



Lexbase Hebdo édition sociale n°712 du 21 septembre 2017

[Licenciement] Textes

Ordonnances réformant le droit du travail : le licenciement pour motif économique

N° Lexbase : N0183BX3



par Sébastien Tournaux, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (N° Lexbase : L7629LGN)

L'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, publiée au Journal officiel du 23 septembre 2017, porte plusieurs réformes importantes du régime du contrat de travail. La prévisibilité et la sécurisation passent, dans l'esprit du Gouvernement, par la modification d'un certain nombre de règles applicables à la rupture du contrat de travail. A l'exception de la démission, tous les types de rupture sont concernés. Le régime général du licenciement au premier titre (lire, nos obs. N° Lexbase : N0176BXS) puisque l'ordonnance institue le barème obligatoire d'indemnisation du licenciement injustifié et modifie sensiblement la procédure de licenciement de droit commun. Le texte s'intéresse également au licenciement pour inaptitude (lire, nos obs. N° Lexbase : N0178BXU) et pour motif économique. Il réforme encore le congé de mobilité et intègre au Code du travail un régime des plans de départs volontaires, ces mécanismes étant désormais totalement exclusifs des régimes de la rupture conventionnelle (lire, nos obs. N° Lexbase : N0176BXS) et, surtout, du licenciement pour motif économique. Le texte comporte enfin quelques dispositions diverses (N° Lexbase : N0178BXU) dont certaines peinent à être classées parmi les mesures de "prévisibilité" ou de "sécurisation"...

L'ordonnance comporte d'assez nombreuses dispositions relatives au licenciement pour motif économique, à sa définition (I), à l'obligation de reclassement (II), à la question de l'ordre des licenciements (III) ou à la reprise d'une entité économique autonome (IV).

I – Définition

Marché de dupes. Voici les premiers mots qui viennent à l'esprit, à l'analyse de la nouvelle définition du licenciement pour motif économique. Comme le relevait Ch. Willmann dans ces colonnes, la loi d'habilitation et les travaux parlementaires sous-entendaient que l'ordonnance traduirait un compromis (1). D'un côté, le périmètre d'appréciation des causes du licenciement pour motif économique serait rétréci en contrepartie de quoi des mesures seraient prises pour juguler les cas de création artificielle de difficultés au niveau d'une entreprise dans le seul but de justifier les licenciements économiques. Si l'on trouve bien des éléments correspondant au premier terme de ce marché, ceux mis au profit du second sont bien légers.

Reprenant, là encore, l'une des mesures avortées de la loi "El Khomri" (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels N° Lexbase : L8436K9C), l'article 15 de l'ordonnance reprend la définition du licenciement pour motif économique et, en particulier, la question du périmètre d'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. L'ordonnance insère à l'article L. 1233-3 du Code du travail (N° Lexbase : L7311K9N) le critère du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise comme périmètre d'appréciation des difficultés, critère établi il y a longtemps déjà par la Chambre sociale de la Cour de cassation (2). Le Code du travail définira plus précisément ce qu'il convient d'entendre par "secteur d'activité" caractérisé "*notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché*". Cette liste ouverte de critères ne modifiera sans doute pas l'appréciation menée par le juge judiciaire toujours très casuistique du secteur d'activité, mais devrait donner aux entreprises et aux employeurs une idée plus claire de ce que cette notion peut recouvrir.

Le périmètre d'appréciation des difficultés dans le groupe est toutefois sérieusement amoindri par l'ordonnance puisque l'appréciation ne pourra plus être menée qu'à l'égard des entreprises du secteur d'activité situées sur le territoire national (3), limitation à laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation s'était toujours refusée (4). La santé économique florissante d'un secteur d'activité essentiellement composé d'entreprises étrangères ne fera donc plus obstacle à l'identification d'une cause économique de licenciement si les entreprises françaises du groupe connaissent une situation économique dégradée. Autre restriction, la définition du groupe sera, comme en matière de reclassement, calquée sur celle qui permet la mise en place d'un comité de groupe suivant en cela une évolution récente de la Chambre sociale (5).

Quelles compensations trouve-t-on dans l'ordonnance en vue d'empêcher la création artificielle de difficultés au niveau d'une entreprise dans le seul but de justifier les licenciements économiques ? La réponse tient dans le seul mot "*fraude*"... Les difficultés s'apprécient au niveau des entreprises du secteur d'activité sur le territoire national "*sauf fraude*"... Tout juriste sait pertinemment qu'en droit, la fraude corrompt tout, sans qu'il soit nécessaire que la loi le prévoie. L'ajout de cette incise est donc, et c'est son premier défaut, tout à fait inutile en ce sens que l'organisation de difficultés économiques de manière frauduleuse aurait permis au juge de s'affranchir de la définition du secteur d'activité sans que le législateur ne l'y autorise expressément (6). L'incise est donc inutile, mais elle ne permet surtout pas au droit du travail de mieux appréhender les cas de création artificielle de difficultés économiques dans les entreprises de notre pays. Il n'était pourtant pas inimaginable de donner, comme cela est le cas pour le secteur d'activité, des indices d'une telle organisation. Les transferts de capitaux d'une société française à une société étrangère du groupe peuvent constituer des indices. Le retrait par une société étrangère de soutiens matériels, financiers, humains en serait un autre. Les ruptures brutales de relations commerciales, l'entreprise étrangère cessant de fournir ou de s'approvisionner auprès de l'entreprise française pouvant encore faire naître des soupçons. Il n'était donc pas impossible d'esquisser les contours de la fraude, mais rien de tout cela n'est évoqué, de près ou de loin par l'ordonnance. Seule la fraude, dont l'intention est un élément clé particulièrement délicat à démontrer, qui plus est à l'égard d'une entreprise étrangère, viendra maigrement compenser la restriction draconienne du périmètre d'appréciation des difficultés...

II — Reclassement

Comme en matière de licenciement pour inaptitude (7), l'ordonnance apporte plusieurs précisions au régime de l'obligation de reclassement de l'employeur dans le cadre du licenciement pour motif économique. Les critères de permutabilité du personnel entre les entreprises du groupe situées sur le territoire français (8) et la référence à la définition capitalistique du groupe sont reprises et insérées à l'article L. 1233-4 du Code du travail (N° Lexbase : L2149KGP). Logiquement, le dispositif actuel de l'article L. 1233-4-1 (N° Lexbase : L2148KGN), créé par la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 et modifié par la loi "Macron" du 6 août 2015 (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques N° Lexbase : L4876KEC) (9) encadrant les propositions de reclassement à l'étranger devient sans objet et est abrogé, ce qui n'est sans doute pas un mal au seul regard de sa complexité. Les remarques faites à propos de l'inaptitude trouvent bien sûr à s'appliquer : c'est un objectif d'image de la législation sociale à l'étranger qui est visé.

L'ordonnance modifie également la procédure de communication des offres de reclassement aux salariés dont le licenciement est envisagé. Alors que les propositions devaient jusqu'ici être individuellement présentées à chaque salarié concerné, la Chambre sociale refusant tout système de communication global (10), l'article L. 1233-4 du Code du travail permettra désormais, aussi, que les offres de reclassement soient diffusées par tout moyen par une liste. Cette nouvelle mesure est contestable pour deux raisons. D'abord parce que, même lorsqu'il s'inscrit dans un ensemble de licenciements pour motif économique donnant à l'opération une ampleur collective, le licenciement d'un salarié reste avant tout un acte unilatéral destiné à rompre son contrat de travail, un acte individuel dont les conséquences doivent sans doute être traitées au plan collectif, mais également au plan individuel. L'offre de reclassement écrite et précise à chaque salarié matérialisait l'individualisation nécessaire, chaque salarié étant différent, ayant une formation, une expérience, des compétences et des capacités d'évolution qui lui sont propres. Par la communication d'une liste d'emploi, l'obligation de reclassement perd de son utilité parce qu'elle ne permet plus de personnaliser le reclassement. Ensuite, et dans le prolongement de ce qui précède, il faut rappeler qu'il existe déjà une obligation de reclassement d'ampleur collective dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi. L'assouplissement du formalisme de l'obligation individuelle de reclassement contribuera à obscurcir encore davantage la distinction déjà délicate entre les deux types de reclassements individuel et collectif.

Il est à noter que la version finale de l'ordonnance n'a pas conservé la rédaction initiale du projet qui envisageait d'ajouter à l'article L. 1233-4 du Code du travail que les propositions de reclassement devront être "*complètes*". Cette exigence n'était que rarement et implicitement énoncée par la Chambre sociale de la Cour de cassation, rattachée alors à l'obligation de loyauté de l'employeur dans la recherche de reclassement (11), certaines décisions jugeant même au contraire que la liste complète des emplois proposés au reclassement ne devait pas nécessairement être communiquée au salarié (12). Tous les emplois disponibles, quel que soit le niveau de formation requis, quel que soit le support contractuel de l'emploi, quels que soient les souhaits émis par le salarié, devraient donc être présentés par la liste globale ou les propositions individuelles.

III — Ordre des licenciements

L'article 18 de l'ordonnance amende l'article L. 1233-5 du Code du travail (N° Lexbase : L2146KGL), relatif aux critères de l'ordre des licenciements.

IV — Reprise d'une entité économique autonome

En modifiant l'article L. 1233-61 du Code du travail (N° Lexbase : L7375K9Z), la loi "El Khomri" avait tenté de faciliter le transfert d'une entité économique autonome par le biais du plan de sauvegarde de l'emploi. Pour les seules entreprises ou les établissements d'au moins mille salariés ayant souhaité accepter une offre de reprise dans les conditions mentionnées à l'article L. 1233-57-19 (N° Lexbase : L7373K9X), le PSE pouvait inclure le transfert d'une ou plusieurs entités en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements. Dans ce cas de figure, les règles du transfert du contrat de travail établies par l'article L. 1224-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0840H9Y) ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés. Le domaine de ce texte, qui autorise sous ces conditions les licenciements préalables au transfert (13), est étendu par l'ordonnance qui supprime la condition d'effectif de mille salariés et met un peu plus à l'écart la règle séculaire du maintien des contrats de travail (14). Le paradoxe de cette disposition, qui facilite des licenciements que le plan de sauvegarde de l'emploi devrait avoir pour objectif de protéger, est donc sensiblement renforcé.

V — Fusion des IRP et licenciement pour motif économique

Le long article 20 de l'ordonnance procède, pour l'essentiel, à des modifications formelles visant à remplacer les références au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel par le comité social et économique dans les dispositions relatives au droit du licenciement pour motif économique. On peut toutefois relever quelques innovations.

D'abord, les obligations d'information (C. trav., art. L. 1233-10 N° Lexbase : L1118H9B et L. 1233-31 N° Lexbase : L1166H93) et de consultation (C. trav., art. L. 1233-30 N° Lexbase : L7479K9U) du comité social et économique, ainsi que l'accord majoritaire support du plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1233-24-2 N° Lexbase : L7374K9Y) devront désormais porter "*le cas échéant, sur les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail*". L'ajout de ce nouvel item de consultation ou de négociation contraste très fortement avec la remise en cause du CHSCT qui sera fusionné dans une instance unique avec les délégués du personnel et le comité d'entreprise. A tout le moins, cela donne l'espoir que les attributions du nouveau comité social et économique en matière de santé et de sécurité ne seront pas remises en cause et seront même parfois accrues.

Ensuite, l'article 20 modifie parfois sensiblement les règles applicables à l'expertise dans le cadre du licenciement pour motif économique. L'accord de méthode conclu pour encadrer l'organisation et le déroulement des réunions avec les représentants du personnel peut déterminer "*le cadre de recours à une expertise*" (C. trav., art. L. 1233-21

N° Lexbase : L6241SX) ou les "conditions" de recours à celle-ci (C. trav., art. L. 1233-22 N° Lexbase : L0702IXB). Par ailleurs, le texte remodèle l'article L. 1233-35 du Code du travail (N° Lexbase : L0706IXG), relatif à l'expertise comptable dans le cadre d'un grand licenciement pour motif économique. On se souviendra que le texte organise, depuis la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi (N° Lexbase : L0394IXU), les délais des échanges entre l'expert et l'employeur : l'expert désigné par le comité d'entreprise dispose de dix jours pour demander à l'employeur toute information qu'il juge nécessaire, l'employeur de huit jours pour les lui communiquer, à compter de quoi l'expert bénéficie encore de dix jours pour demander des informations complémentaires, demande à laquelle l'employeur devra à nouveau répondre sous huit jours.

Sans doute cette procédure était-elle trop simple ! Le nouvel article L. 1233-35 du Code du travail comportera deux nouveaux alinéas qui traduiront une volonté d'accélérer la procédure d'expertise, mais qui, dans le même temps, la compliqueront sérieusement. Un délai sera désormais imposé au comité social et économique par accord de méthode, par accord majoritaire relatif au PSE ou, à défaut, par décret pour désigner l'expert. Le comité et l'expert devront établir un cahier des charges et un devis prévoyant notamment le coût prévisionnel de l'expertise, son étendue et sa durée. L'établissement de ce cahier des charges et de ce devis sera lui aussi soumis à un délai fixé par accord ou par décret. Enfin, un nouvel article L. 1233-35-1 du Code du travail encadrera les contestations relatives à l'expertise qui seront adressées à l'administration avant la demande de validation ou d'homologation du plan, laquelle devra se prononcer dans un délai de cinq jours, sachant que cette décision administrative pourra être contestée sous les mêmes conditions que l'homologation ou la validation. On notera, à cet égard, le hiatus important entre le délai très court (cinq jours) laissé à l'administration et les délais judiciaires (deux mois pour saisir le juge, trois mois pour statuer) en cas de contestation de la décision, ce qui pourra sans doute aboutir à ce que l'expertise soit invalidée longtemps après le prononcé et la mise en œuvre des licenciements.

D'une manière plus générale, on note, ici comme dans l'ordonnance fusionnant les institutions représentatives du personnel, la grande défiance des pouvoirs publics à propos des expertises et en particulier au risque certain que la procédure d'expertise soit utilisée à des fins dilatoires. Si ce risque existe, l'encadrement de la procédure dans de si courts délais pourrait tout simplement aboutir à priver d'effectivité le droit de recourir à l'expertise.

On signalera, pour conclure sur le licenciement pour motif économique, que l'article 2 de l'ordonnance modifie les règles d'indemnisation du licenciement pour motif économique prononcé sans que l'administration ait pu homologuer ou valider le plan de sauvegarde de l'emploi qui devait être élaboré, indemnité dont le plancher passe de douze à six mois, sans doute dans un objectif d'harmonisation -par le bas- des planchers d'indemnités...

(1) Ch. Willmann, *Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : "articles 3 et 5 : le jeu de pistes"*, Lexbase, éd. soc., n° 706, 2017 (N° Lexbase : N9434BWC).

(2) Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690 (N° Lexbase : A4018AA3), arrêt "Vidéocolor", *Les grands arrêts du droit du travail*, D., 2008, n° 114.

(3) Avec la bénédiction du Conseil constitutionnel, v. Cons. const., décision n° 2017-751 DC, préc., cons. n° 43 qui n'y voit aucune atteinte au droit à l'emploi garanti par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 (N° Lexbase : L6821BH4).

(4) Par ex., Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.668, FS-P+B (N° Lexbase : A4145EID).

(5) Cass. soc., 16 novembre 2016, n° 14-30.063, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A0729SHH) et les obs. de M. Gadrat, *Précisions sur les différents périmètres du groupe à prendre en considération en matière de droit du licenciement pour motif économique et sur la charge de la preuve desdits périmètres*, Lexbase, éd. soc., n° 679, 2016 (N° Lexbase : N5555BWN).

(6) Il est plus courant que la fraude soit caractérisée par le contournement du droit du licenciement par le recours à une autre qualification, par ex. le motif personnel ou, comme dans l'affaire "Dentressangle", la rupture conventionnelle, v. Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A3242G79) et les obs. de Ch. Willmann, *La Cour de cassation assimile les ruptures conventionnelles à des licenciements pour motif économique*, Lexbase, éd. soc., 2011, n° 433 (N° Lexbase : N7642BRH). Adde, Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-16.994, FS-P+B (N° Lexbase : A2407RUP) et nos obs., *Fraude au droit du licenciement pour motif économique et prescription de l'action en contestation de la rupture conventionnelle*, Lexbase, éd. soc., n° 662, 2016 (N° Lexbase : N3528BWL).

(7) Cf. dans cette revue, notre article, *Ordonnance à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail : inaptitude et dispositions diverses* (N° Lexbase : N0178BXU).

(8) La Chambre sociale de la Cour de cassation a élaboré des indices de cette permutableté bien plus précis que la simple référence opérée par l'ordonnance, v. par ex. Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-23.038, FS-P+B (N° Lexbase :

A4508T3D) et les obs. de G. Auzero, *Des unions syndicales ne constituent pas nécessairement entre elles un groupe de reclassement*, Lexbase, éd. soc., n° 696, 2017 (N° Lexbase : N7781BW4).

(9) Lire M. Gadrat, *Loi "Macron" : dispositions relatives au licenciement pour motif économique et à la sécurisation de l'emploi (art. 287 et s.)*, Lexbase, éd. soc., n° 623, 2015 (N° Lexbase : N8682BU4).

(10) Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 05-43.841, F-P+B (N° Lexbase : A3609DR4) et les obs. de Ch. Radé, *De la distinction des obligations individuelles et collectives de reclassement*, Lexbase, éd. soc., n° 231, 2006 (N° Lexbase : N3776ALG) ; Cass. soc., 23 avril 2013, jonction, n° 12-15.221 à n° 12-15.230 et n° 12-15-231 à n° 12-15.244, FS-P+B (N° Lexbase : A6832KCZ) et les obs. de G. Auzero, *Plan de départs volontaires : obligation de reclassement et consultation du comité d'établissement*, Lexbase, éd. soc., n° 527, 2013 (N° Lexbase : N6997BTC).

(11) Par ex. le licenciement ne peut être prononcé que si le "*reclassement dans l'entreprise, ou dans le groupe auquel elle appartient, est impossible*"; Cass. soc., 14 décembre 2011, n° 10-24.049, F-D (N° Lexbase : A4942H8K) : l'employeur ne justifiait pas ne justifiait pas "*avoir effectué toutes les recherches utiles dans toutes les entreprises du groupe*".

(12) Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-67.333, F-D (N° Lexbase : A3361G4A).

(13) Ce à quoi la Chambre sociale s'était toujours opposée jugeant nuls ce type de licenciements, v. Cass. soc., 20 janvier 1998, n° 95-40.812, publié (N° Lexbase : A2504ACQ).

(14) Sur cette question, v. J. Mouly, *Une disposition oubliée de la loi Travail : l'article 94 sur les licenciements économiques antérieurs au transfert d'entreprise*, Dr. soc., 2016, p. 738 ; A. — L. Mazaud, *Vers un déclin de la règle de maintien des contrats de travail en cas de transferts d'entreprise ?*, RDT, 2017, p. 302.