N° 471271

Association OPTIMA

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 28 février 2024

Lecture du 3 avril 2024

Conclusions

M. Jean-François de Montgolfier, rapporteur public

1. L'association OPTIMA exerce une activité de médiation sociale. Elle emploie une centaine de salariés sur quatre sites : Rennes, Nantes, Angers et Paris. Fin 2019, elle n'a pas obtenu le renouvellement d'un marché conclu avec un groupement de commandes réunissant quatre bailleurs sociaux et la ville de Rennes et elle a décidé en conséquence de licencier neuf salariés employés sur le site de Rennes dont Mme A..., salariée protégée. L'inspecteur du travail ayant autorisé son licenciement et le ministre du travail ayant rejeté son recours hiérarchique, Mme A... a saisi sans succès le tribunal administratif de Rennes aux fins d'obtenir l'annulation de cette autorisation mais elle a obtenu gain de cause en appel. L'association employeur vous saisit en cassation pour obtenir l'annulation de l'arrêt de la CAA de Nantes du 13 décembre 2022.

L'examen des moyens d'erreurs de droit et le moyen d'inexacte qualification juridique soulevés à l'occasion du pourvoi pose une question qui a justifié l'inscription de l'affaire devant votre formation de jugement : lorsque le licenciement économique est fondé sur la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la circonstance que l'employeur ne poursuive pas un but lucratif implique-t-elle d'apprécier différemment le motif du licenciement ?

La question est en l'espèce soulevée par l'employeur qui invoque sa qualité d'association et la fragilité économique qui en résulterait, selon lui, pour justifier une application adaptée du motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité. On observera que la même question est parfois soulevée à l'inverse pour soutenir que la notion de « sauvegarde de la compétitivité » n'a pas sa place lorsque l'employeur ne poursuit pas un but lucratif.

Au-delà des questions juridiques dont nous allons vous entretenir, l'enjeu économique est important. La forme associative d'une activité n'implique pas toujours le bénévolat, loin s'en faut : en 2021, 170 000 associations employaient en France plus de 1,8 millions de salariés pour une masse salariale qui excédait 42 milliards d'euros et près du quart des associations employeur ont plus de 10 salariés¹.

2. Depuis la loi du 8 août 2016² (dite El Khomry), l'article L. 1233-3 du code du travail précise les quatre motifs qui peuvent justifier un licenciement économique. Le 3^o de cet article mentionne la « réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité ». Le législateur a, ce faisant, codifié un motif reconnu d'abord de manière prétorienne par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt *Vidéocolor* du 5

---

¹ Chiffres clés de la vie associative 2023.

² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, article 67

avril 1995, Bull, et que vous avez retenu par votre décision du 8 mars 2006, *Mme B...* (270857, A).

La consécration de la sauvegarde de la compétitivité par la Chambre sociale entendait trancher un débat sur ce qu'on nommait jadis la « cause économique structurelle » du licenciement laquelle tenait pour un motif économique pertinent la réorganisation décidée dans l'intérêt de l'entreprise. Un tel motif avait été allusivement évoqué par la loi du 3 janvier 1975³ mais n'avait été consacré par le législateur ni en 1986 ni en 1989. L'arrêt *Videocolor* procède à une reconnaissance de la restructuration de l'entreprise au nombre des motifs de licenciement économique mais il l'encadre fortement par cette condition de « sauvegarde de la compétitivité » qui présente toutefois une certaine plasticité. Elle recèle en effet une tension entre deux termes qui renvoient, pour le premier, à une finalité préventive, voire conservatoire pour l'entreprise – la sauvegarde –, et, pour le second, à une finalité d'intérêt économique – la compétitivité.

Depuis l'origine, ce critère a donné lieu à des interprétations divergentes reconnaissant une plus ou moins grande marge de liberté à l'employeur pour décider de licencier. En particulier, le professeur Lyon-Caen ou le doyen Waquet avaient pris parti pour une interprétation restrictive réservant la sauvegarde de la compétitivité à l'existence d'une menace sur la survie de l'entreprise⁴.

Toutefois, lorsque le législateur a entrepris de consacrer une telle définition restrictive dans le projet de loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel a jugé, le 12 janvier 2002, que le législateur portait à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive.⁵ Cette décision contribue à préciser la notion de « *nécessité de sauvegarder la compétitivité* » en jugeant qu'elle permet à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants.

Avant que vous ne la repreniez, la notion de sauvegarde de la compétitivité était ainsi triplement encadrée. Premièrement, compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel, elle ne se confond ni avec les difficultés économiques actuelles de l'entreprise ni avec une menace sur la survie de l'entreprise.

Deuxièmement, la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise suppose que celle-ci soit menacée par des éléments actuels et concrets⁶ et ne se confond ni avec le simple objectif d'améliorer⁷ voire de préserver⁸ la compétitivité, ni avec la recherche d'économies ou de rationalisation⁹ et moins encore avec l'ambition d'améliorer la rentabilité¹⁰, les marges¹¹ ou les profits de l'entreprise¹².

³ Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique, art. 2 (art. 321-7 du code du travail).

⁴ G. Lyon-Caen, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux » : Dr. soc. 1995, p. 489, spéc. p. 492. Waquet, P. « La cause économique du licenciement » Dr Soc. 2000, p. 168.

⁵ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale

⁶ Soc., 7 juin 2006, n° 04-40.945 et 4 juillet 2006, n° 04-46.261.

⁷ Soc. 1^{er} déc. 1999, n° 98-42.746.

⁸ Soc., 4 juillet 2006, n° 04-46.261.

⁹ Cass. soc. 13 mars 2003, n° 01-42.713, Inédit ; Cass. soc. 31 mars 2010 n° 09-40.521, Inédit.

¹⁰ Cass. soc. 1^{er} février 2011, *Dunlop*, n° 10-30.045, Bull.

Troisièmement, comme la Cour de cassation l'a jugé par son arrêt d'Assemblée plénière du 8 décembre 2000, *Sté SAT* (97-44.219, Bull), contrôler que la réorganisation envisagée est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise n'autorise pas à contrôler le choix de l'employeur entre les solutions possibles pour répondre à cette menace. Dans sa décision déjà évoquée sur la loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel a aussi, pour apprécier l'atteinte à la liberté d'entreprendre, pris en compte le risque que le juge soit amené à substituer son appréciation à celle de l'employeur quant à aux options de gestion pour traiter le motif économique (cons. 49).

Ce triple encadrement se retrouve dans votre jurisprudence : l'administration ne peut légalement autoriser le licenciement d'un salarié protégé que si elle retient l'existence d'une menace sur la compétitivité (*B...* précitée), laquelle menace doit être « sérieuse » (9 octobre 2020, *SEITA*, n°428431, B). En revanche, s'il appartient à l'administration de vérifier que la modification du contrat de travail justifiée par le motif économique, elle n'a pas à exiger qu'elle soit « strictement nécessaire » à ce motif (15 novembre 2022, *Société Milleis Banque*, n°449317, B). Et vous jugiez déjà depuis longtemps que si l'autorité administrative doit s'assurer de la réalité du motif économique, elle n'a pas à contrôler les options de gestion décidées par l'entreprise (27 février 1981, *Société coopérative agricole de Wavignies*, n° 15624, T).

Motif destiné à permettre à l'entreprise de prévenir les difficultés économiques et les licenciements futurs, ainsi que la Chambre sociale l'a précisé dans son arrêt *Pages jaunes* du 11 janvier 2006 (05-40977, Bull), le concept de sauvegarde de la compétitivité est d'autant plus délicat à apprécier à mesure que les difficultés économiques qu'il s'agit d'éviter sont plus incertaines et leur rapport avec la réorganisation en cours plus indirectes. Il faut néanmoins assumer ce rapport indirect entre la menace actuelle sur la compétitivité et les difficultés économiques qu'il s'agit de prévenir : prise à la lettre, la compétitivité est la capacité d'un acteur économique à affronter la concurrence et la menace sur la compétitivité constitue d'abord un risque de déclassement dans le contexte concurrentiel avant d'être un risque de difficultés économiques. Le souci d'objectiver autant que possible cette notion peut donc inciter à n'en retenir que l'acception propre au secteur marchand en ramenant l'appréciation de la menace sur la compétitivité à une question de coûts de production, de prix de commercialisation et d'évolution respective de parts de marché.

Cela peut expliquer la tendance, dans la pratique des juridictions du fond de l'ordre judiciaire à résumer la sauvegarde de la compétitivité de l'association à la sauvegarde de sa pérennité¹³, tendance que la Cour de de cassation n'a pas désavouée. Ainsi, par trois arrêts des 2 avril 2008¹⁴, 23 septembre 2009¹⁵ et 18 mai 2011¹⁶, la Chambre sociale a approuvé l'interprétation

¹¹ Cass. soc. 13 septembre 2006 n° 05-41.665, Inédit.

¹² Cass. soc. 30 septembre 1997, *Rosières*, n° 94-43.733, Bull. ; Cass. soc., 30 novembre 2011, *CFC expert* n° 09-43.183 Bull.

¹³ Voir sur ce point : Ch. Mariano, « La réorganisation en vue de sauvegarder la pérennité de l'association : motif économique légitime », *Bulletin Joly travail*, Octobre 2020, p. 54 à 60.

¹⁴ Soc. 2 avril 2008, 07-40.640.

¹⁵ Soc., 23 septembre 2009, *ADHAJ*, 08-42.277.

¹⁶ Soc., 18 mai 2011, *ACCEL*, 10-18.971

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.

de cours d'appel précisant que l'objectif de sauvegarde de la compétitivité, pour les associations, est destiné à assurer leur pérennité¹⁷.

Trois raisons nous convainquent toutefois de vous proposer de ne pas consacrer une conception différente de la sauvegarde de la compétitivité selon que l'entreprise poursuit ou non un but lucratif.

En premier lieu, nous ne pensons pas que la reconnaissance, pour les associations, d'un motif de licenciement tiré de la sauvegarde de la pérennité doit être interprétée comme limitant à cette seule hypothèse l'application à ces entreprises du critère de sauvegarde de la compétitivité. Aucun des trois arrêts évoqués n'a été publié au Bulletin de la Cour de cassation et tous sont antérieurs à la consécration législative de la sauvegarde de la compétitivité par la loi *El Khomry*. Ces arrêts coexistent avec d'autres arrêts également inédits¹⁸, qui ne paraissent pas appliquer aux associations, une conception spéciale du motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité.

En effet, la jurisprudence de la Chambre sociale sur l'application de ce motif de licenciement aux associations ne diffère pas de celle qu'elle applique aux autres entreprises. Elle refuse ainsi que ce critère puisse justifier les licenciements motivés par une restructuration destinée seulement à **améliorer** le service rendu au public (pour une restructuration dans un EHPAD associatif : Soc., 9 mars 1999, n° 96-45.590, Bull.), à **se conformer aux** prescriptions d'une autorité de tutelle (Soc., 17 octobre 2006, *Institut Pasteur*, n° 04-43.201) ou simplement à **réaliser** des économies (Ch. Soc. 16 sept 2006, 0445914). Enfin, la Chambre sociale applique la même interdiction faite au juge de substituer son appréciation à celle de l'employeur s'agissant des choix de réorganisation (Ch Soc. 8 juillet 2009, *Fondation Hôpital Saint Joseph*, 08-40046, B).

En deuxième lieu, opposer les sociétés aux associations, pour apprécier le motif économique du licenciement fondé sur la sauvegarde de la compétitivité implique de fonder une différence entre les entreprises selon qu'elles poursuivent ou non le but de partager des bénéfices alors qu'une telle différence paraît secondaire au regard de l'exposition au risque économique que représente la « menace sur la compétitivité ».

Ainsi que le Conseil constitutionnel l'avait jugé par sa décision du 25 juillet 1984 sur la loi relative à la liberté de communication, la liberté d'association n'interdit pas aux associations à but non lucratif de se procurer les ressources nécessaires à la réalisation de leurs buts par l'exercice d'activités lucratives¹⁹. Si le but d'une association n'est pas lucratif, l'objet de son activité peut l'être.

¹⁷ En revanche, l'arrêt de la chambre sociale du 11 décembre 2001, *Conservatoire municipal Francis- Poulenc*, (n° 99-42.906, Bulletin civil 2001, V, n° 376) souvent cité, n'a pas la même portée : il qualifie de licenciement économique toute rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, mais cette qualification du motif ne préjuge pas de sa justification.

¹⁸ Soc. 16 septembre 2020, *Aforest*, 19-11.514, Inédit.

¹⁹ Décision n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation, cons. 2.

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 cet égard, votre jurisprudence en matière fiscale, retient que la seule forme juridique d'une entité, indépendamment des conditions dans lesquelles elle exerce sa propre activité, ne permet pas de déterminer si elle doit être regardée comme une entreprise commerciale (4 octobre 2021, *Association de gestion du groupe ESC Chambéry Savoie*, n°453368, B). Pour examiner si une association peut être exonérée de la TVA, de l'impôt sur les sociétés et de la CVAE, vous regardez notamment si les services qu'elle rend ne sont pas offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec ceux proposés au même public par des entreprises commerciales ayant une activité identique (Section, 1^{er} octobre 1999, *Association Jeune France*, n° 170289, A).

De nombreuses associations ont ainsi une activité économique qui les conduit à affronter la concurrence avec d'autres acteurs qui exercent, notamment la forme de sociétés commerciales. La concurrence à cet égard ne se résume pas à la conquête de parts de marché mais peut prendre d'autres formes, comme l'accès à la commande publique ou à des formes variées de mise en concurrence, tels les appels à projets pour les créations d'établissements ou services sociaux ou médico-sociaux (art. L. 313-1-1 du CASF) ou appels à manifestation d'intérêt.

En outre, contrairement à ce qui est parfois avancé, les associations ne sont pas soumises à un principe de « strict équilibre entre les recettes et les dépenses » : une association peut, pour son activité sociétale, investir, s'endetter, emprunter, accumuler du déficit et, le cas échéant, être soumise aux procédures collectives.

Enfin, la finalité non lucrative (c'est-à-dire l'interdiction de partager des bénéfices²⁰) n'est pas l'apanage des associations. Le même principe s'applique aux mutuelles (L. 110-1 du code de la mutualité) et la circonstance que l'employeur de *Mme B...* était une mutuelle ne vous a pas, en l'espèce, retenu de consacrer, à l'occasion de son affaire, le critère de sauvegarde de la compétitivité. Il existe au contraire des sociétés anonymes à but non lucratif (comme une autre affaire appelée au rôle de votre séance de jugement de ce jour vous permet de le constater²¹). Enfin, la sauvegarde de la compétitivité a déjà été mentionnée dans le cadre d'un licenciement conduit par un établissement public industriel et commercial (Soc., 16 décembre 2008, *Etablissement public foncier Nord Pas-de-Calais* n° 07-41.953, Bull.). A l'heure où l'économie sociale et solidaire le discute à la philanthropie capitaliste, il nous semblerait hasardeux d'opérer, dans le droit du licenciement, une distinction prétorienne entre employeurs à but lucratif et employeurs sans but lucratif.

En troisième lieu, assimiler, pour les associations, la sauvegarde de la compétitivité à la nécessité de sauvegarder leur pérennité, méconnaît directement la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 qui a jugé manifestement contraire à la liberté d'entreprendre une définition du motif économique qui ne permettait de licencier que lorsque la **pérennité** de l'entreprise était en cause.

Il n'y a donc pas lieu de restreindre le champ d'application de la sauvegarde de la compétitivité au secteur marchand de l'économie ou aux entreprises poursuivant un but

²⁰ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, article 1^{er}.

²¹ Les établissements d'enseignement technique privé consulaires. Voir affaire n° 468768. C....

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.

lucratif. Pour apprécier la « menace sur la compétitivité », l'administration doit, sous le contrôle du juge, apprécier si la situation de l'entreprise (notamment sa situation financière et commerciale) ainsi que, le cas échéant, la situation du marché sur lequel elle intervient, rendent raisonnablement prévisibles des difficultés économiques en l'absence de réorganisation. Pour apprécier cette menace, il est certes nécessaire d'adapter l'application de ce critère selon le contexte économique dans lequel évolue l'entreprise, la nature de la concurrence à laquelle elle est exposée et les difficultés économiques que la réorganisation envisagée entend prévenir. Une telle adaptation relève de l'appréciation des circonstances de fait et non une question de droit. Elle n'est notamment pas attachée à la forme juridique sous laquelle l'entreprise exerce.

2. Il est temps d'examiner les moyens du pourvoi de l'association OPTIMA.

* Pour juger que le licenciement de Mme A... n'était pas justifié par une menace concrète et avérée sur la compétitivité de l'association, la Cour administrative d'appel a d'abord jugé que si le site de Rennes de l'association avait connu, en raison du non-renouvellement du marché de la médiation de nuit, une baisse de près de 50 % de son chiffre d'affaires de 2019 à 2020, la baisse du chiffre d'affaires à l'échelle de l'association était beaucoup plus limitée sur la même période et le résultat d'exploitation était resté excédentaire. Dans un second temps, elle a jugé que l'employeur ne justifiait pas de la nécessité de procéder aux licenciements des agents concernés et qu'il n'était pas établi qu'elle n'aurait pu regagner des parts de marché sur des agglomérations différentes de celle de Rennes.

La seule circonstance que la Cour se soit fondée sur ces critères (chiffre d'affaires et résultat d'exploitation), critères que l'article L. 1233-3 du code du travail mentionne parmi les indicateurs d'appréciation des difficultés économiques, ne constitue pas l'erreur de droit dénoncée, selon laquelle la cour aurait confondu la sauvegarde de la compétitivité et les difficultés économiques de l'entreprise. L'utilisation de tels indicateurs pour examiner si une menace pesait sur la compétitivité n'est pas à elle seule constitutive d'une erreur de droit.

En revanche, le moyen d'inexacte qualification juridique des faits nous paraît fondé. Tel est en effet le contrôle que vous exercez sur l'appréciation des juges du fond en cette matière (décision précitée du 9 octobre 2020, *SEITA*, T).

La Chambre sociale de la Cour de cassation juge de façon constante que la perte d'un marché pour une entreprise ne constitue pas, en soi, un motif de licenciement économique²² mais qu'elle peut avoir, sur la situation de l'entreprise, des effets économiques lesquels justifient le licenciement (Cass. soc., 19 juillet 2000, *Sté Force Majeure 7*, n° 98-42.506).

En l'espèce, la perte du marché, pour quatre ans, n'affectait certes que le site de Rennes de l'entreprise même si l'incidence était très importante pour ce site avec une diminution de

²² Soc. 25 septembre 2001, *Calberson Paris*, 99-43.903, Inédit ; Soc. 20 juin 2000, *Société Fumeron*, 98-40.802 ; Soc., 8 juin 2005, *Sté Ajilon Sales et marketing*, n° 03-41.410 ; Cass. soc., 12 juillet 2004, *SARL Sarco*, n° 02-43.610 ; Soc. 13 mai 2009, *Avenance enseignement santé*, 07-44.088 ; Soc., 12 janvier 2012, *Sté Dauchez services*, n° 10-21.115.

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.

54 % de son chiffre d'affaires la première année. La CAA a en outre eu raison de réaliser l'appréciation du motif économique à l'échelle de l'entreprise.

A cette échelle, l'excédent d'exploitation demeurait certes excédentaire en 2020, mais il avait subi une baisse de 83 % par rapport à l'année précédente.

Surtout, l'employeur soutenait, sans être contredit, que le résultat n'était resté excédentaire en 2020 qu'en raison des économies réalisées du fait de la restructuration et que, sans ces licenciements survenus en début d'année 2020 (ou autorisés en mars 2020 pour Mme A...), le résultat aurait été largement déficitaire.

Or, c'est confondre la cause et l'objectif de la réorganisation que de prendre en compte l'impact d'une réorganisation qui a eu lieu parmi les circonstances de fait destinées à la justifier. L'économie réalisée du fait d'une réorganisation ne peut être invoquée par le salarié pour contester la justification de la réorganisation. De même, l'impact financier du coût prévisionnel d'une réorganisation (par exemple le coût de la fermeture d'un site) ne saurait être invoqué par l'employeur pour justifier la nécessité de la réorganisation.

Enfin, devant les éléments concrets, la Cour a opposé que l'employeur ne justifiait pas être dans l'impossibilité de regagner d'autres parts de marché sur d'autres agglomérations.

En écartant des éléments matériellement établis et qui permettaient raisonnablement de faire craindre des difficultés économiques futures au motif que l'absence de perspectives de nouveaux marchés n'était pas établie, la CAA a inexactement qualifié les faits et ce motif justifie l'annulation de l'arrêt et le renvoi de l'affaire à la CAA de Nantes. Vous pourrez enfin, dans les circonstances de l'espèce, rejeter les conclusions présentées au titre des frais non compris dans les dépens.

Tel est le sens de nos conclusions.

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.