

Jurisprudence Sociale Lamy, N° 486, 22 novembre 2019

- Quel juge pour quel litige ?

Philippe Pacotte

Avocat associé, Delsol Avocats

Raphaëlle Leroy

Avocat, Delsol Avocats

• CSE : les précisions sur la notion d'établissement distinct et la compétence du juge judiciaire

Tribunal d'instance - Compétence - Compétence matérielle - Élections professionnelles - Comité social et économique - Nombre et périmètre des établissements distincts - Recours contre la décision de l'autorité administrative - Office du juge - Détermination - Portée

Cass. soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, arrêt n° 1883 FS-P+B+R+I

La Cour de cassation vient préciser la notion d'établissement distinct en cas de fixation de leur nombre et de leur périmètre unilatéralement par l'employeur. Elle revient également sur l'étendue de la compétence du juge judiciaire.

• L'établissement distinct et la compétence du juge judiciaire

En application des dispositions des articles L. 2313-2 et L. 2313-3 du Code du travail, le nombre et le périmètre des établissements peut être défini par un accord d'entreprise conclu avec les organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections du CSE. À défaut d'un tel accord et de délégué syndical, un accord peut être conclu entre l'employeur et la majorité des élus titulaires du CSE. Enfin, à défaut d'accord, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts unilatéralement en tenant compte « de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel. » (1)

Cette décision doit être portée à la connaissance de chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise et ayant constitué une section syndicale. Si des négociations infructueuses ont eu lieu avec le CSE, l'employeur doit l'informer de sa décision. Ces derniers peuvent, dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle ils en ont été informés, contester la décision de l'employeur devant la Direccte (2). La décision de la Direccte intervient dans un délai de 2 mois suivant la réception de la contestation. Cette décision peut être contestée devant le tribunal judiciaire dans les 15 jours de sa notification, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. Ce dernier statue dans les 10 jours.

La compétence du juge judiciaire était en cause dans la présente affaire. La Cour de cassation clôt tout débat sur cette dernière en considérant que le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les décisions administratives aussi bien sur leur légalité interne que leur légalité externe.

Cette décision apparaît en conformité avec les dispositions de l'article L. 2313-5 du Code du travail qui attribue sans réserve cette compétence au juge judiciaire.

Deux types de situation peuvent être rencontrés par le juge judiciaire :

si le juge judiciaire est saisi d'un recours contre une décision administrative qu'il estime fondée, il lui suffit de rejeter la demande portée devant lui sans avoir besoin de fixer le nombre et le périmètre des établissements. Cette solution ressortait déjà d'une décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2016 (3) ;

a contrario, dans l'hypothèse où le juge judiciaire considère la décision administrative comme infondée, doit-il renvoyer l'affaire devant la DIRECCTE ou doit-il fixer lui-même le périmètre et le nombre d'établissements distincts ? La Cour de cassation ne s'était pas prononcée sur cette question. Elle précise que le juge judiciaire statue à nouveau par une décision qui se substitue à celle de l'autorité administrative.

En d'autres termes, le juge judiciaire apprécie et applique les critères de l'établissement distinct.

• La caractérisation d'un établissement distinct

L'article L. 2313-4 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 prévoit qu'en l'absence d'accord, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel. L'autonomie de gestion est devenue le critère unique d'appréciation de l'existence d'un établissement distinct.

La Cour de cassation ne s'était pas encore prononcée sur la notion « d'autonomie de gestion » depuis la mise en place du CSE. C'est chose faite. Un établissement distinct est caractérisé dès lors que l'étendue des pouvoirs détenus par le chef d'établissement caractérise une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service.

L'accent est mis sur l'outil RH avec la gestion du personnel mais également sur l'aspect économique concernant l'exécution du service au sein de l'établissement.

La première clef consiste donc à analyser l'étendue de la délégation du chef d'établissement avant de s'assurer qu'elle confère une autonomie de gestion.

En l'espèce, la Cour de cassation a considéré que le tribunal d'instance avait bien recherché les éléments permettant de vérifier le critère d'autonomie de gestion au sein des 3 EPIC et écarte le critère de la nécessité d'une représentation de proximité qu'invoquait l'organisation syndicale.

Auparavant le contentieux de la caractérisation de l'établissement distinct revenait au juge administratif. Le Conseil d'État avait dégagé trois critères : une implantation géographique distincte, une certaine stabilité dans le temps et un degré d'autonomie suffisant (4).

Ce troisième critère était prépondérant. Il est très proche de l'autonomie de gestion retenu par le Code du travail et la Cour de cassation. Ainsi, comme l'explique la Cour de cassation dans sa note explicative relative à la présente décision, « la jurisprudence du Conseil d'État s'attachait essentiellement à vérifier les pouvoirs consentis au responsable de l'établissement et l'autonomie de décision dont il pouvait disposer pour que le fonctionnement normal des comités d'établissement puisse être assuré à son niveau, pouvoirs qui devaient être caractérisés en matière de gestion du personnel et d'exécution

du service ».

Partant de ce postulat, les décisions du Conseil d'État relatives à l'existence ou non d'un degré d'autonomie suffisant au sein d'un établissement semblent transposables à l'appréciation de l'existence d'un établissement distinct dans le cadre de la mise en place du CSE.

• PSE : de quel juge relève le respect de l'obligation individuelle de reclassement ?

Séparation des pouvoirs - Compétence judiciaire - Domaine d'application - Licenciement économique - Reclassement - Obligation de l'employeur - Contrôle - Office du juge judiciaire - Limites - Détermination - Portée

Cass. soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.766, arrêt n° 1668 FS-P+B+R+I

Aux termes de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail, le juge judiciaire est compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement. Cependant, il ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par le Direccte qui a homologué le document élaboré par l'employeur et fixant le contenu du plan de reclassement intégré dans le plan de sauvegarde de l'emploi.

Au visa de l'article L. 1235-7 Code du travail, et l'ensemble des lois des 16-24 août 1790, du décret du 16 Fructidor an III et du principe de la séparation des pouvoirs, la Chambre sociale précise, pour la première fois, de manière particulièrement limpide : « *qu'en statuant ainsi, sur le fondement d'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, la cour d'appel a violé les textes et principes susvisés.* »

Pour parvenir à cette solution, la Cour de cassation raisonne en plusieurs temps : elle rappelle tout d'abord qu'il existe un bloc de compétence administrative sur toutes les questions liées à l'élaboration d'un plan de restructuration : en effet, aux termes de l'article L. 1235-7-1, 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.

Fort de ce rappel de la volonté du législateur, issue de la loi de sécurisation de l'emploi 2013-504 du 14 juin 2013, de confier à l'administration le contrôle des PSE, la Chambre sociale précise le périmètre de compétence du juge judiciaire. Ainsi, elle affirme que « *si le 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.* »

Enfin, elle apprécie la motivation adoptée par la Cour d'appel de Douai, et censure le fait que la cour d'appel se soit fondée à la fois sur l'absence de recherche individualisée de reclassement et sur l'insuffisance du contenu du plan, les magistrats du second degré ayant considéré que « *tant en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que de l'absence de recherche individualisée, sérieuse et loyale de reclassement les licenciements doivent être jugés sans cause réelle et sérieuse* ». En effet, pour la Cour de cassation, la condamnation de l'employeur sur le fondement d'une insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi contrevient nécessairement au principe de séparation des pouvoirs et d'autorité de la chose décidée.

Dès lors, la limite posée au contrôle judiciaire en matière de reclassement est-elle clairement posée.

• Une nécessaire clarification de la répartition des compétences

Ainsi que le rappelle la note explicative de la Cour de cassation élaborée à l'occasion de cette décision, depuis la loi LSE du 14 juin 2013, et le transfert de compétences du contrôle des grands licenciements collectifs à l'administration, « *le contentieux de la validité et de la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi, établi en application de l'article L. 1233-58 du Code du travail, qui relevait naguère des juridictions judiciaires, ressort désormais de la compétence de la juridiction administrative.* »

En application de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail, le législateur a donc instauré un bloc de compétences au profit exclusif des juridictions administratives pour les contestations relatives à l'élaboration des plans de sauvegarde de l'emploi.

Ainsi, cette compétence exclusive des juridictions administratives pour les litiges élevés à l'occasion de l'élaboration de la mise en œuvre d'un projet grand licenciement collectif pour motif économique avait déjà été tranchée à l'occasion du contentieux de la communication des pièces demandées par l'expert-comptable à l'employeur dans le cadre de la procédure d'information consultation du comité d'entreprise (Cass. soc., 28 mars 2018, n° 15-21.372). Dans cette décision, la cour rappelle que le litige relatif au refus de communication par l'employeur des pièces sollicitées par l'expert-comptable relève soit du pouvoir d'injonction prévu par l'article L. 1233-57-5, soit après la décision d'homologation ou de validation du plan, de la compétence du juge administratif conformément à l'article L. 1235-7-1, selon lequel le contrôle de la régularité de la procédure de licenciement collectif relève de la compétence administrative.

Toutefois, en matière de reclassement, le juge judiciaire prud'homal reste compétent de manière résiduelle pour apprécier les mesures de mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi et parmi celles-ci, le respect de l'obligation individuelle de reclassement. Il convient de rappeler que cette obligation est encadrée par les dispositions de l'article L. 1233-4, lequel dispose que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation des activités, le lieu d'exploitation assure la permutation de tout ou partie du personnel.

Cet article précise également que le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

Enfin, l'employeur doit adresser de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuser par tous moyens une liste de postes disponibles à l'ensemble des salariés dans les conditions précisées par décret. Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises.

Ainsi, le Code du travail pose les critères permettant au juge judiciaire de pouvoir apprécier le respect par l'employeur de son obligation individuelle de reclassement, étant précisé que la recherche qu'il doit conduire doit être loyale. À ce titre, il appartient à l'employeur, même lorsqu'un plan social est établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement prévu ou non dans le plan social au sein du groupe (Cass. soc., 14 janv. 2004, n° 02-46.678).

Ainsi, en l'état des termes du débat, ainsi que le souligne la note explicative, la question de la répartition des compétences juridictionnelles sur le contrôle du respect de l'obligation de reclassement « *laisait inévitablement subsister des incertitudes et faisait émerger des questions de frontières.* »

En effet, il convient de noter que, s'agissant du contrôle administratif de l'obligation de reclassement, l'article L. 1257-3 du Code du travail subordonne la décision d'homologation à la vérification notamment du respect des articles L. 1233-61 à L. 1233-63, dispositions qui prescrivent de prévoir dans le PSE des

mesures propres à éviter les licenciements ou en réduire le nombre, et à ce titre, des mesures de reclassement interne. En outre, le même article précise que le contrôle opéré par l'administration doit être réalisé en considération des moyens dont dispose l'entreprise, l'unité économique et sociale ou le groupe. Pour le Conseil d'État, il appartient bien à l'autorité administrative de contrôler que le plan de reclassement est susceptible de faciliter le reclassement des salariés et que par voie de conséquence, l'employeur identifie dans le plan toutes les possibilités de reclassement existantes dans l'entreprise, et le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel il appartient (CE, 22 juill. 2015, n° 38.3481).

En outre il convient également de rappeler que dans le cas de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur consulte le CSE sur le projet de licenciement collectif, ce dernier devant comprendre les mesures d'accompagnement prévues dans le plan de reclassement. Or, la régularité de la procédure d'information et de consultation relève du contrôle administratif et, par voie de conséquence, des juridictions administratives.

Ainsi, s'agissant de l'obligation de reclassement et même si l'on comprend bien que le contentieux du respect de l'obligation individuelle de reclassement appartient au judiciaire alors que le contentieux des mesures figurant dans le plan de reclassement, relevant de la conception collective de l'obligation de reclassement, relève du juge administratif, il n'en demeure pas moins que des zones de frottement existaient, et notamment celles de la déclinaison de l'obligation de reclassement au sein de l'entreprise ou du groupe, ainsi que, au cas particulier, l'évocation de la forme associative de l'employeur dans le cadre du plan de reclassement pour exclure toute recherche de reclassement effective. Plus encore, alors même que la notion de groupe a été expressément évoquée dans le cadre du document unilatéral élaboré par l'administrateur judiciaire, aucune justification de démarche tendant à interroger les sociétés du groupe n'était produite par le liquidateur, aucune information relative au périmètre du groupe n'était donnée aux juges.

S'il est vrai que la motivation adoptée par la cour d'appel était ambiguë dans la mesure où elle a mêlé dans la même phrase l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi et l'absence de recherche individualisée de reclassement pour justifier le caractère illégitime du licenciement, la question de la prise en compte du périmètre du groupe ainsi que celle de l'exclusion expresse de toute possibilité de recherche de reclassement au regard de la forme juridique de l'employeur semblaient pouvoir légitimement être prises en compte par le juge prud'homal pour apprécier le respect de l'obligation individuelle de reclassement.

Ainsi que le relève la note explicative, le juge judiciaire peut-il, pour apprécier le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, se fonder sur ce qu'il estime être une insuffisance des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi relative au reclassement ? La réponse de la Cour de cassation est franche : non ! Quelles que soient les modalités du plan de sauvegarde de l'emploi, dès lors que ce dernier a fait l'objet d'une décision administrative, le juge judiciaire se trouve dans l'impossibilité d'invoquer la consistance du plan de sauvegarde en vertu du principe de séparation de pouvoir et d'autorité de la chose décidée.

• La portée de la décision

Tout d'abord, le visa de l'arrêt rendu par la Cour de cassation mérite qu'on s'y attarde. En effet, la Cour de cassation s'est prononcée sur le fondement de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail, ensemble la loi du 16-24 août 1790, le décret du 16 Fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs.

Or, le sens du mot ensemble doit être relevé dans la mesure où il signifie que seul le premier texte constitue le fondement direct de la cassation pour violation de la loi, tandis que le second « *apparaît nécessaire dans la situation particulière* » (JF Weber, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendue en matière civile*, BICC, n° 702, 15 mai 2009).

En d'autres termes c'est bien au regard du bloc de compétences institué par la loi du 14 juin 2013 que la solution a été rendue au cas particulier. Ainsi, le contrôle de la consistance du plan de reclassement, et notamment des principes arrêtés par le plan et gouvernant la démarche menée en matière de reclassement interne, relève de manière clairement établie de la justice administrative. Est-ce à dire que les dispositions d'un plan de sauvegarde de l'emploi, homologuée par l'autorité administrative, écartant toute possibilité de reclassement interne, lie le juge judiciaire ? La question n'est pas tranchée.

Ensuite, la portée de cette décision doit-elle se limiter à la répartition des compétences administratives et judiciaires au regard de l'obligation de reclassement ? La réponse est vraisemblablement négative. En effet, on peut d'abord rappeler l'arrêt de la Chambre sociale du 28 mars 2018 relative au refus de communication par l'employeur des pièces sollicitées par l'expert-comptable dans le cadre de la procédure d'information et de consultation sur le PSE (Cass. soc., 28 mars 2018, préc.).

On peut également évoquer, pour apprécier la portée de l'arrêt du 21 novembre 2018, la jurisprudence actuellement fluctuante sur la question du juge compétent pour trancher le litige relatif aux conséquences d'une restructuration sur la santé et sécurité des salariés de l'entreprise.

En d'autres termes, quand un plan de licenciement collectif pour motif économique est susceptible d'entraîner des risques psychosociaux ou de caractériser un manquement à l'obligation de sécurité incombant à l'employeur, le litige doit-t-il être tranché par le juge prud'homal au juge administratif ? Différentes décisions abondent dans les deux sens, la Cour d'appel de Versailles ayant rendu un arrêt le 27 juillet 2017, précisant que l'autorité administrative n'a pas le pouvoir de statuer sur cette problématique sauf dans le cas où l'objectif poursuivi pas les demandeurs ne viserait au fond qu'à remettre en cause l'accord validé par la Direccte et obtenir la reprise de la procédure de consultation (CA Versailles, 27 juill. 2017, n° 17/02461).

Enfin, on peut relever une décision de la Cour d'appel de Versailles, selon laquelle le juge judiciaire ne peut suspendre un PSE validé par la Direccte au motif d'un défaut de consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, cette difficulté devant être appréciée par le seul juge administratif (CA Versailles, 12 juill. 2018, n° 18/040 69).

Ainsi, gageons que les occasions d'évoquer la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif seront encore nombreuses...

(1) C. trav., art. L. 2313-4.

(2) C. trav., art. L. 2313-5.

(3) Cass. soc., 28 sept. 2016, n° 16-60.052.

(4) CE, 29 juin 1973, n° 77982 et CE, 27 mars 1996, n° 155791.