

**Propos introductif en vue de la table ronde consacrée au domaine du
régime du licenciement économique**
par Isabelle MEYRAT, Maître de conférences à l'Université de Cergy-
Pontoise

(Intervention publiée par LE DROIT OUVRIER, juillet/août 2005, n° 684-685, p. 296,
sous le titre *Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement économique : le
cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique*)

La lecture combinée de quelques unes des nouvelles dispositions de la loi du 18 janvier 2005 a pour effet de bouleverser le fragile équilibre du régime du licenciement économique. Un équilibre auquel avaient fortement contribué les juges grâce à une sollicitation intensive des textes, dictée par la finalité du droit du licenciement économique, le maintien de l'emploi.

Au nombre de ces perturbations, la redéfinition des contours du domaine du régime du licenciement économique.

En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 321-1-3 qui modifie les conditions de déclenchement de la procédure des grands licenciements collectifs:

"Lorsqu'au moins 10 salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par l'employeur pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif".

Rappelons que cette disposition a été placée, dans l'exposé des motifs du projet de loi, sous le signe de la "clarification" et de la "sécurisation" des règles gouvernant le déroulement de la procédure de licenciement économique.

Il ne s'agit pas de revenir sur le sens de ces mots. Mais comme l'a souligné Antoine Jammaud lors de notre dernière réunion, la "sécurisation" se rapporte ici à la **volonté de tenir en échec la lecture Framatome-Majorette de l'article L. 321-1-3 dans sa rédaction antérieure à la présente loi.**

Quant à la clarification, elle correspond à la croyance naïve, naïveté feinte sans doute, en la clarté d'un énoncé. Derrière ces mots, se profile la

méfiance à l'égard du juge. Et, l'idée que dans certains domaines, l'intervention ou la contestation judiciaire n'est pas souhaitable tant la jurisprudence constituerait un facteur d'insécurité juridique.

Le nouvel article L. 321-1-3 tient donc en échec la lecture "Framatome-Majorette" des dispositions de loi antérieures.

Encore convient-il de restituer le cheminement de cette jurisprudence et les enjeux qui s'y attachent avant de formuler quelques remarques sur le sens de cette nouvelle disposition législative.

Dans l'arrêt "Petit Bateau" du 9/10/1991, la Chambre sociale avait simultanément affirmé que "la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification substantielle de son contrat de travail, imposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement économique" et que "chacun des licenciements, prononcé à la suite du refus du salarié, conservait un caractère individuel".

La soustraction au régime des licenciements collectifs de ceux faisant suite au refus d'une modification du contrat reposait sur l'idée que l'employeur ne souhaitait pas supprimer des *emplois*.

En distinguant modification du contrat et suppression ou transformation d'emploi pour n'assujettir que les suppressions ou transformations d'emploi au régime des licenciements *collectifs*, cette jurisprudence générait une tension entre la qualification de la rupture et son régime. En outre, elle s'accordait mal avec l'énumération des mesures mettant également en cause l'emploi ou le contrat par la loi du 2/08/1989 (modification du contrat, suppression et la transformation d'emploi).

La loi du 29/07/92 a mis un terme à ces tendances jurisprudentielles restrictives:

- D'abord, l'art. L. 321-1 a été complété afin d'étendre la qualification de licenciement économique à l'ensemble des opérations obéissant à une même logique, la *mise en cause de l'emploi*("Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées...)

-Ensuite, l'article L. 321-1-3 est venu préciser que les licenciements de *plusieurs salariés* ayant refusé une modification substantielle sont soumis

¹La clarification constitue également la justification rhétorique des dispositions réduisant les délais pour la contestation judiciaire de la régularité de la procédure de consultation et du licenciement.

aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique.

Cette loi de 1992 était donc favorable à l'extension du régime du licenciement économique, ou plus exactement à la soumission à un régime identique des opérations obéissant à une même logique: la mise en cause de l'emploi

Pour autant, la question de l'emprise temporelle et, par là même du fait générateur, des dispositions du Livre III en cas de modification collective des contrats de travail restait entière:

L'obligation de consulter les représentants du personnel et d'établir un plan social naît-elle déclenchée par la notification des propositions de modification des contrats de travail ou bien par le refus des salariés d'accepter cette modification ?

Dans ses fameux arrêts "Majorette-Framatome" du 3/12/1996, la Chambre sociale a considéré que l'employeur est tenu d'établir un plan social dès lors qu'il est conduit à *proposer* la modification de leur contrat de travail à 10 salariés au moins et, "par conséquent, à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique".

Cette jurisprudence a connu des prolongements: un arrêt du 25/06/03 rappelait que "l'employeur qui est conduit à proposer à 10 salariés au moins la modification de leur contrat de travail était tenu d'établir un plan social; qu'il en résulte que la procédure de licenciement collectif est nulle si un plan social n'a pas été établi **avant que l'employeur ne notifie à 10 salariés au moins une proposition de modification de leur contrat de travail**, et que le rétablissement du plan social après que 10 salariés au moins ont refusé la proposition ne peut avoir pour effet de régulariser la procédure".

Ainsi, la concertation avec les représentants du personnel et l'élaboration du PSE s'imposaient-elles, non pas au stade du refus, mais antérieurement à la notification de la proposition de modification de leur contrat de travail aux salariés.

Cette jurisprudence consolidait le droit du licenciement économique comme **le droit d'un processus**:

En effet, outre l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, le déclenchement de la procédure des grands licenciements collectifs offre au CE la faculté de se faire assister d'un expert-comptable pour l'examen

du projet de licenciement. Il permet aussi un **certain contrôle de la sélection des salariés dont l'emploi est menacé.**

Or, le nouvel article L. 321-1-3 met en pièces cette construction puisque désormais c'est le refus d'au moins 10 salariés d'accepter une modification de leur contrat de travail qui constitue l'élément déclencheur de l'application des dispositions du Livre III.

Ainsi que l'a dit le rapporteur de la loi à l'Assemblée Nationale, "ce que le texte modifie c'est l'effet de l'acceptation sur le collectif".

De ce fait, l'affectation de l'emploi par la voie de la modification du contrat pourrait à présent ne requérir la consultation du CE qu'au titre des dispositions du Livre IV.

Livre IV qui ne prévoit ni l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, ni celle d'élaborer un ordre des licenciements permettant d'encadrer le choix des salariés susceptibles d'être licenciés.

Livre IV qui ne confère pas non plus au CE la faculté de faire assister par l'expert-comptable l'éclairant sur la teneur de la réorganisation et la qualité des mesures prévues au PSE.

Le nouvel article L. 321-1-3 ignore tout à la fois la **finalité de la consultation du comité d'entreprise** et celle **du plan de sauvegarde de l'emploi** (a) ainsi que le sens et la portée du **processus de modification du contrat de travail** (b).

a) En premier lieu, une disposition qui méconnaît la finalité de la procédure d'information et de consultation ainsi que la conception du plan de sauvegarde de l'emploi

Il est banal d'affirmer que l'obligation faite à l'employeur, dans le cadre des dispositions du Livre III d'informer et de consulter les représentants élus du personnel, a pour finalité de débattre du bien-fondé de l'opération, de rechercher des alternatives aux licenciements, d'étudier le cas échéant les mesures d'accompagnement des modifications des contrats de travail (A. Jeammaud, Le licenciement, Dalloz 1993). A cet égard, des études récentes ont insisté sur l'intérêt de déclencher en amont les procédures du Code du travail et "leurs outillages" et s'inquiètent de "l'utilisation souvent trop tardive des moyens que ces procédures permettent de mobiliser: ils sont mobilisés dans l'urgence, presque

uniquement lors du déclenchement des procédures de licenciement stricto sensu" (F. Bruggeman, Droit social décembre 2003).

On ne peut d'ailleurs manquer de souligner le paradoxe entre, d'un côté, l'ambition de réduire le champ d'application de la procédure de traitement des grands licenciements collectifs, de l'autre, le nouvel intitulé du chapitre préliminaire du titre II du Livre III: "Gestion de l'emploi et des compétences. Prévention des conséquences des mutations économiques".

Engager la procédure après le refus des salariés d'accepter la modification de leur contrat de travail a pour effet de rétrécir les finalités de la concertation avec les représentants du personnel et du plan de sauvegarde de l'emploi, **qui doivent précisément tendre l'un et l'autre à éviter les licenciements.**

En d'autres termes, cela ne revient-il pas à ôter au comité d'entreprise sa capacité à peser en temps utile sur le processus réel et complet des décisions? (V. M-A. Souriac) Surtout si l'on veut bien admettre que la procédure d'information et de consultation est source d'un certain contrôle de la teneur même de la réorganisation.

En outre, l'information des salariés sur le contenu du PSE au temps de la proposition de modification du contrat constitue une donnée essentielle afin que ceux-ci puissent prendre leur décision en connaissance de cause. En d'autres termes, "le plan indique les mesures dont ils pourront bénéficier s'ils refusent la modification proposée par l'employeur" (Grands arrêts).

L'article 321-1-3 dans sa rédaction issue de la loi du 18/01/2005 aboutit donc à réduire l'objet légal du plan et plus largement celui de la procédure de consultation du comité d'entreprise à "l'aménagement des suites d'une rupture déjà consommée" (H-J. Legrand, DO 1996).

Le droit du licenciement économique tel qu'il a été progressivement façonné par la loi et par la Cour de cassation depuis une dizaine d'années tendait vers une dissociation de la procédure de licenciement et de l'acte de licenciement. Mobiliser le livre III (concertation avec les représentants du personnel/élaboration du PSE) pour éviter les licenciements, les actes de rupture des contrats. Or, cette finalité de la procédure de licenciement économique semble avoir été délibérément ignorée du législateur. Et les débats parlementaires attestent d'une confusion patente entre procédure de licenciement et licenciement lui-même: selon les termes mêmes du

rapporteur (D. Dord): "ne serait-il pas un peu fort de compter des salariés ayant librement accepté une modification de leur contrat au nombre de ceux qui seraient visés par une procédure de licenciement économique et serait on fondé à *déclencher un effet collectif à travers le plan de sauvegarde de l'emploi?*"

Enfin, la différenciation des procédures applicables selon que c'est l'emploi qui est directement mis cause ou au contraire ses "conditions d'exercice" (A. Lyon-Caen, DO 1996) donne à l'employeur toute latitude dans le choix du registre sur lequel il entend régler un projet de réorganisation mettant en cause l'emploi (registre de la gestion ordinaire ou registre de "crise").

b) En second lieu, ce dispositif consistant à soustraire les propositions de modification des contrats de travail au régime des licenciements collectifs ignore le processus de modification du contrat

En effet, la modification du contrat est un point de "tensions entre pouvoir et contrat" (A. Lyon-Caen, DO fev. 1996). Car, si la Cour de cassation a progressivement restitué au contrat de travail sa force obligatoire, le régime de sa modification n'en demeure pas dans l'ombre du pouvoir. En d'autres termes, la proposition de modification du contrat n'en demeure pas moins une "mesure unilatérale" (E. Lafuma) émanant du seul employeur. Or, de ce que le processus de modification du contrat demeure inhérent au pouvoir de l'employeur, il implique l'éventualité du licenciement.

A cet égard, notons que l'art. L. 321-1-2 dispose désormais que "lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, *il en fait la proposition au salarié* par lettre recommandée avec AR (au lieu de "il en informe chaque salarié). On peut regretter que le législateur n'ait pas soumis cette proposition de modification à une exigence de motivation.

En guise de conclusion, il convient de souligner la référence introduite aux articles L. 321-1, L. 321-1-2 et L. 321-1-3 à la notion d'"élément essentiel du contrat". Cette terminologie pourrait-elle annoncer un infléchissement de la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail?

La notion d'élément essentiel du contrat de travail est susceptible de revêtir deux acceptions:

-Elle peut d'abord renvoyer à la mise en cause du contrat, quelle que soit par ailleurs l'importance de la modification apportée. "Essentiel" signifiant ce qui relève de l'"essence" ou de la "substance" même du contrat soit parce que l'élément affecté est nécessairement contractuel, soit parce que l'intention des parties était d'inclure cet élément dans le champ contractuel.

Dans ce cas, la loi aurait enfin entériné la jurisprudence inaugurée en 1996 et définitivement tourné le dos à une conception de la modification du contrat adossée sur l'importance de celle-ci.

-Elle pourrait aussi renvoyer à une conception du régime de la modification adossée sur l'importance de celle-ci.

Ce qui voudrait dire que toute modification du contrat n'affecte pas nécessairement un élément essentiel de celui-ci et n'implique donc pas l'assentiment du salarié.

Si une telle interprétation de la notion d'élément essentiel était retenue, elle risquerait de conduire à un rétrécissement de la qualification de contrat de travail, ou à tout le moins du régime de sa modification.