

Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014

Loi visant à reconquérir l'économie réelle

La proposition de loi « visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel » (dont le titre a été modifié au cours de la navette) a été déposée à l'Assemblée nationale le 15 mai 2013 par M. Bruno Le Roux et des députés des groupes socialiste (SRC) et écologiste. Le Président de l'Assemblée nationale l'a soumise pour avis au Conseil d'État. Le Gouvernement a engagé la procédure accélérée le 30 août 2013. La proposition de loi a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 1^{er} octobre 2013 puis rejetée par le Sénat le 4 février 2014. Le 5 février, la commission mixte paritaire n'est pas parvenue à élaborer un texte. La proposition de loi a ensuite été adoptée en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 17 février 2014 puis rejetée par le Sénat le 21 février 2014. Le Gouvernement a alors demandé à l'Assemblée nationale de statuer en lecture définitive, ce qu'elle a fait le 24 février 2014. Le texte définitivement adopté a été déféré par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs.

L'article 1^{er} de cette loi en constitue le cœur. Il définit des obligations nouvelles pour l'entreprise de plus de mille salariés ou appartenant à un groupe de plus de mille salariés souhaitant fermer l'un de ses établissements. D'une part, des mécanismes d'information, notamment du comité d'entreprise, et de recherche d'un repreneur sont mis en place. D'autre part, les salariés peuvent saisir le tribunal de commerce qui peut condamner l'entreprise à d'importantes pénalités financières si elle n'a pas respecté ces obligations d'information ou si elle a refusé une offre de reprise sérieuse de l'établissement sans motif légitime.

Cet article 1^{er} était contesté par les députés et les sénateurs requérants. Les sénateurs contestaient également les articles 8 et 9.

Dans sa décision du 27 mars 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 1^{er} instituant un contrôle par le tribunal de commerce du refus d'une offre de reprise de l'établissement dont la fermeture est envisagée (2^o et 3^o de l'article L. 772-2 du code de commerce et les dispositions liées aux articles L. 773-1 et L. 773-2) ainsi que celles prévoyant une pénalité en cas de non-respect des obligations d'information des repreneurs potentiels par l'entreprise qui envisage la fermeture d'un établissement (deux premiers alinéas de l'article L. 773-1 du même code) et le paragraphe IV de l'article 2.

En revanche, le Conseil a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 1^{er} instaurant des obligations d'information des repreneurs potentiels par l'entreprise qui envisage la fermeture d'un établissement (article L. 1233-57-14 du code du travail). Il a également déclaré conformes à la Constitution les dispositions contestées de l'article 8 et l'article 9.

I. – Les dispositions de l'article 1^{er}

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a repris les conclusions de l'accord national interprofessionnel (ANI) sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi conclu par les partenaires sociaux en janvier 2013. À cet effet elle a inséré un article L. 1233-90-1 dans le code du travail qui institue à la charge de l'entreprise une obligation de recherche d'un repreneur « *lorsqu'elle envisage un projet de licenciement collectif ayant pour conséquence la fermeture d'un établissement* ».

Le Conseil constitutionnel n'a pas examiné cette disposition issue de l'article 19 de la loi relative à la sécurisation de l'emploi dans sa décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013.

L'article 2 de la loi déferée au Conseil constitutionnel abroge en son paragraphe I cet article L. 1233-90-1, dont l'encre est à peine sèche, auquel est substitué un dispositif beaucoup plus ambitieux à l'article 1^{er}.

Le paragraphe I de l'article 1^{er} modifie le code du travail et son paragraphe II le code de commerce.

* Le paragraphe I insère après la section 4 du chapitre III du titre III du livre II de la première partie du code du travail, une section 4 *bis*, intitulée « *Obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement* », laquelle comprend deux sous-sections respectivement consacrées à l'« *information des salariés et de l'autorité administrative de l'intention de fermer un établissement* » et à la « *recherche d'un repreneur* ».

D'une part, est prévue l'information du comité d'entreprise lorsque l'entreprise « *envisage la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif* » (art. L. 1233-57-9 du code du travail). Il est précisé que cette réunion et cette information ont lieu « *au plus tard à l'ouverture de la procédure d'information et de consultation prévue à l'article L. 1233-30* ». Il se déduit de cette précision que les dispositions introduites par l'article 1^{er} sont applicables uniquement lorsque la fermeture de l'établissement a pour conséquence un licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés.

« Tous [les] renseignements utiles sur le projet de fermeture de l'établissement » sont adressés aux représentants du personnel par l'employeur (art. L. 1233-57-10) et notamment ceux relatifs aux actions qu'il envisage d'engager pour trouver un repreneur. Par ailleurs, l'employeur informe également l'autorité administrative de tout projet de fermeture d'un établissement (art. L. 1233-57-12), ainsi que le maire de la commune (art. L. 1233-57-13).

D'autre part, l'entreprise a l'obligation de rechercher un repreneur. À ce titre, l'employeur est tenu, en vertu de l'article L. 1233-57-14 :

« 1° D'informer, par tout moyen approprié, des repreneurs potentiels de son intention de céder l'établissement ;

« 2° De réaliser sans délai un document de présentation de l'établissement destiné aux repreneurs potentiels ;

« 3° Le cas échéant, d'engager la réalisation du bilan environnemental mentionné à l'article L. 623-1 du code de commerce, ce bilan devant établir un diagnostic précis des pollutions dues à l'activité de l'établissement et présenter les solutions de dépollution envisageables ainsi que leur coût ;

« 4° De donner accès à toutes informations nécessaires aux entreprises candidates à la reprise de l'établissement, exceptées les informations dont la communication serait de nature à porter atteinte aux intérêts de l'entreprise ou mettrait en péril la poursuite de l'ensemble de son activité. Les entreprises candidates à la reprise de l'établissement sont tenues à une obligation de confidentialité ;

« 5° D'examiner les offres de reprises qu'il reçoit ;

« 6° D'apporter une réponse motivée à chacune des offres de reprise reçues, dans les délais prévus à l'article L. 1233-30 ».

De son côté, le comité d'entreprise est « informé des offres de reprise formalisées, au plus tard huit jours après leur réception » (art. L. 1233-57-15).

L'employeur doit consulter le comité d'entreprise « sur toute offre de reprise à laquelle il souhaite donner suite » (art. L. 1233-57-19). Si aucune offre de reprise n'a été reçue ou si l'employeur n'a souhaité donner suite à aucune des offres, celui-ci réunit le comité d'entreprise et lui présente un rapport, qui est communiqué à l'autorité administrative (art. L. 1233-57-20).

* Le paragraphe II de l'article 1^{er} complète le livre VII du code de commerce par un titre VII « de la recherche d'un repreneur ». Ce titre comprend six articles L. 771-1 à L. 773-3.

Aux termes de l'article L. 771-1 les délégués du personnel ou le comité d'entreprise peuvent saisir le tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège social, s'ils estiment que l'entreprise n'a pas respecté les obligations précédemment examinées du code du travail « *ou qu'elle a refusé de donner suite à une offre qu'il considère comme sérieuse* ».

Aux termes de l'article L. 772-1, le tribunal examine :

« *1° La conformité de la recherche aux obligations prévues par le code du travail ;*

« *2° Le caractère sérieux des offres de reprise, au regard notamment de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement ;*

« *3° L'existence d'un motif légitime de refus de cession, à savoir la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise* ».

L'article L. 773-1 prévoit que le tribunal de commerce peut prononcer une pénalité :

« *Lorsque le tribunal de commerce a jugé, en application du chapitre II du présent titre, que l'entreprise n'a pas respecté les obligations mentionnées au 1° de l'article L. 772-2 ou qu'elle a refusé une offre de reprise sérieuse sans motif légitime de refus, il peut imposer le versement d'une pénalité, qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise. Le montant de la pénalité tient compte de la situation de l'entreprise et des efforts engagés pour la recherche d'un repreneur.*

« *La pénalité est affectée à l'établissement public BPI-Groupe, dans les conditions prévues par une loi de finances, pour financer des projets créateurs d'activité et d'emplois sur le territoire où est situé l'établissement ou de promotion des filières industrielles.*

« *Le tribunal statue dans un délai de quatorze jours. La décision administrative d'homologation du document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4 du code du travail ne peut intervenir avant le jugement* ».

L'article L. 773-2 prévoit également une conséquence complémentaire d'un jugement constatant le non-respect des obligations prévues par le législateur :

« *Lorsque le jugement mentionné à l'article L. 773-1 constate que l'entreprise n'a pas respecté les obligations mentionnées au 1° de l'article L. 772-2 ou qu'elle a refusé une offre de reprise jugée sérieuse en application du 2° du*

même article en l'absence d'un motif légitime de refus de cession au titre du 3° dudit article, les personnes publiques compétentes peuvent émettre un titre exécutoire, dans un délai d'un an à compter de ce jugement, pour obtenir le remboursement de tout ou partie des aides pécuniaires en matière d'installation, de développement économique ou d'emploi attribuées à l'entreprise au cours des deux années précédant le jugement, au titre de l'établissement concerné par le projet de fermeture. »

* Le paragraphe III de l'article 1^{er} fixe l'entrée en vigueur de l'ensemble de ces dispositions et leur application « *aux procédures de licenciement collectif engagées à compter du 1^{er} avril 2014* ».

II. – L'examen des dispositions contestées de l'article 1^{er}

A. – Le cadre constitutionnel du contrôle

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de liberté d'entreprendre et de droit de propriété

Le Conseil constitutionnel fonde la protection constitutionnelle de la liberté en général, et de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle en particulier, sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui...* » Il considère « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

L'examen de la jurisprudence du Conseil montre que la liberté d'entreprendre s'entend sous les deux composantes traditionnelles de cette liberté : la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique¹ et la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité². Au titre de cette seconde composante, le Conseil a reconnu la liberté d'embaucher en choisissant ses collaborateurs³, de licencier⁴, de fixer ses tarifs⁵ ou de faire de la publicité commerciale⁶. Dans sa décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 sur les

¹ Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales)*

² Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle)*, cons. 7.

³ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 22.

⁴ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 50.

⁵ Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, cons. 21.

⁶ Décisions n°s 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 12 et 13 et 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 15.

corporations d'Alsace-Moselle, le Conseil a confirmé expressément le double objet de la liberté d'entreprendre : « *la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* »⁷.

Le Conseil procède fréquemment à un contrôle fondé sur la liberté d'entreprendre en lien avec d'autres libertés dont elle est proche, qu'il s'agisse de la liberté contractuelle⁸ ou de l'exercice du droit de propriété⁹. Lorsque la conciliation met en cause, non plus un principe constitutionnel, mais un motif d'intérêt général, le contrôle du Conseil constitutionnel tend à se renforcer.

Dans sa décision n° 2001-455 DC¹⁰, le Conseil a censuré la définition très restrictive du licenciement pour motif économique qu'entendait poser la loi de modernisation sociale :

« Considérant, en premier lieu, que la nouvelle définition du licenciement économique résultant de l'article 107 de la loi déferée limite aux trois cas qu'elle énonce les possibilités de licenciement pour motif économique à l'exclusion de toute autre hypothèse comme, par exemple, la cessation d'activité de l'entreprise ;

« Considérant, en deuxième lieu, qu'en ne permettant des licenciements économiques pour réorganisation de l'entreprise que si cette réorganisation est "indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise "et non plus, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, cette définition interdit à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants ;

« Considérant, en troisième lieu, qu'en subordonnant les licenciements économiques à "des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen", la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise à l'issue des procédures prévues par le livre IV et le livre III du code du travail, mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles ;

« Considérant que le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de

⁷ Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, précitée, cons. 7.

⁸ Décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise)*, cons. 6 et 7.

⁹ Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 19 et 20, plus récemment n° 2014-375 QPC et autres, *M. Bertrand L. et autres*, cons. 14.

¹⁰ Décision n° 2001-455 DC précitée, cons. 46 à 49.

licencier que si sa pérennité est en cause ; qu'en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi ; que, dès lors, les dispositions de l'article 107 doivent être déclarées non conformes à la Constitution ».

Dans cette décision, l'atteinte à la liberté d'entreprendre, et donc à la liberté de se désengager d'une entreprise, était manifestement excessive dans le cas de la cessation d'activité mais aussi dans celui des réorganisations décidées pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Le Conseil avait en outre souligné que la disposition était inconstitutionnelle car elle aurait conduit le juge non plus seulement à vérifier la licéité de la cause fondant les choix de gestion du chef d'entreprise, mais à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, méconnaissant ainsi la responsabilité, propre au chef d'entreprise, de fixer les buts et les moyens de sa gestion et notamment « de choisir ses collaborateurs », responsabilité qui est, selon le Conseil constitutionnel, une composante essentielle de la liberté d'entreprendre.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de propriété est abondante et constante. Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel juge que « *la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : " La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité " ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »¹¹.*

Il en résulte une distinction entre les mesures qui relèvent de l'article 17 de la Déclaration de 1789, lesquelles doivent être justifiées par une nécessité publique légalement constatée et doivent comporter une juste et préalable indemnité, et celles qui doivent respecter les dispositions de l'article 2, qui exige que soient démontrés un motif d'intérêt général et le caractère proportionné de l'atteinte à l'objectif poursuivi.

2. – Les exigences du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946

Le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut*

¹¹ Voir par exemple récemment les décisions n^{os} 2013-369 QPC du 28 février 2014, *Société Madag (Droit de vote dans les sociétés cotées)*, cons. 8 ; 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autre (Exploitation numérique des livres indisponibles)*, cons. 12.

être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

Le Conseil constitutionnel a dégagé de ce cinquième alinéa du Préambule de 1946 « *le droit pour chacun d'obtenir un emploi* ».

Dans sa décision n° 98-401 DC, à propos de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, il a considéré « *qu'en réduisant, à l'article 1^{er} de la loi, de trente-neuf à trente-cinq heures, la durée légale du travail effectif, en 2000 ou 2002, selon les cas, et en prévoyant, à l'article 3, un dispositif visant à inciter les employeurs à réduire la durée du travail avant ces échéances, le législateur a entendu, dans le contexte actuel du marché du travail, s'inscrire dans le cadre du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »¹².

Dans sa décision n° 2004-509 DC, à propos de la loi de programmation pour la cohésion sociale, il a considéré que le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement du droit de chacun d'obtenir un emploi¹³.

Dans sa décision n° 2010-98 QPC, le Conseil a relevé « *qu'en fixant une règle générale selon laquelle, en principe, l'employeur peut mettre à la retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre* »¹⁴.

Dans sa décision n° 2011-139 QPC, il a jugé « *qu'en imposant que certaines activités ne puissent être exercées que par des personnes justifiant d'une qualification professionnelle ou sous le contrôle de ces dernières, les dispositions contestées ne portent, en elles-mêmes, aucune atteinte au droit d'obtenir un emploi* »¹⁵.

B. – Les obligations d'information à la charge de l'employeur lors de la recherche d'un repreneur

L'article L. 1233-57-14 du code du travail prévoit que l'employeur, qui a le projet de fermer un établissement doit « *recherche[r] un employeur* » et « *est tenu d'informer par, tout moyen approprié, des repreneurs potentiels de son intention de céder l'établissement* ».

¹² Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 26. Voir aussi la décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 27.

¹³ Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. 26 et 27.

¹⁴ Décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N. (Mise à la retraite d'office)*, cons.3.

¹⁵ Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, précitée, cons. 5.

L'obligation de communication d'information aux repreneurs potentiels est ainsi précisée au 4° de l'article L. 1233-57-14 : « *donner accès à toutes informations nécessaires aux entreprises candidates à la reprise de l'établissement, exceptées les informations dont la communication serait de nature à porter atteinte aux intérêts de l'entreprise ou mettrait en péril la poursuite de l'ensemble de son activité. Les entreprises candidates à la reprise de l'établissement sont tenues à une obligation de confidentialité* ».

D'une part, l'efficacité du dispositif de recherche d'un repreneur impose une publicité suffisante des informations nécessaires à la reprise de l'établissement qui doivent pouvoir être communiquées, faute de quoi le mécanisme de recherche d'un repreneur ne peut que s'enrayer. Mais, d'autre part, l'entreprise peut souhaiter ne pas dévoiler des informations légitimement couvertes par le secret professionnel ou commercial, par exemple des secrets de fabrique. Rendre possible l'accès à ces dernières informations conduirait tous les concurrents à être des repreneurs potentiels pour accéder aux informations sans avoir de projet sérieux de reprise.

Les députés requérants faisaient valoir que les dispositions de l'article L. 1233-57-14 méconnaissent la liberté d'entreprendre. En imposant la communication d'informations à toute entreprise concurrente se déclarant intéressée par la reprise de l'établissement dont la fermeture est envisagée sans que la méconnaissance de l'obligation de confidentialité relative à ces informations imposée aux candidats repreneurs puisse être sanctionnée, les dispositions contestées porteraient atteinte à la liberté d'entreprendre de l'entreprise qui envisage de fermer un établissement.

Le Conseil constitutionnel a d'abord relevé que les dispositions adoptées par le législateur avaient pour objet de « *favoriser la reprise des établissements dont la fermeture est envisagée lorsque cette fermeture aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif afin de maintenir l'activité et de préserver l'emploi* ». Il a considéré que le législateur a ainsi poursuivi « *un objectif qui tend à mettre en œuvre l'exigence résultant de la première phrase du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (cons. 8).

Il a considéré qu'en imposant une telle communication des informations, le législateur a ainsi « *entendu permettre aux repreneurs potentiels d'avoir accès aux informations relatives à l'établissement dont la fermeture est envisagée, sans pour autant imposer la communication d'informations qui serait susceptible d'être préjudiciable à l'entreprise cédante ou qui porterait sur d'autres établissements que celui dont elle envisage la fermeture* ».

Le Conseil a alors jugé que, compte tenu de l'encadrement ainsi apporté à l'obligation d'informer les repreneurs potentiels de l'établissement, l'atteinte à

la liberté d'entreprendre n'était pas manifestement excessive, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle poursuivi par le législateur (cons. 11).

C. – Le contrôle du respect des obligations de recherche d'un repreneur

Les dispositions de l'article 1^{er} relatives au contrôle du respect des obligations de recherche d'un repreneur par le tribunal de commerce et aux sanctions pouvant être prononcées par celui-ci étaient contestées par les requérants à plusieurs titres.

En premier lieu, les requérants faisaient valoir que contrôler et sanctionner une entreprise qui, sauf mise en péril de la poursuite de l'ensemble de son activité, refuserait de vendre son établissement reviendrait à porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de l'entreprise qui possède l'établissement dont la fermeture est envisagée. Ils considéraient que cette atteinte ne pouvait être jugée proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

En deuxième lieu, les requérants contestaient également le caractère excessif des sanctions instituées par les articles L. 773-1 et L. 773-2 au regard des exigences du principe de proportionnalité des peines.

Les sénateurs requérants formulaient également deux autres types de griefs. Ils faisaient valoir que les exigences d'information imposées par l'article L. 1233-57-14 du code du travail étaient imprécises. Or, dans la mesure où la méconnaissance de ces obligations peut fonder une décision du tribunal de commerce infligeant une pénalité en vertu de l'article L. 773-1 du code de commerce, ces imprécisions porteraient atteinte au principe de légalité des délits. Ils contestaient enfin la conformité des dispositions relatives à l'affectation du produit des pénalités prononcées par le tribunal de commerce aux exigences de valeur constitutionnelle résultant de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

1. – Le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre (2^o et 3^o de l'article L. 772-2 du code de commerce)

Les obligations mises à la charge de l'entreprise par les nouvelles dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée, sont de deux types.

Celles relatives à l'information à fournir aux repreneurs potentiels ainsi qu'aux salariés au cours de la procédure de recherche d'un repreneur développent la logique de l'actuel article L. 1233-90-1 du code du travail. Elles obligent l'employeur à fournir diverses indications alors qu'un projet de licenciement collectif d'au moins dix salariés est envisagé. Elles visent à faciliter la reprise par l'accès aux informations : document de présentation de l'établissement, bilan environnemental, information nécessaire à la reprise. L'entreprise a

l'obligation de les examiner et de leur apporter une réponse motivée, ainsi que d'informer le comité d'entreprise des offres de reprise formalisées. En cas d'absence d'offre de reprise ou de refus de celle-ci, l'employeur doit présenter un rapport présentant les actions engagées pour rechercher un repreneur, les offres présentées et les motifs de refus.

Le fait, pour l'entreprise, de ne pouvoir refuser une « offre de reprise sérieuse » que pour un « motif légitime » est, en revanche, une obligation d'une nature nouvelle, dont le contrôle et la sanction sont confiés au tribunal de commerce, en vertu des nouvelles dispositions du code de commerce introduites par le paragraphe II de l'article 1^{er}. L'entreprise encourt une pénalité si elle refuse une offre de reprise sérieuse, au regard notamment de la capacité de son auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement, sans motif légitime de refus « à savoir la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise ». Aux termes des articles L. 772-2 et L. 773-1, le tribunal de commerce peut imposer le versement d'une pénalité qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle du SMIC par emploi supprimé dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise

Les députés et les sénateurs requérants contestaient la constitutionnalité de ces dispositions, en considérant qu'elles permettaient de limiter la possibilité pour l'employeur de refuser une offre de reprise dans des conditions portant atteinte non seulement à la liberté d'entreprendre mais également au droit de propriété. Les griefs reprenaient des arguments développés au cours des débats parlementaires.

M. Félix Desplan, rapporteur pour avis de la commission des Lois au Sénat, avait déjà exprimé des doutes en ce sens : « *la fermeture d'un établissement par une entreprise in bonis, malgré les licenciements qui peuvent en résulter, peut être considérée comme relevant de la liberté d'entreprendre, tandis que le refus de céder à une autre entreprise, qui peut être une entreprise concurrente, même sans motif légitime ou sérieux, peut être considéré comme relevant du droit de propriété. Dans ces conditions, sanctionner un manquement dans l'obligation de rechercher un repreneur et surtout le refus de cession peut s'apparenter à une atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété, qui ne serait pas nécessairement justifiée par un motif d'intérêt général* »¹⁶.

Mme Clotilde Valter, rapporteur à l'Assemblée nationale, reconnaissait d'ailleurs que le dispositif législatif était conçu pour obliger à céder l'établissement : « *Ce que nous voulons, c'est imposer au chef d'entreprise qui, pour des raisons financières, veut se débarrasser d'un site rentable, c'est-à-dire*

¹⁶ M. Félix Desplan, *Avis sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à reconquérir l'économie réelle*, Sénat, n° 316 (session ordinaire 2013-2014), 28 janvier 2014, p. 29.

un site qui produit, vend ses produits, fait du bénéfice, emploie des salariés et fait vivre un territoire, de rechercher un repreneur. S'il ne veut plus de ce site, qu'il le laisse mais qu'il le cède à quelqu'un qui veut entreprendre, faire travailler des salariés, produire, conquérir des marchés et faire vivre un territoire »¹⁷.

Il revenait donc au Conseil constitutionnel d'examiner dans quelle mesure le fait d'imposer à l'entreprise envisageant de fermer un établissement de céder cet établissement, dès lors qu'une offre de reprise sérieuse est proposée et qu'aucun motif légitime de refus de cession n'est avancé, portait ou non une atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre.

Pour cela, le Conseil constitutionnel devait opérer un contrôle de la conciliation entre les atteintes à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété et un objectif poursuivi par le législateur tendant à mettre en œuvre une exigence constitutionnelle résultant du cinquième alinéa du Préambule de 1946. Dans le cadre du contrôle de cette conciliation, le Conseil constitutionnel censure les atteintes à des exigences constitutionnelles manifestement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi¹⁸.

Plusieurs éléments soulignaient la difficulté constitutionnelle posée par la sanction de la non-cession de l'établissement à un repreneur.

En premier lieu, le précédent de la décision sur la redéfinition du licenciement pour motif économique était pour partie transposable. En effet, le 3° de l'article L. 772-2 du code de commerce prévoit un seul cas de motif légitime de refus de cession lorsque le repreneur potentiel formule une offre de caractère sérieux : la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise. Cette disposition interdit ainsi l'anticipation des difficultés économiques par l'entreprise ou bien encore une analyse économique par secteur d'activité dans le cadre d'une entreprise multisectorielle. Cette disposition permet également au juge de substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant aux choix entre les différentes solutions possibles.

En deuxième lieu, s'ajoutait à cette atteinte à la liberté d'entreprendre une atteinte au droit de propriété. Le but du dispositif contesté était de conduire l'entreprise à céder un établissement pour éviter la pénalité prévue par l'article L. 773-1 du code de commerce, y compris si cette cession n'était pas directement dans son intérêt commercial ou concurrentiel. Cette orientation portait une atteinte forte au droit de propriété. La liberté d'entreprendre comprend celle de pouvoir se désengager et de vendre son établissement ou de le fermer. La libre disposition de la propriété économique est au croisement de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété. À cet égard, l'argument qu'il

¹⁷ Compte-rendu de la première séance du 17 février 2014, J.O. Débats Assemblée nationale.

¹⁸ Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, précitée, cons. 21 à 28

suffit de payer une très lourde amende pour pouvoir ne pas donner suite à une offre de reprise sérieuse est à la fois inexact et sans grande valeur. Le dispositif contesté, d'une part, fixe une obligation pour l'employeur de céder l'établissement qu'il envisage de fermer et pour lequel il reçoit une offre sérieuse et, d'autre part, prévoit un dispositif destiné à réprimer la méconnaissance de cette obligation. Avant même de contrôler la question du respect des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 par les pénalités prévues, ce qui était d'abord soumis à l'examen du Conseil constitutionnel était le principe même d'une disposition qui oblige le propriétaire de l'entreprise *in bonis* à en céder une partie lorsqu'il fait le choix économique de cesser l'exploitation de l'un des sites.

En troisième lieu, la loi limite le motif légitime de refus de cession au cas de « *mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise* » alors que la procédure ne s'adresse pas à des entreprises en difficulté au sens du code de commerce mais à des entreprises *in bonis*. Les entreprises en difficulté sont hors du champ défini à l'article L. 1233-57-9 des entreprises mentionnées à l'article L. 1233-71. Le fait que les entreprises soumises à l'obligation de cession de l'établissement soient des entreprises *in bonis* aggrave la portée de l'atteinte aux libertés de l'entrepreneur.

Au total, ces divers éléments ont conduit le Conseil constitutionnel à considérer que le dispositif de contrôle et de sanction d'un refus de cession porte une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre : « *l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (cons. 21).

En conséquence, ont été censurés les 2° et 3° de l'article L. 772-2 du code de commerce. Cette censure entraînait également, par voie de conséquence, celle des mots « *ou qu'elle a refusé une offre de reprise sérieuse sans motif légitime de refus* » à l'article L. 773-1 et des mots « *ou qu'elle a refusé une offre de reprise jugée sérieuse en application du 2° du même article en l'absence d'un motif légitime de refus de cession au titre du 3° dudit article* » à l'article L. 773-2.

Le grief tiré de la méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des peines par les sanctions prévues par les articles L. 773-1 et L. 773-3 n'avait donc pas à être examiné pour le cas de l'offre de reprise sérieuse refusée sans motif légitime. En revanche, ce grief demeurait pour la

sanction de l'absence de respect des obligations d'information et de consultation prévues par les nouvelles dispositions introduites dans le code du travail

2. – Le grief tiré de l'atteinte aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines (article L. 773-1 du code de commerce)

La sanction venant réprimer l'absence de « *conformité de la recherche (du repreneur) aux obligations prévues aux articles L. 1233-57-14 à L. 1233-57-16, L. 1233-57-19 et L. 1233-57-20 du code du travail* », dès lors qu'elle est constatée par le tribunal de commerce, est le versement d'une pénalité de vingt fois la valeur du SMIC par emploi, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise (et non du seul chiffre d'affaires de l'établissement dont la fermeture est envisagée). Avec un SMIC à 1445 euros (bruts) par mois, la sanction peut atteindre 28 900 euros par salarié.

Les principes de nécessité et de proportionnalité des peines procèdent de l'article 8 de la Déclaration de 1789 selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.

Dans son contrôle de l'adéquation de la peine à l'infraction, le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation. Il considère que « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »¹⁹.

Le Conseil constitutionnel applique ce contrôle en-dehors du champ pénal, aussi bien pour des amendes fiscales²⁰ que pour d'autres amendes administratives²¹. À chaque fois, le Conseil constitutionnel recherche dans quelle mesure l'amende prévue par le législateur a le caractère d'une punition. Il refuse parfois de qualifier certaines amendes de sanction ayant le caractère d'une punition, ce qui fait alors obstacle à ce qu'elles soient contrôlées au regard des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Ainsi, en matière de droit commercial, le Conseil constitutionnel a considéré que la privation temporaire des droits de

¹⁹ Voir par exemple récemment les décisions n^{os} 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 71 ; 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, cons. 96 ; 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 9.

²⁰ Voir par exemple récemment la décision n^o 2013-371 QPC du 7 mars 2014, *SAS Labeyrie (Majoration de la contribution supplémentaire à l'apprentissage)*.

²¹ Voir par exemple la décision n^o 2014-690 DC du 13 mars 2014 précitée.

vote de l'actionnaire n'ayant pas déclaré un franchissement de seuil de détention à la hausse ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition²².

Dans la décision du 27 mars 2014 commentée, le Conseil constitutionnel a tout d'abord considéré qu'était une sanction ayant le caractère d'une punition la pénalité fixée par le tribunal de commerce en vertu de l'article L. 773-1 du code de commerce. Il a en effet relevé « *qu'en instituant cette pénalité, le législateur a entendu assurer le respect par l'entreprise de ses obligations de recherche d'un repreneur, d'information et de consultation du comité d'entreprise et punir les manquements à ces obligations* » (cons. 24).

En l'espèce, le législateur a estimé très important d'obliger l'entreprise à chercher un repreneur. Si le législateur ne peut obliger l'entreprise à céder un établissement, il peut instituer cette obligation de recherche. La sanction n'est que de nature financière, et non de nature pénale.

Toutefois, les obligations dont il s'agit de sanctionner la méconnaissance sont uniquement des obligations de recherche d'un repreneur et de consultation du comité d'entreprise. Or, le niveau maximal des pénalités encourues est très élevé (près de 29 000 euros par emploi supprimé).

Le Conseil a jugé « *que, s'agissant d'un manquement à ces obligations en matière de recherche d'un repreneur et de consultation du comité d'entreprise, cette pénalité, qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé, revêt un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé* » (cons. 25). En conséquence, il a déclaré le premier alinéa de l'article L. 773-1 contraire à la Constitution.

Cette censure appelait, de manière inséparable, celle du deuxième alinéa de l'article L. 773-1 et du paragraphe IV de l'article 2, relatifs à l'affectation du produit de la pénalité censurée.

Une fois les sanctions prévues par l'article L. 773-1 du code de commerce censurées, les griefs tirés de l'atteinte au principe de légalité des délits et de la méconnaissance des exigences constitutionnelles pour l'affectation du produit de ces sanctions devenaient sans objet.

²² Décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014, précitée, cons. 7.