

N° 467870
SOCIETE KOOKAI

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 11 octobre 2023
Lecture du 31 octobre 2023

Conclusions

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

* En 2021, la société Kookai a entendu procéder à un licenciement collectif. Dès sa première réunion en février 2021, le comité social et économique (CSE) de l'entreprise a décidé, pour une mission d'expertise et d'assistance, la désignation d'un cabinet d'expertise-comptable, lequel a présenté quelques jours plus tard ses honoraires prévisionnels. L'employeur a toutefois suspendu temporairement la procédure qu'il n'a reprise que quelques mois plus tard en juillet. À nouveau désigné, le cabinet d'expertise-comptable a présenté un nouveau devis sensiblement plus élevé que le précédent. L'employeur a alors saisi la DRIEETS d'Ile de France qui, par une décision du 6 septembre 2021, a ramené les honoraires prévisionnels de l'expert au montant du premier devis.

La procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi s'est poursuivie jusqu'à la signature d'un accord majoritaire de PSE, homologué par une décision du 17 novembre 2021 laquelle n'a fait l'objet d'aucun recours. Toutefois, en janvier 2022, dans le délai de recours contentieux pour attaquer la décision d'homologation, l'employeur a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler la décision administrative sur les frais d'expertise. Le président du tribunal a rejeté cette demande comme tardive, au motif qu'elle avait été présentée plus de deux mois après le 6 septembre 2021, date de la décision attaquée.

En appel, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel pour un autre motif qu'elle a relevé d'office. Elle a jugé qu'en l'absence de contestation de la décision de validation de l'accord de PSE, les conclusions tendant à l'annulation de la décision administrative relative au coût de l'expertise sont irrecevables.

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 l'appui du pourvoi en cassation, la société Kookaï critique ce raisonnement par un double moyen d'erreur de droit contestant, d'abord, l'interprétation des dispositions du code du travail qui a été retenue, et, ensuite, l'atteinte au droit de former un recours juridictionnel effectif qui en résulte.

* Le cadre juridique résultant du code du travail peut être résumé en trois points :

Premièrement, lors de sa première réunion sur le projet de réorganisation pouvant conduire à un licenciement collectif, le CSE peut décider de recourir à une expertise dont les frais sont pris en charge par l'employeur¹.

Deuxièmement, l'article L. 1233-35-1 du code du travail prévoit que toute contestation relative à l'expertise est adressée, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation du PSE, à l'autorité administrative qui dispose de cinq jours pour se prononcer. Dans ses dispositions réglementaires², le code du travail précise expressément que cette règle inclut les contestations portant sur le coût prévisionnel de l'expertise.

Troisièmement, l'article L. 1235-7-1 du code du travail pose le principe d'unicité du contentieux en matière de PSE. Il interdit que l'accord majoritaire ou le document unilatéral, les éventuelles injonctions adressées à l'employeur par l'administration en cours d'élaboration du PSE et, enfin, la régularité de la procédure de licenciement collectif fassent l'objet d'un « litige distinct » de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation du PSE. Il s'agit d'un des points structurant de la réforme opérée par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 qui a entendu notamment mettre fin à la multiplication des procédures, en particulier en référé, qui caractérisait auparavant les conditions d'élaboration d'un grand licenciement économique.

L'article L. 1235-7-1 ne cite pas lui-même, dans le périmètre du principe de l'unicité du contentieux, les recours contre les décisions de l'administration prises sur l'expertise. En revanche, l'article L. 1233-35-1 prévoit expressément que ces décisions peuvent être contestées « *dans les conditions* » prévues par cet article et ce sont ces « *conditions* » que vous devez aujourd'hui préciser.

* Vous avez déjà eu l'occasion de juger que le principe d'unicité du contentieux en matière de PSE s'applique aux contestations relatives à l'expertise décidée par le comité d'entreprise (désormais le CSE). Par deux décisions du 21 octobre 2015 (*Comité d'entreprise de la sté Norbert Dentressangle*, 385683, T, et *Syndicat CFDT Santé sociaux de la Seine Saint-Denis*, T ; concl. communes G. Dumortier), vous avez jugé, d'abord, qu'au moment de valider l'accord majoritaire ou d'homologuer le document unilatéral, l'administration doit s'assurer que l'expert désigné a pu exercer sa mission dans des conditions permettant au comité d'entreprise de formuler ses avis en toute connaissance de cause. En d'autres termes, le bon déroulement de la mission de l'expert est une question de régularité de la procédure d'infoconsult. Vous avez, ensuite fait application de ce cadre pour examiner si le refus de l'employeur de prendre en charge la rémunération de l'expert a ou non empêché ce dernier d'exercer utilement sa mission. Enfin, par votre décision du 25 septembre 2019, *Cabinet d'expertise comptable APEX*, n°428510, T, vous avez jugé qu'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de communiquer des pièces à l'expert ne peut être adressée qu'à l'autorité administrative et ne peut faire l'objet d'un litige distinct du litige relatif à la décision de validation ou d'homologation du PSE. Par suite, avez-vous précisé, en l'absence de tout litige relatif à une décision de validation ou d'homologation non encore intervenue à la date

¹ Articles L 1233-34, L. 2315-92 et L. 2315-80 du code du travail

² Article R.1233-3-3

de la décision, le cabinet d'expertise comptable n'est pas recevable à saisir le tribunal administratif.

Il ressort de cette jurisprudence que, d'une part, tant que l'accord majoritaire ou le document unilatéral portant PSE n'a pas été validé ou homologué par l'administration, la décision administrative prise auparavant sur le coût prévisionnel de l'expertise ne peut faire l'objet d'aucun recours contentieux et, d'autre part, que si la décision de validation ou d'homologation fait l'objet d'un recours, c'est à l'occasion de ce contentieux que peut être contestée la décision administrative portant sur ce coût prévisionnel.

Qu'en est-il toutefois si la décision de validation ou d'homologation du PSE n'a pas fait l'objet d'un recours ? Est-il encore possible de porter devant la juridiction administrative un recours contestant uniquement la décision administrative relative au coût prévisionnel de l'expertise ? C'est la question que pose la présente affaire et qui a justifié son inscription au rôle de votre séance de jugement.

La question des conditions de prise en charge par l'employeur des frais d'expertise ordonnées par une institution représentative du personnel est une question sensible. Elle met en jeu une IRP qui décide de l'expertise mais n'en supporte pas le coût ; l'employeur qui ne décide pas mais paye et un professionnel (l'expert) qui espère avoir la garantie d'être payé. Cette question a nourri un abondant contentieux devant le juge judiciaire et a occasionné déjà deux QPC.

* D'emblée, il nous paraît que doit être écartée l'orientation qui consisterait à juger que, dans l'hypothèse évoquée d'une absence de recours formé contre la décision d'homologation ou de validation, la question des frais de l'expertise ne pourrait faire l'objet d'aucun recours. Une telle interprétation viendrait heurter frontalement le droit à un recours juridictionnel effectif.

Dans sa décision *Foot Lockers* du 27 novembre 2015³ statuant sur une QPC renvoyée par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions du code du travail⁴ qui imposaient à l'employeur de prendre à sa charge les coûts de l'expertise ordonnées par le CHSCT alors que, faute de recours suspensif ou de délai d'examen de sa demande, il ne pouvait en contester utilement la nécessité ou les modalités.

Il ne paraît pas davantage possible de juger que l'employeur qui entend contester le coût de l'expertise "n'a qu'à" former un recours contre la décision d'homologation ou de validation pour ouvrir le litige dans lequel sa contestation sur le coût de l'expertise viendrait se loger. Imposer à l'employeur qui entend contester le coût de l'expertise, de mettre en litige la décision l'autorisant à procéder au licenciement collectif, qu'il n'a évidemment pas intérêt à contester, revient à ériger un obstacle disproportionné au droit d'exercer un recours juridictionnel. Enfin, même si ce n'est pas le cas dans la présente affaire et qu'il s'agit peut-être d'un cas d'école, il faut envisager la possibilité que la contestation de la décision administrative sur le coût prévisionnel émane non de l'employeur mais de l'expert, lequel ne semble pas avoir qualité pour former un recours contre la décision d'homologation ou de validation du PSE.

* Une autre solution consiste donc à estimer que, passé l'homologation ou la validation non contestée du PSE, la question du coût final de l'expertise relève de la compétence du juge judiciaire. L'arrêt attaqué de la CAA de Paris ne le juge pas expressément mais la rapporteure publique avait conclu en ce sens. C'est aussi ce qu'ont jugé expressément deux tribunaux

³ Décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, Société Foot Locker France SAS [Contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT].

⁴ Art. L. 4614-13

administratifs (TA Paris, 21 décembre 2021, *Société Softbank Robotics Europe*, 2120396/3-1 ; TA de Toulouse, 23 avril 2021, *Société Ferchau France Labs*, N°2100340). Selon cette orientation, l'irrecevabilité de tout recours en excès de pouvoir contre la décision de l'administration statuant sur le coût prévisionnel de l'expertise serait sans gravité car une fois l'expertise réalisée, seule la question du coût définitif conserverait un d'objet.

Si on en croit les conclusions de la rapporteur publique, cette solution a aussi été inspiré de la décision du Conseil constitutionnel relative à la contestation du coût des expertises ordonnées par le CHSCT. En effet, après la censure prononcée par la décision du 27 novembre 2015 déjà évoquée, le législateur a adopté un nouveau dispositif qui ouvrait à l'employeur la possibilité de contester devant le juge judiciaire, dans les 15 jours de la délibération du CHSCT, le principe et les modalités d'une expertise. Toutefois, dans la mesure où le coût prévisionnel n'est connu qu'après la délibération de cette instance, lorsque l'expert transmet son devis, la Cour de cassation a douté de la conformité au droit à un recours juridictionnel effectif de la règle fixant à la date de la délibération du CHSCT le point de départ du bref délai de recours de l'employeur. Elle a donc renvoyé au Conseil constitutionnel une nouvelle QPC. Par sa décision du 23 octobre 2017, *Société EDF*⁵, le Conseil constitutionnel a pris en considération la circonstance que l'employeur demeure recevable à contester le coût final de l'expertise et il en a déduit que « à la supposer établie, l'impossibilité pour l'employeur de contester le coût prévisionnel » ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif.

Deux raisons nous conduisent toutefois à vous recommander de ne pas suivre la voie qui pourrait sembler ouverte par cette décision et de ne pas juger que la possibilité d'un recours devant le juge judiciaire sur le coût final de l'expertise permet de fermer la porte au recours en excès de pouvoir contre la décision de l'administration portant sur le coût prévisionnel.

- D'abord, à supposer même que le juge judiciaire soit compétent pour statuer sur le coût final d'une expertise ordonnée dans le cadre d'un PSE, cela ne justifierait pas de fermer la voie à tout recours contre la décision prise par l'administration, au cours de l'élaboration du PSE, sur son coût prévisionnel.

Le coût prévisionnel de l'expertise, c'est le devis initial qui fixe le coût horaire et le nombre d'heures de travail envisagés par l'expert. Si la prestation réalisée est conforme au devis – ce qui est le principe – la contestation du seul coût définitif ne sera d'aucune utilité. Les litiges sur le coût définitif des expertises sont pour cette raison résiduels. Le droit à un recours juridictionnel effectif incite donc à préserver le droit de contester le coût prévisionnel. D'ailleurs, la décision « *Société EDF* » du Conseil constitutionnel que nous venons d'évoquer n'a pas totalement levé les doutes de la Cour de cassation sur le respect du droit à un recours juridictionnel effectif. Par une décision du 28 mars 2018 publiée au bulletin⁶, elle a procédé « à la lumière de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », à une interprétation constructive des dispositions législatives en cause pour juger que le délai de recours de l'employeur court non à compter de la délibération du CHSCT comme la lettre du texte le prévoit, mais à compter du jour où l'employeur est informé du coût prévisionnel.

- Ensuite, certes, un éventuel litige entre l'employeur et l'expert sur le coût final de l'expertise pourrait être regardé comme un pur litige de droit privé entre personnes privées dont il appartiendrait au juge judiciaire de connaître. Toutefois, l'article L. 2315-86 du code du travail, qui prévoit la compétence du juge judiciaire pour connaître notamment de la

⁵ Décision n° 2017-662 QPC du 13 octobre 2017, *Société EDF* [Recours de l'employeur contre une expertise décidée par le CHSCT]

⁶ Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-28.561, Bull. 2018, V, n° 60 ; Soc., 7 décembre 2022, pourvoi n° 21-16.996

contestation sur le coût final des expertises ordonnées par le CSE, exclut expressément « *le cas prévu à l'article L. 1233-35-1* » c'est-à-dire l'hypothèse – qui est celle de la présente affaire – dans laquelle l'administration s'est prononcée sur une contestation relative au coût prévisionnel en cours de PSE. D'ailleurs, à supposer que le juge judiciaire se reconnaisse compétent pour statuer sur le coût final même dans cette hypothèse, la décision de l'administration sur le coût prévisionnel – question déterminante comme on l'a vu – viendrait s'opposer dans le litige devant lui et il n'aurait d'autre choix, en cas de contestation sérieuse, que de la renvoyer à titre préjudiciel devant le juge administratif.

Nous en déduisons donc que le principe d'unicité du litige posée par l'article L. 1233-57-1 du code du travail ne saurait avoir pour effet, lorsque la décision d'homologation ou de validation du PSE n'a pas été contestée, d'interdire à l'employeur ou à l'expert-comptable de former un recours en excès de pouvoir contre la décision par laquelle l'administration s'est prononcé sur une contestation relative au coût prévisionnel de l'expertise.

Vous pourriez toutefois être retenus, avant de vous engager cette la voie, par la crainte d'ouvrir une première brèche dans le principe d'unicité du contentieux posé par cet article et le risque de créer un précédent.

Nous ne pensons pas qu'une telle crainte soit fondée.

Il ne s'agit en effet de permettre un recours distinct que dans le cas où la décision d'homologation ou de validation n'a pas été contestée. En outre l'exception que nous vous proposons paraît réservée à la seule question du coût prévisionnel de l'expertise. La décision de l'administration sur cette question se distingue des autres décisions que l'administration peut prendre dans le cadre du PSE : elle oppose en effet l'employeur non pas aux salariés ou à leurs représentants mais à un tiers : l'expert.

Par suite, lorsque la décision de validation ou d'homologation est contestée, l'éventuelle contestation du coût prévisionnel de l'expertise doit certes être examinée en même temps que cette contestation car elle peut avoir une incidence sur la procédure d'info-consult comme vous l'avez déjà jugé. En revanche, si tel n'est pas le cas, la décision relative au coût prévisionnel apparaît avec ses effets propres et comme « détachables »⁷ de la procédure de PSE.

* Si vous nous avez suivi pour admettre la recevabilité du recours contre la décision de l'administration statuant sur le coût prévisionnel de l'expertise malgré l'absence de contestation de la décision validant ou homologuant le PSE, vous devez préciser les conditions dans lesquelles un tel recours peut être examiné. Deux questions se posent en particulier : le point de départ du délai de recours et les délais impartis au juge du fond pour se prononcer. La lettre du texte ne nous paraît imposer aucune solution avec évidence. Dès lors que vous reconnaissez ce recours *praeter legem*, la réponse à ces questions revêt aussi un caractère quelque peu prétorien.

Si vous estimez que le recours contre la décision administrative statuant sur le coût prévisionnel de l'expertise doit être formé, instruit et jugé dans les conditions mentionnées par l'article L. 1235-7-1 même en l'absence de contestation de l'homologation ou de la validation

⁷ En cohérence avec le courant jurisprudentiel par lequel, sur le fondement du droit à recours, ont été jugées illégales des dispositions réglementaires propres à la procédures devant certaines autorités administratives indépendantes et qui imposaient de ne contester les décisions prises en matière de levée du secret qu'à l'occasion du recours contre la décision définitive rendue par cette autorité (voir, pour la HADOPI : 30 décembre 2013, *Stés APPLE et ITUNES*, n°347076, B et pour l'Autorité de la concurrence : 10 octobre 2014, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laine minérales manufacturées*, n°367807, B).

du PSE, il en résultera que le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel devront statuer dans un délai de trois mois à peine de dessaisissement. Il en résultera aussi qu'après avoir annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, vous serez tenus de régler l'affaire au fond puisque que le délai de trois mois est expiré⁸.

Nous ne voyons toutefois pas l'intérêt d'imposer aux juges du fond la contrainte d'un délai de trois mois qui a été conçu pour l'examen de la décision portant sur le PSE lui-même. Il nous semble que le renvoi de l'article L. 1233-35-1 à l'article L. 1235-7-1 peut être interprété comme ne visant que le point de départ du délai de recours, qui doit être le même que le point de départ du délai de recours contre la décision d'homologation ou de validation du PSE⁹. Pour ce qui est des autres règles contentieuses, dans l'hypothèse où la décision d'homologation ou de validation n'est pas contestée et que seule subsiste la contestation de la décision portant sur le coût prévisionnel de l'expertise, cette dernière contestation nous paraît pouvoir être examinée par la juridiction administrative dans les conditions du droit commun.

PCMNC :

- Annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris et renvoi de l'affaire devant elle ;
- Rejet des conclusions présentées par la société Boisseau au titre des frais non compris dans les dépens.

⁸ Assemblée, 22 juillet 2015, *HEINZ FRANCE*, n°385816, A, §8.

⁹ Afin que les affaires puissent être jugées ensemble le cas échéant.