

N° 387798
Comité central d'entreprise
FNAC Codirep et autre

4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 11 mai 2016
Lecture du 30 mai 2016

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

1- Cette affaire est de celles dans lesquelles on aimerait mieux ne pas avoir à endosser l'habit de juge du fond dans un domaine destiné à être laissé à son appréciation souveraine. Il s'agit de contrôler les contours des catégories professionnelles concernées par un projet de grand licenciement économique, au sein desquelles doivent ensuite être appliqués les critères d'ordre fixés en vue d'identifier les salariés à licencier.

En l'occurrence, ce grand licenciement économique est celui qui a été envisagé en 2013 pour 39 salariés en vue de diminuer les effectifs de vendeurs au sein de la filière disques de la société Fnac Codirep, qui est, de celle des cinq entreprises du groupe Fnac, celle qui regroupe douze magasins de région parisienne hors Paris. Et la question délicate à laquelle vous n'échapperez pas si pensez comme nous que la cassation est inévitable, est de savoir si les vendeurs de disques constituent une catégorie professionnelle distincte, ou s'ils font partie d'une catégorie professionnelle plus vaste, telle que celle des vendeurs de produits éditoriaux, dans laquelle entreraient également les vendeurs de livres.

Contrairement à la Fnac Relais, qui regroupe les magasins de province, la Fnac Codirep n'est parvenue à conclure un accord collectif majoritaire que partiel, sur les mesures du plan de sauvegarde de l'emploi. Les autres éléments soumis à décision administrative, parmi lesquels la désignation de la catégorie professionnelle touchée par les licenciements, ont dû être adoptés par un document unilatéral de l'employeur.

C'est donc une double décision administrative qui a dû être prise, de validation de l'accord collectif majoritaire et d'homologation du document unilatéral le complétant. Cette décision double se présente en un instrument unique comportant deux articles. Seul l'article 2, d'homologation, a fait l'objet d'un recours du comité central d'entreprise et d'une salariée, qui a été rejeté tant en première instance qu'en appel. Les intéressés se pourvoient régulièrement en cassation.

2- Le pourvoi est fondé car la cour a entaché son arrêt d'une insuffisance de motivation ou d'une dénaturation en répondant au moyen soulevé devant elle – les deux sont soulevés.

Les requérants soutenaient en effet en appel que la catégorie professionnelle concernée par les licenciements, telle que définie par le document unilatéral, était illégalement restrictive dans la mesure où, en n'étant constituée que des seuls salariés affectés à la vente de disques, elle n'incluait pas comme elle le devait l'ensemble des salariés exerçant des fonctions de même

nature au sein de l'entreprise. C'est ce moyen délicat qui pourra susciter votre hésitation au stade du règlement au fond.

La cour, en effet, n'y a pas répondu de façon satisfaisante. Elle a jugé que la définition de la catégorie professionnelle retenue « *avait précisément pour objet d'éviter que les salariés ne soient concernés par le dispositif qu'eu égard seulement à leur affectation à la filière des disques ou à celle des produits éditoriaux dans le magasin de Bercy* ». Il faut préciser à ce stade que le magasin de Bercy, ouvert en 2012, avait innové en affectant contractuellement les salariés aux « produits éditoriaux », sans distinguer comme les autres magasins l'affectation contractuelle entre la filière « livres » et la filière « disques », cette dernière filière, qui nous intéresse aujourd'hui, regroupant à la fois la vente de disques audio, vidéo et de jeux.

De deux choses l'une.

Soit la cour a ainsi répondu au moyen et alors elle a dénaturé les pièces du dossier, qui montrent que l'objectif a précisément été de définir la catégorie professionnelle d'une manière qui rende certain de ne licencier que des salariés affectés à la vente de disques. A tel point que tout le débat, jusqu'en première instance, n'avait porté que sur la question de la pertinence des critères choisis pour parvenir à cet objectif.

Soit – et c'est plutôt ainsi que nous comprenons l'arrêt – la cour n'a répondu, ce faisant, qu'à cet autre débat-là, qui avait survécu jusqu'en appel, de la pertinence des critères choisis pour parvenir à dessiner ces contours-là à la catégorie professionnelle. Mais elle n'a pas répondu au moyen, nouveau en appel, qui consistait à critiquer les contours eux-mêmes.

Une fois l'arrêt cassé, il vous faudra donc pour votre part y répondre. Nous vous invitons à le faire tout de suite, en réservant les fins de non-recevoir soulevées.

3- Il est nécessaire pour ce faire de s'étendre davantage sur cette notion de « catégorie professionnelle ».

Comme nous avons déjà eu l'occasion de vous l'expliquer en concluant sur l'affaire *Mory-Ducros* (7 décembre 2015 n° 386582 à mentionner aux Tables), le motif économique de licenciement ne devant pas être un motif personnel, il importe que la désignation du salarié à licencier pour motif économique soit opérée de façon objective. C'est pourquoi des critères d'ordre, tels que les charges de famille ou l'ancienneté, sont fixés dans les licenciements économiques collectifs et appliqués dans un certain périmètre géographique. Dans l'affaire *Mory-Ducros*, vous avez jugé que, jusqu'à ce que la loi du 6 août 2015 dite « Macron » en dispose autrement, ce périmètre ne pouvait être inférieur à l'entreprise s'il était fixé unilatéralement par l'employeur.

En revanche, les critères d'ordre ne sauraient être appliqués à l'ensemble des salariés dans ce périmètre, faute de quoi la suppression d'un emploi de secrétaire pourrait aboutir à licencier un chauffeur ou le directeur de la communication. La Cour de cassation juge donc depuis longtemps qu'il faut les appliquer à la seule catégorie professionnelle à laquelle appartiennent les emplois supprimés (Soc. 30 juin 1993 *société mutualiste du personnel des CPAMIF* n° 91-43426 Bull. civ. 1993 V n° 188), l'idée étant que le choix n'est ouvert qu'entre des personnes permutablement entre elles.

La chambre sociale a précisé, par un arrêt *société des Grands magasins de la Samaritaine* du 13 février 1997 (n° 95-16648 Bull. civ. 1997 V n° 63) que « *la notion de catégories professionnelles qui sert de base à l'établissement de l'ordre des licenciements concerne l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* ». Par la suite, elle a eu l'occasion de donner des indications sur la façon de l'appliquer.

La catégorie professionnelle doit ainsi être définie en considération des fonctions exercées par les salariées et non de leur affectation à la branche d'activité ou du service dans lequel des emplois sont supprimés (Soc. 28 septembre 2010 *Mendola c/ Sté Sopren* n° 09-65118 diffusé). Elle ne doit pas revêtir un caractère artificiel et opportuniste mais être justifié par une différence dans les fonctions exercées et dans la formation leur correspondant (Soc. 6 mars 2007 *fédération nationale des personnels des sociétés d'études, de conseil et de prévention CGT* n° 05-16495 inédite au bulletin).

Le rattachement d'un salarié à une catégorie professionnelle doit s'opérer d'une façon conforme à ses attributions (Soc. 30 juin 1993 *M. Jegouic* n° 90-40174 inédite au bulletin). Il peut découler des prévisions sur ce point de la convention collective (Soc. 16 mars 2005 *société Filatures des Salvages* n° 02-45753 Bulletin 2005 V N° 93 p. 81).

Le fait d'être à temps plein ou à temps partiel ne caractérise pas une différence de catégorie professionnelle si les compétences professionnelles sont les mêmes, alors même que le salarié à temps plein effectuerait de ce fait certaines tâches que n'effectue pas le salarié à temps partiel, (Soc. 3 mars 1998 *Patron c/ Sté Laboratoire Carillon-Clavel* Bull. civ. V n° 113 ; Soc. 23 novembre 2011 *Sté Ucca Les Vignerons des Coteaux du Pont-du-Gard c/ Lampetro* n° 10-39768 diffusé). Le fait d'exercer une activité d'usinage sur des machines de générations différentes ne justifie pas de distinguer deux catégories professionnelles si les fonctions exercées sont similaires et si le pilotage de l'une ou l'autre des machines ne nécessite pas une formation de base spécifique ou une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation (Soc. 27 mai 2015 *Sté Rep international* n° 14-11688, à publier au Bulletin).

En revanche, des journalistes exerçant leurs fonctions dans différents pays constituent une seule catégorie professionnelle au sein de laquelle doivent être mis en œuvre les critères d'ordre des licenciements dès lors que l'apprentissage d'une langue et la connaissance de la culture, de l'économie et de la politique d'un pays excèdent la simple adaptation à l'évolution des emplois (Soc. 23 mars 2011 *Société Radio France Internationale* n° 09-71.599 diffusé).

Les catégories professionnelles font partie des éléments soumis par la loi à l'information et consultation du comité d'entreprise (article L. 1233-31) et sur lesquels elle permet à un accord collectif majoritaire de porter, en plus du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, tout comme d'ailleurs le nombre de suppressions d'emploi ou la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements (article L. 1233-24-2). En ce cas, la latitude ouverte aux parties signataires est grande puisque l'administration ne les contrôle pas lors de sa décision de validation (article L. 1233-57-2).

En revanche, si l'accord ne porte pas sur les catégories professionnelles, celles-ci doivent être définies par l'employeur dans son document unilatéral (article L. 1233-24-4) et l'administration les contrôle pleinement lors de sa décision d'homologation, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir (article L. 1233-57-3). C'est ce qui s'est passé en l'espèce et vous devez donc décider aujourd'hui de la façon du contenu que vous donnerez à cette notion.

Les difficultés que la notion soulève évoquent celles dont nous vous avons parlé dans l'affaire *Mory-Ducros* s'agissant du périmètre d'application des critères d'ordre. Il est d'autant plus difficile à concevoir pour les salariés que la suppression d'un emploi conduise à licencier une personne autre que celle qui l'occupe que le salarié touché « par ricochet » apparaît éloigné de l'emploi supprimé. Et, à l'extrême, si celui qui occupait l'emploi supprimé refuse sa mutation, ce sont en définitive deux salariés qui peuvent perdre leur emploi au lieu d'un.

L'effet contre-intuitif voire contre-productif de l'application des critères d'ordre par catégories professionnelle est cependant moindre que leur application dans le périmètre de l'entreprise. La notion est donc moins critiquée en doctrine, même s'il a été reproché à la jurisprudence de la chambre sociale de ne pas permettre la prise en compte de l'affectation à une filière ou de la formation « sur le tas » (voir, sur ce point, le juriscasseur Droit du travail fasc. 31-2 licenciement pour motif économique point 13). La tentation existe néanmoins de définir des catégories professionnelles étroites, qui, au mieux, font supporter les conséquences des suppressions de postes aux seuls salariés qui les occupent et, au pire, ciblent la personne à licencier.

Sans minorer les difficultés d'application que soulève la notion de catégorie professionnelle, nous ne vous proposons pas de vous écarter de la définition de la chambre sociale, que le législateur a endossée en prévoyant qu'elle soit fixée par l'accord collectif ou le document unilatéral et sur laquelle il n'a montré aucune volonté de revenir, y compris lorsqu'il est intervenu par la loi dite Macron sur le périmètre d'application des critères d'ordre. Utilisée depuis vingt-cinq ans, cette notion est connue, quoique encore entourée d'un certain flou compte tenu de l'appréciation souveraine laissée par la Cour de cassation aux juges du fond (Soc. 2 avril 2008 *Union départementale des associations familiales de l'Oise* n° 07-40572 diffusé), comme nous pensons que vous devriez également leur laisser. Cette affaire montre combien les appréciations à porter sur les contours choisis sont d'espèce, délicates. Mais, de ce fait-même, la soupape la plus apte à parvenir au juste équilibre, propre à chaque entreprise, et à préserver tant les intérêts de l'employeur que celui des salariés est la conclusion sur ce point d'un accord d'entreprise, celui-ci étant au surplus, rappelons-le, libre de tout contrôle de l'administration et du juge.

En l'absence en revanche d'accord collectif sur ce point, la solution la moins hasardeuse en termes de sécurité juridique reste de vous inscrire dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation. La notion de catégorie professionnelle trouve d'autres applications en droit du travail, ce qui ne vous permettrait pas de cantonner une interprétation propre au juge administratif. Le lien est fort par ailleurs entre la catégorie professionnelle au sein de laquelle sont appliqués les critères d'ordre de licenciement et les postes de l'entreprise susceptibles d'être accessibles au reclassement puisque la Cour de cassation juge que relèvent de la même catégorie professionnelle des fonctions qui ne nécessitent pas une formation de base spécifique ou une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation.

4- Si vous appliquez à la présente affaire la notion telle qu'elle est définie par la jurisprudence judiciaire, vous en concluez que l'administration ne pouvait légalement homologuer la catégorie professionnelle retenue, restreinte aux seuls vendeurs de disques.

Il ressort en effet des pièces du dossier que cette délimitation a été uniquement, ouvertement et presque candidement faite de façon à ce que soient seuls touchés par les licenciements les

vendeurs affectés à la vente de disques. Or, toute la jurisprudence judiciaire a précisément été bâtie pour proscrire que la définition d'une catégorie professionnelle soit liée à l'affectation des salariés, *a fortiori* à leur affectation au service faisant l'objet de la restructuration. Une telle corrélation n'est admise que si cette affectation traduit en réalité l'exercice de fonctions qui, compte tenu de la formation spécifique y conduisant, ne peuvent être regardées comme exercées également par les salariés d'autres services.

Etait-ce le cas en l'espèce ? Doit-on considérer qu'un vendeur aux rayons disques à la Fnac Codirep exerce des fonctions de même nature qu'un vendeur aux rayons livres (auquel cas la catégorie professionnelle serait en réalité les vendeurs de produits éditoriaux), voire qu'un vendeur aux rayons techniques (auquel cas la catégorie professionnelle couvrirait l'ensemble des vendeurs) ? C'est sur ce point qu'il y a matière à hésiter.

Il est vrai qu'il ressort des pièces du dossier qu'en pratique, les vendeurs de la Fnac Codirep sont affectés de façon permanente à une filière – disques, livres, produits techniques -, et même contractuellement, dans onze des douze magasins. S'il leur arrive de vendre aussi dans d'autres rayons, c'est dans la majorité des cas pour pallier un besoin ponctuel, les salariés réellement polyvalents étant l'exception. La société fait valoir que cette affectation permanente leur permet d'acquérir « sur le tas » une compétence particulière dans leur filière d'affectation. Cette compétence est valorisée par l'entreprise auprès des clients et les salariés y sont eux-mêmes attachés. C'est ainsi que, lors de l'ouverture du magasin de Bercy en 2012, la société a dû rassurer les salariés sur le fait que la création d'une affectation contractuelle globale aux « produits éditoriaux » et non plus aux seuls disques ou livres seraient « pour l'instant » sans conséquence particulière.

Pour autant, rappelons-le, l'identité de fonctions caractérisant une catégorie professionnelle se mesure à la différence de formation professionnelle des salariés, qu'elle intervienne au moment du recrutement ou qu'elle excède ensuite l'obligation d'adaptation de l'employeur.

A ce titre, les acquis de l'expérience peuvent jouer à condition qu'ils soient susceptibles d'être capitalisés d'une façon qui permette de les assimiler à une différence de formation. La chambre sociale a admis que des connaissances de fond prédominent sur la nature des fonctions (cf le précédent *RFI* mentionné ci-dessus), lorsque la formation à suivre pour passer de l'un à l'autre excède la simple adaptation à l'autre emploi.

Cela aurait pu être le cas s'il ressortait en l'espèce des pièces du dossier que les vendeurs de disques sont de véritables disquaires, recrutés et formés comme tels. Or, en réponse à la mesure d'instruction diligentée par la 4^{ème} sous-section, la société n'a produit que peu d'éléments tendant à convaincre que la différence d'affectation des salariés constatée dans la pratique correspondrait à une différence de formation.

Aucun élément n'est produit sur les critères de recrutement des vendeurs. S'agissant des formations suivies par les salariés, il est vrai que certaines ont trait à leur rayon d'affectation, mais d'autres sont transversales et communes. Les fiches de postes mettent l'accent sur la fonction de vente et ne font allusion à la compétence en matière littéraire ou disquaire ou en matière de produits techniques qu'en mentionnant la « compétence produit », comme un élément parmi d'autres et nullement mis en avant. Enfin, le plan de reclassement du plan de sauvegarde de l'emploi fait figurer, parmi les emplois proposés au reclassement aux salariés licenciés, supposés être tous disquaires, de nombreux emplois de vendeurs au rayon livres ou

même produits techniques, ce qui donne à supposer que la formation éventuelle qui leur sera donnée pour pouvoir y accéder ne devrait pas excéder l'obligation d'adaptation.

Par ailleurs, si la permanence des affectations permet d'acquérir dans le temps une compétence importante, il n'apparaît pas que la catégorie professionnelle exclurait des salariés récemment recrutés et dont il n'a pas alors été exigé la même compétence. C'est plutôt par le choix des critères d'ordre que peut être valorisée la compétence acquise sur le tas, en y faisant figurer l'ancienneté et en la pondérant à la hauteur souhaitée.

Nous estimons, en conséquence, que la catégorie professionnelle restreinte aux seuls vendeurs de disques était trop restrictive et nous vous invitons, dès lors, contrairement au jugement de première instance, à annuler la décision administrative ayant illégalement homologué une telle catégorie. Cette annulation, prononcée pour un motif autre que l'insuffisance du plan, n'emportera pas nullité de la procédure de licenciement (article L. 1235-16 du code du travail).

5- Il restera, alors, à répondre aux fins de non-recevoir. Celle contestant l'intérêt pour agir des requérants sera écarté, en revanche celle tirée de l'absence de divisibilité de la décision mérite qu'on s'y arrête.

Comme nous vous l'avons dit, les requérants ne demandent l'annulation que de l'article 2 de la décision, correspondant à l'homologation du document unilatéral. Ils ne demandent pas l'annulation de l'article 1^{er}, qui correspond à la validation de l'accord collectif majoritaire sur les mesures du plan de sauvegarde.

Il est vrai qu'en pratique, ces deux articles sont destinés à une mise en œuvre commune. Le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut être appliqué si, par ailleurs, le nombre de licenciements, les catégories professionnelles dans lesquelles ils interviendront, les critères d'ordre, ne sont pas fixés. Cette configuration peut paraître correspondre à celles où vous estimez être en présence d'une décision non divisible et où vous jugez irrecevables les conclusions n'en demandant que l'annulation partielle (pour un exemple récent : 21 novembre 2012 *ministre de l'écologie c/ R...* n° 354313 aux Tables p. 935).

La différence déterminante est cependant qu'en réalité, vous n'êtes pas en présence d'une, mais de deux décisions, soumises à des régimes différents : une décision de validation sur l'accord, une décision d'homologation sur le document unilatéral. L'interaction entre les deux tient à ce qu'il est obligatoire pour l'employeur de fixer de façon unilatérale ce qui n'a pas été pris en charge par l'accord. De là à en déduire que les deux décisions administratives devant intervenir sur ces deux éléments complémentaires seraient indivisibles, voilà un pas qui ne peut être franchi.

En effet, rien n'impose que les deux décisions soient prises dans le même instrument, ne serait-ce que parce que le délai ouvert à l'administration pour ce faire n'est pas identique : quinze jours pour la validation, vingt et un pour l'homologation. Le contrôle à opérer par l'administration n'est pas identique non plus, hormis s'agissant de l'information et consultation des institutions représentatives du personnel. L'administration peut accorder la validation et refuser l'homologation ou l'inverse.

En réalité, les décisions à prendre ne sont donc pas indivisibles dès lors que, sur le fond, elles ne dépendent pas l'une de l'autre. C'est seulement que l'employeur a besoin, pour pouvoir

tirer le bénéfice d'une décision favorable, que l'autre le soit aussi. Mais c'est un peu comme lorsqu'il faut, pour créer un hypermarché, avoir à la fois une autorisation d'urbanisme commercial et un permis de construire ou comme il faut, pour pouvoir exercer la profession de pédicure podologue, disposer à la fois d'un titre et d'une inscription au tableau.

Vous n'avez jamais, dans de telles situations, jugé indivisibles deux décisions administratives. Nous ne pensons pas qu'il doive en aller différemment lorsque, pour mettre en œuvre un projet de licenciement économique collectif, l'employeur doit disposer à la fois d'une validation et d'une homologation parce qu'il soumet à la fois à l'administration un accord et un document unilatéral. On ne voit pas en quoi le juge ferait œuvre d'administrateur – comme votre jurisprudence sur la divisibilité veut l'éviter – en prononçant une annulation limitée à la validation ou à l'homologation alors que l'administration n'est elle-même pas liée dans son appréciation sur l'une par son appréciation sur l'autre.

Vous écarterez donc les fins de non recevoir et, par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 8 décembre 2014 de la cour administrative d'appel de Paris, du jugement du 9 juillet 2014 du tribunal administratif de Melun et de l'article 2 de la décision du 10 février 2014 de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France ;
- à ce qu'une somme de 750 euros soit mise à la charge de chacun, de la société Fnac Codirep et de l'Etat, au titre des frais exposés par chacun des requérants et non compris dans les dépens ;
- au rejet des conclusions présentées par la société Fnac Codirep au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative