

## Jurisprudence Sociale Lamy, N° 448, 1er mars 2018

## - Critères d'ordre de licenciement et contrôle de la DIRECCTE

Mise à jour

Philippe Pacotte

Avocat associé Cabinet Delsol

Julie Layat-Le Bourhis

Avocat Cabinet Delsol

[ CE, 22 déc. 2017, n° 400649 ]

#### Les faits

La SAS Avaya France a saisi la DIRECCTE d'Ile-de-France pour homologation d'un document unilatéral élaboré sur le fondement des dispositions de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail et portant sur un projet de licenciement pour motif économique collectif.

Par décision du 16 juillet 2015, la DIRECCTE d'Ile de France a prononcé l'homologation du document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre de ce projet.

Le comité d'entreprise de la société Avaya France a demandé l'annulation de cette décision.

#### Les demandes et argumentations

Par jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2015, le tribunal administratif a annulé cette décision d'homologation de la DIRECCTE.

Par arrêt du 14 avril 2016, la cour administrative d'appel a rejeté l'appel formé par la société Avaya France contre ce jugement.

La société Avaya France a formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour administrative d'appel.

À l'appui de sa demande d'annulation de la décision d'homologation, le comité d'entreprise soutenait que la décision était entachée d'une erreur de droit au regard de l'article L. 1233-5 du Code du travail faute de prise en compte du critère d'appréciation des qualités professionnelles, légalement obligatoire.

La société Avaya France faisait valoir que :

le comité d'entreprise avait suggéré « *d'attribuer un point à tous les salariés au titre du critère d'ordre professionnel en raison du défaut d'homogénéité, d'objectivité et de vérifiabilité du dispositif d'évaluation annuelle de la performance individuelle* » ;  
en réponse, l'employeur avait proposé « *plus simplement d'annuler ce critère de performance, et de répartir les 10 % affectés aux critères sociaux : 5 % pour l'âge, 5 % pour les charges de famille* » ;  
le principe de faveur résultant de l'article L. 2251-1 du Code du travail aux termes duquel « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* » devait s'appliquer dès lors que le fait d'avoir écarté le critère des qualités professionnelles était plus favorable aux salariés.

#### La décision, son analyse et sa portée

Le Conseil d'État a rejeté le pourvoi considérant qu'il appartient à l'autorité administrative, saisie de la demande d'homologation de vérifier la conformité des critères déterminant l'ordre des licenciements et leur pondération aux dispositions législatives et conventionnelles applicables. La haute cour administrative précise que la position exprimée par le comité d'entreprise quant à l'absence de prise en compte du critère des qualités professionnelles, et l'acceptation de cette position par l'employeur ne pouvaient être regardés comme revêtant le caractère d'un accord collectif de travail au sens des dispositions de l'article L. 2251-1 du Code du travail. Enfin, les magistrats du Palais royal indiquent que le « principe de faveur » ne pouvait utilement faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 1233-5 du Code du travail, d'ordre public.

Le Conseil d'Etat confirme par cette décision sa jurisprudence relative aux dispositions des alinéas 1 à 7 de l'article L. 1233-5 du Code du travail. Selon ces dispositions :

« *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.*

*Ces critères prennent notamment en compte :*

*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.*

*L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article.*

[...] »

- **Obligation de prise en compte de tous les critères légaux, en l'absence de dispositions conventionnelles**

L'employeur doit respecter les règles relatives à l'ordre des licenciements, quelque soit le nombre envisagé de suppression ou de modification de postes, dès lors que cette suppression ou cette modification concerne un ou des salariés relevant de la même catégorie professionnelle. La notion de catégorie professionnelle est définie comme l'ensemble des salariés qui exercent dans l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (Cass. soc., 13 fév. 1997 n° 95-16648 ; Cass. soc., 3 mars 1998 n° 95-41610).

Les critères d'ordre résultent soit de la convention collective de branche soit d'un accord d'entreprise. À défaut, l'employeur doit appliquer l'ensemble des critères prévus par la loi. Ces critères ne constituent pas une liste limitative et l'employeur peut en privilégier certains. L'employeur peut ainsi pondérer les critères en leur appliquant un coefficient, sans pouvoir les neutraliser, ce que confirme le Conseil d'État dans le cas d'espèce (CE, 1<sup>er</sup> févr. 2017 n° 387886).

Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles l'employeur est dispensé d'appliquer les critères d'ordre de licenciement. Tel est le cas si le projet de licenciement concerne tous les postes d'une même catégorie professionnelle ou le seul poste d'une catégorie professionnelle (Cass. soc., 27 mai 1997 n° 95-42419 ; Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 00-45700), la cessation totale d'activité (Cass. soc., 5 fév. 2014, n° 1229703) ou lorsqu'une modification du contrat de travail pour motif économique est proposée à tous les salariés et que le projet de licenciement concernent tous ceux l'ayant refusée (Cass. soc., 28 oct. 2015 n° 14-17712).

- **L'étendue du contrôle de l'administration sur la définition et les modalités de mise en œuvre des critères déterminant l'ordre des licenciements**

Lorsque l'employeur a fixé le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi par un document élaboré unilatéralement, la DIRECCTE doit homologuer ce document, après avoir vérifié, notamment la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1<sup>o</sup> à 5<sup>o</sup> de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail.

Or, le point 2<sup>o</sup> de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail vise la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5.

Il appartient donc à la DIRECCTE de s'assurer que l'employeur a pris en compte l'ensemble des critères déterminant l'ordre de licenciement prévus par l'article L. 1233-5 du Code du travail, dès lors qu'il n'existe pas de dispositions conventionnelles applicables et ayant prévu d'autres critères.

Le non-respect de l'article L. 1233-5 du Code du travail entraîne ainsi le refus d'homologation de la DIRECCTE.

L'annulation d'une décision d'homologation est ainsi lourde de conséquence pour l'employeur dans la mesure où elle l'expose à un contentieux prud'homal. En effet, si l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique ne remet pas en cause le bien-fondé du licenciement, elle constitue une irrégularité qui entraîne pour le salarié un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue, par les juges du fond. (Cass. soc., 12 mars 2003 n° 98-44.682)

- **L'indifférence de l'accord des partenaires sociaux et l'inapplicabilité du principe de faveur**

La définition par l'employeur des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements doit faire l'objet de la consultation des représentants élus du personnel.

Dans la présente affaire, la société Avaya France faisait valoir que, dans le cadre de l'information et la consultation, (i) le comité d'entreprise avait demandé à neutraliser ce critère dans la mesure où il n'existait pas d'évaluation suffisamment fiable, et (ii) que l'accord de l'employeur sur cette proposition entraînait en réalité la reconnaissance d'un accord collectif au sens des dispositions de l'article L. 2251-1 du Code du travail.

L'article L. 2251-1 du Code du travail dispose que : « *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.* »

En invoquant l'existence d'un accord collectif, la société Avaya France entendait ainsi se prévaloir de l'application du principe de faveur applicable dans les rapports entre la loi et la convention collective.

Toutefois, à la date des faits examinés par l'arrêt, un accord avec les représentants du personnel, sauf domaine spécifique et/ou modalités dérogatoires de négociation, ne pouvait valoir accord collectif, et en tout état de cause, selon le Conseil d'État, « *le principe de faveur ne pouvait utilement faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 1233-5 du code du travail* » au regard de leur caractère d'ordre public.

- **Sur l'application impossible d'un critère d'ordre**

L'application de certains critères peut s'avérer difficile voir impossible. Tel est souvent le cas des qualités professionnelles car l'appréciation de ce critère dépend de la mise en place préalable d'un système d'évaluation fiable.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'autorité administrative ne saurait homologuer un document unilatéral n'appliquant pas l'ensemble des critères, « *sauf s'il est établi de manière certaine, dès l'élaboration du plan de sauvegarde, 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<sup>er</sup> févr. 2017 n° 387886).

Toutefois, dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que « *le fait que l'administrateur judiciaire de la société Aninov ne disposait, au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, ni de fiches de postes ni d'évaluation antérieures des salariés, ne l'empêchait pas de fixer tout de même, pour le critère des « qualifications professionnelles » un ou plusieurs éléments de pondération susceptibles d'être ultérieurement mis en œuvre.* »

L'impossibilité d'appliquer un critère pour déterminer l'ordre des licenciements ne sera vraisemblablement pas aisée à démontrer et l'employeur aura tout intérêt à faire son affaire des difficultés concrètes auxquelles il pourrait être confronté au stade de leur mise en œuvre, sauf à risquer le refus d'homologation par la DIRECCTE de son plan ou l'engagement d'une procédure contentieuse en annulation.

Si les nombreuses réformes intervenues ont permis de clarifier certaines problématiques liées aux critères déterminant l'ordre des licenciements, le contentieux n'en sera vraisemblablement pas moins réduit.

#### TEXTE DE L'ARRÊT (EXTRAITS)

Le comité d'entreprise de la société Avaya France a demandé au tribunal administratif de Cergy-Pontoise d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 16 juillet 2015 par laquelle le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France a

homologué le document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi de la société Avaya France. Par un jugement n° 1507946 du 1<sup>er</sup> décembre 2015, le tribunal administratif a annulé cette décision.

Par un arrêt n° 16Ve00282 du 14 avril 2016, la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté l'appel formé par la société Avaya France contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 juin, 13 juillet et 10 novembre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Avaya France demande au Conseil d'Etat :

d'annuler cet arrêt ;  
régulant l'affaire au fond, de faire droit à son appel.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que, par une décision du 16 juillet 2015, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France a homologué le plan de sauvegarde de l'emploi de la société Avaya France qui prévoyait, dans le cadre d'une réorganisation de l'activité de cette société, le licenciement de 31 des 117 salariés ; que, par un arrêt du 14 avril 2016, la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté l'appel formé par la société Avaya France contre le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 1<sup>er</sup> décembre 2015 qui avait annulé, sur demande du comité d'entreprise de la société, la décision du 16 juillet 2015, au motif que, le document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi ne prenant pas en compte le critère des qualités professionnelles pour définir l'ordre des licenciements, cette omission faisait obstacle à son homologation ; que la société Avaya France demande l'annulation de cet arrêt ;

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1233-24-2 du code du travail, relatif aux plans de sauvegarde de l'emploi, dans sa rédaction applicable à l'espèce : « L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63. / Il peut également porter sur : / (...) 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5 (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 1233-24-4 du même code : « a 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 » ; qu'enfin, l'article L. 1233-57-3 de ce code, dans sa rédaction alors applicable, dispose que : « 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 (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque les critères d'ordre des licenciements fixés dans un plan de sauvegarde de l'emploi figurent dans un document unilatéral élaboré par l'employeur sur le fondement de l'article L. 1233-24-4, il appartient à l'autorité administrative, saisie de la demande d'homologation de ce document, de vérifier la conformité de ces critères et de leurs règles de pondération aux dispositions législatives et conventionnelles applicables ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes 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 d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. / Ces critères prennent notamment en compte : / 1° Les charges de famille, en particulier celle 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. / L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article (...) » ; qu'il résulte de la lettre même de ces dispositions qu'en l'absence d'accord collectif ayant prévu d'autres critères, l'employeur qui procède à un licenciement collectif pour motif économique est tenu, pour déterminer l'ordre des licenciements, de prendre en compte l'ensemble des critères qui sont énumérés à l'article L. 1233-5 cité ci-dessus, y compris le critère des qualités professionnelles mentionné à son 4° ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'ainsi qu'il vient d'être dit, il résulte des termes mêmes de l'article L. 1233-5 du code du travail que la conclusion d'un accord collectif permet de déroger aux critères fixés à cet article pour fixer l'ordre des licenciements ; que, par suite, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'était sans incidence sur le litige l'invocation, par la société Avaya France des dispositions de l'article L. 2251-1 du même code aux termes desquelles : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public » ;

5. Considérant, en deuxième lieu, qu'en estimant que ni la position exprimée par le comité d'entreprise ni le choix effectué par l'employeur quant à l'absence de prise en compte du critère des qualités professionnelles ne pouvaient être regardés comme revêtant le caractère d'un accord collectif de travail au sens des dispositions de l'article L. 2251-1 du code du travail, la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis et n'a pas commis d'erreur de droit ;

6. Considérant, en troisième lieu, qu'en jugeant que le « principe de faveur » ne pouvait utilement faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 1233-5 du code du travail, la cour n'a pas davantage commis d'erreur de droit ; qu'eu égard à l'inopérance du moyen auquel elle répondait, elle n'a pas non plus insuffisamment motivé sa décision ;

7. Considérant, en quatrième lieu, qu'en jugeant que la méconnaissance, par le plan de sauvegarde de l'emploi, des dispositions de l'article L. 1233-5 du code du travail, était constitutive d'un manquement qui faisait obstacle, quelles qu'en soient les conséquences concrètes pour l'entreprise Avaya France, à ce que l'administration homologue le document fixant ce plan, la cour n'a pas non plus commis d'erreur de droit ;

8. Considérant, enfin, que la société Avaya France ne saurait utilement demander au juge de cassation de déroger, pour une annulation prononcée par un arrêt qu'il ne censure pas, au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi de la société Avaya France doit être rejeté ;

10. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Avaya France une somme de 3 000 euros à verser au comité d'entreprise de la société Avaya France, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : Le pourvoi de la société Avaya France est rejeté.

Article 2 : La société Avaya France versera au comité d'entreprise de la société Avaya France une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Avaya France et au comité d'entreprise de la société Avaya France.

Copie en sera adressée à la ministre du travail.