# Actualités

## Aperçu rapide

## En questions

LA DÉTERMINATION DU PÉRIMÈTRE D'APPLICATION DES CRITÈRES D'ORDRE DES LICENCIEMENTS SUITE À LA LOI **MACRON** 



Frédéric Calinaud, avocat associé, Calinaud David Avocats. membre d'Avosial



Isabelle Pons, avocat, Calinaud David Avocats

ANS la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques figure un lot de dispositions relatives aux licenciements pour motif économique, dont des mesures dites « correctives », notamment en matière de détermination du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements. En effet, lors d'un licenciement pour motif économique, lorsque plusieurs postes doivent être supprimés au sein d'une même catégorie professionnelle, il convient d'appliquer les critères d'ordre des licenciements (fixés par le Code du travail, tels que les charges de famille, l'ancienneté ou les qualités professionnelles, ou par un accord collectif), afin de déterminer quel salarié sera susceptible d'être licencié. Il a longtemps été débattu du périmètre d'application des critères d'ordre (l'établissement s'opposant à l'entreprise dans son ensemble) et des mécanismes ont permis, dans une certaine mesure, de « choisir » le périmètre d'application désiré. Des zones d'ombre persistant sur ces choix, l'objectif de la loi du 6 août 2015 était de tenter d'apporter certaines précisions, voire de sécuriser le dispositif. Mission partiellement accomplie au demeurant.

#### 1. Pourquoi la loi du 6 août 2015 est intervenue en ce qui concerne le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements?

Nombreux sont ceux qui pensaient que la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi avait permis à l'employeur de déterminer unilatéralement le périmètre d'application des critères d'ordre, sans signer d'accord collectif et sans même tenter une négociation. Cette possibilité a cependant été écartée par la cour administrative d'appel de Versailles dans un arrêt « Mory-Ducros » (CAA Versailles, 22 oct. 2014, n° 14VE02408 et n° 14VE02409 : JurisData n° 2014-030493; JCP S 2014, 1473, note J. Martinez), et ce contrairement à ce qu'avait retenu le tribunal administratif de Cergy Pontoise dans la même affaire (TA Cergy-Pontoise, 11 juill. 2014, n° 1404270).

La cour d'appel a considéré que les dispositions du Code du travail ne permettaient pas de fixer les critères d'ordre à un niveau inférieur à l'entreprise, de manière unilatérale. Dans le cas de l'en-

Ndir: Dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat en droit social, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

treprise Mory-Ducros, il s'agissait d'un plan de sauvegarde de l'emploi élaboré unilatéralement par l'administrateur judiciaire en l'absence d'accord majoritaire portant sur le contenu du PSE avec les organisations syndicales représentatives. La cour administrative d'appel de Versailles a adopté la même position que la cour administrative d'appel de Paris dans une autre affaire (CAA Versailles, 17 févr. 2015, n° 14VE03261).

Cette position du juge administratif, qui a écarté une interprétation pourtant légitime de la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi, a suscité des critiques de la doctrine et des praticiens mais est conforme au contenu des travaux parlementaires sur la loi de sécurisation de l'emploi. En effet, il en ressort que le législateur n'entendait pas revenir sur la position de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Néanmoins, cette décision implique des conséquences pratiques importantes pour les plans de licenciement concernés. En effet, en cas de nullité d'une décision d'homologation d'un PSE, les salariés peuvent solliciter leur réintégration dans l'entreprise ou une indemnisation au moins équivalente aux salaires des six derniers mois. La sanction est donc lourde.

La loi du 6 août 2015, qui avait pour objectif de donner de la flexibilité aux employeurs, devait donc « corriger » les effets de la jurisprudence administrative et surtout de sécuriser la voie du document unilatéral pour fixer le périmètre d'application des critères d'ordre pour les PSE, tout en apportant des limites au pouvoir de décision unilatérale de l'employeur. Il ne faudrait pas, en effet, donner à ce dernier l'idée saugrenue d'utiliser ce pouvoir de décision unilatérale pour cibler les salariés à licencier...

### 2. Quel est l'apport de la loi du 6 août 2015 en matière de périmètre d'application des critères d'ordre?

La loi nouvelle pose explicitement le principe selon lequel le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être déterminé à un niveau inférieur à celui de l'entreprise dans le document unilatéral fixant le contenu d'un PSE.

La loi ajoute à l'article L. 1233-5 du Code du travail les alinéas

« Pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 ou par le document unilatéral mentionné à l'article L. 1233-24-4.

Dans le cas d'un document unilatéral, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi.

Les conditions d'application de l'avant-dernier alinéa du présent article sont définies par décret. »

Le périmètre d'application retenu pour les critères d'ordre peut donc être fixé dans le document unilatéral à condition qu'il ne soit pas inférieur à la « zone d'emploi » dans laquelle sont situés le ou les établissements de l'entreprise visée par les suppressions d'emploi.

S'il faut attendre les décrets d'application pour savoir ce que recouvre exactement la « zone d'emploi » dont il est ici question, lors des débats parlementaires sur le projet de loi, il avait déjà été fait référence à la définition retenue par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE). Celui-ci précise que la zone d'emploi est un espace géographique à l'intérieur duquel la plupart des actifs résident et travaillent, et dans lequel les établissements peuvent trouver l'essentiel de la main d'œuvre nécessaire pour occuper les emplois offerts. Est donc laissé à un organisme tiers (l'INSEE) le soin d'élaborer l'atlas des zones d'emploi établi selon des critères objectifs.

Ces nouvelles dispositions créent une distinction entre l'accord majoritaire et le document unilatéral et nivèlent ainsi le périmètre d'application des critères d'ordre en fonction de la capacité et/ou de la volonté de l'entreprise de conclure un accord majoritaire. La conclusion d'un tel accord permet à l'employeur de retenir le périmètre de l'établissement, voire du service, ce qui ne sera généralement pas possible par la voie du document unilatéral, car la zone d'emploi pourra correspondre à plusieurs établissements (dans le cas d'établissements proches géographiquement) et couvrira probablement plusieurs services.

Par ailleurs, l'application pratique de ces dispositions risque de susciter de nouvelles questions d'interprétation s'agissant de la notion de « zone d'emploi ». Pourra par exemple être mise en avant l'évolution constante des zones d'emploi dans la pratique, qui s'oppose au délai nécessaire à l'INSEE pour établir un atlas des zones d'emploi. À ce jour, le dernier atlas de l'INSEE date de 2010 et a été réalisé en tenant compte notamment des données recueillies lors du recensement de 2008.

De même, il peut être relevé que l'INSEE souligne elle-même l'importance de l'« effet capitale régionale » dans son atlas. Ce point trouve un écho particulier à la lumière des discussions sur la réforme territoriale qui impliquera notamment la suppression de certaines capitales régionales. On peut s'interroger sur la capacité de l'INSEE à actualiser rapidement ses données dans un contexte économique évolutif.

En confiant à l'INSEE la responsabilité de définir les zones d'emploi (si ce point est confirmé par décret), le législateur n'a certainement pas simplifié la lecture des nouvelles dispositions (bien au contraire).

#### 3. Quelles sont les carences de la loi du 6 août 2015?

Outre ces nouvelles difficultés à prévoir s'agissant des zones d'emploi, constatons que la loi comporte une carence majeure. Une nouvelle fois, le législateur n'a traité que de la question des « grands » licenciements. Pourtant, combien d'entreprises doivent se résoudre, pour survivre, à procéder à des « petits » licenciements collectifs, voire à des licenciements individuels?

On comprend aisément que ces plus petites entreprises ou celles qui licencient peu ne sont pas sur le radar du Gouvernement, comme ce fut le cas de Mory-Ducros, dont l'affaire a été largement médiatisée. Pourtant, telle est la réalité économique aujourd'hui. Les « petits » licenciements représentent dans les faits une part importante des restructurations d'entreprises. Force est de constater que nombre d'entreprises procèdent à de « petits » licenciements pour motif économique, sans disposer des outils applicables aux « grands ».

Si l'on prend l'exemple d'une entreprise de restauration, disposant de plusieurs établissements en France qui décide de fermer son restaurant de Lille, employant 7 salariés, elle ne pourra pas bénéficier des dispositions légales lui permettant de fixer le périmètre d'application des critères d'ordre sur ce seul établissement, sauf à suivre, volontairement, la voie du plan de sauvegarde de l'emploi, choix qu'aucune entreprise ne fera, pour éviter complexité juridique et coûts.

De plus, quand bien même une entreprise se risquerait à mettre en place volontairement un PSE, si elle ne dispose pas de partenaires sociaux (cas de nombreuses entreprises de plus de 50 salariés, contrairement aux idées reçues), la signature d'un accord collectif s'avérera impossible. Il conviendra donc de se tourner vers le docu**Actualités** 404

ment unilatéral, avec lequel les possibilités du périmètre d'application des critères d'ordre sont moindres.

Ainsi, la loi du 6 août 2015 aurait dû aller plus loin et étendre aux « petits » licenciements collectifs les règles applicables aux « grands ».

Enfin, cette loi n'a pas cherché à sécuriser les procédures actuellement en cours. Seules les procédures de licenciement engagées après sa publication, voire après celle de ses décrets d'application, seront concernées par les nouvelles mesures.