

368282 à 368286 Mme A... et autres

Séance du 26 février 2014

Lecture du 12 mars 2014

CONCLUSIONS

Rémi KELLER, rapporteur public

Nous avons choisi de soumettre cette affaire de licenciement à vos sous-sections réunies car elle porte sur la notion de « sauvegarde de la compétitivité » sur laquelle il existe très peu de jurisprudence administrative.

En 2008, la SARL H&M a racheté les murs et le fond de commerce du magasin à l'enseigne *Bouchara*, situé rue Lafayette à Paris, qui était exploité par la société Bouchara Hausmann. Le nouvel employeur ayant décidé de fermer le magasin pendant un an pour y réaliser des travaux, il a proposé aux salariés d'introduire une clause de mobilité dans leur contrat de travail de façon à leur offrir un emploi dans un autre établissement. Sur les 100 salariés concernés, 43 ont refusé cette modification, parmi lesquels cinq salariées protégées. L'employeur a alors engagé une procédure de licenciement collectif pour motif économique, avec un plan de sauvegarde de l'emploi.

Les 38 salariés non protégés ont été licenciés. Quant aux cinq salariées protégées, qui étaient employées en qualité de vendeuses, l'employeur a demandé l'autorisation de les licencier en invoquant la fermeture de l'établissement pour travaux et la nécessité de modifier les contrats de travail pour permettre la polyvalence des salariés.

L'autorisation de licenciement a été accordée par l'inspecteur du travail mais refusée par le ministre, un refus confirmé par cinq jugements du 14 juin 2011 du tribunal administratif de Paris. Toutefois les jugements ont été à leur tour annulés, et les autorisations confirmées, par cinq arrêts identiques du 4 mars 2013 de la cour administrative d'appel de Paris. La cour a jugé que « *l'obligation de rémunérer 43 salariés sans contrepartie de travail constituait une charge anormale pour la société requérante de nature à affecter la compétitivité de l'entreprise et justifiait le motif économique invoqué* ».

Sous les cinq numéros qui ont été appelés, les salariées se pourvoient en cassation, par des moyens identiques.

Vous ne retiendrez pas les moyens de dénaturation et d'insuffisance de motivation, qui ne sont à l'évidence pas fondés.

1. Le moyen principal est tiré de l'erreur de droit. Il est reproché à la cour de s'être bornée à constater l'existence d'une « *charge anormale (...) de nature à affecter la compétitivité de l'entreprise* », sans avoir recherché l'existence de menaces réelles pesant sur la compétitivité de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient.

Rappelons les textes et la jurisprudence applicables.

Le licenciement pour motif économique est défini par le 1^{er} alinéa de l'article L. 1233-3 du code du travail : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou*

transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. »

Vous exercez un contrôle de qualification sur l'opération à laquelle se livre le juge du fond pour apprécier si la situation de l'entreprise justifie le licenciement pour motif économique (section, 11 juin 1999, *P...*, p. 179, avec les conclusions de Gilles Bachelier). Et vous avez jugé que la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, en cas de restructuration, était au nombre des causes sérieuses de licenciement pour motif économique (8 mars 2006, *M... et autre*, p. 116).

Comme nous l'avions fait valoir en concluant sur cette affaire *M...*, l'employeur doit faire état d'une véritable menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise s'il entend se fonder sur ce motif. La seule recherche d'une amélioration des profits, bien qu'elle constitue l'objectif légitime de toute entreprise, ne peut fonder un licenciement économique, comme le juge aussi la Cour de cassation¹.

La difficulté du dossier qui vous est soumis aujourd'hui, c'est qu'il se situe à la frontière des difficultés économiques et de la compétitivité. En principe, la notion de menace sur la compétitivité concerne des entreprises qui n'ont pas encore de difficultés économiques mais qui risquent d'en rencontrer à l'avenir si elles ne procèdent pas aux adaptations nécessaires : il s'agit de garantir la compétitivité future de l'entreprise.

¹ Cass. soc., *Sté Marquis Hôtel Partnership*, 26 novembre 1996.

Or, ce n'est pas ainsi que les choses se présentent en l'espèce. L'obligation de rémunérer les salariés pendant la fermeture du magasin n'est pas une menace qui se profile à l'horizon et qui risque de peser sur la compétitivité future de l'entreprise : c'est une charge d'exploitation temporaire qui pèse immédiatement sur son résultat.

Pour autant, une dimension de réorganisation et d'adaptation apparaissait dans la demande d'autorisation de licenciement, car l'employeur faisait valoir, outre la fermeture du magasin pour travaux, la nécessité de modifier les contrats de travail des salariées pour les adapter aux obligations « *inhérentes à l'organisation d'H&M en France, leur nouvel employeur* ». Il s'agissait apparemment de favoriser la polyvalence des postes de travail. Et devant vous, l'employeur invoque la modification des contrats liée à « *la réorganisation rendue nécessaire par la transformation de l'ancien magasin Bouchara en magasin H&M.* » De toute façon, c'est au regard de la sauvegarde de la compétitivité que la cour a raisonné, et cela n'est pas contesté : c'est donc sur ce terrain que vous devez apprécier l'exactitude de son raisonnement.

Or, la seule existence d'une « charge anormale » ne suffit pas à justifier des licenciements économiques, comme vous le jugez à propos d'un simple ralentissement conjoncturel ou d'une baisse modérée du chiffre d'affaires (par exemple *Sté Hôtel Commodore*, 28 juillet 1999, n° 189266)². La décision *M...* juge elle-même qu'en invoquant un simple « tassement » de l'activité et la volonté d'améliorer sa productivité, « *la société ne fait état d'aucune menace pesant sur sa compétitivité* ». Autrement dit : le licenciement doit être nécessaire

² Dans le même sens : Cass. soc., 22 février 1994, *Sté nouvelle des établissements Larroque*.

à la sauvegarde d'une compétitivité réellement menacée. Ce terme de « menace » est également présent dans la jurisprudence judiciaire.³

En faisant seulement état d'une « charge anormale », la cour n'a pas vérifié l'existence d'une véritable menace sur la compétitivité de l'entreprise, commettant ainsi une erreur de droit qui justifie l'annulation de son arrêt.

2. A-t-elle également, comme le soutiennent les requérantes, commis l'erreur de limiter son analyse au niveau de l'entreprise, alors qu'elle aurait dû la porter au niveau du groupe? Les salariées avaient en effet invoqué devant la cour la bonne situation financière du « groupe H&M ».

La réponse à cette question n'est pas évidente, et l'on retrouve la difficulté liée au fait que, dans cette affaire, la question se pose plus en termes de charge financière passagère que de menace sur la compétitivité future. La difficulté se double, en l'espèce, du fait qu'il s'agit d'un commerce de vêtements, dont la compétitivité s'apprécie au niveau de la zone de chalandise.

En principe, la réalité du motif économique invoqué par l'employeur doit être appréciée au niveau du groupe auquel appartient l'entreprise (pour des salariés non protégés : section, 18 janvier 1980, *Min. travail c/ Fédération des cadres de la chimie et des industries annexes*, p. 27 ; pour des salariés protégés : 25 avril 1994, *C...*). Il convient toutefois de se limiter aux entreprises du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité (18 juin 1997, *Union des sociétés*

³ Par ex. Cass. soc., 9 mai 2006, n° 05-0540.

mutualistes de Lille, t. p. ; 8 juillet 2002, *K... et autres*, p. 266). Le juge judiciaire tient le même raisonnement.⁴

Autrement dit, si la cour s'était bornée à évoquer une charge financière, sans raisonner en termes de compétitivité, le moyen serait sans aucun doute fondé : car si l'entreprise ne peut assumer la rémunération de 43 salariés pendant la fermeture pour travaux, le juge doit vérifier si cette charge peut être supportée au niveau du groupe.

Mais vous n'avez pas encore eu l'occasion de transposer ce raisonnement à la vérification des menaces pesant sur la compétitivité. La chambre sociale de la Cour de cassation a franchi le pas puisqu'elle juge qu'il convient de vérifier la compétitivité « du secteur d'activité du groupe » auquel appartient l'entreprise (Cass.soc., 23 mai 2007, n° 06-41401).

Or, s'il est légitime, lorsque des suppressions de postes sont justifiées par les difficultés financières de l'entreprise, de vérifier si ces difficultés ne peuvent pas être palliées grâce à la bonne santé des autres entreprises du groupe, la transposition de ce raisonnement à la sauvegarde de la compétitivité ne va pas de soi. Car lorsqu'une entreprise voit sa compétitivité menacée, il serait paradoxal de lui refuser la possibilité de se restructurer, au besoin par des licenciements, au motif que la compétitivité des autres entreprises du groupe n'est pas menacée – autrement dit : les « canards boiteux » ne pourraient se moderniser sous prétexte que les autres entreprises du groupe ont su s'adapter à temps.

⁴ Cass.soc., 23 mai 2007, n° 06-41401.

Comme le disait le commentaire aux *Cahiers* de la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel sur la loi de modernisation sociale, à propos des réorganisations décidées pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, on ne saurait « *[retarder] de telles réorganisations jusqu'à ce qu'il soit démontré que les difficultés économiques n'ont pu être surmontées par d'autres moyens* », car cela ne servirait qu'à retarder « *des réorganisations inéluctables, à un coût plus élevé en emplois et dans des conditions financières ne permettant plus aux entreprises d'assurer de manière satisfaisante le reclassement des salariés licenciés* ».

Toutefois, dès lors que l'arrêt attaqué fait état d'une « charge anormale » - c'est-à-dire une difficulté financière présente et non future -, vous pouvez, si vous le souhaitez, censurer le fait que la cour n'a pas raisonné au niveau du groupe comme il convient de le faire lorsque l'employeur se situe sur le terrain des difficultés économiques. Mais vous n'êtes pas tenus de censurer cette seconde erreur de droit, car nous ne sommes pas dans l'hypothèse de votre arrêt de section *Commune du Barcarès* du 22 avril 2005 (p. 170, avec les conclusions de Jacques-Henri Stahl), qui oblige le juge de cassation à censurer l'ensemble des motifs erronés retenus par la cour lorsqu'elle annule la décision administrative litigieuse. En effet, la cour n'a retenu qu'un seul motif d'illégalité de la décision du ministre : celui de l'existence d'une « *charge anormale (...) de nature à affecter la compétitivité de l'entreprise* ».

Par ces motifs, nous concluons, sous chacun des cinq numéros :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire devant la cour ;

- à ce qu'une somme de 1 000 € soit mise à la charge de la société H&M au titre des frais exposés par la salariée et non compris dans les dépens ;
- au rejet des conclusions de la société H&M tendant au remboursement des frais de même nature.