

// le dossier
jurisprudence thèmeLe plan de sauvegarde
de l'emploi

Sur les six derniers mois, la Cour de cassation, le Conseil d'État ainsi que le Conseil constitutionnel ont eu à se prononcer sur le régime du PSE post-loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

La délimitation des compétences entre juge administratif et juge judiciaire a été actée par la Cour de cassation : le juge prud'homal ne saurait remettre en cause « l'autorité de la chose décidée » par l'autorité administrative. Le régime de sanction applicable en cas d'annulation de la décision du Direccte ou d'absence de saisine de ce dernier, a également donné lieu à quelques éclaircissements recensés, entre autres, dans ce dossier.

À CLASSER SOUS

01 / 19

LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE
PROCÉDURE

// Ce qu'il faut retenir

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 unilatéral par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au PSE.
Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-16.766 FS-PBRI

En présence d'une décision d'homologation ou de validation du PSE, le respect du principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge judiciaire se prononce sur le respect par l'employeur de son obligation de recherche d'un repreneur.
Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-20.969 FS-PB

En dépit de l'absence de consultation du CHSCT, la procédure d'élaboration du PSE n'est pas irrégulière lorsqu'à défaut d'offre de reprise de l'activité de la société, l'ensemble des postes de travail est supprimé et qu'il n'est pas démontré qu'avant l'achèvement de cette opération, les conditions de santé et de sécurité dans l'entreprise ou les conditions de travail des salariés ayant vocation à être licenciés sont susceptibles d'être affectées par l'opération projetée.
CE, 13 février 2019, n° 404556

Le groupe de moyens au sein duquel doit être apprécié le caractère suffisant du PSE n'est pas nécessairement identique à celui pour lequel l'article L. 2331-1 du Code du travail prévoit la constitution d'un comité de groupe.
CE, 24 octobre 2018, n° 397900

Les critères d'ordre se trouvent privés d'objet lorsque l'employeur, soit en l'absence de toute suppression d'emploi, soit après avoir procédé aux licenciements consécutifs à des suppressions d'emploi en respectant ces critères, envisage seulement de proposer à des salariés une modification de leur contrat de travail et ne prévoit leur licenciement qu'à raison de leur refus.
CE, 10 octobre 2018, n° 395280

Dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation, le juge octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, quel que soit le motif de cette annulation.
Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-26.132 FS-PB

Le législateur a entendu attacher les mêmes conséquences au défaut de respect des dispositions relatives au PSE prévues à l'article L. 1235-10, tant en cas de nullité du licenciement qu'en cas de nullité de la procédure de licenciement, de sorte que les mesures prescrites à l'article L. 1235-11 s'appliquent dans ces deux hypothèses.
Cons. const., 7 septembre 2018, n° 2018-729 QPC, JO 8 septembre

Retrouvez le texte intégral des arrêts commentés sur
www.liaisons-sociales.fr

PSE : le respect de l'obligation individuelle de reclassement relève du juge judiciaire

La solution

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 plan de sauvegarde de l'emploi. Viole dès lors ces dispositions ainsi que la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs, 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.

Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-16.766 FS-PBRI

Le commentaire

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a fait du **juge administratif** le **juge principal** du contentieux en matière de PSE. Toute contestation portant sur l'accord collectif ou le document unilatéral élaboré par l'employeur, sur le contenu du PSE ou sur la régularité de la procédure d'information-consultation des représentants du personnel doit ainsi être portée devant le tribunal administratif à l'occasion de la contestation de la décision de validation ou d'homologation du Direccte (*C. trav., art. L. 1235-7-1*). Le **juge judiciaire** reste, quant à lui, saisi des **contentieux individuels** relatifs notamment au motif économique, à la mise en œuvre du PSE ou encore à l'indemnisation du salarié en cas d'annulation de la décision du Direccte (*Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13, 19 juillet 2013, fiche n° 3*).

Dans un arrêt du 21 novembre 2018, estampillé « PBRI », la Cour de cassation tire les conséquences de cette nouvelle répartition des compétences en ce qui concerne le **contrôle** du **respect de l'obligation individuelle de reclassement** du salarié. Ce point reste ainsi de la compétence du **juge judiciaire**, mais principe de séparation des pouvoirs oblige, il ne peut à cette occasion remettre en cause l'appréciation portée par le Direccte sur les dispositions du PSE relatives au plan de reclassement.

PSE HOMOLOGUÉ PAR LE DIRECCTE

Dans cette affaire, le PSE d'une association avait fait l'objet d'un **document unilatéral homologué** par le Direccte et **non contesté** devant le juge administratif dans le délai de deux mois. **Deux salariés licenciés** dans le prolongement de ce plan ont saisi la **juridiction prud'homale** en demandant à ce que leur licenciement soit déclaré sans cause réelle et sérieuse en raison de l'**absence de toute recherche de reclassement** menée par l'employeur les concernant.

La **Cour d'appel** de Douai a fait droit à leur demande : les **licenciements** devaient être jugés **sans cause réelle et sérieuse**, tant en raison de l'absence de recherche

individualisée, sérieuse et loyale de reclassement qu'en raison de l'**insuffisance** du PSE. Et en effet, de façon tout à fait contestable, une disposition du plan indiquait que l'employeur étant une association, aucun reclassement interne ne pouvait de ce fait être envisagé. Pour conclure à la **violation de l'obligation individuelle de reclassement**, la cour d'appel s'est ainsi notamment fondée sur le fait que le PSE avait exclu à tort toute recherche de reclassement au motif de la forme associative de l'entreprise.

La Cour de cassation a censuré cette analyse des juges du fond qui, légalement, n'avaient pas compétence pour apprécier le contenu du plan et conclure à son insuffisance.

IMPOSSIBILITÉ POUR LE JUGE JUDICIAIRE DE SE PRONONCER SUR LE CONTENU DU PSE

L'arrêt du 21 novembre 2018 pose ainsi pour principe 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 plan de sauvegarde de l'emploi ».

En clair, le juge judiciaire **ne peut**, pour apprécier le respect par l'employeur de son obligation individuelle de reclassement, **se fonder** sur le **contenu** du PSE et sur ce qu'il estime être une **insuffisance** des dispositions de ce plan relatives au reclassement. En effet, affirme l'arrêt, « le contrôle du contenu de ce plan relève de la **compétence exclusive** de la **juridiction administrative** ». La cour d'appel s'étant fondée presque exclusivement sur le contenu du PSE, sa décision est donc cassée et les parties renvoyées devant une autre cour d'appel. Comme le précise la note explicative de la Cour de cassation, l'arrêt invite le juge judiciaire « à respecter stric-

tement la compétence administrative consacrée par le législateur». Cette compétence administrative résulte directement de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail qui énonce que «le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi» ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation et que ce litige relève «de la compétence en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux».

POUVOIRS DU JUGE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Il n'en reste pas moins que **tant qu'il n'empiète pas** sur les **points contrôlés** par l'**autorité administrative** (dont l'appréciation ne peut être remise en cause que devant le juge administratif) et qu'il n'évoque donc pas une quelconque insuffisance du plan de reclassement intégré au PSE, le **juge judiciaire reste parfaitement compétent** pour constater un manquement dans les démarches que l'employeur doit accomplir au titre de l'**obligation individuelle de reclassement** de l'article L. 1233-4 du Code du travail. Le fait que le PSE ait été homologué ou validé par l'autorité administrative n'em-

pêche pas le juge judiciaire de constater un manquement à cette obligation lors de la mise en œuvre du PSE par l'employeur.

La note explicative rappelle à cet égard qu'«en vertu d'une **jurisprudence constante**, le licenciement économique d'un salarié ne pouvant intervenir que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise ou dans le groupe dont elle relève n'est pas possible, il appartient à l'employeur, même lorsqu'un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social, au sein du groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé, des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification des contrats, en assurant au besoin l'adaptation de ces salariés à une évolution de leur emploi (Cass. soc., 14 janvier 2004, n° 02-46.678; à rapprocher de Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 96-45.665; Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40.898)».



CONSULTER LE DOCUMENT SUR:
liaisons-sociales.fr

PSE : le respect de l'obligation de recherche d'un repreneur relève du juge administratif

La solution

Selon l'article L. 1233-57-3 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, en l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, après avoir notamment vérifié 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, relatives à la recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge judiciaire se prononce sur le respect par l'employeur de son obligation de recherche d'un repreneur.

Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-20.969 FS-PB

Le commentaire

La Cour de cassation applique strictement la compétence de principe que la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a attribuée au juge administratif, en matière de PSE. En témoigne un nouvel arrêt rendu le 16 janvier 2019 et précisant qu'en cas de fermeture d'établissement, dans la mesure où l'obligation de recherche d'un repreneur fait partie des points sur lesquels le Direccte doit faire porter son contrôle lorsqu'il est saisi d'une demande de validation ou d'homologation du PSE, le **juge judiciaire est incompétent pour connaître d'un contentieux en indemnisation** introduit par des salariés sur le fondement d'une **absence de recherche sérieuse et loyale d'un repreneur** par l'employeur.

Il ne saurait être débattu à nouveau, devant le juge judiciaire, d'une question sur laquelle le Direccte est

légalement tenu de faire porter son appréciation, laquelle ne pourra être discutée que devant les tribunaux administratifs.

OBLIGATION DE RECHERCHE D'UN REPRENEUR

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a institué l'obligation pour les entreprises *in bonis* d'au moins 1 000 salariés, envisageant la **fermeture d'un établissement** qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif, de **rechercher un repreneur** (C. trav., art. L. 1233-57-9; v. le dossier juridique -Empl. & chô.- n° 160/2014 du 8 septembre 2014).

L'employeur est ainsi tenu d'informer des repreneurs potentiels, par tout moyen approprié, de son intention

de céder l'établissement (*C. trav.*, art. L. 1233-57-14). Ce processus doit **associer** étroitement les **représentants du personnel** (*C. trav.*, art. L. 1233-57-9 et s.) et, si la recherche a été infructueuse, l'employeur doit présenter au comité, avant la fin de la consultation sur le projet de licenciement collectif, un rapport relatif aux actions engagées, aux offres reçues et aux raisons de leur rejet (*C. trav.*, art. L. 1233-57-20).

Dans la présente affaire, ce **processus** n'ayant **pas abouti**, un **PSE** a été élaboré et **homologué** par le **Direccte** (les mesures sociales d'accompagnement ont fait l'objet d'un accord collectif et d'une décision de validation).

Après le prononcé des **licenciements**, plusieurs **salariés** ont alors saisi la **juridiction prud'homale** de demandes de **dommages-intérêts** pour inexécution de bonne foi de l'**obligation** légale de **recherche** d'un **repreneur**.

Sur un moyen relevé d'office, la **Cour de cassation** **exclut** toutefois la **compétence** du **juge judiciaire** sur cette question.

COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE

Lorsqu'il est saisi du PSE, le **Direccte** doit notamment **vérifier le respect** par l'employeur des obligations relatives à la **recherche** d'un **repreneur**, **avant d'homologuer** le document unilatéral (*C. trav.*, art. L. 1233-57-3) ou de **valider** l'accord collectif (*C. trav.*, art. L. 1233-57-2). L'obligation de recherche d'un repreneur, lorsqu'elle est applicable à l'entreprise, fait ainsi légalement partie du champ de contrôle du Direccte. Dans son arrêt du 16 janvier 2019, la Cour de cassation en tire toutes les conséquences : « le respect du **principe de séparation des pouvoirs** s'oppose à ce que le **juge judiciaire** se prononce sur le respect par l'employeur de son **obligation de recherche** d'un **repreneur** ».

En présence d'un PSE homologué ou validé par l'administration, le juge judiciaire ne peut donc être saisi d'une demande d'indemnisation au titre d'un manquement de l'employeur à son obligation de recherche d'un repreneur. **Toute contestation** dans la mise en œuvre du processus de recherche relève de la **seule compétence** de la **juridiction administrative** et doit être soulevée devant un tribunal administratif, **à l'occasion** de la **contestations** de la **décision** d'homologation ou de validation du Direccte, conformément au bloc de compétence créé par la loi du 14 juin 2013 (*C. trav.*, art. L. 1235-7-1).

Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil d'une récente décision par laquelle la Cour de cassation a déjà posé pour principe que le juge judiciaire « ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur ». Ainsi, **en présence** d'une **décision** administrative d'**homologation** ou de validation, le **juge judiciaire** **ne saurait constater** une **insuffisance du PSE**, ce point relevant de l'appréciation du Direccte sous le contrôle du juge administratif. En revanche, tant qu'il n'empiète pas sur le champ de contrôle relevant du Direccte (et donc du contentieux administratif), le juge judiciaire reste compétent, par exemple pour apprécier le respect, par l'employeur, de son **obligation individuelle de reclassement** (*Cass. soc.*, 21 novembre 2018, n° 17-16.766 PBRI, commenté ci-avant dans ce dossier). Dans sa note explicative, la Haute juridiction indiquait déjà que « L'arrêt invite par conséquent le juge judiciaire à respecter strictement la compétence administrative consacrée par le législateur ». L'arrêt du 16 janvier 2019 ne déroge pas à cette ligne directrice.

 **CONSULTER LE DOCUMENT SUR :**
liaisons-sociales.fr

Élaboration du PSE : le défaut de consultation du CHSCT n'invalide pas nécessairement la procédure

La solution

N'a pas commis d'erreur de droit, la cour administrative d'appel ayant jugé que les requérants ne pouvaient utilement soutenir que la procédure avait été irrégulière faute de consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dès lors qu'il avait été relevé qu'en l'absence d'offre de reprise de l'activité de la société, l'ensemble des postes de travail de cette entreprise devait être supprimé. En outre, il n'était pas soutenu devant elle qu'avant l'achèvement de cette opération, les conditions de santé et de sécurité dans l'entreprise ou les conditions de travail des salariés ayant vocation à être licenciés étaient susceptibles d'être affectées par l'opération projetée.
CE, 13 février 2019, n° 404556

Le commentaire

Les dispositions du Code du travail spécifiques au **PSE** ne rendent pas obligatoire et systématique la **consultation** du **CHSCT**. Pour les entreprises qui en sont encore dotées (celles qui n'ont pas de CSE), le CHSCT est en effet susceptible d'intervenir au titre de la **compétence générale** qui lui est reconnue « avant toute décision

d'**aménagement important** modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail » (*C. trav.*, art. L. 4612-8-1 ancien). Si un projet de restructuration et de compression des effectifs constitue incontestablement un projet important, encore faut-il qu'il **impacte** les **conditions de santé**, de **sécurité** et de **travail** des sala-

riés, pendant la phase de mise en œuvre du projet ou après l'achèvement de l'opération, pour légitimer l'intervention du CHSCT. Or, tel n'est pas toujours le cas, comme l'illustre une décision rendue le 13 février 2019 par le Conseil d'État. Ainsi, lorsque l'ensemble des postes de travail d'une entreprise en liquidation doit être supprimé à défaut de repreneur, s'il n'est pas démontré que les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés ayant vocation à être licenciés sont susceptibles d'être modifiées avant l'achèvement de l'opération, la consultation du CHSCT n'est pas considérée comme obligatoire dans le cadre de la procédure d'élaboration du PSE et il ne peut être reproché au Direccte d'avoir homologué le document unilatéral en dépit d'une absence de consultation du CHSCT.

ABSENCE DE CONSULTATION DU CHSCT

L'affaire concerne une **société** placée en **liquidation judiciaire** et dont le **PSE** a été **homologué** par le Direccte en novembre 2015. Plusieurs **salariés réclamaient l'annulation** de cette décision administrative au motif que le **CHSCT** n'avait **pas été consulté** lors de l'élaboration du PSE.

À cet égard, la **jurisprudence administrative** s'est déjà prononcée à plusieurs reprises sur le rôle du CHSCT en cas de PSE et plus, précisément, sur l'incidence d'un vice affectant sa consultation. Il a ainsi été précisé que lorsque l'autorité administrative est saisie d'une demande de validation ou d'homologation d'un PSE « pour une **opération qui requiert la consultation** du ou des **CHSCT** concernés, elle ne peut légalement accorder la validation ou l'homologation demandée que si cette consultation a été **régulière** » (*CE, 21 octobre 2015, n° 386123*; *CE, 7 septembre 2016, n° 394243*). Pour qu'une irrégularité de la procédure d'information-consultation puisse conduire à l'annulation d'une décision de validation ou d'homologation, deux conditions se dégagent :

- il est nécessaire que l'irrégularité, telle une insuffisance d'information, ait « fait obstacle à ce que ce comité **exprime son avis en toute connaissance de cause** » (*CE, 7 décembre 2015, n° 383856*; *CE, 29 juin 2016, n° 386581*);
- surtout et avant toute chose, il faut s'assurer que la **consultation** du CHSCT était **obligatoire** en vertu de l'article L. 4612-8-1 du Code du travail, ce qui dépend donc des conséquences du projet de réduction des effectifs en termes de santé, de sécurité et de conditions de travail (*CE, 7 septembre 2016 précité*). Les **vices** qui **affectent** le cas échéant la consultation d'un CHSCT ne sont susceptibles de faire **obstacle** à toute **validation ou homologation** « que lorsque cette **consultation** est **obligatoire** en vertu des dispositions de l'article L. 4612-8-1 du Code du travail » (*CE, 29 juin 2016 précité*: ce qui a été retenu dans le cas d'un établissement devant perdre 20 % de ses effectifs et dont le contenu et l'organisation de ses activités devaient être substantiellement modifiés).

Dans l'affaire tranchée le 13 février 2019, cette seconde condition faisait précisément défaut.

VALIDITÉ DE LA DÉCISION D'HOMOLOGATION

En dépit de l'absence de toute consultation du CHSCT, le Conseil d'État a confirmé la validité de la décision d'homologation délivrée par le Direccte.

La Haute juridiction rappelle le principe : le **Direccte ne contrôle la régularité** de la consultation du **CHSCT** que s'il est saisi « d'une demande d'homologation d'un document unilatéral fixant le contenu du 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 comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail concernés ».

Or, dans les **circonstances de l'espèce**, la **consultation** du CHSCT n'était **pas requise**. Deux éléments ont été retenus en ce sens :

- « en l'**absence d'offre de reprise** de l'activité de la société, l'**ensemble des postes** de travail de cette entreprise devait être **supprimé** » ;

- en outre, « il n'était **pas soutenu** qu'**avant** l'achèvement de cette opération, les **conditions** de santé et de sécurité dans l'entreprise ou les conditions de travail des **salariés** ayant **vocation à être licenciés** étaient **susceptibles d'être affectées** par l'opération projetée ».

La solution est logique. Au titre de sa compétence générale, le CHSCT n'a pas à être consulté sur le PSE en tant que tel, mais sur les **conséquences** de la nouvelle organisation de travail qui en découlera pour les **salariés restant en poste** après l'opération. Or, dans le cas d'une entreprise entièrement liquidée, sans aucune reprise de l'activité, la consultation est sans objet sur ce point puisque l'ensemble des salariés quitte l'entreprise.

Certes, la **consultation** du CHSCT se justifie **également** au titre de l'**impact** que le projet aura, **tout au long** de sa **mise en œuvre**, sur la santé des **salariés** ayant **vocation à être licenciés** (notamment les risques psychosociaux). Néanmoins, **en l'espèce**, l'arrêt relève précisément qu'il n'était **pas soutenu** que les conditions de santé et de sécurité dans l'entreprise, ou les conditions de travail des salariés ayant vocation à être licenciés étaient susceptibles d'être affectées par l'opération projetée. En conséquence, le défaut de consultation du CHSCT ne rendait pas irrégulière la procédure d'élaboration du PSE, ni de fait la décision ultérieure d'homologation.

On notera que cette décision porte sur un cas bien particulier de cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise, sans repreneur. En dehors de cette hypothèse, il est rare qu'un projet de PSE n'emporte aucune conséquence sur la santé et les conditions de travail des salariés, aussi bien pendant la phase de mise en œuvre qu'après l'achèvement de l'opération (pour les salariés non visés dans le plan). La consultation du CHSCT reste donc de rigueur.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

Le groupe de moyens au sein duquel doit être apprécié le caractère suffisant du PSE inclut la holding

La solution

Le groupe de sociétés auquel fait référence l'article L. 1233-57-3 du Code du travail n'est pas nécessairement identique à celui pour lequel l'article L. 2331-1 prévoit la constitution d'un comité de groupe. Les dispositions de l'article L. 2331-4 ne sauraient, dès lors, être utilement invoquées pour la détermination du périmètre du groupe à prendre en compte dans l'évaluation du caractère suffisant d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

CE, 24 octobre 2018, n° 397900

Le commentaire

Le groupe est une notion complexe à appréhender. Groupe de moyens pour apprécier la pertinence du PSE, groupe de reclassement, ou encore groupe permettant d'apprécier le motif économique ne font pas l'objet d'une définition unique. Le juge civil comme le juge administratif s'attachent à livrer une définition précise de chacune de ces notions.

Ainsi, en février 2018, le Conseil d'État a défini le **groupe de moyens** en se référant au I de l'article L. 2331-1 du Code du travail, relatif à la mise en place d'un comité de groupe : les moyens du groupe s'entendent des **moyens**, notamment financiers, dont disposent l'**ensemble des entreprises** placées sous le **contrôle** d'une même **entreprise dominante** ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise.

Restait alors à savoir si, dans l'affaire qui lui était soumise, la **holding financière détenant 100 % des entreprises du groupe** constituait ou non une « entreprise dominante » dont les moyens financiers devaient être pris en compte. Après un sursis à statuer et une réouverture des débats sur cette question, le Conseil d'État a répondu par l'affirmative dans un arrêt rendu le 24 octobre 2018.

UNE HOLDING DÉTENANT 100 % DES ENTREPRISES DU GROUPE

Dans cette affaire, la société Tel and Com et la société L'Enfant d'aujourd'hui, contrôlées par la société Squadra, formaient avec celle-ci une UES. Squadra était elle-même détenue à 100 % par la société holding Sarto Finances. Or, confrontée à des difficultés économiques, l'UES a élaboré un **PSE** par document unilatéral. La décision d'**homologation** du Direccte a été **annulée** par le tribunal administratif en se fondant sur le caractère **insuffisant** des mesures prévues par le PSE.

Saisi de l'affaire, le **Conseil d'État** a rendu une **première décision** le **7 février 2018**, dans laquelle il a défini le « **groupe de moyens** » visé à l'article L. 1233-57-3 du Code du travail en se référant à la **définition commerciale** du groupe retenue par les **ordonnances Travail** (pour le périmètre d'appréciation du motif économique et le groupe de reclassement). Il a ainsi décidé que : « 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, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises » (CE, 7 février 2018, n° 397900 ; v. l'actualité n° 17511 du 15 février 2018).

Mais quelle portée donner à la mention du I de l'article L. 2331-1 lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une entreprise dominante ? Telle était la question posée pour la prise en compte d'une holding purement financière.

RÉFÉRENCE AUX DISPOSITIONS SUR LE COMITÉ DE GROUPE : DEUX INTERPRÉTATIONS POSSIBLES

Selon l'article L. 2331-1 I du Code du travail, « un **comité de groupe** est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle 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 ».

La **référence** à ce texte dans la définition du groupe de moyens donnée par le Conseil d'État en février 2018 pouvait renvoyer à **deux lectures différentes** :

– soit il faut considérer que le groupe de moyens est nécessairement identique à celui pour lequel l'article L. 2331-1 prévoit la constitution d'un comité de groupe, ce qui rendrait donc applicables les autres dispositions relatives à la mise en place de ce comité. C'est ce que plaident, en l'espèce, les sociétés pour faire écarter la prise en compte des moyens financiers de la holding. Elles faisaient en effet valoir que s'appliquait, de ce fait, l'article L. 2331-4 du Code du travail, relatif également à la mise en place du comité de groupe et selon lequel « ne sont pas considérées comme entreprises dominantes, les entreprises mentionnées aux points a et c du paragraphe 5 de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 sur les concentrations ». Ce qui vise notamment les sociétés de participation financière, c'est-à-dire celles dont l'objet unique est la prise de participation dans d'autres entreprises, sans immixtion dans leur gestion. Ces sociétés

(et donc la holding) seraient donc également exclues du groupe de moyens applicable au PSE ; – soit, et c'était la position défendue par le rapporteur public (*Concl. F. Dieu, Semaine Sociale Lamy n° 1844*), la mention, par le Conseil d'État, du I de l'article L. 2331-1 est simplement destinée à orienter immédiatement vers la définition de l'entreprise dominante donnée par les dispositions du Code de commerce qui y sont énumérées (c'est-à-dire par les articles L. 233-1, L. 233-16, L. 233-3 I et II du Code de commerce).

GROUPE CAPITALISTIQUE AU SENS DU CODE DE COMMERCE

Dans l'arrêt rendu le 24 octobre 2018, le Conseil d'État précise utilement la **définition** du groupe de moyens donnée en février 2018. Ainsi, « le groupe de sociétés auquel fait référence l'article L. 1233-57-3 n'est **pas nécessairement identique** à celui pour lequel l'article L. 2331-1 prévoit la constitution d'un comité de groupe ; les dispositions de l'article L. 2331-4 ne sauraient, dès lors, être utilement invoquées pour la détermination du périmètre du groupe à prendre en compte dans l'évaluation du caractère suffisant d'un plan de sauvegarde de l'emploi ».

Autrement dit, pour reprendre la formule de Denis Piveteau, président de la 4^e chambre du contentieux du Conseil d'État, « ce n'est pas parce que le groupe de moyens s'appuie sur la définition des comités de groupe que toute la législation sur les comités de groupe s'applique » (*v. Semaine sociale Lamy n° 1846*). La **définition**

est ainsi **restreinte** au seul **groupe capitalistique ou commercial**, au sens des dispositions du Code de commerce. En effet, comme l'indiquait Frédéric Dieu, rapporteur public, dont le raisonnement a été repris par le Conseil d'État, l'article L. 2331-4 est « dénué de toute pertinence lorsqu'il s'agit d'apprécier quels sont les moyens financiers disponibles pour abonder le PSE. Car il importe peu alors que la société de participation financière n'exerce aucune influence sur l'activité économique et la gestion des entreprises dont elle détient tout ou partie du capital. En revanche, les **moyens financiers** de la **société de participation financière** importent au plus haut point en ce qui concerne le PSE ».

Le Conseil d'État s'en remet donc à la notion d'entreprise dominante au sens des dispositions du Code de commerce (énumérées à l'article L. 2331-1, I du Code du travail). La décision relève ainsi qu'aux termes de l'article L. 233-1 du Code de commerce, « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée [...] comme filiale de la première ». Dès lors, « les moyens financiers dont disposait la société Sarto Finances », qui détenait la société Squadra à 100 %, « les deux sociétés étant d'ailleurs dirigées par la même personne », devaient être pris en compte par l'administration pour apprécier le caractère suffisant des mesures du PSE de l'UES, « sans qu'y fassent obstacle ni [...] les dispositions de l'article L. 2331-4 du Code du travail, ni le régime fiscal auquel cette société était soumise ».



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

PSE reposant exclusivement sur des modifications de contrats : les critères d'ordre neutralisés

La solution

Les critères d'ordre prévus par les dispositions de l'article L. 1233-5 du Code du travail se trouvent privés d'objet lorsque l'employeur, soit en l'absence de toute suppression d'emploi, soit après avoir procédé aux licenciements consécutifs à des suppressions d'emploi en respectant ces critères d'ordre, envisage seulement de proposer à des salariés une modification de leur contrat de travail et ne prévoit leur licenciement qu'à raison de leur refus. Par suite, dans ce cas, la circonstance que le plan de sauvegarde de l'emploi ne comporte pas la pondération des critères d'ordre et la définition de leur périmètre d'application ne fait pas légalement obstacle à ce que l'administration homologue le document unilatéral relatif à ce plan. Le cas échéant, il lui appartient toutefois de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de la légalité des règles auxquelles ce document aurait décidé de soumettre les propositions de modification de contrat de travail envisagées par le plan.

CE, 10 octobre 2018, n° 395280

Le commentaire

Les **règles** relatives à l'**ordre** des **licenciements** ne s'**appliquent pas** lorsque l'employeur n'a **pas à opérer de choix** parmi les salariés à licencier (*Cass. soc.*, 27 mars 2012, n° 11-14.223). Le Conseil d'État a récemment fait application de ce principe dans l'hypothèse d'un

PSE n'envisageant le licenciement que des seuls salariés qui, après que les réductions d'effectif aient été atteintes par des départs volontaires, refuseraient une proposition de modification de leur contrat de travail. Un arrêt du 10 octobre 2018 écarte ainsi l'application

des critères d'ordre dans ce cas de figure, puisque le **refus de modification** permet nécessairement de **désigner le salarié à licencier**, sans que l'employeur n'ait de choix à faire.

LICENCIEMENT DES SEULS SALARIÉS REFUSANT UNE MODIFICATION DE CONTRAT

Dans cette affaire, le **projet de réorganisation** envisageait la **suppression** d'un peu plus de **1 600 postes**. L'objectif devait être largement atteint, voire dépassé, par le biais de départs en retraite, dans le cadre d'un **plan de départs volontaires**.

Toutefois, les postes affectés par les départs volontaires n'étant pas nécessairement ceux qui devaient être supprimés, l'employeur avait prévu, une fois effectués ces départs volontaires, de proposer une **nouvelle affectation** aux **salariés** qui occuperaient un **poste ayant vocation à être supprimé**. Dans la mesure où ces propositions de poste étaient susceptibles d'entraîner des **modifications** des **contrats** de travail et donc des **refus**, le PSE envisageait la possibilité de **licenciements** consécutifs à de tels refus, évalués à 231 au plus.

Au final, ce **PSE** n'envisageait **aucun licenciement directement lié** à une **suppression d'emploi**. Il n'envisageait que le licenciement de salariés qui, après la phase de départs volontaires, refuseraient la modification de leur contrat (licenciements secondaires).

Première précision du **Conseil d'État** : un **PSE** était bien **obligatoire** dans une telle situation. En effet, « alors même que le projet de réorganisation et de compression d'effectifs d'une entreprise n'aboutit par lui-même, une fois tenu compte des départs volontaires en retraite et autres départs volontaires, à aucune suppression d'emploi, il doit, dès lors qu'il prévoit en revanche le licenciement des salariés refusant la modification de leur contrat de travail, faire l'objet d'un PSE, soumis à l'homologation ou à la validation de l'autorité administrative ».

La décision fait ainsi prévaloir l'article L. 1233-61 du Code du travail qui rend obligatoire l'établissement et la mise en œuvre d'un PSE « lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours ». Compte tenu du nombre de licenciements secondaires potentiels, le PSE était donc obligatoire.

CRITÈRES D'ORDRE PRIVÉS D'OBJET

Se posait alors principalement la question de l'application des **critères d'ordre** dans une telle configuration. Les requérants réclamaient l'annulation de la décision administrative ayant validé l'accord collectif (portant sur les mesures d'accompagnement social) et homologué le document unilatéral complétant cet accord, au motif que ni l'un ni l'autre de ces documents ne comportait la définition et la pondération des critères d'ordre des licenciements.

Le Conseil d'État pose effectivement pour principe que « lorsqu'un PSE fait l'objet, pour certaines de ses dispositions, d'un accord collectif majoritaire et, pour le reste de ses dispositions, d'une décision unilatérale de

l'employeur, l'administration ne peut homologuer cette dernière qu'après avoir vérifié que l'ensemble des points mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, notamment la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, figurent, soit dans l'accord collectif déjà validé par elle ou en cours d'examen devant elle, soit dans le document unilatéral soumis à son homologation ».

Néanmoins, le principe n'a pas été appliqué en l'espèce car les critères d'ordre se trouvaient purement et simplement **neutralisés** : « les critères d'ordre [...] se trouvent **privés d'objet** lorsque l'employeur, soit en l'absence de toute suppression d'emploi, soit après avoir procédé aux licenciements consécutifs à des suppressions d'emploi en respectant ces critères d'ordre, envisage **seulement** de proposer à des salariés une **modification** de leur **contrat** de travail et ne prévoit leur licenciement qu'à raison de leur refus ».

Dès lors que « le PSE n'envisageait le licenciement que des seuls salariés qui, après que les réductions d'effectifs aient été atteintes par des départs volontaires, refuseraient une proposition de modification de leur contrat de travail », les critères d'ordre n'avaient donc pas à jouer.

Concrètement, en effet, l'**employeur n'a pas de choix à opérer** lorsqu'il doit licencier tous les salariés ayant refusé la modification contractuelle. Les critères d'ordre sont donc inutiles dans ce cas. Et la Cour de cassation avait d'ailleurs adopté la même solution avant la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 (*Cass. soc.*, 27 mars 2012, n° 11-14.223 : « ayant relevé que la modification de leur contrat de travail était proposée à tous les salariés et que les licenciements concernaient tous ceux l'ayant refusée, la cour d'appel a retenu à bon droit que dès lors que l'employeur n'avait aucun choix à opérer parmi les salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail, il n'y avait pas lieu d'appliquer un ordre des licenciements »). Il avait également déjà été jugé que les critères d'ordre sont inapplicables lorsque les ruptures résultent d'un départ volontaire (*Cass. soc.*, 1^{er} juin 2017, n° 16-15.456).

ÉVENTUALITÉ DE CRITÈRES DE CHOIX DES SALARIÉS AUXQUELS UNE PROPOSITION DE MODIFICATION EST PRÉSENTÉE

S'il n'y a pas lieu de faire application des critères d'ordre de l'article L. 1233-5 du Code du travail lorsque ne sont envisagés que des licenciements secondaires de salariés ayant refusé une modification contractuelle pour motif économique, le Conseil d'État ajoute toutefois que le **PSE peut** – ce qui est donc facultatif – avoir **défini** des **critères** permettant de déterminer quels seront les **salariés** auxquels sera proposée une **modification** de contrat de travail. Dans ce cas, il appartient alors à l'administration « de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de la légalité des règles auxquelles ce document aurait décidé de soumettre les propositions de modification de contrat de travail envisagées par le plan ».



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

PSE et procédure collective : les conséquences de l'annulation de la décision du Direccte clarifiées

La solution

Selon l'article L. 1233-58 II du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable, issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, en cas de licenciements intervenus dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire en l'absence de toute décision relative à la validation de l'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1 du même code ou à l'homologation du document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. L'article L. 1235-16 dudit code ne s'applique pas. Il se déduit de ce texte que cette indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois est due, quel que soit le motif d'annulation de la décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation.

Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-26.132 FS-PB

Le commentaire

Dans les entreprises en **redressement** ou en **liquidation judiciaires** ayant recours à un **PSE**, des **sanctions spécifiques** s'appliquent en cas d'**annulation**, postérieurement au prononcé des licenciements économiques, de la décision d'**homologation** ou de validation prise par le Direccte. En effet, contrairement à ce qu'a prévu la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 pour les entreprises *in bonis*, la sanction de la nullité du licenciement n'est pas applicable et aucune réintégration ne peut être sollicitée. **Seule** une **indemnisation** au moins égale à **six mois de salaire** doit être accordée par le juge judiciaire, ainsi que le prévoit l'article L. 1233-58 II du Code du travail.

Dans un arrêt du 19 décembre 2018, la Cour de cassation lève une ambiguïté rédactionnelle contenue dans le texte précité, ceci afin de confirmer l'interprétation communément admise selon laquelle l'**indemnité** minimale de six mois de salaire est due **quel que soit le motif d'annulation** de la décision du Direccte (hors insuffisance de motivation). Cette indemnité est par ailleurs cumuleable avec l'indemnité de licenciement.

INDEMNISATION PRÉVUE PAR L'ARTICLE L. 1233-58 II DU CODE DU TRAVAIL

L'article L. 1233-58 du Code du travail, qui traite spécifiquement des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires, prévoit qu'en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation prise par le Direccte, « le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois » (*C. trav., art. L. 1233-58 II, al. 7*).

Contrairement aux sanctions prévues dans les entreprises *in bonis* (*v. C. trav., art. L. 1235-11 et L. 1235-16*), cette disposition n'opère à première vue aucune distinction en fonction du motif d'annulation de la décision administrative, c'est-à-dire selon qu'il s'agit d'une annulation fondée sur une absence ou une insuffisance du PSE ou d'une annulation fondée sur un autre motif

telle une irrégularité de la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel. Il est ainsi généralement admis que l'indemnité minimale de six mois de salaires est due quel que soit le motif d'annulation (*v. en ce sens : Instr. DGEFP/DGT n° 2013-13 du 19 juillet 2013, fiche 4-IV*).

Toutefois, ce même article L. 1233-58 II, alinéa 7 poursuit en précisant que « L'article L. 1235-16 ne s'applique pas ». Or, cette disposition (propre aux entreprises *in bonis*) prévoit précisément que l'annulation de la décision du Direccte pour un **motif autre** que l'**absence ou l'insuffisance** du **PSE**, **ouvre droit**, à défaut d'accord des parties pour une réintégration, à une **indemnité** qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois et qui est due sans préjudice de l'indemnité de licenciement. Comment dès lors articuler ces deux textes et quelle conséquence tirer de l'exclusion d'application de l'article L. 1235-16 ? Faut-il en déduire que l'indemnité de six mois de salaires prévue par l'article L. 1233-58 n'est finalement pas due lorsque l'annulation de la décision du Direccte repose sur un motif autre que l'absence ou l'insuffisance du PSE ? C'est ce qui a été plaidé devant la Cour de cassation, laquelle a toutefois refusé de valider cette lecture des textes.

ANNULATION POUR VIOLATION DES RÈGLES DE DÉTERMINATION DES CRITÈRES D'ORDRE

Dans cette affaire, la **décision d'homologation** du Direccte avait été **annulée** par la juridiction administrative non pas pour insuffisance du PSE, mais parce que le **document unilatéral** n'avait **pas respecté** les dispositions de la **convention collective** applicable sur la détermination des **critères d'ordre** des licenciements. L'AGS et l'Unédic avaient déduit de la mention légale selon laquelle l'article L. 1235-16 du Code du travail n'est pas applicable dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires, que l'indemnité d'au moins six mois de salaire de l'article L. 1233-58 II n'était pas due et qu'elle ne pouvait être cumulée avec l'indemnité légale de licenciement.

DROIT À L'INDEMNITÉ MINIMALE CUMULABLE AVEC L'INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT

La Haute juridiction décide au contraire « qu'il se déduit de [l'article L. 1233-58 II du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable, issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013] que cette **indemnité** au moins égale aux salaires des six derniers mois **était due, quel que soit le motif d'annulation** de la décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation ». L'arrêt approuve ainsi la position de la Cour d'appel de Reims ayant considéré « qu'en indiquant à la fin du septième alinéa de l'article L. 1233-58 II du Code du travail que les dispositions de l'article L. 1235-16 de ce même code ne s'appliquent pas, le législateur a seulement entendu rappeler que, s'agissant des entreprises faisant l'objet d'une mesure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, il n'y avait pas lieu de distinguer suivant les motifs d'annulation du plan ».

Autrement dit, en cas d'annulation de la décision du Direccte pour insuffisance du PSE ou pour un autre motif (telle la violation des dispositions conventionnelles sur la détermination des critères d'ordre), l'indemnité minimale de l'article L. 1233-58 est due dans tous les cas au salarié. On rappellera toutefois qu'une **exception**

a été **introduite** par la **loi Macron** n° 2015-1990 du 8 août 2015 (non applicable aux faits de l'espèce et donc non visée par l'arrêt) dans l'hypothèse d'une **annulation** fondée sur une **simple insuffisance de motivation** de la décision du Direccte. Dans ce cas, le **Direccte doit prendre une nouvelle décision** suffisamment motivée dans les 15 jours et dès lors que celle-ci est édictée, aucune indemnité n'est due par l'employeur (*C. trav., art. L. 1233-58 II, deux dern. al.*). Sous réserve de la prise en compte de cette exception, la solution fournie par le présent arrêt est pleinement applicable dans le contexte juridique actuel.

L'arrêt précise enfin que l'indemnité de l'article L. 1233-58 **se cumule** avec l'**indemnité de licenciement**, « en l'absence de disposition expresse contraire ». L'inapplicabilité de l'article L. 1235-16 prévoyant un tel cumul dans les entreprises *in bonis*, pouvait suggérer l'inverse. La Cour de cassation lève donc également l'incertitude sur ce point, de sorte que l'indemnité de licenciement n'aura pas à être déduite du montant des dommages-intérêts accordés au titre de l'article L. 1233-58 II.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

Régime de sanction applicable au PSE : une ambiguïté rédactionnelle levée par le Conseil constitutionnel

La solution

Ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 14 juin 2013, en adoptant les dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 1235-11, le législateur a entendu attacher les mêmes conséquences au défaut de respect des dispositions relatives au plan de sauvegarde de l'emploi prévues à l'article L. 1235-10, tant en cas de nullité du licenciement au sens du premier alinéa de cet article qu'en cas de nullité de la procédure de licenciement au sens de son deuxième alinéa. Les mesures prescrites à l'article L. 1235-11 s'appliquent ainsi dans ces deux hypothèses.

Cons. const., 7 septembre 2018, n° 2018-729 QPC, JO du 8 septembre

Le commentaire

Applicable dans les procédures de **licenciement avec PSE**, l'article **L. 1235-11** du Code du travail, réécrit par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, fixe les mesures que peut prendre le juge judiciaire lorsque la procédure de licenciement est nulle dans les cas prévus à l'article L. 1235-10. Ce dernier texte distingue **deux cas de nullité** en fonction du type de manquement commis par l'employeur : la nullité du **licenciement** et celle de la **procédure de licenciement**.

À l'appui d'une QPC, un employeur a récemment soutenu que cette **différence de terminologie** rendait incertaine l'application de la sanction de l'article L. 1235-11 dans les cas de nullité du licenciement. Tous les arguments soulevés ont toutefois été retoqués. Pour les Sages, la sanction prévue s'applique bien à l'ensemble des cas de nullité prévus à l'article L. 1235-10,

qu'il s'agisse des cas de nullité du licenciement ou de nullité de la procédure de licenciement.

DES TEXTES MÊLANT NULLITÉ DU LICENCIEMENT ET NULLITÉ DE LA PROCÉDURE

L'origine de la QPC provient d'une maladresse de rédaction des textes. L'article **L. 1235-10** du Code du travail envisage en effet **deux cas de nullité** :

– **son premier alinéa** prévoit la **nullité du licenciement** « intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue ». L'hypothèse visée est celle dans laquelle l'**employeur** s'est **soustrait à tout contrôle** administratif en ne demandant aucune homologation ou

validation du plan par le Direccte. C'est également le cas de l'employeur qui procède aux licenciements alors que l'administration a rendu une **décision de refus** de validation ou d'homologation ;

– le **second alinéa** prévoit la **nullité** de la **procédure de licenciement** « en cas d'annulation d'une décision de validation [...] ou d'homologation [...] en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi ». L'hypothèse est celle dans laquelle l'**employeur** s'est **soumis au contrôle** de l'administration et a obtenu l'homologation ou la validation du plan, mais cette **décision** a été **annulée** par le juge administratif, postérieurement aux licenciements, pour un motif tiré de l'absence ou **insuffisance** du **plan**.

Alors que le **législateur** a ainsi **opéré** une **distinction** en prévoyant, dans un cas, la **nullité du licenciement** lui-même (1^{er} alinéa) et, dans l'autre, la nullité de la seule **procédure** de licenciement (2^e alinéa), il n'a en revanche opéré **aucune différence** dans le **régime** de la **sanction** figurant à l'article **L. 1235-11**. En effet, ce texte prévoit que lorsque le juge judiciaire constate que le licenciement est intervenu « alors que la **procédure** de licenciement est nulle, **conformément** aux dispositions des **deux premiers alinéas** de l'article **L. 1235-10** », il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier. Si la réintégration est impossible ou si le salarié ne demande pas la poursuite du contrat, le juge lui octroie une **indemnité** qui ne peut être inférieure, depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, aux salaires des six derniers mois (12 derniers mois pour les licenciements prononcés avant le 24 septembre 2017).

UNE SOURCE D'INCERTITUDE

Pour l'auteur de la QPC, l'article L. 1235-11, qui prévoit de s'appliquer lorsque la **procédure** de licenciement est nulle, ne permettrait finalement pas de déterminer si, **malgré** le **renvoi** aux **deux premiers alinéas** de l'article L. 1235-10, la sanction qu'il édicte s'applique aussi au cas de la nullité du licenciement pour absence ou refus de validation/homologation.

Cette **incertitude** empêchant les entreprises d'anticiper la **sanction** et notamment de provisionner le montant de l'indemnité due en cas d'irrégularité, serait contraire à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et traduirait une méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence, de nature à affecter la liberté d'entreprendre et le droit de propriété.

DES CONSÉQUENCES IDENTIQUES VOULUES PAR LE LÉGISLATEUR

Pour rejeter la QPC, le **Conseil constitutionnel** confirme que la **sanction** prévue par l'article L. 1235-11 s'applique bien aux **deux hypothèses de nullité** du licenciement (absence ou refus de validation/homologation) et de nullité de la procédure de licenciement (annulation de la décision du Direccte pour absence ou insuffisance du PSE).

La décision se réfère ainsi aux **travaux préparatoires** de la **loi de sécurisation de l'emploi** du 14 juin 2013 dont sont issues les dispositions litigieuses, pour affirmer que « le législateur a entendu attacher les mêmes conséquences au défaut de respect des dispositions relatives au plan de sauvegarde de l'emploi prévues à l'article L. 1235-10, tant en cas de nullité du licenciement au sens du premier alinéa de cet article qu'en cas de nullité de la procédure de licenciement au sens de son deuxième alinéa. Les mesures prescrites à l'article L. 1235-11 s'appliquent ainsi dans ces deux hypothèses ».

Le Conseil constitutionnel ajoute sur ce point qu'il n'y a là **aucune rupture du principe d'égalité** devant la loi, alors que l'auteur de la QPC avait fait valoir qu'un employeur s'étant volontairement soustrait à la procédure de contrôle du Direccte est finalement sanctionné de la même façon que celui qui s'est soumis à ce contrôle et a recueilli une décision d'homologation/validation ensuite annulée par le juge administratif. Selon les Sages, le **principe d'égalité n'oblige pas le législateur** « à **traiter différemment** des personnes se trouvant dans des **situations différentes** ». Le législateur a donc pu prévoir « les mêmes conséquences indemnitaires dans les deux cas de nullité définis à l'article L. 1235-10 ».

Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, refusé de se prononcer sur le caractère excessif ou non de l'indemnité de 12 mois (ramenée actuellement à six mois), au regard du principe de proportionnalité et d'individualisation des peines. Un tel contrôle suppose, en effet, que l'indemnité ait le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la DDHC. Or, d'après les Sages, cette indemnité vise seulement « à assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la nullité de son licenciement » et ne constitue donc pas une sanction ayant le caractère d'une punition.

Les dispositions contestées de l'article L. 1235-11 sont donc déclarées conformes à la Constitution.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :
liaisons-sociales.fr

Annulation de la décision du Direccte

Conséquence d'un vice de motivation de la décision d'homologation du Direccte

Le plan de sauvegarde de l'emploi ayant été homologué par l'autorité administrative le 27 novembre 2013 et le licenciement notifié le 2 janvier 2014, il en résultait que la procédure de licenciement avait été engagée antérieurement à la publication de la loi du 6 août 2015 [JO 7 août], de sorte qu'il ne pouvait être fait application de ses dispositions relatives à l'annulation d'une décision d'homologation en raison d'une insuffisance de motif.

Cass. soc., 9 janvier 2019, n° 17-22.101 F-D

Depuis la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015, l'annulation d'une décision de validation/homologation en raison d'une simple insuffisance de motivation n'ouvre plus droit à l'indemnité d'au moins six mois de salaire et ce, dès lors que le Direccte a pris une nouvelle décision suffisamment motivée dans les 15 jours (*C. trav., art. L. 1235-16*). Attention rappelle cet arrêt, l'indemnité reste due pour les procédures engagées avant la publication de cette loi et *a fortiori* lorsque la décision annulée et les licenciements sont antérieurs à cette date.

Compétence du juge prud'homal

Entreprises de moins de 50 salariés: le juge judiciaire est compétent pour se prononcer sur le contenu d'un PSE mis en place à titre volontaire

La cour d'appel ayant retenu que les licenciements pour motif économique concernaient vingt-trois salariés dans une entreprise de moins de cinquante salariés et que si la société avait entendu se soumettre volontairement à l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, elle n'avait pas à répondre aux exigences de l'article L. 1233-57-1 du Code du travail concernant la validation du plan par la Direccte, a décidé à bon droit que le juge administratif n'était pas compétent pour connaître des litiges relatifs à ce plan.

Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-17.475 FS-D

Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, les litiges portant sur le contenu du PSE relèvent exclusivement de la compétence du juge administratif et ils doivent être présentés à l'occasion de la contestation de la décision de validation ou d'homologation du Direccte (*C. trav., art. L. 1235-7-1*). La compétence du juge judiciaire en la matière est donc par principe écartée. Comme le confirme cet arrêt, ce **bloc de compétence administrative** ne vaut toutefois qu'à l'égard des entreprises **légalement tenues** à l'obligation d'établir un PSE, c'est-à-dire les entreprises d'au moins 50 salariés (*C. trav., art. L. 1233-61*). En effet, lorsqu'une entreprise n'atteignant pas ce seuil décide malgré tout de mettre en place volontairement un PSE, elle n'a pas à le soumettre au Direccte pour validation ou homologation, ces formalités n'étant prescrites que dans les entreprises d'au moins 50 salariés (*v. C. trav., art. L. 1233-24-1; C. trav., art. L. 1233-57-1* inséré dans une section intitulée « intervention de l'autorité administrative concernant les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi »). En conséquence, en cas de PSE

volontaire, le contenu du plan peut être contesté devant le juge judiciaire. En l'espèce, comme le relève l'arrêt, l'entreprise comptant moins de 50 salariés envisageait de procéder à 23 licenciements économiques. Elle avait élaboré un PSE par accord collectif, lequel avait été « homologué » par le Direccte. La Haute juridiction approuve les juges du fond ayant décidé que l'employeur n'avait pas à se soumettre aux exigences de l'article L. 1233-57-1 du Code du travail concernant la validation par le Direccte. Faute pour le Direccte d'avoir compétence pour homologuer le plan qui lui avait été soumis, le juge administratif ne pouvait donc être compétent pour examiner les litiges afférents à ce plan (en l'occurrence, le litige portait sur le caractère discriminatoire d'une de ses clauses).

Ordre des licenciements

Le critère des qualités professionnelles ne peut pas être occulté par le document unilatéral fixant le contenu du PSE

La décision d'homologation du PSE, lequel a occulté le critère des qualités professionnelles en lui substituant un critère relatif à l'ancienneté des salariés, au demeurant déjà pris en compte, est entachée d'erreur de droit, sans que n'ait d'incidence à cet égard, ni la circonstance selon laquelle les élus du comité d'entreprise auraient donné leur accord à la prise en compte des critères retenus lors de la réunion du comité, ni celle selon laquelle les critères d'ancienneté et d'expérience professionnelle (ce dernier critère étant lui-même remplacé par un critère de l'ancienneté) représentent une pondération de seulement 37 % de l'ensemble des critères, dès lors qu'ainsi qu'en dispose l'article L. 1233-5 du Code du travail, si les critères peuvent être pondérés, aucun des quatre critères prévus par cet article ne peut être occulté.

CAA Bordeaux, 12 octobre 2018, n° 18BX02692

Lorsque le PSE est fixé par un document unilatéral, l'employeur doit respecter les règles relatives aux critères d'ordre, fixées à l'article L. 1233-5 du Code du travail. Ces critères prennent en compte : les charges de famille, l'ancienneté, la situation des salariés présentant des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, et les qualités professionnelles appréciées par catégorie. Si l'employeur peut privilégier l'un de ces quatre critères, il doit toutefois veiller à tenir compte de l'ensemble des autres critères, sauf s'il est établi de manière certaine 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 licenciements » (*CE, 1^{er} février 2017, n° 387886*). Situation particulière qu'il faut malgré tout caractériser, rappelle la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans cet arrêt.

En l'espèce, c'est le critère des qualités professionnelles qui n'avait pas été pris en compte par l'employeur. Celui-ci avait en effet pondéré ce critère en référence à l'ancienneté, « compte tenu du climat tendu de l'entreprise qui rendait impossible une évaluation impartiale des salariés ». Ce qui équivalait à une absence de prise en compte du critère pour la cour administrative d'ap-

pel. Or, l'entreprise n'était pas placée dans une situation particulière lui permettant de neutraliser ce critère d'ordre, puisqu'« à supposer admise l'absence de document d'évaluation pour l'ensemble des salariés de la société, il [ressortait] des pièces du dossier que d'autres éléments auraient permis de prendre en compte le critère des qualités professionnelles ». La décision d'homologation de la Direccte a donc été annulée.

Catégories professionnelles

Appréciation du juge sur les catégories professionnelles retenues dans le document unilatéral

Il appartient à l'administration, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document qui fixe les catégories professionnelles mentionnées au 4° de l'article L. 1233-24-2, de s'assurer, au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis, notamment des échanges avec les représentants du personnel au cours de la procédure d'information et de consultation ainsi que des justifications qu'il appartient à l'employeur de fournir, que ces 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.

CAA Versailles, 27 novembre 2018, n° 18VE03119

Le Conseil d'État a déjà précisé que pour se prononcer sur le découpage des catégories professionnelles retenu dans le document unilatéral qui lui est soumis pour homologation, l'administration doit tenir compte « de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis, notamment des échanges avec les représentants du personnel au cours de la procédure d'information et de consultation ainsi que des justifications qu'il appartient à l'employeur de fournir » (CE, 7 février 2018, n° 407718). Il appartient donc à la Direccte, et, *in fine*, au juge éventuellement saisi, d'examiner la situation en tenant compte du contenu des échanges menés sur le sujet entre l'employeur et les représentants du personnel durant la phase d'élaboration du PSE.

En l'espèce, le comité d'entreprise contestait la décision d'homologation au motif que le découpage opéré par l'employeur reposait sur un système de classification interne lié à la rémunération, et non sur l'exercice de fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune. La cour administrative d'appel a malgré tout validé le découpage des catégories professionnelles et la décision d'homologation. Pour cela, elle s'est notamment fondée sur les justifications qui avaient été apportées par l'employeur, au moment de la discussion du PSE, devant une commission *ad hoc* composée de représentants du personnel.

Selon Stéphane Brotons, président de chambre à la Cour administrative d'appel de Versailles, « cet arrêt montre que le moyen tiré de l'irrégularité de la définition des catégories professionnelles n'a pas le caractère « automatique » que l'on a pu dénoncer et que le juge, sensible aux différentes étapes de la consultation et de la discussion entre partenaires sociaux, comme à l'évolution de l'argumentation des parties, sait en faire une application ponctuelle et mesurée » (Semaine sociale Lamy n° 1845 du 21 janvier 2019).

Plan de départs volontaires

La nullité du PDV entraîne celle des conventions individuelles de rupture

Il résulte de l'article L. 1235-10 du Code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, que la nullité qui affecte un plan de départs volontaires ne répondant pas aux exigences légales, s'étend à tous les actes subséquents. En particulier, la convention de rupture du contrat de travail consécutive à un départ volontaire lorsqu'il a une cause économique et s'inscrit dans un processus de réduction des effectifs, exclusif de tout licenciement, donnant lieu à l'établissement de ce plan, est elle-même nulle, peu important que les salariés n'aient pas été parties ou représentés à l'action en nullité dudit plan.

Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-16.869 FS-PB

La Cour de cassation confirme, tout en la précisant, une jurisprudence rendue sous l'empire des dispositions applicables au PSE avant la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Il a en effet déjà été posé pour principe que lorsque le juge judiciaire conclut à la nullité du PDV intégré à un PSE, cette nullité s'étend à tous les actes subséquents. Ce qui inclut donc les conventions de rupture amiable conclues avec les salariés. Dès lors que ces conventions ont une cause économique et s'inscrivent dans le cadre du processus de réduction des effectifs visé par le plan, elles sont considérées comme des actes subséquents et encourent donc l'annulation (Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-26.414 PB). L'arrêt du 17 octobre 2018, qui concernait également un PDV intégré à un PSE conclu avant la loi du 14 juin 2013, ajoute que :

- le principe selon lequel la nullité s'étend aux conventions de rupture des contrats s'applique aussi dans l'hypothèse où le plan prévoit exclusivement des départs volontaires, sans qu'aucun licenciement ne soit susceptible d'être prononcé ;
- les salariés peuvent invoquer la nullité des conventions de rupture amiable même s'ils n'ont pas pris part à l'action en annulation du PDV.

En l'occurrence, dans le cadre d'une action menée par un comité d'établissement, le PDV intégré au PSE avait été annulé par le TGI au motif que son volet relatif aux mesures de reclassement externe était insuffisant. Les salariés ont à leur tour saisi le conseil de prud'hommes en invoquant la nullité des conventions de rupture amiable qu'ils avaient signées, afin d'obtenir des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ils ont obtenu gain de cause en appel, puis devant la Cour de cassation : l'annulation du PDV « avait pour conséquence de priver de toute cause le départ volontaire des salariés qui en constituait un acte subséquent », de sorte que cette nullité « entraînait celle des conventions de rupture qui lui étaient rattachées ».

On notera que depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le contrôle de la régularité du PDV intégré au PSE a été confié au Direccte et le contentieux dépend du juge administratif. La nullité des conventions individuelles de rupture devrait logiquement s'appliquer dans les cas, prévus par l'article L. 1235-10 du Code du travail, d'annulation de la décision d'homologation/validation du Direccte ou d'absence de saisine de l'autorité administrative. Reste à voir si cette sanction pourrait également être retenue en cas de contestation de la décision de validation d'un accord de rupture conventionnelle collective.