

1120

Les contrôles administratifs et judiciaires

Laurent MARQUET DE VASSELLOT,

*avocat associé, directeur général,
CMS Francis Lefebvre Avocats*

et

Arnaud MARTINON,

professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas



Dix ans après la loi de sécurisation de l'emploi, la présente étude se propose de dresser un bilan non-exhaustif des contrôles administratifs et judiciaires. La « récupération » du contentieux administratif des grands licenciements collectifs a conduit le juge administratif d'une part à faire évoluer le contentieux, d'autre part à bâtir un droit nouveau en raison d'obligations nouvelles pesant sur l'entreprise. Par ailleurs, le risque de conflits de compétence, anticipé par la loi, a suscité un contentieux abondant sur des sujets divers : du motif de licenciement jusqu'à l'environnement et la santé des salariés.

1 - Des contrôles. – Une analyse consacrée aux contrôles administratifs et judiciaires ne peut évidemment embrasser *tous* les contrôles. La présente démarche est sensiblement différente ; elle s'inscrit dans une volonté de dresser un bilan de la loi de sécurisation de l'emploi et de celles qui lui ont succédé : l'objectif est de mettre côte à côte les contentieux pour rechercher dans quelle mesure l'introduction du contrôle administratif a ou non transformé les contrôles des licenciements pour motif économique. L'entrée dans la danse de l'Administration fut l'une des grandes idées de la loi de sécurisation de l'emploi. Il convient de rappeler les raisons du changement.

2 - L'ANI du 11 janvier 2013, puis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, ont trouvé leur justification dans quelques griefs patronaux adressés au contentieux judiciaire l'accusant de plusieurs maux : accusé d'abord de rendre excessivement longue la durée des procédures de licenciement en raison des saisines systématiques en référé du juge judiciaire ; accusé ensuite de complexifier les réintégrations des salariés à la suite d'une insuffisance du plan social, la nullité étant constatée tellement tard que la réintégration des salariés était le plus souvent impossible ; accusé enfin de méconnaître quelques réalités économiques. L'Administration, dotée d'une double qualité – la connaissance de l'entreprise d'une part, sa capacité de dialogue d'autre part – devait permettre de sortir de l'insécurité des licenciements collectifs pour motif économique. Sans épouser de telles accusations, on se contentera de relever que la procédure nouvelle a été pensée pour sécuriser les licenciements : un dialogue s'instaure entre l'Administration, l'entreprise et les représentants du personnel ; il

visait à amender le projet de plan de sauvegarde de l'emploi avant que ne vienne le temps de la validation ou de l'homologation. Même si la décision de l'Administration demeure exposée au risque d'annulation par le juge administratif, il ne fait pas de doute que le temps des contentieux a été contracté.

3 - Des licenciements. – Le renouveau du droit des licenciements pour motif économique concerne essentiellement ceux que l'on nomme les « grands » licenciements. L'enjeu des « petits licenciements » – c'est-à-dire ceux qui ne donnent pas lieu à l'établissement d'un PSE – est loin d'être négligeable : la DARES relevait au 3^e trimestre 2022 que le nombre de procédures de licenciement collectif pour motif économique hors PSE s'établissait à plus de 1 800 et que, sur 1 an, ces procédures étaient en augmentation de 50 %. C'est dire que le sujet est socialement et économiquement important. En revanche, juridiquement, il sera exclu de l'analyse car, à l'aune des contentieux, ce type de licenciements n'a pas vraiment subi d'évolution.

4 - Bilan. – Reste alors à faire un bilan des contrôles administratifs et judiciaires des grands licenciements. Deux phénomènes doivent être observés : le premier est un renouvellement des contrôles car l'intervention de l'Administration a renouvelé le droit des « grands licenciements » collectifs (1). Le second est aussi lié à la mobilisation du contrôle administratif : il n'est pas rare que les contrôles administratifs et judiciaires se croisent de sorte qu'il a fallu dénouer les risques de conflits de compétence (2).

1. Le renouvellement des contrôles

5 - Continuité. – Il y a dans le droit nouveau un mouvement de continuité : l'Administration et le juge administratif s'approprient des solutions construites par le juge judiciaire. Les situations dans

Ndlr : L'étude est issue de l'intervention de l'auteur au colloque organisé par le Laboratoire de droit social de l'université Paris-Panthéon-Assas le 31 mars 2023 au Collège des Bernardins, sur le thème « Le Licenciement pour motif économique – 10 ans après la loi de sécurisation de l'emploi ».

lesquelles la jurisprudence du juge judiciaire a été importée dans le contentieux administratif en raison d'un glissement des compétences ne sont pas rares. Ces situations appellent peu de commentaires.

6 - Évolution. – Le mouvement contraire est plus intéressant. L'évolution s'explique d'abord en raison d'une approche différente par le juge administratif des questions tranchées hier par le juge judiciaire ; le contentieux administratif rénove (A). L'évolution relève aussi de la construction car le juge administratif s'est efforcé de bâtir, à partir de nouveaux instruments et d'obligations nouvelles, un droit nouveau du licenciement pour motif économique (B).

A. - La rénovation

7 - On entend par « *rénovation* » l'approche différente du juge administratif. Le matériau de base est le même, en ce sens que les obligations de l'employeur sont identiques : aujourd'hui comme hier ce dernier doit informer et consulter les représentants du personnel ; aujourd'hui comme hier, il doit élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi qui réponde à des conditions exigeantes. Mais aujourd'hui, à la différence d'hier, le traitement est différent. Cela peut s'expliquer principalement par deux raisons : l'une est liée à la technique ; l'autre relève de la logique.

8 - La technique. – Les juges judiciaire et administratif ne se voient pas assigner une même mission : là où le premier est parfois juge des responsabilités encourues par des personnes privées, le second est juge de la légalité d'un acte réglementaire. Cette différence d'approche est particulièrement visible dans le contentieux du coemploi. C'est du moins l'explication livrée par un président de chambre du Conseil d'État pour justifier le refus d'importer dans le contentieux administratif du licenciement le concept de coemploi. On se contentera de rappeler qu'à l'occasion de la contestation de l'homologation d'un PSE, un comité d'entreprise reprochait à l'Administration d'avoir écarté le coemploi entre la filiale et la société-mère ; le Conseil d'État dans une décision du 17 octobre 2016 estime que « *la seule circonstance que la société faisait partie d'un groupe n'imposait pas à l'administration de se prononcer explicitement sur le point de savoir si d'autres sociétés de ce groupe devaient être regardées comme les véritables employeurs des salariés* »¹. En d'autres termes, l'Administration n'a pas à rechercher si d'autres employeurs agissent à côté de l'auteur du PSE afin de découvrir des co-responsables ; il lui appartient en revanche d'identifier *le véritable employeur* et de démasquer ainsi la ou les entreprises dites « *transparentes* » pour reprendre le langage « *administrativiste* »².

9 - La logique. – Le pragmatisme du Conseil d'État a substantiellement modifié le contentieux du PSE : un pragmatisme relevé par la doctrine très tôt après les premières décisions et qui s'est sans cesse vérifié³ ; un pragmatisme totalement assumé par la Haute Juridiction administrative qui, dans son communiqué associé à l'affaire Darty en 2015, confirmait « *son approche pragmatique des obligations de l'employeur et de l'administration en matière de PSE* »⁴. Encore faut-il vérifier cette culture du pragmatisme que l'on attribue à l'Ad-

ministration et au juge administratif. Trois séries d'exemples permettent de le vérifier.

10 - Information et consultation du CSE. – Le premier exemple est sans aucun doute le plus significatif : la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail. La logique retenue par le juge est remarquable : « *une irrégularité n'entraîne l'invalidation du PSE que si elle a pu influencer l'appréciation des représentants du personnel ou le contrôle exercé par l'administration* »⁵. De cette devise administrative, ressort une série de conséquences pratiques. Les irrégularités suivantes ne sont pas de nature à vicier la procédure : la présence de collaborateurs de l'employeur non prévue par les textes ou les différences entre la version du PSE envoyée au CHSCT et celle distribuée le jour de la séance⁶ ; la non-transmission par l'employeur dans les délais de l'avis dit de « *complétude* »⁷ ; la carence de l'employeur dans l'organisation d'élections partielles du comité dès lors qu'elle n'a pas eu d'influence sur le sens de l'avis négatif rendu par ce dernier⁸ ; la circonstance que les données comptables soient anciennes dès lors qu'un expert-comptable est intervenu⁹. Le pragmatisme prend parfois l'habit de l'utile : ainsi, dans l'arrêt British Airways, le Conseil d'État prend soin de rappeler qu'il « *appartient à l'administration de s'assurer que l'employeur a adressé au comité tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause, dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation* »¹⁰... où l'on voit bien que la juridiction administrative exige de l'Administration qu'elle procède à un contrôle du résultat – la réalité de la consultation – plus qu'à celui de la cause – l'irrégularité dans la consultation.

11 - Contenu du PSE. – Cette logique se retrouve lorsque vient le temps du contrôle du contenu PSE. Cette fois, le pragmatisme prend la forme du global ; ici également, la démarche originale peut facilement être résumée dans une formule adoptée par le Conseil d'État : il appartient à l'Administration de rechercher si, compte tenu notamment des moyens du groupe auquel appartient l'entreprise, les différentes mesures prévues dans le PSE sont, *prises dans leur ensemble*, propres à satisfaire aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés¹¹ ; une cour administrative d'appel ne peut se borner à prendre en considération le montant de l'enveloppe destinée au financement des mesures d'accompagnement pour estimer qu'il n'était pas suffisant au regard des moyens du groupe. Dans le même sens, la méthode du juge administratif est parfaitement résumée dans une décision de la cour administrative d'appel de Paris de 2015 qui : 1°) rappelle la directive de principe (« *le caractère proportionné de ce plan doit se faire globalement et non pas mesure par mesure* ») ; 2°) fixe les indices permettant d'opérer le contrôle, à savoir *la taille et les moyens de l'entreprise, la situation des salariés et leur employabilité compte tenu du marché du travail notamment sur le territoire* où le licenciement est mis en œuvre¹². La référence à des standards tels que la proportionnalité et la globalité invite naturellement à la plus grande souplesse dans l'appréciation du contenu du PSE, spécialement lorsque l'entreprise subit de graves difficultés financières au point d'être frappée d'une procédure collective.

1. CE, 17 oct. 2016, n° 386306 : JCP S 2017, 1038, note Y. Pagnerre.
2. D. Piveteau, *Réflexions sur l'approche « publiciste » du droit des relations de travail* : Dr. soc. 2019, p. 515. – Cette solution rejoint celle retenue par le Conseil d'État à propos des salariés protégés : V. not. : CE, 3 mai 2017, n° 389536. – CAA Bordeaux, 16 nov. 2020, n° 18BX02161 : BJT 4/2021, p. 17, note Q. Chatelier.
3. Fl. Aubonnet et S. Dumas, *Les PSE sous le contrôle de l'Administration : quatre ans après, où en est-on ?* : JCP S 2017, 1324. – H. Nasom-Tissandier, *L'appréciation des PSE par le juge administratif ou la quête de l'efficacité* : RJS 2018. – O. Dutheil de Lamothe, *Le contentieux des licenciements économiques devant le Conseil d'État (2013-2020)* : BJT 2020, n° 11, p. 38.
4. CE, 7 déc. 2015, n° 383856 : JCP S 2016, 1047, note P. Morvan.

5. CE, 7 déc. 2015, n° 383856, communiqué.
6. CE, 7 déc. 2015, n° 383856, préc. note 4.
7. CAA Nantes, 17 sept. 2021, n° 21NT01666.
8. CAA Douai, 26 mars 2015, n° 14DA01979
9. CE, 23 mars 2016, n° 389158 : Rev. proc. coll. 2016, comm. 145, note D. Jacotot.
10. CE, 22 mai 2019, n° 420780 : RDT 2019, p. 574, note F. Géa.
11. CE, 17 oct. 2016, n° 386306, Fobi. – Y. Pagnerre, *L'arlésienne des groupes de sociétés devant l'administration du travail* : JCP S 2017, 1038.
12. CAA Paris, 13 mai 2015, n° 15PA00702.

12 - Reclassement. – Une dernière série d'exemples, relative au reclassement, permet de vérifier le pragmatisme de l'Administration. L'on peut se demander si le contentieux administratif ne traduit pas un recul par rapport au contrôle opéré hier par le juge judiciaire. L'approche matérielle a déjà été évoquée : le PSE doit être apprécié dans sa globalité, de sorte que le faible nombre de reclassements ne suffit pas à invalider le plan dès lors que cette carence est compensée par d'autres mesures¹³ ; il n'est pas certain que le juge judiciaire aurait tranché dans le même sens. La même observation vaut pour la méthode. Deux exemples récents pour s'en convaincre : dans un arrêt du 22 juin 2021¹⁴, le Conseil d'État sauve la décision d'homologation en dépit du court délai – 15 jours – qui avait été laissé aux salariés pour présenter leur candidature sur les offres de reclassement ; dans l'arrêt Société Alliance France du 1^{er} juin 2022, l'homologation n'est pas exposée à l'annulation en dépit du fait que l'employeur – ou son représentant dans le cadre d'une liquidation judiciaire – n'a pas obtenu les réponses relatives aux postes disponibles de tout ou partie des entreprises du groupe ; cette lacune ne fait pas obstacle à ce que l'Administration « estime, dans le cadre du contrôle global qui lui incombe, que le plan de sauvegarde de l'emploi est suffisant »¹⁵. Mais à la réflexion, cette impression de recul du contrôle du reclassement trouve peut-être son explication dans la loi elle-même. L'intensité de l'obligation se mesure à sa sanction : la sanction attachée à la défaillance du PSE est la plus radicale, à savoir la nullité des licenciements assortie d'une obligation de réintégration. Or, une brève comparaison de l'article L. 1235-10 éclaire le contentieux nouveau du reclassement : dans sa rédaction antérieure à la loi de sécurisation de l'emploi, la nullité des licenciements était articulée autour de la défaillance du *plan de reclassement* ; aujourd'hui, ce sont les lacunes du *plan de sauvegarde de l'emploi*, dans sa globalité, qui pointe le risque de la nullité des licenciements. Il y a peut-être le signe que la démarche globale, qui rayonne sur le contentieux administratif, trouve tout simplement sa source dans les textes du Code du travail.

13 - Le renouvellement du contentieux administratif, ce n'est pas simplement faire du neuf avec des matériaux anciens ; la loi de sécurisation de l'emploi et celles qui lui ont succédé ont également amené le juge administratif à construire un droit nouveau des licenciements collectifs.

B. - La construction

14 - Questions nouvelles. – La compétence conférée à l'Administration dans le droit des procédures de licenciement pour motif économique par la loi relative à la sécurisation de l'emploi a évidemment soulevé des questions nouvelles. Parmi elles, figurent celle relative au contrôle par l'Administration de la représentativité des organisations syndicales signataires des accords prévus par cette loi et du caractère majoritaire de celles-ci (1^o) ainsi que celle relative à la motivation des décisions prises par l'Administration et au contrôle de leur légalité (2^o).

1^o Le contrôle de représentativité et de majorité des organisations syndicales

15 - Norme conventionnelle. – La représentativité des organisations syndicales et le caractère majoritaire des organisations syndicales signataires des accords portant un plan de sauvegarde de l'emploi constituent ensemble la matrice même de la réforme de 2013. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail avait modifié en profondeur les règles relatives à la représentativité des organisations

syndicales de salariés. L'objectif visé était de renforcer leur légitimité, notamment par la prise en compte dans la détermination de leur représentativité d'une mesure périodique de leur audience aux élections professionnelles. Cette légitimité renforcée était de nature à générer d'autres réformes. Il avait été procédé, avant même la signature de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013¹⁶, au constat d'une place très insuffisamment affirmée de la norme conventionnelle dans le droit du licenciement pour motif économique. Le vœu avait été formulé de favoriser une orientation vers la substitution des règles légales par des normes conventionnelles. Ce mouvement se trouvait très fortement porté par la loi portant rénovation de la démocratie sociale, en raison précisément de la légitimité renforcée des accords collectifs, et se trouvait très clairement guidé par la volonté d'une plus grande sécurisation des procédures et du droit.¹⁷

16 - Contrôle de l'accord. – Le contrôle des obligations n'est pas de même nature selon que le plan de sauvegarde de l'emploi procède d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Pour cette raison, l'appréciation des conditions de signature de l'accord quant à, d'une part, la représentativité du ou des organisations syndicales signataires et, d'autre part, la condition de majorité, revêt une importance particulière. C'est précisément la question du contrôle de ces conditions qui s'est nouvellement posée et dont le Conseil d'État a eu récemment à connaître dans une affaire dite « *Imprimerie du midi* »¹⁸.

17 - Affaire Imprimerie du midi. – La question posée par cette affaire est précisément celle du contrôle des critères de représentativité d'une organisation syndicale signataire d'un accord portant plan de sauvegarde de l'emploi. La société Imprimerie du midi avait signé avec la FILPAC-CGT un accord ; ce dernier avait recueilli 80 % des voix aux dernières élections professionnelles mais un syndicat non-signataire de l'accord soutenait qu'il ne répondait pas au critère de la transparence financière. L'administration pour l'application des dispositions de la loi de sécurisation était-elle compétente pour vérifier que ce critère était satisfait ?

18 - Les textes apparaissent imposer aux DREETS un contrôle de la représentativité des organisations syndicales signataires d'un accord. Aux termes de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, « dans les entreprises de 50 salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (...). Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires du comité social et économique (...) ». L'article D. 1233-14-1 du même code précise : « Le dossier est complet lorsqu'il comprend les informations permettant de vérifier le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les modalités d'information et de consultation du comité social économique (...) les informations relatives à la représentativité des organisations syndicales signataires ». Enfin, l'instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif prévoit quant à elle : « Dans le cadre de la procédure de validation de l'accord collectif majoritaire, la Direccte est amenée à exercer un contrôle restreint qui porte : 1^o sur la légalité interne et externe de l'accord : Sur la forme, il s'agit de vérifier le respect des règles de signature, la représentativité des organisa-

13. V. par ex. : CE, 7 févr. 2018, n° 407718 : *JurisData* n° 2018-001432.

14. CE, 22 juill. 2021, n° 434362.

15. CE, 1^{er} juin 2022, n° 434225 : *JCP S* 2022, act. 261.

16. Accord national interprofessionnel, 11 janv. 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

17. L. Marquet de Vasselot, *Le licenciement pour motif économique*, *Cercle du droit social de l'entreprise*, A. Martinon (ss dir.), *Contrat et contentieux du licenciement* : LexisNexis, p. 138 et s.

18. CE, 6 avr. 2022, n° 444460. – M. Zeimet, *Des incidences de la perte de représentativité syndicale en cours de cycle électoral sur la négociation et la conclusion de l'accord collectif d'entreprise* : *JCP S* 2022, 1198.

tions syndicales signataires, le caractère majoritaire de l'accord (50 % des organisations syndicales représentatives) ».

19 - Contrôle restreint de la représentativité ? – Si le principe du contrôle par l'Administration paraît acquis, la question de l'étendue de celui-ci se pose. Deux voies semblaient à cet égard susceptibles d'être empruntées. Une première voie était celle d'un contrôle restreint de la condition de représentativité prise dans sa globalité sans, en conséquence, exercer un contrôle de chacun des sept critères de représentativité. Cette orientation pouvait résulter de la compétence exclusive reconnue au tribunal judiciaire pour apprécier la représentativité d'un syndicat lorsque celle-ci est contestée, notamment à l'occasion d'un litige électoral, de la désignation du délégué syndical ou de l'exercice d'une prérogative précisément subordonnée à l'exigence de représentativité. Dès lors que l'autorité judiciaire est seule compétente pour juger de la représentativité d'une organisation syndicale, l'absence devant le juge d'une contestation de la représentativité du syndicat pouvait inviter à un contrôle formel ou restreint de l'Administration. C'est au demeurant l'approche qui avait été retenue par le Conseil d'État pour apprécier la qualité des signataires d'un accord portant plan de sauvegarde de l'emploi. Il appartient bien à l'Administration de vérifier que l'accord d'entreprise qui lui est soumis a été régulièrement signé pour le compte d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés. Cependant, pour ce faire, il suffit que l'employeur apporte la preuve que le nom du ou des délégués syndicaux a été porté à sa connaissance, comme le prévoit l'article L. 2143-7 du Code du travail¹⁹.

20 - C'est l'approche que semblait retenir l'Administration aux termes de l'instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif qui invite les services à vérifier « la représentativité des organisations syndicales signataires » et non le respect des différents critères de représentativité. Une telle analyse avait été consacrée par un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 9 février 2022²⁰ qui a jugé que « s'il incombe à l'administration, en application de l'article L. 1233-57-2 du Code du travail, de s'assurer notamment de la conformité de l'accord collectif à l'article L. 1233-24-1 du même code et ainsi de s'assurer de la qualité des signataires, de ce que les organisations syndicales signataires ont été reconnues représentatives et de ce qu'elles ont recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise, elle n'a pas à contrôler, en l'absence de décision de l'autorité judiciaire, le respect, à la date de signature de l'accord collectif, des critères cumulatifs fixés par l'article L. 2121-1 du Code du travail et déterminant la représentativité des organisations syndicales », l'autorité judiciaire étant « seule juge de la représentativité d'un syndicat ». Il résulte de cette décision que l'Administration doit s'assurer « de ce que les organisations syndicales signataires ont été reconnues représentatives » mais qu'elle n'a pas à contrôler le respect des critères de représentativité fixés par l'article L. 2121-1 du Code du travail.

21 - Cette approche globale aurait conduit dans l'affaire Imprimerie du midi à constater que la FILPAC-CGT qui a signé l'accord portant le plan de sauvegarde de l'emploi représentait 80 % des voix au premier tour des élections professionnelles, sans que ce résultat ait été, semble-t-il, contesté, situation de laquelle il aurait résulté que sa représentativité était acquise et certaine.

22 - Contrôle étendu de la représentativité. – Pour autant, dans cette affaire, le Conseil d'État a emprunté une autre voie. Cette dernière repose sur une interprétation stricte de l'appréciation même des critères de représentativité énumérés à l'article L. 2121-1 du Code du

travail²¹. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'il résulte des dispositions précitées « qu'il appartient à l'administration, saisie d'une demande de validation d'un accord d'entreprise portant plan de sauvegarde de l'emploi de vérifier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que l'accord d'entreprise qui lui est soumis a été régulièrement signé pour le compte d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages du premier en faveur d'organisations reconnues représentatives lors du premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise. À ce titre, il lui incombe de vérifier que le ou les syndicats signataires satisfont aux critères de représentativité énoncés par l'article L. 2121-1 du Code du travail, dont celui de transparence financière (...) peu important que la représentativité de ce syndicat n'eut pas été contestée devant le juge judiciaire à l'occasion du contentieux des élections professionnelles »²².

23 - Cette approche pourrait conduire à l'appréciation par l'Administration du respect par l'organisation syndicale signataire de chacun des critères de représentativité. En l'espèce, était seulement contesté le respect du critère de transparence financière. Dans la mesure où le syndicat FILPAC-CGT n'avait publié sur son site Internet que ses bilans simplifiés et non ses comptes de résultat simplifiés et le tableau annexe de ses ressources, il a été jugé non représentatif de telle sorte que la décision de validation de l'accord collectif a été annulée.

24 - Si la solution est certaine, la portée de l'arrêt du Conseil d'État suscite néanmoins des questions. Dans ses conclusions, le rapporteur public avait souligné « que seuls les critères tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente, ceux relatifs à l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité, et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté, dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans, et à l'audience électorale faisant l'objet, dans un périmètre donné, d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral »²³. Cette analyse est parfaitement conforme à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, s'agissant des critères de représentativité des organisations syndicales, distingue ceux qui font l'objet d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral (ancienneté, audience, influence et effectifs) ce qui exclut qu'ils puissent être remis en cause en cours de cycle pour contester la représentativité d'un syndicat²⁴ et ceux qui doivent être satisfaits de manière « autonome et permanente » tels ceux relatifs à la transparence financière, à l'indépendance et au respect des valeurs républicaines, dont la contestation est possible à tout moment du cycle électoral, notamment à l'occasion de l'exercice d'une prérogative syndicale.

25 - La formule du considérant de principe, selon laquelle il incombe à l'Administration « de vérifier que le ou les syndicats signataires satisfont aux critères de représentativité énoncés par l'article L. 2121-1 du Code du travail, dont celui de transparence financière » peut être interprétée comme visant tous les critères de représentativité. Cette interprétation conduisant au contrôle de tous les critères aurait pour effet de faire naître une divergence de jurisprudence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation ; la question n'apparaît pas définitivement tranchée. En tout état de cause, même si la portée de cette jurisprudence devait en définitive être limitée aux trois critères dits « autonomes » et « permanents », la présence parmi eux du critère

21. O. Dutheil de Lamothe, *Le contrôle des critères de représentativité des organisations syndicales signataires : une menace pour les accords portants PSE ?* : SSL, n° 2011.

22. CE, 6 avr. 2022, n° 444460.

23. R. Chambon, *Le critère de transparence financière dans le champ du contrôle de l'administration d'un accord collectif portant plan de sauvegarde de l'emploi* : SSL, n° 1997, p. 5.

24. Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748 : JCP E 2012, 1353, note P. Pochet. – Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-29.984 : JurisData n° 2013-025551 ; JCP E 2014, 1013, note D. Corrigan-Carsin.

19. CE, ass., 22 juill. 2015, n° 385668, affaire dite « Pages jaunes » : JurisData n° 2015-017640.

20. CAA Paris, 9 févr. 2022, n° 21PA05776.

de transparence financière soulève en pratique de réelles difficultés, l'Administration devant vérifier dans le court délai de 15 jours dont elle dispose pour valider un accord portant plan de sauvegarde de l'emploi, le respect des critères de représentativité par l'ensemble des organisations syndicales signataires.

26 - Une fois ce contrôle opéré, l'on peut s'interroger sur la motivation de la décision administrative et le contrôle de la légalité, singulièrement en cas d'urgence.

2° L'obligation de motivation des décisions administratives et le contrôle de légalité

27 - Avant. – Il est notoire, si l'on revient un instant sur la genèse de la loi de sécurisation de l'emploi, que les organisations professionnelles d'employeurs voulaient voir évoluer le contrôle judiciaire des « *grands licenciements* » pour motif économique. Le contrôle judiciaire des licenciements qui avait prévalu après 1986, à la suite de l'abrogation du régime légal de l'autorisation administrative de licenciement, faisait en effet l'objet de très nombreuses et vives critiques²⁵. Factuellement, le pourcentage des procédures de licenciement pour motif économique imposant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans des entreprises *in bonis* donnant lieu à un contentieux devant le juge judiciaire était très significatif. En effet, ce pourcentage tel qu'indiqué par le ministère de la Justice et la Dares atteignait 34 % en 2011. Au regard d'une telle propension au contentieux, qui en réalité différait le plus souvent la mise en œuvre des projets pour des raisons de procédure sans produire pour autant le moindre effet positif en matière de maintien de l'emploi ou de qualité du reclassement, le droit n'évolue cependant pas sur le fond. Il était en réalité totalement cristallisé par de stériles débats de procédure ne conduisant à aucun contrôle utile des obligations. Cela, de surcroît, ne générait que des règles spécifiques de procédure visant uniquement à cantonner le contentieux. Il en est ainsi, à titre d'exemple, des règles qui avaient alors été édictées pour limiter le délai pour agir, en prévoyant que l'action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation devait être introduite dans un délai de 15 jours suivant chacune des réunions du comité ainsi que l'avait prévu la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale²⁶.

28 - Référé-suspension. – La loi de sécurisation de l'emploi a opéré une réforme profonde en conduisant à ramener les litiges et les contentieux sur le seul terrain de la légalité des décisions administratives d'homologation ou de validation. Pour autant, la voie d'un contrôle judiciaire d'urgence n'est pas exclue, et ce par application même du principe du droit à agir. En effet, le Code de justice administrative prévoit la possibilité pour un requérant qui conteste la légalité d'une décision administrative d'assortir son action d'une demande de suspension de l'exécution de la décision contestée ou de certains de ses effets. C'est le « *référé-suspension* » (CJA, art. L. 521-1).

29 - Conditions : urgence. – Le juge des référés ne peut toutefois faire droit à une telle demande que si deux conditions sont réunies, d'une part, celle tenant à l'urgence qui doit justifier la suspension sollicitée, et, d'autre part, celle tenant à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative. La notion d'urgence a été définie dans les termes suivants par un arrêt de principe du Conseil d'État : « *La condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des*

répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ; qu'il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue »²⁷.

30 - Dans les procédures contentieuses afférentes à la légalité de la décision administrative de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, les requérants ont tenté de soutenir que la condition d'urgence devait être présumée au regard de la gravité des conséquences de la mise en œuvre du plan et singulièrement des décisions de licenciement ayant vocation à être consécutives à la décision administrative. Par une décision du 21 février 2014²⁸, le Conseil d'État, reprenant le considérant de principe précité, y a ajouté « *qu'il en va notamment ainsi lorsqu'est demandée au juge des référés la suspension de l'exécution des décisions prévues à l'article L. 1233-57-1 du Code du travail qui valident l'accord collectif ou homologuent le document de l'employeur relatifs à un plan de sauvegarde de l'emploi* ». Dans cette même décision, la Haute Juridiction administrative a confirmé le jugement du tribunal administratif selon lequel « *la condition d'urgence ne devait pas, par principe, être regardée comme remplie dans le cas où est demandée la suspension de l'une des décisions prévues à l'article L. 1233-57-1 du Code du travail validant un accord collectif ou homologuant un document de l'employeur relatif à un plan de sauvegarde de l'emploi* ».

31 - Urgence (non). – Ainsi, en matière de décision de validation ou d'homologation relative à un plan de sauvegarde de l'emploi, la condition d'urgence n'est pas présumée remplie, de sorte qu'il appartient aux requérants d'établir la réalité de l'urgence, au regard des principes dégagés par le Conseil d'État en la matière qui supposent une pesée subjective et objective des circonstances de l'espèce. À cet égard, il était relevé dans les conclusions prises sur l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 janvier 2001 que « *c'est à un examen de la situation concrète du requérant et du contexte de la décision dont il vous demande la suspension que vous devrez procéder : la suspension d'un même type de décision pouvant apparaître urgente dans certaines hypothèses de fait mais non dans d'autres* ». S'agissant de l'examen subjectif des circonstances de l'espèce, le requérant doit démontrer la nécessité pour lui de bénéficier à bref délai d'une mesure provisoire. Ainsi, à titre d'exemple, l'urgence n'est pas caractérisée lorsque le juge du fond est en mesure de se prononcer dans un délai proche²⁹ et qu'aucun préjudice irréversible n'est susceptible de résulter de la décision contestée³⁰. S'agissant de l'examen objectif des circonstances de l'espèce, le risque encouru est mis en balance objectivement et globalement avec l'ensemble des intérêts privés et publics en présence, qu'il s'agisse de l'intérêt de tiers ou de la protection de l'ordre public³¹. Comme le relève un auteur, « *l'examen de l'urgence impose un contrôle particulier qui prend la forme d'un bilan entre l'urgence à suspendre la décision et l'urgence à la voir exécutée* »³². Force est de constater que rares sont les situations dans lesquelles les tribunaux administratifs

27. CE, 19 janv. 2001, n° 228815 : *JurisData* n° 2001-061706.

28. CE, 21 févr. 2014, n° 374409 : *JurisData* n° 2014-003223 ; JCP S 2014, 1108, note P. Morvan. – S. Tournaux, *Conditions du recours en référé contre l'homologation administrative du plan de sauvegarde de l'emploi* : *Lexbase.fr*.

29. CE, 26 janv. 2006, n° 288461 : *JurisData* n° 2006-069551. – CE, 2 oct. 2015, n° 393489 : *JurisData* n° 2015-022874. – CE, 16 oct. 2015, n° 393588 : *JurisData* n° 2015-024852.

30. CE, 10 févr. 2017, n° 404291 : *JurisData* n° 2017-002349.

31. CE, 28 févr. 2001, n° 229562 : *JurisData* n° 2001-061823.

32. C. Mayeur-Carpentier, *Le juge administratif de l'urgence et le plan de sauvegarde de l'emploi* : RDT 2014, p. 353.

25. *V. supra*.

26. L. Marquet de Vasselot, *L'action en référé pourtant sur la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise* : RJS 2006, p. 915.

ont ordonné la suspension de l'exécution d'une décision de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

32 - Urgence (oui). – Il est pour autant des cas qui illustrent que cette voie n'est fermée, où la suspension de l'exécution de la décision a été ordonnée par le tribunal administratif. Dans une ordonnance du 31 mai 2021³³, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a ordonné une telle suspension en considérant que l'urgence était caractérisée par le fait que le projet de réorganisation impliquait la disparition de la majeure partie des postes de la société et la fermeture de deux établissements, ce qui aurait fait obstacle à la réintégration des salariés concernés et qu'un doute sérieux quant à la décision administrative résidait dans la détermination des critères d'ordre des licenciements retenus, en particulier celui de l'appréciation des qualifications professionnelles qui, en l'absence d'évaluation, aurait été « prise en compte de manière inadéquate par la mise en place d'un critère de mobilité géographique et de mobilité fonctionnelle ». On voit ainsi, bien que plus restreint qu'avant la loi de sécurisation de l'emploi, le contrôle judiciaire d'urgence n'est pas exclu, n'est pas théorique, et trouve sa place au sein du bloc de compétences dévolu au juge administratif.

33 - Rôle de l'Administration. – Au demeurant, il apparaît que si, plus généralement, le contentieux s'est considérablement réduit, c'est très probablement sous le double effet de la conventionnalisation évoquée plus haut du droit du licenciement, laquelle à raison de la légitimité nouvelle des acteurs (représentatifs et majoritaires) tarit plus naturellement l'action en justice, mais également du rôle exercé par l'Administration dans l'exercice de son contrôle. Nous savons en pratique que l'Administration a exercé les prérogatives qui lui ont nouvellement été accordées par loi de sécurisation de l'emploi en utilisant tous les moyens qui lui ont été légalement reconnus : pouvoir de présenter des propositions (*C. trav.*, art. L. 1233-57 et L. 1233-57-6), de formuler des observations (*C. trav.*, art. L. 1233-57-6) et d'adresser des injonctions (*C. trav.*, art. L. 1233-57-5). Il apparaît que ces mesures ont pleinement concouru au contrôle par l'administration du travail de la régularité des procédures de licenciement pour motif économique et du respect par les entreprises de leurs obligations légales.

34 - Motivation. – À cela s'est ajoutée, en tant que facteur de réduction du contentieux, la qualité des décisions administratives quant à leur motivation. Le contentieux de la légalité des décisions administratives rendues en matière d'homologation et de validation des plans de sauvegarde de l'emploi s'analyse aussi au regard de l'obligation de motivation par la DREETS de ses décisions et en pratique de la qualité de cette motivation. La loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public, désormais codifiée aux articles L. 211-1 à L. 211-8 du Code des relations entre le public et l'administration, encadre précisément cette obligation de motivation.

35 - L'article L. 211-5 de ce code prévoit que « la motivation exigée par le présent chapitre doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ». Le Conseil d'État a concouru à la définition des règles de principe encadrant la motivation des décisions administratives en matière de plan de sauvegarde de l'emploi. Lorsque l'Administration homologue la décision de l'employeur fixant le plan de sauvegarde de l'emploi, il lui appartient, sans prendre nécessairement parti sur le respect de chacune des règles dont il lui revient d'assurer le contrôle, de faire en sorte que les personnes, autres que l'employeur, auxquelles est notifiée cette décision favorable à ce dernier, puissent, à sa seule lecture, en

connaître les motifs³⁴. À ce titre, elle doit faire figurer dans la motivation de sa décision les éléments essentiels de son examen et, notamment, ceux relatifs à la régularité de la procédure d'information et de consultation des instances représentatives du personnel, ceux tenant au caractère suffisant des mesures contenues dans le plan au regard des moyens de l'entreprise et, le cas échéant, de l'unité économique et sociale ou du groupe, ainsi que ceux relatifs à la recherche, par l'employeur, des postes de reclassement³⁵. L'Administration doit également faire figurer, le cas échéant, tout élément sur lequel elle aurait été, en raison des circonstances propres à l'espèce, spécifiquement amenée à porter une appréciation³⁶.

36 - Il a, à titre d'exemple du pragmatisme à cet égard de la jurisprudence administrative, été jugé que la décision administrative n'a pas nécessairement à mentionner le secteur d'activité auquel la société appartient au sein du groupe dont elle fait partie ni le montant global de l'enveloppe allouée au financement du plan de reclassement³⁷. Elle n'a pas non plus à retracer les étapes de la procédure préalable à l'édition de la décision³⁸. À l'inverse, lorsque l'Administration refuse l'homologation demandée, il lui incombe seulement d'énoncer les éléments de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision³⁹.

37 - Sanction. – Le nouveau champ contentieux de l'obligation de motivation a, au demeurant, conduit le législateur, qui avait initialement omis d'envisager ce cas, à aménager les conséquences d'une annulation de la décision d'homologation ou de validation pour insuffisance de motivation. C'est ainsi que les deux derniers alinéas de l'article L. 1235-16 du Code du travail, modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, disposent désormais : « En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une insuffisance de motivation, l'autorité administrative prend une nouvelle décision suffisamment motivée dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement à l'administration. Cette décision est portée par l'employeur à la connaissance des salariés licenciés à la suite de la première décision de validation ou d'homologation, par tout moyen permettant de conférer une date certaine à cette information. Dès lors que l'autorité administrative a édicté cette nouvelle décision, l'annulation pour le seul motif d'insuffisance de motivation de la première décision de l'autorité administrative est sans incidence sur la validité du licenciement et ne donne lieu ni à réintégration, ni au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur ». Il s'agissait, ainsi que le rappelait l'étude d'impact, d'éviter « l'effet paradoxal » d'une « annulation, après que les licenciements ont commencé d'être mis en œuvre, d'une décision d'homologation sur le seul motif de l'insuffisance de motivation, alors même que la procédure d'information et de consultation conduite par l'employeur est régulière et que les mesures du PSE sont de bonne qualité et proportionnées » qui entachait a posteriori les licenciements prononcés et faisait « retomber sur l'employeur les conséquences d'un acte qui lui est extérieur ». Cette évolution légale parachève et illustre une volonté d'opérer un contrôle utile et de prévoir des sanctions adaptées.

34. CE, ass., 22 juill. 2015, n° 385816 : JCP S 2015, 1346, note J. Martinez et J.-J. Giudicelli.

35. CE, 1^{er} févr. 2017, n° 391744 : JurisData n° 2017-001816. – CE, 24 nov. 2017, n° 389443 : JurisData n° 2017-023619 ; JCP S 2018, 1041, note E. Graujeman et V. Zeimet.

36. CE, 22 mai 2019, n° 420780 : RDT 2019, p. 574, note F. Géa

37. CE, 22 mai 2019, n° 420780, préc. note 36.

38. CE, ass., 22 juill. 2015, n° 385816, préc. note 34.

39. CE, 24 nov. 2017, n° 389443 : JurisData n° 2017-023619.

33. TA Cergy-Pontoise, 31 mai 2021, n° 2106031. – I. Teraud, Quand le juge des référés ordonne la suspension de la décision d'homologation d'un PSE : Les Cahiers Lamy du CSE, n° 217, sept. 2021, p. 17 et s.

2. Le croisement des contentieux

38 - Cohabitation. – La loi de sécurisation de l'emploi marque le début d'une nouvelle ère : celle de la cohabitation du juge judiciaire d'une part, de l'Administration et du juge administratif d'autre part lorsque sont en jeu des licenciements collectifs pour motif économique. Bien entendu, le risque de croisement des contentieux avait d'emblée été anticipé par le législateur. L'article L. 1235-57-1 fixe ce que l'on appelle communément le bloc de compétences : l'accord collectif, le document unilatéral, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'Administration au titre de son pouvoir d'injonction 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

39 - Risques. – La réalité ne fut pas si simple : qui dit croisement, dit risques de collisions. La Cour de cassation, le Conseil d'État et le tribunal des conflits furent (et sont encore) mobilisés pour dessiner les frontières des compétences. On relèvera une belle intelligence de nos deux Hautes Juridictions qui ne se disputent pas vraiment leurs compétences ; finalement, le recours à l'arbitre, qu'incarne le tribunal des conflits, est relativement rare. Dans le cadre de cette étude, il nous appartient de dresser l'état (non-exhaustif) de la répartition des compétences : celles qui portent directement sur le licenciement proprement dit et sa procédure (A) ; plus originales, moins attendues, la question des compétences intéressant aussi des contentieux sur des sujets qui se situent à la lisière du licenciement (B).

A. - Les sujets propres au licenciement

40 - Le bloc de compétences du Code du travail a été pensé précisément pour ce type de situations, qu'il s'agisse du motif de licenciement, de l'obligation de reclassement, de la procédure de licenciement collectif ou du plan de sauvegarde de l'emploi. Pour répondre à la question *qui contrôle quoi ?*, deux méthodes sont envisageables.

41 - La théorie des cercles. – Une méthode « *théorique* » a été proposée par un président de chambre du Conseil d'État qui, en 2019, dessinait la théorie des cercles pour identifier la compétence administrative. Il conviendrait de dessiner trois cercles : 1°) le « *noyau dur* » du PSE dont l'Administration doit à la fois contrôler la teneur et qu'il est « *complet* » ; 2°) le cercle des éléments facultatifs que le PSE n'est pas tenu de comporter mais qui, s'ils y figurent, demeurent des éléments d'un PSE : l'Administration est donc compétente pour s'assurer de la légalité de ce contenu, mais elle n'a pas à tirer de conséquences d'une éventuelle absence ; 3°) le cercle plus large des éléments qui sont matériellement mentionnés dans l'accord ou la décision qui fixe le PSE, ou qui se rapportent à l'opération pour laquelle le PSE est établi, mais qui ne se rattachent pas, juridiquement, au PSE que l'Administration est appelée à contrôler. L'effort est admirable, mais il n'est pas certain qu'il soit toujours suffisant pour éclairer sur la question de savoir qui, du juge administratif ou du juge judiciaire, est compétent. Pour l'analyse, l'on choisira une méthode moins glorieuse (et moins courageuse) : celle à caractère empirique.

42 - Méthode empirique. – Il convient d'explorer le contentieux du licenciement collectif pour dévoiler la répartition des compétences. *Qui contrôle quoi ?*

43 - Motif. – Il y a des situations relativement simples ; le motif économique de licenciement en fait partie. Sans surprise, le Conseil d'État dans l'arrêt Heinz⁴⁰ réserve cette compétence au juge judiciaire : en aucun cas, le contrôle du PSE ne peut être un moyen de réintroduire un contrôle du motif ; la jurisprudence Viveo avait été

sortie par la « *porte judiciaire* »⁴¹ ; elle ne peut revenir par la « *fenêtre administrative* ». Dans ces conditions, le juge judiciaire, saisi avant la notification des licenciements pour motif économique, ne peut faire droit à des demandes tendant à constater l'absence de cause économique et à enjoindre en conséquence à l'employeur de mettre fin au projet de fermeture du site et au projet de licenciement économique collectif soumis à la consultation des instances représentatives du personnel⁴².

44 - Transfert d'entreprise. – Également, on peut considérer qu'il y a peu de difficultés lorsque le sujet porte strictement sur les conditions du transfert d'entreprise : le contentieux relève de la compétence judiciaire lorsque les salariés demandent la poursuite des contrats de travail illégalement rompus à l'auteur des ruptures⁴³. La solution est simple, mais elle fait doucement glisser vers un sujet plus délicat : *quid* de l'appréciation des conditions du transfert lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi comportera, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois (C. trav., art. L. 1233-61, al. 3) ? Si l'on se réfère à la théorie des cercles, il est fort probable que le contentieux rejoindra le giron administratif.

45 - Orientations stratégiques. – Enfin, il convient de tirer les enseignements de l'arrêt du 21 septembre 2022 qui déclare l'étalement de la consultation sur les orientations stratégiques et de celle relative au licenciement⁴⁴ : la seconde n'est pas subordonnée au respect préalable de la première ; mécaniquement, la consultation sur les orientations stratégiques appartient au contentieux judiciaire.

46 - Reclassement. – Quelques sujets sont plus délicats. Deux méritent d'être exposés. Le premier résulte du fait que certaines obligations qui pèsent sur l'employeur relèvent à la fois du licenciement individuel et du licenciement collectif ; tel est le cas de l'obligation de reclassement. Sur le papier, la situation est assez simple : l'obligation individuelle constituant une condition de la cause réelle et sérieuse, son contrôle est nécessairement judiciaire ; l'obligation collective, rattachée au plan de reclassement, relève du « *noyau dur* » du PSE et appartient au contrôle administratif. Dans la réalité, la situation est plus complexe, précisément lorsque les deux obligations se croisent à l'occasion d'une même opération : voici un salarié licencié pour motif économique, inclus dans un licenciement collectif donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, lequel a été validé ou homologué par l'Administration. Le salarié peut-il devant le juge judiciaire contester la cause réelle et sérieuse de licenciement au motif que l'employeur n'a pas respecté son obligation de reclassement, alors que l'Administration n'a rien trouvé à redire sur le respect de l'obligation de reclassement « *collective* » ? La réponse figure dans deux arrêts de la Cour de cassation. Un premier du 21 novembre 2018 pose le principe : l'appréciation par le juge judiciaire de l'obligation individuelle de reclassement « *ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué* » le document unilatéral⁴⁵ ; le second 13 mois plus tard lorsque la Cour de cassation précise que le salarié ne peut s'abriter derrière l'obligation individuelle de reclassement pour contester le plan de reclassement⁴⁶. On retrouve là ce qui fait l'essence du droit du travail : l'articulation de l'individuel et du collectif. On pourrait aussi

40. CE, 22 juill. 2015, n° 385816, Heinz : JCP S 2015, 1346, note J. Martinez et J.-J. Giudicelli.

41. Cass. soc., 3 mai 2012, n° 11-20.741 : JurisData n° 2012-008770. – J. Pélessier, *Défaut de cause économique et absence de nullité* : RJS 2012, p. 427.

42. Cass. soc., 29 sept. 2021, n° 19-23.248 : JCP S 2021, 1278, note P. Morvan.

43. Cass. soc., 10 juin 2020, n° 18-26.229 : JCP S 2020, 2094, note A. Bugada ; JSL 2020, n° 502, note H. Nasom-Tissandier.

44. Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-23.660 : JCP S 2022, 1254, note G. Loiseau.

45. Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-16.766 et 17-16.767 : JurisData n° 2018-020718 ; RDT 2019, p. 41, note S. Ranc.

46. Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 17-31.673.

se féliciter que la Cour de cassation propose une méthode d'application de la règle dégagée, invitant « le salarié, licencié dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, [à] articuler des faits précis, le concernant personnellement, au soutien de sa contestation du respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement »⁴⁷. Il n'en demeure pas moins que l'on demeure dubitatif sur le caractère opérationnel de la méthode proposée.

47 - « Non-PSE ». – L'autre sujet est plus récent... et plus délicat. Dans un arrêt du 14 décembre 2022, la Cour de cassation livre une solution dont la portée mérite discussion : si le contentieux du PSE relève de la compétence de l'Administration, c'est également le cas du contentieux du « non-PSE », c'est-à-dire de la situation dans laquelle l'Administration « informe » les représentants des salariés que le projet de PSE dont elle est saisie ne constitue pas l'outil juridique adéquat dès lors que les conditions de mise en œuvre ne sont pas réunies⁴⁸. La Cour de cassation en déduit que le juge judiciaire ne peut se prononcer sur les demandes des représentants du personnel, la notification valant acte administratif faisant grief ; en conséquence, seul le contentieux administratif demeure envisageable. La solution n'est pas exempte de critiques, parmi lesquelles : 1°) n'y a-t-il pas ici un excès d'extension de la compétence administrative, une simple information à l'adresse des représentants du personnel constituant dorénavant un acte administratif susceptible de recours ; 2°) en admettant la solution retenue par la Cour de cassation, ne faudrait-il pas entourer la décision de l'administration d'un certain nombre de garanties, notamment informer des facultés de recours devant le juge administratif ; après tout, ce courrier administratif n'est pas un « petit courrier » ; c'est celui qui informe les salariés et leurs représentants qu'ils seront privés des mesures du PSE. Cela mérite un peu plus qu'une simple missive ; c'est surtout le signe que le législateur n'avait pas pensé à inscrire une telle situation dans le bloc de compétence.

B. - Les sujets à la lisière du licenciement

48 - À la lisière du droit du licenciement pour motif économique, doit s'opérer un contrôle qui concerne des obligations qui ne relèvent pas *stricto sensu* des procédures y afférentes et qui par ailleurs pour partie procèdent de dispositions qui sont postérieures à la loi de sécurisation de l'emploi. Il s'agit d'une part du contrôle des obligations d'information et de consultation sur les conséquences environnementales (1°), d'autre part du contrôle des obligations de l'employeur en matière de prévention des risques pour la santé, la sécurité et les conditions de travail (2°).

1° Le contrôle des obligations d'information et de consultation sur les conséquences environnementales

49 - Loi Climat. – Parmi les objectifs de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite « loi Climat », l'un d'eux visait, ainsi que le précisait l'étude d'impact, à « renforcer le rôle du comité social et économique (...) dans la lutte contre le changement climatique » et à rendre l'employeur « débiteur d'une obligation d'information-consultation (...) sur la question des enjeux de la transition écologique ». Ainsi, le législateur a ajouté aux attributions générales du comité social et économique dans les entreprises d'au moins 50 salariés, prévues à l'article L. 2312-8 du Code du travail, une obligation d'information et de consultation sur « les conséquences environnementales » des mesures qui tendent, de manière non limitative, à affecter le volume ou la structure des effectifs, modifier son organisation économique ou juridique, affecter les conditions d'em-

ploi, de travail, notamment la durée du travail, et la formation professionnelle, introduire de nouvelles technologies, procéder à un aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des invalides de guerre, des invalides civils, des personnes atteintes de maladies chroniques évolutives et des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail.

50 - Environnement et restructurations. – Cette nouvelle compétence suscite des interrogations quant à la portée des obligations qu'elle induit et a rapidement conduit les plaideurs à soulever devant les tribunaux administratifs tous les moyens utiles tenant à l'absence de consultation du comité social et économique sur les conséquences environnementales d'un projet de restructuration donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ce pour tenter de faire annuler des décisions administratives prises en application de la loi de sécurisation de l'emploi.

51 - Contentieux administratifs. – Deux tribunaux administratifs ont déjà été saisis de tels litiges et se sont prononcés de façon divergente sur l'obligation ou non d'informer et de consulter le comité social et économique en matière environnementale. Ces affaires ont concerné des projets de licenciement collectif mis en place par la voie de documents unilatéraux validés par l'Administration. Les décisions d'homologation en cause ont été contestées par le comité social et économique de chacune des sociétés afin d'obtenir leur annulation au motif, notamment, de l'irrégularité de la procédure d'information et de consultation du fait de l'absence d'informations sur les conséquences environnementales des projets. Dans chacune de ces affaires, le tribunal administratif concerné devait donc juger s'il y avait lieu de faire application, ou non, de l'article L. 2312-8 du Code du travail relatif à l'information et à la consultation du comité social et économique en matière environnementale. En cas de réponse positive, cette obligation d'information et de consultation s'ajouterait donc à la double obligation consultative prévue par la procédure de licenciement collectif relative à l'opération projetée et à ses modalités d'application (*C. trav.*, art. L. 2312-39) et au projet de licenciement collectif (*C. trav.*, art. L. 1233-30).

52 - TA Montreuil. – Dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Montreuil⁴⁹, la fermeture d'un site avait entraîné la mise en place d'un projet de licenciement collectif. Le comité social et économique soulevait l'irrégularité de la procédure d'information et de consultation au motif qu'il n'avait reçu aucune information sur les conséquences environnementales au titre de l'article L. 2312-8 du Code du travail et n'avait donc pas été consulté sur ce fondement. En ce sens, le comité social et économique invoquait la « portée générale » de cette disposition « dont les articles L. 2312-37 et suivants, portant sur les consultations et informations ponctuelles, ne sont que la déclinaison ». En effet, les dispositions légales relatives aux consultations ponctuelles ne prévoient pas d'obligation d'information du comité social et économique sur les conséquences environnementales de projets devant donner lieu à ces consultations ponctuelles, telles que celle rendue obligatoire par l'article L. 2312-39 du Code du travail en cas de projet de restructuration et de compression d'effectifs. Néanmoins, le tribunal administratif de Montreuil a jugé que le comité social et économique « ne peut pas se prévaloir de ces dispositions pour soutenir que la procédure d'information-consultation serait irrégulière ». Comme l'a relevé un auteur⁵⁰, si la solution retenue, excluant l'obligation d'information environnementale dans le cadre de la procédure de licenciement collectif, peut légitimement être fon-

47. Lettre de la chambre sociale de la Cour de cassation 2020, hors-série n° 2.

48. Cass. soc., 14 déc. 2022, n° 21-14.304 : JCP S 2023, 1011, note P. Morvan ; RDT 2023, p. 114, note F. Géa.

49. TA Montreuil, 2 mai 2022, n° 2202445.

50. A. Casado, *L'absence d'information environnementale du CSE ne fait pas obstacle à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du PSE* : JCP S 2022, 1171.

dée sur une analyse littérale des textes applicables, il aurait sans doute été plus approprié de viser expressément les articles L. 2312-37 et L. 2312-39 du Code du travail mentionnant la consultation du comité social et économique sur les projets de restructuration entraînant une compression des effectifs, ou encore l'article L. 1233-30 du Code du travail détaillant l'objet de la double consultation du comité social et économique dans cette hypothèse.

53 - TA Cergy Pontoise. – Une solution contraire a été adoptée par le tribunal administratif de Cergy Pontoise⁵¹. Dans cette affaire le projet de licenciement collectif résultant d'une cessation d'activité avait entraîné la suppression de l'intégralité des emplois. Dans le cadre de son recours, le comité social et économique invoquait notamment la communication tardive, plus de 2 mois après la réunion initiale, d'informations en matière environnementale dans le cadre de la procédure d'information et de consultation afférente à ce projet. Bien que la motivation du tribunal ne soit pas très explicite, il semble que deux temps aient été retenus. Dans un premier temps, les juges se réfèrent explicitement à l'article L. 2312-8 du Code du travail, dans sa version issue de la « loi Climat », dont ils confirment l'application au cas d'espèce, au titre des « mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs » (C. trav., art. L. 2312-8, II, 1^o). Dans un deuxième temps, le tribunal conclut néanmoins à l'absence d'irrégularité de la procédure d'information et consultation du comité social et économique, en relevant, au regard des faits d'espèce d'une part que les conditions de transfert des contrats de travail et les prestations logistiques afférentes ont été mentionnés dans les documents transmis au comité social et économique, d'autre part que les conséquences environnementales « à supposer qu'elles existent seraient minimales, dès lors que les activités transférées se poursuivent pour la plupart dans les mêmes locaux et que celles qui ne sont pas transférées cessent totalement » et enfin que la communication tardive d'informations en matière environnementale au comité social et économique « n'a pas pu empêcher le comité social et économique d'examiner ces parties très succinctes signalées par des modifications apparentes et de formuler son avis en toute connaissance de cause sur ce point dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation ».

54 - Le tribunal de Cergy-Pontoise semble donc retenir, sans le préciser toutefois de manière explicite, l'existence d'une obligation d'information et de consultation sur les conséquences environnementales, en application de l'article L. 2312-8 du Code du travail, distincte de celle requise dans le cadre de la procédure de licenciement collectif et s'ajoutant donc à cette dernière. En effet, les juges retiennent que la communication tardive de ces informations n'a pas rendu la procédure irrégulière, compte tenu de certains éléments de fait ayant concouru à compenser ce retard (notamment comme le relève le tribunal, le fait que l'information des élus en fin de procédure a été complète et qu'ils ne demandaient pas d'élément nouveau précis pour pouvoir donner un avis éclairé sur le projet de déménagement). Le juge adopte donc une solution contraire à celle retenue par le tribunal administratif de Montreuil puisqu'il conclut à l'existence d'une obligation d'information et de consultation spécifique en matière environnementale, au titre de l'article L. 2312-8 du Code du travail.

55 - Ce faisant, les juges semblent privilégier l'intention du législateur, qui transparaît dans l'étude d'impact de la loi Climat, à l'analyse littérale des textes. Ces premières décisions forcent à constater que les juges du fond auront des divergences d'interprétation sur le principe même de l'obligation d'information et de consultation du comité social et économique sur les conséquences environnementales d'une opération donnant lieu à consultation. Ainsi, le tribunal de Cergy-Pontoise se réfère aux attributions générales du comité social

et économique pour fonder l'obligation d'information et de consultation tandis que celui de Montreuil se fonde, pour y faire échec, sur l'absence de modification par la loi Climat des dispositions relatives aux consultations ponctuelles. S'il est difficile de préjuger de ce que sera la position adoptée par le Conseil d'État, d'autres décisions, rendues notamment par les cours d'appel, permettront sans doute de faire avancer ce débat à fort enjeu pour les entreprises. L'enjeu n'est en rien théorique puisqu'il tient à la régularité des procédures d'information et de consultation du comité social et économique dans le cadre des procédures de licenciement pour motif économique et en conséquence à la légalité des décisions administratives prises pour l'application des dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi.

56 - Un même enjeu est révélé à l'égard des obligations de l'employeur en matière de prévention des risques pour la santé, la sécurité et les conditions de travail.

2° Le contrôle des obligations de l'employeur en matière de prévention des risques pour la santé, la sécurité et les conditions de travail

57 - Textes. – La question du contrôle par l'administration du respect par l'employeur de ses obligations en matière de prévention des risques lors de la mise en œuvre des procédures de licenciement pour motif économique s'est posée. Le contrôle des mesures nécessaires procède lui aussi, au moins en partie, de textes postérieurs à la loi du 14 juin 2013. Ainsi, l'article 20 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail a prévu la consultation sur « le cas échéant, les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail ». De plus, l'article L. 4121-1 du Code du travail prévoyait que l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs par des actions de prévention, d'information, de formation, de mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

58 - RPS et restructurations. – Les réorganisations d'entreprises, singulièrement lorsqu'elles entraînent des licenciements économiques, sont le cas échéant susceptibles de porter des risques. Ainsi, l'un des premiers sujets ayant fait l'objet d'un débat s'agissant de la détermination du juge compétent est celui du contrôle des conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail. Très rapidement le juge judiciaire a été saisi de demandes tendant à obtenir la suspension de l'élaboration ou de la mise en œuvre de projets de restructuration au motif que l'employeur aurait manqué à l'obligation de sécurité qui lui incombe en application de l'article L. 4121-1 du Code du travail de telle sorte que le bloc de compétences a fait l'objet d'une offensive de grande envergure sur le thème des conditions de travail et des risques psychosociaux.

59 - Tribunal des conflits. – Par une décision de principe du 6 juin 2020⁵², le Tribunal des conflits a jugé que : « Dans le cadre d'une réorganisation qui donne lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'autorité administrative de vérifier le respect par l'employeur de ses obligations en matière de prévention des risques pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ; à cette fin, elle doit contrôler tant la régularité de l'information et de la consultation des institutions représentatives du personnel que les mesures auxquelles l'employeur est tenu en application de l'article L. 4121-1 du Code du travail au titre des modalités d'application de l'opération projetée (...) ». Si cette décision a tranché de façon définitive la question de la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif en cette matière, l'Administration et le juge administratif étant seuls compétents pour contrôler le respect par l'employeur de son obligation de sécurité dans le cadre d'un plan

51. TA Cergy-Pontoise, 10 mars 2022, n° 2115613 : JCP S 2022, 1100, note A. Casado.

52. T. confl., 8 juin 2020, n° 4189 : JurisData n° 2020-010021.

de sauvegarde de l'emploi, la question de l'étendue du contrôle opéré par l'administration restait posée.

60 - Portée du contrôle. – Deux décisions récentes du Conseil d'État en date du 21 mars 2023⁵³ apportent une première réponse à propos de plans établis par un document unilatéral de l'employeur.

Il résulte de ces arrêts que le contrôle s'exerce sous deux aspects, qui reprennent d'ailleurs ceux définis par le Tribunal des conflits. En premier lieu, il incombe à l'Administration de vérifier que l'employeur a adressé au comité économique et social des éléments relatifs à l'identification et à l'évaluation des conséquences de la réorganisation de l'entreprise sur la santé ou la sécurité des salariés, ainsi que, en présence de telles conséquences, les actions arrêtées pour les prévenir et protéger les salariés. En second lieu, il lui appartient de vérifier « *dès lors que la réorganisation présente des risques pour la santé ou la sécurité des travailleurs, si l'employeur a arrêté des actions pour y remédier et si celles-ci correspondent à des mesures précises et concrètes (...) qui, prises dans leur ensemble, sont, au regard de ces risques, propres à les prévenir et à en protéger les travailleurs* ».

61 - Prérogatives de l'Administration. – Plusieurs points méritent à cet égard d'être relevés. Tout d'abord, le débat s'inscrit dans le cadre des prérogatives légales reconnues à l'Administration tout au long de la procédure : l'Administration doit porter son appréciation au regard des éléments d'identification et d'évaluation des risques, des débats qui se sont déroulés devant les instances de représentation, des échanges d'informations et des observations et injonctions éventuelles formulées.

62 - Mesures précises et concrètes. – Ensuite, l'Administration doit porter son appréciation sur des mesures, lorsqu'elles sont nécessaires, précises et concrètes élaborées par l'employeur en matière de prévention des risques lesquelles doivent être « *prises dans leur ensemble* ». Cette formule est directement reprise de celle relative à l'appréciation globale du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui porte également sur les mesures précises et concrètes du plan « *prises dans leur ensemble* »⁵⁴. C'est également la formule utilisée par le Conseil d'État pour l'appréciation globale de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité social et économique⁵⁵. Si ce n'est pas un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, c'est au moins un contrôle global qui laisse à l'autorité administrative et au juge une certaine liberté d'appréciation. Il appartient en effet à l'Administration d'apprécier si les mesures précises et concrètes prises par l'employeur sont, dans leur ensemble, « *propres* » à prévenir les risques et en protéger les salariés. Cette expression n'apparaît pas impliquer un contrôle de proportionnalité des mesures prises par rapport aux risques identifiés. C'est un contrôle de la nécessité des mesures, non un contrôle de leur suffisance ou de leur proportionnalité.

63 - Contrôle de nécessité. – Le Conseil d'État a donc bien consacré un contrôle de nécessité des mesures. Il n'a ainsi pas limité le contrôle à une simple vérification de la seule présence de mesures en matière de prévention des risques professionnels et à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il s'est prononcé en faveur de ce que le rapporteur public appelait dans ses conclusions « *un contrôle de nécessité* », par opposition à « *un contrôle de suffisance* » des mesures. Les mesures nécessaires doivent être présentes, et la teneur de celles-ci est sans lien avec la situation ou les moyens de l'entreprise ou du groupe, à la différence de celle des mesures du plan lui-même, car

l'obligation dont ces dernières procèdent n'est pas une obligation relative.

64 - Deux éléments permettent de compléter la présentation de ce contrôle dit de « nécessité ». D'une part, les deux arrêts précisent bien qu'ils portent sur « *le contrôle par l'autorité administrative des obligations de l'employeur en matière de prévention des risques pour, durant la réorganisation de l'entreprise, assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » : ils soulignent donc clairement que l'obligation de sécurité de l'employeur ne produit ici ses effets que durant la réorganisation de l'entreprise. Au-delà de celle-ci, c'est l'obligation générale de sécurité qui reprend ses droits. D'autre part, le dispositif des deux affaires, qui ont été retenues comme affaires de principe pour tracer les limites du contrôle de l'Administration, est lui aussi très éclairant, puisque dans l'une d'entre elles, le document unilatéral ne comportait aucune mesure de nature à protéger des salariés des conséquences sur leur santé physique ou mentale de la cessation de l'activité de l'entreprise et, dans l'autre, l'Administration n'avait procédé à aucun contrôle du contenu du document unilatéral pour vérifier le respect par l'employeur de ses obligations en matière de prévention des risques. Comme on le comprend aisément dans l'un et l'autre cas, l'annulation de la décision d'homologation s'imposait. Ces deux arrêts semblent en définitive nouvellement définir un cadre équilibré pour le contrôle des obligations de l'employeur en matière de prévention des risques.

L'essentiel à retenir

- L'accord national interprofessionnel, puis la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi ont permis de sécuriser le droit du licenciement économique, s'agissant notamment des « grands licenciements » et de contrer le grief lié à la complexité du contentieux par un meilleur dialogue entre l'Administration, l'entreprise et les représentants du personnel avant validation du plan de sauvegarde de l'emploi.
- Les contrôles de l'Administration ont été renouvelés, permettant de faire évoluer le contentieux, mais ont également fait émerger de nouvelles questions telles que celles relatives au contrôle de représentativité des organisations syndicales signataires des accords portant un PSE, et celles relatives à la motivation des décisions de l'Administration et au contrôle de leur légalité.
- La cohabitation du juge judiciaire et du juge administratif en matière de contentieux du licenciement collectif pour motif économique a nécessité la mise en place d'un bloc de compétence fixé par le législateur. La répartition des compétences a ensuite été précisée grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation et le Conseil d'État.
- La question de la répartition des compétences en matière de respect par l'employeur de son obligation de sécurité dans le cadre d'un PSE a été tranchée par le tribunal des conflits en faveur du juge administratif. Par ailleurs, le contrôle des obligations de l'employeur en matière de prévention des risques professionnels lors de la mise en œuvre des procédures de licenciement pour motif économique a vu la consécration d'un « contrôle de nécessité » des mesures par le Conseil d'État, s'opposant à un « contrôle de suffisance » de ces mesures, et pouvant justifier l'annulation par le juge administratif d'une décision d'homologation.

53. CE, 21 mars 2023, n° 460660 et n° 460924. – CE, 21 mars 2023, n° 450012 : JCP S 2023, act. 112.

54. CE, ass., 22 juill. 2015, n° 383481, Sté Calaire Chimie : JurisData n° 2015-017638.

55. CE, 30 mai 2022, n° 455276

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 31-2 et 31-3, par Patrick Morvan
AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : Fiche pratique n° 624 : Procéder à des licenciements pour motif économique (moins de dix salariés). – Fiche pratique n° 4601 : Procéder à des licenciements pour motif économique (dix salariés et plus). – Lexis Pratique Social, fasc. S-1650