

N° 389620

Fédération des services CFDT (DIM)

Section

Séance du 21 avril 2017

Lecture du 5 mai 2017

Rapp. P. Pannier / Rév. D. Piveteau

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public

La CFE-CGC, syndicat représentant les cadres, peut-elle valablement signer, avec un syndicat intercatégoriel, un accord portant plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) qui ne concerne que des non-cadres ? C'est la question délicate que pose cette affaire et que l'on pourrait reformuler, à la manière du Pr. Paul-Henri Antonmattei dans l'un de ses articles sur la réforme de la représentativité syndicale : « *Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis* ». Cette question fait l'objet d'un vif débat doctrinal¹.

a) Comme vous le savez, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a profondément modifié les règles de la représentativité syndicale, afin de renforcer « *la légitimité des acteurs de la négociation en fondant celle-ci sur des critères rénovés, appréciés de façon périodique et incontestable, et reposant notamment sur la prise en compte de l'audience électorale* »². Cette loi a donc supprimé la présomption irréfragable de représentativité dont bénéficiaient les cinq organisations syndicales de salariés reconnues représentatives par l'arrêté du 31 mars 1966, jugée quelque peu « aristocratique »³, et modernisé les critères de l'ancien article L. 133-2, devenu L. 2121-1 du code du travail, en y ajoutant notamment un critère nouveau d'« audience établie selon les niveaux de négociation (...) »⁴.

Pour être représentatives au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, les organisations syndicales doivent ainsi avoir recueilli, aux termes de l'article L. 2122-1 du code du travail, au moins 10% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections professionnelles.

b) Ce nouveau critère risquant cependant de s'avérer problématique pour certaines confédérations syndicales catégorielles, au premier rang desquelles la CFE-CGC, le législateur, conformément au souhait des partenaires sociaux exprimé dans une position commune du 9 avril 2008, l'a aménagé en prévoyant de calculer le seuil de 10% à l'aune des suffrages exprimés non pas dans l'ensemble des collèges électoraux, mais dans les seuls collèges où le syndicat catégoriel a statutairement vocation à présenter des candidats, faisant ainsi jouer favorablement le principe de spécialité statutaire. Ce système est décliné aux différents niveaux de négociation. Pour la représentativité au niveau d'une entreprise ou d'un

¹ Cf., notamment : le commentaire de l'arrêt de la cour - RJS 2015/401 ; D. 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; Frédéric Géa, *De la capacité d'un syndicat catégoriel à conclure un accord collectif sur le PSE*, Droit social 2015. 613, Dalloz ; I. Odoul-Asorey, *Validité d'un accord collectif portant sur le PSE signé par un syndicat CFE-CGC*, Revue de droit du travail 2015 p. 475.

² Selon les termes de son exposé des motifs.

³ Cf. Christophe Radé, *Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale*, Droit social 2010. 821.

⁴ La loi a par ailleurs remplacé le critère de l'attitude sous l'Occupation par un critère de respect des valeurs républicaines et conservé les critères fondés sur les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, et ajouté celui de la transparence financière.

établissement, l'article L. 2122-2 du code du travail prévoit ainsi que « *sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles (...) qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections* » professionnelles « dans ces collèges »⁵.

c) Parallèlement à l'introduction de ce critère d'audience électorale, la loi du 20 août 2008 a modifié le régime des accords collectifs, en imposant une nouvelle condition de validité : leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, sans préjudice d'un droit d'opposition qui serait porté par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 50 % des voix⁶. Le critère de l'audience électorale a donc une incidence directe et importante sur les capacités des syndicats à négocier et à signer des accords collectifs.

Quelles conséquences faut-il tirer de ce cadre juridique renouvelé, faisant une place plus grande à la fois à l'audience électorale des syndicats et au principe de spécialité statutaire, sur la négociation des accords collectifs d'entreprise particuliers que sont les accords portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), soumis à des règles spécifiques ?

C'est l'enjeu du litige qui vous est soumis. Le contexte est celui, assez triste, de la disparition d'un métier : celui de démonstrateur – ou de démonstratrice, en l'occurrence – de collants et sous-vêtements de la marque DIM sur les stands des grands magasins. Devant le resserrement des conditions d'exposition dans ces différents magasins et dans un contexte de très vive concurrence, la société DIM (filiale du groupe DBApparel et devenue la société Hanes France) a souhaité réorganiser en profondeur cette activité. Elle a donc lancé, début 2014, des négociations avec les trois syndicats représentatifs de l'entreprise, la CFDT, la CFE-CGC et la CFTC. Ces négociations ont débouché le 22 mai 2014 sur un accord majoritaire prévoyant, notamment, la suppression de l'intégralité des postes de démonstratrices (soit 142 au total, dont 135 occupés et 7 vacants). Seules ces salariées, non-cadres, sont donc concernées par les licenciements potentiels résultant de ces suppressions de postes.

L'accord est signé par la CFE-CGC et la CFTC. La CFDT, qui a participé aux négociations, refuse en revanche de le signer. Les deux syndicats signataires ayant obtenu, à eux deux, plus de la majorité des voix lors du premier tour des dernières élections professionnelles dans l'entreprise – soit, respectivement 36,8 % et 17,1% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles dans l'entreprise, tous collèges confondus – la société demande la validation de l'accord au directeur régional, de la consommation, de la concurrence, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) de la région Ile-de-France, qui prend une décision favorable le 26 juin 2014.

Le syndicat CFDT conteste cette décision, sans succès, d'abord devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise qui rejette son recours par un jugement du 6 octobre 2014,

⁵ Cette disposition a été jugée conforme à la Constitution par la décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel ayant jugé que « *les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs (...) ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales* ».

⁶ Ces taux d' « au moins 30% » ont ensuite été portés, quel que soit le type d'accord, à « plus de 50% » par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (qui a, parallèlement et logiquement, supprimé la condition d'absence d'opposition majoritaire).

puis devant la cour administrative d'appel de Versailles, qui rejette l'appel par un arrêt du 19 février 2015, contre lequel est formé le présent pourvoi.

1. Le cœur du litige tient à ce que le DIRECCTE, pour apprécier le caractère majoritaire de l'accord, a tenu compte de l'audience électorale de la CFE-CGC, syndicat qui, statutairement, n'a pas vocation à représenter des non-cadres. La CFDT estime que la cour a commis une erreur de droit en acceptant que l'administration ait procédé ainsi, alors que, selon elle, l'audience du syndicat catégoriel ne pouvait entrer dans le calcul destiné à vérifier la condition de majorité d'un accord n'affectant que des salariés non-cadres.

1. 1. On rappellera tout d'abord, brièvement, le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi prévoit, en cas de licenciement d'au moins 10 personnes sur une période de trente jours dans les entreprises comportant plus de 50 salariés, que l'employeur doit établir un plan de sauvegarde de l'emploi :

- soit par voie d'accord majoritaire, signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (art. L. 1233-24-1 du code du travail) ;
- soit en élaborant, unilatéralement, un document fixant le contenu du PSE (art. L. 1233-24-4 du même code) ;
- soit en recourant à un système mixte comportant à la fois un accord partiel et, pour les dispositions n'ayant pas fait l'objet d'accord (il s'agit généralement des licenciements), un document unilatéral⁷.

Le législateur a souhaité privilégier, autant que possible, la voie de l'accord – comme en témoignent les termes mêmes de l'article L. 1233-24-4 : ce n'est qu' « *à défaut d'accord* » que l'employeur fixe le contenu du PSE par un document unilatéral.

En outre, le contenu et les modes de contrôle de l'accord et du document unilatéral de l'employeur ne sont pas identiques.

En termes de contenu, l'accord, comme le document unilatéral, doivent impérativement comprendre tout ce qui concerne le PSE *stricto sensu* (essentiellement les règles générales relatives à l'information et à la consultation du comité d'entreprise, le plan et les mesures de reclassements prévues aux articles L. 1233-61 à 63, les propositions de contrats de sécurisation professionnelle). Mais le document unilatéral doit ensuite comporter obligatoirement un certain nombre d'éléments qui sont facultatifs dans le cas d'un accord collectif : modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, pondération et périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, calendrier des licenciements, nombre de suppressions d'emploi et catégories professionnelles concernées, modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement⁸. Enfin l'accord collectif peut déroger à certains de ces éléments et offre donc une souplesse non négligeable par rapport au document unilatéral⁹.

⁷ Vous avez jugé que la décision par laquelle l'autorité administrative statue sur la demande de validation de cet accord est en principe divisible de celle par laquelle cette autorité statue sur la demande d'homologation du document unilatéral fixant les éléments qui n'ont pas été déterminés par l'accord : 30 mai 2016, Comité central d'entreprise FNAC Codirep et autre, n° 387798, au Rec. p. 185.

⁸ Il s'agit des éléments figurant aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2.

⁹ Il ne peut toutefois pas déroger aux éléments figurant à l'article L. 1233-24-3 (tels que l'obligation d'effort de
Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Surtout, l'accord et le document unilatéral ne font pas l'objet des mêmes contrôles de l'administration – et, partant, du juge. Le document unilatéral de l'employeur doit, en application de l'article L. 1233-57-3 du code du travail, faire l'objet d'une homologation par le DIRECCTE, au terme d'un contrôle approfondi du contenu de ce document, particulièrement sur deux aspects essentiels :

- le caractère précis, adapté et proportionné des mesures, notamment financières, contenues dans le plan au regard des moyens de l'entreprise et, le cas échéant, de l'union économique et sociale ou du groupe ;
- et le caractère suffisant des mesures de reclassement obligatoires (cf. CE, Assemblée, 22 juillet 2015, *Syndicat CGT de l'Union locale de Calais et environs (Caluire chimie)*, n° 383481, au Rec. p. 265).

Lorsque le contenu du PSE a été déterminé par un accord collectif majoritaire, l'administration doit, en application de l'article L. 1233-57-2 du code du travail, procéder à une validation à l'issue d'un contrôle allégé consistant à ne vérifier « que » :

- la régularité de la procédure d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel ;
- et la présence, dans le plan de sauvegarde de l'emploi, des mesures de reclassement prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63 du code. Le contrôle du contenu du plan ne porte donc pas sur le caractère « suffisant » du PSE, mais seulement sur le fait qu'y figurent bien les mesures que la loi a prévues, principalement l'existence de mesures de reclassement des salariés (CE, 7 décembre 2015, *Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services*, n° 383856, au Rec. p. 428).

Ce contrôle plus distant se justifie par le caractère négocié du contenu du plan, le législateur ayant souhaité laisser une vraie liberté à cette négociation collective afin de favoriser la conclusion d'accords collectifs en matière de PSE. L'objectif paraît atteint puisque, selon la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), 61 % des PSE ont été adoptés par voie d'accord collectif, partiel ou total, en 2015.

1. 2. L'administration, si elle n'exerce qu'un contrôle minimal sur le contenu même de l'accord, regarde en revanche de près les conditions dans lesquelles cet accord a été formé.

Il lui revient ainsi de s'assurer, tout d'abord, que les signataires de l'accord avaient qualité pour engager leur syndicat (voyez votre décision d'Assemblée du 22 juillet 2015, *Société Pages Jaunes et ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, n°s 385668, 386496, au Rec. p. 268, aux conclusions de Gaëlle Dumortier).

Mais le DIRECCTE doit également vérifier que cet accord remplit les conditions posées par les dispositions de l'article L. 1233-24-1 du code¹⁰ selon lesquelles il doit être « signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants (...) ».

formation, d'adaptation et de reclassement, les règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise ou encore l'obligation de proposer des contrats de sécurisation professionnelle).

¹⁰ Issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

Or vous n'avez pas encore eu l'occasion de vous prononcer sur les modalités de ce contrôle du caractère majoritaire de l'accord, qui posent deux séries de questions délicates et imbriquées, tenant, d'une part, à la nature de l'accord de PSE et d'autre part, aux capacités de négociation et de signature d'un tel accord par un syndicat catégoriel.

1.2.1. Quelle est, tout d'abord, la nature d'un accord de PSE ? Cet accord peut-il revêtir un aspect catégoriel ?

En matière de négociation collective « de droit commun », le législateur a prévu deux cas de figure bien distincts :

- celui de l'accord collectif intercatégoriel, régi par l'article L. 2232-12 du code du travail, et dont le 1^{er} alinéa prévoit, dans sa version issue de la loi du 20 août 2008, que « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections (...)* » professionnelles (sans préjudice de l'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections) ;
- le second cas est celui de l'accord ne concernant « *qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral* », autrement dit de l'accord catégoriel, dont la validité est subordonnée, aux termes du 2^{ème} alinéa de l'article L. 2232-13 du code du travail, « *à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés dans ce collège au premier tour des dernières élections* » professionnelles dans l'entreprise. En cas d'accord catégoriel, la représentativité des syndicats signataires est donc appréciée à l'aune des suffrages recueillis dans le seul collège des salariés concernés par l'accord.

Or s'agissant des accords de PSE, l'article L. 1233-24-1 du code du travail ne fait aucune distinction entre accord catégoriel et accord non-catégoriel – sans que les travaux parlementaires sur cet article, très directement inspiré de l'article 20 de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013¹¹, permettent d'identifier la volonté du législateur sur ce point. On peut seulement en déduire que les partenaires sociaux signataires de l'ANI n'avaient pas non plus éprouvé le besoin d'établir une telle distinction.

Est-ce parce que les règles fixées par l'article L. 1233-24-1 doivent être combinées avec celles des articles L. 2213-12 et 13 pour les accords collectifs « de droit commun » afin de prendre en compte, le cas échéant, la nature catégorielle de l'accord ? Ou bien parce que l'article L. 1233-24-1 prévoit une procédure entièrement dérogatoire, qui tient au fait qu'un accord de PSE reste, dans tous les cas, un accord intercatégoriel ?

1.2.1.1. Indiquons d'emblée que les dispositions de l'article L. 1233-24-1 ne nous paraissent pas pouvoir être cumulées avec les dispositions des articles L. 2232-12 et 13 régissant les accords « de droit commun » : en effet, ces deux articles prévoyaient, dans leur version issue de la loi du 20 août 2008, des conditions de validité très différentes de celles prévues pour les accords de PSE, qu'il s'agisse du seuil d'audience à atteindre (30%, à l'époque, pour les accords « de droit commun », contre 50% pour les accords de PSE), ou de la règle de calcul du niveau d'audience, puisque le calcul des suffrages s'effectuait, pour les accords « classiques », au regard des suffrages exprimés, et non des seuls suffrages « *exprimés en*

¹¹ « 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 ».

faveur d'organisations reconnues représentatives » comme c'est le cas pour les PSE. Vérifier qu'un accord de PSE remplit successivement les conditions de validité de ces deux séries de dispositions nous semblerait alors relever d'une logique assez baroque. En outre, les articles L. 2232-12 et 13 prévoyaient également que les accords concernés ne devaient faire l'objet d'aucune opposition d'organisations syndicales représentatives représentant au moins 50% de l'audience dans l'entreprise – condition dont on voit mal comment elle s'appliquerait en cas de PSE ayant d'ores et déjà été signés par des syndicats ayant obtenu au moins 50% des voix lors des dernières élections professionnelles. Enfin, si la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (« loi travail ») a modifié les conditions de validité des accords d'entreprise « classiques », désormais très comparables à celles des accords de PSE, ce n'est pas pour favoriser leurs combinaisons, mais pour développer la négociation d'accords majoritaires dans les entreprises.

1.2.1.2. La piste du cumul étant écartée, reste celle de la substitution des dispositions de l'article L. 2232-13, relatif aux accords catégoriels « de droit commun » à celles de l'article L. 1233-24-1 lorsque l'accord de PSE revêt, le cas échéant, un caractère catégoriel. Mais un PSE peut-il être catégoriel ?

Rappelons qu'en l'espèce, le PSE de la société DIM prévoit de supprimer des postes exclusivement occupés par une seule catégorie de salariées, les démonstratrices, dont aucune n'a le statut de cadre. Or dans la note en délibéré produite le 5 octobre dernier, à l'issue de l'audience de vos 4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies devant lesquelles l'affaire a été examinée une première fois, la société défenderesse avait fait valoir que le PSE ne concernait pas que des salariés du « 1^{er} collège », celui des employés, mais également des cadres puisque certaines mesures qu'il prévoyait pouvaient également s'adresser à eux. Le plan prévoit ainsi, parmi les mesures « *destinées à limiter le nombre de licenciements contraints* », un dispositif de « départ volontaire dans le cadre d'un projet professionnel individuel » dont il est précisé qu'il « *pourrait être étendu à des salariés ne relevant pas de la catégorie professionnelle impactée par le projet de réorganisation, mais dont le départ volontaire permettrait directement ou non le repositionnement ou le reclassement effectif et avéré d'un salarié occupant un poste concerné par une éventuelle suppression* ». Une disposition similaire est prévue pour les départs anticipés volontaires à la retraite.

Toutefois ces deux éléments ne nous paraissent pas suffisants pour en déduire que, parce que certaines mesures pouvaient éventuellement être mobilisées par des cadres, l'accord avait nécessairement un caractère intercatégoriel : les postes supprimés sont, encore une fois, uniquement des postes de démonstratrices non-cadres, et les mesures de départ volontaires, qui « peuvent » mais ne concernent pas obligatoirement des cadres, proposent à ceux qui le souhaitent un départ optionnel dans des conditions favorables ... Cela étant, d'autres considérations nous paraissent faire obstacle à ce qu'un PSE puisse, de manière générale, être assimilé à un accord catégoriel.

a) La première tient à ce qu'un plan de sauvegarde de l'emploi, même lorsqu'il ne porte que sur une seule catégorie professionnelle, a pour objectif d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, et qu'il paraît alors difficile de « réduire » cet accord, qui concerne toute l'entreprise, à un accord strictement catégoriel.

Le PSE a d'ailleurs des répercussions qui vont au-delà des seules personnes potentiellement concernées par les licenciements, et au premier chef sur les salariés qui vont rester dans

l'entreprise après les licenciements. C'est pourquoi, d'ailleurs, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), dans les hypothèses où sa consultation sur un PSE est obligatoire, va s'intéresser avant tout aux effets du projet de compression des effectifs sur les conditions de travail des salariés qui vont rester dans l'entreprise – voyez en ce sens votre décision du 29 juin 2016, *Société Asterion France*, n° 386581, 386844, au Rec. p. 265, à nos conclusions, par laquelle vous avez validé l'arrêt d'une cour estimant irrégulière la consultation d'un CHSCT qui n'avait pu obtenir aucune information précise sur les modifications envisagées de l'organisation du travail dans l'établissement à la suite des licenciements.

b) Par ailleurs, le plan de sauvegarde de l'emploi conduit, par essence, à identifier les postes à supprimer et les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement ; il protège donc, par construction, ceux des salariés ne figurant pas dans ces catégories professionnelles. Et son contour – notamment la délimitation des catégories professionnelles et des postes supprimés – est nécessairement un enjeu central des discussions lorsque ce PSE est déterminé par voie d'accord. Il nous semblerait alors paradoxal :

- de faire dépendre le caractère catégoriel éventuel d'un PSE de ce qu'il comprend ou non des mesures propres à certaines catégories de salariés, puisque le contenu même du plan résulte, *in fine*, d'une négociation ;

- et, parallèlement, d'écarter les voix d'un syndicat catégoriel ayant participé à la négociation avec précisément pour enjeu d'éviter que la catégorie de salariés qu'il représente soit finalement incluse du champ du PSE ... Ajoutons à cet égard que l'employeur, lorsqu'il choisit la voie de l'accord collectif, doit inviter l'ensemble des syndicats représentatifs dans l'entreprise à négocier sur le plan de sauvegarde de l'emploi, sans distinguer entre syndicats catégoriels et intercatégoriels – et donc, sans avoir à analyser préalablement la nature du PSE sur lequel il les invite à discuter¹². C'est bien ce qui s'est passé en l'espèce, les trois syndicats représentatifs ayant participé aux négociations sur l'accord.

c) Enfin, la solution qui conduirait à reconnaître à certains PSE un caractère catégoriel présente l'inconvénient d'être très facilement contournable, puisque l'intégration plus ou moins cosmétique, dans le plan, de mesures visant quelques cadres, pourrait permettre d'échapper à cette catégorisation et de remplir plus facilement la condition d'audience majoritaire. La délimitation entre accord catégoriel et non catégoriel sur le PSE risque alors d'être tenue, fluctuante, et difficile à déterminer.

Nous vous proposons donc de juger que l'accord de PSE est un accord intercatégoriel *sui generis*, obéissant aux règles de validité du seul article L. 1233-24-1, entièrement dérogatoire aux articles L. 2232-12 et 13 régissant les accords d'entreprise « de droit commun »¹³.

1.2.2. Reste alors à examiner l'autre question délicate, inextricablement liée à la précédente : faut-il tenir compte, dans l'appréciation du caractère majoritaire d'un PSE, de la vocation statutaire des syndicats signataires ? Autrement dit, faut-il vérifier qu'il existe un minimum de « concordance » entre le champ de l'accord et celui des statuts des syndicats signataires, au nom du principe de spécialité statutaire ?

¹² Cf. circulaire DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013, relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif.

¹³ C'est sur ce raisonnement que la CAA de Versailles s'est d'ailleurs fondée pour écarter le moyen, qui avait été soulevé devant elle : cf. S. Brotons, *La CFE-CGC peut signer un accord ayant vocation à s'appliquer à des non-cadres*, Semaine sociale Lamy, 2015. 1667 ; et conclusions de C. Rollet-Perraud publiées à l'AJDA 2015. 866.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

a) Ce principe de spécialité statutaire - ancien puisqu'il est issu de la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels - figure aujourd'hui à l'article L. 2131-1 du code du travail, aux termes duquel « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* »¹⁴. S'agissant des accords d'entreprise, l'article L. 2232-13 du code du travail prévoit quant à lui, à son 1^{er} alinéa, que « *La représentativité reconnue à une organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale catégorielle au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter lui confère le droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés* ».

Par ailleurs, comme on l'a vu, les syndicats catégoriels bénéficient, depuis la loi du 20 août 2008, d'un aménagement du calcul de leur audience, grâce aux dispositions de l'article L. 2122-2 prévoyant que sont représentatives, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, les organisations syndicales catégorielles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles dans le collège des salariés qu'elles ont statutairement vocation à représenter. Mais cette représentativité est en principe limitée, aux termes du même article, aux « *personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats* ».

b) La chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée, par deux arrêts remarquables¹⁵, sur la portée à conférer au principe de spécialité statutaire lorsqu'un syndicat catégoriel – en l'occurrence la CFE-CGC – signe un accord intercatégoriel.

Elle a tout d'abord jugé, dans un arrêt du 31 mai 2011, *RATP*, n° 10-14.391, Bull. V, n° 134, qu'une organisation syndicale catégorielle peut négocier et conclure un accord collectif d'entreprise intéressant toutes les catégories du personnel, sans avoir à établir sa représentativité au sein de chacune de ces catégories, dès lors que cet accord est cosigné avec une organisation syndicale non catégorielle. Le taux d'audience du syndicat catégoriel est, dans ce cas, recalculé sur l'ensemble de l'entreprise pour apprécier si la condition de validité de l'accord est remplie.

Rien n'interdit donc à un syndicat catégoriel de co-signer un accord intéressant la totalité des salariés de l'entreprise, puisque cet accord intéresse aussi, par construction, la catégorie de salariés qu'il défend. Le premier alinéa de l'article L. 2232-13, prévoyant que la représentativité reconnue à un syndicat catégoriel lui « *confère le droit de négocier toute disposition applicable à [la] catégorie de salariés* » qu'il a statutairement vocation à représenter, autorise d'ailleurs cette interprétation¹⁶. Mais pour assurer l'équilibre des poids respectifs des signataires, l'audience du syndicat catégoriel est calculée sur la même base que celle du syndicat généraliste, c'est-à-dire sur l'ensemble de l'entreprise.

Puis la chambre sociale a précisé, dans un arrêt du 2 juillet 2014, *Fédération nationale des industries chimiques CGT c/ Yara France et Fédération*, n° 13-14.622, Bull. V, n° 170, qu'en application du principe de spécialité statutaire des syndicats, une organisation syndicale catégorielle ne peut cependant pas négocier et signer seule un accord d'entreprise

¹⁴ Il figurait auparavant à l'article L. 411-1 du précédent code du travail.

¹⁵ La doctrine s'est déchirée sur la question ...

¹⁶ Cf. P. Adam, *Négociation collective intercatégorielle, la Cour de cassation ouvre grand la porte*, Semaine sociale Lamy, n° 1496, 14 juin 2011, p. 5 ; C. Wolmark, *Note*, Le Droit ouvrier, novembre 2011, n° 760.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rap 8 / 12 *porteur public qui en est l'auteur.*

intercatégoriel. Et ce, quand bien même son audience rapportée à l'ensemble des collèges électoraux aurait atteint le seuil de 30 % des suffrages exprimés lors du 1^{er} tour des élections professionnelles – exigé par l'article L. 2232-12 du code du travail, dans sa version issue de la loi du 20 août 2008¹⁷.

Elle a donc donné un relief particulier au principe de spécialité statutaire en le faisant prévaloir, dans le cas où un syndicat catégoriel signe seul un accord intéressant tous les salariés de l'entreprise, sur l'audience de ce syndicat, même rapportée à l'ensemble de l'entreprise et non plus au seul collège dans lequel il a présenté des candidats. C'est, en quelque sorte, la contrepartie de l'avantage particulier que l'article L. 2122-2 du code du travail confère au syndicat catégoriel, en termes de représentativité^{18 19}.

c) Faut-il alors, dans la lignée de ces arrêts, accorder un poids particulier aux statuts du syndicat catégoriel pour apprécier la validité d'un accord de PSE ?

C'est la solution que nous avons défendue, à l'origine, devant vos chambre réunies, au nom d'une certaine forme de loyauté de la négociation, qui nous semblait d'autant plus importante que, comme nous l'avons vu, l'accord de PSE ne fait ensuite l'objet que d'un contrôle allégé lors de sa validation par l'administration du travail, précisément parce qu'il émane d'une négociation. Ce n'est pourtant pas cette solution que nous vous proposerons aujourd'hui, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce que la jurisprudence de la Cour de cassation, qui porte sur les accords collectifs « de droit commun » régis par les articles L. 2232-12 et 13, nous paraît peu transposable aux accords de PSE, régis par les dispositions dérogatoires de l'article L. 1233-24-1 qui posent une exigence de majorité : l'accord dont la validation est demandée doit avoir été négocié et signé par des organisations syndicales dont l'audience cumulée représente au moins 50% des suffrages dans l'entreprise. L'accord relatif au PSE a été, en effet, l'un des tous premiers accords « majoritaires » prévus par le code du travail – à côté des accords de maintien dans l'emploi (prévus à l'article L. 5125-4)²⁰. Dans un tel cas de figure, et dans un contexte où, avec la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, qui a ouvert la possibilité de modifier le cadre des négociations obligatoires dans l'entreprise par accords majoritaires, puis surtout la loi « Travail » du 8 août 2016, les accords majoritaires devraient se généraliser²¹, il peut sembler particulièrement délicat d'ajouter, à

¹⁷ Comme l'explique Jean-Guy Huglo dans son rapport sur cette décision du 2 juillet 2014, elle revenait ainsi sur sa jurisprudence antérieure, admettant la validité d'un accord intercatégoriel signé par un seul syndicat catégoriel (cf. Cass. soc. 24 juin 1998, n° 97-11.281, 97-11.379, Bull. V, n° 346 ; 7 novembre 1990, n° 89-10.483, Bull. V, n° 525).

¹⁸ G. Borenfreund, *L'impossibilité pour un syndicat représentatif catégoriel de conclure seul un accord collectif d'entreprise intercatégoriel*, Revue de droit du travail, 2014. 701.

¹⁹ Avantage qui, au demeurant, bénéficie exclusivement à la CFE-CGC, puisqu'il est conditionné à l'affiliation des syndicats catégoriels concernés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale.

²⁰ Voir aussi certains accords collectifs d'entreprise tels que, depuis la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, les accords sur la qualité de la vie au travail (art. 34 de cette loi).

²¹ L'article 21 de cette loi prévoit la généralisation du principe majoritaire, la validité de ces accords étant désormais subordonnée, comme pour les accords de PSE depuis 2013, à leur signature par une ou plusieurs organisations représentatives ayant recueilli plus de 50% des voix en faveur de syndicats représentatifs au premier tour des élections professionnelles les plus récentes. Le droit d'opposition majoritaire est, par conséquent, supprimé, et le calcul des suffrages s'effectue au regard des suffrages exprimés en faveur des seules organisations syndicales représentatives, afin de faciliter l'obtention de la majorité.

l'exigence de majorité déjà imposée par les textes, une condition supplémentaire tenant aux statuts des syndicats signataires, qui n'a pas été prévue par le législateur.

Cela pourrait même apparaître contraire à l'intention du législateur qui, pour faciliter la signature d'accords de PSE majoritaires, a précisé dès l'origine que le calcul de l'audience électorale devait se faire en rapportant le nombre des suffrages obtenus à celui des suffrages exprimés au premier tour en faveur des seules organisations syndicales représentatives : le dénominateur étant moins élevé, le pourcentage d'audience s'en trouve mécaniquement accru, ce qui permet d'aboutir plus facilement au seuil de 50% d'audience exigé par les textes.

Surtout, une approche faisant primer la spécialité statutaire sur l'audience effective dans l'entreprise pourrait rendre singulièrement difficile la conclusion d'accords collectifs dans les entreprises où les cadres sont particulièrement nombreux et sont représentés par un syndicat catégoriel influent, alors que les syndicats intercatégoriels y sont faibles ou n'ont pas pu s'implanter - comme l'avaient d'ailleurs relevé certains observateurs de la jurisprudence de la chambre sociale²². Concrètement, cela obligerait le syndicat catégoriel, même dans le cas où il a bénéficié d'au moins 50% des suffrages lors des dernières élections, à rechercher de toute façon le soutien d'un syndicat intercatégoriel. Encore une fois, cela ne nous paraît pas aller dans le sens de l'intention du législateur.

Enfin, la distinction entre syndicats catégoriels et non-catégoriels n'est pas toujours opérante : certains syndicats généralistes ne présentent en effet que rarement des candidats dans le collège encadrement ; quant à la CFE-CGE, elle semble régulièrement réfléchir à une évolution de ses statuts – qui pourrait, potentiellement, lui faire perdre le bénéfice du calcul aménagé de son audience prévu à l'article L. 2122-2, mais qui la ferait sortir du périmètre statutaire étroit dans lequel elle évolue.

Nous vous proposons donc de juger, en définitive, que le caractère majoritaire du PSE, qui n'est pas un accord catégoriel, s'apprécie en additionnant les différentes audiences des syndicats signataires, représentatifs au niveau de l'entreprise, sans considération du caractère éventuellement catégoriel de leurs statuts. Cela vous conduira alors à rejeter le moyen principal du pourvoi, tiré de l'erreur de droit de la cour à avoir admis que l'administration pouvait légalement tenir compte de l'audience de la CFE-CGC pour apprécier la validité de l'accord de PSE litigieux.

2. Vous pourrez, dans le même temps, rejeter un second moyen, tiré de l'erreur de droit de la cour à avoir jugé que le caractère majoritaire de l'accord devait s'apprécier au regard des suffrages obtenus dans l'entreprise, alors que le plan de sauvegarde de l'emploi ne concernait qu'une seule catégorie professionnelle rattachée à un seul établissement (en l'occurrence celui de Rueil-Malmaison). Le pourvoi vous invite ainsi à juger que la représentativité de la CFE-CGC aurait dû être appréciée au niveau du seul premier collège électoral dans le seul établissement de Rueil-Malmaison, et non au niveau de l'ensemble des collèges et des établissements de l'entreprise. La première branche de ce moyen est en réalité une reprise du moyen principal et s'écarte pour les mêmes raisons ; quant au calcul de l'audience rapportée au seul établissement de l'entreprise où le PSE a vocation à produire ses effets, il ne nous paraît pas envisageable dans la mesure où le PSE est un accord d'entreprise (cf. votre décision précitée d'Assemblée du 22 juillet 2015, *Société Pages jaunes*), et que l'article L. 1233-24-1

²² C. Mariano, *Syndicat catégoriel et accord collectif intercatégoriel : rien ne sert d'être majoritaire ... Il ne faut pas signer seul !*, Revue Lamy Droit des affaires, 2014. 98.

prévoit que c'est au niveau de l'entreprise que s'apprécient les conditions de validité de l'accord majoritaire. La fixation du périmètre de l'entreprise tient à la nature même et à l'objet de l'accord de PSE, qui doit, précisément, tenir compte de la situation globale de l'entreprise, notamment pour l'application objective des critères d'ordre du licenciement – et ce, même si son périmètre d'application peut ensuite être inférieur à celui de l'entreprise (CE, 7 décembre 2015, *Société Mory-Ducros*, n°s 386582, 386607, 386927, aux T. p. 895)

3. Les autres moyens peuvent être rapidement écartés.

3.1. La cour aurait entaché son arrêt d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit en estimant que l'accord pouvait s'abstenir de définir les critères d'ordre des licenciements dès lors que l'intégralité des postes relevant de la catégorie professionnelle des démonstratrices était supprimée. La Fédération CFDT fait valoir que, parallèlement à la suppression des 142 postes de démonstratrices, est prévu dans le PSE la création de 45 postes de « conseillers sélectifs vente-gestion », qui, sous couvert d'une nouvelle dénomination, se rattacheraient en réalité à la même catégorie professionnelle, et qu'il était alors nécessaire que l'accord fixe les critères d'ordre des licenciements. Mais l'article L. 1233-24-1 prévoit que l'accord collectif « peut également porter sur (...) 2° la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements ». Il n'est donc pas tenu de préciser ces éléments²³ et l'argumentation est alors inopérante. Vous pouvez donc procéder à une substitution de motifs en cassation, en écartant ce moyen comme inopérant, alors même que la CAA l'avait rejeté au fond - comme vous l'aviez fait dans votre décision du 20 mai 1994, *G...*, n° 143680, au Rec. p. 251, fichée sur ce point, ou, plus récemment, dans votre décision du 29 juin 2016, *Mme S... et autre*, n° 389278, au Rec. p. 260

3.2. L'arrêt serait insuffisamment motivé ou se serait mépris sur la portée des écritures d'appel en écartant comme inopérant le moyen tiré de l'irrégularité des consultations du comité central d'entreprise et du comité d'établissement de Rueil-Malmaison sur le projet de licenciement collectif, dès lors que ces derniers n'avaient pas été informés du projet de cession du groupe DBApparel au groupe Brands. Mais le point 7 de l'arrêt répond précisément – et longuement – sur ce point.

3.3. Ce point de l'arrêt est d'ailleurs également contesté sur le terrain de l'erreur de qualification juridique, de la dénaturation et de l'erreur de droit. La cour a écarté le moyen d'irrégularité de la consultation des institutions représentatives du personnel, en soulignant d'une part qu'elles avaient été informées du motif économique né de la nécessité de réorganiser la vente en grands magasins, et d'autre part que la circonstance qu'elles n'aient pas été informées des négociations sur le projet de cession, entamées en février 2014 et dont l'aboutissement a été annoncé en juin 2014 puis finalisé ultérieurement (alors que le projet de réorganisation de l'entreprise a été présenté aux institutions représentatives du personnel les 28 janvier et 18 mars 2014), n'était pas à elle seule de nature à entacher d'irrégularité cette consultation. Ce faisant, la cour a estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation et d'erreur de droit, que les éléments fournis avaient permis aux institutions représentatives du personnel de se prononcer en toute connaissance de cause sur la réalité du motif économique de l'opération. Vous pourrez donc également écarter ce moyen, ce qui vous conduira alors à rejeter le pourvoi.

²³ Vous en avez d'ailleurs déduit que le contrôle exercé sur la notion de catégorie professionnelle diffère selon qu'il s'agit d'une homologation d'un document unilatéral de l'employeur ou d'une validation d'un accord portant PSE (30 mai 2016, *Comité central d'entreprise FNAC Codirep et autres*, n° 387798, au Rec. p. 185)

PCMNC au rejet du pourvoi de la Fédération CFDT. Vous pourrez, dans les circonstances de l'espèce, rejeter les conclusions présentées par la société défenderesse au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.