit les conséquences néfastes pour les salariés d'une décision possiblement illégale. Dans une autre décision, qui ne fait pas partie de notre panel, la recevabilité des syndicats a été rejetée : TA Nîmes, ord., 27 novembre 2013, n° 1302334, cité par P. Lokiec et J. Porta, *op. cit.* et D. Jacotot, « La décision d'homologation d'un document unilatéral relatif à un licenciement collectif validée par le Tribunal administratif », JCP G n° 3, 20 janvier 2014, 70.

(24) Cf. en particulier C. trav. L. 1233-57-4.

(25) Cf. CAA Marseille, 15 avril 2014, *SAS Call expert*, n° 14MA00387, conclusion du rapporteur public, cf. S. Deliancourt, « La violation du droit à l'information du comité d'entreprise entache d'illégalité la décision d'homologation d'un PSE », JCP S n° 39, 23 septembre 2014, 1364 ; CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Pages Jaunes*, n° 14VE02235.

(26) CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Pages jaunes*, n° 14VE02235 ; CAA Versailles, 16 septembre 2014, n° 14VE01826, *Heinz*, Dr. Ouv. 2015, p.44, n. J. Krivine.

(27) Les juges ne précisent pas toujours si le salarié est concerné par la procédure de licenciement économique.

(28) Soit en vertu d'une modification de leur contrat qu'ils auraient acceptée, soit en vertu d'un reclassement, soit en vertu de l'ordre des licenciements.

(29) En ce sens, S. Brotons, « L'office du juge administratif dans le nouveau contentieux sur le PSE », SSL n° 1665 du 23 février 2015, p. 17 ; M. Cazelles, « Tableau de jurisprudence », SSL 2015, n° 1665, p. 19.

(30) CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Pages jaunes*, n° 14VE02235 ; pour certains auteurs autorisés, cette décision ouvre l'intérêt à agir à « tout salarié de l'entreprise, peu importe qu'il soit visé ou non par un PSE », cf. J. Porta, P. Lokiec, « Droit du travail - mars 2014 - mars 2015 », D. 2015, p. 829. V. aussi CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *SA Milonga*, n° 14MA01909 ; CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Astérian*, n° 14VE02351.

(31) CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Mory-Ducros*, n° 14VE02408, Dr. Ouv. 2015 p.202 n. J. Krivine ; CAA Versailles, 30 septembre 2014, *Sanofi*, n° 14VE02163 ; CAA Bordeaux, 30 juin 2014, *IPL Atlantique*, n° 14BX01084 ; CAA Douai, 17 juillet 2014, *Filpac*, n° 14DA00728 ; CAA Versailles, 17 février 2015, *Systèmes Moteurs*, n° 14VE03261 ; CAA Versailles, 16 septembre 2014, *Heinz*, n° 14VE01826.

(32) CAA Nancy 27 novembre 2014, *PIM*, n° 14NC01730 s. ; CAA Versailles, 24 juin 2014, *Darty*, n° 14VE00884 ; CAA Lyon 11 septembre 2014, *UES ND Vrac Pulve*, n° 14LY01839 ; CAA Lyon, 12 mars 2015, *Heppner-en-Forez*, n° 15LY00312 ; CAA Douai, 3 juillet 2014, *AJIS*, n° 14DA00635 ; CAA Bordeaux, 30 mars 2015, *SGBA*, n° 15BX00143 ; CAA Nantes, 30 avril 2015, *Harmer et Simmons*, n° 15NT00395.

institutions de représentation seules qui agissent (33), parfois, enfin, ils décident d'agir de concert (34).

## B. L'Administration, caution de l'employeur

La réforme du régime du PSE brouille l'identité de l'auteur de la décision. En effet, l'employeur ne peut plus, *in fine*, décider seul, car il doit obtenir soit l'homologation (35), soit la validation. Réciproquement, l'Administration, si elle peut être invitée à discuter avec l'employeur, n'intervient que pour homologuer ou valider la procédure d'élaboration et la détermination des mesures d'accompagnements qui composent le PSE et qui sont, pour l'essentiel, entre les mains de l'employeur (36). Cette ambivalence donne une configuration particulière au contentieux étudié.

Il n'est pas étonnant, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, de constater que le ministère du Travail est partie à l'action. C'est la décision de ses services qui est contestée. À quelques exceptions près (37), ce dernier est le défendeur, agissant parfois seul (38), le plus souvent aux côtés de l'employeur (39). Une telle configuration, même inhérente au type de recours retenu, n'en marque pas moins une évolution importante du rôle joué par l'État.

Certes, l'histoire sociale et celle du droit du travail révèlent que l'État n'a jamais été absent du jeu des relations de travail. Son intervention est ancienne et persistante. Quelles que soient les finalités poursuivies, l'État conservait une position qui se voulait de surplomb. Or, le dispositif mis en place par la loi de sécurisation de l'emploi oblige ce dernier à prendre parti. Une fois le PSE homologué et/ou validé, il devient l'allié objectif de l'employeur, partie forte au contrat. On ne peut pas vraiment être étonné que des requérants aient critiqué le manque de neutralité de l'autorité administrative (40), car le symbole est fort et, quelles que soient les intentions des Directe, un sacré coup se voit ainsi porté à la figure de l'État social et à l'idée que le droit du travail serait par essence protecteur de la partie faible (40 bis). D'aucuns pourraient également contester le retour d'un État gestionnaire, qui s'immiscerait dans des affaires privées.

La réforme dite de sécurisation de l'emploi est inscrite dans une volonté affichée de faire confiance au dialogue social. L'analyse des décisions du panel montre certaines tendances qui mettent à mal cette ambition.

## II. Un « dialogue social » dévoyé

Selon la Cour administrative d'appel de Marseille, l'intervention de l'administration vise à conforter le dialogue social (41). Cette mission serait « *l'un des objectifs fondamentaux de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi* » et ferait de l'autorité administrative la « *garante du dialogue social* ». L'Administration s'assure de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise sur l'opération projetée et ses modalités d'application. Plus largement, elle veille

à la régularité de la procédure interne, que celle-ci soit négociée ou qu'elle soit menée de manière unilatérale par l'employeur. Le juge, quant à lui, veille à ce que l'autorité administrative exerce la plénitude de sa compétence.

Le dialogue social ne se limite pas à la négociation collective. Il recouvre toutes pratiques par lesquelles les employeurs et les salariés participent à l'élaboration des normes sociales (42). L'invocation

(33) CAA Marseille, 24 octobre 2014, *Moncigale*, n° 14MA03543 s.

(34) CAA Paris, 12 octobre 2014, *Hôtel Lutetia*, n° 14PA02909 ; CAA Paris, 12 mars 2015, *France Télévisions*, n° 14PA05025 ; CAA Nancy, 16 octobre 2014, *BASF*, n° 14NC01417 ; CAA Versailles, 30 septembre 2014, *SKF*, n° 14VE0200 ; CAA Paris, 13 mai 2015, *Still SAS*, n° 15PA00702.

(35) F. Géa, « L'homologation du PSE : (premières) esquisses interprétatives », RDT 2014, p. 336.

(36) Pour une étude du rôle de l'administration à l'égard des PSE, cf. T. Kapp, « Le contrôle accru des plans de sauvegarde de l'emploi par l'administration », SSL 2013, n° 1592.

(37) CAA Versailles, 17 février 2015, *Systèmes Moteurs* (décision dans laquelle le ministère s'est contenté d'adresser des observations), n° 14VE03261 ; CAA Paris, 12 octobre 2014, *Hôtel Lutetia*, n° 14PA02909 ; CAA Marseille, 14 avril 2014, *SAS Call Expert*, n° 14MA00387.

(38) CAA Versailles, 16 septembre 2014, *Heinz*, n° 14VE01826 ; CAA Versailles, 30 septembre 2014, *SKF*, n° 14VE0200 ; CAA Versailles, 30 septembre 2014, *Sanofi*, n° 14VE02163 ; CAA Nantes, 3 février 2015, *SICA Conserves*, n° 14NT02952.

(39) CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Mory-Ducros*, n° 14VE02408 s. ; CAA Versailles, 24 juin 2014, *Darty*, n° 14VE00884 ; CAA Douai, 3 juillet 2014, *AJJS*, n° 14DA00635 ; CAA Bordeaux, 30 juin

2014, *IFL Atlantique*, n° 14BX01084 ; CAA Douai, 17 juillet 2014, *Filpac*, n° 14DA00728 ; CAA Lyon, 11 septembre 2014, *UES ND Vrac Pulve*, n° 14LY01839 ; CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *SA Milonga*, n° 14MA01909 ; TA Paris, 30 décembre 2014, *Barclays*, n° 1421402/3 ; TA Nancy, 16 octobre 2014, *BASF*, n° 14NC01417 ; CAA Paris, 12 mars 2015, *France Télévisions*, n° 14PA05025 ; CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Astérian*, n° 14VE02351.

(40) Cf. notamment TA de Caen du 27 juillet 2014 (*Avinov*) : « *les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'en sollicitant la production de cette pièce, l'autorité administrative aurait, en perdant sa neutralité, favorisé l'entreprise au détriment des salariés et entaché la procédure d'une irrégularité* ».

(40 bis) NDLR. A propos du comportement de l'administration du travail dans le contentieux des licenciements collectif, on se reportera aux documents et échanges reproduits au Dr. Ouv. mai 2015 p. 259.

(41) CAA, Marseille, 15 avril 2014, *SAS Call Expert Languedoc Roussillon*, n° 14MA00387.

(42) Rappels l'influence de l'Union européenne dans la promotion du concept de dialogue social, COM (2002) 341 final du 26 juin 2002, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement. V. aussi E. Mazuyer, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », Dr. Soc. 2007, p. 476.

du dialogue social comme objectif modifie le sens donné aux procédures de participation. Dans l'ère du dialogue social, les représentants des salariés ont moins vocation à exprimer et à défendre les intérêts des salariés face à l'employeur qu'à participer, avec d'autres acteurs, au processus de « sauvegarde de l'emploi ». À l'égard des pouvoirs publics, il occupe une fonction quasi-réglementaire de mise en œuvre des politiques sociales. À l'égard des entreprises, il est un instrument de légitimation du processus décisionnel, elle-même perçue comme un facteur d'efficacité économique.

La perception du juge en sort nécessairement modifiée, non seulement à l'égard des acteurs du dialogue social (A), mais aussi à l'égard de l'utilité que celui-ci est censé revêtir (B).

## A. Les acteurs du « dialogue social »

La loi a très largement ouvert la participation au dialogue social (43). Ainsi n'a-t-elle pas fait le choix entre représentation élue et représentation syndicale, estimant que l'une comme l'autre sont légitimes à représenter les salariés. Cela explique la souplesse du contrôle des juges aussi bien quant à la détermination des acteurs (1.) qu'à leur légitimité (2.).

### 1. La détermination des acteurs

L'architecture issue de la loi de sécurisation de l'emploi repose sur la dualité qui sépare représentation élue et représentation syndicale, et où chacune exerce une forme de participation (44). L'employeur choisit selon quelle modalité le « dialogue social » se déroulera. Soit il négocie avec les organisations syndicales le contenu du PSE, soit il procède unilatéralement, soit encore il négocie certaines questions et

décide seul des autres (45). L'arrêt *Darty* l'a rappelé. Lorsqu'il choisit la voie négociée et qu'un accord en est résulté, l'employeur n'a pas à consulter le comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif (46) ; il doit néanmoins le faire sur l'opération projetée, conformément aux articles L.1233-30 et L.2323-15 du Code du travail (47).

La loi impose à l'employeur de faire le choix du dialogue social au début de la procédure de consultation. Il dispose néanmoins d'un laps de temps pour le faire, étant précisé qu'il peut commencer à négocier avant même que le comité d'entreprise ait été réuni (48). Il informe l'autorité administrative lors de la notification de son projet, soit au plus tôt le lendemain du jour de la première réunion prévue avec le comité d'entreprise (49).

Pourtant, dans l'affaire *Darty*, la Cour administrative d'appel de Versailles décide que « l'employeur [peut choisir] de mener à bien les procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise avant la signature de l'accord » (50). Autrement dit, l'employeur peut ne pas choisir et faire les deux. Cette solution est critiquable. D'abord, parce que la versatilité de l'employeur affecte la temporalité de la procédure. L'ouverture tardive des négociations peut priver les négociateurs de l'assistance de l'expert mandaté par le comité d'entreprise, en particulier si celui-ci lui a déjà offert son concours dans le cadre de la procédure de consultation. Ensuite, parce que la solution retenue par les juges a pour conséquence de réduire le délai d'action ouvert aux salariés, dont le point de départ est fixé à la date de la dernière réunion du comité d'entreprise (51).

(43) F. Favennec-Héry, « Licenciement économique : un changement d'acteurs », JCP S n° 25, 25 juin 2013, 1258.

(44) Cette conception s'est cependant estompée. Le législateur a reconnu aux représentants élus des salariés le pouvoir de négocier. De plus, le comité d'entreprise n'est plus consulté uniquement à l'occasion de décisions unilatérales de l'employeur ; il l'est encore lors des négociations collectives : Cass. Soc. 5 mai 1998, Bull. civ. v, n° 219, Dr. Ouv. 1998, p. 350 n. D. Boulmier.

(45) C. trav. L. 1233-24-1.

(46) CAA Versailles, 24 juin 2014, *Darty*, n° 14VE00884, RDT 2014, p. 549, obs. F. Géa. V. aussi CAA, 19 février 2015, *DIM*, n° 14VE03321 ; AJDA 2015, p. 866.

(47) CAA, 19 février 2015, *DIM*, n° 14VE03321, préc. Dans cet arrêt, les juges ont refusé de considérer la procédure irrégulière alors que le comité d'entreprise n'avait pas été consulté sur le plan de cession de l'entreprise au groupe DBApparel. En effet, la date à laquelle a eu lieu la cession, finalisée postérieurement au projet de réorganisation de l'entreprise, « n'est pas, à elle seule, de nature à établir que ces institutions n'auraient pas été régulièrement consultées ». Suivant les conclusions du rapporteur public, « rien au dossier ne laissait penser que la réorganisation était liée au projet de cession. Certes, la réorganisation a pu permettre une meilleure valorisation de l'entreprise au moment de la vente [...] Mais ces éléments n'étaient pas suffisants pour établir que des informations données sur le projet de cession

auraient été susceptibles de modifier l'appréciation portée par les représentants du personnel sur la situation économique de l'entreprise ». Malgré tout, ne peut-on pas se demander s'il n'appartenait pas à l'autorité administrative et au juge de vérifier que le projet de réorganisation de l'entreprise initié par l'employeur n'était pas contraire aux dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail ? Si tel n'est pas le cas, il faudra alors se tourner vers le juge judiciaire.

(48) Il n'est pas certain que cette règle soit conforme au droit de l'Union européenne. Cf. CJCE, 10 septembre 2009, C-44/08, *Akavan* ; Dr. Ouv. 2010, p.159 n. M. Bonnechère ; SSL 2010, n° 1444, p. 15, obs. S. Laulom ; Liaisons sociales Europe du 17 au 30 septembre 2009, n° 233, obs. H. Tissandier : « la procédure de consultation doit donc être déclenchée par l'employeur au moment où a été adoptée une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs ».

(49) C. trav. L. 1233-46.

(50) CAA Versailles, 24 juin 2014, *Darty*, n° 14VE00884, RDT 2014, p. 549, obs. F. Géa.

(51) C. trav. L. 1235-7 - Toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement.

Deux autres décisions confirment le sentiment d'une certaine indifférence des juges à l'égard du cadre de discussion dans lequel le PSE a été élaboré. La première a été rendue par la Cour administrative d'appel de Versailles, rejetant le recours de la CGT contre la validation d'un accord majoritaire. Selon elle, les modifications subies par l'accord avaient fait l'objet de « discussions » avant l'injonction de la Direccte et après, lors de la réunion du comité central d'entreprise (52). L'emploi du terme générique de « discussions » révèle l'indifférence des juges. Surtout, il laisse ouverte la possibilité d'« un certain transfert de la fonction de représentation des intérêts des salariés exercée par les syndicats [...] au profit du comité d'entreprise » (53). La seconde décision révèle, à l'inverse, que l'existence de négociations préalables pallie l'altération de la procédure de consultation. La Cour administrative d'appel de Paris a en effet admis la légalité de l'homologation du document unilatéral élaboré par la société France Télévisions, en considérant que les modifications faites par l'employeur n'étaient pas irrégulières puisqu'un « un dialogue social a pu avoir lieu, nonobstant le fait qu'aucun accord n'ait pu être adopté à la majorité » (54). En l'espèce, les modifications avaient été discutées avec le comité d'entreprise lors d'une seule réunion, mais, relèvent les juges, elles « avaient été préalablement négociées autour de l'accord collectif avec les organisations syndicales, qui en avaient donc connaissance ».

Dans les deux cas, l'important réside dans la tenue d'une concertation, sans que le juge s'embarasse vraiment de savoir qui, des représentants élus ou des représentants syndicaux, est intervenu, ni si l'employeur a entravé l'exercice du droit syndical ou le fonctionnement du comité d'entreprise (55). Sans doute, à l'heure de la simplification de la représentation des salariés dans l'entreprise (56), il suffit de discuter avec les représentants légitimes des salariés, point sur lequel le juge n'exerce d'ailleurs qu'un contrôle purement formel.

## 2. La légitimité des acteurs

La légitimité des acteurs conditionne celle du processus dans son ensemble. Dans le cadre de la négociation, la validité de l'accord contenant le PSE est subordonnée à deux exigences, une exigence de représentativité et une exigence majoritaire. Ainsi cherche-t-on à s'assurer l'adhésion des destinataires de la décision, du moins qu'elle soit, à leurs yeux, jugée acceptable. Ces exigences sont mises en œuvre par la loi, qui a fixé les conditions de représentativité des syndicats et celles relatives au calcul de l'audience électorale.

La lecture des décisions laisse voir un contrôle purement formel. Ainsi, s'agissant de l'exigence de représentativité, il a été jugé que la circonstance que les démonstratrices ne soient pas des cadres et qu'elles soient rattachées à l'établissement de Rueil-Malmaison n'empêchait pas la CFE-CGC, syndicat catégoriel des cadres, de signer cet accord pour l'ensemble de l'entreprise aux côtés de la CFTC (57). Au demeurant, l'arrêt conduit à s'interroger sur le caractère possiblement catégoriel de l'accord contenant le PSE lorsqu'une seule catégorie de salariés est visée par les suppressions d'emplois. Il est difficile de trancher définitivement cette question (58). Si l'accord est qualifié d'accord catégoriel, alors seuls les syndicats inter-catégoriels et les syndicats ayant vocation à représenter la catégorie de salariés visée par le PSE sont habilités à le conclure. À l'inverse, si l'accord est qualifié d'accord inter-catégoriel, alors l'ensemble des syndicats, dont ceux affiliés à la CFE-CGC, est habilité à le conclure, mais le syndicat catégoriel ne peut le signer seul. Dans ce cas, les syndicats affiliés à la CFE-CGC n'ont pas à établir leur représentativité au sein de toutes les catégories de personnel. De plus, leur audience électorale, une fois rapportée à l'ensemble des votants, est prise en compte pour apprécier les conditions de validité de l'accord (59). Cette interprétation expliquerait le

(52) CAA Versailles, 30 septembre 2009, SKF, n° 14VE0200.

(53) J. Savatier, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 179 et spéc., p. 187.

(54) CAA Paris, 12 mars 2015, France télévisions, spéc. cons. 5.

(55) Cela est affirmé par la rapporteur public, premier conseiller à la CAA de Versailles : « il ne s'agit pas de faire respecter les droits du comité d'entreprise et de sanctionner un délit d'entrave, mais d'apprécier la légalité d'une décision de l'administration qui doit examiner la régularité de la consultation des IRP » : AJDA 2015, p. 866 sous CAA Versailles, 19 février 2015, DIM, n° 14VE03321.

(56) Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi (ETXS1508596L).

(57) CAA Versailles, 17 février 2015, DIM, n° 14VE03321. En l'espèce, la CFDT conteste la validité de l'accord conclu par la CFE-CGC et par la CFTC. Selon la requérante, la CFE-CGC n'était pas en mesure de signer un accord alors que le PSE visait les démonstratrices, catégorie professionnelle que n'a pas vocation à représenter la CFE-CGC, et que ce syndicat n'est pas implanté dans l'établissement concerné par le PSE.

(58) Sur la question de la représentativité des syndicats catégoriels, cf. Déc. n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, préc., cons. 7. Comp. Cass. Soc. 12 avril 2012, n° 11-22.289, SSL 2012, n° 1535 : « le critère d'audience électorale nécessaire à l'établissement de la représentativité des syndicats inter-catégoriels prend nécessairement en compte les suffrages exprimés par l'ensemble des salariés de l'entreprise, peu important que certains soient électeurs dans des collèges spécifiques ».

(59) Cass. Soc. 31 mai 2011, n° 10-14.391, Bull. civ. V, n° 134, Dr. Ouv. 2011 p.748, n. C. Wolmark. Dans la mesure où il n'est pas admis à signer seul un accord collectif inter-catégoriel, un syndicat catégoriel ne saurait conclure seul un accord contenant un PSE. Cass. Soc. 2 juillet 2014, n° 13-14.622, D. 2014, p. 1598, n. G. François : selon la Cour, d'une part, cela est contraire au « principe de spécialité » ; d'autre part, « les syndicats représentatifs catégoriels ne se trouvent pas dans la même situation que les syndicats représentatifs inter-catégoriels, tant au regard des conditions d'acquisition de leur représentativité que de leur capacité statutaire à participer à la négociation collective ». Pour M. Y. Chalaron, « l'admission de négociations catégorielles doit pouvoir être considérée comme un principe général en matière de négociation collective », *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 26, n. 15.

mieux pourquoi, en l'espèce, la CFE-CGC a pu signer l'accord, aux côtés de la CFTC, quand bien même elle n'était pas représentative des salariés concernés par le PSE, ni même implantée dans l'établissement visé par les suppressions d'emplois. La solution n'en paraît pas moins critiquable. L'exigence majoritaire, même renforcée, ne palliera jamais l'absence de lien réel de représentation. Compte tenu de l'objet très particulier de cette négociation et du rôle délicat dont sont investis les syndicats, n'aurait-il pas fallu exiger un véritable lien de représentation ?

Quant à l'exigence majoritaire, les contestations qui ont abouti portaient sur un aspect très formel, pour ne pas dire formaliste. L'annulation résultait de l'absence de mandat valable donné au délégué syndical. De ce fait, la signature ne pouvait pas être prise en compte et l'exigence majoritaire n'était pas remplie. C'est donc très logiquement que les juges ont annulé la décision de validation d'un accord qui ne satisfaisait pas à l'exigence majoritaire et leur décision paraît peu contestable.

L'attribution du bloc de compétence au juge administratif a conduit à inscrire l'effet utile du dialogue social dans le cadre de la jurisprudence du Conseil d'État, modifiant ainsi son sens et sa portée.

## B. L'utilité du « dialogue social »

Le juge vérifie que l'autorité administrative a bien contrôlé la régularité de la procédure menée avec les représentants des salariés, condition à laquelle est subordonnée la décision de l'autorité administrative. Autrement dit, il s'agit, pour cette dernière, de se prêter à une juste qualification des faits sur laquelle le juge exercera un contrôle restreint. Conformément à la technique du contrôle de légalité sur les actes administratifs, on retrouve, à la lecture des décisions, le souci des juges de ne pas mettre en cause le pouvoir d'appréciation de l'administration quant à l'opportunité de prendre ou non la décision.

Ce n'est pas tout. Le contrôle du juge administratif est également justifié par la recherche de l'effet utile de la procédure menée avec les représentants des salariés. Le premier conseiller à la Cour administrative d'appel de Paris le reconnaît (60). À l'instar des juges du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, il estime que les irrégularités de procédure devant le comité d'entreprise n'ont à être sanctionnées que dans la

mesure où « elles ont eu pour objet ou pour effet de priver les représentants des salariés de la possibilité de débattre, de faire des propositions et des suggestions et de rendre un avis sur le projet qui leur est soumis en toute connaissance de cause » (61).

Le principe de l'effet utile intéresse toutes les normes, qu'elles aient pour objet la mise en place d'une représentation des salariés, le fonctionnement des institutions chargées de cette représentation, ou bien encore l'exercice de leurs prérogatives. Il confère aux procédures de participation une dimension spatiale et temporelle qui garantit l'effectivité des droits de participation. Il apparaît de manière explicite à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile » (62).

La loi de sécurisation de l'emploi prend en compte cette exigence. Sur le versant spatial, les nouvelles règles maintiennent la consultation des comités d'établissement et du comité central d'entreprise (CCE). De même prévoient-elles, outre la consultation des CHSCT locaux, la possibilité de mettre en place une instance de coordination des CHSCT. Sur le versant temporel, la loi fixe des délais censés assurer aux représentants des salariés un délai suffisant pour examiner le projet de l'employeur et ses conséquences sociales. Cela étant, la loi est loin d'être satisfaisante de ce point de vue (63). Ainsi a-t-on pu remarquer que, lorsque le licenciement concerne moins de cent salariés, l'instance de coordination ne peut être mise en place, car la durée reconnue pour l'expertise est la même que celle de la procédure dans son entier. Et, en l'absence d'une telle instance, les expertises commandées par les différents CHSCT, pouvant durer quarante-cinq jours, ne leur laissent que quinze jours pour en prendre connaissance et rendre leur avis, avant que le CCE et les comités d'établissement ne puissent, à leur tour, intervenir avant la fin du délai de deux mois (64).

Les juges administratifs n'ignorent pas non plus ce principe. Ainsi lit-on sous la plume des juges marseillais que le délai d'examen suffisant constitue « une garantie tenant à l'effet utile du dialogue social » (65). Dans le même sens, la Cour administrative de Douai considère qu'il est important que

(60) F. Roussel, « Contenu du PSE et office du juge administratif », Dr. soc. 2015, p. 221.

(61) TA Cergy-Pontoise, 4 juillet 2014, SKF, n° 1402915, cité par F. Roussel, Dr. soc. 2015, p. 221, spéc., p. 222 ; TA Paris, 30 décembre 2014, Barclays, n° 1421402/3, spéc., cons. 5.

(62) Ce principe est aussi exprimé à l'article 1<sup>er</sup> § 2 et 3 de la directive 2002/14.

(63) V. la controverse entre T. Pasquier et A. Teissier, « Faut-il caler le temps de la justice sur celui de l'entreprise ? », RDT 2014, p. 153.

(64) Y. Tarasewicz, « Les étapes procédurales de l'élaboration d'un PSE », SSL 2015, n° 1665, p. 31.

(65) CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juillet 2014, Milonga, n° 14MA01909.

les membres du comité d'entreprise aient été mis en mesure « de délibérer et de rendre un avis en toute connaissance de cause » (66). La Cour d'appel de Versailles a notamment jugé qu'il revient à la Direccte de s'assurer que le comité d'entreprise a pu se prononcer, en toute connaissance de cause, sur le motif économique invoqué par l'employeur (67). À une autre occasion, la même juridiction a annulé une décision « mixte » d'homologation et de validation, jugeant que les informations transmises au CHSCT et à son expert avaient été insuffisantes (68).

Pourtant, plusieurs exemples montrent que les juges administratifs ne sont pas toujours aussi soucieux des prérogatives des institutions de représentation des salariés. Cela apparaît, en premier lieu, concernant les irrégularités relatives au fonctionnement et à la composition des instances. Par exemple, la Cour administrative d'appel de Versailles a refusé de sanctionner l'irrégularité de la composition du comité d'entreprise, au motif que ce dernier n'avait jamais exprimé son opposition, lors des réunions, à la présence d'un collaborateur surnuméraire de l'employeur (69). Dans l'affaire *SKF*, le Tribunal administratif de Versailles est allé jusqu'à considérer que l'absence de procès-verbal n'attestait pas que l'employeur avait manqué de consulter un des CHSCT (70). Autrement dit, l'absence de preuve n'est pas la preuve de l'absence (71) !

En deuxième lieu, certains juges ne sont pas toujours exigeants quant à la qualité de l'information fournie aux représentants des salariés. L'arrêt du 30 juin 2014 rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux est certainement le plus choquant (72). Celle-ci a refusé de reconnaître l'existence d'irrégularités

lors de la procédure interne. Selon les juges, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'employeur ou à l'Administration de se procurer et de communiquer des documents qui ne sont pas en leur possession ou qui excèdent le périmètre de recherche des postes vacants (73), ni de faire traduire en français tous les documents émanant du groupe ou de filiales étrangères de ce groupe. Cette décision contredit une évolution profonde du droit du travail de ces vingt dernières années. Le juge judiciaire s'est évertué à renforcer le droit à l'information du comité d'entreprise, préalable nécessaire pour l'utilité des débats. En outre, l'exigence de justification qui pèse sur l'employeur dans ses prises de décisions implique qu'il constitue, en amont, une documentation à même de démontrer la véracité et la légalité de sa décision, si jamais elle vient à être contestée (74). Cela n'a pas été non plus un problème que les membres du comité d'entreprise aient bénéficié d'un délai d'examen d'un jour avant la tenue de la réunion (75).

En troisième lieu, le débat a porté sur l'effet utile de l'avis, en particulier lorsque le document remis aux représentants des salariés était différent de celui transmis à la Direccte (76). Pour la Cour administrative d'appel de Paris, l'employeur n'est pas tenu de consulter le comité d'entreprise sur le dernier état du document avant de le soumettre à l'autorité administrative pour homologation. L'avis du comité doit seulement porter sur l'ensemble des éléments substantiels du plan, et l'employeur doit pouvoir prendre en compte les observations formulées au cours des réunions du comité (77). Tout dépend, évidemment, de ce que l'on entend par substantiel.

(66) CAA Douai, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Filpac*, n° 14DA00728.

(67) CAA Versailles, 16 septembre 2014, *Heinz*, n° 14VE01826 ; concl. de C. Rollet-Perraud, « Contrôle de la décision d'homologation d'un PSE », AJDA 2014, p. 2126, ou « Le périmètre d'application des critères d'ordre de licenciement », SSL 2015, n° 1667, supplément.

(68) CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Astérian*, n° 14VE02351 (arrêt infirmatif).

(69) CAA, 24 juin 2014, *Darty*, n° 14VE00884. Dans le même sens, TA Montreuil, 7 février 2014, n° 1311393 – décision ne faisant pas partie du panel – citée par P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail – février 2013 - mars 2014 », D. 2014, p. 1115.

(70) TA Versailles, 4 juillet 2014, *SKF*, n° 1402915.

(71) Les juges administratifs font peser sur le CHSCT la charge d'une « preuve diabolique » : s'il est possible de prouver l'existence d'un fait ou d'une action, comment prouver son inexistence ?

(72) CAA Bordeaux, 30 juin 2014, *IPL Atlantique*, n° 14BX01084.

(73) Cet arrêt n'est pas le seul. Les Cours administratives de Lyon et de Nancy ont jugé que l'employeur n'avait pas l'obligation d'élaborer des documents à la suite de la demande de l'expert-comptable : cf. CAA Lyon, 11 septembre 2014, *UES ND de Vrac Pulve*, n° 14LY01839 ; CAA Nancy, 16 octobre 2014, *BASF*, n° 14NC01417. Comp. CAA Marseille, 24 octobre 2014, *Moncigale*,

n° 14MA03543. Selon les termes de cette décision, il n'appartient qu'au seul expert-comptable désigné par le comité d'entreprise, dont les pouvoirs d'investigation sont assimilés à ceux du commissaire aux comptes, d'apprécier les documents utiles à l'exercice de sa mission.

(74) En l'occurrence, l'employeur doit démontrer qu'il a procédé à toutes les recherches nécessaires des postes qu'il peut proposer au reclassement, cf. *infra*.

(75) V. aussi TA Versailles, 4 juillet 2014, *Sanofi*, n° 1403072, dont il ressort qu'un délai d'une heure constituait un délai d'examen suffisant pour apprécier les modifications apportées à l'accord signé avec les organisations syndicales. Selon lui, il s'agit de modifications « mineures » et « toutes favorables aux salariés ».

(76) Sur cette question, cf. aussi « L'avis du CE sur le document soumis à homologation », SSL 2015, n° 1665, p. 25.

(77) CAA Paris, 2 octobre 2014, *Hôtel Lutetia*, n° 14PA02909. D'autres juridictions semblent plus exigeantes et jugent que l'autorité administrative « ne peut homologuer le document élaboré par l'employeur qu'à la condition qu'il soit identique à celui soumis au comité d'entreprise ou qu'il n'en diffère que pour tenir compte de l'avis du comité d'entreprise ». CAA Nancy, 16 octobre 2014, *BASF*, n° 14NC01417, cons. 7. Cette argumentation est la réponse justifiant le refus de transmettre au Conseil constitutionnel, en raison de son caractère non sérieux, la QPC invoquant la violation de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

Sur ce point, les décisions varient. A été jugée irrégulière la procédure au cours de laquelle, à la suite d'un premier refus de la Direccte, un nouveau document a été élaboré sans que l'expert ait pu se prononcer (78). En revanche, il n'y a pas d'obstacle à ce que le document de l'employeur soit homologué alors que, dans le cadre d'une liquidation judiciaire et à la suite d'un premier refus de la Direccte, le comité d'entreprise n'a pas été consulté, faute pour l'employeur d'avoir organisé de nouvelles élections et d'avoir établi un procès-verbal de carence (79). De même, la régularité d'une procédure n'a pas été remise en cause, alors que l'employeur n'avait pas consulté tous les CHSCT concernés par la restructuration. Dans cette affaire, les juges se sont contentés de l'avis rendu par l'instance de coordination (80).

Le refus de sanctionner l'illégalité de l'homologation ou de la validation en raison des irrégularités de procédure est motivé de trois manières. Tantôt le juge invoque l'absence de preuve rapportée par les représentants des salariés, tantôt encore il juge que l'irrégularité n'a pas été soulevée en temps utile et de manière motivée, de sorte qu'elle est inopposable à l'autorité administrative ; tantôt, enfin, il relève un élément de nature à pallier l'irrégularité constatée.

En dépit de la variété, ces décisions révèlent la manière dont les juges administratifs conçoivent le principe de l'effet utile qui guide la procédure d'information et de consultation. Comme l'a justement souligné une auteure, le contrôle exercé par les juridictions administratives s'inscrit dans la « *tendance jurisprudentielle actuelle du Conseil d'État* » où seules les « *irrégularités procédurales substantielles* » sont

censurées (81). Cela résulte également de l'article 70 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 qui dispose que « *lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* ». L'arrêt *Danthony*, rendu le 23 décembre 2011, précise que les vices de procédure susceptibles d'emporter l'annulation de la décision sont ceux qui sont de nature à exercer une influence sur le sens de la décision attaquée « *ou qui privent les intéressés de garanties* » (82). Autrement dit, « *c'est l'importance intrinsèque de la formalité, combinée à la gravité du vice de procédure* » qui est prise en compte (83).

La jurisprudence *Danthony* mérite d'autant plus d'être évoquée que l'espèce concernait le défaut de consultation préalable d'un comité technique paritaire (84). Ces comités, à l'instar du comité d'entreprise, rendent un avis consultatif, dont l'objet est de donner l'opportunité aux représentants du personnel d'influencer le contenu de la décision (85). Pourtant, l'application de la jurisprudence *Danthony* en matière de restructuration peut laisser circonspect. D'abord, il ne va pas de soi d'étendre cette jurisprudence à une procédure interne à l'entreprise, dont seul l'employeur a véritablement la maîtrise et à l'égard de laquelle l'Administration n'a qu'un rôle de garant (86). Ensuite, et surtout, l'application qu'en font les juges administratifs dans le domaine des restructurations paraît critiquable. Dans l'arrêt *Danthony*, le Conseil d'État sanctionne le vice de procédure, non

(78) CAA Marseille, 24 octobre 2014, *Moncigale*, n° 14MA03543, cons. 11.

(79) CAA Nantes, 30 avril 2014, *Harmer et Simmons*, n° 15NT00395.

(80) CAA Versailles, 30 septembre 2013, *SKF*, n° 14VE0200, cons. 5. Sans doute faut-il rappeler que la mise en place de l'instance de coordination n'a pas, en principe, vocation à se substituer à l'avis rendu par les CHSCT. Soulignons aussi que l'article 11 du projet de loi sur le dialogue social ne remet pas en cause le principe d'une double consultation. Enfin, rappelons qu'en droit administratif existe une présomption selon laquelle le défaut de consultation implique l'annulation de l'acte intervenu, cf. CE, sect., 22 décembre 1989, *Chambre du commerce et de l'industrie du Var*, n° 46052, Rec. Lebon, p. 268.

(81) M.-C. Sarrazin, « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », RDT 2014, p. 614.

(82) Cf. également CE Ass. 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, obs. F. Melleray, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », Droit Adm., 2012, n° 3, comm. 22 ; 26 septembre 2012, *CGT*, n° 353288, obs. G. Koubi, « De l'influence du vice dans la procédure administrative... », blog Droit cri-TIC [<http://www.koubi.fr/spip.php?article728>] : « *s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à*

*entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* ». Selon les commentaires de cette décision, le Conseil d'État réécrit, sous couvert d'un principe général du droit, l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 précitée, afin de mieux l'inscrire dans la doctrine de ces arrêts précédents. C'est dans ce travail de réécriture que ressurgit la protection contre une privation d'une garantie, cf. spéc. R. Hostiou, « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif », RFDA 2012, p. 423.

(83) P. Cassia, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », RFDA 2012, p. 296. L'utilisation de la conjonction de coordination « *ou* » indique, en effet, que la privation d'une garantie ne s'apprécie pas seulement au regard de son influence sur la décision.

(84) L'application de la jurisprudence *Danthony* à la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise nous renseigne sur le fait que toute omission de la procédure elle-même ou toute violation de son caractère préalable devrait entraîner la nullité de l'homologation ou de la validation du PSE.

(85) Ou, pour le dire de manière plus polie, la consultation a pour objet « d'éclairer » la prise de décision, cf. CE, 1<sup>er</sup> juin 1994, *Syndicat CFDT Intercro du Maine-et-Loire*, n° 143078, Rec. Lebon, p. 276.

(86) Pourtant, la loi vise l'auteur de la décision, l'autorité administrative, et le Conseil d'État la procédure administrative.

en raison de son influence sur le sens de la décision finale (87), mais eu égard à la valeur constitutionnelle de la garantie procédurale en cause (88). Que ce soit en droit administratif ou en droit du travail, la consultation des représentants des salariés trouve son fondement dans le principe de participation des travailleurs, consacré au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (89). Or, dans les décisions étudiées, les juges s'attachent surtout à vérifier l'influence de l'irrégularité sur le sens de la décision (90), et il est rare qu'ils motivent leur décision en montrant en quoi les garanties de ce droit constitutionnel sont restées intactes (91).

Toujours est-il que cette évolution a été analysée comme un « *changement de paradigme* » (92). Il est vrai que l'effet utile, que ce soit en droit du travail ou en droit administratif, n'est pas une règle prescriptive indiquant ce qu'il faut faire ou ne pas faire. Son impérativité porte moins sur l'action elle-même que sur la fin que poursuit cette action (93). Dans le cadre d'une restructuration, « *les irrégularités commises lors de la procédure d'information et de consultation des IRP sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision d'homologation du PSE, dès lors que celles-ci ont pour effet d'empêcher leurs membres de délibérer et de rendre un avis en toute connaissance de cause* » (94). Il ne suffit pas de constater l'écart à la règle ou « *la violation d'une règle de procédure abstraitement, très «objectivement» substantielle* » (95). Encore faut-il montrer que l'issue du processus décisionnel n'aurait pas été la même si l'irrégularité n'avait pas

été commise. Quelle est ici cette issue ? L'homologation ou non du document unilatéral élaboré par l'employeur, ou la validation ou non de l'accord majoritaire. C'est en considération du projet final que les juges se posent la question de savoir si cette issue aurait été différente si les institutions représentatives avaient eu plus de temps, si elles avaient eu plus d'informations, si toutes avaient été consultées, etc. ?

Le point de vue retenu par les juges n'est pas sans bouleverser l'économie du principe de l'effet utile garantissant l'effectivité des droits de participation des travailleurs. Analysée comme condition d'effectivité des droits de participation (96), l'utilité est appréciée au regard des prérogatives reconnues aux représentants des salariés. Mais une fois rapportée au processus décisionnel dans son ensemble, il s'agit d'en mesurer l'efficacité et de s'assurer que les salariés ont eu l'occasion de s'exprimer et de rendre un avis sur le projet de décision.

De surcroît, le dédoublement du processus décisionnel en deux phases agit sur le juge comme un prisme déformant. En effet, l'effet utile n'est plus apprécié directement au regard de la décision projetée par l'employeur, mais par rapport à la décision prise par l'autorité administrative, qui est une décision rendue sur une décision. C'est fort opportunément que la CADA, dans une décision du 19 mars 2015, a reconnu que les décisions d'homologation ou de validation d'un PSE sont des documents administratifs communicables à toutes personnes qui en fait

(87) En l'espèce, les comités techniques étaient favorables à l'opération projetée.

(88) G. Dumortier, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », RFDA 2012, p. 284. Notons que la rapportrice publique ne raisonne pas à partir du principe de participation des travailleurs.

(89) L'arrêt *Danthony* est le premier à reconnaître cette assise constitutionnelle à la procédure pour avis des comités techniques paritaires. Certains auteurs doutent, malgré l'assise constitutionnelle du principe garanti, que toute irrégularité dans la consultation d'un comité technique entraînera mécaniquement l'annulation de la décision en cause. Cf. X. Domino et A. Bretonneau, « Le vice, mode d'emploi », AJDA 2012, p. 195. S'agissant de l'intervention des représentants des salariés dans l'élaboration du PSE, celle-ci constitue également une garantie reconnue à l'objectif constitutionnel du « droit » à l'emploi.

(90) La décision où cette logique est poussée le plus à bout est certainement le jugement du TA Rouen, 4 décembre 2014, *Éditions Atlas*, n° 1402969 et s. Un certain nombre d'irrégularités sont reconnues par les juges : la présence de collaborateurs de l'employeur surnuméraires (rappelons que, dans la jurisprudence *Danthony*, l'une des irrégularités provenait de la présence de personnes extérieures au CA), des suppléants qui ne savaient pas s'ils étaient devenus titulaires – en particulier, au cours d'une décision où un élu suppléant n'a pas pris part au vote, alors que l'adoption de l'avis s'est joué à une voix... – l'absence de secrétaire du comité central d'entreprise, dont le rôle est d'arrêter l'ordre du jour avec l'employeur au préalable (celui-ci était validé au cours de chaque séance... mettant à mal

le caractère préalable de la fixation de l'ordre du jour). Aucune de ces irrégularités, prises individuellement ou ensemble, n'a pourtant conduit les juges à considérer la violation d'une garantie pour les représentants du personnel...

(91) V. en ce sens, X. Domino et A. Bretonneau, « Le vice, mode d'emploi », AJDA 2012, p. 195. Comp. CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *SA Milonga*, n° 14MA01909, qui vise la garantie en faveur des représentants du personnel. V. aussi, à propos du refus d'un administrateur judiciaire de financer le recours à un expert, TA Montreuil, 20 décembre 2013, n° 1309825 et s., Dr. Ouv. 2014, p. 315, n. M. Grévy – décision ne faisant pas partie du panel, citée par P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail : relations individuelles de travail – février 2013 - mars 2014 », D. 2014, p. 1115.

(92) J.-B. Auby, « Irrégularités procédurales », Dr. adm. 2012, n° 3, Repères 3. L'auteur y voit l'influence des droits européens. Selon le vice-Président du Conseil d'État, « *allant au-delà des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, [la] jurisprudence [Danthony] s'inscrit bien dans les pas de la réforme opérée par le législateur* », cf. Intervention du 20 janvier 2012 lors du colloque organisé par le Conseil d'État sur le Rapport public 2011, sur le site internet du Conseil d'État.

(93) Cf. A. Martinon, « L'utilité en droit du travail », in B. Teysié, *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 7.

(94) CAA Douai, 17 juillet 2014, *Filpac*, n° 14DA00728.

(95) F. Melleray, art. préc.

(96) Le principe de participation a connu des traductions diverses par la mise en place d'institutions représentatives du personnel diverses, aux fonctions variées.

la demande (96 bis). En l'espèce, la DIRECCTE justifiait son refus de transmettre la décision aux syndicats et salariés en raison d'une instance judiciaire en cours. Le point de vue adopté n'est donc plus le même, ce qui donne au contrôle du juge un caractère fortement rétrospectif, si ce n'est carrément spéculatif (97).

Par ailleurs, la démarche du juge administratif s'explique aussi par l'objet auquel l'effet utile se rapporte. L'effet utile ne vise plus tant à garantir l'effectivité des droits de participation (98) qu'à assurer l'efficacité du dialogue social. Autrement dit, il n'est plus apprécié au regard des procédures de participation reconnues aux seuls travailleurs, mais au regard du processus décisionnel d'élaboration du PSE. Dans le premier cas, la finalité de participation

des salariés est la défense des intérêts des salariés face à l'employeur. Dans le second cas, elle s'inscrit dans une perspective institutionnelle, où l'employeur et les salariés concourent ensemble à prévenir les conséquences sociales des choix de gestion pris, dit-on, dans l'intérêt de l'entreprise. Cette conception, qui a séduit un bon nombre des juridictions administratives, n'est pas sans conséquence, car la légitimité procédurale conférée par le dialogue social au PSE est un ressort puissant pour cantonner le contrôle exercé par l'autorité administrative et le juge. Mais, surtout, l'on peut se demander si ce n'est pas se berner que de tomber à ce point dans l'illusion procédurale de la participation et ignorer à ce point les rapports de forces dans lequel s'inscrit l'élaboration du PSE (99).

### III. Des PSE diminués

Le droit du licenciement pour motif économique est, sans aucun doute, le domaine dans lequel l'encaissement du pouvoir patronal par le droit est le plus évident. Ainsi a-t-il enserré le pouvoir décisionnel de l'employeur dans un cadre procédural, le contraignant à exposer ses raisons d'agir et à prendre en compte les intérêts des salariés et à respecter leurs droits fondamentaux. En ouvrant à la négociation l'élaboration du PSE, la loi de sécurisation de l'emploi a troublé certains repères, en particulier ce qui justifie la distinction entre la sphère du négociable et celle du décidable (100). Celle-ci demeure et traduit toujours une légitimité procédurale différenciée (101). En effet, l'intensité du contrôle de l'administration sur le PSE varie selon la procédure suivie par l'employeur. L'homologation du document unilatéral exige un contrôle poussé (102), notamment sur le caractère suffisant des mesures d'accompagnements prévues dans le PSE. À l'inverse, la validation d'un accord « majoritaire » est soumise à un contrôle léger, formel, qui se veut respectueux de l'accord des parties (103). Cette variation en fonction des procédures concerne également la substance des droits. Par exemple, l'ordre des licenciements ne peut être

mis en œuvre au niveau des établissements qu'en cas d'autorisation par accord collectif. La loi reconnaît aux négociateurs des facultés de dérogation, en l'occurrence l'application de l'ordre des licenciements au niveau de l'entreprise, dont elle prive l'employeur dans la voie du document unilatéral. Ces variations suggèrent qu'aux yeux du législateur, la légitimité procédurale de la voie négociée est plus forte que celle de la voie unilatérale.

L'importance ainsi accordée aux acteurs de l'entreprise incite les juges à une certaine réserve quant à la définition des périmètres du PSE, souvent abandonnée à l'employeur (A). Cette réserve des juges administratifs se retrouve également à propos du contenu du PSE, réduisant l'intensité des obligations qui pèsent sur l'entreprise (B).

#### A. Des périmètres à la carte

Le licenciement pour motif économique doit être prononcé pour un motif étranger à la personne du salarié (104). Dès lors, ce n'est pas nécessairement le salarié qui occupe le poste supprimé qui sera licencié. Rien n'étant reproché personnellement à ce salarié, une sélection doit être réalisée pour déter-

(96 bis) n° 20150286, reproduite ci-après p. 421.

(97) Sans doute quelque peu subjectif. En ce sens, F. Melleray, art. préc., et G. Koubi, réf. préc.

(98) Soit par les média du comité d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les organisations syndicales représentatives.

(99) J. Diringier, « Les voies d'une démocratie sociale et environnementale », Dr. Soc. 2015, p. 326. Ajoutons encore que l'approche du Conseil d'État cherche généralement à « sauver » la décision administrative, cf. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, Gallimard, 2002.

(100) A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », Dr. Soc. 1992, p. 215.

(101) Sur l'idée de légitimité procédurale, P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 95 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ 2004, pp. 623 et s.

(102) C. trav. L. 1233-57-3.

(103) C. trav. L. 1233-57-2.

(104) C. trav. L. 1233-3.

miner quel salarié sera licencié. Pour éviter tout risque d'arbitraire et respecter l'égalité de traitement entre salariés, cette sélection doit être faite sur la base de critères objectifs et s'effectue tout au long du processus de restructuration.

À la lecture des décisions, il ressort que cette sélection revêt un caractère multidimensionnel, qui résulte de la liberté donnée aux acteurs de l'entreprise dans la définition des périmètres. Tout d'abord, elle peut avoir lieu, à l'intérieur de la catégorie professionnelle, pour les propositions de modification du contrat et les reclassements. L'étude des décisions fait apparaître une tension entre la liberté de détermination des catégories professionnelles et la nécessaire égalité de traitement qui doit guider chaque sélection de salariés au cours du processus (1.). Ensuite, l'articulation entre les niveaux du groupe, de l'entreprise et de l'établissement vole en éclat (2.). Enfin, les juges administratifs semblent avoir défini un régime dérogatoire en cas de plan de départ volontaire (PDV), qui permet à l'employeur d'être totalement libéré des quelques contraintes qui pèsent sur la détermination des périmètres (3.).

### 1. La dimension professionnelle : la liberté contre l'égalité

L'employeur ne peut librement et subjectivement arrêter les salariés auxquels il va offrir la possibilité de modifier leur contrat ou un poste en reclassement. La définition des catégories professionnelles des salariés menacés de licenciements est une opération qui doit être effectuée dès le départ de la procédure de licenciement pour motif économique. En effet, d'une part, la réorganisation choisie par l'employeur permet de déterminer les postes à supprimer et, ce faisant, les catégories de salariés qui les occupent. D'autre part, la détermination des catégories professionnelles permet d'identifier les salariés soumis « au risque » de licenciement. Cette identification est nécessaire pour savoir à quels salariés une modification du contrat de travail ou un reclassement peut être proposé (105), ou déterminer ceux qui seront soumis aux critères d'ordre des licenciements.

L'enjeu de la préservation de l'emploi est trop important pour être abandonné au bon vouloir de l'employeur et justifie que l'égalité de traitement entre salariés soit garantie. Dans l'architecture de la loi de sécurisation de l'emploi, ces impératifs justifient le contrôle exercé par l'autorité administrative sur la définition des catégories professionnelles.

Faut-il rappeler que le régime de la modification du contrat de travail dans le cadre du licenciement économique (106) et celui du reclassement, qui visent à éviter les licenciements et à sauvegarder l'emploi, relèvent des garanties légales apportées au droit constitutionnel « *de chacun d'obtenir un emploi* » (107). Dès lors, la détermination des catégories professionnelles doit être entourée de la plus grande précaution, car elles sont les périmètres dans lesquels s'inscrivent ces droits.

Le Code du travail distingue au sein de la communauté de travail les catégories cadres, agents de maîtrise, techniciens, employés et ouvriers. Ces différences ne méconnaissent pas l'égalité entre salariés. Les grilles de classification contenues dans les conventions collectives de branche définissent également des catégories, plus fines encore, mieux à même de refléter, au sein d'une profession, les différences de technicité, de responsabilité, etc. dans les emplois du secteur d'activité.

Dans le cadre d'une procédure de licenciement, l'employeur et les signataires d'un accord collectif d'entreprise peuvent évidemment reprendre les classifications existantes à leur compte, mais ils peuvent aussi, pour les nécessités de la réorganisation de l'entreprise, arrêter des catégories plus fines. Ainsi a-t-il été jugé que « *la circonstance que ne soient pas mentionnées dans le document unilatéral les catégories professionnelles telles qu'elles sont fixées par la convention collective des industries chimiques, pour regrettable qu'elle soit, est restée sans influence sur le sens de l'avis émis par le comité d'entreprise et sur celui de la décision contestée* » (108).

À dire vrai, c'est la garantie de l'égalité de traitement qui est en jeu dans la détermination des catégories

(105) L'article L.1222-6 C. trav. prévoit un régime spécifique de la modification du contrat dans le cadre d'un licenciement pour motif économique : la proposition doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception et le salarié a un mois pour répondre. À défaut, son silence vaut acceptation de la proposition de l'employeur.

(106) L'article L.1233-3 C. trav. prévoit expressément que l'employeur ne peut licencier que les salariés qui ont refusé la modification de leur contrat.

(107) Le Conseil constitutionnel fonde directement le droit au reclassement sur le droit de chacun d'obtenir un emploi (al. 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946), cf.

C. Const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, spéc. cons. 28 : « *le législateur a ainsi opéré entre le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement, ...* ». Pour une étude récente, voir D. Baugard, « Le droit à l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 332.

(108) CAA Bordeaux, 30 juin 2014, *JPL Atlantique*, n°14BX01084. Au demeurant, on peut s'interroger sur ce qui reste de l'effet impératif des conventions collectives de branche à l'égard des accords d'entreprise. Rappelons quand même que l'article L.2253-3 du Code du travail dispose que l'accord d'entreprise ne peut déroger aux classifications contenues dans les accords de branche.

professionnelles. D'une part, celles-ci doivent être objectives et pertinentes, ce qui suppose qu'elles soient justifiées par la nécessité de la réorganisation de l'entreprise. De plus, la délimitation des catégories doit rester proportionnée et ne pas aboutir à ériger des catégories si fines que l'on puisse identifier un individu (109). Autant d'exigences qui nécessitent un contrôle de la part du juge.

Or, tel n'est pas le cas et il est clair que les juges administratifs évitent d'entrer dans les jeux, parfois subtils, de définition des catégories. En présence d'une décision de validation, les juges administratifs renoncent à apprécier la pertinence ou l'adéquation de ces catégories définies par l'accord collectif. Le contrôle de l'administration, et partant des juges administratifs, reste cantonné au constat de la présence des éléments du PSE imposés par la loi (110) et non à leur pertinence eu égard au principe d'égalité (111). Concernant les décisions d'homologation, le contrôle sur les documents unilatéraux devrait être plus poussé, mais, là encore, des réticences se font sentir. En particulier, dans un jugement du tribunal de Cergy-Pontoise, les juges ont admis que « *responsable web et e-commerce* » constitue une catégorie professionnelle et non la définition d'un poste (112). L'écart dans le degré de précision entre les catégories classiques, cadres, employés, ouvriers et « *responsable web et e-commerce* » apparaît (trop ?) grand. À en croire les juges, il n'y aurait nulle logique individuelle dans une définition si précise, dès lors que la suppression de ce poste était en cohérence avec le PSE (113).

(109) À l'exception peut-être des cadres dirigeants.

(110) C. trav. L. 1233-57-2. Ces éléments sont notamment le plan de reclassement, les modalités de suivi du PSE, etc. V. les articles C. trav. L. 1233-61 et L. 1233-63.

(111) Resterait alors à déterminer quel principe, du principe d'égalité de traitement appliqué par le juge judiciaire, et parfois par le juge administratif, et du principe d'égalité (principe général du droit au sens du Conseil d'État), serait applicable. L'application du principe d'égalité de traitement aux accords collectifs pose d'autres enjeux, cf. *infra*. V. aussi M. Sweeney, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges - Essai en droit social*, L'Épitoje Lextenso, à paraître.

(112) TA Cergy-Pontoise, 12 février 2014, *Bata*, n° 1409916.

(113) Il n'est évidemment pas de notre propos d'affirmer qu'il ne peut y avoir de catégorie incluant qu'un unique salarié dans l'entreprise. Une telle situation peut, bien évidemment, se rencontrer en pratique.

(114) La Cour de cassation reconnaît l'application du principe d'égalité de traitement au PSE, cf. Cass. Soc. 30 janvier 2008, n° 06-46447. Le terme « équipollence » rend mieux compte du travail de comparaison du juge judiciaire lorsqu'il applique le principe d'égalité de traitement. L'équivalence renvoie à une même valeur quantitative, alors que l'équipollence se définit comme « *ce qui a une valeur égale* » et supporte les comparaisons quantitatives comme qualitatives ; cf. Le trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

Pourtant, que l'on soit en présence d'un document unilatéral ou d'un accord, le principe d'égalité de traitement commanderait que les juges contrôlent que les catégories retenues ne soient ni trop précises, ni trop détaillées, divisant artificiellement les populations de salariés et les rendant incomparables. Il ne s'agit pas d'imposer que les catégories regroupent des compétences professionnelles identiques, mais seulement équipollentes (114). Il est évident que chaque poste occupé peut, en raison de ses particularités, être considéré comme unique et donc différent des autres (115). Malgré cela, une équipollence entre deux postes peut exister, dès lors qu'une mutation ou une permutable est envisageable (116). La chambre sociale l'a d'ailleurs récemment reconnu dans un arrêt du 12 mai 2015 à propos d'un PDV (117).

Cependant, l'application du principe d'égalité de traitement poserait deux défis. D'une part, le juge judiciaire et le juge administratif ont des démarches différentes dans le contrôle de l'égalité. Le premier s'inscrit dans une démarche d'appréciation concrète des situations (118), alors que le second demeure dans une démarche formelle, moins prompt à remettre la construction de catégories en cause (119). D'autre part, la Chambre sociale a reconnu une présomption de conformité au principe d'égalité de traitement aux distinctions cadre/non-cadre posées par les accords collectifs (120). Les juges administratifs pourraient être tentés d'étendre cette solution aux catégories, éventuellement plus fines, arrêtées par les accords collectifs « majoritaires » contenant un PSE. L'objectif de la loi et de la jurisprudence judiciaire étant, dans

(115) Pour prendre un exemple trivial, un poste de secrétaire du service des ressources humaines demande certainement plus de qualités relationnelles que celui de secrétaire du service comptabilité.

(116) La distinction retenue devrait être pertinente (et non seulement adéquate) au regard de l'objet du dispositif. En l'occurrence, en matière de PSE, l'objectif, assigné par la loi, est celui de la préservation de l'emploi. Il est douteux, par exemple, que le fait que les indemnités à la mobilité géographique ne soient ouvertes qu'aux salariés postulant sur des emplois vacants (les autres postulants sur des postes précédemment occupés par des salariés licenciés) satisfasse à une telle exigence de pertinence. Pourtant les juges de la CAA Paris (13 mai 2015, *Still SAS*, n° 15PA00702) on en jugé autrement...

(117) Soc. 12 mai 2015, n° 14-11535.

(118) La Chambre sociale a notamment accepté, pendant un temps, la remise en cause de la distinction cadre/non-cadre pour certains avantages, Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-11933, *Bull. civ. V*, n° 143, *Dr. Ouv.* 2011, p. 618, n. K. Hamoudi.

(119) Par exemple, des fonctionnaires appartenant à des corps ou cadres différents ne peuvent revendiquer des avantages équivalents, même s'ils accomplissent matériellement les mêmes tâches, v. par exemple CE, 17 janvier 1964, *Bigay*, *Rec.* 1964, *Tables*, p. 917 ; AJDA 1964, p. 387, n. V. Silvera. V. aussi CE 24 mars 1999, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, *Rec.* 1999, *Tables*, p. 839.

(120) Cass. Soc. 27 janvier 2015, n° 13-22179, *Dr. Ouv.* 2015, p. 283, n. Ph. Masson.

les deux cas, de faire primer la liberté de négociation des interlocuteurs sociaux sur le droit des salariés à l'égalité de traitement !

La liberté de définition des catégories ne devrait pas non plus laisser de place à la subjectivité de l'employeur. En effet, sous l'influence de la gestion des ressources humaines, il est de plus en plus fréquent – si ce n'est systématique – de définir les catégories professionnelles non plus au regard des savoirs et des fonctions exercées, mais au regard de compétences définies en termes de savoir-être, tels que le dynamisme, l'autonomie, le « relationnel » (121). De telles références laissent une grande marge d'appréciation au supérieur hiérarchique. La subjectivité peut porter alors tant sur le « bon » comportement que sur les exigences du poste (122). C'était, précisément, de tels critères de définition de catégories professionnelles qu'un syndicat avait contestés devant le Tribunal de Montreuil (123). Les juges administratifs ont rejeté cette requête en raison de la liberté de l'employeur de définir les critères d'ordre des licenciements et de privilégier le critère de « *qualité professionnelle* » (124). Néanmoins, la réponse des juges repose sur une confusion : la loi impose que les « *qualités professionnelles* », dont l'appréciation n'est pas toujours des plus objectives, soient « *appréciées par catégorie* » (125). Les juges confondent alors le cadre d'appréciation (la catégorie) et le critère applicable en son sein pour distinguer les salariés (les qualités professionnelles). Or, la définition d'un cadre de comparaison et la détermination d'un critère de sélection sont deux opérations intellectuelles distinctes, qui ne peuvent être confondues.

Enfin, l'enjeu de la définition des catégories professionnelles est primordial lorsque toute une catégorie professionnelle vient à être supprimée totalement de l'entreprise. En effet, dans ce cas, l'employeur n'a pas à fixer d'ordre des licenciements, tous les salariés ayant alors vocation à être licenciés (126). Néanmoins,

les juges administratifs encadrent la possibilité de mettre en œuvre l'ordre des licenciements au niveau des établissements.

## 2. L'implosion de la dimension spatiale

Dans l'articulation des niveaux de l'établissement, de l'entreprise et du groupe, les décisions du panel semblent aller dans des directions opposées.

En premier lieu, en matière de mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements, la majorité des juges administratifs privilégient le niveau de l'entreprise, garantie d'une plus grande égalité, sur celui de l'établissement, périmètre plus décentralisé que seul un accord peut valablement retenir. En effet, les dispositions légales fixent ce périmètre qui, par principe, est celui de l'entreprise (127). Par dérogation, l'article L.1233-24-2 autorise que l'accord contenant le PSE détermine le périmètre de l'ordre des licenciements (128). S'agissant du document unilatéral, l'interprétation des dispositions légales laissait planer un doute. En vertu de l'article L.1233-24-4 relatif au document unilatéral, celui-ci 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 (129). D'un côté, un renvoi est fait à l'article L.1233-24-2, dont on vient d'indiquer qu'il autorise la libre fixation du périmètre de l'ordre des licenciements (130). De l'autre, l'article L.1233-24-4 précise que cette fixation se fait « *dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur* ».

Au-delà de l'interprétation littérale de la loi, des raisons plus impérieuses existent, que l'on trouve explicitées dans un jugement remarqué (131). Le jugement a censuré la décision de la Direccte de valider le document unilatéral au seul motif 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*

(121) C'est-à-dire les attitudes et les comportements, les façons d'agir, etc. Le savoir-faire repose sur des éléments objectivables, telles que la technicité ou l'étendue des responsabilités.

(122) À propos de la définition individualisée de l'emploi, v. P.-E. Berthier, « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *SSL* 2013, n° 1576, suppl., p. 102.

(123) TA Montreuil, 3 novembre 2014, *Nexitraone*, n° 1407340.

(124) C. trav. L. 1233-5, 4°.

(125) V. art. préc.

(126) CAA Versailles, 17 février 2015, *DIM*, n° 14VE03321 ; *AJDA* 2015, p. 866. Les juges versaillais appliquent la règle dégagée par la Cour de cassation. Cf. *Cass. Soc.* 14 janvier 2003, n° 00-45.700.

(127) C. Trav. L. 1233-5. V. A. Fabre, « L'application des critères d'ordre de licenciement au niveau de l'entreprise : le choix de la solidarité », *RDT* 2013, p. 559.

(128) C. trav. L. 1233-24-2, 4°.

(129) Sur la fonction récapitulative du document unilatérale, cf. G. Couturier, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. soc.* 2013. 814.

(130) En ce sens, E. Wargon, Déléguée générale à l'emploi et à la formation professionnelle, interview in *SSL* n° 1665 du 23 février 2015, p. 12.

(131) TA Cergy-Pontoise, 11 juillet 2014, *Mory-Ducros*, n° 1404370, *Dr. Ouv.* 2015, p. 202, n. J. Krivine. V. F. Géa, « Le PSE sous l'empire de la loi relative à la sécurisation de l'emploi – à propos de quelques décisions récentes de juridictions administratives », *RDT* 2014, p. 549. Pour une décision en sens contraire, qui laisse la possibilité de définir le niveau d'application des critères d'ordre de licenciement dans un document unilatéral, cf. TA Cergy-Pontoise, 11 juillet 2014, n° 1404270 (décision en-dehors du panel), analysé par S. Béal et C. Terrenoire, « Licenciement collectif : faculté de définir un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements dans le document unilatéral », *JCP E* n° 37, 11 septembre 2014, 1464.

licenciés ». Il en résulte, en l'espèce, qu'« 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 » (132). La Cour administrative d'appel de Versailles confirme le jugement de première instance en précisant que « 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 » (133).

Le Conseil d'État a été saisi de la question. Sa décision est toujours attendue. Pourtant, comme l'indique la Déléguée générale à l'emploi et à la formation professionnelle dans une interview, « le Gouvernement a souhaité lever certaines ambiguïtés et divergences de jurisprudence, sans même attendre les réponses qu'apportera le Conseil d'État » (134). L'article 98 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques prévoit, en effet, d'autoriser explicitement l'employeur, par décision unilatérale, à déroger au périmètre de licenciement fixé à l'article L. 1233-5 du Code du travail (135). Cette disposition sera complétée de deux alinéas : d'une part, « pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un PSE mentionné aux articles L.1233-61 à L. 1233-63, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 ou par le document unilatéral mentionné à l'article L.1233-24-4 » (136) ; d'autre part, « dans le cas d'un document unilatéral, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi » (137).

Le premier alinéa contredit clairement la solution retenue par le Tribunal de Cergy et la Cour d'appel administrative de Versailles. Le second semble maintenir une différence entre ce que peuvent faire les interlocuteurs sociaux et ce que peut faire seul l'employeur. Il ne s'agit, pourtant, que d'une apparence, car l'employeur pourra fixer les critères

d'ordre des licenciements dans « chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emplois ». Qu'est-ce donc qu'une « zone d'emploi » ? Voici un nouveau périmètre jusqu'ici inconnu du droit du travail, qui donne en réalité les coudées franches à l'employeur. Or, déjà qu'il pouvait pondérer des critères à la faveur des qualités professionnelles, que lui-même évalue en vertu de son pouvoir d'évaluation, voilà qu'il pourra désormais les appliquer établissement par établissement. La raison d'être des critères de licenciements semble complètement oubliée : l'employeur recouvre entièrement son pouvoir de dire qui sera licencié et qui ne le sera pas. N'est-ce pas cela l'arbitraire ? En définitive, le projet de loi vient briser l'une des seules solutions rendues par les juges administratifs qui étaient à saluer, non seulement parce qu'elle était protectrice de l'intérêt des salariés, mais encore parce qu'elle était soucieuse de faire respecter le principe d'égalité de traitement entre salariés et limiter l'arbitraire patronal.

En second lieu, l'entreprise appartenant à un groupe doit rechercher les postes proposés au reclassement des salariés à « risque » de licenciement au niveau du groupe. Ceci implique que les propositions de postes, au prix d'une procédure spécifique (138), puissent se faire à l'étranger. Les permutations de salariés d'une entité à une autre au sein d'un groupe étant fréquentes en pratique, l'exigence de la préservation de l'emploi impose à l'employeur de rechercher des postes disponibles auprès de toutes les filiales et de la société-mère. L'un des enjeux est alors de déterminer les entités appartenant au même groupe auprès desquelles l'employeur (139) doit se tourner. Toutefois, les juges administratifs hésitent à se saisir pleinement de la question, entretenant une certaine confusion sur les périmètres du groupe. En la matière, le groupe demeure sans frontière, en ce sens que le périmètre du groupe demeure flou. En effet, dans aucune décision du panel, les juges ne se risquent à donner une définition ou des critères de détermination du groupe. Rappelons que la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas hésité à se départir de la notion de groupe en droit

(132) TA Cergy-Pontoise, 11 juillet 2014, n° 1404370.

(133) CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Mory-Ducros*, n° 14VE02579 ; pour une critique, dénonçant une interprétation *contra legem*, cf. J. Martinez, « Périmètre des critères d'ordre de licenciement : que force reste à la loi ! », JCP S n° 50, 9 décembre 2014, 1473.

(134) E. Wargon, art. précité, p. 9, spéc., p. 13. Relevons toutefois que le Conseil d'État, saisi en tant qu'autorité consultative, n'a rien trouvé à redire concernant cette partie du projet de loi. Cf. CE avis, 8 décembre 2014, n° 389.494.

(135) Projet de loi pour la croissance et l'activité, NOR EINX1426821L. Le projet de loi issu du vote du Sénat du 12 mars 2015 n'a pas modifié l'article 98.

(136) Souligné par nous.

(137) Un dernier alinéa précise : « les conditions d'application de l'avant-dernier alinéa du présent article sont définies par décret ».

(138) C. trav. L. 1233-4-1.

(139) Ou le mandataire judiciaire qui agit à sa place en cas de procédure collective.

des affaires (140). Le flottement est perceptible dans le jugement du Tribunal administratif de Caen, qui, face à une requête sur le périmètre du groupe auquel appartient l'employeur, prend soin de préciser « *que des recherches vaines ont été effectuées au sein de la société 3LB et de la société Des Ailes, alors même qu'il n'est pas établi qu'elles feraient partie du même groupe et que leur activité, leur organisation ou leur lieu d'exploitation permettrait d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* » (141). Les juges, sans cacher leur doute quant à l'inclusion des sociétés considérées dans le groupe, évitent soigneusement d'en définir les périmètres.

La liberté dans la définition des périmètres du PSE par les signataires d'un accord collectif ou par l'employeur apparaît déjà grande, elle l'est plus encore dans le cadre d'un PDV.

### 3. Les PDV hors de tout cadre

Les employeurs trouvent parfois un intérêt à élaborer un PDV en amont de son obligation d'élaboration d'un PSE (142). Un tel plan permet à l'employeur de diminuer ses effectifs et de réorganiser l'entreprise en ouvrant la possibilité à certaines catégories de salariés de négocier leur départ, tout en se départissant de certaines règles du licenciement économique (143). En effet, en cas de PDV, dans lequel l'employeur s'engage à ne pas licencier pour motif économique (144), il sera exonéré de l'élaboration d'un plan de reclassement (145) et de l'édiction de critères d'ordre des licenciements (146). Les juges administratifs ont repris à leur compte la jurispru-

dence judiciaire (147). Le contentieux relatif au PDV mis en œuvre à France Télécom en 2014 en donne une illustration. Le Tribunal administratif reconnaît la possibilité, dans un PDV, d'ouvrir une priorité à ceux dont le poste a vocation à disparaître dans la nouvelle organisation, et seulement dans un deuxième temps aux volontaires « indirects » dont le poste est substituable à un poste supprimé (147 bis). L'employeur n'est plus alors tenu d'opérer la sélection, ni dans le cadre des catégories professionnelles (148), ni au niveau de l'entreprise dans son ensemble (149). Le verrou, posé par les décisions *Mory-Ducros* ne s'applique donc pas au PDV. Mais encore, il échappe à l'obligation d'établir l'ordre des licenciements. En faisant correspondre la rupture du contrat avec le poste supprimé, l'employeur évite un tel inconvénient. C'est ainsi que l'employeur pourra parfois échapper à l'obligation d'élaborer un plan de reclassement (150).

En effet, sans garantir une préservation de l'emploi, un PDV permet de repousser la mise en œuvre du PSE. Ce différé a surtout pour effet de réduire le contrôle de l'administration. Le PDV d'Electrolux est un bon exemple. Il prévoit plusieurs étapes : « *une période de candidature aux départs volontaires en pré-traités* », une période de « *pré-positionnement au départ volontaire* », et enfin, s'agissant des licenciements dont l'éventualité est envisagée si le nombre de candidats volontaires n'est pas suffisant au regard du nombre de postes supprimés, « *une recherche de reclassement sera effectuée au sein de l'entreprise ou du groupe* » (151). Dans ce cas, l'employeur ne s'étant pas engagé à ne pas licencier pour motif écono-

(140) Cass. Soc. 5 octobre 1999, RJS 11/99, n° 1356.

(141) TA Caen, 27 juillet 2014, *Avinov*, n° 1401157.

(142) V. Françoise Favennec-Héry, « Les plans de départ volontaire », Dr. soc. 2011, p. 622 ; M. Bonnechère, « Les plans de départs volontaires », Dr. Ouv. 2010, p. 229. Sur le volontariat, V. I. Odoul-Asorey, « Le volontariat du salarié », RDT 2010, p. 91 ; *contra* P. Morvan, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », Dr. soc. 2005, p. 59.

(143) L'employeur devra parfois procéder à l'élaboration d'un PSE, concomitamment ou postérieurement.

(144) Pour une typologie des plans de départ volontaire cf. B. Boubli, « Le plan de départs volontaires dans un PSE multifonctions », JCP S 2010, 1383. Lorsque l'employeur ne prend pas un tel engagement, les obligations inhérentes au reclassement, comme l'élaboration d'un plan de reclassement, sont maintenues, cf. par exemple TA Versailles, 4 juillet 2014, *Sanofi*, n°1403072.

(145) Pour une critique cf. E. Dockès, « Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère », SSL 2010, n° 1465 ; également I. Meyrat, Dr. Ouv. 2011, p. 148.

(146) Cass. Soc. 10 mai 1999 : Bull. civ. V, n°202 : l'employeur « *n'avait pas à mettre en œuvre les critères de l'ordre des licenciements, faute de licenciement effectivement prononcé* » ; Cass. Soc. 12 juillet 2004, n° 02-19.175.

(147) TA Paris, 14 octobre 2014, *France Télévisions*, n°1411810/3-1 et CAA Paris, 12 mars 2015, *France Télévisions*, n° 14PA05025.

(147 bis) Un tel échelonnement des possibilités de départs offerts aux salariés semble contraire à la solution dégagée dans l'arrêt précité du 12 mai 2015.

(148) Cf. TA Paris, 27 octobre 2014, *Barclays*, n° 142140/9 : le juge rejette la recevabilité du référé pour deux raisons : il n'y a pas d'urgence, car l'échelonnement du PDV, des reclassements et de l'ordre des licenciements éventuels font que le juge du fond sera à même de se prononcer avant la fin de ce processus. En outre, le juge administratif doit prendre en compte les intérêts en jeu, dont, en particulier, ceux des salariés qui auront demandé et obtenu les avantages offerts aux départs volontaires. Rapp. Cass. soc. 12 mai 2015, n° 14-11.535 (inédit).

(149) Cf. aussi TA Versailles, 4 juillet 2014, *Sanofi*, n°1403072. Pour rappel, la possibilité de définir un PSE au niveau de l'établissement n'est possible que si un accord collectif ouvre cette possibilité, cf. *infra*. Pourtant, la Chambre sociale a récemment rappelé qu'au nom du principe de l'égalité de traitement doit être condamné l'employeur qui « *n'avait aucune explication objective et pertinente propre à justifier l'attribution aux seuls salariés concernés par la fermeture d'un site de l'indemnité spécifique prévue par le PSE* » (Cass. Soc., 23 octobre 2013, n° 12-23.457).

(150) S'il s'engage à ne pas licencier.

(151) TA Châlons-en-Champagne, 28 octobre 2014, *Electrolux*, n° 1401554. Notons que le plan vise un reclassement au niveau de l'entreprise ou du groupe, comme si c'était une alternative. Comme nous l'avons vu précédemment, l'employeur doit envisager les reclassements dans l'entreprise et le groupe.

mique, il ne peut être exonéré de l'élaboration d'un plan de reclassement. Or, celui-ci ne pourra utilement être élaboré qu'une fois déterminée l'insuffisance des candidatures au départ lors des deux premières étapes. Autrement dit, le plan de reclassement ne sera arrêté qu'au cours de la mise en œuvre du PSE validé par l'administration. L'accord contenant le PSE peut bien affirmer que le processus de reclassement s'effectuera « conformément aux dispositions légales », il se fera en réalité sans aucun contrôle et sans possibilité de recours.

Hormis la question de l'ordre des licenciements au niveau des établissements, les juges administratifs laissent aux acteurs de l'entreprise le soin de fixer les périmètres d'application des règles, affaiblissant les garanties légales apportées aux salariés menacés de licenciements. La même réserve des juges administratifs semble dominer le contrôle du contenu du PSE.

## B. La sauvegarde de l'emploi bradée

Depuis la loi dite de modernisation sociale (152), le plan social est dénommé PSE (153). Si les mots ont de l'importance, l'esprit, très optimiste, du dispositif est donc de sauvegarder les emplois et éviter, autant que faire se peut, les licenciements (154). Néanmoins, dans la continuité de l'arrêt *SAT* de la Cour de cassation (155), les juges administratifs refusent de contrôler les choix de gestion de l'employeur (156), d'autant plus que le contrôle de l'administration est cantonné à la procédure et au contenu du PSE (157). Dès lors, ni l'Administration, ni les juges administratifs ne peuvent imposer à l'employeur une réorganisation de l'entreprise qui entraînerait le moins de licenciements possible.

Dans certaines décisions, les juges administratifs font du PSE un acte autonome, déconnecté de toutes les autres actions en amont et au cours de la procédure de licenciement pour motif économique (1.). Sur d'autres points qui touchent au contrôle du contenu du PSE, les décisions étudiées peuvent se contredire sur l'intensité du contrôle exercé sur l'administration (2.), le caractère suffisant, du point de vue des mesures prises, du PSE (3.) et de la participation du groupe (4.).

### 1. Le PSE, un acte autonome ?

Dans plusieurs décisions du panel, le PSE est pris en lui-même. Tout d'abord, il est comme déconnecté des autres dispositifs que l'entreprise a pu mettre en place antérieurement. Ainsi la Cour administrative d'appel de Lyon a-t-elle refusé que des requérants invoquent le non-respect de l'accord de gestion prévisionnelle des emplois (GPEC) pour contester le PSE (158). Les requérants invoquaient la congruence qui existe entre la GPEC et le PSE (159). L'un et l'autre tendent à éviter les licenciements et obligent l'employeur à adapter les compétences des salariés aux évolutions de leur poste de travail. Seulement, la première est un processus ordinaire, « à froid », tandis que le second est un processus exceptionnel qui se déroule « à chaud ». Les requérants prétendaient que l'employeur aurait pu éviter les licenciements s'il avait correctement mis en œuvre l'accord GPEC. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation (160), le juge administratif rejette une telle argumentation, car cela reviendrait, en définitive, à subordonner la régularité la procédure à l'existence d'une cause économique (161).

Ensuite, les juges administratifs différencient le PSE des autres mesures prises au cours de la procédure

(152) Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

(153) Certains juges administratifs continuent pourtant d'utiliser l'expression « plans sociaux », cf. CAA Nantes, 30 avril 2014, *Harmer et Simmons*, n° 15NT00395, par exemple.

(154) Une telle finalité est parfois rappelée dans les décisions. V. CAA Douai, 17 octobre 2014, *Filpac*, n° 14DA00728 ; CAA Paris, 13 mai 2015, *Still SAS*, n° 15PA00702.

(155) AP, 8 décembre 2000, *SAT*, n° 97-44219, Bull. AP, n° 11, Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito. Cf. aussi. Cass. Soc. 3 mai 2012, Bull. civ. V, n° 129, *Viveo*, Dr. Ouv. 2012 p. 629 n. M. Henry.

(156) V. par exemple CAA Lyon, 11 septembre 2014, *UES ND Vrac Pulve*, n° 14LY01839, dans lequel il est précisé qu'« il n'appartient pas à l'autorité administrative ..., ni au juge administratif d'apprécier les choix économiques qui ont conduit un employeur à engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique dans le cadre d'un projet de réorganisation d'une société ». Le respect du choix de gestion de l'employeur excluait un contrôle d'opportunité de l'Administration, sous la forme d'un « bilan coûts-avantages », cf. P. Morvan, « La jurisprudence administrative relative aux licenciements pour motif économique : première ébauche », JCP S 2014. 1108.

(157) Et non à sa mise en œuvre. Dans un jugement, les requérants ont invoqué que, lors de l'application du PSE aux salariés protégés, aucun reclassement ne leur avait été proposé, si

bien que leur licenciement a été refusé. Ce constat ne permet pas de contester le contenu du plan. Les juges administratifs n'apprécient que le contrôle de l'administration sur le contenu du PSE au moment de sa transmission par l'employeur, cf. TA Rouen, 4 décembre 2014, *Éditions Atlas*, n° 1402969 et s.

(158) CAA Lyon, 11 septembre 2014, préc.

(159) R. Dalmasso, L. Joly, J. Dirringer, T. Sachs, « Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois », spéc. R. Dalmasso « Gestion prévisionnelle de l'emploi et droit du licenciement économique : quelle liaison ? », RDT 2007, p. 513. Cf. aussi Cass. Soc. 21 novembre 2006, Bull. civ. V, n° 349, Dr. Ouv. 2007, p. 156, n. A. Lyon-Caen, Dr. soc. 2007. 114, obs. G. Couturier.

(160) Cass. Soc. 30 septembre 2009, n° 07-20.525, RDT 2009, p. 715, Dr. Ouv. 2010, p. 149 n. T. Katz : « La régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications [...], ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences [...] ».

(161) Peut-être que cet argument aura plus de portée en cas de contestation du motif de licenciement devant les juges judiciaires.

de licenciement économique. Dans le cadre de la fermeture temporaire (pour travaux) de l'hôtel Lutetia, l'employeur a proposé aux salariés une modification de leur contrat de travail permettant leur mise à disposition d'autres entreprises, avec une indemnisation pour les périodes non travaillées (162). Bien que ce dispositif ait été inscrit dans la démarche globale de prise en compte des effets de la fermeture temporaire de l'hôtel, qu'il ait été un des éléments de la négociation et ait été soumis à la consultation du comité d'entreprise dans le cadre de la consultation sur le PSE, la Cour administrative d'appel a décidé qu'il ne faisait pas partie du PSE « *au sens des articles L. [1]223-61 à L. 1223-63 du Code du travail* » (163). Ce cantonnement permet, en l'espèce, de préserver le PSE de l'illicéité de la mise à disposition (164). La décision est néanmoins critiquable, car, si la mise à disposition ne figure pas aux nombres des mesures du PSE dont le législateur a fait la liste dans le Code du travail, l'employeur peut en ajouter de nouvelles. Il était pourtant manifeste, en l'espèce, que, dans l'esprit de l'employeur, ce dispositif de mise à disposition s'inscrivait dans le cadre du PSE...

De manière plus étonnante, le Tribunal administratif de Montreuil a écarté une mise en œuvre précipitée par l'employeur du PSE (165). Il a envoyé une lettre aux salariés appartenant aux catégories professionnelles impactées par les suppressions d'emploi pour leur signifier qu'il était « *contraint d'envisager [leurs] licenciement[s]* », en leur fournissant des informations sur les postes disponibles. Le problème est que cette lettre a été envoyée avant que l'Administration ne valide l'accord majoritaire. Les juges administratifs considèrent qu'une telle lettre n'est pas une lettre de notification de licenciement, car la lettre réserve bien le prononcé des licenciements à la validation de l'accord majoritaire par l'Administration. Néanmoins, en proposant des postes, l'employeur met en œuvre le plan de reclassement,

qui n'a pas encore été validé par l'Administration. En effet, le PSE ne peut être mis en œuvre qu'après la validation de l'accord par la Direccte (166) et non, comme en l'espèce, directement après la consultation du comité d'entreprise... Les juges administratifs insistent sur le fait que l'employeur a agi avec l'accord des interlocuteurs sociaux. Faut-il entendre que ces derniers disposent de règles organisant la temporalité de la procédure ?

Ces quelques décisions traduisent probablement une volonté de sauvegarder non pas les emplois, mais le plan lui-même. Il ne s'agit pas d'empêcher l'employeur de procéder aux licenciements. La volonté de préserver l'acte homologué ou validé se comprend aisément quant à la portée d'une éventuelle nullité de l'acte : si le plan est annulé, le Code du travail (167), à la suite de la jurisprudence judiciaire (168), prévoit que les actes subséquents, dont les licenciements prononcés, sont nuls, entraînant la réintégration obligatoire dans l'entreprise des salariés volontaires (169). C'est au regard de la tension entre l'exigence de préservation de l'emploi, appréciée au regard des mesures prises dans le PSE, et les conséquences de la nullité du plan que se comprennent les vagues-hésitations des juges administratifs.

## 2. L'intensité variable de l'obligation de motivation de l'Administration

Le contrôle de l'Administration sur le contenu du PSE varie selon qu'il s'agit de l'homologation d'un document unilatéral ou d'un accord collectif « majoritaire » (170). Dans le premier cas, l'Administration opère un contrôle normal et doit apprécier son caractère suffisant, alors que, dans le deuxième cas, le contrôle est restreint à l'existence des éléments imposés par la loi, sans avoir à apprécier la teneur de ceux-ci (171).

(162) CAA Paris, 2 octobre 2014, *Hôtel Lutetia*, n° 14PA02909.

(163) L'adjonction des parenthèses est la correction d'une erreur matérielle dans la rédaction de l'arrêt.

(164) En effet, une mise à disposition à but lucratif peut constituer un prêt de main-d'œuvre illicite, sanctionné pénalement (C. trav. L. 8224-1 à L. 8224-6).

(165) TA Montreuil, 3 octobre 2014, *Nexitraone*, n° 1407340. Cette précipitation est d'autant moins compréhensible que les actions des représentants des salariés et de l'Administration sont enserrées dans des délais préfix stricts, permettant une célérité de la procédure.

(166) C. trav. L. 1233-57-4.

(167) C. trav. L. 1235-10.

(168) Cass. Soc. 13 février 1997, Bull. civ. V, n° 64, *Grands arrêts*, n° 110, D. 1997. 172, n. A. Lyon-Caen ; Dr. Ouv. 1997 p.94 n. P. Moussy.

(169) La Cour de cassation a récemment précisé qu'en cas de nullité du PSE, seule la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise sur le PSE doit être réitérée, et non celle relative au volet économique, cf. Cass. Soc. 25 septembre 2013, n° 12-20.986. À propos du licenciement « par ricochet », cf. B. Gauriau, « Variations sur la nullité du licenciement », Dr. Soc. 2014, p. 44.

(170) Dans le même sens M.-C. Sarrazin, « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », RDT 2014, p. 614.

(171) V. par exemple CAA Versailles, 26 juin 2014, *Darty*, n° 14VE00884, dans lequel est précisé que « *l'Administration doit seulement faire porter son contrôle sur la présence, dans le PSE, des éléments prévus aux articles L. 1233-61 et L. 2133-63* ». Dans le contentieux relatif au PSE de la société SKF, les juges ont précisé que l'Administration n'a pas à contrôler les modalités de suivi du PSE (obligatoire en vertu de l'article C. trav. L. 1233-63) mis en place par l'accord « majoritaire », cf. TA Versailles, 4 juillet 2014, SKF, n° 1402915 et CAA Versailles, 30 septembre 2014, SKF, n° 14VE0200.

Comme toute décision administrative de nature individuelle (172), l'homologation ou la validation ou son refus doivent être motivés (173). Le juge apprécie l'existence d'une motivation en tant que telle, non pas seulement en ce qu'elle lui permet d'exercer son contrôle. Selon la Cour d'appel de Versailles, « *le respect de cette obligation [...] participe de l'objectif d'améliorer la sécurité juridique* » (174).

Certaines décisions se contredisent sur l'exigence de motivation qui pèse sur l'Administration. Certaines juridictions imposent à la Direccte de mentionner, même succinctement, chaque objet de son contrôle (175). Elles vérifient que les considérations de fait et de droit ont été prises en compte et s'attachent à ce que le PSE porte sur tous les éléments et soit conforme à la loi et aux règles conventionnelles en vigueur (176).

D'autres considèrent, au contraire, que la Direccte n'a pas à faire état, dans sa décision, de chaque élément contrôlé. La Cour administrative d'appel de Versailles a ainsi censuré le Tribunal de Cergy-Pontoise, car « *cette obligation de motivation ne saurait imposer à l'administration, quand elle prend une décision favorable, de faire état de chacun des éléments d'un plan sur lesquels elle a fait porter son contrôle, elle doit toutefois garantir aux destinataires d'une telle décision, au nombre desquels figurent les comités d'entreprise, qu'elle a examiné l'ensemble des éléments sur lesquels son contrôle doit porter* » (177). Selon certains, il suffirait alors, en cas de décision favorable, d'« *une simple appréciation qualitative sur chacun des temps de contrôle* » (178). La distinction ainsi opérée dans l'exigence de motivation entre décision favorable et défavorable peut se comprendre, dès lors que les décisions défavorables peuvent créer un préjudice et que l'administré doit être mis en mesure d'en comprendre les raisons. Cependant, une telle distinction n'est pas justifiée dans le contexte d'un PSE. En effet, celui qui sollicite la décision administrative est l'employeur, et le caractère « favorable » s'apprécie par rapport à la validation ou

l'homologation de sa demande. Or, dans le cadre d'un PSE, les intérêts de l'employeur ne sont pas seuls en jeu. L'objet du PSE porte sur un bien commun qui, en premier lieu, appartient aux salariés et à leurs représentants : la préservation de l'emploi. Dans ces conditions, une décision « favorable » emporte généralement la destruction d'emploi (les licenciements qui s'ensuivent), préjudiciant les salariés licenciés. Cette considération devrait être de nature à renforcer l'exigence de motivation, peu important, au demeurant, que la décision soit favorable ou non.

Des contradictions existent également entre les décisions du panel sur le contrôle du caractère suffisant du PSE.

### 3. Le caractère suffisant du PSE en débat

La lecture de l'ensemble des décisions du panel donne une impression de réduction du contenu du PSE. En effet, le contrôle de son contenu est systématiquement focalisé sur l'existence du plan de reclassement et sur le caractère suffisant du PSE, entendu comme proportionné aux capacités de l'entreprise et du groupe ou de l'UES auquel appartient l'employeur. Il devrait également être apprécié au regard de l'importance du projet de licenciement, comme le rappelle la Cour administrative d'appel de Paris (179). Or, l'article L. 1233-62 du Code du travail dispose qu'à côté des mesures de reclassement interne et externe, l'employeur doit prévoir des mesures de création d'activités nouvelles par l'entreprise, le soutien à la création ou à la reprise d'activité, des actions de formation et des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail. Évidemment, certaines de ces mesures figurent dans certains PSE soumis aux contrôles des juridictions du panel, mais les juges ne semblent pas veiller à ce que l'employeur envisage au moins l'ensemble de ces mesures et s'explique éventuellement sur la mise à l'écart de certaines. Dorénavant, l'Administration qui, face à un document unilatéral, souhaiterait imposer à l'employeur une de ces mesures complémentaires au plan de reclassement risque de se retrouver affaiblie, faute de

(172) Le Conseil d'État a lui-même précisé que la décision prise par la Direccte ne revêtait pas un caractère réglementaire (CE, 24 janvier 2014, n° 374163).

(173) Cette exigence connaît une exception légale qui est celle de l'homologation tacite.

(174) CAA Versailles, 16 septembre 2014, *Heinz*.

(175) Cf. CAA Marseille, 24 octobre 2014, *LFoundry Rousset SAS*, n° 14MA03521 ; S. Deliancourt, « Exigence de motivation des décisions homologuant les PSE : suites... », JCP S, n° 1-2, 13 janvier 2015, 1006 – qui ne fait pas partie du panel – « *le seul visa par la décision d'homologation du document de l'employeur ne saurait suffire à témoigner de l'exercice par l'Administration de son rôle de vérification, dès lors que cette dernière ne doit pas seulement s'assurer que ce document porte sur les éléments*

*prévus au 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, mais doit examiner la conformité de son contenu à la loi et aux règles conventionnelles en vigueur* ».

(176) V. par exemple CAA Nancy, 27 novembre 2014, *PIM*, n° 14NC01730 ; CAA Nancy, 16 octobre 2014, *BASF*, n° 14NC01417 ; CAA Bordeaux, 30 juin 2014, *IPL Atlantique*, n° 14BX01084 ; CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Milonga*, n° 14MA01909, conclusions du rapporteur public, cf. S. Deliancourt, « Comment motiver une décision homologuant un PSE ? », JCP S n° 39, 23 septembre 2014, 1363.

(177) CAA Versailles, 16 septembre 2014, *Heinz*, n° 14VE01826.

(178) C. Rollet-Perraud, « Contrôle de la décision d'homologation d'un PSE », AJDA 2014, p. 2126.

(179) CAA Paris, 13 mai 2015, *Still SAS*, n° 15PA00702.

soutien clair des juges administratifs à une telle démarche.

L'essentiel du contentieux analysé et des questions relatives aux contenus du PSE concernent son caractère suffisant (180). Schématiquement, deux démarches semblent s'opposer.

Certains juges analysent concrètement chaque élément du PSE un à un, les égrenant les uns après les autres (181). Par exemple, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne apprécie chaque élément du PSE : l'aide à la mobilité est insuffisamment incitative ; le financement des formations est insuffisant et pas suffisamment rapide dans sa mise en place ; l'aide à la création d'entreprises est insuffisante et exclut de manière injustifiée l'auto-entrepreneuriat ; etc. (182). Le juge combine alors appréciation financière et qualitative pour chaque mesure prise individuellement (183).

D'autres juges font une appréciation globale du PSE : ils comparent l'engagement financier global pour le PSE avec les capacités de l'entreprise et du groupe (184). Il convient alors de déterminer à quel document financier il faut se référer. Un certain flottement existe en la matière. Ainsi, dans l'affaire concernant l'Association des éclaireurs et éclaireuses de France (185), les juges justifient le caractère chiche du PSE de 2014 en raison des seules dettes sociales et fiscales (186), sans que l'employeur ne fournisse de document comptable après 2012. Les juges, dans cette affaire, refusent de prendre en considération le patrimoine de l'entreprise, en particulier les biens immobiliers (187), qui pourraient être utilisés pour désintéresser l'Administration fiscale et les organismes sociaux. En ne retenant pas l'obligation de fournir des documents comptables plus récents, les juges

et l'Administration ne se donnent pas les moyens de vérifier l'ampleur de la dette par rapport aux moyens de l'entreprise et, surtout, s'interdisent de vérifier la proportionnalité des engagements pris dans le PSE au regard des capacités de l'association.

En ce qui concerne le PDV de France Télévisions, en 2014, les juges insistent également sur le déficit de la société (85 millions) et du groupe (114 millions). Néanmoins, ces déficits sont largement dus à la provision exceptionnelle pour restructuration (qui finance le PSE) de l'ordre de 77 millions. Il peut apparaître, sans préjudice de l'effort financier important, paradoxal de se référer, en l'espèce, aux déficits, alors qu'ils sont largement imputables au financement du PSE – le raisonnement est quelque peu circulaire.

Enfin, en ce qui concerne le PSE de Bata, la salariée requérante contestait l'absence de « *chiffrage global* » de son financement, ce qui ne permettait pas d'apprécier la proportionnalité vis-à-vis des moyens du groupe (188). Les juges considèrent que « *cette appréciation peut se passer d'une évaluation chiffrée globale, dès lors que le caractère suffisant des mesures s'apprécie, notamment, au regard des sommes versées aux salariés en vue de leur réalisation* ». En l'espèce, les aides à la mobilité, les dotations pour les formations et les reconversions, etc. sont déterminables pour chaque salarié. Cette appréciation de la proportionnalité apparaît pour le moins curieuse, car il apparaît suffisant en raison de la variété des aides et des montants des droits ouverts aux salariés soumis au PSE, sans que, faute de chiffrage global, l'Administration ait été mise en mesure d'évaluer si d'autres mesures auraient pu être financées, et sans garantie que l'entreprise puisse financer l'ensemble des mesures sollicitées à l'avenir...

(180) Rappelons que le contrôle par l'Administration, et par le juge administratif, du caractère suffisant et proportionné du PSE n'est possible qu'en cas de procédure de document unilatéral. En cas de procédure de validation d'un accord collectif « majoritaire » « *L'Administration doit seulement faire porter son contrôle sur la présence, dans le PSE, des éléments prévus aux articles L.1233-61 et L. 2133-63 ; ... que, dans ce cadre, l'Administration n'avait pas à se prononcer sur le nombre d'emplois offerts dans le plan de reclassement, ni sur la validité des clauses figurant dans le projet de convention proposé aux salariés* », cf. CAA Versailles, 24 juin 2014, *Darty* (A+V), n°14VE00884. Dans le même sens CAA Nancy, 27 novembre 2014, *PIM*, n°14NC01730 et s., dans lequel il est précisé que l'Administration n'a pas à se prononcer sur le nombre d'emplois offerts dans le plan de reclassement, mais doit se borner à constater que le plan de reclassement figurant dans l'accord collectif comprenait bien une liste des emplois offerts au reclassement ; constat qui suffit pour caractériser le caractère complet du plan.

(181) Pour une validation du PSE, V. CAA Douai, 3 juillet 2014, *AJIS*, n°14DA00635. Pour une contestation de l'employeur du refus d'homologation en raison de l'insuffisance du PSE, TA Orléans, 25 septembre 2014, *SICA conserves d'Aucy*, n°1402485.

(182) TA Châlons-en-Champagne, 11 février 2014, *ODCF*, n°1302032 et s. V. aussi M.-C. Sarrazin, « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », RDT 2014, p. 614.

(183) Célérité dans la mise en œuvre, caractère incitatif, etc.

(184) Ce que certains auteurs nomment « *un contrôle de méthodologie des mesures de reclassement prévues par l'employeur* », cf. M.-C. Sarrazin, « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », *ibid.* V. TA Cergy-Pontoise, 12 février 2014, *Bata*, n°1409916 ; TA Montreuil, 22 septembre 2014, *Association Éclaireuses, Éclaireurs de France*, n°1407340 ; TA Paris, 14 octobre 2014, *France Télévisions*, n°1411810/3-1 ; CAA Douai, 17 juillet 2014, *Filpac*, n°14DA00728.

(185) TA Montreuil, 22 septembre 2014, *Association Éclaireuses, Éclaireurs de France*, n°1407340.

(186) 1.5 millions.

(187) Dont la vente, selon les requérants, n'aurait pas empêché la continuité de l'activité.

(188) TA Cergy-Pontoise, 2 décembre 2014, *Bata*, n°1409916.

À notre sens, l'obligation de moyen renforcée qui pèse sur l'employeur (189), non seulement dans les recherches de reclassement, mais également dans chaque mesure du PSE, imposerait de vérifier la proportionnalité de chacune d'entre elles, tant quantitativement (financièrement) que qualitativement. Néanmoins, si le Conseil d'État estimait que les juges administratifs peuvent se contenter d'une appréciation globale, il faudrait exiger de l'employeur qu'il produise une documentation comptable complète, qui permette d'apprécier son engagement réel et proportionné aux capacités qu'il peut mobiliser pour la préservation des emplois. Un tel engagement suppose également l'implication du groupe dans son ensemble.

Il faut encore faire état du projet de loi sur la croissance et l'activité, qui allège encore un peu plus cette obligation concernant les entreprises en procédure collective (190). Mais alors que ce caractère suffisant était apprécié au regard des moyens dont disposait l'entreprise ou le groupe auquel appartient l'entreprise, il serait apprécié au regard des seuls moyens dont dispose l'entreprise, sans considération des moyens dont disposent les autres entreprises du groupe. Évidemment, le contenu du PSE est ainsi réduit à sa portion la plus congrue. La procédure collective de l'entreprise filiale serait alors un bouclier commode pour le groupe contre les actions des salariés ou de l'AGS. On a échappé à pire : dans sa version initiale, le projet de loi limitait l'obligation de reclassement à l'entreprise et non plus au groupe auquel l'entreprise appartient, ce qui serait revenu à purement et simplement sacrifier les salariés des entreprises placées en redressement et en liquidation judiciaire.

#### 4. La participation du groupe affaiblie

Lorsque l'entreprise employeur appartient à un groupe, les autres entités de l'ensemble doivent participer à l'effort de reclassement et au financement du PSE.

Néanmoins, cette participation est relative en matière de reclassement. Certes, l'article L. 1233-4 du Code du travail dispose que la recherche de reclassement de chaque salarié individuellement doit être « opérée dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient ». La loi ne distingue pas entre les entreprises du groupe : la recherche doit se faire auprès de toutes les entités sans exclusive (191). Une telle rédaction constitue une évolution par rapport à la jurisprudence judiciaire antérieure, qui restreignait le périmètre de reclassement aux « entreprises dont les activités et l'organisation permettaient la permutation de tout ou partie du personnel » (192). Évolution qui n'a pas été reprise par tous les juges administratifs (193). Cependant, l'obligation de reclassement ne pèse que sur l'employeur, seul. Les autres entreprises du groupe ne sont pas codébitrices (194). Une telle solution est critiquable. Tout d'abord, parce que certains juges administratifs se contentent de constater que l'employeur a bien sollicité toutes les entreprises du groupe et que, faute de réponse de leur part, le périmètre de reclassement s'en retrouve diminué (195). Or, l'obligation de moyen renforcée qui pèse sur l'employeur devrait le contraindre à ne pas se satisfaire du silence gardé par les autres entités du groupe et à insister pour obtenir des informations sur les possibilités (ou non) de reclassement. À défaut, le plan de reclassement devrait être considéré comme incomplet, donc nul. Ensuite, il est possible de soutenir, avec certains auteurs, qu'une action contre les autres sociétés du groupe demeure envisageable, car, en droit privé, « un tiers engage sa responsabilité délictuelle lorsqu'il fait obstacle à l'exécution par une autre personne de ses obligations » (196). Les entités du groupe qui feraient obstacle à la recherche de reclassement de l'employeur devraient alors voir leur responsabilité engagée (197).

Le groupe doit également participer au financement du PSE. La suffisance du PSE est alors

(189) Justifiée par l'objectif de préservation de l'emploi, qui s'inscrit dans le droit d'obtenir un emploi.

(190) Art. 101.

(191) Une limite juridique perdue néanmoins : la recherche d'emplois à l'étranger – soumise à une procédure particulière de consultation préalable des salariés – ne peut se faire que si la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers, cf. not. Cass. Soc. 4 décembre 2007, n° 05-46.073, RJS 2/08, n° 158.

(192) Cass. Soc. 31 mars 1998, RJS 5/98, n° 578.

(193) TA Rennes, 7 juillet 2014, *Fobi*, n° 1402023 et s. ou CAA, 13 mai 2015, *Still SAS*, n° 15PA00702, qui valide une recherche de reclassement dans 6 filiales sur 14, car gérées par la même division.

(194) Cass. Soc. 13 janvier 2010, Dr. Ouv. 2010, p. 214, obs. G. Loiseau, Dr. soc. 2010. 474, obs. G. Couturier, F. Favennec-Héry, Dr. soc. 2010. 762 s. Solution reprise dans les arrêts CAA Bordeaux, 30 juin 2014, *IPL Atlantique*, n° 14BX01084, CAA Bordeaux, 30 mars 2015, *SGBA*, n° 15BX00143 et CAA Nantes, 30 avril 2014, *Harmer et Simmons*, n° 15NT00395.

(195) CAA Bordeaux, 30 juin 2014, *IPL Atlantique*, n° 14BX01084.

(196) G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz 2014, n° 472.

(197) Devant le Conseil de prud'hommes de manière certaine. Resterait alors à déterminer les conséquences que le juge administratif devrait en tirer sur l'élaboration du PSE.

appréciée au-delà de l'entreprise employeur, au niveau du groupe ou de l'UES (198). Cette participation est particulièrement recherchée lorsque l'entreprise employeur est mise en liquidation (199), ce qui implique que, faute de moyens, le PSE sera des plus austères s'il n'était financé que par l'employeur seul (200).

Néanmoins, la Cour administrative d'appel de Marseille estime que le groupe ne peut se cacher derrière la mise en liquidation de la société employeur, car « *il ne ressort pas des pièces du dossier que, pour sa part, le groupe ne disposait d'aucun moyen compte tenu de sa propre situation financière ; qu'il suit de là que l'Administration, qui ne pouvait se borner à prendre acte du refus du groupe d'abonder au plan (...)* » (201). De manière moins orthodoxe, le Tribunal administratif de Rennes estime suffisante la recherche de reclassement lorsque le liquidateur judiciaire a contacté une partie des entités du groupe (80 entreprises tout de même) et reçu une réponse d'une partie d'entre elles (202). Les juges estiment le PSE suffisant au regard « *des possibilités et du temps dont [le liquidateur] disposait* ». Pourtant, l'appréciation du caractère suffisant d'un PSE s'évalue quant à son contenu et non quant au contexte de son élaboration (203), et d'autres juges administratifs ont estimé insuffisante l'examen de « *possibilités* » de reclassement au niveau du groupe par l'administrateur judiciaire (204). Les juges administratifs de Rennes explicitent les raisons de leur démarche pour le moins singulière : si le PSE avait trop tardé, les salariés auraient perdu la garantie de leurs salaires par les AGS et se seraient retrouvés parmi les créanciers à désintéresser – risquant alors de ne jamais être payés. Si le motif de la célérité est louable, il demeure préjudiciable que le peu de temps imparti pour accomplir les obligations de reclassement ait entraîné une diminution du cadre du reclassement (toutes les entités du groupe n'ont pas été sollicitées) et relativise le contrôle sur le contenu des mesures d'accompagnement des salariés licenciés.

(198) Bien évidemment, la situation économique du groupe peut être détériorée dans son ensemble, ce qui justifiera un PSE au contenu plus modeste : CAA Nantes, 30 avril 2014, *Harmer et Simmons*, n° 15NT00395.

(199) Pour une illustration, cf. notamment CAA Douai, 17 juillet 2014, *Filpac*, n° 14DA00728.

(200) Cf. *supra*, l'art. 101 du projet de loi sur la croissance et l'activité.

(201) CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Milonga*, n° 14MA01909.

(202) TA Rennes, 7 juillet 2014, *Fobi*, n° 1402023 et s.

(203) En outre, on ignore si le plan de reclassement précise ou non l'ensemble des postes disponibles. Il semblerait que cette liste complète soit renvoyée à plus tard. Un tel procédé serait contraire à la jurisprudence antérieure, cf. Cass. Soc. 28 novembre 2006, n° 04-48.798, Bull. civ., V, n° 355.

## Quelques mots de conclusion

La position et le rôle assignés par la loi de 2013 à l'Administration et à son juge ont été interprétés, dans un grand nombre de décisions étudiées, comme une invitation à épouser la logique gestionnaire de l'employeur, à l'ombre portée de la liberté d'entreprendre (205). Dans cette perspective, la légitimité des représentants du personnel ne relève plus que d'un contrôle formel ; le dialogue social est enfermé dans le carcan de règles propres à la procédure administrative, qui vise à « sauver » le maximum de décisions face aux irrégularités constatées. Dans le même mouvement, les réserves quant au contrôle exercé sur le PSE conduisent à une plus grande incertitude sur ses frontières, sans compter l'affaiblissement des exigences inhérentes aux mesures d'accompagnements. Au travers de ces multiples revers assésés aux protections des salariés, ce sont les garanties constitutionnelles du principe de participation et du droit à l'emploi qui sont sapées. Une telle régression provenant de juges qui appartiennent à un ordre juridictionnel qui a été à l'initiative de la protection des droits fondamentaux du salarié dans l'entreprise (206) ne peut que susciter l'amertume. Reste ce cri sourd d'un groupe qui se voulait punk : le Conseil d'État saura-t-il « *donner des yeux à la Justice* » (207) ?

**Josepha Diringier et  
Morgan Sweeney**

(204) TA Strasbourg, 8 juillet 2014, *PIM industrie*, n° 1401942.

(205) T. Sachs et S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral - À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », RDT 2014, p. 528.

(206) CE, 1<sup>er</sup> février 1980, *Peintures Corona*, n° 06361 ; Dr. soc. 1980, p. 310, concl. A. Baquet ; Dr. Ouv. 1980, p. 211, n. S. Alter.

(207) B. Bonvoisin/ N. Krief, *Antisocial*, 1980, Interpr. Trust.