

Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique ⁽¹⁾

par *Isabelle MEYRAT*, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise

PLAN

I. Le domaine de la procédure de traitement du projet de licenciement collectif : une question controversée

A. Retour sur la lecture *Framatome-Majorette* de l'article L. 321-1-3 issu de la loi du 29 juillet 1992

B. Une solution circonscrite à l'hypothèse de la proposition de modification du contrat de travail pour motif économique

II. L'éloignement de la conception judiciaire du droit du licenciement économique

A. L'anéantissement des exigences attachées au déclenchement anticipé de la procédure du Livre III

B. L'office du juge en question

P

lus qu'une simple étape, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, dans son volet "emploi", pourrait bien incarner un point de rupture avec la conception du droit du licenciement économique que la loi et les juges se sont efforcés de promouvoir depuis une dizaine d'années. Une conception orientée tout à la fois vers un rayonnement anticipé de la procédure dite du Livre III du Code du travail et la soumission à des règles identiques d'opérations obéissant à une même logique.

Or, pour la première fois, la loi tend à réduire le champ d'application du régime du licenciement économique à travers la soustraction des propositions de modification des contrats de travail à la procédure de traitement du projet de grand licenciement collectif (I). La mise à néant de la solution dégagée par la Cour de cassation dans ses fameux arrêts *Framatome-Majorette* du 3 décembre 1996 (2), combinée à d'autres dispositions de la présente loi, rompt subrepticement avec une compréhension enrichie du droit du licenciement économique rendue possible par un dialogue constant entre le législateur et les juges (II).

I. Le domaine de la procédure de traitement du projet de licenciement collectif : une question controversée

La réécriture de l'article L. 321-1-3 (3) du Code du travail met un terme, avec une netteté toute particulière, à l'interprétation par la Cour de cassation de ce texte dans sa rédaction issue de la loi du 29 juillet 1992 (A). En dépit des critiques sévères dont elle a fait l'objet, le champ d'application de la règle découverte par la Chambre sociale demeurait pourtant circonscrit à l'hypothèse de la proposition de modification d'un élément essentiel du contrat pour motif économique (B).

A. Retour sur la lecture *Framatome-Majorette* de l'article L. 321-1-3 issu de la loi du 29 juillet 1992

Il faut remonter à l'arrêt *Petit Bateau* du 9 octobre 1991 (4) pour comprendre le sens de l'évolution du droit du licenciement économique. La Cour de cassation y énonçait deux propositions peu compatibles. D'un côté, elle qualifiait d'économiques les licenciements faisant suite au refus des salariés d'accepter la modification de leur contrat de travail pour une telle cause. De l'autre, elle

(1) Cet article reprend une communication présentée le 18 février 2005 à une réunion de l'Association française de droit du travail (AFDT) sur le nouveau régime du licenciement économique.

(2) Cass. soc. 3 décembre 1996, Bull. civ. V. n° 411, RJS 1/97, concl. P. Lyon-Caen, p. 12. Dr. social 1997, p. 18, rapport Ph. Waquet.

(3) "Lorsqu'au moins dix 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 pour motif économique".

(4) Cass. soc. 9 octobre 1991, Bull. civ. V. n° 399, D. 1992, p. 127, note N. Decoopman, Dr. Ouv. 1992 p. 222.

analysait ces ruptures comme une juxtaposition de licenciements individuels. Cette solution reposait sur la volonté de l'employeur de ne pas "supprimer des emplois". La distinction entre suppression ou transformation d'emplois et modification des contrats de travail générait une tension entre la qualification de la rupture et son régime et s'accordait mal avec l'énumération des mesures mettant également en cause l'emploi ou le contrat par l'article L. 321-1 issu de la loi du 2 août 1989. En outre, elle réduisait significativement la notion d'emploi et sa mise en cause à un "contenu d'activité" (5), c'est-à-dire à un ensemble de tâches prescrites ou d'attributions. Autrement dit, en limitant l'application des dispositions relatives aux licenciements collectifs aux seules hypothèses de suppression d'emploi ou d'altération de ses caractéristiques, la Cour de cassation déniait au contrat sa capacité à façonner les modalités d'exercice du rapport d'emploi (6).

Dans le même temps, un arrêt *CEPME* du 10 avril 1991 (7) affirmait l'unité de la procédure applicable, en l'occurrence celle dite du Livre III, à l'ensemble des opérations se traduisant par des suppressions d'emplois indépendamment de la "différenciation des formes juridiques de rupture" (8).

La loi du 29 juillet 1992 allait mettre un terme à l'interprétation restrictive de l'empire de la procédure de traitement des grands licenciements collectifs consacrée par l'arrêt *Petit-Bateau* en insérant le fameux article L. 321-1-3 (9). Par ailleurs, la formule introduite à l'article L. 321-1 (10) entérinait la solution consacrée dans l'arrêt *CEPME* visant à assurer l'application du régime du licenciement économique à des opérations qui, tout en se traduisant par des résiliations conventionnelles, obéissent à une logique identique.

En dépit de l'extension de la catégorie *licenciement économique* et du régime des licenciements collectifs, la question de l'emprise temporelle et, précisément de la décision donnant lieu à l'application des dispositions dites

du Livre III en cas de modification collective des contrats de travail, restait âprement débattue (11). La question, bien connue, était de savoir si l'obligation de consulter les représentants du personnel selon les dispositions du Livre III naissait de la notification des propositions de modification des contrats de travail ou bien du refus des salariés d'accepter cette modification. Dans ses arrêts du 3 décembre 1996, la Chambre sociale allait décider que le projet de restructuration conduisant à "proposer à plus de dix salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail 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 impose à l'employeur d'établir et de mettre en œuvre un plan social".

Ni l'interprétation littérale du texte de l'article L. 321-1-3, ni celle qu'en livrait la circulaire du 29 décembre 1992 (12) n'autorisaient à situer le moment déclenchant l'application des dispositions du Livre III au stade des propositions de modifications des contrats de travail. Certains auteurs (13) ont pu considérer que la solution adoptée par la Cour de cassation consistant à imposer à l'employeur de réunir le comité d'entreprise et d'établir un plan social avant de notifier aux salariés les propositions de modifications de leur contrat de travail relevait d'un raisonnement "téléologique". A tout le moins, la méthode de la Cour de cassation traduisait-elle une sollicitation intensive des textes régissant le licenciement économique afin de leur faire produire un effet utile, c'est-à-dire la recherche d'une "authentique consultation" (14) avec les représentants du personnel sur la teneur du projet de réorganisation et le sort des salariés concernés (15).

B. Une solution circonscrite à l'hypothèse de la proposition de modification du contrat de travail pour motif économique

La lecture *Framatome-Majorette* de l'article L. 321-1-3 dans sa rédaction antérieure à la loi du 18 janvier 2005 par la Cour de cassation n'a cessé d'irriter (16).

(5) A. Lyon-Caen, "Actualité de la modification", Dr. Ouv., février 1996, p. 88.

(6) A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, "L'ordonnement des relations du travail", D. 1998, chron. p. 359.

(7) Cass. soc. 10 avril 1991, Bull. civ. n° 179, D. 1992, som. com. p. 290, obs. M.-A. Rotschild-Souriac, Dr. Ouv. 1991 p. 208 n. P. Moussy.

(8) M.-A. Rotschild-Souriac, obs. sous Cass. soc. 10 avril 1991 prec.

(9) "Lorsque, pour un des motifs énoncés à l'article L. 321-1, l'employeur envisage le licenciement de plusieurs salariés ayant refusé une modification substantielle de leur contrat de travail, ces licenciements sont soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif".

(10) "Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent".

(11) H.-J. Legrand, "Modification collective des contrats de travail et licenciement collectif", Dr. Ouv. 1996, p. 404 ; A. Lyon-Caen, "Actualité de la modification", op. cit. p. 88.

(12) Circ. DE/DRT n° 92-26 du 29 décembre 1992, Dr. Ouv. 1993 p. 409.

(13) G. Bélier, "Modifications substantielles de contrats de travail et procédures de licenciement collectif pour motif économique", Liaisons sociales, législation sociale n° 7598.

(14) A. Jeammaud, *Le licenciement*, Dalloz 1993, p. 105. L'expression restitue les efforts entrepris par la Cour de cassation pour fixer les obligations de l'employeur en matière d'information et de consultation du comité d'entreprise sur le fondement des Livres III et IV du Code du travail.

(15) V. J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 3^e édition, n° 103-106.

(16) J.-E. Ray, "Avant-propos - La loi du 18 janvier 2005 : continuités et contournements" et C. Radé, "Feu la jurisprudence *Framatome* et *Majorette* (à propos de l'article 73 de la loi du 18 janvier 2005)", Dr. soc. avril 2005. V. également B. Gauriau, "La jurisprudence *Majorette-Framatome* ne doit-elle pas être abandonnée ?", Dr. soc. octobre 2004, p. 381. Ph. Langlois, "La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail", D. 1997, ch. p. 45.

Par-delà l'argument tiré du traumatisme que pouvait provoquer, chez les salariés, l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, les critiques soulignaient principalement le risque de banalisation du plan de sauvegarde de l'emploi et l'indifférence que cette interprétation aurait manifesté à l'égard de la volonté des parties au contrat de travail.

A n'en pas douter, la question de l'équilibre entre, d'un côté, une emprise prématurée des dispositions du Livre III, de l'autre, les actions nécessaires pour permettre "*l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi*" est cardinale. Or, la distinction entre les initiatives commandant l'application du régime du licenciement économique et les mesures dites de gestion prévisionnelle de l'emploi ne requérant l'information et la consultation du comité d'entreprise qu'au titre du Livre IV du Code du travail n'est pas d'une parfaite netteté. D'autant que des actions de mobilité géographique et fonctionnelle peuvent trouver à s'inscrire dans cette gestion prévisionnelle de l'emploi (17), ce que suggère d'ailleurs désormais très explicitement le nouvel article L. 320-2 du Code du travail (18). Pour autant, la lecture *Framatome-Majorette*, loin d'absorber la gestion courante ou prévisionnelle de l'emploi, avait conduit la Cour de cassation à instaurer une ligne de partage. Celle-ci se logeait dans la "*proposition de modification des contrats de travail au sens de l'article L. 321-1-2 du Code du travail*". Telle est du moins la directive de solution livrée dans l'arrêt *IBM* du 12 janvier 1999 (19). La Cour de cassation excluait donc l'applicabilité de la procédure de licenciement économique au projet consistant en un appel au volontariat des salariés qui se porteraient candidats à des mesures n'entraînant pas la rupture du contrat de travail, telles "temps partiel indemnisé, congé sans solde indemnisé, préretraite progressive". A son tour, cette décision a été vivement critiquée en raison du déplacement vers l'espace de la gestion prévisionnelle de l'emploi de mesures qui, pour ne pas se traduire immédiatement par des propositions de

modification des contrats de travail, n'en demeurent pas moins proches d'un bouleversement de la sphère contractuelle (20).

Ainsi, le déclenchement de la procédure de licenciement économique et l'obligation corrélative pour l'employeur d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi n'ont-ils jamais été dissociés d'une perspective de rupture des contrats de travail, en dépit d'une tendance certaine à l'emprise précoce de la procédure du Livre III. Par ailleurs, la critique adressée à la lecture *Framatome-Majorette* sous l'angle du risque de dilution des mesures de gestion prévisionnelles de l'emploi dans le droit du licenciement est parfaitement réversible. En effet, la soustraction des propositions de modification des contrats à la procédure des grands licenciements collectifs conduit à une différenciation des procédures applicables selon les modalités d'exécution du projet de réorganisation : suppression ou altération des spécifications de l'emploi ou bien encore modification d'un élément essentiel du contrat. Cela revient, dans une certaine mesure, à conférer 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 "crise" ou registre de la gestion ordinaire du personnel (21). Cette disponibilité accrue des régimes de gestion de l'emploi pourrait être encore favorisée par les difficultés d'interprétation qui pourraient surgir de l'incertaine distinction entre "*transformation d'emploi*" et "*modification d'un élément essentiel du contrat de travail*" (22).

Au nombre des arguments au soutien de l'abandon de la jurisprudence *Framatome-Majorette*, l'affirmation selon laquelle l'employeur qui propose une modification du travail n'entend pas rompre celui-ci a fait preuve d'une remarquable endurance. Il était déjà au cœur de la justification de la solution consacrée par l'arrêt *Petit-Bateau* de 1991. De savantes études ont mis en lumière le caractère artificiel de cette argumentation (23). Par-delà la

(17) Sur ce point V. G. Bélier, "Modifications substantielles de contrats de travail et procédures de licenciement", *op. cit.* p. 3.

(18) Aux termes de ce texte, la négociation triennale qui doit être engagée à l'initiative de l'employeur porte notamment "sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation... ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés". A propos de cette gestion prévisionnelle v. *infra* p. 322 T. Katz et p. 343 M.-F. Bied-Charreton.

(19) Cass. soc. 12 janvier 1999, Dr. Ouv. 1999 p. 427, Y. Chauvy "La consultation du comité d'entreprise sur la modification collective des contrats de travail" ; F. Favennec-Héry, Dr. soc. 1999, p. 297.

(20) V. en ce sens Y. Chauvy, *op. cit.* spec. p. 430 ; M.-F. Bied-Charreton préc.

(21) V. A. Lyon-Caen, "Actualité de la modification", Dr. Ouv. 1996, p. 88.
Ainsi, peut-on sérieusement envisager que sur une année, un employeur se livre à une opération de "compression des effectifs", selon les termes mêmes de l'article L. 432-1, pouvant

aller jusqu'à 108 ruptures de contrats sans être tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi ? C'est pourtant cette voie que semble suggérer le nouvel article L. 321-1-3, à la lumière de l'explication de texte fournie par l'un des rapporteurs de la loi à l'Assemblée Nationale : "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 fonder à déclencher un effet collectif à travers le plan de sauvegarde de l'emploi ?"

(22) L'introduction de la formule "élément essentiel", par delà le trouble qu'elle jette sur la notion même de modification du contrat de travail, pourrait déboucher sur de redoutables difficultés à distinguer les évolutions du rapport d'emploi se rattachant à une transformation d'emploi ou une modification d'un élément essentiel du contrat de travail. Emprunt est ici fait aux propos de M^e Ph. Clément lors de la journée AFDT du 18 février 2005.

(23) E. Lafuma, Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail, Thèse Paris X Nanterre, octobre 2003, p. 340 et s. ; H.-J. Legrand, "Modification collective des contrats de travail et licenciement collectif", *op. cit.* p. 404.

réhabilitation de la force obligatoire du contrat de travail, le processus de sa modification ne saurait s'affranchir totalement du "pouvoir de direction des personnes qui habilité à recruter ou non, à affecter à une tâche ou un poste de travail, à fixer la rémunération" (24). En ce sens, la proposition de modification s'analyse bien en une "initiative exclusivement patronale" (25). L'expression la plus manifeste du lien entre modification du contrat et pouvoir réside dans la faculté pour l'employeur de rompre celui-ci face au refus du salarié de consentir à une telle modification. Ainsi, la proposition de modification du contrat implique-t-elle l'éventualité d'un licenciement (26). C'est pourquoi, il est regrettable que l'article L. 321-1-2 (27), revisité par la loi du 18 janvier 2005, ne soumette toujours pas la proposition de modification du contrat à une exigence de motivation.

Il convient d'ajouter que l'acceptation de la modification par le salarié peut conduire à une profonde altération des conditions de son emploi (28). Les transferts de lieu de travail ainsi que les modifications affectant les horaires et la

durée du travail peuvent avoir des répercussions sur la vie personnelle du salarié. De fait, l'inscription de la modification dans un registre purement contractuel est impuissante à restituer les contextes et les exigences découlant de l'essor de la référence aux droits fondamentaux dans les relations de travail (29). Enfin, le parti pris en faveur du décalage du cadre temporel pour l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi, nourri par une lecture excessivement contractuelle de la modification et par une dissociation quelque peu factice entre suppression ou transformation d'emploi et modification d'un élément essentiel du contrat de travail, contribue à soustraire le licenciement économique à l'emprise des relations collectives de travail. Or, faut-il le rappeler, "le régime de l'emploi relève bien du droit collectif du travail" (30). Est-ce à dire que la soustraction des propositions de modifications des contrats de travail pour motif économique peut se lire comme un signe tangible d'"individualisation du droit du licenciement" (31)?

■ II. L'éloignement de la conception judiciaire du droit du licenciement économique ■

La condamnation de la jurisprudence *Framatome-Majorette* scelle la rupture avec une compréhension enrichie du droit du licenciement économique. En effet, la solution retenue par la Cour dans ses arrêts du 3 décembre 1996, réaffirmée avec fermeté à plusieurs reprises (32), contribuait, à travers les garanties attachées

à la mise en mouvement de la procédure dite du Livre III, à l'édification d'une véritable *procédure* (33) (A). Plus généralement, la réduction du domaine du régime du licenciement économique, ainsi d'ailleurs que d'autres dispositions issues de la présente loi, traduisent la méfiance à l'égard de l'intervention judiciaire, voire à

(24) A. Jeammaud, "Justice et économie : et le social ?", *Justices*, 1995, n° 1, p. 107.

(25) E. Lafuma, thèse précitée, p. 343.

(26) V. H.-J. Legrand, "Modification collective des contrats de travail et licenciement collectif", *op. cit. spec.* p. 406-407.

(27) "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 accusé de réception".

(28) Sur les notions de suppression, transformation d'emploi et l'éventuelle redondance de cette dernière avec la modification du contrat, v. M. Henry, "La notion de motif économique", *Dr. soc.* juin 1995, p. 551.

(29) V. *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, *Thèmes et commentaires*, Dalloz 2005.

(30) G. Lyon-Caen, "Les pochettes-surprises de la Chambre sociale: l'arrêt *Aventis Pharma*", *Semaine sociale Lamy*, 2 février 2004, n° 1154. Pour une analyse du droit du licenciement économique sous l'angle des garanties collectives, v. CA Versailles, 30 novembre 2004, à paraître au *Dr. Ouv.*, affirmant que "la stipulation d'une clause de mobilité dans un contrat de travail individuel ne peut porter atteinte aux droits collectifs que le salarié tient de la loi à l'occasion d'une mesure collective sur l'emploi régie par les dispositions de l'article L. 321-4-1".

(31) P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ 2005, p. 116. L'auteur, à qui nous empruntons la formule "individualisation du

droit du licenciement", analyse l'essor de ce mouvement d'individualisation à la lumière des différentes obligations de reclassement et d'adaptation mises à la charge de l'employeur ainsi que de la reconnaissance d'une action individuelle en contestation du plan de sauvegarde de l'emploi. Selon lui, cette individualisation n'a pas pour effet d'exclure les garanties et les modes collectifs de représentation des salariés dont l'emploi est menacé. Bien au contraire, l'individuel et le collectif agissent dans une sorte de dialectique pour consolider le droit au reclassement. Si nous partageons pleinement cette analyse, la soustraction des propositions de modification des contrats de travail à la procédure du Livre III par la loi du 18 janvier 2005 nous paraît davantage relever d'un phénomène d'individualisation déconnecté du collectif. Ainsi, les représentants du personnel n'ont-ils aucun moyen de connaître avec précision ni le nombre de salariés concernés par une modification de leur contrat de travail, ni le nombre de ceux-là même ayant accepté ou refusé une telle modification.

(32) Cass. soc. 25 juin 2003, RJS 10/03 n° 1146. En ce sens, v. également l'arrêt du 26 janvier 2005 et le vigoureux commentaire de M. Y. Chagny "La jurisprudence *Framatome-Majorette* : les derniers feux?", *Dr. soc.* 2005, p. 556.

(33) A. Lyon-Caen, "La procédure au cœur du droit licenciement économique", *Dr. Ouv.*, avril 2002, p. 159. V. E. Lafuma, *Thèse prec.* A cet effort judiciaire de rationalisation de l'exercice du pouvoir, doivent être reliés les arrêts dits *Samaritaine* : Cass. soc. 13 février 1997, D. 1997, J. p. 171, note A. Lyon-Caen, *Dr. Ouv.* 1997 p. 94 n. P. Moussy.

l'égard de la présence même d'un corps de règles hétéronomes, gouvernant les procédures de licenciement (34) (B).

A. L'anéantissement des exigences attachées au déclenchement anticipé de la procédure du Livre III

La nouvelle rédaction de l'article L. 321-1-3 inverse clairement l'ordre des étapes du déroulement de la procédure de licenciement économique dans l'hypothèse d'une réorganisation où l'employeur procède par voie de modification collective des contrats de travail (35) : "Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par l'employeur pour l'un 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 pour motif économique".

C'est désormais le refus d'au moins dix salariés d'accepter la modification de leur contrat de travail qui constitue l'élément déclenchant l'application des dispositions du Livre III.

Cette inversion de la chronologie a pour principal effet de restreindre la portée des exigences ou garanties attachées à la procédure du Livre III. Le déclenchement en amont de la procédure propre aux licenciements économiques permettait aux salariés et de leurs représentants d'exercer trois séries de prérogatives (36), que ne confèrent pas l'information et la consultation au titre du seul Livre IV. Outre l'obligation pour l'employeur d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, la faculté pour le comité d'entreprise de se faire assister par un expert-comptable pour l'examen du projet de licenciement ainsi que le contrôle de la sélection des salariés dont l'emploi est menacé (37), ne découlent que de la mise en mouvement de la procédure de licenciement pour motif économique.

En premier lieu, l'information et la consultation préalables sont censées favoriser une discussion sur les alternatives aux licenciements prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi, et notamment sur les mesures d'accompagnement des modifications des contrats de travail. C'est pourquoi, l'information des salariés sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi au moment de la proposition de modification de leur contrat constitue une donnée essentielle afin qu'ils puissent prendre leur décision en toute connaissance de cause (38). De plus, l'article L. 321-1-3, dans sa rédaction issue de la loi du 18 janvier 2005, pourrait altérer la conception que la loi et les juges, dans le sillage des partenaires sociaux, se sont progressivement efforcés d'imprimer au plan de sauvegarde de l'emploi. Ce dernier, loin de se réduire à un ensemble de contreparties d'ordre pécuniaire, a été progressivement érigé en "pièce maîtresse du droit des licenciements économiques" (39). Sur ce point, le changement de dénomination opéré par la loi du 17 janvier 2002 – "plan de sauvegarde de l'emploi" (40) – a signalé, dans le langage législatif, l'évolution d'une conception résolument dynamique de celui-ci, certes abritée par la définition légale et conventionnelle de ses objectifs : "éviter les licenciements ou en limiter le nombre et faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité". De cette formule, il ressort que le licenciement, acte de rupture du contrat de travail, ne peut intervenir que comme "issue ultime" (41). Or, la présentation du projet de plan au comité d'entreprise au lendemain du refus d'au moins dix salariés d'accepter la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail met en sourdine sa fonction cardinale, éviter les licenciements et le réduit à "l'aménagement des suites d'une rupture déjà consommée" (42).

En second lieu, le recours à l'expertise est un facteur déterminant de la qualité de la concertation (43). Selon

(34) V. dans ce même numéro la contribution de S. Nadal relative aux accords dits de méthode.

Dans cet esprit, la loi enserme désormais dans des délais extrêmement brefs la contestation judiciaire de la régularité de la procédure de consultation des représentants du personnel et prive en partie de son effet utile la nullité de la procédure et des licenciements qui s'ensuivent en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.

(35) "Lorsqu'au moins dix 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 pour motif économique".

Il convient de souligner l'évolution dont ce texte a fait l'objet dans sa rédaction même entre la lettre rectificative au projet loi et l'examen de ce dernier par le Sénat qui a préféré l'emploi du passé composé à celui du présent de l'indicatif ("lorsqu'au moins dix salariés refusent...") le passé composé ("lorsqu'au moins dix salariés ont refusé").

(36) H.-J. Legrand, "Modification collective des contrats de travail et licenciement collectif", *op. cit.* p. 404-405.

(37) H.-J. Legrand, "L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par un suppression d'emploi", *Dr. soc.* 1995, p. 243 ; v. *infra* p. 362 M.-F. Bied-Charreton.

(38) J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, p. 397.

(39) A. Lyon-Caen, note sous. *Cass. soc.* 13 février 1997, *op. cit.* p. 171.

(40) G. Couturier, "Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi", *Dr. soc.* mars 2002, p. 279.

(41) G. Couturier, *Droit du travail, les relations individuelles de travail*, p. 307.

(42) H.-J. Legrand, "Modification collective des contrats de travail et licenciement collectif", *op. cit.* p. 404.

(43) Sur le sens de l'intervention de l'expert auprès du comité d'entreprise, et notamment sa vocation à nourrir la phase de consultation et, dans certains cas, à conduire à une reconfiguration du projet initial, ou du moins de ses modalités de mise en œuvre, v. F. Bruggemann et D. Paucard, "Restructurations, pratiques françaises, dispositif d'accompagnement et rôle de l'expert", *Regards, Cahiers de Syndex*, n° 2, p. 6.

les termes de l'article L. 434-6 du Code du travail, la mission de l'expert "*porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise*". C'est donc d'abord "un rôle pédagogique" (44) qui lui est dévolu. Cette mission générale appliquée à la procédure de consultation du Livre III suppose, d'une part, une assistance du comité d'entreprise dans la compréhension et l'appréciation de la teneur de la décision économique présidant à la réorganisation, d'autre part, une évaluation de la "*qualité des mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi*" (45).

Enfin, si la procédure de licenciement économique n'est engagée qu'à l'issue du refus d'au moins dix salariés d'accepter la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, le choix préalable des salariés se voyant proposer une telle modification risque de revêtir un caractère discrétionnaire. Autrement dit, "l'ordre des licenciements", en tant qu'il opère une certaine "*dissociation conceptuelle entre l'emploi visé et la personne atteinte*", soumet le pouvoir de sélection de l'employeur à une exigence de justification de son choix (46).

Ainsi, le déclenchement précoce de la procédure du Livre III permet-il au comité d'entreprise de disposer d'une information pertinente et globale sur le projet de licenciement économique afin de "*peser en temps utile sur le processus de décision*" (47).

La jurisprudence *Framatome-Majorette* avait donc pour mérite principal d'inviter l'employeur à conduire une "*authentique consultation*" (48) avec le comité d'entreprise sur la teneur d'une décision économique directement à l'origine de la mise en cause de l'emploi. Pour s'en convaincre, il faut admettre que l'essor et la valorisation des règles de procédure a partie liée avec la rationalisation de l'exercice du pouvoir patronal (49) et l'affirmation de contraintes argumentatives pesant sur l'employeur. En d'autres termes, prescrire le déclenchement de la procédure de traitement des

grands licenciements collectifs en amont, en l'occurrence préalablement aux propositions de modification des contrats de travail, devait permettre un échange de vues sur le projet de réorganisation mettant en cause les emplois et/ou les contrats (50) ainsi que sur les modalités et les suites de sa réalisation.

B. L'office du juge en question

Dans l'exposé des motifs de la lettre rectificative au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale, la nouvelle rédaction de l'article L. 321-1-3 a été placée sous le signe de la clarification et la sécurisation des règles gouvernant les procédures de licenciement (51). Ces vocables retiennent l'attention par la fréquence de leur usage dans des contextes législatifs (52) et dans les discours experts, prompts à dénoncer les rigidités institutionnelles engendrées par le droit du travail et entravant "*l'efficacité économique des formes de relations professionnelles*" (53).

La clarification prétend remédier à l'obscurité et à la complexité des textes juridiques. Le terme renvoie à une exigence naïve de clarté des énoncés juridiques, censée favoriser une meilleure connaissance de la règle de droit par ses destinataires, et en conséquence, l'adaptation de leurs conduites à ses prévisions. Une telle prétention ignore que toute règle de droit recèle une part d'indétermination de son exacte configuration et que sa signification est tributaire des conflits d'intérêts, parfois portés à la connaissance des juges. En un mot, "*la simplicité structurelle de l'instrument-norme ne signifie pas pour autant qu'il soit doté d'un sens clair, précis, univoque*" (54). La "sécurisation" s'entend de l'aspiration à contourner l'intervention du juge, source d'insécurité juridique.

Ces vocables sont d'ailleurs indissociables, la clarté d'un texte étant conçue comme le moyen d'éviter que surgisse un contentieux. Par delà le syncrétisme qui caractérise cette perception du texte à signification normative, il est frappant que les discours qui entourent et justifient les réformes récentes du droit du travail (55)

(44) J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz 2004, 22^e édition, n° 741.

(45) J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *op. cit.* n° 741.

(46) V. H.-J. Legrand, "L'ordre des licenciements...", *prec.* p. 243.

(47) M.-A. Souriac-Rotschild, *obs. sous. Cass. soc.* 10 avril 1991, *op. cit.* p. 290.

(48) A. Jeammaud, *Le licenciement, op. cit.* p. 105.

(49) E. Lafuma, thèse précitée, p. 18 et s.

(50) L'article L. 321-4 dispose sur ce point que "l'employeur est tenu d'adresser tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif. Il doit, en tout cas, indiquer la ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement".

(51) Selon les termes mêmes de la lettre rectificative, l'article 37-3 du projet de loi, modifiant la rédaction de l'article L. 321-1-3 du Code du travail, "clarifie et sécurise les principales dispositions

qui régissent le déroulement de la procédure de licenciement économique". Il convient de souligner que la finalité même des accords dits de méthode réside dans cette recherche tous azimuts de contournement de l'intervention judiciaire.

(52) V. l'analyse de l'art. 45 de la loi du 4 mai 2004 par Mme M.-A. Souriac, *in* "L'articulation des niveaux de négociation", *Dr. soc.* 2004, p. 580, *spec. p.* 588.

(53) A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, *in* *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes sud 1986.

(54) A. Jeammaud, "La règle de droit comme modèle", *D.* 1990, ch. p. 200, *spec. p.* 204-206.

(55) "Pour un Code du travail plus efficace", Rapport de la commission présidée par Michel de Virville au ministre du travail. V. l'approche critique d'A. Lyon-Caen et H. Masse-Dessen, "Droit du travail: la sécurité change de camp", *Le Monde*, vendredi 13 février 2004 ainsi que M.-F. Bied-Charretton et P. Rennes *Dr. Ouv.* 2004 p. 161.

soient marqués à ce point du sceau de la dénonciation de l'insécurité juridique (56). La question qui se pose est évidemment de savoir ce que recouvre l'insécurité juridique à laquelle rapports et experts imputent les multiples dysfonctionnements du droit du travail et "l'insatisfaction de ses utilisateurs" (57). Le Rapport présenté par la Commission de Virville insiste sur deux points. D'abord "les effets déstabilisateurs des revirements de jurisprudence" (58), ensuite le risque de voir remises en cause des décisions prises ou des situations constituées de longue date (59).

La question des revirements de jurisprudence a donné lieu, à l'initiative du Premier Président de la Cour de cassation (60), à une étude récente dépassant le cadre du seul droit du travail. Celle-ci préconise la construction d'un "droit transitoire des revirements de jurisprudence" à travers la reconnaissance aux formations plénières de la Cour de cassation d'un pouvoir de décider de la modulation des effets dans le temps des revirements de jurisprudence. S'agissant du risque de mise en cause de décisions ou de situations, les experts de la Commission de Virville suggéraient de le surmonter par l'instauration de délais de forclusion et la réduction de délais de prescription.

Ainsi, cette insécurité, dont il est tant question n'est autre que celle résultant de l'intervention du juge en tant que tel, toujours susceptible de contrarier les prévisions des agents économiques. Cette défiance latente à l'égard du juge n'est pas sans rapport avec "le thème de l'efficacité économique du droit du travail" (61). Si l'on prête attention à la réflexion qui se déploie dans certains milieux économiques, force est de constater la réprobation dont, pêle-mêle, les règles de droit et le juge

soient l'objet, précisément dans le domaine de l'emploi et du licenciement économique. Dans un rapport pour le Conseil d'Analyse économique intitulé *Protection de l'emploi et procédures de licenciement* (62), MM. O. Blanchard et J. Tirole dénoncent, avec une virulence tournant parfois à la caricature, le rôle du juge ainsi que le flou des règles dont celui-ci fait application lors du contrôle des licenciements économiques (63). Outre les approximations concernant la portée du contrôle judiciaire des différentes phases de l'opération de licenciement, les auteurs ne craignent pas de souligner que "les juges ne disposent ni de la compétence, ni de l'information nécessaire" et de faire état du "manque de critères précis guidant leur intervention" (64). Ils préconisent donc de circonscrire le champ du contrôle judiciaire à la vérification du caractère non discriminatoire du licenciement et à l'exactitude du motif de rupture du contrat (65) et de développer des mécanismes d'incitation financière des entreprises à ne pas licencier. Ces conclusions méritent d'être prises au sérieux dans un contexte propice à une certaine flexibilisation des conditions d'emploi et où pourrait se faire jour la tentation de résorber la part du droit étatique du travail dans des règles de non-discrimination.

La soustraction des propositions de modification des contrats de travail à la procédure des grands licenciement collectifs illustre l'œuvre conjointe du législateur et des juges tendant à conférer au régime légal du licenciement économique une intelligibilité conforme à l'exigence fondamentale de maintien de l'emploi (66) se voit donc passablement écornée par la loi du 18 janvier 2005.

Isabelle Meyrat

(56) V. Les observations d'A. Jeammaud sous Cass. soc. 26 janvier 2005, Dr. soc. 2005, p. 567.

(57) La formule est empruntée au Rapport de Virville.

(58) Il s'agirait de permettre aux juridictions de moduler les effets de leurs décisions dans le temps.

(59) D'où les propositions destinées à réduire les délais pour agir en annulation d'un accord collectif et à substituer à la prescription trentenaire applicable aux actions en dommages-intérêts pour rupture abusive, en réclamation des indemnités de licenciements... une prescription décennale.

(60) Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à M. le Premier Président Guy Canivet, groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, Litec 2005 ; v. "Sécurité juridique, revirements de jurisprudence, pouvoirs des juges, beaucoup de bruit pour peu de choses ?", Dr. Ouvv., avril 2005.

(61) A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, in *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes Sud 1986, p. 19.

(62) *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française, 2003. V. L'analyse critique de F. Eymard-Duvernay, "Le droit du travail est-il soluble dans les incitations?", Dr. soc. 2004, p. 812.

(63) "Les entreprises qui veulent licencier sont sujettes à un contrôle administratif et judiciaire lourd. Leurs décisions, que ce soit en matière de licenciements individuels ou collectifs, peuvent être et sont souvent contestées".

(64) V. notamment. p. 66 du Rapport.

(65) Il s'agit de s'assurer qu'une rupture qualifiée de licenciement par les parties ne dissimule pas une démission ou qu'un licenciement pour faute n'abrite un licenciement économique.

(66) Sur les sens de la référence au maintien de l'emploi dans les discours juridiques, A. Lyon-Caen, "Le maintien de l'emploi", Dr. soc. 1996, p. 655.