

# Semaine sociale Lamy

www.wk-rh.fr

## Ordre des licenciements

# RECHERCHE PÉRIMÈTRE DÉSESPÉRÉMENT

Les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre au niveau de l'entreprise. Un accord collectif d'entreprise ou conclu à un niveau plus élevé peut en décider autrement.

**Jérôme Watrelot**, Avocat associé, cabinet  
Chassany-Watrelot

**Pierre Masanovic**, Avocat associé, SCP  
Antigone avocats

## Sommaire

### 2 Éditorial

Vous avez dit sécurisation ?

### 2 Actualités

- Pour le CESE, la prévention des RPS doit être renforcée
- Aux obligations de reclassement, les employeurs peu reconnaissants

**Nicolas C. Sauvage**, Avocat associé, Cabinet Reed Smith LLP

**Marie Delmotte**, Juriste en droit social, Cabinet Reed Smith LLP

### 5 Forum dossier

- Le périmètre d'application de l'ordre des licenciements
- Une solution ingérable ?
- Une solution qui n'est pas illogique

### 8 Forum

Forfaits en jours : conditions de validité et recours. *Première partie*

**Bernard Boubli**, Conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation, Avocat associé Capstan

### 12 Jurisprudence

Première illustration d'une discrimination homophobe

### 16 Indicateurs économiques



**LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE.** Les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre au niveau de l'entreprise. Un accord collectif d'entreprise ou conclu à un niveau plus élevé peut en décider autrement.

# Le périmètre d'application de l'ordre des licenciements

**C'**est un rescapé. Voué, dans un premier temps, à l'audience de non-admission, l'arrêt Sony fut « repêché » en formation ordinaire où il a bénéficié de deux audiences, les magistrats n'arrivant pas à se mettre d'accord sur la rédaction de la décision. Fait exceptionnel devant la Cour de cassation, il a été plaidé à deux reprises. Après une telle obstination, on s'attendait à une décision innovante. Certes, elle bénéficie d'une publication au bulletin mais elle ne fait que confirmer un arrêt rendu il y a trois ans dans une grande discrétion (*Cass. soc.*, 10 févr. 2010, n° 08-41.109, *Valaubrac*).

## ENTREPRISE À STRUCTURE COMPLEXE

Lorsqu'une entreprise est à établissements multiples et qu'elle ferme l'un de ses sites, à quel niveau doivent s'appliquer les critères d'ordre des licenciements? La société Sony faisait valoir qu'une application au niveau de l'établissement était souhaitable dans l'intérêt même des salariés. Elle avait le mérite d'éviter, d'une part, la désignation de salariés travaillant dans d'autres établissements, d'autre part, des propositions de mutations de collaborateurs du site promis à la fermeture dans des établissements très éloignés géographiquement. De fait, la question est régulièrement posée en pratique. La réponse de la Cour de cassation est en deux temps.

- Elle rappelle d'abord le principe selon lequel « *les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise* ». La règle vaut également lorsque seul un établissement est visé par les suppressions d'emploi, voire fait l'objet d'une fermeture. Elle s'inscrit dans une jurisprudence constante depuis 1993, qui a fait le choix du niveau de l'entreprise (*Cass. soc.*, 24 mars 1993, n° 90-42.002; 6 mai 2006, n° 04-45.880), s'attirant les critiques de la doctrine (« *L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples* », M. Despax, *Dr. soc.* 1994, p. 243; P.-Y. Verkindt, *Gaz. Pal.*, 17 janv. 1999, p. 76).

La Cour de cassation pouvait-elle assouplir sa jurisprudence et retenir le niveau de l'établissement? Elle ne pouvait le faire que sous conditions car une entreprise, particulièrement lorsqu'elle est découpée en établissements proches géographiquement, doit se voir appliquer la règle. La difficulté tenait dès lors à ciseler l'exception. Pour admettre le niveau de l'établissement, fallait-il retenir l'éloignement géographique entre établissements, l'éclatement des activités, l'hétérogénéité des catégories professionnelles représentées dans les établissements? La solution était manifestement difficile à concevoir. C'est donc aux partenaires sociaux, acteurs de terrain, qu'il revient d'en décider.

- La Cour de cassation affirme dans un second temps qu'un accord collectif peut décider du périmètre d'application des critères d'ordre, à condition qu'il ait été conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau supérieur. Par conséquent, le niveau de l'établissement est exclu.

Dans l'affaire Sony, l'entreprise ne disposait pas d'un tel accord. La société n'ayant pas appliqué de critères d'ordre des licenciements dans la mesure où tous les postes de l'établissement de Dax étaient supprimés, elle est condamnée à payer des dommages-intérêts aux salariés pour violation de l'ordre des licenciements. Nous consacrons un dossier sur un sujet hautement pratique avec Jérôme Watrelot, Avocat de la société Sony France, et Pierre Masanovic, Avocat au barreau de Lyon. ■

► *Cass. soc.*, 15 mai 2013,  
n° 11-27.458 P + B  
Françoise Champeaux

**5 Avant-propos**  
Françoise Champeaux

**6 Une solution ingérable?**  
Entretien avec  
Jérôme Watrelot,  
avocat associé,  
Cabinet Chassany-Watrelot

**7 Une solution qui n'est pas illogique**  
Entretien avec  
Pierre Masanovic,  
avocat associé,  
Cabinet Rhône avocats

Pour accéder à ce dossier [www.wk-rh.fr](http://www.wk-rh.fr)



# Une solution ingérable ?

Entretien avec  
**Jérôme Watrelot**  
Avocat associé,  
cabinet Chassany-Watrelot

**Semaine sociale Lamy :**  
*Quel regard portez-vous sur l'arrêt Sony ?*

**Jérôme Watrelot :** Un regard critique même si cette décision ne constitue pas à proprement parler une surprise. La chambre sociale

ne fait qu'entériner la jurisprudence Valaubrac (Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-41.109) qui refusait déjà à un accord d'établissement la possibilité de limiter l'application des critères d'ordre des licenciements aux seuls salariés de l'établissement concerné par les suppressions d'emploi. L'arrêt Sony confirme cette position sous forme d'un attendu de principe qui précise que le périmètre d'appréciation des critères d'ordre doit être l'entreprise, à moins qu'un accord conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau supérieur en dispose autrement. Cette décision est publiée, ce qui n'était pas le cas de la décision Valaubrac. La règle est posée de façon lapidaire, ce qui est à tout le moins décevant.

## Pourquoi ?

**J. W. :** Il avait été développé dans les moyens à l'appui du pourvoi qu'avant la recodification de 2008, l'article L. 321-1-1 alinéa 1 disposait que « *dans les entreprises ou établissements, en cas de licenciement collectif pour motif économique, à défaut de convention ou accord collectif de travail applicable, l'employeur définit, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements* ». Cette rédaction laissait clairement entendre que l'établissement pouvait être le cadre d'appréciation des critères d'ordre. La référence à l'entreprise ou l'établissement a certes disparu de l'article L. 1233-5 issu de la recodification, mais le principe de recodification à droit constant impliquait que ce choix demeure. Or, l'arrêt ne répond pas à ce moyen.

*La Cour de cassation ne prendrait donc pas suffisamment en compte la spécificité des entreprises à structure complexe ?*

**J. W. :** À l'évidence, non. La solution retenue souffre d'une deuxième critique au plan juridique. L'article L. 1233-9 du Code du travail prévoit en effet que « *dans les entreprises dotées d'un comité central d'entreprise, l'employeur réunit le comité central et le ou les comités d'établissement intéressés* ». Autrement dit, le législateur a considéré que les comités des établissements non impactés par le projet de licenciement n'avaient pas à être consultés. Or, fixer

comme principe que l'appréciation des critères doit être effectuée au niveau de l'entreprise revient à vider de leur sens les dispositions de cet article. En effet, tout projet de licenciement, y compris lorsqu'il ne concerne qu'un seul établissement, devrait nécessiter la consultation de tous les comités d'établissement puisque, par principe, chacun d'entre eux sera susceptible d'être « *intéressé* » par le seul jeu des critères d'ordre des licenciements.

*Votre principale critique porte sur l'application pratique d'une telle jurisprudence.*

**J. W. :** La position de la Cour de cassation soulève des difficultés pratiques d'application qui peuvent parfois paraître insurmontables, et les salariés eux-mêmes ont du mal à comprendre la logique d'un tel raisonnement. Le souci de protection des salariés ne peut pas être mis en avant puisqu'une application littérale du principe pourrait même conduire à des licenciements en cascade. En appliquant les critères d'ordre au niveau de l'entreprise, la solution de l'arrêt Sony conduit à désigner des salariés d'un autre établissement que celui visé par la fermeture alors même que les salariés de cet établissement, non désignés par l'application des critères d'ordre, n'envisagent pas un seul instant d'accepter de déménager vers un établissement souvent éloigné du précédent. En l'espèce, les salariés de l'établissement de Dax avaient presque unanimement fait savoir à la cellule de reclassement qu'ils ne voulaient pas aller travailler dans les établissements parisiens ou encore alsaciens de l'entreprise. Au final, leur refus aurait tout de même conduit à leur licenciement tout en générant l'inquiétude de certains salariés des établissements éloignés de celui promis à la fermeture.

*La seule solution est de conclure un accord d'entreprise ou à un niveau plus élevé.*

**J. W. :** Certes, mais il est très difficile d'aboutir à un accord dans un tel moment de crise. Demander à une organisation syndicale de restreindre le périmètre d'appréciation des critères d'ordre au seul établissement concerné par les licenciements, c'est un peu lui demander d'acter l'absence de solidarité entre les salariés de l'entreprise, ce n'est pas son rôle.

*La loi sur la sécurisation de l'emploi règle-t-elle le problème ?*

**J. W. :** La nouvelle loi va permettre de conclure un accord collectif sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et le futur article L. 1233-24-2 précise que cet accord pourra également porter sur « *la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements* ». Or l'accord dont il est question



nécessite pour entrer en vigueur qu'il ait été conclu avec une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli 50 % des suffrages exprimés. La question sera donc de savoir si l'accord collectif auquel fait référence la Cour de cassation pourra être différent de celui visé par la nouvelle loi, ce qui aurait pour conséquence

de le soumettre aux règles classiques de la négociation collective (validité de l'accord conclu avec une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli 30 % des suffrages exprimés, sous réserve du droit d'opposition). La réponse à cette question n'est donc pas neutre. ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux et Agathe Marcon

## Une solution qui n'est pas illogique

**Semaine sociale Lamy :** *Quel est le « bon » périmètre d'appréciation de l'ordre des licenciements ?*

**Pierre Masanovic :** Sur la thématique de l'ordre des licenciements, le Code du travail ne dispose que d'un seul article circonscrit à la détermination des critères d'ordre. Lorsque la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question du périmètre, elle a décidé que le périmètre d'appréciation était celui de l'entreprise. Un seul arrêt publié existe, celui du 24 mars 1993 (n° 90-42.002). D'autres décisions non publiées ont repris la formulation de cet arrêt.

*Le choix du périmètre est plus délicat s'agissant d'une entreprise à structure complexe.*

**P. M. :** En pratique, ces entreprises sont susceptibles de faire une application des critères d'ordre choisis à des niveaux très inférieurs à celui de l'entreprise. La notion d'établissement n'étant pas certaine en droit du travail, le périmètre d'application de l'ordre des licenciements se situe parfois au niveau d'unités de production, d'ateliers, de services... Cela peut alors conduire à des situations frauduleuses dans la mesure où des salariés que l'on veut voir partir sont affectés dans l'unité dont la fermeture a été décidée. Le choix d'un cadre d'appréciation de critères à un niveau trop restreint est une source de conflit. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a choisi l'entreprise comme cadre d'appréciation des critères déterminant l'ordre des licenciements, la suppression du poste occupé par le salarié ne devant pas conduire nécessairement à son licenciement.

*Comment faut-il raisonner lorsque l'entreprise ferme un site ?*

**P. M. :** C'est l'hypothèse de l'arrêt Sony qui ferme un établissement très éloigné géographiquement des autres. Si l'on part du principe que le cadre d'appréciation est celui de l'entreprise, l'application des critères d'ordre devient complexe. L'ordre des licenciements est une décision antérieure à la mise en œuvre des licenciements, et donc à la question des reclassements. On doit alors définir des catégories

professionnelles valables au niveau de l'entreprise, et non de l'établissement. Une fois que l'ordre des licenciements est établi et que l'on aboutit à licencier un salarié qui se trouve dans un établissement non concerné par la fermeture, cela suppose que celui qui est affecté dans cet établissement accepte le principe d'une mobilité, qu'il peut refuser. Il pourra alors être licencié. Le mieux serait alors de vérifier si ceux qui ne sont pas désignés par les critères d'ordre sont volontaires au départ. La difficulté pratique qui existe n'est donc pas insurmontable. À l'inverse, la proximité de différents établissements doit pouvoir conduire à une situation qui n'est pas la prise en compte de l'entreprise ou de l'établissement, mais de plusieurs établissements. Dans l'arrêt Valaubrac du 10 février 2010 (n° 08-41.109), un accord d'établissement désignait l'établissement comme cadre d'appréciation des critères d'ordre. Mais la Cour de cassation refuse qu'un tel accord soit négocié à ce niveau. Restait en suspens la question de savoir si un accord d'une autre nature pouvait modifier le périmètre de fixation des critères.

*L'arrêt Sony règle ce problème.*

**P. M. :** L'arrêt du 15 mai autorise la négociation d'un tel accord mais exige que le niveau de l'accord soit nécessairement supérieur à celui de l'établissement concerné. Il peut donc s'agir de l'entreprise, du groupe, de l'UES ou de la branche. Cette solution n'est pas illogique. Elle donne à l'accord toute latitude pour fixer le périmètre, qui ne sera donc pas forcément celui de l'entreprise. Il pourra s'agir d'un, voire de deux établissements ou des établissements dans un rayon géographique déterminé ou ayant des activités ou types d'emploi très similaires ou très comparables. Des difficultés pratiques pourront néanmoins se poser, notamment en cas d'opposition syndicale entre établissements. ■

Propos recueillis par F. C. et A. M.

Entretien avec  
**Pierre Masanovic**  
Avocat associé,  
SCP Antigone avocats