

Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement

par *Alain CHIREZ*, Professeur à l'Université de Polynésie Française, Credeco Nice,
Avocat au Barreau de Grasse

PLAN

I. L'absence persistante de droit subjectif à la stabilité de l'emploi

- A. Précarisation
- B. L'employeur encore seul juge

II. Emergence de la valeur emploi

- A. Patrimonialisation du non-emploi et de la perte d'emploi
- B. Le droit au reclassement : conséquences du droit à l'emploi

Le droit de la relation de travail se situe au confluent du droit des personnes et du droit des biens (1).

L'activité salariée s'inscrit d'abord dans le contexte d'une relation de subordination qui permet l'exercice d'un pouvoir finalisé d'un homme sur un autre. C'est effectivement la dimension subjective qui retient le plus souvent l'attention du juriste : même s'il n'en finit pas d'échapper à son déclin (2), le contrat, omniprésent, défraye les chroniques par le contentieux des clauses qui s'y trouvent accrochées (3). La même observation vaut pour les manifestations unilatérales de pouvoir comme le règlement intérieur. La liberté vestimentaire du salarié dans l'entreprise, le droit d'y recevoir ses e-mails ou le refus par le travailleur de se soumettre à un contrôle d'alcoolémie relèvent d'un très actif droit des personnes au travail.

Cependant, le travail est aussi un emploi. Si l'entreprise se transforme, l'emploi subsiste (art. L 122-12) (4). Si celui-ci vient à disparaître, il y a manque à gagner qui appelle indemnisation. Cette dimension patrimoniale n'a jamais été occultée, qu'on dénie au travail la valeur d'un bien (on se souvient des propos de G. Lyon-Caen dans un article célèbre) (5) ou qu'on soutienne que le salarié "acquiert une titularité sur l'emploi, lui conférant des prérogatives proches de celles d'un propriétaire..." (6).

Que la créance naisse d'un contrat ou de la loi, ce droit sur l'emploi apparaît certainement sinon comme un droit subjectif conférant un pouvoir d'action et même "d'agression" (7) à son titulaire, du moins comme un droit-créance destiné à devenir un droit subjectif (8).

On sait depuis les pénétrants travaux de M. Thierry Revet que la force de travail constitue une quasi-propriété, une sorte de bien grâce auquel on peut acquérir d'autres biens (9). Rien d'étonnant, dans ces conditions, à ce

(1) La pensée juridique italienne est, d'après M. Supiot, celle qui a appréhendé avec le plus de pertinence cette ambivalence (v. *Critique du droit du travail*, PUF/Quadrige, 2000, p. 20).

(2) La formule est de A. Jeammaud

(3) Pour adopter une terminologie chère à Mme M.-A. Frison-Roche.

(4) La Cour de Cassation, suivant en cela la jurisprudence de la CJCE, décide depuis les arrêts *Clinique de l'Espérance* du 25 juin 2002 (Dr. Ouv. 2002 p. 507 n. M. Carles) et *Commune de Théoule-sur-Mer* du 14 janvier 2003 (Dr. Ouv. 2003 p. 253 n. Y. Saint-Jours), que l'obligation pour le nouvel employeur de reprendre à son service les salariés de l'entité transférée s'applique aussi lorsque le transfert d'activité se fait vers un établissement public à caractère administratif. La subsistance de l'emploi est d'autant plus caractérisée que le Tribunal de conflits décide que l'application de l'article L 122-12 n'a pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail qui demeure de droit privé tant que le nouvel employeur

public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public. (T. Confl. 29 déc. 2004 D. 2005 IR 168 ; T. Confl. 19 janv. 2004, *Devun*, Dr. Ouv. 2004 p. 146 concl. J. Duplat, n. C. Verdin ; add. CE 4 avr. 2005, *Commune de Reichshoffen*, req. n° 258543, AJDA 2005 p.1141).

(5) "Le travail n'est pas un bien car il n'y a pas louage d'un corps avec jouissance reconnue au locataire..." Archives de philosophie du droit, tome XIII, Sirey 1968 p. 59 et s.

(6) Xavier Lagarde, Aspects civilistes des relations individuelles de travail, RTD Civ. juil.-sept. 2002 p. 435 et svtes, et spéc. p. 450.

(7) La formule est de M. Ghestin.

(8) En ce sens, T. Revet, La liberté du travail, in R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche et T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 8^e ed. 2002 p. 751 qui parle de l'évolution d'un droit-créance vers droit de créance.

(9) Thierry Revet, *La force de travail (Etude juridique)*, préface de M. Frédéric Zenati, Litec 1992.

que l'emploi lui-même puisse être objet de propriété. Pour se calquer sur la formule de Monsieur Pirovano qui décèle "une infiltration du droit social par la logique concurrentielle" (10), il y a une infiltration du droit des personnes au travail par la logique patrimoniale.

L'idée n'est pas nouvelle (11). Les analyses doctrinales récentes, particulièrement autorisées (12), les décisions contemporaines sur la contrepartie financière de la clause de non concurrence, mais aussi les dispositions légales de la loi 2005-32 du 18 janvier 2005 dite de programmation pour la cohésion sociale, sur le reclassement redonnent manifestement du lustre à ce concept.

Le principe de la négation persistante d'un droit subjectif à la stabilité de l'emploi (I) ne saurait masquer l'émergence actuelle de la valeur emploi (II).

■ I. L'absence persistante de droit subjectif à la stabilité de l'emploi ■

L'emploi a beau être cerné juridiquement par le devoir qui pèse sur le salarié de le rechercher quand il en est privé et par l'obligation de l'employeur qui doit le maintenir quand il le peut : il n'existe toujours que des lignes de force, qu'une tendance, et aucun droit à la stabilité. Bien plus, l'emploi est précarisé et, pour certaines décisions de gestion, l'employeur reste seul juge.

A. Précarisation (12 bis)

Il n'existe pas d'emploi garanti. Les 2,6 millions de chômeurs ne supporteraient pas d'entendre le contraire. L'emploi traditionnel qui se confondait volontiers avec le contrat de travail à durée indéterminée (13), c'est-à-dire qui reposait précisément sur une certaine stabilité, a vécu. Comme le souligne Madame D. Asquinazy-Bailleur, aujourd'hui existe "une société duale où désormais se côtoient ceux qui ont un "véritable" emploi, et ceux qui, peu qualifiés, pré-exclus, ou encore "sur-diplômés", vont bénéficier d'un contrat à durée limitée, à temps partiel et peu rémunéré..." (14). On peut paradoxalement tenir le CDI pour l'exception, contrairement à la norme juridique codifiée depuis plus de vingt ans qui énonce que "le contrat de travail est conclu sans détermination de durée" (art. L 121-5) et qui surenchérit avec la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (14 bis) précisant que le CDD, « quel que soit son motif », ne peut pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. L'emploi "périphérique" (15) fleurit. On est avec l'emploi précaire,

en présence de quasi-emploi, qui, par essence, ne comporte pas d'espoir de stabilité. Du point de vue collectif, l'emploi s'est précarisé ; il s'est dévalorisé.

Au regard de la relation individuelle, le contrat de travail à durée indéterminée, celui qui permet l'accès à un emploi véritable, ne contient pas pour autant de garantie de stabilité. La preuve en est qu'il faut le secours d'une clause contractuelle pour parvenir à instaurer une telle pérennité. Seule la clause de garantie d'emploi permet en effet au salarié de s'assurer d'une relative persistance de la relation de travail à durée indéterminée. Celles-là seules sont "plus qu'un contrat à durée indéterminée puisque le droit de résiliation unilatérale de l'employeur s'y trouve restreint, mais moins qu'un contrat à durée déterminée puisque ce droit même limité subsiste" (16). Sauf force majeure, faute grave ou lourde, la force obligatoire intense d'une telle clause confère indéniablement une stabilité de l'emploi. Tout au plus – fort logiquement d'ailleurs – cet avantage ainsi conféré ne se cumule-t-il pas avec le revenu de remplacement servi par les Assedic (17).

Le célèbre arrêt *Brinon* resterait donc, depuis cinquante ans, la norme dans le contrat de travail ordinaire : "l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui les déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux

(10) Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001), D. 2002 chr. 62, à la suite de Gérard Lyon-Caen dénonçant "L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence" Dr. Ouv. 1992 p. 313.

(11) Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1951 n° 137.

(12) Xavier Lagarde, n. précitée.

(12 bis) Il existe certes des incitations plus ou moins contraignantes ; cf. par exemple l'article L. 323-3 du Code du travail relatif aux nouvelles catégories de bénéficiaires de l'obligation d'emploi pour les personnes handicapées.

(13) F. Gaudu "Les notions d'emploi en droit", Dr. soc. 1996 p. 569.

(14) Dominique Asquinazy-Bailleur, *Droit à l'emploi et dignité in Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges C. Bolze*, Ed. Economica 1999, p. 127.

(14 bis) Art. 124 LMS modifiant L. 122-1 C. Tr.

(15) A. Jeammaud, *L'emploi périphérique, in Les sans emploi et la loi*, Calligrammes, Quimper 1988, 153.

(16) J. Mouly, n. sous Cass. Soc. 6 mai 1997, JCP 1997, Jurisp. 1023.

(17) Cass. Soc. 13 déc. 2002, Semaine Sociale Lamy n° 103.

qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail" (18).

Certains tempéraments ont été ultérieurement apportés sous forme "d'assurance", d'abord par la jurisprudence : "*l'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi*" (19). Cette solution a ensuite été relayée par la loi 2000-37 du 19 janvier 2000 (19 bis). Certes, assurer l'adaptation, ce n'est pas encore assurer la stabilité, mais c'est déjà s'engager dans la voie plus sécurisante d'une relative non précarité ; c'est "tendre" vers la stabilité (20).

Cette tendance apparaît d'ailleurs plus marquée dans le secteur "non économique" du droit du travail. Ainsi, lorsque la Cour de Cassation s'attache à déjouer la fraude consistant à instaurer des périodes d'essai dans des contrats successifs, ces périodes d'essai ne peuvent valablement être opposées à un salarié d'abord embauché sous CDD dont l'employeur a pu apprécier les capacités professionnelles (21). Jusqu'à une date récente, la Cour de cassation estimait qu'en cas de contrats successifs entre les mêmes parties, la période d'essai n'était licite, dans le second contrat que si celui-ci visait à pourvoir un emploi différent de celui objet du premier contrat (22). Dans ses décisions du 30 mars 2005, la haute juridiction est d'ailleurs allée plus loin : la période d'essai stipulée dans le second contrat ou l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures (23).

Dans le contentieux de la rupture pour motif personnel, le contrôle du juge, déterminé à éviter la précarité programmée, rétablit en quelques circonstances, dans une certaine mesure, une relative stabilité de la relation.

En matière économique, malgré une jurisprudence parfois audacieuse (arrêt *Miko*) (24), les principes posés par la décision *Brinon* restent toujours actuels.

B. L'employeur encore seul juge

Il n'y a pas que les délocalisations qui détruisent l'emploi. L'absence de contrôle judiciaire est une autre forme d'exil.

On connaît en effet les réserves du juge lorsqu'il s'agit d'apprécier les choix possibles de l'employeur entre diverses solutions de réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. La fameuse décision *SAT* (25) a depuis lors été relayée et confortée par la décision du Conseil Constitutionnel du 12 janvier 2002 (26) selon laquelle "*le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre différentes solutions possibles*". Le juge social n'a donc pas à se prononcer sur l'opportunité d'une décision de l'employeur au regard notamment des différents projets qui ont précédé cette décision et dont certains étaient manifestement moins lourds en perte d'emplois. La décision *Valéo-Vision* du 17 décembre 2002 (27) se situe-t-elle aussi dans la ligne de l'arrêt *SAT* ? L'employeur qui dirige les personnes est contrôlé par le juge, tandis que l'employeur "politique" lui échappe. Ce domaine du choix de gestion est l'un des rares endroits où la théorie de l'employeur seul juge possède encore droit de cité. Le droit à l'emploi, confronté ici à la liberté d'entreprendre, apparaît démuni, affaibli, dépourvu qu'il est de la possibilité d'appréciation des tribunaux. L'absence persistante de droit subjectif à la stabilité de l'emploi rendrait alors celui-ci difficilement identifiable à un bien et peut-être, alors, faudrait-il à propos de l'emploi suivre le doyen Roubier et classer celui-ci parmi les situations juridiques qui "*répugnent franchement à être classées et cataloguées sous la rubrique des droits proprement dits... alors qu'elles ont une valeur juridique indéniable, elles commandent nos relations sociales, elles sont source de prérogatives et de charges ; mais on ne peut les appeler "des droits" parce qu'elles ont la figure de situations établies, d'autorité en vue du bien commun, et non pas pour le service d'intérêts individuels*" (28). L'emploi serait-il – sans jouer sur les mots – une "situation" et non un "droit" ?

C'est pourtant dans ce même domaine économique que, via le *droit* de reclassement, surgit ou ressurgit l'appartenance de l'emploi à la rubrique des valeurs, sinon au droit des biens.

(18) Cass. Soc. 31 mai 1956, Dr. Ouv. 1956 p. 340 et note G. Lyon-Caen Dr. Ouv. 1957 p. 1.

(19) Arrêt *Expovit* : Cass. Soc. 25 fév. 1992, Bull. Civ. V n° 122, Dr. Soc. 1992, 379.

(19 bis) Ancien art. L. 932-2, l'obligation figurant désormais dans l'art. L. 321-1.

(20) Marc Azoulai "La tendance à la stabilité du rapport contractuel : études de droit privé" sous la direction et avec une préface de Paul Durand, *LGDJ*, 1960.

(21) Cass. Soc. 26 fév. 2002, Dr. Ouv. 2002 p. 404, n. Boulmier.

(22) Cass. Soc. 30 oct. 2000, RJS 1/01 n° 3 ; 11 déc. 2002 n° 3633, F-D.

(23) F.R. Lefevre, 25-05 T4.

(24) 17 déc. 2002, Bull. civ. V n° 392.

(25) Cour de cassation, Assemblée plénière, 8 déc. 2000, Dr. Soc. 2001, p. 120, concl. de Caigny, note A. Cristau, Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito, JCP 2001, 2^e partie, 10498, Liaisons Sociales JP n° 675.

(26) Dr. Ouv. 2002 p.59 n. F. Saramito et B. Mathieu.

(27) Droit social 2003 p. 342, n. G. Couturier.

(28) P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963 n° 2 p. 10.

■ II. Emergence de la valeur emploi ■

Les choses ne sont pas une notion claire. C'est, dit-on ordinairement, le terme le plus vague de la langue française. L'emploi est-il une chose ? Il a bien été récemment jugé que le produit de l'activité humaine intellectuelle constitue un bien (29), mais l'emploi n'est pas un produit de l'activité humaine ; il est état du marché du travail ou place dans l'organisation de l'entreprise (30).

Il n'importe : "Que l'emploi soit progressivement élevé au rang de choses appropriables, ne fait guère de doute. Les priorités de réembauchage (...) qui sont difficilement explicables au regard du droit commun, en sont une excellente illustration"... écrit M. Xavier Lagarde (31) qui compare l'emploi à "l'étang de Napoléon" qui, "lorsqu'il réapparaît est de nouveau susceptible d'appropriation".

On pourrait ajouter que la corrélation est vraie aussi dans le sens de la disparition définitive de l'étang : il a été récemment jugé que le licenciement du salarié remplacé qui emporte sa cessation définitive d'activité, entraîne de plein droit la fin du CDD conclu pour son remplacement.

On peut effectivement, après d'autres, dire de l'emploi qu'il est un bien dès lors que la patrimonialisation de sa perte est manifeste (A) et que le droit de reclassement, droit concret, est aujourd'hui consacré comme une conséquence du droit à l'emploi (B).

A. Patrimonialisation du non-emploi et de la perte d'emploi

Que le salarié se soit contractuellement interdit de travailler, ou qu'il se voie notifier son licenciement, la contrepartie financière ou l'indemnisation constitue le signe tangible de cette patrimonialisation.

1 – Les arrêts du 10 juillet 2002 (32) qui font de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence une condition de validité de celle-ci, sont démonstratifs de la corrélation très nette existant entre l'argent et l'emploi. C'est bien d'emploi et non seulement de travail (33) qu'il s'agit car le salarié, astreint contractuellement à la non concurrence, peut travailler, mais précisément pas, le plus souvent, dans l'emploi qu'il occupait auparavant. Cette jurisprudence, dont le caractère, par essence,

rétroactif, a choqué est édifiante : le salarié ne peut renoncer à travailler dans le domaine de ses compétences que s'il est indemnisé par l'employeur. La possibilité d'exercer son métier doit subsister ou, en tout cas, lui permettre d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. Cette règle participe d'ailleurs "comme tant d'autres en droit du travail, à la régulation de l'ordre concurrentiel" comme le souligne M. Antoine Jeammaud (34), ce qui, d'une certaine manière, la situe déjà dans l'ordre du droit des biens. Mais surtout, la contrepartie conditionne l'efficacité de la clause elle-même, c'est à dire que la privation contractuelle d'activité jusque-là exercée, a nécessairement un prix, même si les parties ne le disent pas. Cette solution, comme depuis longtemps déjà la nature de salaire de l'indemnité, confirme l'aspect patrimonial de l'emploi réifié en valeur d'échange. La Cour de cassation vient même d'insister sur ce point en ouvrant des possibilités d'actions judiciaires qui laissent songeur... : le salarié qui a respecté une clause de non concurrence illicite en l'absence de contrepartie financière, peut prétendre à des dommages et intérêts (35).

2 – L'indemnisation du salarié licencié s'inscrit dans la même logique. La liaison emploi-indemnisation est de plus en plus avérée lorsqu'on envisage le problème sous l'angle du marché de l'emploi. Le bénéfice d'un revenu de remplacement suppose que le demandeur d'emploi recherche effectivement un emploi et ne refuse pas, sans raison légitime, un emploi conforme à ses aptitudes (36).

Si on délaisse la logique "assurancielle", on retrouve la même idée dans les relations entre le salarié et son employeur. La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur s'est depuis longtemps évadée des règles de la responsabilité contractuelle. Ce n'est pas la faute contractuelle ou l'abus de droit de rompre que l'on sanctionne à titre principal chez l'employeur, mais le licenciement sans cause réelle ni sérieuse, c'est-à-dire, au fond, l'atteinte illégitime portée à une situation sur laquelle le salarié devait pouvoir compter. Cette réparation d'un coup porté à l'emploi se vérifie à plusieurs titres.

(29) Cass. Crim. 22 sept. 2004, Dalloz 2005, 411, n. B. de Lamy, RTD civ. 2005 p. 164, n. T. Revet.

(30) J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 20^e ed. p. 3 n° 4.

(31) Article précité page 450.

(32) Cass. Soc. 10 juil. 2002, Dalloz 2002, 2491, n. Y. Serra ; som. 3111, obs. Pélissier ; Dr. Ouv. 2002 p. 533 n. D. Taté.

(33) Pour une distinction entre la subordination dans le travail et la subordination dans l'emploi, cf. J.-P. Chauchard et

Anne-Chantal Hardy-Dubernet (dir.), *La subordination dans le travail*, La documentation française 2003.

(34) La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche p. 381.

(35) Cass. Soc. 20 avril 2005 n° 03-40.734 D ; Semaine Sociale Lamy 9 mai 2005 p. 15.

(36) cf. sur ce point A. Arseguel et B. Reynès, Le refus d'occuper un emploi, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 1 et s.

Tout d'abord, le droit à l'indemnisation du licenciement non ou mal causé, varie indéniablement dans sa quotité en fonction de données qui sont précisément étroitement liées à l'emploi du salarié et non à la gravité objective du manquement de l'employeur. Les dommages et intérêts sont plus élevés si l'ancienneté du salarié est importante, et s'il risque d'avoir des difficultés à retrouver un emploi. C'est la perte de l'emploi qu'on indemnise. A cet égard, la pratique qui consiste à ne pas déduire le revenu de remplacement versé par les Assedic est assez démonstrative du fait que c'est bien l'emploi perdu qui est central, c'est à dire le bien et non ses fruits eux-mêmes, c'est à dire les revenus qu'il procure.

Ensuite, certaines solutions du droit positif s'expliquent assez bien par cette idée d'atteinte frontale à l'emploi. Ainsi, ce sont des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, et non une simple indemnité pour non respect de la procédure qui peuvent être demandés en cas d'inobservation par l'employeur, de la procédure conventionnelle ou statutaire de licenciement (37). La Cour de cassation y voit la violation d'une règle de fond et non de forme car ces procédures extra légales sont précisément instaurées dans le but de protéger l'emploi, qu'il s'agisse de l'existence de commissions paritaires ou de règles limitant les causes de licenciement.

Le doublement du montant de l'indemnité de licenciement (L 122-9 et décret 2002-785 du 3 mai 2002) en cas de licenciement économique, comme l'indemnité non inférieure au salaire des douze derniers mois en cas de nullité du licenciement intervenu en application de l'article L 321-4-1 alinéa 5 du Code du travail L.122-14-4), c'est-à-dire en cas de plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant s'inscrivent dans cette logique.

Par ailleurs, lorsque c'est du fait de l'employeur que le salarié est privé d'activité et ne peut bénéficier de certains avantages liés à sa présence dans l'entreprise, comme certaines primes ou la possibilité de lever des options, il peut obtenir la réparation du préjudice ainsi causé (38).

Enfin, certaines irrégularités "qui causent nécessairement au salarié un préjudice" relatives

notamment au défaut de mention de la priorité de réembauchage (39) constituent des réparations d'atteinte à une variété de droit au reclassement qui découlent directement d'un droit à l'emploi.

B. Le droit au reclassement : conséquences du droit à l'emploi

1. Constitutionnalisation du droit au reclassement

On sait toute la force (40) donnée à l'obligation de reclassement du salarié inapte par la Cour de cassation qui dit et rappelle (41) que l'avis d'inaptitude à tout emploi ne dispense pas l'employeur de tenter de reclasser le salarié, au besoin par mutation, transformation du poste ou aménagement du temps de travail. Cette mission imposée par la jurisprudence relève parfois de l'impossible mais constitue un message appuyé quant à la mobilisation attendue de l'employeur dans la mise en œuvre de ce droit.

De son côté, la loi de programmation pour la cohésion sociale poursuit l'édification du droit au reclassement dégagé par la jurisprudence et les textes antérieurs. Comme le souligne un auteur (42), "en inscrivant un droit au reclassement à l'article L 321-1 du Code du travail et en instaurant un congé de reclassement à l'article L 321-4-3 du même code, pour les entreprises de plus de mille salariés, la loi de modernisation sociale avait déjà institué dans le Code du travail, des mécanismes de reclassement individuel. De ce point de vue, la loi (nouvelle) s'inscrit dans une tendance similaire. En effet, le texte de janvier 2005 reconnaît des prérogatives supplémentaires en matière de reclassement individuel au bénéfice du salarié licencié pour motif économique".

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 janvier 2005 fait découler "directement" ce droit au reclassement des salariés licenciés, du droit de chacun d'obtenir un emploi. Cette dernière prérogative est l'un des principes économiques et sociaux figurant à l'alinéa 5 du préambule de 1946. La constitutionnalisation de ce droit au reclassement dont le fondement est ici précisé, hisse ainsi au plus haut niveau un droit découvert par la

(37) Cass. Soc. 23 mars 1999, Bull. V civ. n° 134 ; Cass. Soc. 28 mars 2000, bull. civ. n° 136, Dr. Ouv. 2000 p. 453 n. A. de Senga.

(38) Pour la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice né de la perte du droit de lever les stock-options, sans que puisse être opposée l'impossibilité de cette levée en raison du licenciement, cf. Cass. Soc. 29 sept. 2004, Sem. Soc. Lamy n° 1185 p. 10 ; Cass. soc. 16 mars 2005, J.S. Lamy, 11 mai 2005 p. 21.

(39) Cass. Soc. 16 déc. 1997, Bull. civ. V n° 442

(40) Pour une analyse plus approfondie de l'obligation de reclassement, cf. F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ 2000 ; cf. également "Approche de la notion de reclassement", Dr. Ouv. 2001 p. 505.

(41) Cass. Soc. 10 mars 2004, n° 03-42.744 ; 19 mai 2004, n° 02.45.166 ; 7 juil. 2004, 02-43.141 P + B, Dr. Ouv. 2004 p. 545 n. F. Héas ; v. *infra* les développements de E. Gayat p. 347.

(42) Franck Héas, Les principaux apports de la loi de programmation pour la cohésion sociale en matière de licenciement pour motif économique, JCP Ed. Entreprise et Affaires, 2005 p. 270 n° 275.

jurisprudence (43) puis inscrit dans la loi (article L 321-1) sous l'angle de l'obligation.

La jurisprudence analyse en effet habituellement ce concept de reclassement sous l'angle de l'obligation qui pèse sur l'employeur, plus que sous l'optique d'un droit du salarié ; il en va notamment ainsi lorsqu'elle en fait une obligation de moyens renforcée (44). C'est d'ailleurs parce que jurisprudence et doctrine se sont intéressées au devoir de reclassement, que la question du refus du salarié avait peu suscité l'attention des auteurs jusqu'à une date récente (45). La consécration ainsi donnée au droit au reclassement va-t-elle "en faire le concept phare du droit du licenciement pour motif économique" s'interroge M. Héas (46) ?

Les droits sociaux étant pour M. Molféssis (47) "les droits constitutionnels les moins protégés", la valeur constitutionnelle accordée n'apporterait peut-être pas grand chose. Pourtant, la loi du 18 janvier 2005 n'ayant pas repris dans sa "nouvelle" définition du licenciement pour motif économique, la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, ni la cessation de son exploitation, on peut se demander si ce droit au reclassement, fils du droit au travail, ne peut pas constituer le cheval de Troie qui permettrait de faire du maintien de l'emploi un objectif prioritaire par rapport à cette sauvegarde de compétitivité. Cependant, rien ne permet d'augurer un changement de direction puisque, précisément, la définition du licenciement économique, reste à peu près inchangée.

L'acquisition par la charte des droits fondamentaux, de l'Union européenne d'une valeur normative telle que résultant du projet de constitution européenne pouvait-elle aller dans une direction identique ? La question se pose d'autant plus que cette charte, signée lors du Conseil européen de Nice en 2000 (47 bis), fait référence, dans son préambule, à la charte sociale européenne élaborée par le Conseil de l'Europe en 1961 (47 ter). Le droit au travail est précisément visé à l'article 1^{er} de la charte sociale européenne ; comme le

souligne Mme Bonnechère "selon la charte sociale européenne, l'exercice effectif du droit au travail conduit à imposer aux parties de "reconnaître" comme objectif la réalisation du plein emploi" (48). Le juge ne pourrait-il alors se donner le pouvoir de contrôler les choix de gestion dont la légitimité reposerait aussi sur le moindre coût en terme d'emplois ? Le droit au travail se verrait alors ajouter une composante contredisant ouvertement l'arrêt *Brinon*, avec l'existence d'un droit subjectif à la stabilité de l'emploi.

On peut cependant douter d'un secours de ce côté là ; au contraire. Les dispositions de l'article III-203 du projet avorté constitutionnalisait, selon M. Supiot, l'objectif consistant à adapter les hommes au besoin du marché, et non l'inverse. "Ces dispositions opèrent un renversement des priorités fixées par les grands textes adoptés par la communauté internationale au sortir de la seconde guerre mondiale. A l'époque, il s'agissait de mettre l'économie et la finance au service des hommes et non pas l'inverse... On cherche vainement dans le traité constitutionnel, une disposition qui obligerait ainsi à indexer les politiques économiques et monétaires sur l'amélioration des conditions réelles de vie et de travail. La sécurité qui est un besoin fondamental des êtres humains y est consacrée quand il s'agit de leur argent mais pas de leur travail" (49).

2. Incidence de la convention de reclassement personnalisé

Qualifiée de "première grande étape vers une généralisation de l'aide au reclassement" (50), la CRP est une convention (et non un contrat) (51) permettant "à compter du 1^{er} juin 2005 à tout licencié économique de bénéficier d'un droit au reclassement" (52). En réalité, ce droit au reclassement existe depuis longtemps. Ce sont les modalités d'aide qui sont précisées par l'accord signé le 5 avril 2005 qui le rendent plus effectif, moins programmatique.

Le salarié, qui fait l'objet d'une rupture de son contrat de travail à caractère économique (53) dans une entreprise

(43) Cass. Soc. 8 avril 1992, Bull. civ. V n° 258 ; 9 avril 1992, Dr. Ouv. 1992 p. 311.

(44) Cf. sur cette idée de moyen renforcé, Franck Héas, n. sous CA Grenoble, 10 sept. 2001, Dr. Ouv. oct. 2002 p. 504 et s. et spéc. p. 506 : "Le renforcement ou l'aggravation tiendrait au fait que c'est à l'employeur de prouver qu'il n'a pas procédé au reclassement..."

(45) Le refus d'occuper un emploi, A. Arseguel et B. Reynel, *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004 p. 1 et s. et spéc. p. 17.

(46) JCP 2005, Ed. Entreprise précitée p. 273.

(47) Nicolas Molféssis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ 1997, spéc. p. 127.

(47 bis) Reproduite au Dr. Ouv. 2001 p. 105.

(47 ter) Révisée en 1996, reproduite au Dr. Ouv. 2004 p. 63.

(48) "Droits fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe", Semaine Sociale Lamy, 25 oct. 2004, n° 1187 p. 5 et s. et spéc. p. 9.

(49) A. Supiot, in "Trois points de vue sur le traité établissant une constitution pour l'Europe", Semaine Sociale Lamy 9 mai 2005 n° 1214, p. 6 et s. et spéc. p. 7.

(50) Entretien du Ministre de la cohésion sociale, Journal Les Echos, 3 mai 2005 p. 3

(51) cf. sur ce point, obs. Héas, précitées. Les principaux apports de la loi de programmation pour la cohésion sociale en matière de licenciement pour raison économique, loc. cit.

(52) J.L. Borloo, entretien précité.

(53) La circulaire Unedec n° 05-12 du 13 juin 2005 en précise le domaine d'application : "Toutes les ruptures à caractère économique telles que les départs négociés ou les départs volontaires", les salariés licenciés "à la suite d'une cessation totale d'activité de l'entreprise" ou encore à ceux dont le contrat de travail vient à expiration "à la suite d'une fin de chantier selon les usages de la profession dès lors que les conventions ou accords collectifs le prévoient".

de moins de mille salariés, bénéficie à présent, aux termes du nouvel article L 321-4-2, 1 alinéa 1 nouveau, d'une convention de reclassement personnalisé qui lui permet de disposer de diverses actions de soutien, d'évaluation et de formation destinées à favoriser son reclassement. Si le salarié décline cette proposition de convention, il est licencié ; s'il l'accepte, il devient stagiaire de la formation professionnelle. Pendant cette convention, ainsi qu'il résulte de l'accord conclu le 5 avril 2005 entre le patronat et certains syndicats (54), le salarié en formation percevra 84 % de son salaire brut antérieur pendant trois mois, puis 70 % pendant les cinq mois suivants. Une indemnité différentielle est prévue s'il retrouve une activité moins bien rémunérée pendant les huit mois suivants. S'il n'a pas retrouvé d'emploi à l'issue de la convention de reclassement, le salarié réintègre le système de l'assurance chômage. C'est l'Unedic qui finance le dispositif conjointement avec l'Etat. Cette rupture, dite d'un commun accord, évite à l'employeur le paiement de l'indemnité de préavis ; l'indemnité (légale au moins) de licenciement est due quant à elle, cette charge étant, en définitive, transférée à la collectivité (54).

Par delà les relatives prérogatives conférées par ce droit au reclassement, on peut s'interroger sur la nature véritablement consensuelle de cette convention qui l'organise. La jurisprudence sur la convention de conversion ne s'y est pas trompée, qui a, en son temps, pour ce qui la concerne, adopté le régime juridique du licenciement en permettant notamment de contester l'ordre de ceux-ci, ou encore de demander des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Le commun accord est douteux en

présence de cette quasi violence légale inhérente à la contrainte économique qui invite le salarié à opter entre un licenciement "sec" qu'il n'a évidemment pas choisi et cette convention qui, si elle lui évite pendant un temps d'être formellement chômeur, ne lui garantit évidemment aucun reclassement. C'est d'un "accompagnement" vers l'emploi dont il s'agit (56). Il n'y a pas ici d'obligation de moyens renforcée. La dette d'emploi en glissant de l'employeur (57) vers la collectivité, perd de l'énergie. Le nouvel article L. 321-4-2 prévoit le versement par l'employeur d'une contribution de deux mois de salaire au titre du financement de l'allocation, mais il prévoit également dans un grand II le versement aux mêmes organismes de ces deux mois de salaire en cas de non-respect, par l'employeur, de son obligation de proposer le bénéfice d'une convention de reclassement personnalisé. L'obligation, certes de moyens, mais centrale, pesant sur l'employeur, pourrait presque rejoindre le catalogue des devoirs dont on peut se dispenser par le paiement d'une contribution fixe et connue à l'avance.

Certes, plus les aides au reclassement seront effectives, plus on tendra vers un résultat, et plus le droit à l'emploi deviendra tangible. Pour l'heure, "le droit à l'emploi" reste loin "d'assurer une protection de l'accès et du maintien d'un travail comparable à celle qu'offre une véritable prérogative" (58).

On peut même se demander si, en attendant, cette ombre fantomatique du "bien" emploi que constitue le droit au reclassement, n'a pas pour vertu essentielle, celle d'atténuer le sentiment irrémédiable de sa perte.

Alain Chirez

(54) NDLR : sur la décision de la CGT de ne pas signer l'accord v. *La lettre de l'administrateur*, p. 12, supplément au n° 1614 du journal *Le Peuple*, 22 juin 2005.

(54) Même si, selon l'évaluation de l'Unedic, la mesure doit permettre d'économiser 2 millions d'euros.

(55) Parallèlement, la recherche d'un emploi, de la part du demandeur d'emploi, est, on le sait, la condition *sine qua non*

de son inscription auprès de l'ANPE (art. L 311-5 du Code du travail) comme de son droit au revenu de remplacement (art. L 351-1 du Code du travail) ; cf. sur ce point, Le refus d'occuper un emploi, préc.

(57) Dont elle ne modifie pas la mobilisation attendue

(58) T. Revet, art. précité, in Libertés et droits fondamentaux, *op. cit.* ; spéc. p. 751.

**Numéro spécial
à paraître
fin septembre 2005**

**RPDS n° 724-725
août-septembre 2005**

Le licenciement économique après la loi du 18 janvier 2005

- *Le motif économique de licenciement*
- *L'obligation de reclassement*
- *Les procédures*
- *L'ordre des licenciements*
- *Les accords de méthode*