

LE CONTENTIEUX du LICENCIEMENT ECONOMIQUE

devant le CONSEIL d'ETAT

(2013-2020)

Olivier Dutheillet de Lamothe

Président de section honoraire au Conseil d'Etat

Avocat, Associé, CMS Francis Lefebvre Avocats

Pour comprendre la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de licenciement économique, il est nécessaire de partir de **l'ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi**, dont l'article 20 stipule :

« La procédure de licenciement collectif pour motif économique et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi sont fixés soit par accord collectif majoritaire, soit par un document produit par l'employeur et homologué par la DIRRECTE. »

C'est un accord sans précédent : accord de trois organisations syndicales et des organisations patronales pour retirer au juge judiciaire le contrôle des opérations de licenciement et le confier à l'administration du travail (les DIRECCTE).

La CFDT a obtenu en contrepartie la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé.

Cet accord est lié à l'échec du contrôle judiciaire des licenciements instauré en 1986 :

- échec du, d'abord, aux délais liés à des saisines en référé à répétition ;
- échec du, ensuite, à la nullité attachée à l'insuffisance du plan social qui intervenait tellement tard que la réintégration des salariés était le plus souvent impossible ;
- échec du, enfin, à l'insécurité juridique née de la rébellion des juges du fond contre la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, comme l'a montré l'affaire Viveo.

Quand on songe à l'investissement des juges judiciaires dans ce contentieux, notamment à travers la jurisprudence Waquet, on mesure deux données fondamentales :

- la première est qu'on ne fait pas le bonheur des salariés malgré eux ;
- la seconde est qu'on ne peut pas ignorer impunément les réalités économiques comme c'était le cas s'agissant de l'appréciation du motif économique au niveau du secteur d'activité concerné sur le plan mondial et de l'obligation de reclassement, elle aussi étendue à l'ensemble des entreprises du groupe, y compris hors de France.

L'ANI du 11 janvier 2013 a été transposé, sur le plan législatif, par **la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.**

1. Les principes fondateurs : les trois arrêts d'assemblée du 22 juillet 2015

Par trois arrêts d'assemblée du 22 juillet 2015, le Conseil d'Etat a défini les principes fondateurs de cette jurisprudence.

1.1. Il a, d'abord, affirmé, conformément à la loi, la différence du contrôle du DIRECCTE – et, par voie de conséquence, du juge administratif - sur la validation d'un accord collectif portant PSE et sur l'homologation du document unilatéral de l'employeur.

Cette différence résulte clairement des textes :

Aux termes de l'article L1233-57-2 : « *L'autorité administrative valide l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 dès lors qu'elle s'est assurée de :*

1° Sa conformité aux articles [L. 1233-24-1](#) à [L. 1233-24-3](#) ;[règles de conclusion de l'accord]

2° La régularité de la procédure d'information et de consultation du comité social et économique ;

3° La présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi des mesures prévues aux articles [L. 1233-61](#) et [L. 1233-63](#) ;[plan de reclassement et contenu du PSE]

4° La mise en œuvre effective, le cas échéant, des obligations prévues aux articles [L. 1233-57-9](#) à [L. 1233-57-16](#), [L. 1233-57-19](#) et [L. 1233-57-20](#)[fermeture de l'établissement et recherche d'un repreneur].

Aux termes de l'article L1233-57-3 : « *En l'absence d'accord collectif ..., l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article [L. 1233-24-4](#), après avoir vérifié la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité social et économique, le respect, le cas échéant, des obligations prévues aux articles L. 1233-57-9 à [L. 1233-57-16](#), [L. 1233-57-19](#) et [L. 1233-57-20](#) et le respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles [L. 1233-61](#) à [L. 1233-63](#) en fonction des critères suivants :*

1° Les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ;

2° Les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement ;

3° Les efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles [L. 1233-4](#) et [L. 6321-1](#). »

Le Conseil d'Etat en a déduit qu'il ne contrôle le caractère suffisant du contenu d'un PSE que pour l'homologation d'un plan unilatéral et pas pour la validation d'un accord collectif majoritaire. Le juge s'en tient à un contrôle de l'existence, dans l'accord, du plan de reclassement sans porter de jugement sur sa suffisance (CE 7 décembre 2015, Fédération CGT des personnels du commerce n°383856).

1.2. Le Conseil d'Etat a également tranché, dans ces trois arrêts, trois points fondamentaux :

- **Dans l'affaire Heinz, qui posait le problème de l'articulation entre le contrôle des informations soumises au CSE, qui relève de l'administration, et le contrôle du motif économique, qui lui échappe,** le Conseil d'Etat a jugé *« que lorsque l'entreprise appartient à un groupe et que l'employeur est, par suite, amené à justifier son projet au regard de la situation économique du secteur d'activité dont relève l'entreprise au sein de ce groupe, les éléments d'information adressés par l'employeur au comité d'entreprise doivent porter non seulement sur la situation économique du secteur d'activité qu'il a lui-même pris en considération, mais aussi sur les raisons qui l'ont conduit à faire reposer son analyse sur ce secteur d'activité ; ; que la circonstance que le secteur d'activité retenu par l'employeur ne serait pas de nature à établir le bien-fondé du projet soumis au comité d'entreprise ne saurait être utilement invoquée pour contester la légalité d'une décision d'homologation ; qu'en effet, l'administration n'a pas à se prononcer, lorsqu'elle statue sur une demande d'homologation d'un document fixant un plan de sauvegarde de l'emploi, sur le motif économique du projet de licenciement collectif, dont il n'appartient qu'au juge du licenciement, le cas échéant ultérieurement saisi, d'apprécier le bien-fondé ; »*

En l'espèce, le motif économique du projet de licenciement de la société H.J. Heinz France SAS reposait sur la prise en considération d'un secteur d'activité dont l'employeur soutenait, devant le comité central d'entreprise, qu'il correspondait aux filiales européennes du groupe Heinz. Le Conseil a estimé qu'en jugeant que le secteur d'activité du groupe dont relève la société H.J. Heinz France SAS comportait des filiales situées hors d'Europe et que, faute pour le comité central d'entreprise d'avoir reçu des informations relatives à la situation économique de ces autres sociétés, la procédure d'information et de consultation n'avait pas été régulière, la cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit. (CE, Ass, 22 juillet 2015, société Heinz, n°385816). Ainsi, l'administration devait uniquement s'assurer que le comité avait reçu des informations en cohérence avec le secteur d'activité retenu par l'employeur, le débat relatif à la pertinence de ce choix relevant exclusivement du juge judiciaire.

- **Dans l'affaire Pages Jaunes, le Conseil d'Etat a défini la portée de son contrôle sur un accord collectif déterminant le contenu d'un PSE.** Il a jugé *« qu'il résulte des dispositions citées ci-dessus qu'il appartient à l'administration, saisie d'une demande de validation d'un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 du code du travail, de s'assurer du respect des dispositions mentionnées à l'article L. 1233-57-2 du même code ; qu'à ce titre il lui appartient notamment, en vertu du 1° de cet article, de vérifier, sous le contrôle du juge administratif, que l'accord d'entreprise qui lui est soumis a été régulièrement signé pour le compte d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés en faveur des organisations représentatives lors du premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise ; »*.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a jugé que l'administration devait vérifier la validité de l'accord collectif et a constaté que **le signataire de l'accord au nom du syndicat Force ouvrière, n'avait plus à cette date la qualité de délégué syndical central et ne pouvait donc engager son syndicat**, en l'absence d'éléments établissant une nouvelle désignation de l'intéressé comme délégué syndical central postérieurement aux dernières élections professionnelles (CE, Ass, 22 juillet 2015, société Pages Jaunes, n°385668).

Le Conseil d'Etat a ultérieurement admis qu'un syndicat catégoriel pouvait signer un accord portant PSE, même si la catégorie qu'il représente n'est pas concernée par l'opération de licenciement : *« Considérant qu'eu égard tant à l'objet et à la portée d'un accord fixant un plan de sauvegarde de l'emploi qu'à la lettre des dispositions citées ci-dessus de l'article L. 1233-24-1 du code du travail, la condition de majorité posée par cet article doit s'apprécier en additionnant l'audience électorale des syndicats signataires qui sont représentatifs au niveau de l'entreprise, sans considération des catégories de salariés que leurs statuts leur donnent vocation à représenter ; qu'à ce titre, la circonstance que l'opération de restructuration à l'origine du plan de sauvegarde de l'emploi ne concernerait que certains établissements ou n'entraînerait de licenciements qu'au sein de certaines catégories professionnelles, ne fait pas obstacle à la prise en compte de l'audience électorale de tous les syndicats signataires représentatifs au niveau de l'entreprise, y compris ceux qui n'auraient pas statutairement vocation à représenter les salariés de ces établissements ou de ces catégories professionnelles particuliers ; »* (CE, 5 mai 2017, société DIM, n°389620).

- **Enfin, dans la troisième affaire, qui portait sur un PSE faisant l'objet d'un document unilatéral, le Conseil d'Etat a défini les principes d'un contrôle global du contenu du PSE.**

Il a jugé *« qu'il résulte de l'ensemble des dispositions citées ci-dessus que, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier la conformité de ce document et du plan de sauvegarde de l'emploi dont il fixe le contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles applicables, en s'assurant notamment du respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du même code ; qu'à ce titre elle doit, au regard de l'importance du projet de licenciement, apprécier si les mesures contenues dans le plan sont précises et concrètes et si, à raison, pour chacune, de sa contribution aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés, elles sont, prises dans leur ensemble, propres à satisfaire à ces objectifs compte tenu, d'une part, des efforts de formation et d'adaptation déjà réalisés par l'employeur et, d'autre part, des moyens dont disposent l'entreprise et, le cas échéant, l'unité économique et sociale et le groupe ; »*.

En l'espèce, il a estimé que, prises dans leur ensemble, les mesures de ce plan étaient suffisantes, compte tenu des moyens de l'entreprise Calaire Chimie et du groupe ICIG auquel elle appartenait, pour assurer le respect des dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du code du travail. (CE, Ass, 22 juillet 2015, société Calaire Chimie, n°383481).

2. Les différents compartiments du contentieux des licenciements économiques

Ce contentieux présente, en effet, la particularité de comporter un certain nombre de notions autonomes, qui font chacune l'objet d'une jurisprudence particulière. J'examinerai successivement : la notion de groupe ; la procédure de consultation des représentants du personnel ; les catégories professionnelles ; les critères d'ordre des licenciements ; les obligations de reclassement et, enfin, les moyens du PSE.

2.1. La notion de groupe

La notion de groupe est une notion qui a beaucoup évolué, d'abord sous l'influence des textes, mais aussi de la jurisprudence.

2.1.1. Il convient de définir, au préalable, la notion de groupe de sociétés.

On sait qu'en vertu de l'article L 1233-57-3 du code du travail, il appartient à l'autorité administrative, en cas de document unilatéral, d'apprécier le respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L1233-61 à L 1233-63 en fonction « *des moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe* »

Par deux arrêts de section en date du 7 février 2018, le Conseil d'État a jugé que « *pour l'application de ces dispositions, les moyens du groupe s'entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L 2331-1 du code du travail cité ci-dessus, sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L 233-1, aux I et II de l'article L 233-3 et à l'article L 233-16 du code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, ...* ».

Cette définition a été reprise par un arrêt du 24 octobre 2018, aux termes duquel : « *les moyens du groupe s'entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante,* » (CE, 24 octobre 2018, Tel and Com, n°397900).

Cette jurisprudence définit le groupe de la même façon que les ordonnances Macron qui, dans leur dernière rédaction résultant de la sixième ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, ont introduit, à l'article L. 1233-3 du code du travail, un alinéa ainsi rédigé : « *Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises quelle contrôle dans les conditions définies à l'article L 233-1, aux I et II de l'article L 233-3 et à l'article L 233-16 du code de commerce.* »

Cette définition est une définition strictement capitalistique du groupe, fondée soit sur la détention par une société de plus de 50 % du capital d'une autre société qui est ainsi sa filiale, soit sur la détention d'une fraction des droits de vote, en règle générale supérieure à 40 % dans les assemblées générales de la société contrôlée.

Sur le fondement de cette définition commune du groupe, la jurisprudence, comme les textes, distinguent ensuite trois notions différentes de groupe :

- Le groupe pour l’appréciation du motif économique ;
- Le groupe de moyens pour apprécier le contenu du PSE ;
- Le groupe de reclassement pour mettre en œuvre l’obligation de reclassement.

2.1.2. Le groupe pour l’appréciation du motif économique

La jurisprudence traditionnelle de la Cour de Cassation, sur laquelle s’était aligné le Conseil d’État, consistait à apprécier le motif économique de l’opération dans le secteur d’activité concerné au niveau mondial.

Ce raisonnement est absurde sur le plan économique. Prenons l’exemple d’une usine sidérurgique du groupe Mittal en France qui n’est plus du tout rentable. Si le groupe Mittal fait des bénéfices dans la sidérurgie sur le plan mondial -ce qui est le cas- il ne pourra pas licencier de salariés de l’usine française et donc adapter son outil de production.

C’est la raison pour laquelle l’ordonnance Macron a modifié l’article L. 1233-3 du code du travail pour préciser expressément :

-d’une part que « *les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l’entreprise s’apprécient au niveau de l’entreprise si elle n’appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d’activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude* »

-d’autre part, que « *le secteur d’activité permettant d’apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé notamment par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution se rapportant à un même marché* »

L’appréciation du motif économique se fait donc désormais sur le plan national, dans le cadre d’une définition précise du secteur d’activité, qui s’inspire du droit de la concurrence.

Si la jurisprudence de la Cour de Cassation a toujours été assez fluctuante en ce qui concerne la notion de secteur d’activité, il n’y a pas de jurisprudence administrative puisque, dans la loi de 2013, l’administration ne peut exercer aucun contrôle sur le motif économique.

2.1.3. Le groupe de moyens pour apprécier le contenu du PSE

Aux termes de l’article L. 1233–57-3 du code du travail, il appartient à l’autorité administrative, en cas de document unilatéral, d’apprécier le respect par le plan de sauvegarde de l’emploi des articles L. 1233–61 à L. 1233–63 en fonction « *des moyens dont disposent l’entreprise, l’unité économique et sociale et le groupe* »

On a vu que, par deux arrêts de section en date du 7 février 2018, le Conseil d’État a jugé que « *pour l’application de ces dispositions, les moyens du groupe s’entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l’ensemble des entreprises placées, ainsi qu’il est dit au I de l’article L 2331–1 du code du travail cité ci-dessus, sous le contrôle d’une même entreprise*

dominante dans les conditions définies à l'article L 233-1, aux I et II de l'article L 233-3 et à l'article L 233-16 du code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises ».

Cette définition, comme celle retenue par la Cour de cassation, se fonde sur une entreprise dominante et des entreprises placées sous son contrôle « *quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises* », ce qui vise explicitement l'hypothèse d'une société mère située à l'étranger.

Même si les PSE en cause étaient antérieurs à l'ordonnance Macron relative à la sécurisation du droit du travail, ces décisions paraissent en contradiction avec la philosophie de cette ordonnance qui prévoit :

- d'une part, que le motif économique de l'opération de licenciement s'apprécie désormais dans les limites du territoire national, c'est-à-dire le plus souvent au niveau de la société mère française ;
- d'autre part, que l'obligation de reclassement se limite désormais aux entreprises du groupe implantées sur le territoire national.

Apprécier les moyens consacrés au PSE au niveau de la société mère étrangère vient rompre cette nouvelle harmonie et pose un réel problème de cohérence : comment justifier l'appréciation du motif économique au niveau de la mère française et celle des moyens consacrés au PSE au niveau de la mère étrangère ?

Toutefois, le Conseil d'État n'avait guère le choix :

- en absence de modification du texte sur ce point, il lui était difficile de revenir tant sur sa jurisprudence que sur celle de la chambre sociale de la Cour de cassation :
- il semble que le Conseil d'État ait estimé que cette solution, loin d'être contradictoire avec l'appréciation du motif économique au niveau national, était au contraire cohérente avec elle : en effet, dans l'hypothèse où les entreprises françaises d'un groupe international en bonne santé vont mal, des licenciements pour motif économique pourront être prononcés dans les entreprises françaises mais il peut apparaître logique que la solidarité du groupe, en termes de moyens de reclassement, s'exprime au niveau de la société mère, même si elle est située à l'étranger. Le Conseil d'État distingue, semble-t-il, le niveau national, où joue la liberté de gérer des stratégies de déploiement ou redéploiement de capacités de production, et le niveau supra national, où jouent les obligations d'en assumer les conséquences sociales.

2.1.4. Le groupe de reclassement pour mettre en œuvre l'obligation de reclassement

L'obligation de reclassement des salariés, qui est une obligation fondamentale, est aujourd'hui très encadrée par les textes : aux termes de l'article L. 1233-4 du code du travail dans sa rédaction résultant des ordonnances Macron : « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou l'exploitation assure la permutation de tout ou partie du personnel* ». Le groupe de reclassement est donc identique au groupe d'appréciation du motif économique, même s'il est limité, au sein de ce périmètre, aux entreprises au sein desquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable.

2.2. La procédure de consultation des représentants du personnel

Les principes applicables en la matière ont été définis par l'arrêt d'assemblée du 22 juillet 2015 : « *il appartient à l'administration de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise a été régulière. Elle ne peut légalement accorder l'homologation demandée que si le comité a été mis à même d'émettre régulièrement un avis, d'une part sur l'opération projetée et ses modalités d'application, et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi. Il appartient à ce titre à l'administration de s'assurer que l'employeur a adressé au comité d'entreprise, avec la convocation à sa première réunion, ainsi que, le cas échéant, en réponse à des demandes exprimées par le comité, tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause* » (CE, Ass, 22 juillet 2015, société Heinz).

La jurisprudence du Conseil d'État en matière de consultation des institutions représentatives du personnel est dominée par la jurisprudence Danthony, c'est-à-dire par le principe selon lequel « *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* » (CE, Ass, 23 décembre 2011, Danthony, n° 335033).

La jurisprudence offre de nombreux exemples d'application de cette jurisprudence pragmatique et réaliste. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé :

- que la circonstance que l'expert-comptable n'ait pas eu accès à l'intégralité des documents dont il a demandé la communication ne vicie pas la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise si les conditions dans lesquelles l'expert-comptable a accompli sa mission ont néanmoins permis au comité d'entreprise de disposer de tous les éléments utiles pour formuler ses avis en toute connaissance de cause (CE, 21 octobre 2015, comité d'entreprise de la société Norbert, n° 385 683) ;

- que le fait que l'employeur était assisté, lors des réunions du comité d'entreprise, d'un collaborateur de plus que les deux collaborateurs avec voix consultative prévus par l'article L. 2325-1 du code du travail n'entache pas d'illégalité la décision administrative validant l'accord dès lors que cette présence n'a pu exercer une influence sur les membres du comité d'entreprise (CE 7 décembre 2015, Fédération CGT des personnels du commerce, n° 383856) .

Le Conseil d'État veille, par ailleurs, à la consultation du CHSCT lorsque le projet de restructuration modifie de manière importante les conditions de travail des salariés : il a ainsi jugé que lorsque l'autorité administrative est saisie d'une demande de validation d'un accord collectif fixant le contenu d'un PSE pour une opération qui, parce qu'elle modifie de manière importante les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés de l'entreprise, requiert la consultation du ou des CHSCT concernés, elle ne peut légalement accorder la validation demandée que si cette consultation a été régulière ; que la faculté que lui offre l'article L. 4616-1 de mettre en place une instance temporaire de coordination de ces mêmes comités ne le dispense pas de procéder à la consultation de chacun d'eux (CE, 21 octobre 2015, Syndicat CGT Montigny, n° 386123). Il a également jugé qu'il appartient à l'autorité administrative de s'assurer que le CHSCT a disposé des informations utiles pour se prononcer en toute connaissance de cause sur l'opération projetée et que le CHSCT peut, au cours de la procédure, saisir l'autorité administrative de toute atteinte à l'exercice de sa mission ou de celle de l'expert qu'il a le cas échéant désigné en formulant, selon le cas, une demande d'injonction ou une contestation relative à l'expertise (CE, 29 juin 2016, Sociétés Aspirions France, n° 386 581). Ces principes devraient être logiquement transposés à la consultation du CSE en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail.

Dans une décision très attendue, le Conseil d'État a jugé « *qu'il résulte des dispositions de la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi que la circonstance que le comité d'entreprise ou, désormais, le comité social et économique ait rendu ses avis au-delà des délais qu'elles prévoient et par elle-même sans incidence sur la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité* » (CE, 17 avril 2019, Société British Airways France, n° 420 780).

L'élément essentiel de cette jurisprudence est qu'elle débouche sur une appréciation globale de la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE. Le Conseil d'État l'a affirmé de la façon la plus formelle en jugeant que « *lorsque les observations de l'administration concernent la procédure d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, les suites qui leur sont données par l'employeur comme le respect par celui-ci de l'obligation d'adresser copie de sa réponse aux représentants du personnel et, le cas échéant aux organisations syndicales, doivent être pris en compte par l'administration dans l'appréciation globale de la régularité de cette procédure d'information et de consultation*. Ainsi l'absence de transmission par l'employeur d'un document au comité d'entreprise n'est pas de nature à entraîner nécessairement l'irrégularité de la procédure d'information et de consultation mais doit être pris en compte dans l'appréciation globale

reporter l'administration sur la régularité de cette procédure » (CE, 7 décembre 2015, SAS Call Expert Languedoc-Roussillon, n° 381307).

2.3. Les catégories professionnelles

La définition des catégories professionnelles est un enjeu stratégique pour les entreprises puisque c'est au sein de celles-ci que vont s'appliquer les critères d'ordre des licenciements. Autrement dit, la combinaison des catégories professionnelles et des critères d'ordre permet de passer de la liste des postes supprimés à la liste des salariés licenciés.

Le Gouvernement avait envisagé de légiférer sur cette question au moment des ordonnances Macron puisque la loi d'habilitation l'autorisait à le faire.

Le Gouvernement y ayant renoncé, c'est la jurisprudence qui a précisé cette notion.

Le Conseil d'État était bien conscient critiques suscitées par l'arrêt Fnac du 30 mai 2016 (n° 387798) dans lequel il s'était purement et simplement aligné sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en jugeant « *qu'il appartient à l'administration de vérifier qu'elles regroupent, **chacune**, l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* ». Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait jugé que relevaient d'une catégorie professionnelle commune les vendeurs de disques et les vendeurs de livres de la Fnac, ce qui était en contradiction totale avec toute la politique de l'entreprise.

Le Conseil d'État a rendu le 7 février 2018 une série de cinq arrêts de section précisant la définition, dans le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), des catégories professionnelles visées par le licenciement pour motif économique et la nature du contrôle de l'administration.

Dans les quatre premières affaires portant sur des plans de sauvegarde de l'emploi élaborés unilatéralement par l'employeur, le Conseil d'État apporte une importante précision sur la notion de catégories professionnelles. En effet, le Conseil indique que pour définir ces catégories il y a désormais lieu de **prendre en compte les « acquis de l'expérience professionnelle »**. Ainsi, il précise que « *les catégories regroupent, en tenant compte des acquis de l'expérience professionnelle qui excèdent l'obligation d'adaptation qui incombe à l'employeur, l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* ». Cet ajout assouplit la définition des catégories professionnelles, retenue dans l'arrêt FNAC qui s'appuyait uniquement sur le point de savoir si une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation incombant à l'employeur séparait deux fonctions, justifiant alors le caractère distinct des catégories professionnelles.

Par ces mêmes décisions, le Conseil d'État définit les limites du contrôle que doit exercer l'administration sur la définition des catégories professionnelles retenue par l'employeur qui s'apparente à un **contrôle restreint**. Il appartient à l'administration de s'assurer :

- d’une part, que les catégories n’ont pas été définies en fonction de considérations étrangères au regroupement « *des salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* », telles que l’organisation de l’entreprise ou l’ancienneté des salariés : il s’agit d’un **contrôle objectif de la démarche de l’employeur**, qui s’intéresse, **de façon globale**, à la logique sous-jacente au découpage des catégories.
- d’autre part, que les catégories professionnelles n’ont pas été dessinées de façon à cibler certains salariés, soit à raison de leur affectation dans un service ou une branche d’activité que l’entreprise souhaite fermer, soit à raison d’un critère discriminatoire (en fonction de l’âge des salariés, de leur sexe, de leur appartenance syndicale...) : il s’agit d’un **contrôle subjectif de l’intention éventuelle de ciblage**.

Cette limitation du contrôle de l’administration **laisse à l’employeur une certaine marge de manœuvre pour définir les catégories professionnelles**, dès lors que ce dernier a défini une bonne méthode et n’a pas entendu cibler certains salariés.

C’est ainsi que le Conseil d’État a validé l’homologation d’un plan de sauvegarde de l’emploi dont les catégories professionnelles étaient définies en fonction de critères reposant sur la prise en compte de la spécialisation des salariés dans l’un ou l’autre des deux procédés industriels de fabrication de plaques de plexiglas que sont le procédé du plexiglas « coulé » et le procédé du plexiglas « extrudé » (CE, 7 févr. 2018, n° 403001).

Il a, par ailleurs, annulé le raisonnement tenu par une cour administrative d’appel selon lequel définir les catégories professionnelles en fonction de critères reposant sur une différence de formation à des logiciels spécifiques, au sein des salariés d’un même bureau, avait un caractère trop restrictif (CE, 7 févr. 2018, n° 407718).

Dans une autre affaire, le Conseil d’État a confirmé l’annulation de décisions d’homologation d’un PSE qui avait défini des catégories professionnelles en nombre très élevé en fonction de l’organisation de l’entreprise (CE, 7 févr. 2018, n° 399.738).

Dans la cinquième affaire, s’agissant d’un **plan de sauvegarde de l’emploi conclu par accord collectif**, le Conseil d’État consacre la liberté des partenaires sociaux pour la définition des catégories professionnelles. Il retient que la circonstance que l’accord collectif « *se fonde sur des considérations étrangères à celles qui permettent de regrouper les salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune, ou ait pour but de permettre le licenciement de salariés affectés sur un emploi ou dans un service dont la suppression est recherchée, n’est pas, par elle-même, de nature à caractériser une méconnaissance des dispositions légales* » sous la seule réserve d’une éventuelle discrimination. Il en résulte que les partenaires sociaux peuvent s’affranchir des critères précédemment définis pour caractériser les catégories professionnelles, dans la limite des motifs discriminatoires prohibés par le Code du travail (CE, 7 févr. 2018, n° 403989).

Cette solution trouve son fondement dans l'article L. 1233-57-2, qui fixe le bloc de légalité applicable au PSE négocié, et qui ne parle pas, à la différence de l'article L 1233-57-3 relatif aux PSE unilatéraux, du respect de l'ensemble des « *dispositions législatives et stipulations conventionnelles* ».

En desserrant son contrôle, en lui donnant un caractère global, comme pour l'appréciation des mesures du PSE, le Conseil d'Etat a apporté un infléchissement notable à sa jurisprudence et redonné aux entreprises une marge de manœuvre sur ce sujet important.

2.4. Les critères d'ordre des licenciements

On a vu que la combinaison des catégories professionnelles et des critères d'ordre permet de passer de la liste des postes supprimés à la liste des salariés licenciés.

Parce que le licenciement pour motif économique est par définition « *non inhérent à la personne du salarié* » (C. trav, L. 1233-3, al. 1), un ordre des licenciements doit toujours être fixé en cas de licenciement pour motif économique.

Les deux principales questions qui se posent concernant les critères d'ordres sont :

- D'une part, celle de leur détermination,
- Et d'autre part, celle du périmètre de leur application.

2.4.1. La détermination des critères d'ordre

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 1233-5 du Code du travail : « *lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique* ».

Il résulte de cet article que les critères d'ordre sont prioritairement fixés par accord collectif. En cas d'accord, l'employeur doit appliquer les critères d'ordre qui y sont prévus.

Il peut s'agir d'un accord de droit commun préexistant, comme il peut s'agir de l'accord PSE.

A défaut d'accord, il appartient à l'employeur de fixer les critères d'ordre des licenciements.

Conformément au deuxième alinéa de l'article L. 1233-5, ces critères – qui sont anciens et dont la dernière modification remonte à 1989 – sont :

« 1° *Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ;*

2° *L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ;*

3° *La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ;*

4° *Les qualités professionnelles appréciées par catégorie* ».

Le même article précise que « *l'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article* ».

Cette règle permet de modifier l'ordre de ces critères – non hiérarchisés – et à les pondérer, dès lors que chacun des 4 critères est pris en compte.

A cet égard, le Conseil d'Etat a jugé que « *en l'absence d'accord collectif ayant fixé les critères d'ordre des licenciements, le document unilatéral de l'employeur fixant le plan de sauvegarde de l'emploi ne saurait légalement, ni omettre l'un de ces critères, ni affecter l'un d'entre eux de la même valeur pour tous les salariés, dès lors que l'omission d'un critère dans le plan de sauvegarde de l'emploi, ou l'interdiction de le moduler, ont pour effet d'empêcher par avance que ce critère puisse être effectivement pris en compte au stade de la détermination de l'ordre des licenciements* » (CE 1^{er} février 2017, n° 387886).

Ce faisant, le Conseil d'Etat fait sienne une position de la Cour de cassation. Il lui apporte cependant une exception. Il juge en effet que l'obligation de prendre en compte tous les critères légaux doit s'appliquer, « *sauf s'il est établi de manière certaine, dès l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, que, dans la situation particulière de l'entreprise et au vu de l'ensemble des personnes susceptibles d'être licenciées, aucune des modulations légalement envisageables pour le critère en question ne pourra être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciement* ».

Le conseil d'État a eu l'occasion de rappeler fermement ces principes selon lesquels l'employeur ne saurait fixer des critères d'ordre des licenciements qui omettrait l'un des critères ou neutraliserait ses effets (CE, 22 mai 2019, société TIM, n° 413342 ; CE, 22 mai 2019, Association Coralia, n° 418090).

2.4.2. Le périmètre d'application des critères d'ordre

La Cour de cassation a, en 1993, posé le principe selon lequel « *les critères relatifs à l'ordre des licenciements fixés en accord avec le comité d'entreprise s'appliquent à l'ensemble du personnel* » (Cass. Soc. 24 mars 1993, n° 90-42.002).

Elle considérait que seule une convention ou un accord collectif de travail permettait de déroger à cette règle et de restreindre le périmètre d'application des critères d'ordre.

Cette jurisprudence a été très critiquée dans la mesure où elle aboutit à une incompréhension des salariés et peut conduire à une augmentation du nombre de licenciements : prenons l'exemple d'une société qui restructure un établissement à Toulouse et qui licencie une partie des secrétaires de cet établissement. Une pondération des critères fondée sur l'ancienneté, peut conduire à désigner une secrétaire nouvellement arrivée au sein de l'établissement de Paris, qui sera alors licenciée -sans comprendre pourquoi- ce qui conduira à augmenter d'une unité le nombre des licenciements à Toulouse. C'est dans ce contexte que, dans le cadre de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le législateur a eu l'intention de mettre un terme à cette jurisprudence en permettant à l'employeur, y compris dans le cadre d'un document unilatéral, de définir comme il l'entendait le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements.

Toutefois, des interrogations sont rapidement apparues sur l'interprétation de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail, qui disposait alors que « *à défaut d'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1, un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité d'entreprise fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur* », le 2° de l'article L. 1233-24-2 concernant « *2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5* ».

En effet, c'est précisément sur le fondement de cet article L. 1233-5, non modifié par la loi de sécurisation de l'emploi en ce qu'il distingue pour la définition des critères d'ordre selon qu'on est en présence ou « *en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable* », que la Cour de cassation avait précédemment bâti sa jurisprudence.

La question de savoir si l'employeur pouvait unilatéralement définir le niveau d'application des critères d'ordre a été soumise au Conseil d'Etat dans le cadre de l'affaire MORY DUCROS.

Par un arrêt du 7 décembre 2015 (, n° 386582), le Conseil d'Etat a fait sien le raisonnement de la Cour de cassation, en jugeant « *que, sauf accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé, les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise ;* »

Compte-tenu des difficultés d'interprétation suscitées par la loi de 2013 et avant même que ne soit rendu l'arrêt MORY DUCROS, le législateur est de nouveau intervenu, dans le cadre de la loi Macron du 6 août 2015.

L'article L. 1233-5 a ainsi été complété de trois alinéas, rédigés comme suit :

« 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 ».

Ainsi, la loi Macron a expressément autorisé l'employeur à fixer unilatéralement un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements qui soit inférieur au niveau de l'entreprise.

Il a néanmoins entendu encadrer cette faculté de réduction unilatérale du périmètre en interdisant à l'employeur de le restreindre à un niveau inférieur à celui de « *chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise* », la notion de zone d'emploi étant précisée par l'article R. 1233-2 comme celle référencée « *dans l'atlas des zones d'emploi établi par l'Institut national de la statistique et des études économiques et les services statistiques du ministre chargé de l'emploi* ».

De cette nouvelle rédaction de l'article L. 1233-5 naissait toutefois un doute quant à la nature de l'accord collectif pouvant fixer le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, l'alinéa 8 renvoyant, pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un PSE, à l'accord prévu à l'article L. 1233-24-1, soit l'accord fixant le contenu du PSE.

Le Conseil d'Etat en a cependant jugé autrement, dans un arrêt Arjowiggins du 10 juillet 2017 (n° 398256) :

« 3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, parallèlement à l'élaboration du document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur a négocié et signé, le 26 mars 2015, sur le fondement des dispositions de droit commun de l'article L. 2232-12 du code du travail, un accord d'entreprise prévoyant que les critères d'ordre des licenciements seraient appliqués au niveau de chaque établissement de l'entreprise Arjowiggins papiers couchés ; que l'application de ces stipulations au licenciement collectif provoqué par la fermeture de l'établissement de Wizernes impliquait que les suppressions d'emplois en résultant ne concerneraient que les salariés employés dans l'établissement de Wizernes ».

Cette jurisprudence a été consacrée ultérieurement par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoit désormais au huitième alinéa de l'article L. 1233-5, plus simplement, que « *le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par un accord collectif* ».

Il est désormais clair que, en tout temps, période de PSE ou non, la détermination du périmètre peut résulter d'un accord de droit commun.

2.5 L'obligation de reclassement des salariés

Pour les entreprises qui font partie d'un groupe, l'obligation de reclassement est désormais clairement limitée au territoire national.

Contrairement à la Cour de Cassation, le Conseil d'État a mis l'accent sur les obligations de nature différente qui pèsent sur le chef d'entreprise dans l'entreprise et dans le groupe : selon l'arrêt d'assemblée Calaire chimie du 22 juillet 2015 : « *il revient notamment à l'autorité administrative de s'assurer que le plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi est de nature à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité ; l'employeur doit, à cette fin, avoir identifié dans le plan l'ensemble des possibilités de reclassement des salariés dans l'entreprise ; qu'en outre, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, l'employeur, seul débiteur de l'obligation de reclassement doit avoir procédé à une recherche sérieuse des postes disponibles pour un reclassement dans les autres entreprises du groupe ;* »

Dans ses conclusions Gaëlle Dumortier souligne que l'obligation de reclassement comporte deux dimensions : la recherche d'un reclassement dans l'entreprise d'une part, la recherche d'un reclassement dans le groupe d'autre part. Comme l'obligation de reclassement ne pèse néanmoins, dans ces deux dimensions, que sur l'employeur, elle ne peut avoir la même portée

dans l'entreprise, au sein de laquelle l'employeur peut, et donc doit, recenser tous les emplois de reclassement, et dans le groupe, au sein duquel l'employeur n'a pas connaissance des emplois de reclassement et doit donc seulement démontrer qu'il les a sérieusement recherchés et indiqué tous les postes ainsi identifiés. Dans leur commentaire de cet arrêt, les auteurs de la chronique de l'AJDA soulignent : « *La décision rappelle, sans l'é luder, la difficulté qui résulte de l'articulation entre la filiale employeur des salariés licenciés et le groupe auquel appartient : toutes les obligations naissant du contrat travail reposent sur le seul employeur, tandis qu' un certain nombre d'entre elles s'apprécient au niveau du groupe, notamment la recherche d'un reclassement avant de prononcer un licenciement. Il en résulte un positionnement difficile pour l'employeur qui doit chercher à reclasser les salariés dans les autres filiales sur lesquelles il n'a juridiquement aucune maîtrise et qui ne commettent aucune faute contractuelle si elles refusent. Mais dans la réalité, le reclassement s'opère très souvent dans le groupe et avec les moyens du groupe : la jurisprudence fait donc peser sur l'employeur une obligation de recherche sérieuse que les tribunaux examinent scrupuleusement* » (AJDA n° 29/2015).

La Cour de Cassation a été amenée à préciser l'articulation entre le PSE et les mesures de reclassement qu'il comporte et l'obligation individuelle de reclassement qui pèse sur l'employeur et qui relèvent de la compétence judiciaire. Elle a ainsi jugé qu'il résulte de l'article L. 1235-7-1 du code du travail, issu de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, que, si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au PSE. Elle en a déduit qu'une cour d'appel qui, pour juger des licenciements dénués de cause réelle et sérieuse, se fonde sur une insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi alors que le contrôle du contenu de ce plan relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative, viole ces dispositions ainsi que la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an trois et le principe de la séparation des pouvoirs.

2. 6 Les moyens du PSE

En ce qui concerne l'insuffisance du PSE au regard des moyens de l'entreprise ou du groupe, les principes ont été posés par le Conseil d'État dès la décision d'assemblée société Calaire chimie du 22 juillet 2015 : il a jugé que, au titre du contrôle par l'administration du respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du code du travail, l'administration doit « *au regard de l'importance du projet de licenciement, apprécier si les mesures contenues dans le plan sont précises et concrètes et si, à raison, pour chacune, de sa contribution aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés, elles sont, **prises dans leur ensemble**, propres à satisfaire ses objectifs compte tenu, d'une part, des efforts de formation et d'adaptation déjà réalisés par l'employeur et, d'autre part, des moyens dont dispose l'entreprise et, le cas échéant, l'unité économique et sociale et le groupe ;* » (CE, Ass, 22 juillet 2015, société Calaire chimie précitée).

Comme on l'a vu, les moyens du groupe s'apprécient au niveau mondial. Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser qu'une holding financière pouvait être la société dominante d'un groupe et que, par voie de conséquence, ses moyens devaient être mobilisés pour un PSE dans le groupe (CE, 24 octobre 2018, Tel and Com, n° 397900).

Le Conseil d'État exerce donc un contrôle poussé sur les moyens mobilisés dans le cadre du PSE : il vérifie que les mesures sont bien « précises et concrètes » (CE 30 mai 2016, Société Milonga, n° 384 114) et selon la formule des arrêts d'assemblée de 2015 constamment reprise si « *à raison pour chacune de sa contribution aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés elles seront, prises dans leur ensemble propres à satisfaire ses objectifs* » : il s'agit donc, comme en matière de régularité de la procédure d'un contrôle global.

3. Bilan

3.1. Bilan de l'application de la loi du 14 juin 2013

Ce bilan est exceptionnel :

En 2019, hors redressement judiciaire : **72% des PSE ont fait l'objet d'un accord validé par l'administration** (contre 57% en 2013);

28% des PSE ont fait l'objet d'un document unilatéral de l'employeur homologué par l'administration (contre 43% en 2013).

Décisions de refus de validation ou d'homologation des DIRECCTE : 2,8%

Taux de recours : 5% (contre 8% en 2013 et environ 20% avant 2013)

Taux d'annulation des décisions des DIRECCTE : 1,8%

3.2. Bilan de la jurisprudence du conseil d'État

Le Conseil d'État n'a pu que s'aligner, en règle générale, sur la jurisprudence de la Cour de Cassation compte-tenu du partage de ce contentieux entre le Conseil d'État, juge des décisions d'homologation et de validation des PSE, et la Cour de Cassation, juge des contentieux individuels relatifs au motif économique du licenciement, à la mise en œuvre des mesures du PSE et à l'indemnisation du salarié en cas d'annulation d'une décision de validation ou d'homologation du PSE.

Mais le Conseil d'État a su trouver un équilibre subtil entre l'alignement pur et simple sur la jurisprudence judiciaire et le maintien de son autonomie.

J'en donnerai deux exemples :

- le premier est celui des catégories professionnelles : tout en se ralliant formellement à la jurisprudence de la Cour de Cassation fondée sur des fonctions de même nature supposant une formation commune, le Conseil d'État s'est considérablement éloigné de cette jurisprudence très rigide en introduisant la notion des acquis de l'expérience et surtout en imposant à l'administration de ne procéder qu'à un contrôle minimum ;

- le second est celui des accords catégoriels : l'admission par le Conseil d'Etat de la prise en compte de l'audience d'un syndicat catégoriel pour apprécier la validité d'un accord de PSE ne s'appliquant pas à la catégorie représentée par le syndicat aurait pu le mettre en contradiction avec la Cour de Cassation pour qui un syndicat catégoriel ne peut signer seul un accord collectif applicable à l'ensemble du personnel, même s'il est représentatif dans l'entreprise et si son audience, calculée sur l'ensemble des collèges électoraux, est supérieure à 50% ; mais le Conseil d'État a évité toute contradiction en se fondant sur la nature spécifique des accords portant PSE, eu égard à leur objet et à leur portée ; la jurisprudence de la Cour de Cassation étant relative aux accords de droit commun, il n'y a plus de divergence.

4. Les menaces qui pèsent sur cette jurisprudence

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, certains syndicats n'ont eu de cesse d'obtenir du juge judiciaire, statuant en référé, qu'il suspende la mise en œuvre d'un PSE. S'ils devaient obtenir satisfaction -ce qui n'a pas été le cas jusqu'ici- ce serait la fin de la success story que je viens de décrire : on retomberait dans le cycle infernal des actions répétitives en référé ayant pour objet de paralyser des opérations de restructuration nécessaires sur le plan économique.

4.1. Les auteurs de la loi de sécurisation de l'emploi ont voulu mettre celle-ci à l'abri de ce risque par une définition très élaborée **d'un bloc de compétence administrative.**

Aux termes de l'article L 1235-7-1 du code du travail et effet : « *L'accord collectif mentionné à l'article [L. 1233-24-1](#), le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article [L. 1233-24-4](#), le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article [L. 1233-57-5](#) et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article [L. 1233-57-4](#).*

Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. »

Cette disposition a une double portée :

- d'une part, le contentieux ne peut se nouer que sur la décision d'homologation du document unilatéral de l'employeur ou de validation de l'accord collectif : c'est un raisonnement classique dans les procédures complexes (ex : DUP) ;
- d'autre part, le contentieux de cette décision et de tous les éléments qu'elle contrôle (procédure, contenu du PSE, injonctions de l'administration) relève de la compétence de la juridiction administrative.

C'est cette double portée que recouvre la notion de « bloc de compétence »

4.2. Les tentatives de remise en cause du bloc de compétence.

Trois attaques successives :

4.2.1. Les expertises :

La Cour d'appel de REIMS s'était reconnue compétente, par un arrêt du 30 juin 2015, pour statuer sur la demande formulée par l'expert-comptable du Comité d'Entreprise tendant à obtenir des pièces complémentaires dans le cadre d'une expertise sur un projet de restructuration.

La Cour de Cassation a censuré ce jugement et déclaré le juge judiciaire incompétent en estimant « *qu' il résulte des articles L. 1233-57-5 et L. 1235-7-1 du Code du travail que toute demande tendant, avant la transmission de la demande d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs est adressée à l'autorité administrative, et que les décisions prises à ce titre, ainsi que la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision d'homologation relevant de la compétence, en premier ressort, du Tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux* » (Cass. Soc., 28 mars 2018, n° 15-21372). On voit que, dans ce considérant de principe, la Cour de Cassation a reconnu le bloc de compétence administrative dans sa double dimension.

4.2.2. La consultation sur les orientations stratégiques.

On sait qu'en vertu des articles L. 2312-17 et L. 2312-24, le CSE est consulté chaque année sur les orientations stratégiques.

Une série d'affaires a tenté d'établir un lien juridique entre la consultation annuelle sur les orientations stratégiques et une opération de restructuration faisant l'objet d'un PSE : selon cette thèse, le PSE serait « *une mesure d'application* » des orientations stratégiques.

Cette thèse ne repose sur aucun fondement juridique : aucun texte n'établit un lien entre ces deux procédures, dont l'une est une consultation annuelle récurrente et l'autre une opération ponctuelle spécifique que l'employeur peut déclencher à tout moment.

Trois arrêts ont condamné cette thèse :

- La Cour d'Appel de Paris a jugé que « *la consultation sur les orientations stratégiques est indépendante de toute consultation portant, comme en l'espèce, sur un projet ponctuel de réorganisation d'un service support de l'entreprise* » (Cour d'Appel de Paris, 3 mai 2018, n° 17/09316). Cette solution est valable pour les trois consultations annuelles obligatoires, la Cour d'appel ayant précisé que « *l'employeur n'est pas tenu d'attendre l'échéance d'une des trois consultations annuelles obligatoires, ni d'anticiper la consultation par rapport à sa périodicité habituelle ou conventionnelle ou de la réitérer si celle-ci a eu lieu* ».

- Le TGI de Créteil, statuant en référé, a jugé « *qu’aucune règle de droit positif n’oblige l’employeur à consulter le comité d’entreprise au titre des orientations stratégiques avant d’engager ou d’achever la consultation sur un projet ponctuel* » (TGI de Créteil, 5 juillet 2018 n° 18/00733) ;
- Enfin, la Cour d’Appel de Versailles a censuré une ordonnance de référé qui avait suspendu une procédure de PSE tant que la procédure de consultation sur les orientations stratégiques ne serait pas achevée, ce qui impliquait de communiquer à l’expert un certain nombre d’informations. Elle a jugé que « *sous le couvert d’une violation de la procédure d’information – consultation sur les orientations stratégiques, dont le contrôle relève effectivement de la compétence du juge judiciaire, le comité central d’entreprise forme une demande qui ne tend en réalité qu’à remettre en cause l’accord exécutoire validé par l’autorité administrative portant plan de sauvegarde de l’emploi et à en suspendre les effets* » (Cour d’Appel de Versailles, 12 juillet 2018, n° 18/04069). Elle a ainsi écarté à la fois tout lien entre les deux procédures et toute extension de la compétence judiciaire sur ce fondement.
Cette décision a été rendue sur un déclinatoire de compétence : c’est même la première fois que cette procédure a été utilisée en matière de PSE.

4.3. Les conséquences de l’opération sur la santé et la sécurité des travailleurs.

C’est l’attaque la plus forte lancée contre le bloc de compétence.

Contrairement à ce qui est parfois soutenu, l’incidence d’un PSE sur les conditions de travail est l’un des éléments de la procédure d’élaboration d’un PSE :

- Aux termes de l’article L. 1233–30 I du code du travail, dans sa rédaction résultant de l’ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, le CSE est consulté sur « *2° Le projet de licenciement collectif : le nombre de suppressions d’emplois... et, le cas échéant, les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail* » ;
- La jurisprudence du Conseil d’État veille, lorsque l’opération modifie de manière importante les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés de l’entreprise, à ce que la consultation du ou des CHSCT concernés soit régulière : il a ainsi jugé récemment qu’il résulte de l’ensemble des dispositions des articles L. 1233-57-3 et L. 4612-8 du code du travail « *que, lorsque l’autorité administrative est saisie d’une demande d’homologation d’un document unilatéral fixant le contenu d’un plan de sauvegarde de l’emploi pour une opération qui, parce qu’elle modifie de manière importante les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés de l’entreprise, requiert la consultation du ou des comités d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail concernés, elle ne peut légalement accorder l’homologation demandée que si cette consultation a été régulière* » (CE, 13 février 2019, n° 404556).

- **Une 1^{ère} affaire concerne la cour d'appel de Versailles.** Saisie d'une demande d'un CHSCT tendant à la suspension de la mise en œuvre d'une opération de restructuration informatique du fait de ses conséquences sur la santé des salariés, la Cour d'Appel de Versailles s'est reconnue compétente pour statuer sur cette demande : après avoir analysé l'ensemble des éléments que la DIRECCTE doit contrôler en présence d'un accord collectif, en application de l'article L 1233-57-2, la Cour d'appel en a déduit « *qu'il n'appartient dès lors pas à l'autorité administrative de contrôler, au titre des dispositions précitées, les conséquences du plan de sauvegarde de l'emploi sur la santé et la sécurité des salariés* » et « *que le juge judiciaire reste en principe compétent pour sanctionner la violation par l'employeur de son obligation de sécurité et de prévention* ». Elle a, en l'espèce, suspendu le déploiement de l'opération en attendant les résultats d'une évaluation.

En réalité, le fondement de cette solution est qu'elle se situe en aval du PSE, deux ans après la décision de validation du PSE, au niveau de **sa mise en œuvre** et de ses conséquences éventuelles pour la santé des salariés. Elle ne remet pas en cause la décision d'approbation de l'accord par la DIRECCTE, mais son exécution.

Cette décision a été confirmée par un arrêt de la chambre sociale, qui est encore plus net : elle a, en effet, estimé que le juge judiciaire était compétent dans la mesure où il était saisi de « *demandes tendant au contrôle des risques psychosociaux consécutifs à la mise en œuvre du projet de restructuration* » (Cass, soc, 14 novembre 2019, n°18-13887).

Cette solution est a priori logique car elle s'inscrit dans une distinction fondamentale entre deux phases de l'opération de restructuration :

- avant la décision de validation ou d'homologation, c'est la DIRECCTE et le juge administratif qui sont compétents dans le cadre du bloc de compétences défini par l'article L 1235-7-1 du code du travail ;
- après la décision de validation ou d'homologation, le juge judiciaire retrouve sa compétence naturelle en ce qui concerne le respect par l'employeur de son obligation de sécurité.

Mais l'exercice de cette compétence ne peut conduire à remettre en cause, d'une façon ou d'une autre, la décision de validation ou d'homologation de la DIRECCTE.

- **Une deuxième affaire concerne l'AFPA.** Dans le cadre de sa réorganisation, celle-ci procède à une opération de restructuration de grande envergure puisqu' 'elle implique la suppression de 1541 postes, la modification de 454 contrats de travail et la création de 603 postes. L'IC-CHSCT et les CHSCT de l'AFPA ont demandé en référé la suspension du projet de réorganisation jusqu'à ce que l'employeur ait procédé à une évaluation précise des risques psycho-sociaux et présenté un plan de prévention des risques. Le TGI de Bobigny a fait droit à cette demande par une ordonnance de référé du 27 juin 2019. L'AFPA a fait appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris et a présenté un déclinatoire de compétence.

- **Une 3^{ème} affaire, qui vient d'être tranchée par le Tribunal des conflits, concerne General Electric.** Une filiale de GE a engagé une opération de restructuration entraînant le licenciement de 212 salariés. Le Syndicat CGT a assigné la société en référé en demandant la suspension du PSE jusqu'à ce que l'employeur ait procédé à une évaluation précise des risques psychosociaux et ait présenté un plan de prévention.

L'administration a présenté un déclinatoire de compétence que le TGI de Nanterre a écarté. En conséquence, le préfet a élevé le conflit, comme le permet l'article 12 de la loi du 24 mai 1872. L'affaire a donc été renvoyée devant le tribunal des conflits qui vient de rendre sa décision.

Il a jugé que : « *Dans le cadre d'une réorganisation qui donne lieu à élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'autorité administrative de vérifier le respect, par l'employeur, de ses obligations en matière de prévention des risques pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ; à cette fin, elle doit contrôler, tant la régularité de l'information et de la consultation des institutions représentatives du personnel que les mesures auxquelles l'employeur est tenu en application de l'article L. 4121-1 du code du travail au titre des modalités d'application de l'opération projetée, ce contrôle n'étant pas séparable de ceux qui sont mentionnés au point 7. Il n'appartient qu'à la juridiction administrative de connaître de la contestation de la décision prise par l'autorité administrative* » (TC, 8 juin 2020, Syndicat CGT Alstom, n°4189).

Cette décision est très importante pour trois raisons :

- **D'abord, parce que c'est la première décision du Tribunal des conflits en matière de PSE et qu'elle fera référence ;**
- Ensuite parce qu'elle conforte beaucoup le bloc de compétences : **c'est la première fois qu'une juridiction reconnaît la compétence de l'administration** non seulement pour veiller à une consultation régulière et complète du CHSCT mais pour vérifier « *les mesures auxquelles l'employeur est tenu en application de l'article L 4121-1 du code du travail au titre des modalités d'application de l'opération projetée* », c'est-à-dire le respect, par l'employeur de son obligation de sécurité ;
- Enfin parce que cette décision s'articule parfaitement avec l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2019 (n° 18-13.887) relatif à la mise en œuvre du PSE.

&

Comment synthétiser la jurisprudence du Conseil d'Etat en une formule ? Reprenant une formule que j'avais utilisée et que Gaëlle Dumortier a bien voulu approuver lors d'un colloque, je dirais que le Conseil d'État s'est aligné sur la jurisprudence judiciaire en faisant du Danthony.

Quelles sont les raisons de ce qu'on peut qualifier de succès de la jurisprudence administrative ? On peut en distinguer deux :

- la première est une différence de culture entre le juge judiciaire et le juge administratif : le juge judiciaire est souvent formaliste (toute irrégularité de procédure entraîne une annulation) et n'hésite pas, en ce qui concerne les juges du fond, à substituer son

appréciation à celle du chef d'entreprise ; le juge administratif est beaucoup plus pragmatique, procède à un contrôle global de la procédure et du contenu du plan, et fait preuve d'une certaine déférence vis-à-vis des décisions économiques du chef d'entreprise ;

- la seconde est que la loi du 14 juin 2013 n'a pas confié le contrôle des PSE à un juge, quel qu'il soit, mais à l'administration et plus précisément aux DIRECCTE qui sont des fonctionnaires de responsabilité placés, en matière d'emploi, sous l'autorité directe du préfet et du ministre, et qui ont deux qualités que n'ont pas les juges :
 - ils connaissent l'entreprise ;
 - ils ne sont pas dans une posture de jugement mais dans une posture de négociation et d'accompagnement : leur objectif est de ramener une opération de licenciement qui porte sur 100 postes à 80 et de porter le montant d'un PSE de 100 millions d'euros à 120 millions.